



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE POSTGRADO

**LAS MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA DE LIBRE
COMPETENCIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.**

LEONARDO ADOLFO CORRAL ARANCIBIA

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO

Profesor guía: Sr. Joaquín Morales Godoy

SANTIAGO DE CHILE NOVIEMBRE 2018

TABLA DE CONTENIDOS

PRESENTACIÓN	12
INTRODUCCION	16
CAPÍTULO PRIMERO: MARCO TEÓRICO Y NORMATIVO. PRINCIPIOS Y REGLAS QUE RIGEN LAS MEDIDAS CAUTELARES	21
1.- Tutela judicial efectiva y medidas cautelares	21
2.- Algunos aspectos relacionados con las medidas cautelares: Debido proceso, error judicial y análisis económico.	31
2.1.- La mirada procesal y el debido proceso.	32
2.2. Error judicial	39
2.3. Análisis económico	41
3.- Concepto y clasificación de las medidas cautelares	48
4. Finalidades de las medidas cautelares	55

5. Principios generales en materia procesal que rigen las medidas cautelares de carácter patrimonial. Impulso procesal, principio dispositivo y congruencia procesal.	63
6.- Requisitos de las medidas cautelares en todo orden.	70
6.1.- Fumus boni iuris. Existencia de a lo menos una presunción grave del derecho que se reclama.	71
6.2. Periculum in mora. Peligro o perjuicio inminente que justifique suspender los efectos del acto impugnado antes de pronunciarse la sentencia.	75
7.- Legitimación.	78
a. Partes del juicio	78
b. Terceros coadyuvantes.	81
c. Terceros con o sin interés que no hubieren comparecido como parte.	82
d.- Demandante reconvencional	83
CAPÍTULO SEGUNDO MEDIDAS CAUTELARES EN LA LIBRE COMPETENCIA	83
1.- Breves consideraciones acerca de los procedimientos conocidos por el TDLC.	84

a) Procedimiento contencioso-infraccional.	84
b) Procedimiento no contencioso	89
c) Procedimiento contencioso civil	90
2.- Bien jurídico protegido por el derecho de la libre competencia.	91
3.- Normativa aplicable al procedimiento de otorgamiento de medidas cautelares en materia de libre competencia.	97
4.- Forma en que son concedidas las medidas cautelares	101
a) La citación como regla general para el otorgamiento de una medida cautelar.	102
i. De plano	105
ii. Con conocimiento	107
iii. Con citación	108
iv. Con audiencia	109
b) La excepción a la regla. Otorgamiento de una medida cautelar sin previo emplazamiento de la parte demandada o afectada.	110
5.- Aspectos especiales de las medidas cautelares otorgadas en materia de libre competencia.	112
5.1. Sistema recursivo	112

5.2. Toda medida cautelar puede ser decretada de oficio o a solicitud de parte.	112
5.3. Oportunidad de su otorgamiento	113
5.4. Plazo de duración de las medidas cautelares	114
5.5. Medidas cautelares susceptibles de ser otorgadas por el Tribunal.	115
6.- Requisitos formales para el otorgamiento de las medidas cautelares.	120
6.1. Requisitos generales propios de toda cautelar.	120
6.2. Contra cautela	121
6.3.- Notificación de la medida cautelar	122
CAPÍTULO TERCERO ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	130
Características de la muestra	131
I.- Descripción de los fundamentos normalmente utilizados por el TDLC para conceder una medida cautelar.	132
a)La medida cautelar solicitada es necesaria para impedir los eventuales efectos negativos de las conductas.	132

b)i. La medida cautelar solicitada es necesaria para impedir los eventuales efectos negativos de la conducta y ii.- La medida cautelar solicitada es necesaria para resguardar el interés común.	142
c)i. Se han acompañado antecedentes que constituyen a lo menos presunción grave del derecho que se reclama .ii. Es necesario decretar algunas de las medidas cautelares solicitadas para impedir los eventuales efectos negativos de la conducta y iii. Es necesario decretar algunas de las medidas cautelares solicitadas para resguardar el interés común:	144
d)Casos en que el TDLC exige al solicitante consignar caución	151
II.- Descripción de los fundamentos normalmente utilizados por el TDLC para rechazar una medida cautelar	152
a) Medidas no concedidas, sin argumentos por parte del Tribunal.	152
b) Medidas no concedidas, atendido que no se reúnen en la especie los requisitos establecidos en el art. 25 del DL 211.	154
c) Cautelares rechazadas atendido que no se acreditó que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas	158

- d) Medidas rechazadas atendido que no se acreditó que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas y para resguardar el bien común. 159
- e) Pérdida de la oportunidad. 163
- f) Medidas no concedidas porque los antecedentes acompañados por la solicitante son insuficientes para servir de base a una presunción grave del derecho que reclama. 164
- g) Los antecedentes que se acompañan no constituyen, en principio, una presunción grave de que los hechos denunciados afectan la libre competencia o los eventuales mercados concernidos. 169
- h) Los antecedentes acompañados por la demandante no son suficientes para: i) Constituir una presunción grave del incumplimiento; II) Demostrar que la medida sea necesaria para impedir los efectos negativos de las conductas que se alegan; iii) Demostrar que la medida sea necesaria para resguardar el interés común; (iv) No se acreditar el riesgo 171
- l) No se aprecian: i) Los eventuales efectos negativos en el mercado de las conductas sometidas al conocimiento del Tribunal; ii) La necesidad de resguardar el interés común mediante la medida cautelar que se solicita. 172

j) Argumento adicional de falta de idoneidad de la cautelar solicitada	174
k) Argumento adicional de falta de congruencia de la cautelar solicitada	175
l) Argumento adicional: No existe la necesidad de resguardar la libre competencia en los mercados mediante la medida cautelar que se solicita	177
m) Otras circunstancias por las cuales la solicitud de cautelar no prosperó	178
ANEXO ACERCA DE DATOS ESTADÍSTICOS A CONSIDERAR	181

CAPÍTULO CUARTO: CONCLUSIONES. ADECUACIÓN DE LOS CRITERIOS DEL TDLC A LOS PRINCIPIOS Y REGLAS APLICABLES EN LO REFERENTE A MEDIDAS CAUTELARES

188

1.- Principios que regulan el procedimiento y congruencia procesal.	189
1.1. Impulso procesal	189
1.2. Principios dispositivo y congruencia procesal	191

a. En cuanto al objeto de pedir	191
b. Alteración por parte del TDLC de la causa de pedir	192
c. Incongruencia procesal	195
2.- Efectivo cumplimiento de los requisitos propios de toda medida cautelar. <i>Fumus boni iuris y periculum in mora</i>	195
3.- <i>Fumus boni iuris</i> y actos administrativos	197
4.- Fundamentación conforma a las reglas de la sana crítica.	202
5.- Debido proceso	204
6.- Error judicial	205
7.- En general, no existe una ponderación de los intereses en conflicto.	205
8.- Análisis económico.	208
a) Consideración por parte del TDLC de los efectos generados por la medida cautelar, en cuanto a calificar si ellos son o no socialmente deseables.	208
b) Tendencias observadas a nivel del número de solicitudes y la proporción en que son aprobadas.	210
c) Ponderación de los daños que las partes sufrirían ante el evento que se acogiera o rechazara una cautelar.	211

d) Ponderar los daños que terceros sufrirían ante el evento que se acogiera o rechazara una cautelar (externalidades negativas).	213
9.- Contracautelar	217
10.- Cautelares prejudiciales	218
11.- Concordancia de las medidas cautelares otorgadas con las características comunes a toda medida cautelar	218
a. Naturaleza accesoria e instrumental a un procedimiento principal.	218
b. Carácter preventivo	219
c. Transitoriedad de la medida.	219
d. Carácter excepcional.	219
e. Proporcionales y adecuadas al fin pretendido.	221
12.- Finalidad	223
13.- Legitimación	226
14. Forma de tramitar la medida cautelar	227
15. La ponderación de derechos cuando interviene como parte un servicio público.	228
16. Las facultades jurisdiccionales del TDLC determinan que el otorgamiento de una medida cautelar únicamente sea procedente como la <i>ultima ratio</i> .	234

17. El nuevo paradigma que surge a propósito de la acción indemnizatoria	237
GLOSARIO	244
BIBLIOGRAFÍA	245

"Sé cauto en conceder medidas cautelares-, tal debería ser una de las primeras máximas del buen juez."

Piero Calamandrei

PRESENTACIÓN

En la actualidad, resulta ser un hecho cierto la circunstancia que la actividad jurisdiccional en materia de Libre Competencia, focalizada en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ha tenido un constante crecimiento, manifestado en un notorio aumento en el número de causas que ingresan anualmente a dicho tribunal¹.

Este ascenso en el número de ingreso de causas, viene acompañado de un notorio aumento numérico y proporcional (en relación al universo total de juicios) de las solicitudes de medidas precautorias que se tramitan ante el TDLC en sus distintas manifestaciones (medidas cautelares prejudiciales, órdenes de no innovar, o medidas cautelares propiamente tales)².

Por otra parte, la relevancia que en materia de libre competencia han ido adquiriendo estas medidas cautelares no sólo es cuantitativa, sino cualitativa; ello, desde que se han solicitado y otorgado en relevantes materias que atañen, incluso, a la implementación de políticas públicas de gran impacto social, como lo son, por ejemplo, el sistema público de transporte de pasajeros y la construcción de hospitales e infraestructura en salud.

¹ En el año 2009 ingresaron 14 causas contenciosas al TDLC. Dicho número ha ido en aumento, llegando a 25 en el año 2018 (sólo hasta el mes de noviembre).

² A modo de referencia, en el año 2009 se pueden identificar solo 2 medidas precautorias aumentando al año 2018 a 7 solicitudes de este tipo.

En mérito a estas consideraciones, el presente trabajo pretende, como objetivo general, dar un marco teórico, normativo y conceptual a las medidas cautelares reguladas en el Decreto Ley 211, contrastar dicho marco estructural con la jurisprudencia emanada del TDLC y realizar un análisis crítico de los criterios jurisprudenciales del TDLC en la materia.

En razón de estos objetivos, examinaremos y determinaremos si resultan o no aplicables, en asuntos de libre competencia y en lo que concierne al procedimiento infraccional regulado en los artículos 20 y siguientes del DL 211, las reglas y los principios procesales y sustantivos básicos que regulan las medidas cautelares en general. Asimismo, indagaremos si existen o no reglas y principios propios y especiales en materia de cautelares que pudieran ser aplicables en asuntos de libre competencia, y si ellos, de existir, deben ser considerados como complementarios o excluyentes de las reglas generales. Por otra parte, y despejados estos puntos, analizaremos la posibilidad de introducir otros enfoques al momento de juzgar acerca de la pertinencia de otorgar o denegar una medida cautelar (como, por ejemplo, el que nos otorga el análisis económico del derecho, el derivado de la ponderación de derechos y garantías, y el de reconocer ciertas características especiales a la Administración del Estado como litigante; entre otros). Finalmente, para concluir el marco teórico, propondremos los principios y reglas que, a la luz del método de apreciación de la prueba la sana crítica y los bienes jurídicos

protegidos por el derecho de la libre competencia, debieran informar la actividad jurisdiccional en la materia.

Habiendo establecido el marco conceptual y normativo aplicable a las medidas cautelares en materia de libre competencia, analizaremos si tales normas y principios son o no efectivamente aplicados a través de las resoluciones emanadas del TDLC.

Como objetivos específicos, procederemos a recopilar, describir y analizar la jurisprudencia emanada del TDLC en materia de medidas cautelares, para, acto seguido, sistematizar los criterios utilizados por el TDLC para acoger o rechazar las respectivas solicitudes de cautelares presentadas por las partes. Hecho lo anterior, resolveremos la cuestión acerca de si existen o no, dentro de las resoluciones del TDLC, criterios que tiendan a reiterarse, de modo tal, que puedan generar conceptos jurisprudenciales uniformes en el tema.

Para obtener nuestros objetivos, analizaremos la totalidad de la jurisprudencia del TDLC que se ha dictado en la materia a partir del mes de noviembre del año 2008 y las principales argumentaciones sostenidas por las partes. De las distintas resoluciones del TDLC y sus argumentaciones particulares, induciremos los principios generales que aplica dicho tribunal en materia de medidas cautelares.

Esperamos, mediante el presente trabajo, poder contribuir a despejar aspectos básicos acerca de una problemática jurídica poco abordada a nivel

doctrinal, y de gran relevancia en distintas órbitas económicas y sociales; ello, considerando que los efectos de una medida cautelar, especialmente, en sede de libre competencia, no sólo dicen relación con la actividad de uno o más agentes económicos, sino que también tienen el potencial de generar un alto impacto en la acción de terceros y en determinados sectores de la población.

INTRODUCCIÓN

La necesidad de garantizar el efectivo cumplimiento de una sentencia judicial y superar los problemas del proceso inherentes a su extensión en el tiempo, constituye un imperativo práctico relacionado con asegurar la eficacia de dicha sentencia y una tutela jurídica efectiva³. Más aún, para

³ "Lo que importa destacar para distinguir estas medidas de otras, es que por sí mismas,

una parte de la doctrina, la actividad cautelar(en los términos ya indicados), debe sumarse a las ya clásicas funciones de la jurisdicción civil, como lo son aquellas de carácter declarativo, constitutivo y ejecutivo⁴. Sin embargo, para otro sector doctrinal, esta labor cautelar sólo se entiende asociada directamente a un juicio principal.

A este respecto, el autor Eduardo Couture, expresa que "*Por tutela jurídica se entiende, particularmente en el léxico de la escuela alemana, la satisfacción efectiva de los fines del derecho...*"⁵. Sin embargo, el mismo autor nos previene que "*la necesidad de la tutela jurídica no es un presupuesto del proceso*"⁶, y otorga varias razones para concluir aquello, dentro de las que se destacan, la falibilidad judicial al momento de resolver una controversia y la no siempre razonabilidad de las demandas. ("*El derecho no puede suponer que sólo se promoverán litigios fundados.*"⁷)

las medidas cautelares no satisfacen la pretensión principal, aseguran eventualmente su ejecución" SIMÓN OLIVERA, L. 2004. *La defensa del estado ante los tribunales de justicia: una aproximación particular a la nulidad de derecho público*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Seminarios de derecho procesal reforma orgánica al proceso civil. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. Pág. 120.

⁴"Frente a estas dos categorías (declarativas y ejecutivas), surge esta otra función de la jurisprudencia, "nueva" entre comillas, que se denomina función cautelar, en la cual ya no trata de declarar un derecho, ni tampoco ejecutar un derecho preestablecido en un título ejecutivo, sino de garantizar la eficacia de la sentencia." DÍAZ URIBE, C.2004. *La defensa del estado ante los tribunales de justicia: una aproximación particular a la nulidad de derecho público*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Seminarios de Derecho Procesal reforma orgánica al proceso civil. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. Pág.130.

⁵COUTURE, E. 1993 *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Ediciones Depalma. Pág. 479

⁶COUTURE, E. 1993 *Op. cit.* Pág. 483

⁷COUTURE, E. 1993 *Op. cit.* Pág. 483

Otros autores, como Calamandrei, advierten acerca del "*uso indirecto de los actos procesales*"⁸ para obtener fines no tipificados. Profundizando sobre el punto, y analizando específicamente las medidas cautelares, afirma Calamandrei: "*La providencia cautelar, que en la intención de la ley debería tener finalidades meramente conservativas de la situación de hecho (nihil lite pendente innovetur), sin perjuicio alguno de la decisión de mérito, viene a ser en realidad, en manos de un litigante astuto, un arma a veces irresistible para constreñir a su adversario a la rendición...*"⁹

Ciertamente, las opiniones de estos clásicos y connotados procesalistas, parecieran ser extremas, pero nos interesa exponerlas, para dejar en evidencia un aspecto que parece ser olvidado a la luz de la discusión que más adelante abordaremos, y que dice relación con el concepto y límite de la denominada "Tutela judicial efectiva". Ello, en cuanto la supuesta existencia de una garantía constitucional (implícita) a obtener una medida cautelar como único modo de alcanzar el efectivo cumplimiento de una sentencia, resulta ser un asunto extremadamente cuestionable.

En su aspecto más básico, podemos sostener que una medida cautelar busca mantener inalterable una situación de hecho; de modo tal, que a quien demanda o pretenda demandar, se le permita procurarse, ya sea, de medios probatorios que puedan eventualmente desaparecer, o, de

⁸CALAMANDREI, P. 1996 Instituciones del Derecho Procesal Civil. Volumen III. Buenos Aires. Librería El Foro. Pág. 271

⁹CALAMANDREI, P. *Op. cit.* Pág. 282

ciertas condiciones que le permitan obtener el cumplimiento efectivo de una posible sentencia definitiva condenatoria.

Desde ya, resulta claro que la discusión sobre las medidas cautelares se desarrolla desde el punto de vista de la eficacia del derecho (en este caso, del derecho declarado en una sentencia judicial) y no desde la perspectiva de su validez.¹⁰

En este sentido, la discusión acerca de la procedencia o no del otorgamiento de una medida cautelar, comienza por la observación de elementos fácticos que responden, precisamente, a este carácter propio de las medidas cautelares, que las vincula, en primer término, a un análisis de elementos extra normativos, como lo son, entre otros: la condición propia de las partes del proceso (especialmente patrimonial), las características del acto o conducta afectada por la acción deducida o por deducir (si es un acto pendiente de ejecución, en plena ejecución o ya cumplido) y los eventuales perjuicios que acarrearía para la demandante un retardo en la decisión de fondo¹¹. Sólo superada esta primera etapa del análisis (que,

¹⁰ Al efecto, utilizando la clásica distinción de Kelsen, que separa la validez y eficacia del derecho, recordamos que, según dicho autor, "*validez del derecho significa que las normas jurídicas son obligatorias*". Por su parte, el mismo autor explica que la eficacia del derecho significa "*Que las normas son realmente aplicadas y obedecidas*". De esta forma, concluye Kelsen que "*La validez es una cualidad del derecho; la llamada eficacia, una cualidad de la conducta real de los hombres y no, como parece sugerirlo el uso lingüístico, del derecho mismo*".

KELSEN, H. 1995 *Teoría general del Derecho y del Estado* Traducción Eduardo García Maynez. México. Universidad Nacional Autónoma de México. Pág. 46.

¹¹ Nos hemos referido sólo a los criterios clásicos que la Doctrina y la Jurisprudencia ha considerado para decidir acerca del otorgamiento o rechazo de una medida cautelar. Sin embargo, como lo veremos más adelante, existen otros factores que el Juez debe necesariamente valorar.

como indicamos, es netamente empírico), se pasa a un segundo examen - esta vez, normativo -, el cual estará centrado en verificar si existe una adecuación de la pretensión cautelar a determinados requisitos contenidos en la ley procesal (como la exigencia de acreditar tanto la apariencia de derecho y un riesgo de daños, entre otros).

Todo lo anterior se explica - a nuestro juicio - por cuanto las medidas cautelares, ontológicamente, suponen la ausencia de un deber ser impuesto a la parte procesal demandada o por demandar; la cual, por defecto, tiene una amplia libertad conductual; es decir, tiene permitido jurídicamente ejercer aquellas conductas que la medida cautelar pretende impedir.

Es por este motivo que el presupuesto de libertad conductual de una parte procesal, sólo puede ser alterado frente a condiciones graves, excepcionales y previstas en la normativa legal pertinente.

A continuación, y conforme a esta óptica, comenzaremos a analizar el contexto y los requisitos que ameritan que, en materia de protección de la libre competencia, se otorgue a una demandante o futura demandante, una medida cautelar ya sea de carácter preventivo, cautelar o anticipativo de la sentencia (excluyendo, con ello del análisis, aquellas medidas precautorias de carácter probatorio, las que, por su irrelevancia y falta de conexión con los temas que abordaremos, no ameritan su tratamiento).

CAPÍTULO PRIMERO: MARCO TEÓRICO Y NORMATIVO. PRINCIPIOS Y REGLAS QUE RIGEN LAS MEDIDAS CAUTELARES

1.- Tutela judicial efectiva y medidas cautelares

Si bien es cierto, hasta hace un tiempo atrás, la Dogmática Jurídica consideraba el tratamiento de las medidas cautelares como una materia privativa del derecho procesal; en la actualidad, su estudio se ha extendido hacia otros ámbitos del derecho, siendo consideradas las medidas cautelares, por algunos autores, incluso, dentro de las temáticas propias del derecho constitucional.¹²

Esta nueva visión se encuentra relacionada con lo que se ha

¹²No nos referimos, con esto, a las acciones cautelares de naturaleza constitucional (como el recurso de protección), las cuales, evidentemente, tienen una raigambre constitucional.

denominado como *derecho a la tutela judicial efectiva*, que, conforme se ha desarrollado por la doctrina y parte de la jurisprudencia, especialmente en derecho comparado (y que más adelante analizaremos en detalle), se compone de los siguientes elementos:

- El derecho de acceso a los Tribunales
- El derecho a obtener una sentencia debidamente fundada
- El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y,
- El derecho al recurso legalmente previsto.

Esta configuración responde a los clásicos elementos que componen el derecho a la acción y el debido proceso, garantías a las cuales se adiciona el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, cuya manifestación estaría configurada por la tutela cautelar.

Como puede observarse, la tutela judicial efectiva no se restringe a la mera garantía constitucional del derecho de acción jurisdiccional, sino que está configurada por diversos componentes, uno de ellos, referido a garantizar la eficacia de las resoluciones judiciales.¹³

Al efecto, especialmente en el derecho comparado, se ha extendido la discusión acerca de si las medidas cautelares - consideradas parte

¹³En nuestra doctrina nacional, autores, como Gonzalo Cortez Matcovich, han adoptado este concepto, entendiendo que el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales constituye una parte integrante del derecho a la tutela judicial. En esta línea, considera a las medidas cautelares como un necesario instrumento para garantizar el cumplimiento efectivo de las resoluciones judiciales, o, lo que es lo mismo, la efectividad de las mismas. CORTEZ MATCOVICH, G. 2017. *La tutela cautelar en el proceso civil*. Chile, Editorial Thomson Reuters.

integrante del derecho a la tutela judicial efectiva - pueden ser consideradas como una garantía constitucional de carácter implícito. Esta discusión adquiere especiales características, considerando que existen regímenes normativos (como el nuestro) que no contemplan explícitamente el reconocimiento de esta aparente garantía en su Carta Fundamental.

Algunos ordenamientos jurídicos, como el español, van más allá, y contienen dentro de su carta fundamental una referencia expresa a la tutela judicial efectiva.¹⁴ Esta referencia expresa ha determinado que un sector importante de la doctrina y jurisprudencia española han desarrollado distintas variantes a través de las cuales se plasma esta garantía constitucional a la tutela judicial efectiva.^{15 16}

Es, precisamente en este contexto en el cual se ha discutido en España si las medidas cautelares constituyen una manifestación concreta

¹⁴ Al efecto, el artículo 24 inciso 1º de la Constitución Política de España prescribe " *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*"

¹⁵En la materia, el Tribunal Constitucional de España, en sentencia Rol 46/1982 ha declarado respecto del contenido normativo de la Constitución Política de España que "*al proclamar el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos previniendo que nunca pueda producirse indefensión, establece una garantía, previa al proceso, que lo asegura, cuando se dan las circunstancias requeridas al efecto. Dicho de otro modo, el artículo 24.1 también asegura la «tutela efectiva», pero lo hace a través del concreto juego de los instrumentos procesales*"

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/88>

¹⁶Posteriormente al citado fallo, el Tribunal Constitucional Español, refiriéndose, esta vez, concretamente a las medidas cautelares, ha declarado que "*la tutela judicial efectiva no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso* (STC 14/1992)",(STC 10-2-1992, F.J. 7º).

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1901>

de la garantía constitucional de tutela efectiva ya referida, y, en su caso, cómo se manifiesta tal garantía.

En esta discusión, ciertos autores españoles¹⁷propugnan - sobre la base del texto constitucional y la consecuente jurisprudencia del Tribunal Constitucional español -la tesis que sostiene que la tutela judicial efectiva y su derivada consistente en solicitar y obtener medidas cautelares, se encuentra reconocida como garantía a nivel constitucional.

Aun así, existe otro grupo de autores, como Parejo Alfonso, que advierten que"*aun concurriendo el presupuesto necesario (que el recurso pueda perder su finalidad legítima), la adopción de medida cautelar puede ser denegada, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego; juicio que, en todo caso, debe atender a las circunstancias particulares de cada situación y requiere una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida*"¹⁸

Como podemos observar, nos encontramos, al menos, ante cuatro niveles de discusión en lo que concierne a las medidas cautelares, a saber,

¹⁷ Como Sánchez Morón, quien afirma que "*la tutela cautelar, esto es, el derecho a solicitar medidas cautelares en el proceso para asegurar la eficacia de la sentencia y a obtener una resolución fundada al efecto, forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Constitución*"
SÁNCHEZ MORÓN, M. 2007 *Derecho Administrativo. Parte General*. 3ra Edición. Madrid, Pág. 886

¹⁸PAREJO ALFONSO, L.2003 *Derecho Administrativo*. Barcelona. Ed. Ariel. Pág. 1.198

si la parte interesada tiene: a) Un derecho constitucional a que se le conceda una medida cautelar solicitada; obviamente, habiendo cumplido los requisitos habilitantes; b) Un derecho constitucional a solicitar una medida cautelar, reservando al juez de la causa la decisión sobre su mérito; c) Un derecho supeditado a que no exista un conflicto con otro de mayor valor, y, por lo mismo, digno de mayor protección; d) Una limitación al Legislador en orden a impedir eliminar o restringir sustancialmente el derecho a solicitar una medida cautelar.

En nuestro país, esta discusión recién está surgiendo y es posible advertir diversas posiciones frente a esta problemática. El germen de gran parte de este debate, surge precisamente del derecho español, y es por ese motivo que hemos tratado sucintamente el entorno normativo, doctrinario y jurisprudencial que rodea a las medidas cautelares en dicho ordenamiento jurídico.

Cierto sector de la Doctrina nacional (parte de cuyos autores citaremos más adelante) considera las medidas cautelares, (por la vía de reconocer la garantía a la tutela judicial efectiva), como parte integrante de la garantía constitucional consagrada en el numerando tercero del artículo 19 de la Constitución Política.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico no existe una norma de rango constitucional o legal de similar carácter a la descrita en la

Constitución Política de España.¹⁹

Al efecto, nuestro texto constitucional, y, en particular, el numerando 3º del artículo 19, está muy lejos de reconocer un derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos ya analizados. Entonces, más distante aún resulta la posibilidad de afirmar que las medidas cautelares (uno de los componentes de la tutela judicial efectiva) tienen un resguardo constitucional.

Para salvar esta omisión, algunos autores nacionales han recurrido a la figura de los derechos o garantías constitucionales implícitas.²⁰

Sin embargo, tal tesis carece de un respaldo a nivel de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; en lo sucesivo e indistintamente TC;, el cual efectivamente ha aplicado la noción de derechos implícitos en algunos asuntos, pero no en aquello que nos concierne.

En la materia, el TC en autos rol 1130-2008, ha efectuado la

¹⁹"El punto de partida para enfrentar el estudio de esta cuestión es el reconocimiento de un *daño* de derecho positivo como lo es la comprobación de la ausencia de una referencia explícita en el texto constitucional a un régimen de tutela judicial cautelar."

CORTEZ MATCOVICH, G. 2017. *Op. cit.* Pág. 36

²⁰En el punto, los autores Gonzalo García y Pablo Contreras, afirman: "*En cualquier circunstancia, hay que sostener que la Constitución de la República de Chile no contiene normas explícitas que se denominen derecho a la tutela judicial o debido proceso. Y, sin embargo, el texto constitucional es el punto de partida para ambos derechos. La Constitución no contiene un derecho específico que responda al nombre de derecho a la tutela judicial y se debate acerca de la independencia del mismo respecto de la dimensión sustantiva del derecho al debido proceso. La denominación de este derecho implícito se ha identificado como el "debido proceso justo..."*".

GARCÍA PINO, G. y CONTRERAS VÁSQUEZ, 2013 *El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno*. Revista de Estudios constitucionales. Vol.11 N° .2 Santiago. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Pág. 235

vinculación entre la garantía al debido proceso y la tutela judicial efectiva, en los siguientes términos y conforme los siguientes alcances:

"SEXTO: (...) es preciso referirse en estas consideraciones al artículo 19, número 3°, inciso quinto, de la Constitución, en tanto establece el derecho a las garantías de un racional y justo procedimiento, que se traducen, conjuntamente con el derecho a la acción y la legalidad del juzgamiento, en el logro de la tutela judicial efectiva. De su tenor literal se desprende que la Constitución no contiene una norma expresa que defina con diáfana claridad lo que la doctrina denomina "el debido proceso", optando por garantizar el derecho a la acción y el derecho racional y justo procedimiento e investigación. Regula, además, dos de los elementos configurativos del debido proceso, a saber:

- a) Que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción (...) ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado (...)*
- b) Que corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo (...)."*

Como puede observarse, el TC tiende a asimilar el debido proceso con la denominada tutela judicial efectiva, y, por lo mismo, no incorpora dentro de este último concepto ningún derecho adicional a los ya considerados en el numerando 3 del art. 19 de la Constitución. Por ende, no existe posibilidad de considerar un supuesto derecho a obtener una medida cautelar como un derecho implícito de rango constitucional.

De esta forma, extrapolar a nuestro ordenamiento jurídico los conceptos doctrinarios elaborados en el extranjero bajo el amparo de un texto constitucional expreso y sentencias del Tribunal Constitucional, nos parece claramente forzado y desapegado a nuestro sistema jurídico.

Por este solo motivo, debemos considerar que no resulta pertinente plantearse una discusión en los términos que se ha desarrollado en otros países y llegar a idénticos resultados.

Por lo demás, aun de existir una supuesta garantía constitucional a la tutela efectiva, y tal como lo examinaremos más adelante, no es posible afirmar la existencia de garantías constitucionales (ni tampoco derechos) de carácter absoluto, debiendo ponderarse, en caso de conflicto, la primacía de un derecho o garantía por sobre otra. ²¹

Respecto al punto, y refutando las afirmaciones de algunos autores nacionales²², consideramos que la recta doctrina nacional que existe en la materia, es aquella que afirma la inexistencia de un derecho absoluto a

²¹ Ya observamos que, incluso en España (donde sí existe un reconocimiento constitucional expreso a la tutela judicial efectiva), autores como Parejo Alfonso apoyan la tesis expuesta.

²² A los autores García y Contreras ya citados, se suma Cortez Matcovich, quien señala: "*En este sentido, resulta indudable la naturaleza de derecho fundamental que ostenta la tutela cautelar, lo que deriva de su carácter de instrumento y garantía de la efectividad de la tutela judicial.*"

Sin embargo, el mismo autor relativiza sus afirmaciones, al aclarar que "*La posibilidad de obtener medidas cautelares en forma previa al proceso constituye una situación especial porque representa una excepción a la regla de la instrumentalidad.*"

CORTEZ MATCOVICH, C. 2017. *Contribución al estudio de las medidas cautelares previas a la demanda en el proceso civil chileno*. Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile. Págs. 235-261.

obtener una tutela cautelar.²³

Debemos consignar que, para algunos autores, la supuesta consagración constitucional del derecho de tutela efectiva no apunta derechamente a la acción del juez, sino que va dirigida directamente al Legislador, el cual, por aplicación del mandato constitucional, se vería impedido de excluir dentro de un determinado procedimiento jurisdiccional, la posibilidad de solicitar una medida cautelar.²⁴

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional, a diferencia del Tribunal Constitucional español, ha tenido escasas ocasiones para pronunciarse sobre el punto. Sin embargo, de sus sentencias se desprende que, lejos de considerar a la medida cautelar como una manifestación de una garantía constitucional, ellas son apreciadas, más bien, como una excepción a la aplicación del principio de bilateralidad de la audiencia, y, en general, a las reglas y principios que regulan el debido proceso, garantía constitucional

²³Dentro de este grupo, paradójicamente se encuentran los autores García y Contreras, quienes afirman: "*La tutela cautelar no constituye parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Si fuera un requisito esencial debería concurrir siempre en todo procedimiento, cuestión que no acontece puesto que depende de circunstancias contingentes propias de la naturaleza de la pretensión*". GARCÍA PINO, G. y CONTRERAS, P. 2013. *Op. cit.* Pág. 252.

²⁴"*De regreso al derecho nacional, pero en la misma línea de las reflexiones anteriores, puede afirmarse la existencia en nuestro ordenamiento de un derecho fundamental a la tutela cautelar y la consiguiente inconstitucionalidad de una norma que estableciese un procedimiento y que excluyera completamente o impusiere limitaciones excesivas a la posibilidad de obtener medidas cautelares. Por otro lado, debe tenerse presente que la CPR ha elevado a rango constitucional el poder de los tribunales para hacer cumplir sus decisiones, de lo que cabe concluir que una norma que lo limite también sería susceptible de reparo constitucional*". CORTEZ MATCOVICH, C.2017Op. cit. Pág. 43

que sí se encuentra reconocida expresamente en el artículo 19 N° 2 inciso 5º.^{25 26}

Por otra parte, de las innumerables ocasiones en que nuestro Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto al debido proceso, en escasas oportunidades se ha pronunciado respecto a la garantía de tutela judicial efectiva. En particular, existen dos sentencias en las cuales se reconoce explícitamente a la garantía de tutela judicial efectiva, pero con un contenido mucho más restringido que el ya referido, y, en todo caso, excluyente de toda referencia a algún derecho a obtener medidas cautelares.²⁷

Para concluir, y cerrando este acápite, afirmamos que en nuestro

²⁵Al efecto, el Tribunal Constitucional ha declarado en los autos rol 349-2002 (C°37), que *"El principio de bilateralidad de la audiencia acepta excepciones por la urgente necesidad de adoptar prontamente providencias cuya dilación podría acarrear graves consecuencias, lo cual no se verifica cuando los registros y antecedentes de una cuenta corriente bancaria se mantienen en el tiempo, bajo custodia y responsabilidad de un tercero que es, a su vez, fiscalizado por la autoridad"*.

²⁶ Asimismo, el Tribunal Constitucional, en sentencia autos Rol 2411-2013, a propósito del examen de constitucionalidad de los incisos 2º y 3º del nuevo artículo 112 B introducidos por el proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.039 (de Propiedad Industrial) y que regulaba el otorgamiento de una medida precautoria especial, de carácter legal, consistente en la suspensión del registro de sanitario de producto farmacéutico, a favor del titular de una patente sobre el principio activo de medicamento genérico; declara que *"el privilegio indebido que advierten los requirentes en la adopción de la referida medida precautoria, en realidad no es tal, pues este tipo de providencias procesales tienen precisamente por objeto asegurar el resultado de la acción deducida y, en el caso preciso de la que prevé el proyecto, impedir que se consume una infracción del derecho invocado por el actor. Eso es propio de toda medida (Considerando 6º)*.

²⁷ A estos efectos el TC ha señalado que el derecho a la tutela judicial efectiva -desde la perspectiva restringida de derecho a la acción y debido proceso- tiene una doble dimensión. Por una parte adjetiva, respecto de los otros derechos e intereses, y por la otra, sustantiva, pues es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de Derecho. (STC 815, c. 10) (En el mismo sentido STC 1535, c. 19)

ordenamiento jurídico no es posible hablar de una garantía constitucional, y tampoco legal, a obtener una tutela judicial efectiva.

Como consecuencia de lo anterior, las medidas cautelares no pueden ser consideradas como un derecho procesal garantizado constitucionalmente.

Más aun, esta excepcionalidad de las medidas cautelares se ve acentuada tratándose de medidas cautelares otorgadas sin previa audiencia, incluyendo, dentro de ellas, las medidas precautorias prejudiciales ordenadas sin previa notificación del afectado ²⁸, por cuanto atentan contra garantías constitucionales básicas referidas al debido proceso, partiendo por la bilateralidad de la audiencia.

Finalmente, y en todo caso, aun de entenderse que pudiera existir una garantía constitucional a solicitar una medida cautelar, ella quedaría limitada al solo ámbito de la acción jurisdiccional, reservándose el mérito de la decisión de otorgarla o no, al Juez de la causa, quien, antes de resolver, deberá ponderar los distintos derechos, garantías e intereses en conflicto (si los hubiera)

²⁸"Medidas prejudiciales precautorias son las que tienen por objeto asegurar el resultado de la pretensión procesal."
BENAVENTE, D. 2002 *Derecho Procesal Civil Juicio Ordinario y Recursos Procesales* 5ª Edición. Revisada y actualizada por Juan Colombo Campell. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 108.

2.- Algunos aspectos relacionados con las medidas cautelares: Debido proceso, error judicial y análisis económico.

Una mirada integral respecto de las medidas cautelares, nos lleva a analizar diversos ámbitos relacionados con las mismas, y que superan el simple enfoque tradicional y formal.

Ya hemos adelantado que la aplicación de una medida cautelar no sólo debe observarse bajo la óptica del actor que la solicita y obtiene, sino que necesariamente deben considerarse los legítimos derechos e intereses de la parte procesal afectada, la intensidad de los perjuicios que se generan al otorgarla o rechazarla, la posibilidad de un error judicial al resolverlas, entre otros aspectos. Incluso, bien podría suceder que las consecuencias de su otorgamiento se expandan a otros sujetos (determinados o indeterminados) ajenos a la litis.

A continuación examinaremos algunos de estos alcances.

2.1.- La mirada procesal y el debido proceso.

Al analizar las medidas cautelares desde el punto de vista procesal, y muy especialmente, tratándose de cautelares prejudiciales, se advierte una tensión entre esta institución y ciertos principios básicos que regulan el debido proceso, como lo son, el principio de publicidad, emplazamiento, igualdad de partes, bilateralidad de la audiencia o contradictorio, y el derecho a rendir prueba.

a. En lo que concierne a los principios de la publicidad y emplazamiento²⁹, una medida cautelar otorgada sin previo audiencia de parte, claramente los sofoca, desde que ella se solicita y concede sin conocimiento de la parte a quien afecta.

b. En cuanto al principio de la bilateralidad de la audiencia o contradictorio, resulta que, como consecuencia de la falta de publicidad y emplazamiento, la parte afectada se verá en la imposibilidad de formular alegaciones, defensas y oponer excepciones.³⁰ Si bien es cierto, la alteración a este principio tiene cierta lógica para evitar estrategias evasivas por parte del demandado o futuro demandado, ello no obsta a que su otorgamiento debe ser selectivo, considerando el debilitamiento que supone al debido proceso.³¹

²⁹"La Suprema Corte de los Estados Unidos ha sostenido sistemáticamente, que la garantía del proceso debido, en cuanto se refiere a las actuaciones judiciales, consiste en una razonable posibilidad de hacerse escuchar, constituida por una "notice" y una "hearing". En un caso se dijo que esa razonable oportunidad de hacerse escuchar significaba asegurar al demandado "su día ante el tribunal".

Interpretando el sentido de esta garantía, la Suprema Corte ha dicho que "his day in Court" equivale a las siguientes cosas; 1) que el demandado haya tenido debida noticia, la que puede ser actual o implícita, de la promoción de los procedimientos con los cuales el derecho puede ser afectado; 2) que se le haya dado una razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos..."

COUTURE, E. 1989 Estudios *de derecho procesal civil*. Tomo I. Tercera Edición. Buenos Aires. Ediciones Depalma. Pág.59

³⁰ "*Todas las reglas de discreción y de buenas costumbres profesionales, que aconsejan al abogado correcto que no vaya a hablar con el magistrado sin la presencia de la contraparte, e imponen al magistrado no tomar en cuenta las razones susurradas a él, particularmente lejos del control purificador del contradictorio, parece que caen por tierra en materia de medidas cautelares...*"

CALAMANDREI, P. 1996. *Op. Cit.* Pág. 284

³¹"*En el caso de la tutela judicial cautelar, la urgencia puede ser una razón que justifique*

Los motivos para aceptar este tipo de cautelares sin previa notificación de la contraria, y con plena eliminación *ex ante* del principio contradictorio, dicen relación, a veces, más que con la necesidad de obtener una resolución urgente, con el propósito de evitar maniobras distractivas por parte del oponente.³²

Siendo así, habría que considerar qué tan necesario resultan ser este tipo de procedimiento, cuando no está en juego el objetivo de evitar acciones de mala fe por parte del oponente, sino que, simplemente, responden a una idea de acelerar la protección al actor. Bajo esta última circunstancia y dados los cortos plazos involucrados en la defensa del afectado (3 días, conforme a las normas que rigen tanto la citación como el traslado a en los incidentes), consideramos que bastaría la simple

la eficacia de las decisiones judiciales, incluso sacrificando la bilateralidad, pues la audiencia previa en muchos casos podría hacer perder todo sentido a las medidas cautelares. De todos modos, la concesión de tutela urgente antes de oír al demandado solamente es legítima cuando no se puede esperar la presentación de la respuesta."CORTEZ MATCOVICH, G. 2017. Op. cit. Pág. 49

³² *"Las derogaciones al principio del contradictorio inicial (art. 101), que se verifican cuando la providencia es dada por el juez inaudita altera parte, y la iniciativa del contradictorio es invertida o aplazada, no tienen siempre la misma finalidad: en ocasiones, mediante el desplazamiento de la iniciativa del contradictorio del actor al oponente (ejemplo, art. 645), tiende la ley, meciéndose en una previsión un tanto optimista, a hacer, efectivamente, que la defensa en contradictorio se desarrolle sólo a iniciativa del oponente, ya que sólo él está en condiciones de conocer si dispone de alguna buena razón que oponer a la demanda; pero, otras veces, el aplazamiento del contradictorio tiende precisamente a hacer que la providencia del juez llegue de manera imprevista al blanco que debe herir antes de que la parte contra la cual se dirige, puede precaverse para hacerla ineficaz. Esto ocurre más frecuentemente, como es sabido, en los procedimientos cautelares: típico, el secuestro conservativo (art. 672), que para conseguir su finalidad de impedir la enajenación o la dispersión de las cosas que constituyen la garantía del acreedor, necesita ineludiblemente que llegue cuando el deudor no lo espera, y antes de que haya."*
CALAMANDREI P. Op. Cit. Pág. 281

proactividad por parte del Tribunal en orden a resolver prontamente el asunto.³³

c. Siguiendo esta cadena causal, y dado que el derecho a rendir prueba depende directamente de las garantías procesales primeramente mencionadas, se afectará también el derecho del afectado a ofrecer y rendir pruebas.

Sin embargo, debemos esclarecer que la afectación a todas estas garantías, tratándose de cautelares otorgadas sin previa audiencia, se produce esencialmente en el orden de la oportunidad en la cual se pueden ejercer dichas garantías. Es así que, en esencia, la parte perjudicada por su otorgamiento no se ve privada del ejercicio de los derechos procesales ya referidos. Lo que sucede, es que tal ejercicio se posterga para un momento posterior a la decisión del Tribunal.

Por lo demás, si el Tribunal - sin escuchar a la contraparte interesada - decide rechazar la solicitud de una cautelar, existirá igualmente una falta de aplicación de las garantías procesales ya enunciadas, pero que, no obstante, resulta inidónea para afectar y menos para generar un perjuicio a la parte contra quien se solicitó la medida.

El problema real se radica, entonces, cuando la medida cautelar es

³³ Respecto al derecho a defensa, el TC ha declarado que este se afecta cuando los elementos formales del debido proceso no son respetados. De esta forma, concluye que los bienes jurídicos de una persona sólo pueden ser afectados conforme a un procedimiento respetuoso de garantías formales del debido proceso, las que llevan a una decisión válida. (STC 2137, Considerandos. 5º y 6º)

otorgada.

En tal escenario, si bien es cierto, sólo se produce un aplazamiento en el ejercicio de ciertos derechos procesales, ello no modifica el hecho que la propia postergación del ejercicio de tales garantías, en sí, constituye una limitación a las mismas y genera efectos potencialmente nocivos para la afectada.³⁴ Es así que, eliminado el contradictorio, resulta muy probable que la circunstancia de haber existido una argumentación y prueba unilateral (a cargo del solicitante de la precautoria), haya sido decisiva en el otorgamiento de la cautelar.³⁵³⁶

Al efecto, debemos destacar que como paliativo a la situación descrita, la regla supletoria contenida en el Código de Procedimiento Civil, es sumamente estricta en cuanto a establecer un máximo de tiempo sin que

³⁴ "... una providencia cautelar contra el adversario indefenso, es a menudo malograda por fines que van mucho más allá de las previsiones, de la ley. La providencia cautelar, que en la intención de la ley debería tener finalidades meramente con intención de la ley debería tener finalidades meramente conservativas de la situación de hecho (nihil lite pendente innovetur), sin perjuicio alguno de la decisión de mérito, viene a ser realidad, en manos de un litigante astuto, una arma a veces irresistible para constreñir a su adversario a la rendición, y obtener así en el mérito una victoria que, si el adversario hubiese podido defenderse, sería locura esperar. "

CALAMANDREI P. 1996 *Op. Cit.* Pág. 282

³⁵ "las maniobras dirigidas a menoscabar el derecho de la contraparte de la defensa de la contraparte y pillarla desprevenida (...), son consideradas por la ley como contrarias a la lealtad procesal. Pero en ciertos casos es la misma ley procesal la que dispone los medios para coger desprevenido al adversario e impedirle, en un primer momento, que se defienda"

CALAMANDREI, P. 1996. *Op. cit* Pág. 281.

³⁶ En el punto, el TC ha declarado que la exclusión o limitación de pruebas puede afectar el derecho a un juicio justo y racional procedimiento ya que un juez no puede juzgar sin antes conocer los hechos sobre los que se va a pronunciar. (STC 2292, c. 8)

opere la bilateralidad de la audiencia. Es así que dicho cuerpo legal preceptúa que transcurrido cinco días sin que la notificación se efectúe, quedan sin efecto las diligencias practicadas, salvo que el tribunal amplíe dicho plazo por motivos fundados. (Art. 302, inc. 2º del Código de Procedimiento Civil). El problema es que muchos procedimientos especiales no suelen utilizar esta regla. Además, incluso respetando esta limitación, bien podría suceder que la sola suspensión de un determinado acto genere un daño relevante o irreparable en el afectado.

Pero existe una situación aún más extrema, y que está representada por aquellas cautelares prejudiciales que se solicitan sin audiencia de parte (vale decir, que no se manifiestan como parte del petitorio de una demanda formalmente deducida; sino que son deducidas bajo la condicionante que en un plazo determinado se interpondrá la respectiva demanda). En estas circunstancias, prácticamente existe un acto de fe del juzgador hacia el solicitante, desde que, sin siquiera conocer el detalle de los hechos y muy lejos de acercarse a la posibilidad de establecer un asomo de derecho subjetivo, otorga, no obstante, una medida cautelar que afecta los intereses de un (hasta el momento) tercero en el juicio (desde que no ha operado respecto del futuro demandado el emplazamiento a su respecto).

Al menos se debiera concordar que el Tribunal de la causa debiera ser excesivamente riguroso al conceder este tipo de precautorias.³⁷ Sin

³⁷ .. no analiza la otra cara de la moneda, a saber, si están resguardados debidamente

embargo, la práctica nos demuestra que muchas veces el Juez se da por satisfecho al exigir una contra cautelar³⁸ al futuro demandante, y con ese sólo mérito otorga la medida solicitada; ello, sin considerar que la mayor parte de las veces la cuantía de la contra cautelar resulta irrelevante, considerando los efectos obtenidos con la medida cautelar.

En resumen, existen abundantes argumentos que derivan de la aplicación de las reglas del debido proceso, conforme los cuales debiera concluirse que las medidas cautelares sólo pueden ser otorgadas ante situaciones excepcionales y graves, que deben ser cotejadas conforme a su mérito.

Apoyando esta afirmación, debemos considerar que nuestro Tribunal Constitucional nos proporciona una abundante jurisprudencia en lo que dice relación al contenido de la garantía constitucional del debido proceso, y, en tal sentido, manifiesta un gran celo en procurar el efectivo cumplimiento de

los derechos de la parte demandada: si tiene posibilidades reales de ser resarcida en el caso de que la medida provisional sea errónea, y los fuertes incentivos que esta situación produce para solicitar medidas temerarias. Si cada vez que se presenta una demanda se concede "provisionalmente" el total de la pretensión, los incentivos para litigar son enormes, y la señal que en este caso se envía a los justiciables también es incorrecta." MARIN G. J.C. 2004. *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado.* Editorial Jurídica de Chile. Pág. 61

³⁸ *"La contracautela dice relación con los derechos que se reconocen al sujeto afectado por la concesión de una medida cautelar. A través de ella el legislador trata de equilibrar la posición entre los litigantes, buscando compensar el gravamen que la concesión de una medida precautoria impone al demandado o futuro demandado".* ROMERO SEQUEL A. 2017. *Curso de derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos.* Tomo I. Tercera Edición. Thomson Reuters. Pág. 204

las garantías contenidas bajo el alero del debido proceso.³⁹ Habrá entonces que determinar, si los antecedentes fácticos que apoyan una solicitud de cautelar, son suficientemente fuertes para dañar el respeto a tales garantías procesales.

2.2. Error judicial

Según lo estudiaremos más adelante, la decisión acerca de una medida cautelar no entraña una anticipación de la decisión del fondo de la controversia, motivo por el cual, en el hipotético caso que una medida cautelar otorgada tuviere como correlato final la dictación de una sentencia definitiva absoluta, no podríamos afirmar que existió un error judicial al momento de otorgar la medida cautelar.

El asunto resulta más discutible cuando se analiza la resolución que concede una cautelar en su propio mérito, circunstancia en la cual la

³⁹Así, el TC ha declarado "*De ahí que el legislador esté obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda; excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad*". Sentencia del tribunal constitucional, Rol N° 1411-2009. C° 7.

En otra oportunidad el TC ha declarado que "*entre las bases del debido proceso, se incluye en principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia, comprensivo del conocimiento oportuno de la acción, el derecho a formular las defensas y de rendir y controvertir la prueba. Sin embargo, doctrinariamente se acepta que la contradicción tiene distintos grados, según la naturaleza de la acción ejercitada, y que no se identifica necesariamente con un momento determinado del proceso. Su intensidad no es la misma en un juicio de lato conocimiento que en uno ejecutivo y su expresión aparece postergada en las acciones propiamente cautelares*". Sentencia del TC, Rol N° 1200, de 10 de marzo de 2009, C° 5.

decisión se valorará conforme, no sólo al cumplimiento formal de los requisitos que se exigen para su otorgamiento, sino, también, de acuerdo a la pertinencia y real necesidad en su otorgamiento. Sin embargo, por la precariedad de los fundamentos y antecedentes que el Juez de la causa está en condiciones de evaluar, existe en los procedimientos cautelares, un mayor riesgo de error judicial.⁴⁰

En cierta forma, de existir un error judicial, el carácter esencialmente transitorio de la medida cautelar sirve como medio y fundamento para enmendar dicho error.

El problema surge cuando los efectos de la medida cautelar, por sí mismos, constituían la pretensión encubierta del actor, de tal modo que, para dicha parte, una vez alcanzado tal propósito, continuar el proceso resulta intrascendente o, incluso, perjudicial. En esta hipótesis, muchas veces se produce precisamente el efecto que la medida cautelar pretendía evitar, cual es, la inutilidad del proceso venidero. Para este caso, será la demandante quien, al ver satisfecha (al menos, temporalmente) su pretensión encubierta, carecerá de interés en la prosecución del juicio.⁴¹ Por otra parte, la demandada, al haber sido expuesta a la anticipación de los

⁴⁰ *El derecho, como sistema, se halla implantado sobre la suposición de que los jueces siempre habrán de dar la razón a quienes la tienen. La conducta, en tanto realidad del derecho, sólo permite admitir que eso ocurre, normalmente pero no necesariamente.* COUTURE, E. *Op. cit* Pág. 483.

⁴¹ Desde que la carga de solicitar, argumentar y aportar pruebas que tiendan a alzar la cautelar concedida, es, evidentemente, de la contraparte; de modo que si dicha parte permanece pasiva, la cautelar se mantiene.

efectos de una sentencia condenatoria, será la única parte interesada en continuar el juicio; salvo, por cierto, que los efectos generados por la medida cautelar sean irreparables, para cuyo caso, pese a existir formalmente partes procesales, ninguna de ellas tendrá un especial interés en continuar el juicio hasta la sentencia definitiva.

En materia de error judicial, y siguiendo la Doctrina, estimamos que el denominado error tipo 2 de una resolución judicial y que deriva en un falso-positivo (para este caso, conceder una medida cautelar cuando no corresponde), siempre será más grave que un error tipo 1, de rechazar como falsa una afirmación verdadera (vale decir, no conceder una medida cautelar, en circunstancias de ser pertinente). En este último caso, y en circunstancias que la resolución que recae sobre las medidas cautelares sólo produce, a lo más, cosa juzgada formal y no material, el actor siempre estará en la posibilidad de reiterar su solicitud, fundamentándola o acreditándola de mejor forma.

2.3. Análisis económico

Ciertamente, el otorgamiento de una medida cautelar tiene una connotación que puede y debe observarse a la luz del análisis económico del derecho⁴², considerando que sus alcances van a tener una clara

⁴² "...la economía es la ciencia de la elección racional en un mundo (nuestro mundo) donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas"

incidencia en la conducta de las partes del juicio, o, incluso, pueden trascender a las mismas. ⁴³Ello, nos lleva a introducirnos en asuntos que superan el análisis estrictamente jurídico⁴⁴, y que, tratándose de medidas cautelares, podríamos resumir en, al menos, los siguientes aspectos:

a) Considerar por parte del Juez - al momento de resolver- los efectos generados por la medida cautelar, en cuanto a calificar si ellos son o no socialmente deseables.

b) Considerar si existe o no relación entre la tendencia observada dentro de una determinada jurisdicción, en orden a acoger o rechazar medidas cautelares, y la cantidad de solicitudes cautelares ingresadas. ⁴⁵

En el punto, si analizamos las medidas cautelares desde la estricta perspectiva de los interesados en solicitarla, sería relevante establecer si existe o no una relación directamente proporcional, entre el número de

POSNER, R. 2000 *El Análisis económico del derecho*. Trad. de Eduardo L. Suárez. Fondo de Cultura Económica (FCE) México. Pág. 11

⁴³ *"El análisis económico del derecho no pretende un único objetivo, sino que fundamentalmente dos. En efecto, la pregunta: ¿De qué manera se afecta el comportamiento humano con la promulgación de una norma jurídica determinada? va a producir una respuesta distinta a la pregunta: ¿Por qué resulta preferible un conjunto normativo que promueve la eficiencia a otro que no?"*

CARRASCO D. N. *Análisis económico de las medidas cautelares civiles* Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2012. Pág. 17

⁴⁴ *"La teoría es que el derecho común se explica mejor (no perfectamente) como un sistema para maximizar la riqueza de la sociedad"*

POSNER. R. *Op. Cit.* Pág. 29

⁴⁵ *"Por otra parte, el Juez (y por ende, los abogados) no pueden omitir el futuro. Dado que la decisión legal del juez es un precedente que influirá en la decisión de casos futuros, el juez debe considerar el probable efecto de las decisiones alternativas..."*

POSNER. R. *Op. Cit.* Pág. 30

cautelares concedidas y la cantidad de solicitudes ingresadas; vale decir, si a mayor cantidad de cautelares concedidas mayor será la cantidad de solicitudes.

c) Ponderar los daños que las partes sufrirían ante el evento que se acogiera o rechazara una cautelar^{46 47}

d) Determinar si el solo control normativo y fáctico de la idoneidad procesal de la medida cautelar solicitada, resulta suficiente para fundamentar una decisión jurisdiccional; o el Juez debe ir más allá de aquello, en cuanto a que se le exija efectuar una ponderación entre los intereses en conflicto, de modo de decidir a cuál de ellos se dará protección.

e) El costo de las decisiones jurisdiccionales erróneas ⁴⁸

f) Existencia de externalidades (sean positivas o negativas) que surjan a partir de un fallo favorable o desfavorable.

Esta óptica económica del derecho, resulta ser absolutamente innovadora; desde que quiebra la noción clásica que regula la

⁴⁶."Ahora bien, lo trascendente es que para valorar la procedencia de las medidas cautelares, el mismo desarrollo jurisprudencial y legal, ha impuesto la consideración judicial de los dos intereses en juego, Por una parte, el daño irreparable que se puede causar al demandante por la no concesión de la medida cautelar en tiempo oportuno y, por otra parte, el daño irreparable que ocasiona dicha tutela provisional al demandado" CARRASCO D. N. Op. Cit. Pág. 107

⁴⁷Véase Ofer Grosskopf y Barac Medina. "Irreparable Harm: Economic Analysis of Preliminary Injunctions [Enlínea] <[http:Works. Bepress.com/barak_medina](http://Works.Bepress.com/barak_medina), quienes afirman que el Tribunal, al decidir sobre otorgar o no una medida cautelar, deben efectuar el ejercicio de comparar daños, especialmente, si son irreparables, que pueden sufrir tanto el actor como el afectado por la medida, pero, también los costos sociales y, de esta forma, establecer cuál será el interés que prevalezca

⁴⁸ Tal como lo plantea POSNER en su obra *El análisis económico del derecho*. Op Cit.

argumentación contenida en una resolución judicial, y que se encuentra estrictamente sustentada en la aplicación de reglas de lógica jurídica y silogismos básicos, sólo aplicables al ámbito de la resolución.

En efecto, la regla de la lógica impone al Sentenciador la aceptación de ciertos principios irrefutables, como los siguientes: a) De la identidad (si una proposición es verdadera, siempre será verdadera); b) No contradicción (una proposición no puede ser verdadera y falsa a la vez, lo que lleva a que dos juicios contradictorios se excluyan mutuamente); c) Del tercero excluido (una proposición no puede ser verdadera o falsa al mismo tiempo y dos juicios contradictorios no pueden ser simultáneamente falsos); y d) De la razón suficiente (exigencia de fundamentación en la resolución).

Sin embargo, si aplicamos la regla de la ponderación en materia de decisiones jurisdiccionales, nos podemos ver situados (en algunas circunstancias) ante un escenario en el cual perfectamente pueden existir dos juicios verdaderos a la vez y que no se excluyan, aun cuando la labor del juez tendrá que llegar ala exclusión de uno de ellos, en términos decisorios. Esta situación se dará cada vez que existan dos derechos, intereses o garantías en conflicto.⁴⁹

Sin perjuicio de lo expresado, podemos observar que nuestro propio

⁴⁹Por ejemplo, ya hemos esbozado, respecto de las cautelares, la coexistencia de dos derechos en conflicto: el derecho a obtener una medida cautelar (entendiéndose que se han cumplido todos los requisitos legales para su otorgamiento) y la garantía del debido proceso.

Código de Procedimiento Civil, ya contiene el germen a partir del cual puede desarrollarse el análisis económico y la ponderación de los derechos entre las partes en conflicto. Al efecto, dicho cuerpo legal, en su Mensaje, señala en la materia que "se hace preciso conciliar la seguridad del derecho del actor y el respeto a la propiedad del demandado"

Acotando la discusión, debemos aclarar que todo nuestro razonamiento supone que la medida cautelar concretamente solicitada, y que es sometida a la decisión del Tribunal, cumple con todos los elementos que la ley exige para su otorgamiento. El asunto es otro. Se trata de la problemática que surge cuando, existiendo dos derechos o garantías legítimas e igualmente plausibles, no pueden ser ambas satisfechas, sin excluirse mutuamente, para cuyo caso debe priorizarse una respecto de la otra; y, en su caso, determinar la regla por la cual habrá que decidir cual derecho o garantía debe primar.

Al efecto, Ronald Coase, en su famoso artículo titulado "El problema del costo social" ha establecido ciertas pautas, al afirmar⁵⁰:

⁵⁰ .. la aplicación de la teoría económica al ámbito del derecho tiene su origen en dos trabajos aparecidos a principios de los años sesentas, uno de un economista, Ronald Coase (Premio Nobel, 1991), y otro de un jurista, Guido Calabresi. Estos trabajos son considerados por todos los practicantes del análisis económico del derecho como pilares básicos de la emergencia de la disciplina. El trabajo de Coase gira en torno a un tema específicamente económico; la cuestión del tratamiento del costo social o, en otros términos, los efectos externos producidos por las actividades económicas. Estos efectos –externalidades, en el lenguaje de los economistas– son las premisas fundamentales del acercamiento de la economía al derecho, poniendo de relieve, por un lado, el concepto de externalidad para una teoría económica de las instituciones, y de otro lado, el lugar central que ha de tener el problema del costo del derecho en el análisis de la realidad jurídica.

"El enfoque tradicional ha tendido a obscurecer la naturaleza de la elección que encierra. El problema se formula comúnmente como uno en el que A ocasiona daño a B y lo que tiene que decidirse es: ¿Cómo se puede restringir a A? Pero esto es erróneo. Estamos tratando un caso de naturaleza recíproca. Evitar daño a B infligiría un perjuicio a A. La cuestión real que debe decidirse es: ¿Debe permitirse que A dañe a B o que B dañe a A? La cuestión es evitar el daño mayor."⁵¹

Como puede advertirse, la premisa del conflicto planteado supone que la discusión jurídica elemental, en cuanto a la legitimidad de las pretensiones de ambas partes en conflicto, se encuentra superada.

Ahora corresponde resolver cual de las pretensiones, intereses, garantías o derechos legítimos debe prevalecer.⁵²

Nosotros proponemos que la decisión acerca del otorgamiento o rechazo de una medida cautelar, debe llegar a este nivel de análisis; ello, porque, como lo afirmamos en un comienzo de este trabajo, el estudio de las medidas cautelares - a diferencia de otras áreas que admiten ser objeto

BEJARANO. J.1999 *"El Análisis Económico del Derecho: Comentarios Sobre Textos Básicos"* Revista de Economía Institucional. vol. 1, núm. 1, Universidad Externado de Colombia Bogotá, Colombia. Pág. 156

⁵¹COASE, R. H. 1960 *El problema del costo social*. Trabajo publicado originalmente en *The Journal of Law and Economics* Pág.1(1-44)

⁵²"Lo que debe decidirse es si la ganancia por evitar el daño es mayor que la pérdida que se sufriera de otro modo, como resultado de detener la acción que produce el daño. En un mundo donde hay costos de reordenar los derechos establecidos por el sistema legal, la justicia, en casos relativos a molestias, está tomando decisiones económicas sobre cómo han de emplearse los recursos. Pero la delimitación de derechos es también resultado de leyes"

COASE, R.H. *Op. Cit.* Pág. 34

de estudio únicamente por parte de la dogmática jurídica - tiene componentes fácticos que superan toda connotación jurídica.

De esta forma, un correcto análisis acerca de la solución del problema planteado supera el ámbito estrictamente jurídico, y deberá determinar bajo otras reglas, otros aspectos que superan el análisis normativo; como, por ejemplo, si la concreta protección de los intereses del demandante a través del otorgamiento de una medida cautelar, generará o tiene la potencialidad de provocar un daño mayor al que se produciría si no se otorgara tal medida⁵³.

Para dar una respuesta a tal cuestionamiento, debemos apoyarnos en las técnicas que nos otorga el estudio económico del derecho. Al efecto, hemos hecho mención a una de ellas, cual es, el modelo de Coase, pero hacemos presente que existen otras vías de solución económica a un conflicto jurídico de intereses⁵⁴

⁵³"Parecería entonces deseable que las cortes comprendieran las consecuencias económicas de sus decisiones y pudieran, en la medida en que esto sea posible, sin crear demasiada incertidumbre acerca de las tesis de la ley en sí misma, tomar en cuenta estas consecuencias cuando adoptan sus decisiones "
COASE R. H. *Op. Cit.* Pág. 22.

⁵⁴"Consciente de dichos problemas, Wilfredo Pareto, pretendió desarrollar una teoría de la elección social, que dejara de lado las valoraciones o juicios de valor, al momento de decidir entre distintas alternativas sociales, que pueden optar a ser elegibles en el marco de una decisión, como la judicial. En tal sentido, y en base a un criterio de unanimidad débil, que suponía la aceptación y legitimación, en una determinada comunidad, de una determinada decisión, sobre la base de que existirían pocos contradictores a su elección, definió dos conceptos de eficiencia, conocidos como :Pareto Superior (en adelante, indistintamente como :P-S),y Pareto Optimo (en adelante, indistintamente, como :P-O)."
CARRASCO D. N. *Op. Cit.* Pág. 36

Para este cotejo, deberá considerarse la situación de las partes, confrontarse sus intereses, derechos o garantías y priorizarlos (traspasando, con ello, los límites del proceso), hasta valorar y ponderar cada uno de los derechos y garantías en conflicto, concluyendo con la inserción de tales derechos y garantías dentro de una estructura de jerarquías.⁵⁵

Este análisis, incluso, deberá considerar si existe o no una afectación de intereses que no se encuentren representados directamente por las partes.⁵⁶

Dicho examen puede parecer sumamente teórico, y, quizás, de difícil práctica; sin embargo, tal como lo propondremos en el transcurso de este trabajo, existen elementos contenidos en la ley que facilitan, en ciertas ocasiones, esta tarea.

3.- Concepto y clasificación de las medidas cautelares

En este capítulo analizaremos los aspectos básicos y comunes propios de las medidas cautelares.

⁵⁵ "Ronald Coase elabora , en consecuencia , una pauta de elección social para el juez .En tal sentido , le indica una regla para poder resolver un asunto ,a saber : Dicha decisión debe tender a la reducción de los costos a fin propender a la eficiencia , ya que la alternativa menos cara resulta la que genera mayor beneficio social"
CARRASCO D. N *Op. Cit.* Pág. 35

⁵⁶ Como, por ejemplo, los intereses de los usuarios de un servicio público que pudiere ser paralizado o postergado por una medida cautelar.

A partir de ello, debemos determinar si es posible concebir las medidas cautelares pronunciadas dentro del ámbito de la libre competencia, como una especie perteneciente al género mayor de las medidas cautelares; o, por el contrario, establecer si estas medidas cautelares otorgadas en sede de libre competencia constituyen una suerte de coto regido por principios y normas especiales y excluyentes a las que rigen el resto de las medidas cautelares.

Para comenzar, y con el propósito de conceptualizar lo que debemos entender por medida cautelar, acudiremos a la extensa doctrina de autores que existe en materia, dentro de la cual se ha afirmado que:

"... las medidas cautelares han sido concebidas como un instrumento idóneo para contrarrestar el riesgo de que durante el transcurso del proceso el sujeto pasivo pueda realizar actos o adoptar conductas que impidan o dificulten gravemente la ejecución de la sentencia. En este sentido, las medidas cautelares constituyen medidas de aseguramiento que persiguen garantizar la eficacia de una eventual sentencia que acoja la pretensión."⁵⁷

Deliberadamente hemos acudido a un concepto utilizado por dos autores nacionales penalistas, para revelar que la noción de medida cautelar es común a todo el derecho, a tal punto, que es compartida tanto

⁵⁷HORVITZ. M.I. y LÓPEZ. J.2008 *Derecho Procesal Penal chileno I. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*. México, D.F. Editorial Jurídica de las Américas. Pág. 341.

en materia penal como civil. A continuación, resumiremos sus principales características:

a. En primer término aparece su naturaleza **accesoria e instrumental** a un procedimiento principal.⁵⁸

Esto significa que sólo pueden ser entendidas en la medida que se vinculan a una demanda principal (actual o por iniciar)⁵⁹

b. Desde ya, observamos también su carácter **preventivo**, del cual deriva su finalidad principal, en orden a garantizar la eficacia del cumplimiento de una sentencia definitiva⁶⁰.

c. Estrechamente vinculado con la finalidad que pretende el otorgamiento de una medida cautelar, surge otro elemento distintivo de la misma, cual es, la **transitoriedad de la medida**. Esto significa, que,

⁵⁸"... el vínculo de instrumentalidad se regula como una relación de las medidas con un proceso civil pendiente o que puede iniciarse ante tribunales..."
ORTELLS RAMOS,2000. *Las medidas cautelares*". Edit. La Ley, Barcelona, Pág. 55.

⁵⁹ "La concesión de una medida cautelar es – en lenguaje figurado- la protección de un derecho virtual, de una apariencia de futuro cumplimiento de una sentencia que pueda darse para el declarativo o ejecutivo. Bajo tal premisa, no se puede concebir que la resolución cautelar haya realizado un pronunciamiento sobre el fondo, sino esencialmente provisional. Como lo destaca Reimundin, el proceso cautelar no tiene un fin en sí mismo, pues está preordenado a la existencia de un proceso principal de fondo. En explicación de Calamandrei, "la tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediana: más que hacer justicia contribuye a garantizar el funcionamiento de la justicia, según el mismo autor, la sustancia de providencia cautelar está en la "anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma".
ROMERO SEGUER A. *Op. Cit.* Pág. 177.

⁶⁰ Recordemos que, según lo expuesto al inicio del presente trabajo, hemos descartado todo análisis de las medidas precautorias de naturaleza probatoria.

variando las condiciones existentes al momento de otorgarla, esta puede ser modificada o dejada sin efecto.⁶¹

d. Por otra parte, considerando el resultado intrusivo y limitante que la medida cautelar produce en el ejercicio de los derechos del afectado, asoma otra característica compartida por todas las medidas cautelares, y que es su **carácter excepcional**. Esto significa que sólo se concederán por el Juez en la medida que, cumplidos los requisitos formales y procedimentales, se aprecien claramente dos factores y que son denominados por la doctrina en su vocablo en latín como *periculum in mora* y *fumus boni iuris*.⁶²

Esta condición de excepcionalidad significa que su adopción no es una necesidad ineludible del proceso, sino que, por el contrario, ellas sólo proceden cuando, existiendo presumiblemente un derecho y un riesgo generado por el retardo propio del proceso, el otorgamiento de una precisa medida cautelar resulta estrictamente necesario para asegurar la ejecución de la sentencia.

Esta misma exigencia, es claramente compartida en sede penal. Al

⁶¹ "En cuanto a los caracteres de las medidas cautelares, provisionales y anticipadas que se someten al mismo régimen, destaco en primer lugar la sujeción al principio *rebus sic stantibus*, esto es se adoptan en tanto permanezcan las circunstancias fácticas y jurídicas que se han tomado en cuenta para resolver sobre su adopción, lo que significa que el cambio en cualquiera de esas circunstancias tiene que hacer necesario también el cambio en el régimen de la medida, ya sea su intensificación, su aumento, su reducción o en definitiva su eliminación."

SIMÓN OLIVERA. L. *Op. Cit.* Pág. 123

⁶² Más adelante abordaremos el estudio de estos dos elementos propios de toda medida cautelar.

efecto, se ha señalado lo siguiente:

*"Dado que las medidas cautelares, generalmente hablando, importan restricciones importantes a la libertad personal o a la libre disponibilidad de los bienes, el establecimiento por ley de los supuestos de hecho que se considerarán suficientes para satisfacer ambos requisitos y la constatación en el caso concreto del efectivo cumplimiento de esos supuestos constituyen una garantía de la máxima importancia para el imputado."*⁶³

e. Deben, por último, ser **proporcionales y adecuadas** al fin pretendido. Tal aspecto viene establecido por el propio Código de Procedimiento Civil, a través de su Mensaje, por medio del cual se señala: *"Menester es limitar dichas medidas a lo estrictamente indispensable para que no se burle la acción del demandante..."*.

Conforme a esta característica, la medida cautelar deberá ser adecuada al fin que con ella se propone.⁶⁴

Debemos prevenir que, fuera de estos elementos comunes, no existen otros aspectos que sean compartidos absolutamente por las medidas cautelares que se dicten en el ámbito penal y civil.

⁶³HORVITZ. M.I. y LÓPEZ. J. *Op. Cit.* Pág. 343.

⁶⁴ "A dichos cuatro requisitos , se agrega por algunos autores , un quinto , referente a que se demuestre , por el solicitante , que existe en la ley , aparte de la medida cautelar , ningún otro remedio adecuado con la finalidad de salvaguardar sus intereses (no adequate remedy at law)"
CARRASCO D. N. *Op. Cit.* Pág. 110

Es así, que, en materia penal, y en razón a la distinta finalidad y alcance específico de estas medidas cautelares, se distinguen entre aquellas de naturaleza estrictamente penal (cautelares personales) y aquellas de naturaleza civil (cautelares reales). Esto significa que sólo en materia penal (y sus derivados infraccionales), y por las características propias del proceso penal, existen ciertas medidas cautelares que no tienen un "objeto", sino un "sujeto"; es decir, afectan directamente a la persona respecto a la cual van dirigidas y no indirectamente a través de la limitación de disponer de sus bienes o de ejercer sus derechos patrimoniales.⁶⁵

Estas medidas cautelares penales de carácter personal, deben cumplir necesariamente todos y cada uno de los elementos propios a toda medida cautelar; sin embargo, revisten otras características que determinan una regulación adicional en cuanto a su tramitación y efectos.

No obstante aquello, las medidas cautelares reales en materia penal, y que corresponden a aquellas de naturaleza patrimonial, se rigen, salvo pequeñas diferencias, por las normas del Título IV y V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.⁶⁶

⁶⁵Al efecto, la doctrina nacional ha señalado: "*Ahora bien, aplicadas al proceso penal, las medidas cautelares deben tomar en consideración el doble objeto que en nuestro sistema se reconoce a aquél: por una parte, la satisfacción de una pretensión penal, consistente en la imposición de una pena y, por la otra, la satisfacción de una pretensión civil, consistente en la restitución de una cosa o la reparación por el imputado de las consecuencias civiles que el hecho punible ha causado a la víctima*". HORVITZ. M.I. y LÓPEZ. J. *Op. cit* Pág. 342.

⁶⁶Dispone al artículo 157 del Código Procesal Penal: "*Procedencia de las medidas cautelares reales. Durante la etapa de investigación, el ministerio público o la víctima*

A estas alturas, entonces, estamos en condiciones de formular - de acuerdo a lo expuesto precedentemente - nuestra primera conclusión, cual es, que toda medida cautelar, independientemente del tipo de jurisdicción que se ejerza, y salvo norma expresa en contrario, se rige por los principios que regulan a todas las medidas cautelares y comparten sus elementos esenciales (estos son, su carácter accesorio, preventivo, transitorio, excepcional y proporcional)

En segundo término, podemos afirmar que toda medida cautelar de carácter patrimonial, salvo norma excepcional en contrario, y en lo no regulado por su normativa especial, debe regirse por los preceptos contenidos en el Título IV y V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. Ello, porque en nuestro derecho, y en materia de cautelares de naturaleza civil (o patrimonial), no existen otras normas y principios generales (aunque sí, especiales) que desplacen el carácter supletorio de las reglas contenidas en nuestro Código de Procedimiento Civil.

Siguiendo esta argumentación, a modo de tercera conclusión, y

podrán solicitar por escrito al juez de garantía que decrete respecto del imputado, una o más de las medidas precautorias autorizadas en el Título V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. En estos casos, las solicitudes respectivas se substanciarán y regirán de acuerdo a lo previsto en el Título IV del mismo Libro. Con todo, concedida la medida, el plazo para presentar la demanda se extenderá hasta la oportunidad prevista en el artículo 60.

Del mismo modo, al deducir la demanda civil, la víctima podrá solicitar que se decrete una o más de dichas medidas."

abocándonos a la materia que nos convoca, podemos afirmar que las medidas cautelares en materia de libre competencia, se rigen en plenitud por los principios que resultan aplicables a toda medida cautelar y comparten sus características esenciales, salvo norma especial que, en determinada materia específica, pudiera determinar lo contrario.

Establecidas las características básicas de toda medida cautelar, postulamos que las variables que inciden en la decisión de otorgar o rechazar una determinada medida cautelar, las podemos clasificar en exógenas al proceso o inherentes al resultado del mismo.

Serán elementos exógenos, todos aquellos factores que se relacionen directamente con los hechos que motivaron el otorgamiento de la medida cautelar (causa de pedir) y que se vinculen directamente con el riesgo que se pretende evitar con la medida. La existencia de estos factores no tiene incidencia en el resultado del juicio, en tanto sólo son relevantes para la oportuna concesión de la medida.⁶⁷

Por otra parte, existen factores que resultan determinantes en el resultado de la pretensión contenida en la acción deducida, y que configuran la materia principalmente controvertida. En concreto, nos referimos a aspectos relacionados con la existencia misma del derecho cuya

⁶⁷A estos elementos, la doctrina los encuadra dentro del concepto de el *periculum in mora* o peligro de retardo.

declaración jurisdiccional se pretende.⁶⁸

Del juego de estos dos elementos esenciales (más otros aspectos accesorios que ya hemos analizado en parte) va a depender tanto el otorgamiento de la medida cautelar, como su modificación o alzamiento

Queda, entonces, por definir, si a las medidas cautelares en materia de libre competencia (que se rigen por los principios propios a toda medida cautelar y comparten sus características) se le aplican o no las normas supletorias contenidas en los referidos Título IV y V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, o se rigen por normas legales especiales.

El análisis particular de este punto lo reservaremos para un capítulo posterior.

4.Finalidades de las medidas cautelares

No es la intención de este trabajo abordar en profundidad una materia suficientemente tratada en la doctrina, como lo es, el estudio de las finalidades de las medidas cautelares.

Sin embargo, consideramos necesario detenernos en algunos puntos relevantes para el asunto que nos convoca.

De acuerdo a la Doctrina y Jurisprudencia, según sus finalidades, es

⁶⁸Esto es, lo que doctrinariamente se denomina como *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

posible clasificar a las medidas cautelares en los siguientes grupos: a) Conservativas, que buscan asegurar la ejecución forzada de una eventual sentencia definitiva favorable al actor, y b) Anticipativas⁶⁹, en las cuales se pretende adelantar los efectos de una futura sentencia favorable.⁷⁰ Estas últimas medidas cautelares, si bien es cierto, siguen los patrones generales de toda medida cautelar, respecto a ciertas características, como la temporalidad, pueden apartarse de tales cánones.⁷¹⁷²

⁶⁹ "Con la tutela anticipada o de urgencia se genera una forma de protección diversa de la que se obtiene con la concesión de una medida precautoria. Como se explicará, es un elemento, característico de la protección cautelar que ella no puede otorgar la satisfacción del derecho, limitándose a lo más a asegurar el resultado de la acción deducida (art. 290 CPC), salvo casos excepcionales que más adelante se justificarán. En cambio, con la tutela anticipada se permite satisfacer un derecho, en casos graves, cuando la demora en la respuesta jurisdiccional puede ocasionar un perjuicio irreparable al actor. Otra diferencia fundamental entre la tutela anticipada y las medidas cautelares se aprecia en lo siguiente: la precautoria es accesoria al juicio, y busca que no se frustre la ejecución de la sentencia; en la anticipación se accede al objeto del proceso preventivamente." ROMERO SEGUER A. Op. Cit. Pág. 67-68

⁷⁰Al efecto, seguimos la clasificación que nos otorga Calamandrei, quien separa las medidas cautelares entre aquellas que denomina "Providencias instructorias anticipadas" y "Providencias dirigidas a asegurar la ejecución forzada". CALAMANDREI, Pág. 2017. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Santiago de Chile. Ediciones Jurídicas Olejnik.

⁷¹ "El segundo carácter al que alude generalmente la doctrina es el de la provisionalidad, la no permanencia o la presencia condicionada de la medida a la ratificación ulterior. Aquí debemos tener presente la distinción que marcamos para algunas de las medidas anticipadas, en donde esta característica no se presenta sino que la incorporación a la litis es definitiva." SIMÓN OLIVERA. L. Op. cit. Pág. 123

⁷² i) La medida cautelar conservativa impide determinados cambios en la situación de hecho, evitando el daño que puede significar que la respuesta del proceso jurisdiccional llegue demasiado tarde; el proceso cautelar de esta clase trata de conservar (inmovilizar) una situación, para impedir cambios de la misma, que puedan frustrar, luego, el resultado práctico del proceso jurisdiccional.
II) Las medidas cautelares innovativas, en descripción de Carnelutti, se encaminan a producir una alteración del estado de hecho, que de no mediar comprometerían el resultado del proceso." ROMERO SEGUER A. Op. Cit. Pág. 184.

Frente a esta clasificación, algunos autores se plantean la posibilidad de considerar las órdenes de no innovar como un tercer grupo de medidas cautelares.⁷³

En nuestro ordenamiento jurídico, las medidas cautelares conservativas, corresponden básicamente a las denominadas por el Código de Procedimiento Civil como "*medidas precautorias*", y que se encuentran reguladas en términos generales y supletorios, en el Título V del Libro II del CPC. De acuerdo al mismo cuerpo legal (artículo 290), se clasifican dichas medidas precautorias en: a) secuestro de la cosa objeto de la demanda, b) nombramiento de interventor, c) retención de bienes determinados y, d) prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes específicos.

Esta enunciación legal no es taxativa, desde que el propio Legislador admite otras medidas cautelares no expresamente autorizadas por la ley (artículo 298 del CPC⁷⁴), sin perjuicio de reconocer la existencia de otras cautelares reguladas por leyes especiales (artículo 300 del CPC).

De esta forma, el mismo Título V del Libro II del CPC, que reconoce expresamente las medidas precautorias de carácter conservativo, admite,

⁷³"La amplitud alcanzada por la orden de no innovar en la jurisdicción constitucional promueve algunas interrogantes: ¿Puede anticiparse la tutela a través de una orden de no innovar? ¿Sólo tiene un carácter conservativo o también innovatorio? ¿Por qué las Cortes de Apelaciones no exigen una caución, que equilibre los derechos de las partes?"ROMERO SEQUEL A. *Op. Cit.* Pág. 213.

⁷⁴ En lo pertinente, establece la norma citada: "*Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen*"

en forma genérica, la existencia de otras medidas cautelares diferentes a las expresamente reguladas en dicha normativa. Tales cautelares innominadas pueden ser de carácter conservativo, pero también se abre la puerta para discutir acerca de la posibilidad que tal norma reconozca genéricamente a las medidas cautelares anticipativas. Es así, como el ya referido artículo 298 del CPC, sienta las bases normativas a partir de las cuales un sector de la Doctrina ha comenzado a elaborar la tesis del reconocimiento legal, en términos generales, de las medidas cautelares anticipativas.⁷⁵

Sin perjuicio de lo anterior, y tal como lo constata la Doctrina, nuestra jurisprudencia se encuentra inclinada a la idea de reservar las medidas cautelares a aquellas estrictamente conservativas, salvo que exista una norma legal que especialmente autorice decretar una medida cautelar anticipativa.⁷⁶

Por su parte, las medidas cautelares anticipativas son excepcionales en nuestra legislación⁷⁷, y ellas tienden, fundamentalmente, a adelantar el

⁷⁵ Nos referimos a un reconocimiento legal en términos generales, dado que existen casos de regulación especial de estas medidas cautelares anticipativas, tal como sucede, por ejemplo, en materia de familia, respecto a la regulación de los alimentos provisorios.

⁷⁶ "En este sentido, la jurisprudencia sistemáticamente ha rechazado medidas en las que se ha pretendido alejar de los fines estrictamente conservativos"

MARÍN GONZÁLEZ J.C. 2006. *Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales*. REJ - Revista de Estudios de la Justicia 8. Universidad de Chile. Pág. 18.

⁷⁷ "En nuestra legislación no existe un reconocimiento general a la tutela anticipada, a lo menos de la forma como se ha desarrollado este tema en otros ordenamientos jurídicos. Sin embargo, el legislador admite varias soluciones técnicas donde está presente, con mayor o menor intensidad, la posibilidad de adelantar la protección jurídica antes del

resultado de un juicio.^{78 79}

En relación a las medidas cautelares anticipativas, la opinión dominante es de considerarlas como un instrumento procesal útil para determinados casos, pero que siempre van a requerir un respaldo legal que la autorice.⁸⁰

Las diferencias, entonces, entre medidas conservativas y anticipativas

pronunciamiento de la sentencia definitiva o antes que esta resolución devenga en firme sentencia definitiva o antes que esta resolución devenga en firme."

ROMERO SEGUER A. *Op. Cit.* Pág. 70

⁷⁸*"En muchos casos, el tiempo influye de modo tan perjudicial en el objeto litigioso que no basta ni con un actuar positivo ni con mantener el statu quo, sino que se necesita que se adelante resolución sobre el objeto, aquí hay una identidad entre lo que la medida resuelve y lo que la sentencia final o definitiva va a resolver."*

SIMÓN OLIVERA, L. *Op. cit.* Pág. 120.

⁷⁹*"Sin embargo, por distintas razones se han ido desarrollando otros mecanismos que permiten anticipar la tutela jurídica antes del pronunciamiento de la sentencia definitiva. La piedra angular de este movimiento está en el cuestionamiento de la sentencia de fondo como objeto y fin del proceso tradicional, y en el reconocimiento de las limitaciones que tienen las medidas cautelares conservativas para responder adecuadamente al amparo jurídico que impetra el actor."*

ROMERO SEGUER A. *Op. Cit.* Pág. 65.

⁸⁰*"Creo que la solución del problema no pasa por excluir este tipo de medidas del ámbito de la tutela cautelar sino, por el contrario, establecer un adecuado marco legal a su respecto. En esta materia se impone un importante grado de flexibilidad y que el legislador asuma de una vez por todas la responsabilidad que tiene de dotar al sistema procesal civil chileno de un número vasto y flexible de medidas cautelares, que permita la anticipación en cualquier materia (incluida la reivindicación de un inmueble) y no sólo en las que hasta ahora se han regulado (alimentos provisionales, por ejemplo). No es bueno ni eficiente que el legislador se desentienda de este problema y deje la "tarea sucia" a los tribunales de justicia y que siga confiando en la prudencia y en el escaso activismo que en esta materia han mostrado los jueces en Chile. Argentina está demasiado cerca como para seguir confiando en esta situación. Creo que una regularización parecida a la que hoy existe en materia de medidas prejudiciales precautorias más un sistema efectivo de cauciones, pueden mostrarse particularmente útiles a la hora de resguardarse de los efectos más dañinos de la anticipación en sede cautelar."*

MARIN G. J. C. 2004. *Op. Cit.* Pág. 242.

fluyen a partir de la misma finalidad que persigue cada una⁸¹ ⁸². Y tal finalidad emerge a partir del tipo de peligro que cada tipo de medida cautelar pretende evitar.⁸³

En el camino intermedio entre cautelares conservativas y anticipativas, resulta que muchas veces los efectos prácticos de ciertas medidas cautelares consideradas como conservativas, las asemejan más a las cautelares anticipativas. Así ha sucedido con la prohibición de celebrar actos

⁸¹ "Con este elemento la doctrina establece que el contenido o efecto de la medida cautelar no puede ser idéntico al resultado que se busca con la acción deducida. Si no se admite esta separación estaríamos frente a una situación de tutela anticipada, esto es, una verdadera ejecución del fallo antes de que exista sentencia sobre el fondo.

Desde otro ángulo, la identidad entre la medida cautelar y el resultado final de la acción objeto del proceso, determinaría la existencia de una hipótesis de cumplimiento de la sentencia, más que una medida provisoria para asegurar el resultado de una acción. Esta diferenciación entre la tutela que otorga la sentencia definitiva y la resolución que concede la medida cautelar, es necesaria para evitar el riesgo de prejuzgar sobre el asunto objeto del juicio. Por lo mismo, la medida precautoria permitiría sólo algunos de los efectos de la ejecución, pero nunca todos."

ROMERO SEGUÉ A. *Op. Cit.* Pág. 191.

⁸² "En este sentido, se habla de peligro de infructuosidad y de peligro de tardanza o de retardo, en efecto, en algunas ocasiones lo importante es que la medida cautelar asegure urgentemente la existencia de bienes o de la cosa objeto de la demanda en vista de la futura ejecución. En otras, en cambio, la medida cautelar lo que busca es acelerar provisoriamente la satisfacción de la pretensión deducida, porque de esperarse el completo desarrollo del juicio se pueden producir en el demandante perjuicios irreparable." MARIN. G., J.C. *Op. Cit.* Pág. 245.

⁸³ "Asimismo, existen otras situaciones en las que el peligro estará constituido por la sola demora en satisfacer las necesidades del demandante (peligro de tardanza). En estos casos, como sabemos, lo urgente no es asegurar un conjunto de bienes en pos de la futura ejecución, sino en la satisfacción inmediata del derecho reclamado. Al decir de CALAMANDREI, en estos casos el *periculum in mora* deriva de la "prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiene en el juicio de mérito". Ejemplo de este peligro lo encontramos en la figura de los alimentos provisionales, en que el legislador parte del supuesto de que esperar el término normal del proceso sin satisfacer interinamente el derecho reclamado, puede ocasionar daños irreparables al demandante."

MARIN. G. J.C. 2004. *Op. Cit.* Pág. 250

o contratos sobre bienes específicos⁸⁴, figura que ha sido interpretada por algunos autores y cierto sector de la jurisprudencia en términos amplios, y que, en los hechos, ha generado, con su otorgamiento, la imposibilidad que la parte afectada desarrolle conductas tendientes a celebrar o ejecutar un determinado contrato o uno o más actos (sean estos últimos materiales o jurídicos). Sin embargo, para otro sector de la Doctrina, ellas sólo pueden tener por objeto uno o más bienes determinados.⁸⁵; de esta forma, resultan improcedentes para imponer órdenes de no innovar.⁸⁶

Finalmente, aparece un tercer grupo de medidas que se agrupan bajo el concepto de "órdenes de no innovar", que tienen un origen procesal y constitucional, pero que, en la práctica forense, han traspasado tales fronteras, al punto de tener pretensiones de aplicación genérica a todo tipo de procedimientos.⁸⁷

⁸⁴ Precautoria de naturaleza conservativa prevista en el numerando 4º del artículo 290 del CPC.

⁸⁵ *"No obstante lo anterior, surge la duda si a través de esta medida se puede impedir la ejecución de otros actos que no implican la transferencia o la transmisión del dominio. Así, por ejemplo, no resulta claro que la transformación de un bien pueda quedar comprendida dentro de esta medida (v.gr. pintar la cosa, alterarla accidental o sustancialmente, etc.). Con muy buen criterio, se ha aceptado en la jurisprudencia que esta medida no impide que el propietario pueda tomar un seguro sobre la cosa, puesto que se trata de una medida de carácter conservativo que no afecta los derechos del demandante."*
ROMERO SEGUEL A. Op. Cit. Pág. 223

⁸⁶ *"Así lo dispone expresamente el art. 290 N° 4. Es decir, no basta con pormenorizar el tipo de acto o contrato que se busca prohibir sino que además hay que referirlo a un bien específico. No podría concederse, en consecuencia, la medida de prohibición"*
MARIN. G. J.C. Op. Cit. Pág. 413

⁸⁷ En lo que concierne al otorgamiento de órdenes de no innovar, el TC ha sido de la opinión en orden a que tal facultad debe emanar desde la ley. En el punto ha resuelto que es el legislador quien debe determinarlas conforme a cada

A nivel del derecho de libre competencia, y desde la óptica del estudio del procedimiento infraccional (que descarta la discusión de asuntos de índole patrimonial que inciden en la situación de las partes, salvo aquellos que tuvieren relación con la determinación de la cuantía de una eventual multa), adquieren especial relevancia las cautelares de carácter anticipativo, las órdenes de no innovar y aquella cautelar híbrida, consistente en la prohibición de celebrar actos y contratos.

Por el momento nos limitaremos a enunciar el tema, para diferir su tratamiento en un capítulo posterior.

5.Principios generales en materia procesal que rigen las medidas cautelares de carácter patrimonial. Impulso procesal, principio dispositivo y congruencia procesal.

Ya hemos analizado los principios y reglas que regulan directamente las medidas cautelares. Ahora, nos corresponde examinar qué principios

procedimiento. Más aun, ha manifestado que incluso, para el Legislador existen límites que no puede traspasar, tales como el de satisfacer las exigencias de racionalidad y del debido proceso

Al efecto, declara la sentencia STC 1907

"CUADRAGÉSIMOSEXTO: "(...) *el procedimiento especial contemplado se justifica precisamente en la necesidad de fijar reglas de tramitación distintas a las generalmente aplicables, que se acomoden a las finalidades u objetivos públicos que hayan sido definidos por el legislador. En efecto, puede ser que para alcanzar los logros o finalidades definidos por el legislador no sea suficiente la sola configuración de las relaciones internas de una determinada vinculación contractual, sino que la misma deba ir acompañada de una regulación procesal específica (...). La regulación procesal indicada se encuentra también dentro del ámbito legítimo de apreciación del legislador, siempre y cuando la regulación satisfaga las exigencias del debido proceso.*"

generales del proceso civil se aplican a las medidas cautelares y bajo qué matices.

En particular, tratándose de medidas cautelares de naturaleza patrimonial, el Tribunal se rige por los principios del impulso de partes y dispositivo, de modo que no puede decretarlas de oficio ni tampoco puede exceder las pretensiones de las partes ni sus fundamentaciones.⁸⁸ Es entonces, la voluntad de las partes, la fuente y el límite de las medidas cautelares.⁸⁹

El motivo de lo anterior, redundando en diversas condiciones propias de las pretensiones patrimoniales, que son esencialmente disponibles, tal como los derechos aludidos en las mismas, y cuyo ejercicio se circunscribe,

⁸⁸ "El primero de ellos, el dispositivo, tiene su punto de partida en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de los derechos privados subjetivos, entregando la iniciativa a los particulares. Es decir, en los procedimientos regidos por este principio, serán las partes quienes deben decidir si inician o no un proceso y determinar su objeto, es decir, si inician o no un proceso y determinar su objeto, es decir, aquello sobre lo cual versara el juicio. Por esta razón, usualmente informa los procedimientos de carácter civil.

Por el contrario, el principio de la oficialidad, implica que es el propio tribunal o un organismo público el que pueden dar comienzo a un proceso, por sobre el interés de las partes, y además, que el mismo tribunal puede determinar el contenido del juicio. Dadas estas características, se emplean en aquellos procedimientos que operan en materias en que se consideran prevaleciente el interés de la comunidad y, por lo tanto, tradicionalmente se lo considera subyacente en la regulación de los procedimientos de orden penal."

CAROCCA PEREZ A. 2002. *Manual de derecho procesal*. Tomo II. Los procesos declarativos LexisNexis Santiago de Chile .2002. Pág. 25-26

⁸⁹ "El principio dispositivo tiene, en realidad, un doble contenido: por un lado, la iniciativa de parte (el juicio civil no funciona sino a petición de parte interesada); y por otro la limitación del material de conocimiento (el juez no conoce más material de hecho que los que le suministran las propias partes). Para expresarlo en dos aforismos clásico: *nemo iudex sine actore, u ubi partes sunt concordēs nihil ab iudicem.*"

COUTURE, E. 1998 *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I. Buenos Aires. Ediciones Depalma. Pág. 313

esencialmente, al interés de la parte que lo ejerce⁹⁰. En este sentido, se justifica la neutralidad del Tribunal, en la necesidad de conservar la imparcialidad del mismo respecto de los intereses de las partes en conflicto, estimándose que la labor del Juez debe limitarse a resolver la controversia planteada y dentro de los deslindes establecidos por las mismas partes.

a) De esta forma, y como primera afirmación, concluimos categóricamente que el Tribunal no puede otorgar medidas cautelares cuando la actora no las hubiere solicitado.

b) Un segundo asunto a dilucidar dice relación con las facultades del Tribunal para otorgar una medida cautelar distinta a la solicitada.

En principio, debemos descartar toda posibilidad que el Tribunal altere la petición en cuanto al objeto pedido (*petitum*,) salvo que lo otorgado sea menos perjudicial para el afectado y comparta la misma naturaleza de lo pedido⁹¹

Consideramos que en cuanto la medida decretada comparta la misma naturaleza jurídica de aquella cautelar solicitada, no existiría un conflicto con los principios procesales relacionados al debido proceso; ello, en cuanto las partes tuvieron la posibilidad de exponer sus defensas y excepciones y

⁹⁰a) *Principio dispositivo. Se puede decir que consiste en la disponibilidad que los litigantes tienen sobre el interés privado y sobre la conveniencia o no de acudir al órgano jurisdiccional pretendiendo su satisfacción*
CAROCCA PEREZ A. *Op. Cit.* Pág. 26

⁹¹Como si la solicitante pretendiera la obtención de una cautelar de embargo de bienes y el Tribunal concediere una cautelar de prohibición de celebrar actos y contratos.

rendir prueba. Así, por ejemplo, resulta posible que el Tribunal otorgue menos de lo pedido, pero no algo, en esencia, distinto a lo pedido.⁹²

c) Por último, nos queda por resolver si el Tribunal puede alterar otro aspecto propio de la controversia, cual es, la causa de pedir (fundamento inmediato del derecho deducido en juicio). En concreto, nos preguntamos si el Tribunal se encuentra facultado para alterar el fundamento de pedir en lo que respecta a la medida cautelar solicitada, en términos de añadir o corregir su sustento argumental o fáctico.

Para delimitar el punto, debemos expresar que el asunto a discutir no se trata simplemente de establecer si el juez puede suplir o enmendar la ausencia o las erróneas referencias que las partes pudieren hacer al derecho aplicable (ausencia o errónea cita normativa); esto es, que sin prescindir ni modificar la causa de pedir, el Tribunal resuelva de acuerdo a las normas que - no siendo citadas por la demandante o siendo citadas erróneamente - correspondan a aquellas que correctamente resultan aplicables a la controversia. Al efecto, por aplicación del principio *iura novit curia*⁹³, entendemos que el Tribunal efectivamente puede realizar esta labor

⁹² Algunas legislaciones, como la española, regulan expresamente el punto, en cuanto reconocer que el tribunal puede acordar otras medidas distintas, igual de eficaces pero menos gravosas para el demandado, art. 726.1.2, LEC .

⁹³ Nuestra Corte Suprema en sentencia de fecha 7 de abril de 1981, R.D.J., t. 78, sec. 1ª, p. 29, conceptualiza este principio de la siguiente forma "*los sentenciadores están dotados de la indiscutida libertad para fundar sus fallos en las normas de derecho que estimen procedentes. En consecuencia, el desacuerdo entre las partes y los falladores en lo referente a las citas legales, no hace que la sentencia adolezca del vicio de falta de fundamentación legal*".

de prescindencia o adición de una determinada norma jurídica.⁹⁴

El problema planteado, dice relación con la cuestión acerca de si el Tribunal puede alterar la causa de pedir (*causa petendi*), asunto que concierne al ámbito propio de aplicación del principio de la congruencia procesal, y su derivación en una eventual configuración del vicio de ultra petita.⁹⁵

Pero también aparecen manifestaciones derivadas del debido proceso, desde que, al no haberse generado una discusión acerca de elementos relevantes de la pretensión - como, por ejemplo, una distinta calificación jurídica de los hechos efectuada por el Tribunal, o peor aún, una adición de hechos - la afectada por su otorgamiento se ve privada del contradictorio (desde que se vio impedida de oponer excepciones y

⁹⁴Tal asunto, a estas alturas, parece ser un tema pacífico a nivel jurisprudencial. A modo de ejemplo: C. Suprema, 7 de abril de 1981, R.D.J., t. 78, sec. 1ª, p. 29, cuando afirma que *“los sentenciadores están dotados de la indiscutida libertad para fundar sus fallos en las normas de derecho que estimen procedentes. En consecuencia, el desacuerdo entre las partes y los falladores en lo referente a las citas legales, no hace que la sentencia adolezca del vicio de falta de fundamentación legal”*.

⁹⁵*“Legislaciones modernas han tenido que adaptar sus instituciones procesales para permitir al juez fundar sus sentencias en argumentaciones o puntos de vista jurídicos no propuestas por las partes. Así ha sucedido, por ejemplo, en Alemania con la modificación del Art. 139 N° 2 de la Ordenanza Procesal, que indica: “El tribunal, salvo que se trate de una petición accesoria, no puede dictar sentencia con fundamento en un punto de vista claramente ignorado o considerado irrelevante por una parte sin antes realizar a los litigantes la oportuna advertencia o indicación y ofrecerles la oportunidad de realizar las alegaciones que crea convenientes. Lo mismo será de aplicación cuando el tribunal valore un punto de vista de forma diferente que ambas partes”. Mucho más palmaria es la legislación francesa, que en su artículo 16 inciso 3° expresa que el juez “no podrá fundar su decisión en fundamentos de derecho apreciados de oficio sin haber invitado previamente a las partes a exponer sus observaciones”*

HUNTER AMPUERO, I. 2010 *Iura Novit Curia en la Jurisprudencia civil chilena*. Revista derecho (Valdivia)[En Línea] Universidad Austral de Chile, Valdivia. Pág.197-221.

defensas respecto a un planteamiento no contenido en la solicitud de su contraparte) y del derecho a rendir pruebas.⁹⁶

Al respecto, una tesis interesante que ha surgido a nivel doctrinal, afirma que, en materia de causa de pedir, el Tribunal *está vinculado por el fundamento mas no por la fundamentación*⁹⁷. Ello significa que el Tribunal no puede alejarse de los fundamentos fácticos de la pretensión, cosa que sí podría hacer en lo que respecta a los fundamentos jurídicos de la misma.

Finalmente, la mayor o menor laxitud que tendrá el juez de la causa, estará determinada por el concepto que suponga acerca de la causa de pedir.⁹⁸

⁹⁶En el punto, la Corte Suprema ha extendido la ultra petita a situaciones donde el juez resolvió fuera de los términos en que se situó el debate. CORTE SUPREMA 10 de noviembre de 2005, Rol N° 4909-2003.

⁹⁷Esta disquisición es antigua en nuestro derecho. Es así como antiguas sentencias ya daban cuenta de la misma. Así, se desprende de una sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, de 8 de julio de 1941, señala que “no se puede confundir lo que el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, define como ‘fundamento inmediato del derecho deducido en juicio’ con los ‘fundamentos de derecho’ en que se apoya la demanda. Se trata de cosas distintas; una dice relación con el hecho constitutivo del derecho, que se llama causa de pedir; la otra se refiere a los racionios o apreciaciones de índole jurídica que el actor aduce para calificar ese hecho”. Santiago, 8 de julio de 1941, R.D.J., t. 39, sec. 2ª, p. 41

⁹⁸*“Para los que postulan que la causa de pedir está conformada exclusivamente por el elemento fáctico, el juez tendría una mayor amplitud a la hora de aplicar el derecho, pudiendo prescindir de la calificación jurídica que el actor asigne a esos hechos (que sería la causa de pedir). En cambio, los que sustentan que junto a la cuestión de hecho la causa de pedir también está integrada por un componente jurídico, restringen la actividad jurisdiccional en la aplicación del derecho. Para esta explicación el juez no puede alterar la causa a pretexto de aplicar el derecho. Como lo ha expuesto la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia de 20 de octubre de 2000, “la causa de pedir es aquella que particularmente determina la condición jurídica de las acciones o excepciones alegadas; ahora bien, aceptar una acción por una causa de pedir distinta de la invocada importa resolver algo diferente a lo pedido y sometido a la decisión de las partes al sentenciador... Esto tiene singular relevancia en lo concerniente al fundamento ya citado, que derechamente reconoce haber cambiado la causa de pedir de indemnización extracontractual”*

ROMERO SEGUER A. *Op. Cit.* Pág. 29

Todas estas disquisiciones se hacen más relevantes, tratándose de procedimientos que carecen de una instancia, se rigen por las reglas de la sana crítica, o excluyen la posibilidad de recurrir de casación en la forma.

Al efecto, autores nacionales como Hunter Ampuero, han señalado: *"No le está vedado al juez añadir razonamientos diferentes e incluso contradictorios a los sustentados en una demanda. Obviamente, estas nuevas razones deben respetar el fundamento de la pretensión, entendida como aquel conjunto de hechos del cual se desprende la tutela pedida. Además el razonamiento justificativo que haga el juez por muy libre que pueda ser debe desprenderse de la cuestión misma que se debate o de las demás piezas del proceso. Con esto nuestra jurisprudencia parece reconocer una distinción claramente afianzada en el derecho comparado, entre lo que es fundamento de lo pedido que coincide con la causa de pedir y que viene dado por un conjunto de hechos de los cuales se desprende el beneficio jurídico perseguido, y la fundamentación que se trataría de un ejercicio racional destinado a dar razones para estimar o rechazar la pretensión."*⁹⁹

El asunto, sin embargo, no resulta claro en nuestra jurisprudencia, donde podemos encontrar sentencias de la Corte Suprema, en virtud de las cuales se impide al juez modificar en términos generales la causa de

⁹⁹HUNTER AMPUERO, I. *Op. cit.* Pág.197-221.

pedir.¹⁰⁰Pero, por otra parte, existen fallos que limitan la causa de pedir al plano netamente fáctico¹⁰¹

A modo de conclusión, podemos expresar que existen determinados límites que en caso alguno podrán ser traspasados por el Juez de la causa. Dichos contornos se encuentran definidos por el objeto de la pretensión y la causa petendi. Sin embargo, respecto de la causa de pedir, debemos ser claros en cuanto a que existe cierto consenso unánime en considerar que esta causa de pedir resulta inmodificable por el Juez en lo que dice relación a sus aspectos fácticos. No obstante, en lo que concierne a los fundamentos jurídicos, existe un debate dentro del cual encontramos doctrina y jurisprudencia opuesta (en cuanto un sector considera que el Tribunal sí está habilitado para modificar la fundamentación jurídica, no sólo las citas normativas, de una pretensión; y otro sector lo niega)

¹⁰⁰Al efecto, la Corte Suprema, ha precisado que *“esta Corte ha resuelto, en reiteradas oportunidades, que el vicio de ultrapetita, a que se refiere el numeral 4° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, se produce cuando la sentencia, apartándose de los términos en que las partes situaron la controversia por medio de sus respectivas acciones y excepciones, altera el contenido de estas, cambiando su objeto o modificando su causa de pedir”*. Corte Suprema, Primera Sala, 10 de abril de 2013, Rol N° 4494-2012.

¹⁰¹La sentencia de la Corte Suprema autos rol 8607-12 adscribe a la tesis de la causa vinculada a elementos fácticos, al declarar: *“6°.- Permite identificarla con el conjunto de hechos que fundamentan la petición, en búsqueda de la identificación de los mismos a un aspecto concreto, los que debidamente acreditados, persiguen se les apliquen determinadas consecuencias jurídicas. Se tratará, entonces, en los procesos constitutivos, de los hechos a los que la norma vincula el efecto de crear, modificar o extinguir la relación jurídica. 7°.- Que, conforme a lo previamente razonado, el imperativo que limita el pronunciamiento jurisdiccional a la causa petendi formulada por la parte en el libelo de demanda, constituye un postulado al que debe sujetarse tanto el tribunal como las partes en los diversos estadios procesales, de forma tal que pesa sobre estos últimos limitar sus pretensiones sometidas al tribunal de la instancia, así como las revisiones posteriores que pretendan, a la causa de pedir contenida en la demanda”*.

6.- Requisitos de las medidas cautelares en todo orden.

Ya hemos mencionado que tanto en materia penal como civil, existen ciertas características que comparten todas las medidas cautelares. Del mismo modo, en ambas sedes existen ciertas exigencias compartidas, de cuyo cumplimiento dependerá el otorgamiento de tales medidas. Estos son, los requisitos de *fumus boni iuris* (apariencia de derecho) y el *periculum in mora* (peligro de retardo).

Tales requisitos son considerados como presupuestos de procedencia.

Tanto el *fumus boni iuris* como el *periculum in mora* corresponden a elementos de la pretensión de tutela que deben ser alegados, fundamentados y acreditados por la solicitante.

No basta, por ello, con su sola mención formal en la solicitud de cautelar, sino que sus componentes fácticos deben ser acreditados, desde que constituyen hechos controvertidos, sin importar si la medida cautelar se solicita o no previa audiencia de la afectada.¹⁰²

A estos requisitos comunes nos referiremos a continuación.

¹⁰² "Entre los hechos no afirmados por ninguna de las partes, hechos que no existen para el juez, y los hechos afirmados por todas las partes, que para él existen sin más, se encuentra la zona neutra de los hechos afirmados tan sólo por una o alguna de las partes, hechos afirmados pero no admitidos, que pueden existir o no. Son los llamados hechos controvertidos".

CARNELUTI F. 1982 *La Prueba Civil*. Traducción de Niceto Alcalá- Zamora y Castillo. 2º Edición. Buenos Aires. Ediciones Depalma. Pág.15

6.1.- *Fumus boni iuris*. Existencia de a lo menos una presunción grave del derecho que se reclama.

Para conceder una cautelar, deben existir indicios a partir de los cuales se puede deducir una presunción grave de los derechos que se reclama, sin cuyo cumplimiento, no existe posibilidad que se acoja la pretensión del solicitante.

El análisis de este requisito lleva necesariamente a juzgar *prima facie* la pretensión principal de la demanda o los atisbos de derecho de una futura demanda, y efectuar un juicio de probabilidad.¹⁰³

Debe existir, entonces, una presunción - la que, a nuestro juicio, debe ser grave y fundada - de la existencia del derecho cuya protección se solicita, a favor de la peticionaria, la que debe fundarse en antecedentes suficientemente acreditados en el respectivo proceso.

En este punto, entramos a formularnos una primera pregunta.

¿Qué se necesita para entender cumplido este requisito?

En concreto: ¿Basta una explicación satisfactoria del derecho supuestamente transgredido? (ya sea en la demanda o en la solicitud de

¹⁰³ "Lo que en este estadio procesal se debe acreditar es similar a lo que los ingleses denominan a *good arguable case*, es decir, se debe acreditar en una primera aproximación y en sede provisional, que razonablemente hay probabilidades de obtener una sentencia favorable. Obsérvese que no se trata de acreditar de un modo fehaciente que efectivamente se tendrá éxito en la reclamación final, supuesto en el cual estaríamos anticipando en sede provisional lo que sólo se exige al final del juicio. Estamos en una zona entre la convicción (que sólo se producirá en la sentencia definitiva) y la mera afirmación de un derecho".

MARIN. G. J.C. *Op. Cit.* Pág. 251

cautelar prejudicial) ¿o se requiere un cierto grado de acreditación de dicho derecho?

Lo correcto - a nuestro juicio- es considerar que únicamente se cumple el requisito del *fumusboni iuris*, con la debida acreditación de los elementos a partir de los cuales pueda, al menos, construirse una presunción de la existencia del derecho que se reclama¹⁰⁴

No basta, entonces, que el solicitante de una medida cautelar haga valer y justifique argumentalmente su pretensión, sino que ésta debe tener una apariencia o verosimilitud, en términos tales, que exista una probabilidad de que la sentencia definitiva le sea favorable¹⁰⁵. Así, la medida

¹⁰⁴En la materia, la Jurisprudencia en sede civil ha sido exigente en el cabal cumplimiento del requisito de acreditar presunciones graves previas a la concesión de una medida precautoria. Al efecto, se ha resuelto que: "4° *En consecuencia, la presunción grave del Derecho reclamado en estos autos exige el establecimiento de la verosimilitud de los requisitos de la acción* " Corte de Apelaciones de Concepción. "Inversiones Anro Ltda. con Colegio Inmaculada Concepción", Rol: 1470- 2013.

Asimismo, se ha fallado:

"Sexto: *Que las cautelares, como ya se dijo, tienen el objeto de asegurar el resultado de la acción y deben decretarse siempre que concurran dos presupuestos esenciales, existir fundamento plausible del derecho que se reclama, que en la especie aparece de la sentencia de primer grado que reconoce el derecho del demandante, y el peligro de retardo, que se concluye, además de las razones del a quo, por la enmarañada red de sociedades que conforman el patrimonio de los demandados, que dificulta hacer efectiva las prestaciones a que serían eventualmente condenados.* Corte de Apelaciones de San Miguel. "Godoy Huidobro José y otros con FantuzziAlliende Mario y otros". Rol: 151-2013

¹⁰⁵" *Desarrollando un poco las nociones que la doctrina o la jurisprudencia, en este caso específico, uruguaya, comentan en relación con el fumus boni iuris, la idea es la de verosimilitud, la apariencia del derecho, un grado de probabilidad serio, que no se limita a la mera expectativa o a una simple conjetura, no hablamos de posibilidad sino de probabilidad, de existencia del derecho en los términos en que es postulado; y también probabilidad de existencia de esa lesión o frustración que da mérito a la adopción de medidas.*

Se refiere generalmente que el juez realiza una labor de conocimiento periférico o superficial, en el sentido de que obviamente no va a requerir certeza o plena prueba, le bastará simplemente con una semiplena prueba.

En definitiva, la configuración del humo de buen derecho según la normativa

cautelar sólo puede concederse cuando aparezca como jurídicamente aceptable la posición del solicitante, y esto ocurre cuando el tribunal considera que el derecho en que se funda la pretensión puede razonablemente y con toda probabilidad ser reconocido en la sentencia definitiva a pronunciarse en el proceso principal; ello, fundado en antecedentes probatorios adecuados para lograr tal fin.

Tratándose de medidas cautelares prejudiciales o sin previa notificación a la contraparte, la prueba de la presunción del derecho que va intrínseca al *fumus boni iuris* debe ser aún mayor. Lo anterior, según señala la doctrina, se debe a que en el caso de las medidas prejudiciales, los elementos de análisis de que dispone el tribunal que debe resolver el asunto son mucho menores de los que tiene una vez que ya se ha dado inicio al procedimiento contencioso y, por lo mismo, las posibilidades de cometer un error al decretar una medida improcedente, son muchísimo mayores.¹⁰⁶

Como se ha indicado, para que un órgano jurisdiccional pueda acoger una medida cautelar, primero, debe realizar un juicio de probabilidad, que

puede resultar de tres diversos elementos: 1) la prueba sumaria que el peticionante aporte; 2) la notoriedad de la existencia del hecho o derecho; 3) o aun la propia naturaleza del hecho o derecho (v.g.: es obvio que un menor de edad requiere ser alimentado, entonces la propia postulación del derecho vuelve innecesaria mayor justificación del humo de buen derecho)."

SIMÓN OLIVERA, L. *Op. cit.* Pág. 125 -126.

¹⁰⁶MARÍN, J.C. 2004. *Op. Cit.* Pág. 296.

arroje que existen motivos favorables al solicitante que así lo ameriten; es decir que haya más probabilidades de que las afirmaciones esgrimidas por el solicitante sean ciertas a que no lo sean. Justamente por eso *“en los casos de tutela anticipada se requiere un grado de certeza relevante, una fuerte probabilidad de la existencia del derecho y la acreditación de la irreparabilidad del perjuicio que se ocasionaría de no decretarse la medida anticipada”*¹⁰⁷

En la materia, la Jurisprudencia ha sido exigente en el cabal cumplimiento del requisito de acreditar presunciones graves previas a la concesión de una medida cautelar.¹⁰⁸ La doctrina, por cierto, sigue este predicamento.¹⁰⁹

Todo lo señalado adquiere un especial significado cuando existen presunciones simplemente legales a favor de la parte contra quien se

¹⁰⁷AGUIRRÉZABAL. M. 2013 *Algunas precisiones en torno a las medidas cautelares innovativas en el procedimiento por violencia intrafamiliar*. Revista Chilena de Derecho Privado 21. Págs. 459-473

¹⁰⁸ Al efecto, se ha resuelto que: "4º En consecuencia, la presunción grave del Derecho reclamado en estos autos exige el establecimiento de la verosimilitud de los requisitos de la acción" Corte de Apelaciones de Concepción. Autos "Inversiones Anro Ltda. con Colegio Inmaculada Concepción", Rol: 1470-2013. Cita online Legal Publishing: CL/JUR/5341/2014; 73782).

¹⁰⁹"No obstante, respecto a este presupuesto de las medidas cautelares no preocupa tanto la delimitación de la situación jurídica cautelable, cuanto al problema del grado de demostración de esa situación jurídica, necesario y suficiente para que el juez pueda adoptar una medida cautelar. De ahí que la referencia a este presupuesto se haga siempre con los términos apariencia de derecho o fumus boni iuris"
MONTERO AROCA, J. 1998 "et al" *"Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil"*. 8ª Edición. Valencia. Edit. Tirante lo blanch. Pág. 634

solicita la medida cautelar, materia que analizaremos a lo largo del desarrollo de este trabajo.

6.2. *Periculum in mora*. Peligro o perjuicio inminente que justifique suspender los efectos del acto impugnado antes de pronunciarse la sentencia.

Existen distintos riesgos que pueden amenazar el cumplimiento efectivo de una sentencia definitiva favorable al demandante. Algunos son de índole patrimonial (en orden a mermar o hacer desaparecer los bienes respecto a los cuales se pueda hacer efectivo el denominado derecho de prenda general), otros que tienden a garantizar la existencia, buen estado y titularidad del dominio por parte del deudor, respecto del bien objeto de la litis. Otras, por último, tienden a garantizar la efectividad de la conducta exigida al demandado, en orden a que esta pueda ser idónea para satisfacer las pretensiones del actor a la fecha de ejecución del fallo.¹¹⁰

En cuanto a su origen, estos riesgos pueden tener su génesis en el sólo transcurso del tiempo, que puede ocasionar que una determinada

¹¹⁰Dentro de esta clase de riesgos, los autores Montero, Ortells, Gómez y Monton los definen como: " 3) *Riegos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia (por ejemplo, la estimación de una pretensión declarativa de dominio deviene inútil, porque, en el ínterin del proceso, el titular registral ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe y que ha inscrito a su favor).* 4º) *Por fin , hay una clase de riesgos de ineffectividad que deriva del mero retraso del momento en que puedan producirse los efectos de la sentencia en cuanto por la naturaleza de la situación jurídica a la que la sentencia ha de referirse , ese retraso supone por si una lesión irreversible de tal situación.*" MONTERO AROCA, J. *Op. cit.* Pág. 635.

situación jurídica avance hasta consolidarse o bien, la ineptitud de la pretensión de la demanda. También pueden originarse por una conducta del demandado (intencional o no) que genere, por efecto, la ineficacia de la sentencia desfavorable.

Es a este tipo de riesgos asociados a un oportuno cumplimiento del fallo, a los que la Doctrina, genéricamente denomina como *periculum in mora*.

Al efecto, la Corte Suprema ha señalado que "*El principio preventivo, a diferencia del precautorio que actúa bajo supuestos ya comprobados, solamente requiere de un riesgo racional y evidente previamente demostrado, que sea verosímil de producirse sobre la base de estudios especializados que lo demuestren, es el fumus bonis iuris, para luego determinar la gravedad del mismo acontecimiento, que exista la posibilidad de sufrir un perjuicio importante, la alteración o el agravamiento de una determinada situación que, en el evento que ocurra, afectaría un interés legítimo (periculum in mora)*" ¹¹¹

Por otra parte, exponentes de la doctrina nacional, han afirmado en la materia: "*El peligro en la demora es un elemento de la esencia de toda medida cautelar, que deberá acreditar el peticionario, aportando los*

¹¹¹ CORTE SUPREMA, Tercera Sala, 6 de noviembre de 2017, causa Rol N° 97792-2016 "Comité Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar con Servicio de Evaluación Ambiental", Considerando 26.

antecedentes de que disponga."¹¹²

El problema del *periculum in mora* surge de la discrecionalidad en su apreciación, y ello deriva no sólo de su naturaleza esencialmente fáctica, sino de la circunstancia que su determinación impone realizar una especie de control de riesgos, que depende del criterio juez de fondo, y que resulta ser de muy difícil revisión.

Precisamente, para superar este problema, este requisito debe ser fehacientemente acreditado, no bastando establecer una presunción a su respecto.¹¹³

7.- Legitimación.

En materia de medidas cautelares y su legitimación para accionar y ser sujeto pasivo de una pretensión, no existen motivos que justifiquen adoptar un criterio disímil al que rige todas las acciones en el ámbito civil.

De este modo, y tal como en toda acción y pretensión procesal, habrá que determinar las distintas hipótesis relacionadas con la legitimación activa y pasiva, de los distintos interesados y afectados por una medida cautelar.

¹¹² ROMERO, A. 2012. *Curso de Derecho Procesal Civil. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 58.

¹¹³ "Sobre el peligro en la demora se destaca (y seguramente la jurisprudencia chilena debe ser similar, me corregirían en caso contrario), que debe tratarse de un riesgo objetivo, apreciable mediante actos y hechos concretamente manifestados que permitan concluir en un riesgo probable de lesión o de frustración."
SIMÓN OLIVERA, L. *Op. cit.* Pág. 126

a. Partes del juicio

Como premisa, y tanto en lo que concierne a la legitimación activa como pasiva, no existe mayor discusión en orden a considerar que las partes del proceso, en un aspecto formal e inicial, poseen, en principio, la condición para considerarse como legitimados activos o pasivos respecto de una medida cautelar solicitada en el juicio.¹¹⁴

Sin embargo, no debemos perder de vista la circunstancia que la condición de parte necesariamente envuelve la premisa de un sujeto con interés en el resultado del juicio¹¹⁵, dado que dicho resultado afectará los derechos subjetivos que pretende tener.¹¹⁶

¹¹⁴"Para entender el concepto de parte tal como, de conformidad con la tradición, está acogido en nuestro derecho positivo, hay que partir de este premisa elemental; que la cualidad de parte se adquiere, con abstracción de toda referencia al derecho sustancial, por el solo hecho, de una demanda ante el juez; la persona que propone la demanda, y la persona contra quien se la propone, adquieren sin más por este solo hecho, la calidad de partes del proceso que con tal proposición se inicia; aunque la demanda sea infundada, improponible o inadmisibile (circunstancias todas ellas que podrán tener efecto sobre el contenido de la providencia), basta ella para hacer que surja la relación procesal cuyos sujetos son precisamente las partes. Las partes son el sujeto activo y el sujeto pasivo de la demanda judicial."

CALAMANDREI. P.1996. Op. Cit. Pág.297

¹¹⁵"En su simplificación más extrema, la legitimación sirve para determinar los sujetos que pueden ser "justa parte" en un determinado litigio, esto es, quienes tienen la calidad de legítimos contradictores para discutir sobre el objeto del proceso en una determinada relación procesal."

ROMERO SEGUER A. Op. Cit. Pág. 34

¹¹⁶"En suma, ostenta la legitimación activa para solicitar la tutela cautelar quien ha manifestado ser titular de un derecho subjetivo en juicio y teme fundadamente que durante la pendencia del proceso ese derecho pueda resultar perjudicado y, a la inversa, será legitimado pasivo aquel frente a quien se dirige la pretensión. Igual consideración puede afirmarse respecto de la cautela solicitada antes del proceso, en cuanto estará legitimado quien manifieste ser titular del mismo derecho que será hecho valer y legitimado pasivamente aquel sujeto que en el futuro proceso deberá asumir la condición de demandado. De este modo, la cuestión de la legitimación activa en el proceso cautelar se resuelve con referencia a quién es actor originario o reconvincente en el proceso principal

Tanto es así, que la exigencia del *fumus boni iuris*, supone necesariamente acreditar una apariencia de titularidad de un derecho subjetivo por parte de quien solicita una medida cautelar.

De esta manera, podemos afirmar que la legitimación activa para solicitar una medida cautelar no solo exige alegar un legítimo interés de parte del solicitante, sino que se requiere que quien la solicita se auto atribuya la titularidad de un derecho subjetivo (a él alude *el fumus boni iuris*) respecto al cual, el sujeto pasivo de la medida cautelar sea el obligado a satisfacerlo.¹¹⁷No basta, por ende, fundar una pretensión cautelar en un interés legítimo.

El asunto, en este caso, se complica cuando se controvierte la existencia de ese derecho subjetivo¹¹⁸, a tal punto, de que tal titularidad

y la legitimación pasiva la detendrá el demandado o el actor reconvenido."
CORTEZ MATCOVICH. 2017b Op. cit. Pág.205

¹¹⁷ "El problema básico que ha presentado la legitimación hasta ahora es el de su confusión con la cuestión de fondo que se discute en el proceso. Con todo es necesario distinguir entre: 1) Titularidad activa o pasiva de la relación jurídico material deducido en el proceso, que se regula por normas de derecho sustantivo, y 2) Posición habilitante para formular la pretensión (legítima activa) o para que contra él se formule (legítimamente pasiva) en condiciones de ser examinada por el juez en cuanto al fondo y pueda procederse a la estimación o desestimación de la pretensión misma, que se regule por normas procesales. En el proceso civil esas posiciones habilitantes activas y pasivas no son únicas, sino que han referirse a varios supuestos: a) Ordinario (o de legitimación directa u ordinaria), en el que quien demanda afirma su titularidad del derecho subjetivo e imputa la titularidad de la obligación al demandado Luego veremos que en este supuesto existen varios matices; b) Extraordinario (o de legitimación indirecta o extraordinaria), en el que quien ejercita la presentación no afirma su titularidad del derecho subjetivo o no imputa la titularidad pasiva del pasiva del demandado".
MONTERO AROCA, J. Op. cit Pág. 48.

¹¹⁸ "La legitimación es el primer elemento que el juez debe considerar al examinar si concurren los elementos que conforman el derecho de acción. Si hay falta de legitimación,

podiera ser racionalmente descartada con el solo mérito de la argumentación o los antecedentes que se acompañen con la pretensión cautelar, sin necesidad de esperar el desarrollo del juicio principal.

No se trata sólo que el afectado discuta la existencia del derecho subjetivo que aduce el actor (que, por cierto, suele ser lo común en todo juicio declarativo), sino de afirmar que la posición del demandante - en los términos planteados incluso por él mismo -, excluye la posibilidad de alegar un derecho cuyo obligado a cumplir sea el demandado. Vale decir, se discute, precisamente, la falta de legitimación activa del demandante en razón a que no aduce derecho subjetivo que pueda ser vulnerado por hecho o acto del demandado, de modo tal, que incluso, de ser declarado tal derecho, se debiera absolver al demandado.¹¹⁹

En tales casos existe formalmente un demandante, pero que carece no de una apariencia de derecho, sino de un derecho que pueda ser afectado por la parte demandada.

Esta situación genera, simultáneamente, tanto la falta de legitimación activa como la falta de legitimación pasiva; entendiendo que no existe la posibilidad de declarar la existencia de obligaciones entre las partes del

necesariamente debe concluir que el demandante carece de acción."
ROMERO SEQUEL A. 2017. *Op. Cit.* Pág. 110.

¹¹⁹Ejemplos prácticos son muchos, como que un arrendador demande a una persona, que no es su arrendataria, por pago de rentas. O, a mayor escala, que una empresa demande la ilegalidad de una licitación pública para contratar servicios que no presta ni está en condiciones de hacerlo.

proceso.

El problema es que la falta de legitimación es una excepción de fondo, cuya resolución es propia de la sentencia definitiva. Es por esta razón que el Tribunal, al momento de resolver sobre una cautelar, deberá, en cierta forma, adelantar el contenido de su sentencia, para poder clarificar este punto.

b. Terceros coadyuvantes.

Estimamos que un tercero con interés en el resultado del juicio, y que hubiere comparecido como parte coadyuvante de la demandante - y en la medida que cumpla todos los requisitos exigidos para solicitar una medida cautelar - tiene legitimación para solicitarla.

Un tercero coadyuvante de la parte demandada, sin embargo, carece de legitimación pasiva para ser sujeto afectado por una medida cautelar, desde el momento que las pretensiones contenidas en la demanda no van dirigidas en contra suya.

c. Terceros con o sin interés que no hubieren comparecido como parte.

Un tercero (tenga o no interés en el resultado del juicio) que no comparece como parte en el proceso, es, procesalmente hablando, un tercero absoluto.

La pregunta que hay que formularse es si puede un tercero absoluto

ser afectado con una medida cautelar ordenada respecto del demandado.

Por aplicación del efecto relativo de las sentencias judiciales y las garantías del debido proceso, estimamos que tal situación resulta ser improcedente.¹²⁰

d.- Demandante reconvenional

Se plantea también la discusión acerca de si es posible que se le conceda una medida cautelar a un demandante reconvenional. La respuesta viene dada por su simple calidad de actor, condición que le da la legitimación para solicitar cautelares¹²¹, obviamente, en tanto tales medidas estén relacionadas con su pretensión reconvenional y cumpla los

¹²⁰ *Un tercero que no es parte en el juicio no puede ser alcanzado legítimamente por los efectos jurídicos de una medida cautelar. Por esta razón, la medida precautoria por la cual dispone la prohibición del uso de una determinada marca comercial decretada por un árbitro, al afectar a un tercero, que no es parte en el arbitraje limitado a las controversias que se susciten entre los socios de una sociedad, es arbitraria. Tampoco un inmueble de propiedad de tercero, que no es parte en el juicio, puede ser objeto de prohibición de celebrar actos y contratos.*

Incluso, por la vía de la acción constitucional de protección, de procedencia muy restringida respecto de resoluciones judiciales, se ha resuelto "Que, no obstante de tratarse de una resolución jurisdiccional aparece evidente que el Juez Arbitro se extralimitó en su cometido, incurriendo en un acto arbitrario ilegal desconociendo el derecho de dominio de la recurrente sobre sus acciones, al disponer una medida cautelar en contra de terceros, ajenos al juicio, esto es, se hace soportar el imperio jurisdiccional respecto de una persona jurídica que no es parte en el juicio".

CORTEZ MATCOVICH. 2017 Op. cit Págs. 212 y 213.

¹²¹ "Medidas precautorias son todas aquellas que tienen por objeto asegurar el resultado de la acción.

En consecuencia, es el demandante quien las solicita, sin perjuicio de que también pueda impetrarlas el demandado cuando ejercita acción reconvenional, al momento de contestar la demanda."

BENAVENTE, D. 2002 Op. Cit. Pág. 112.

requisitos que habilitan el otorgamiento de la cautelar.

CAPITULO SEGUNDO: MEDIDAS CAUTELARES EN LA LIBRE COMPETENCIA

En el presente capítulo nos corresponde revisar, muy brevemente, algunos conceptos preliminares referidos al procedimiento infraccional regulado por el DL 211, ello, sólo en cuanto tenga directa relación con la materia que nos convoca; para, posteriormente, analizar la normativa aplicable en materia de medidas cautelares. Prescindiremos, por el momento, de hacer un análisis crítico tanto de la normativa contenida en el DL 211, como de su aplicación por parte del TDLC; para concentrarnos en un examen descriptivo de la normativa especial, y, a partir de aquél, establecer la vigencia o no de los principios y reglas generales que rigen las medidas cautelares.

1.- Breves consideraciones acerca de los procedimientos conocidos por el TDLC.

Para poder adentrarnos en el tema referido a la normativa aplicable a las medidas cautelares pronunciadas en sede de libre competencia,

debemos, previamente, detenernos en un breve análisis acerca de las características del procedimiento infraccional de la libre competencia, regulado en el DL 211, y que es, precisamente, aquel respecto al cual se desarrolla el presente trabajo.

Lo primero que salta a la vista, es la circunstancia que, desde el punto de vista jurisdiccional¹²², no existe un único procedimiento de libre competencia, sino, que tres procedimientos diferentes, contemplados en los artículos 18 y 30 del DL 211, y que son los siguientes:

a) Procedimiento contencioso-infraccional.

Este procedimiento surge de la competencia otorgada en el numeral primero del artículo 18 del DL 211, en cuanto el TDLC tiene, dentro de sus facultades, la de "1) Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley"

El señalado procedimiento se encuentra regulado, en detalle, a partir de los artículos 19 al 29 del DL 211 y se rige supletoriamente por los Libros I y II del CPC; ello, según lo dispone el art. 29 del DL 211.¹²³

Al respecto, dispone dicho precepto:

¹²² Consideramos, para estos efectos, el procedimiento de Consulta como el ejercicio de una función jurisdiccional por parte del TDLC, pese a que no existe un consenso al respecto.

¹²³ Más adelante, analizaremos el alcance y los límites de esta remisión legal, en lo que concierne a las medidas cautelares.

"Las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil se aplicarán supletoriamente al procedimiento mencionado en los artículos precedentes, en todo aquello que no sean incompatibles con él."

Esta aplicación supletoria de las normas del Código de Procedimiento Civil, tiene una excepción, y ella, dice relación precisamente a la regulación de las medidas cautelares, materia en la cual existe una reglamentación especial en el art. 25 del DL 211. Existe, también, una contra excepción (contenida en el mismo art. 25 ya señalado), conforme a la cual ciertas normas específicas del CPC, sí tienen una aplicación supletoria.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este procedimiento, ella viene determinada por el carácter infraccional del mismo. Sin embargo, su fisonomía resulta asimilable a la de un procedimiento civil; tanto así, que - según lo recientemente observado - el DL 211 realiza una expresa remisión a la aplicación supletoria de los Libros I y II del CPC, en todo aquello que no sea incompatible con la naturaleza del procedimiento y sus preceptos especiales (artículo 29 del DL 211).

Esta remisión, no sólo está referida al Libro I del CPC, que contiene las "Disposiciones comunes a todo procedimiento" (y a la cual, por una interpretación amplia del art. 1º del CPC, podríamos llegar a idéntica conclusión en cuanto a su aplicación en materia de libre competencia); lo

interesante es que se extiende, también, al Libro II del CPC, que establece las reglas del Juicio Ordinario.

Conforme a lo expresado, podemos observar que este procedimiento infraccional, es, más bien -y, al menos, en lo formal -, una mixtura entre un procedimiento infraccional y un procedimiento civil puro y simple; siendo, a todas luces, las normas procesales civiles las predominantes.

Por su parte, la naturaleza infraccional se manifiesta en aspectos sustantivos más que procesales, tales como: un interés público inmanente al juicio (cuya mayor o menor intensidad dependerá de cada controversia planteada), el objetivo y finalidad al cual tiende el proceso (conocer y, eventualmente, corregir y sancionar infracciones a la libre competencia), las materias controvertidas (relativas, precisamente a infracciones a la libre competencia), las pretensiones de la demanda o requerimiento (en orden a declarar la existencia de una infracción y solicitar la imposición de conductas -positivas o negativas- y sanciones), las excepciones, defensas y alegaciones del demandado o requerido (en orden a negar o circunstanciar hechos con connotaciones infraccionales u otorgarles una distinta calificación jurídica) y el contenido de la sentencia (que declara o rechaza la existencia de una infracción a la libre competencia, y, en su caso, impone conductas y sanciones).

Asimismo, en lo estrictamente procesal, existen algunos elementos propios de un procedimiento infraccional y que se manifiestan,

esencialmente, en la forma en que puede iniciarse el juicio y en la eventual intervención del Estado como parte (a través de un organismo autónomo y especializado). Es así, que el procedimiento infraccional puede iniciarse no sólo por la demanda de un particular, sino también, por el requerimiento de una entidad pública que detenta el monopolio en el ejercicio de acciones que representen el interés general de la colectividad en el orden económico (esta es, la Fiscalía Nacional Económica¹²⁴)

Sin perjuicio de lo señalado en cuanto al contenido de la sentencia definitiva y su naturaleza esencialmente infraccional (decide sobre la existencia de una infracción y la consecuente aplicación de sanciones y multas); a nuestro entender, la sentencia definitiva también posee un contenido civil, ello, en cuanto puede ordenar el cese, modificación, invalidación o término de actos, contratos, convenios, sistemas, procedimientos administrativos y acuerdos que sean contrarios al DL 211; pudiendo imponer también prohibiciones de contratar con organismos del Estado y de participar en licitaciones públicas¹²⁵.

En todo caso, la naturaleza del procedimiento infraccional y de las sanciones a aplicarse en el mismo, han sido motivo de debate, incluso, en

¹²⁴Sus facultades y forma de intervenir, en el sentido indicado, está regulada en el literal b) del artículo 39 del DL 211

¹²⁵ El contenido de la sentencia viene regulado en el artículo 26 del DL 211

el seno del TDLC.¹²⁶,

En lo que nos interesa, y de acuerdo a lo ya comentado, podemos afirmar respecto de los principios que regulan el procedimiento, lo siguiente:

a. El principio dispositivo, al menos, normativamente, rige en plenitud¹²⁷

b. El principio de impulso procesal de parte cede considerablemente en favor de un principio de impulso procesal a cargo del Tribunal.¹²⁸

¹²⁶ Al efecto, el voto preventivo de los Ministros Srs. Tapia y Arancibia, que consta en la sentencia N°165/2018 (autos rol C-312-2016 Requerimiento de la FNE en contra de Laboratorio Fresenius y Otros) hace presente que:

“3. Con todo, a consecuencia de que no se está en presencia de una aplicación del ius puniendi, el régimen sancionatorio en este caso no debe regirse por ese criterio, que está fundado en principios del orden penal no aplicables al ejercicio de potestades administrativas en el ámbito regulatorio. El plano jurídico en que se desenvuelve este derecho es obligatorio, no penal, lo que explica, por ejemplo, que su régimen procesal inherente sea el procedimiento civil (con las excepciones derivadas del carácter indisponible del objeto del proceso por ser de interés público) y no el procesal penal, entre otros aspectos. (...)”

5. La naturaleza obligacional implica que la sanción administrativa de la colusión consiste simplemente en la imposición de nuevas obligaciones por haber infringido una obligación regulatoria de igual naturaleza. Esto se traduce normalmente en una sanción pecuniaria. Como bien señala Coloma, la utilización de multas para hacer efectiva dicha responsabilidad es semejante a –aunque en caso alguno se equipara con– la responsabilidad civil compensatoria, porque “la persona que infringe un determinado deber jurídico debe en ambos casos hacer frente a un costo que el derecho le impone y que implica desprenderse de una suma de dinero” (Coloma, Germán, Análisis económico del derecho privado y regulatorio, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, pág. 254); (...)”

¹²⁷ Hacemos esta precisión en lo normativo, por cuanto, en los hechos, el TDLC no pocas veces se ha alejado del indicado principio.

Un caso evidente está representado por los autos C-312-2016 “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Fresenius y Otros” en los cuales las requeridas fueron condenadas al pago de una multa, a beneficio fiscal, de 30.000 UTM (Laboratorio Sanderson S.A.) y a 2.463 UTM (FreseniusKabi Chile Ltda.). No obstante, esta condena no se ajusta a pretensión punitiva de la FNE, puesto que ésta había solicitado que se les condenara a 18.000 UTM y 2.000 UTM, respectivamente.

¹²⁸ Manifestaciones de lo anterior se desprenden, por ejemplo, de la notificación del auto de prueba (inciso 3º del art. 31 del DL 211), que se efectuará por el estado diario en caso que hubieren transcurrido 30 días hábiles sin notificarse (salvo acuerdo previo entre las partes que determina otra forma segura de notificación)

b) Procedimiento no contencioso

Este procedimiento es aquel que regula la denominada consulta pública y se encuentra previsto en el art. 31 del DL 211.

En lo que concierne a nuestra investigación, el procedimiento no contencioso carece de relevancia; ello, desde que no le resultan aplicables las normas sobre medidas cautelares. Los motivos que sustentan esta afirmación se pueden resumir en dos: a) Se trata (al menos, formalmente¹²⁹) de un procedimiento voluntario y, por lo mismo, no contencioso. Conforme a ello, no existe la premisa controversial y el *periculum in mora* que sirve de base al otorgamiento de una medida cautelar, b) El procedimiento en cuestión, que se regula por el artículo 31 del DL 211, no contempla la aplicación de medidas cautelares.

c) Procedimiento contencioso civil

Existe, finalmente, un tercer procedimiento, de naturaleza

Otro caso lo encontramos, precisamente, en la facultad de oficio del TDLC para ordenar la práctica de medidas cautelares.(Inciso 1º del art. 25 del DL 211)

¹²⁹ Si bien es cierto, la Consulta está considerada legalmente como un procedimiento de naturaleza voluntaria, tiene muchos elementos que la acercan a un procedimiento contencioso puro y simple, esencialmente, desde el punto de vista de la contradictoriedad, recursos (procede el mismo recurso de reclamación ante la Corte Suprema aplicable en materia infraccional) y las pretensiones hechas valer (que incluso, pueden llegar a tener un contenido invalidatorio. Al efecto, citamos como ejemplo el caso de la Consulta de Asilfa respecto a las "Bases Administrativas Tipo que Rigen los Procesos de Licitación Pública de Compra Medicamentos, Dispositivos e Insumos Médicos y Alimentos bajo la Modalidad Distribución Directa Destinados al Apoyo del Ejercicio de Acciones de Salud"; Rol NC-432-2015, en la cual se solicitó derechamente modificar el contenido de las Bases Tipo mediante una fundamentación propia de un procedimiento contencioso.

estrictamente contencioso-civil, regulado en el artículo 30 del DL 211, y que está referido al conocimiento y juzgamiento de las acciones civiles de indemnización de perjuicios que se interpongan por partes interesadas, con ocasión de los daños causados por las infracciones declaradas mediante una sentencia infraccional previamente ejecutoriada.

Siguiendo la pauta de este trabajo, a partir de este momento, centraremos nuestro análisis únicamente en el procedimiento contencioso-infraccional. Ello, por los siguientes motivos:

El procedimiento de consulta - y, según lo ya expuesto- es de naturaleza voluntario y no tiene previsto la existencia de medidas cautelares.

Por su parte, el procedimiento contencioso civil se remite en toda su regulación a las normas del juicio sumario contenidas en el Código de Procedimiento Civil¹³⁰, lo que determina que las medidas cautelares que allí se dicten se rigen en su totalidad por las normas del citado cuerpo legal. Al efecto, existen abundantes tratados y estudios sobre la materia, motivo por el cual carece de interés investigativo abordar dichos asuntos.

Entonces, para cerrar el punto, y centrándonos netamente en el procedimiento contencioso infraccional, observamos que posee una naturaleza híbrida, compuesta por elementos propios de todo procedimiento

¹³⁰ Ello, conforme lo dispuesto en el inciso 1º del art. 30 del DL 211.

infraccional (ya analizados) y por aspectos inherentes a un procedimiento civil puro y simple (la remisión a los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil es sumamente significativa)

2.- Bien jurídico protegido por el derecho de la libre competencia.

Se ha debatido intensamente a nivel doctrinal cuál o cuáles son los bienes jurídicos protegidos por el derecho de la libre competencia.¹³¹

Este asunto tiene repercusiones en varios aspectos, dentro de los cuales, nos interesa por sobre todos, el de la hermenéutica legal a través de sus diversas variantes (elemento histórico, ratio legis, interpretación teleológica, etc)

Sin embargo, debemos reconocer que este tema, por sí mismo, amerita un lato estudio, y, ciertamente, supera con creces el asunto que particularmente nos convoca.

Desde ya, señalamos que suscribimos la tesis mayoritaria, en orden a que en materia de libre competencia no se protege un único bien jurídico

¹³¹Massimo Motta en su obra "Competition Policy. Theory and Practice" señala diversos objetivos de la política de competencia, cuya intensidad dependerá de cada ordenamiento jurídico.

De esa forma, describe como objetivos de la política de competencia los siguientes: bienestar (excedente total), bienestar del consumidor (excedente del consumidor), defensa de empresas más pequeñas, promoción de la integración de mercados, libertad económica, lucha contra la inflación y equidad.

También señala razones sociales, políticas, ambientales y estratégicas vinculadas con estos objetivos-

MOTTA M. 2004 "Competition Policy. Theory and Practice". Cambridge University Press.

(que, para algunos autores, es simplemente, la libre competencia y su variante manifestada en la autonomía privada¹³²)

Lo cierto es que, al menos, nuestro derecho nacional (siguiendo la tónica de otras legislaciones extranjeras), adopta la tesis de la pluralidad de bienes jurídicos protegidos.

Al efecto, el Proyecto de Ley de fecha 17 de mayo de 2002 que modifica el DL 211 y que fuera enviado por el Presidente de la República al Senado, señala: *“La presente ley tiene por objeto defender la libre competencia en los mercados, como medio para desarrollar y preservar el derecho a participar en las actividades económicas, promover la eficiencia y, por esta vía, el bienestar de los consumidores”*

A este elemento de interpretación de corte histórico, añadimos dos argumentos de texto legal:

a) El primero de ellos, lo encontramos precisamente en materia de

¹³²Al efecto, sostiene el autor nacional Domingo Valdés Prieto: *“De lo expuesto se sigue que la competencia tutelada por el Derecho antimonopólico es la competencia libre, en la cual campea la iniciativa privada supeditada a las exigencias que resulten justificadas por las garantías constitucionales y el bien común nacional, en conformidad con la Constitución Política de la República. De allí que atenta contra la libre competencia toda restricción injusta, sea jurídica o fáctica, a la autonomía privada en el ámbito de las actividades económicas que se desarrollan en los mercados. Dichas restricciones injustas pueden emanar de autoridades públicas, personas públicas, autoridades privadas o simples particulares carentes de títulos válidos para tales restricciones”*

VALDES PRIETO D. 2009. *Libre competencia e injusto de monopolio* Editorial jurídica de Chile. Pág. 83

El mismo autor afirma: *“El bien jurídico protegido por la legislación antimonopólica es uno solo y no una pluralidad de bienes jurídicos.”* Y, particularizando el concepto expresa: *“La autonomía privada, que económicamente se formula como libre iniciativa, es el bien jurídico tutelado y no la eficiencia, como se ha planteado por algunos”*.

VALDES PRIETO D. *Op. Cit.* Pág. 114.

cautelares.

En concreto, el art. 25 del DL 211, que regula dichos asuntos, alude específicamente al concepto de "bien común", como un elemento necesario a considerar al momento de otorgar una medida cautelar.

Es así que el bien común¹³³, constituye un concepto que representa un interés distinto al de la parte solicitante y el de la afectada por una medida cautelar, que quizás puede coincidir con el del demandante, pero, también, puede ser distinto o, incluso, contrario a este. Ello nos lleva a admitir que, en materia de libre competencia, no sólo se protege la autonomía privada o los intereses de quien demanda.

Este bien común, trasladado al ámbito de la libre competencia, al menos debe incluir aquellos elementos considerados en el Mensaje del proyecto de fecha 17 de mayo de 2002 que modifica el DL 211, estos son: "el derecho a participar en las actividades económicas" y "el bienestar de los consumidores".

La inserción del bien común como bien jurídico protegido, es inmanente al proceso judicial e independiente de que en él participe o no como parte la FNE; es decir, aun cuando los intereses económicos de la

¹³³El Tribunal Constitucional ha señalado que al definir el bien común o fin del Estado, la CPR impone a éste no sólo el deber de estar al servicio de la persona humana sino que, además, de *"contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece"*. (STC 740, Cons.. 45 y 46). Tales condiciones sociales asociadas a la comunidad, pueden definirse, entonces, como Bien Común.

comunidad en general, no sean formalmente representados (a través de la FNE) en un determinado juicio tramitado ante el TDLC; dicho Tribunal, igualmente, debe tenerlos a la vista.

Lo relevante resulta ser que esos intereses generales pueden ser contrarios a aquellos que resulten del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en el proceso, conclusión que, por tanto, descarta que dicha autonomía sea el único bien protegido en materia de libre competencia.

b) También podemos considerar como una manifestación de esta idea de bien jurídico múltiple, las facultades del Fiscal Nacional Económico para representar el interés general de la colectividad en el orden económico¹³⁴, y en cuya virtud puede actuar como parte, iniciar un procedimiento infraccional a través de un requerimiento¹³⁵ y ejercer todas aquellas potestades reguladas en el art. 39 del DL 211. En este sentido, la actuación de la FNE como parte de un proceso ya iniciado por un demandante particular, no se entiende a modo de coadyuvante de una de las partes comparecientes (en particular, del demandante), sino que dicha entidad participa como parte independiente (una especie de tercera parte), que bien puede sustentar una defensa contradictoria a la del demandante. Ello se explica por cuanto la FNE representa, precisamente, los intereses de la

¹³⁴ Según lo prescrito en el literal b) del art. 39 del DL 211

¹³⁵ Tal como lo dispone el inciso 2º del art 20 del DL 211.

colectividad en el orden económico y no los de alguna de las partes en conflicto.

Nuevamente constatamos que los intereses de la demandante no configuran el único bien protegido en materia de libre competencia.

En razón de lo expresado, resulta nítida la distinción de tres tipos de intereses que pueden darse dentro de un procedimiento infraccional: el de la demandante, el de la demandada y el de la colectividad (representada o no por la FNE). De estos intereses pueden surgir distintos bienes jurídicos protegidos, que, incluso, podrían llegar a no ser coincidentes.

Por estos motivos, que superan la sola razonabilidad teórica, afirmamos que nuestro Legislador asume la tesis que, en materia de libre competencia se tutelan distintos bienes jurídicos. Esta visión es compartida por connotados autores extranjeros, como Peter Asch, quien ha escrito que *"La política antitrust busca promover el progreso económico y la eficiencia así como proteger la libertad individual y la libertad de elección."*¹³⁶

Ciertamente, establecer cuál o cuáles son los bienes jurídicos protegidos por el derecho de la libre competencia, es un asunto que supera el simple interés teórico; ello, desde que las manifestaciones de la decisión que se adopte al efecto se plasmarán en diversos aspectos de un juicio en tramitación.

¹³⁶ ASCH, P. (1983) *"Industrial Organization and Antitrust Policy*, John Wiley&Sons, Inc.", Estados Unidos de América. Pág. 9 y10.

Es así que asumir la tesis en virtud de la cual el TDLC debe velar por la tutela de distintos bienes jurídicos y no sólo la libre iniciativa de quien demanda, va a llevar a situaciones particulares, en las cuales el Tribunal deberá proteger y velar no sólo los intereses de las partes comparecientes en el juicio, sino también los intereses de aquel o aquellos terceros que, sin ser parte, pudieran sufrir algún tipo de agravios a sus libertades individuales de elección, o, derechamente, se vean sujetos a situaciones que impacten directamente su bienestar como usuarios de un servicio o consumidores de un bien. En cierta forma, el TDLC deberá examinar el tipo de externalidades que sus decisiones generen respecto de sujetos que, debiendo ser protegidos por la normativa de libre competencia, no sean partes en el juicio,

Se producirá, entonces, un interesante juego de ponderación de intereses, con el aditivo que algunos de estos intereses no necesariamente se van a ver reflejados en las posiciones que adopten cada una de las partes del proceso.

Consideramos que este análisis no solamente debe tenerse presente al momento de resolver la cuestión principal del juicio, sino también, al instante de decidir aquellos asuntos accesorios, como lo son, las medidas cautelares. Especialmente, considerando que, en materia de cautelares, existe una norma especial que - aludiendo al concepto del bien común - así lo ordena.

3.- Normativa aplicable al procedimiento de otorgamiento de medidas cautelares en materia de libre competencia.

Hemos afirmado en el Capítulo Primero, que las medidas cautelares en sede de libre competencia comparten las características comunes a todas las medidas cautelares y se rigen por los principios generalmente aplicables.

Nos queda, entonces establecer cuál es la normativa que rige las medidas cautelares en el procedimiento infraccional de libre competencia, y si, en virtud de ella, existe algún tipo de supresión o atenuación de estos principios y características generales.

Desde ya, debemos dejar por asentado que el DL 211 regula específicamente la materia.

En concreto, el DL 211 señala:

“Artículo 25º.- El Tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá decretar en cualquier estado del juicio o antes de su iniciación, y por el plazo que estime conveniente, todas las medidas cautelares que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el interés común. Estas medidas serán decretadas con citación, y en caso de generarse incidente, éste se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada.

Las medidas decretadas serán esencialmente provisionales y se podrán modificar o dejar sin efecto en cualquier estado de la causa. Para

decretarlas, el requirente deberá acompañar antecedentes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados. El Tribunal, cuando lo estime necesario, podrá exigir caución al actor particular para responder de los perjuicios que se originen.

La resolución que conceda o deniegue una medida cautelar se notificará por carta certificada, a menos que el Tribunal, por razones fundadas, ordene que se notifique por cédula.

En caso de que la medida se haya concedido prejudicialmente, el Fiscal o el solicitante deberá formalizar el requerimiento o la demanda en el plazo de veinte días hábiles o en el término mayor que fije el Tribunal, contado desde la notificación de aquélla. En caso contrario, quedará sin efecto de pleno derecho. Sin embargo, las medidas podrán llevarse a efecto antes de notificar a la persona contra quien se dictan siempre que existieren motivos graves para ello y el Tribunal así lo ordenare. En este caso, transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El Tribunal podrá ampliar este plazo por motivo fundado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos precedentes, no regirá respecto de las medidas prejudiciales y precautorias que dicte el Tribunal lo establecido en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil, salvo lo señalado en los artículos 273, 274, 275, 276, 277, 278, 284, 285, 286, 294, 296 y 297 de dicho cuerpo legal, en cuanto resultaren

aplicables”.

Como puede apreciarse, la regulación contenida en el citado art. 25, contiene un sinnúmero de asuntos propios del procedimiento infraccional tramitado ante el TDLC, los cuales serán examinados en forma particular.

A modo de conclusiones preliminares, podemos señalar:

a) Como primera observación general, constatamos que el artículo 25 del DL 211, excluye en materia de cautelares la aplicación directa de las normas procesales civiles. En particular, las normas de los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil no rigen, salvo aquellas que expresamente se identifican.

b) Las normas aludidas del Código de Procedimiento Civil, que se aplican supletoriamente, dicen relación con la regulación de medidas prejudiciales de carácter no precautorio (como aquellas probatorias y las que dicen relación a la preparación del Juicio Ordinario) y algunas específicas medidas precautorias, como la de designación de interventor judicial y la prohibición de celebrar actos y contratos.

c) La norma en comento, mantiene incólumes los principios generales y características propias de las medidas cautelares generales. No obstante, existe un asunto que merece ser abordado con más detalle, y que dice relación con las facultades de oficio del Tribunal para ordenar una medida cautelar. Al efecto, el artículo 25 del DL 211 contempla la posibilidad de que el TDLC, de oficio decrete aquellas medidas cautelares que estime

necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el bien común, para lo cual deben cumplirse íntegramente los requisitos establecidos por el mismo DL 211.

En el punto, somos de la opinión que las facultades de oficio que detenta el TDLC para ordenar una medida cautelar, sólo pueden ser ejercidas para proteger el interés común y no el interés de la parte demandante. Quedan, de esta forma, salvaguardados los principios dispositivos y de impulso procesal de parte.

En la práctica, el TDLC no ha utilizado estas facultades, dejando el asunto bajo el amparo del principio dispositivo e impulso procesal de parte.

Cerramos el punto, señalando que en la discusión de la Ley N° 20.945 que Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia, se planteó la idea de entregar a la FNE facultades para solicitar medidas cautelares del tipo patrimonial, a efectos de garantizar el cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria a favor de consumidores, idea que finalmente no prosperó¹³⁷

¹³⁷ Al efecto, se propuso que para proteger los intereses de los consumidores ante las eventuales resultados de los procedimientos administrativos y penales que introduce la reforma al DL 211, se modificara el actual artículo 25 del DL 211, incorporando como causales de las medidas prejudiciales el resguardo de las posibles indemnizaciones en favor de los consumidores que deberán asumir los partícipes del acuerdo colusorio. Asimismo, se sugirió complementar las facultades que detenta la FNE en la letra a) del artículo 39 del DL 211, estableciendo expresamente la obligación para la FNE de resguardo y conservación de la evidencia recopilada en sede administrativa, para su posterior entrega al Ministerio Público.

Es así como se propuso la siguiente redacción al inciso primero del artículo 25 del DL 211: *“Artículo 25°.- El Tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá decretar en cualquier estado del juicio o antes de su iniciación, y por el plazo que estime conveniente, todas las medidas cautelares que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las*

4.- Forma en que son concedidas las medidas cautelares

Retomaremos la norma del art. 25 ya citado, en lo que concierne a sus aspectos procedimentales.

Al efecto, expresa el inciso primero de la norma aludida, en su parte pertinente: *"...Estas medidas serán decretadas con citación, y en caso de generarse incidente, éste se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada"*

Según lo preceptuado en la norma citada, por regla general, las medidas cautelares se conceden con citación de la contraria.

No obstante, la norma del art. 25 contiene una excepción en su inciso penúltimo, que dispone:

"Sin embargo, las medidas podrán llevarse a efecto antes de notificar a la persona contra quien se dictan siempre que existieren motivos graves para ello el Tribunal así lo ordenare. En este caso, transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El Tribunal podrá ampliar este plazo por motivo fundado."

conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el interés común. Estas medidas serán decretadas con citación, y en caso de generarse incidente, éste se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada. En todo caso, el Fiscal Nacional Económico estará obligado a solicitar, a través de su requerimiento, las medidas cautelares reales necesarias para resguardar las eventuales indemnizaciones que procedieren en beneficio de los consumidores".

Historia de la Ley N° 20.945 que Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia. Trámite Comisión Mixta: Cámara de Diputados-Senado. Informe Comisión Mixta (Fecha 05 de julio, 2016). Informe Comisión Mixta en Sesión 40. Legislatura 364.IV. Incorporación de reglas especiales en relación con bienes incautados y medidas cautelares reales.

Con el propósito de efectuar un examen ordenado de la materia, estudiaremos primeramente la regla general, esta es, la citación, para luego enfocarnos en la excepción.

a) La citación como regla general para el otorgamiento de una medida cautelar.

La circunstancia que las medidas cautelares sean decretadas "con citación" determina la necesaria aplicación del art. 69 del CPC¹³⁸, el cual analizaremos a continuación.

Según se observa, existe una clara innovación normativa en lo que concierne al procedimiento para el otorgamiento de una medida cautelar, separándose en la materia, de la regulación común.

Al efecto, dispone el art. 25 del DL 211 que "Estas medidas serán decretadas con citación, y en caso de generarse incidente, éste se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada."

En particular, nos referimos a que, a diferencia de lo regulado en el Código de Procedimiento Civil - en donde la solicitud de una medida precautoria, por regla general, se tramita con audiencia de la contraria, y por lo mismo genera un incidente¹³⁹ -; en sede de libre competencia, la

¹³⁸ Norma supletoria aplicable conforme los dispone el art. art. 29 del DL 211.

¹³⁹ Señala el art. 302 del CPC: "El incidente a que den lugar las medidas de que trata este Título se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada."

solicitud de una medida cautelar no forma, por sí misma, un incidente, sino que sólo tiene la potencialidad de provocar uno.

Sin embargo, debemos aclarar que en materia de medidas cautelares pronunciadas dentro del procedimiento civil, pese a la redacción de la norma del art. 302 del CPC, ha existido un prolongado debate en orden a determinar si, aplicando la regla general, siempre se debe generar un incidente, o el Tribunal decide acerca de ellas sin necesidad de conceder traslado a la parte afectada, utilizando la fórmula de la citación, o, incluso del conocimiento¹⁴⁰.

Nuestra opinión, es que la regla general en materia procesal civil está conformada por la tramitación incidental¹⁴¹, sin perjuicio que frente a una solicitud expresa y aplicando la norma del inciso 2º del art. 302, el Juez pueda otorgarla cautelar antes de notificarla a la contraparte, y cumpliéndose los requisitos que dicho precepto indica.¹⁴² Otra

¹⁴⁰Autores como ANABALÓN, C. “*El juicio ordinario de mayor cuantía*” (Santiago, 1954); BENAVENTE, D. “*Derecho procesal juicio ordinario y recursos procesales*” (Santiago, 1984); QUEZADA, J. “*Medidas prejudiciales y precautorias*” (Santiago, 1987); MATURANA C. “*Las medidas cautelares*” (Santiago, 2002) y TAVOLARI R. “*La orden de no innovar en el recurso de protección*” (1992), optan por esta tesis.

¹⁴¹Coincidimos con el autor nacional Juan Carlos Marín quien señala que “*El juez debe ser imparcial y para ello necesariamente debe escuchar a todas las partes interesadas; más aún cuando la situación del sujeto pasivo, en materia de medidas cautelares, es tan precaria como sucede en el derecho procesal civil chileno. En consecuencia, sólo excepcionalmente y cuando sea realmente necesario puede el tribunal dictar la medida sin la participación del sujeto pasivo; de lege ferenda sería bueno que en esta materia se adoptase un sistema como el actualmente recogido en la NLEC, que establece una forma general de tramitar las medidas, con audiencia de la contraparte, y uno excepcional, sin su audiencia*”.

MARÍN, J.C. (2004) *Op. cit* Pág. 278.

¹⁴² Señala el inciso 2º del art. 302 del CPC:

interpretación, sin perjuicio de alterar el texto de la norma y pugnar con la garantía del debido proceso, llevaría a que este inciso 2º quedara sin aplicación.

Hecho este alcance, y asumiendo la tesis que en materia de procedimiento civil toda cautelar -por regla general - genera un incidente; podemos configurar una primera diferencia entre dicho procedimiento y aquel que rige en materia infraccional de libre competencia. Esta disparidad se manifiesta en el hecho que, en sede de libre competencia - por regla general - las cautelares se conceden con citación.

Para retomar el análisis de la citación, debemos remontarnos a la teoría de los actos procesales, conforme la cual, una actuación judicial ordenada por el Tribunal, puede decretarse bajo cuatro formas.

Alinearemos estos patrones, de acuerdo a su menor o mayor conformidad con el principio de la audiencia bilateral y controversial.

i. De plano

Esta fórmula procesal implica que, pronunciada, y sin previa notificación a las partes, una determinada resolución causa ejecutoria, es

"Podrán, sin embargo, llevarse a efecto dichas medidas antes de notificarse a la persona contra quien se dictan, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El tribunal podrá ampliar este plazo por motivos fundados. La notificación a que se refiere este artículo podrá hacerse por cédula, si el tribunal así lo ordena".

decir, puede cumplirse inmediatamente, sin necesidad de traslado a las partes.

Constituyen una clara excepción a la regla general aplicable a las resoluciones judiciales y según la cual ellas deben ser siempre notificadas a las partes. Lo anterior, conforme lo preceptuado en el art. 38 del CPC, según el cual "*Las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley, salvo los casos expresamente exceptuados por ella.*".

De acuerdo a lo preceptuado por la norma citada, las actuaciones ordenadas de plano, para ser válidas, deben ser autorizadas y reguladas por la ley. En nuestra opinión, precisamente, encontramos un ejemplo de este tipo de resoluciones, en las medidas cautelares ordenadas sin previa audiencia de parte.

La fórmula por la cual se resguarda el debido proceso, es la de exigir una notificación a la contraparte afectada en forma *ex post* al cumplimiento de la actuación judicial ordenada, (muchas veces bajo sanción de quedar sin efecto tal actuación) y la de garantizar el derecho al recurso a partir de la notificación.

De acuerdo a las características señaladas, podemos observar que las cautelares a las que se refiere tanto el art. 289 del CPC, como el inciso segundo del art. 302 del mismo cuerpo legal, y aquellas reguladas por el inciso penúltimo del art. 25 del CPC - todas normas que facultan al tribunal

para otorgar medidas cautelares antes de notificar a la persona contra quien se dictan - constituyen uno de los pocos ejemplos legales de actuaciones conferidas de plano.

Debemos hacer presente, antes de concluir el punto, que existe una segunda concepción acerca de las resoluciones que se pronuncian de plano, según la cual, este término únicamente alude a la circunstancia que a partir de ellas no se genera un traslado a las partes. (quedando intacta la necesidad de notificar a la parte afectada, para que la resolución pueda cumplirse)

Es precisamente ese concepto el utilizado por el DL 211 en su art. 24, según el cual "Las cuestiones accesorias al asunto principal, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente, serán resueltas de plano, pudiendo el Tribunal dejar su resolución para definitiva"

ii. Con conocimiento

A esta forma de conceder una actuación judicial es a la que alude la parte final del art. 69 del CPC que dispone: "*Cuando se mande proceder con conocimiento o valiéndose de otras expresiones análogas, se podrá llevar a efecto la diligencia desde que se ponga en noticia del contendor lo resuelto.*"

Esta manera de ordenar una actuación judicial es muy similar a la actuación de plano, en cuanto tal actuación se cumple inmediatamente; sin

embargo su ejecución exige la notificación de ambas partes, sin la cual, la actuación no puede llevarse a cabo. De esta forma, la actuación se concede sin audiencia bilateral y con el solo mérito de la solicitud del actor, pero previa notificación a la parte afectada.

También se ha entendido que una actuación ordenada *con conocimiento*, sin perjuicio que puede ejecutarse inmediatamente, otorga la posibilidad a la parte contraria de oponerse dentro de tercero día. En la práctica, los tribunales conceden una actuación con conocimiento, pero dando traslado a la contraria; circunstancia que no suspende la ejecución de la actuación.

iii. Con citación

Esta fórmula de ordenar una actuación judicial está en pleno respeto de las garantías del debido proceso, dando una especial relevancia al principio dispositivo.

La citación está regulada en el inciso 1º del art. 69 del CPC¹⁴³ que prescribe:

"Siempre que se ordene o autorice una diligencia con citación, se entenderá que no puede llevarse a efecto sino pasados tres días después de la notificación de la parte contraria, la cual tendrá el derecho de oponerse

¹⁴³ Norma aplicable al procedimiento de libre competencia, según lo dispone el art.29 del DL 211

o deducir observaciones dentro de dicho plazo, suspendiéndose en tal caso la diligencia hasta que se resuelva el incidente."

Conforme a esta regla, se otorga a la parte contraria un plazo de tres días contados desde la notificación de la respectiva resolución, a objeto que se oponga a la actuación o deduzca observaciones a la misma. También tiene la posibilidad de mantenerse en la pasividad. En el intertanto, la actuación ordenada no puede ejecutarse.

Para el caso que la contraparte opte por oponerse total o parcialmente a la actuación, se generará un incidente, regido por las normas contenidas en los arts. 82 y siguientes del CPC. En estos casos, la actuación no se llevará a efecto, sino en la medida que exista una resolución del tribunal que la acoja en su mérito.

Como lo establece expresamente el art. 25 del DL 211, por regla general, las medidas cautelares en materia de libre competencia son otorgadas con citación. Por ello, debemos estar a lo ya referido precedentemente.

iv. Con audiencia

Una actuación judicial concedida con audiencia de parte es aquella cuya sola solicitud tiene el mérito de generar un incidente. Se rigen, a falta de norma especial, por el Título IX del Libro I del CPC, que regula, precisamente, los incidentes.

La tramitación de una solicitud de actuación con audiencia - al contrario de todas las fórmulas anteriores - no conlleva una decisión con la mera solicitud, sino que la resolución de fondo sólo se materializará una vez concluido el contradictorio, que se considera una cuestión accesoria al juicio y que requiere un pronunciamiento especial.

Para estos efectos, no interesa si la contraparte observó o se opuso a la solicitud. En el mejor de los casos, la inactividad de la contraparte, puede traer (no necesariamente) la omisión de la prueba¹⁴⁴; pero siempre deberá existir una resolución expresa y fundada que decida sobre la actuación.

De acuerdo a lo ya expresado, y, según nuestra opinión, en materia procesal civil (no así en el procedimiento de libre competencia) las medidas cautelares son otorgadas - por regla general - con audiencia de partes.

b) La excepción a la regla. Otorgamiento de una medida cautelar sin previo emplazamiento de la parte demandada o afectada.

Hemos señalado que la norma del art. 25 del DL 211 contiene una excepción a la regla de la citación, contenida en su inciso penúltimo, y conforme a la cual se permite que una medida cautelar se lleve a efecto sin previa notificación de la afectada.

Al efecto, el inciso penúltimo del art. 25 establece: *“Sin embargo, las medidas podrán llevarse a efecto antes de notificar a la persona contra*

¹⁴⁴ Conforme lo dispone el art. 89 del CPC.

quien se dictan siempre que existieren motivos graves para ello y el Tribunal así lo ordenare. En este caso, transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El Tribunal podrá ampliar este plazo por motivo fundado".¹⁴⁵

Para ello, exige dos requisitos: Uno que resulta obvio, cual es, que el Tribunal lo ordene.

Entonces, existe un solo requisito a cumplir, cual es, que " *existieren motivos graves para ello*"

Con esta expresión, el Legislador no se está refiriendo a la constatación de motivos graves que justifiquen el otorgamiento de una determinada medida cautelar (que, por cierto, deben acreditarse de todas maneras). La exigencia de una motivación grave, se realiza respecto a la necesidad de no otorgar traslado a la contraparte de la solicitud y otorgamiento de la cautelar.¹⁴⁶

¹⁴⁵Esta norma, es prácticamente una copia textual del inciso 2º del art.302 del CPC, que dispone:

" *Podrán, sin embargo, llevarse a efecto dichas medidas antes de notificarse a la persona contra quien se dictan, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El tribunal podrá ampliar este plazo por motivos fundados.*

La notificación a que se refiere este artículo podrá hacerse por cédula, si el tribunal así lo ordena."

¹⁴⁶"Que "existan razones graves para que las medidas decretadas se lleven a efecto antes de notificarse a la persona contra quien se dictan". Estas razones deben ser aducidas por la parte que solicita las medidas de la misma solicitud y deben consistir en antecedentes que hagan presumible que la persona que va a ser afectada por las medidas va a pretender eludir el cumplimiento de la resolución que las concede, lo que sólo es posible si se le notifica la resolución antes de ser llevada a efecto, es decir, si esa resolución se somete a la regla general establecida en la ley. Precisamente, el fundamento de la excepción reside

Finalmente, el precepto citado establece un límite temporal de vigencia de la cautelar, para el caso que esta no sea notificada a la contraparte. Al efecto, dispone que la cautelar quedará sin valor, transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, pudiendo el Tribunal ampliar este plazo por motivo fundado, sin que, para esta última hipótesis, el Legislador hubiere establecido un plazo perentorio (lo que significa que el Tribunal tiene absoluta libertad para determinar la duración de esta ampliación del plazo).

5.- Aspectos especiales de las medidas cautelares otorgadas en materia de libre competencia.

5.1. Sistema recursivo

A diferencia de lo que ocurre respecto de la regulación común a los incidentes y, en general, la que regula el sistema recursivo - según la cual, la resolución que decide sobre una medida cautelar es susceptible de

en evitar que el cumplimiento de la resolución que ordena la práctica de alguna medida precautoria pueda ser eludido por la parte a quien va a afectar, objetivo que se alcanza no notificándola previamente, sino después que la resolución ya se ha cumplido, porque entre el momento de esa notificación previa y aquel en que la medida precautoria ordenada se cumpliera, el litigante malicioso tiene el tiempo suficiente para realizar los actos tendientes a imposibilitar el cumplimiento de la resolución.”

CAMIRUAGA CHURRUCA, J. 1995 “De las Notificaciones” Editorial Jurídica de Chile. Pág 34.

apelación¹⁴⁷ -, la resolución emanada del TDLC que acoge o rechaza una medida cautelar, es únicamente impugnabile por la vía del recurso de reposición.¹⁴⁸

5.2. Toda medida cautelar puede ser decretada de oficio o a solicitud de parte.

Otro aspecto especial que diferencia las medidas cautelares otorgadas en el procedimiento infraccional de libre competencia, es que - conforme lo dispone el art 25 del DL 211 - ellas pueden ser otorgadas sin necesidad de petición de parte; es decir, de oficio

Los requisitos para que el Tribunal ejerza esta facultad no son diferentes a los generales, es decir, ellas deben decretarse con el propósito de impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el interés común.

Sin embargo, y tal como lo señalamos anteriormente, el Tribunal no puede alterar el principio dispositivo y suplantar la actividad propia de las partes. Esto significa que las medidas cautelares que pueda decretar de

¹⁴⁷ Reconociendo que existe un debate acerca de la naturaleza jurídica de la resolución que otorga o rechaza una medida cautelar, la circunstancia que dicha resolución es apelable (ya sea directa, para el caso que se considere una sentencia interlocutoria) o subsidiaria, para el evento que se considere un auto- es innegable; ello por aplicación de los arts.187 y 188 del CPC.

¹⁴⁸ Ello, por aplicación del art. 27 del DL 211, que sólo consagra dos recursos, el de reposición y el de reclamación, reservando este último a la sentencia definitiva (sin perjuicio que también procede respecto de las resoluciones de término previstas en el inciso final del art.31 del DL 211)

oficio, deben tener como enfoque el bien común y no satisfacer o resguardar el solo interés particular de la actora. Consideramos que esta facultad de ejercer medidas de oficio es la excepción a la regla general en materia procesal (de acuerdo a la cual ,como hemos visto, rigen las normas procesales civiles y sus principios); por este motivo, la interpretación de este precepto debe ser de carácter restrictivo, circunstancia que determina la necesidad que el Tribunal se adecúe estrictamente a los requisitos de procedencia exigidos por la norma legal. Ciertamente, el bien común, considerando el bien jurídico protegido en esta sede, se asocia esencialmente al ámbito propio de la Libre Competencia; sin embargo, ello no obsta a que el Tribunal pondere otras manifestaciones del Bien Común¹⁴⁹, especialmente, considerando aquellas situaciones en que pudieran existir derechos y garantías en pugna, algunos de los cuales pueden ser ajenos a la órbita de la libre competencia.

5.3. Oportunidad de su otorgamiento

Señala el art. 25 del DL 211 que una medida cautelar se "*podrá decretar en cualquier estado del juicio o antes de su iniciación*"

¹⁴⁹ Entendido conforme la definición que otorga el inciso cuarto de nuestra Constitución Política, según el cual el bien común está conformado "*por las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respecto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*",

La normativa general (aplicable en casos específicos, en materia de libre competencia, según veremos), también reconoce las medidas cautelares prejudiciales¹⁵⁰. La diferencia radica en que, tratándose de medidas precautorias prejudiciales, el CPC establece un rango de exigencias mayor al estándar (contracautela obligatoria), circunstancia que no acontece tratándose de la normativa contenida en el DL 211, que no consagra ningún requisito adicional al respecto.

En cuanto a la preclusión de la oportunidad para solicitar una medida cautelar, dado los amplios términos de la Ley, consideramos que es posible que se soliciten hasta antes de la dictación de la sentencia definitiva, ya que, luego de pronunciada, se acaba el debate, y el tribunal ha cesado en su competencia, salvo en lo que respecta a enmendar errores de transcripción, aritméticos y otros relacionados con la aclaración o enmienda.

¹⁵⁰Al efecto, el art. 279 del CPC (no aplicable a la materia estudiada) dispone:

"Podrán solicitarse como medidas prejudiciales las precautorias de que trata el Título V de este Libro, existiendo para ello motivos graves y calificados, y concurriendo las circunstancias siguientes:

1a. Que se determine el monto de los bienes sobre que deben recaer las medidas precautorias;

2a. Que se rinda fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan."

5.4. Plazo de duración de las medidas cautelares

El art. 25 del DL 211 preceptúa que las medidas otorgadas podrán extenderse "*por el plazo que estime conveniente*" el Tribunal.

Sin perjuicio de la aparente libertad otorgada por el Legislador, estimamos que sí existen límites temporales, y que son los propios a toda medida cautelar. Estos límites estarán supeditados a las circunstancias de cada caso. De esta forma, las exigencias tanto de proporcionalidad como en relación a que la medida otorgada sea adecuada a su finalidad, cobran plena vigencia.

Por lo demás, aquella parte de la norma, debe complementarse con un mandato directo al Tribunal, contenido en el mismo precepto, y según el cual "*Las medidas decretadas serán esencialmente provisionales y se podrán modificar o dejar sin efecto en cualquier estado de la causa*"

5.5. Medidas cautelares susceptibles de ser otorgadas por el Tribunal.

Al momento de definir las medidas cautelares factibles de ser decretadas por el TDLC, el Legislador opta por ser lo más genérico posible, abarcando todo el espectro permisible. En el punto, señala el art. 25 del DL 211 que el Tribunal podrá ordenar "*todas las medidas cautelares que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el interés común*"

A simple vista, podría afirmarse que no existiría, en apariencia, límite

alguno en orden al tipo de medidas cautelares que pueden ser ordenadas por el TDLC. Sin embargo, ello no es efectivo.

Las medidas cautelares aludidas por la norma no son más que aquellas medidas cautelares que se denominan conservativas, excluyendo, con ello, las medidas cautelares anticipativas. (ambas ya tratadas precedentemente en esta monografía)

Las razones para afirmar lo anterior, vienen establecidas y analizadas en el capítulo primero de este trabajo, referido al marco teórico de las medidas cautelares.

Según lo observado en su oportunidad, hemos aseverado que las medidas cautelares anticipativas son rechazadas tanto por la doctrina mayoritaria como por la jurisprudencia, en todos aquellos casos en que no exista una norma expresa habilitante.

Para este caso, no existe tal norma.

Más aún, debemos considerar necesariamente los fines asociados a las medidas cautelares dispuestas por el Tribunal, y que no son otros que "*impedir los efectos negativos de las conductas*" y "*resguardar el interés común*".¹⁵¹

¹⁵¹ Respecto de las facultades discrecionales del Juez, ha escrito Couture: "...Así, por ejemplo, el mismo artículo dice que el juez podrá dictar las diligencias que creyere oportunas para mejor proveer. Al decir "*las que creyere oportunas*" no podríamos llegar a otra conclusión como no sea la de que no existe ninguna limitación para la actividad del juez en la diligencias para mejor proveer. Sin embargo, si nos planteáramos el problema de saber si el juez puede poner un pliego de posiciones a una parte u ordenar el juramento decisorio de la misma, la conclusión debería ser en el sentido negativo. ¿Por qué? Porque la prueba de posiciones o el juramento decisorio son de la esencia del proceso dispositivo,

Además, conforme se apreciará, el Legislador se ha cuidado de no utilizar una terminología similar a la empleada en aquellas escasas situaciones en que se han regulado medidas cautelares anticipativas.

Al efecto, analizaremos a continuación algunos de los excepcionales casos en que el Legislador ha regulado expresamente medidas cautelares anticipativas:

a. En materia laboral.

En esta área del derecho nos encontramos que en materia de juicio de desafuero, el artículo 174 del Código del Trabajo establece:

“En el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160.

El juez, como medida prejudicial y en cualquier estado del juicio, podrá decretar, en forma excepcional y fundadamente, la separación provisional del trabajador de sus labores, con o sin derecho a remuneración. Si el tribunal no diere autorización para poner término al contrato de trabajo, ordenará la inmediata reincorporación del que hubiere sido suspendido de

y la disponibilidad del proceso dentro de esta estructura corresponde a las partes y no al juez. La idea de que podrá el juez dictar las diligencias que creyere oportunas no puede significar, en un pasaje incidental de la ley, la destrucción de todo un sistema que pertenece a la arquitectura misma del proceso.”

COUTURE, E. 1998 *Op. Cit.* Pág. 54- 55.

sus funciones. Asimismo, dispondrá el pago íntegro de las remuneraciones y beneficios, debidamente reajustados y con el interés señalado en el artículo precedente, correspondientes al período de suspensión, si la separación se hubiese decretado sin derecho a remuneración. El período de separación se entenderá efectivamente trabajado para todos los efectos legales y contractuales".¹⁵²

También en sede laboral, podemos encontrar una regulación bastante inusual, a propósito del procedimiento monitorio, en el cual el Tribunal, en la primera resolución, realiza la decisión anticipada del asunto controvertido.

Al respecto, establece el art. 500 del Código del Trabajo, en sus dos primeros incisos:

"En caso que el juez estime fundadas las pretensiones del demandante, las acogerá inmediatamente; en caso contrario las rechazará de plano. Para pronunciarse, deberá considerar, entre otros antecedentes, la complejidad del asunto que se somete a su decisión, la comparecencia

¹⁵² En materia de tutela laboral, podemos también encontrar una norma que concede una medida cautelar muy similar, aunque no idéntica, a una cautelar anticipativa.

Al respecto, señala el inciso 1º del art. 492 del Código del Trabajo:

"El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles, ello, bajo apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes."

de las partes en la etapa administrativa y la existencia de pagos efectuados por el demandado. En caso de no existir antecedentes suficientes para este pronunciamiento, el tribunal deberá citar a la audiencia establecida en el inciso quinto del presente artículo.

Las partes sólo podrán reclamar de esta resolución dentro del plazo de diez días hábiles contado desde su notificación, sin que proceda en contra de ella ningún otro recurso."

b. En materia de derecho de familia.

El artículo 327 del Código Civil dispone:

"Mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, deberá el juez ordenar que se den provisoriamente, con el solo mérito de los documentos y antecedentes presentados; sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demandan obtiene sentencia absolutoria.

Cesa este derecho a la restitución, contra el que, de buena fe y con algún fundamento plausible, haya intentado la demanda".

c. En materia procesal civil

A propósito de la regulación de denuncia de obra nueva, el art. 565 del CPC establece:

"Presentada la demanda para la suspensión de una obra nueva denunciante, el juez decretará provisionalmente dicha suspensión y mandará que se tome razón del estado y circunstancias de la obra y que se aperciba al que la esté ejecutando con la demolición o destrucción, a su

costa, de lo que en adelante se haga. En la misma resolución mandará el tribunal citar al denunciante y al denunciado para que concurran a la audiencia del quinto día hábil después de la notificación del demandado, debiendo en ella presentarse los documentos y demás medios probatorios en que las partes funden sus pretensiones”.

Como conclusiones, podemos señalar:

i. En nuestra opinión, la norma del art. 25 analizado, en caso alguno tuvo por finalidad la de incorporar las medidas cautelares anticipativas. En la materia, ya hemos observado que cada vez que el Legislador quiere otorgar dentro de un procedimiento determinado la posibilidad de ordenar una medida cautelar anticipativa, lo dispone expresamente y con sendos detalles.

ii. La técnica utilizada por el Legislador en el ya referido art. 25, no es más ni menos que la utilizada en la legislación supletoria, a propósito del art. 298 del CPC, conforme a la cual *"Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen."*

6.- Requisitos formales para el otorgamiento de las medidas cautelares.

6.1. Requisitos generales propios de toda cautelar.

En esta materia, la normativa analizada es acorde con los principios generales ya repasados, al establecer: "*Para decretarlas, el requirente deberá acompañar antecedentes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados*"

La alusión al *fumus boni iuris* es explícita. No así al *periculum in mora*. Sin embargo, ello, en caso alguno puede ser estimado como una eximente legal en orden a cumplir la exigencia del actor de acreditar el riesgo de daño.

Lo que sucede es que la norma se ha referido al *periculum in mora* en forma previa. Ello, al momento de establecer la finalidad que debe tener presente el Tribunal al momento de otorgar una medida cautelar en cuanto "*impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento*"

Sin perjuicio de lo ya señalado, consideramos que a la misma conclusión de exigencia de ambos requisitos, hubiésemos llegado por la sola aplicación de los principios generales que regulan las medidas cautelares.

6.2. Contra cautela

El inciso segundo del art. 25 dispone: "El Tribunal, cuando lo estime

necesario, podrá exigir caución al actor particular para responder de los perjuicios que se originen."

Como puede observarse, no existe legalmente una exigencia de rendir caución, entregándose al Tribunal evaluar su pertinencia; circunstancia que se aparta de la regla contenida en el art. 279 del CPC, que exige rendir fianza u otra garantía cuando se solicita una medida precautoria prejudicial.

Más bien, el tenor de la norma del art. 25 del DL 211 se asemeja a la redacción utilizada por la parte final del art. 298 del CPC, conforme a la cual *"Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen."*

Como se aprecia, en ambas situaciones se entrega a la discrecionalidad del Juez la decisión acerca de exigir o no una caución al solicitante de una medida cautelar (a diferencia de lo prescrito en el art. 279 del CPC, en el cual la contracautela es un requisito de procedencia de la solicitud).

Es del caso señalar que el contenido de los artículos 25 del DL 211 y. 298 del CPC son coherentes, desde que, en materia de libre competencia no encontramos una descripción legal de las medidas cautelares, de modo que no existen medidas expresamente autorizadas por la ley. Por lo mismo, si hipotéticamente aplicáramos la regla general del art. 279 del CPC, de todas formas llegaríamos al mismo resultado que surge de la aplicación del

art. 25 del DL 211, este es, que quedaría a la discrecionalidad del Tribunal exigir una contracautela.

6.3.- Notificación de la medida cautelar

Prescribe el inciso 2º del art. 25 del DL 211: *"La resolución que conceda o deniegue una medida cautelar se notificará por carta certificada, a menos que el Tribunal, por razones fundadas, ordene que se notifique por cédula."*

En el punto, hacemos presente que, al aplicarse supletoriamente el Libro I del CPC, surge como consecuencia que, en general, las resoluciones del TDLC, (sin perjuicio de otra forma de notificaciones, cuando proceda) se notifican por el Estado Diario (en la práctica, se realiza en la página institucional del TDLC).

A este requisito, y tratándose de la resolución que conceda o deniegue una medida cautelar, la ley añade una exigencia, consistente en la notificación por carta certificada.

Esta formalidad adicional trae diversas consecuencias:

a. La carta certificada constituye la regla general de notificación de toda resolución recaída sobre una medida cautelar, salvo que el Tribunal dictamine - por resolución fundada - que tal resolución debe notificarse por cédula.

b. Por aplicación de la norma supletoria contenida en el art. 38 del

CPC - conforme a la cual las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley - tenemos, como consecuencia, que, en la medida que no se perfeccione la notificación de la resolución por carta certificada, la medida cautelar ordenada no puede ejecutarse. Ello significa que, en el intertanto que media entre el pronunciamiento de la resolución que concede la medida cautelar y la perfección de la notificación, el afectado por la medida cautelar no tiene impedimento alguno en ejecutar la conducta que la medida cautelar intenta impedir.

c. La carta certificada no constituye una forma de notificar resoluciones judiciales reconocida por las normas supletorias del CPC (aplicables al procedimiento infraccional de Libre Competencia). Siendo así, no existe un marco normativo que regule, en términos generales, dicha forma de notificación.

d. El DL 211 carece de norma especial referida a la notificación por carta certificada, en lo que respecta a la determinación de la fecha cierta de notificación y el cómputo de los plazos pertinentes.

Esta situación difiere en relación a otros cuerpos normativos que también incluyen- dentro de las formas de notificar una resolución - la modalidad de la carta certificada; los que, normalmente, contienen una completa regulación en la materia. Así sucede respecto del Código

Tributario¹⁵³ y la Ley 18.287 de Procedimiento ante los Juzgados de Policía

Local.¹⁵⁴

153 El Código Tributario contiene una detallada regulación del asunto, en su artículo 11, que dispone:

"Toda notificación que el Servicio deba practicar se hará personalmente, por cédula o por carta certificada dirigida al domicilio del interesado, salvo que una disposición expresa ordene otra forma de notificación o que el interesado solicite para sí ser notificado por correo electrónico. En este último caso, la notificación se entenderá efectuada en la fecha del envío del correo electrónico, certificada por un ministro de fe. El correo contendrá una transcripción de la actuación del Servicio, incluyendo los datos necesarios para su acertada inteligencia, y será remitido a la dirección electrónica que indique el contribuyente, quien deberá mantenerla actualizada, informando sus modificaciones al Servicio en el plazo que determine la Dirección. Cualquier circunstancia ajena al Servicio por la que el contribuyente no reciba el correo electrónico, no anulará la notificación. Exceptuando las normas especiales sobre notificaciones contenidas en este Código, la solicitud del contribuyente para ser notificado por correo electrónico regirá para todas las notificaciones que en lo sucesivo deba practicarle el Servicio. En cualquier momento el contribuyente podrá dejar sin efecto esta solicitud, siempre que en dicho acto individualice un domicilio para efectos de posteriores notificaciones. El Servicio, además, mantendrá en su página web y a disposición del contribuyente en su sitio personal, una imagen digital de la notificación y actuación realizadas.

La carta certificada mencionada en el inciso precedente podrá ser entregada por el funcionario de Correos que corresponda, en el domicilio del notificado, a cualquiera persona adulta que se encuentre en él, debiendo ésta firmar el recibo respectivo.

No obstante, si existe domicilio postal, la carta certificada deberá ser remitida a la casilla o apartado postal o a la oficina de correos que el contribuyente haya fijado como tal. En este caso, el funcionario de correos deberá entregar la carta al interesado o a la persona a la cual éste haya conferido poder para retirar su correspondencia, debiendo estas personas firmar el recibo correspondiente.

Si el funcionario de correos no encontrare en el domicilio al notificado o a otra persona adulta o éstos se negaren a recibir la carta certificada o a firmar el recibo, o no retiraren la remitida en la forma señalada en el inciso anterior dentro del plazo de 15 días, contados desde su envío, se dejará constancia de este hecho en la carta, bajo la firma del funcionario y la del Jefe de la Oficina de Correos que corresponda y se devolverá al Servicio, aumentándose o renovándose por este hecho los plazos del artículo 200 en tres meses, contados desde la recepción de la carta devuelta.

En las notificaciones por carta certificada, los plazos empezarán a correr tres días después de su envío.

Las resoluciones que modifiquen los avalúos y/o contribuciones de bienes raíces podrán ser notificadas mediante el envío de un aviso postal simple dirigido a la propiedad afectada o al domicilio que para estos efectos el propietario haya registrado en el Servicio y, a falta de éste, al domicilio del propietario que figure registrado en el Servicio. Estos avisos podrán ser confeccionados por medios mecánicos y carecer de timbres y firmas."

¹⁵⁴Dispone el art. 18 de la Ley 18.287:

"Las resoluciones se notificarán por carta certificada, la que deberá contener copia íntegra de aquéllas. Las sentencias que impongan multas superiores a cinco unidades tributarias mensuales, las que cancelen o suspendan licencias para conducir y las que

El asunto se complica desde que las normas legales ya referidas no pueden aplicarse por analogía. Pero más aún, ellas contienen criterios disímiles: Así, para el Código Tributario, la notificación se perfecciona a los 3 días contados a partir de su envío por correos; en cambio, para la Ley 18.287, dicho plazo se contabiliza a los 5 días desde tal envío.

En síntesis, podemos afirmar que en sede infraccional de libre competencia no existe certeza para determinar la fecha de notificación de una resolución que recaer sobre una medida cautelar¹⁵⁵; salvo que el Tribunal ordene que tal notificación se realice por cédula.

e. La actividad de notificación recae en el TDLC.

En la actividad de notificación por medio de carta certificada, las partes adquieren un rol pasivo y es el Tribunal el que asume el impulso procesal.¹⁵⁶

regulen daños y perjuicios superiores a diez unidades tributarias mensuales, se notificarán personalmente o por cédula.

La sentencia que imponga pena de prisión será notificada en persona al condenado. Se entenderá practicada la notificación por carta certificada, al quinto día contado desde la fecha de su recepción por la oficina de Correos respectiva, lo que deberá constar en un Libro que, para tal efecto, deberá llevar el secretario. Si la carta certificada fuere devuelta por la oficina de correos por no haberse podido entregar al destinatario, se adherirá al expediente. Lo anterior es sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales sobre nulidad procesal.

De toda notificación se dejará testimonio en el proceso."

¹⁵⁵ Al efecto, dicha materia tampoco se encuentra regulada en alguno de los Autos Acordados dictados por el TDLC

¹⁵⁶ A modo de analogía, en materia de notificación por carta certificada en los procedimientos administrativos, la Contraloría General de la República ha declarado (Dictamen N° 34.319 de 31/7/2007) :

"Establecido lo anterior, cabe señalar que la notificación de los actos administrativos mediante carta certificada constituye un trámite a cargo de la Administración, cuyo impulso procesal y desarrollo son determinados exclusivamente por ella, sin que el interesado intervenga más que de un modo pasivo y ello tan sólo al recibir la carta que le ha sido despachada. Toda la actividad anterior a la recepción de la carta por parte del notificado, empezando por la orden del órgano instructor de notificar por este medio e incluyendo

f. Posibilidad que se utilice otra forma de notificación.

El art. 21 del DL 211, en su inciso penúltimo, preceptúa que "*Las demás resoluciones serán notificadas por cualquier medio seguro que las partes de común acuerdo fijen y en subsidio, por el estado diario.*"

Consideramos que este precepto cede en su aplicación ante la norma especial contenida en el art. 25 del DL 211, que exige notificación por correo certificado. Afirmar lo contrario, sin perjuicio de altera la regla de la especialidad, hace ineficaz la citada norma, desde que, a falta de acuerdo de las partes, se aplicaría la notificación por el estado diario. Es decir, si la medida cautelar se solicita en la demanda o de forma prejudicial, o en caso que no existiere un acuerdo previo entre las partes; el afectado jamás podrá tomar conocimiento de la resolución oportunamente o de un modo efectivo.

Sin perjuicio de lo señalado, y en lo que concierne a la posibilidad que las partes, de común acuerdo, determinen que las notificaciones que deban hacerse por correo certificado se realicen por correo electrónico, debemos expresar lo siguiente: Tal hipótesis estaba expresamente autorizada por el TDLC a través a través del Auto Acordado N° 8, sobre la "*Forma de acordar por las partes o intervinientes el uso de medios electrónicos para la*

todas las actuaciones materiales al interior de la Empresa de Correos, es completamente ajena al interesado, sin que exista disposición legal alguna que le imponga la obligación de conocer el desarrollo y los pormenores de esta actividad. Por lo mismo, al recibir la carta, el notificado sólo cuenta con los antecedentes que se desprenden de esa misma misiva -en especial y en lo que interesa, las fechas que en ella se han estampado-, careciendo de todo sustento la obligación que se le pretende imponer en orden a requerir información adicional para verificar si la fecha de recepción por la oficina de Correos es la que señala la carta u otra distinta."

notificación de las resoluciones" (publicado en el Diario Oficial con fecha 9 de junio de 2006). Sin embargo, dicho Auto Acordado fue dejado sin efecto mediante el Auto Acordado N° 14 del 12 de enero de 2010. Por lo señalado, en la actualidad, las partes están impedidas de pactar que las notificaciones que deban hacerse por correo certificado se realicen por correo electrónico.

g. Caducidad de las medidas cautelares concedidas por falta de notificación.

El inciso 4º del art. 25 del DL 211 prescribe:

"En caso de que la medida se haya concedido prejudicialmente, el Fiscal o el solicitante deberá formalizar el requerimiento o la demanda en el plazo de veinte días hábiles o en el término mayor que fije el Tribunal, contado desde la notificación de aquélla. En caso contrario, quedará sin efecto de pleno derecho. Sin embargo, las medidas podrán llevarse a efecto antes de notificar a la persona contra quien se dictan siempre que existieren motivos graves para ello y el Tribunal así lo ordenare. En este caso, transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El Tribunal podrá ampliar este plazo por motivo fundado."

Esta norma no es más que una manifestación particular de los

artículos 280¹⁵⁷ y 302¹⁵⁸ del CPC

h. Aplicación supletoria de determinadas normas del Título IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil

Finalmente, el art. 25 en estudio, culmina expresando:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos precedentes, no registrá respecto de las medidas prejudiciales y precautorias que dicte el Tribunal lo establecido en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil, salvo lo señalado en los artículos 273, 274, 275, 276, 277,278, 284, 285, 286, 294, 296 y 297 de dicho cuerpo legal, en cuanto resultaren aplicables."

El alcance que debe hacerse al respecto, es que no existe una remisión legal directa respecto a los artículos 273, 274, 275, 276, 277,278, 284, 285, 286, 294, 296 y 297 del CPC. Lo que hace la norma es indicar

¹⁵⁷Art. 280 CPC *"Aceptada la solicitud a que se refiere el artículo anterior, deberá el solicitante presentar su demanda en el término de diez días y pedir que se mantengan las medidas decretadas. Este plazo podrá ampliarse hasta treinta días por motivos fundados.*

Si no se deduce demanda oportunamente, o no se pide en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas, o al resolver sobre esta petición el tribunal no mantiene dichas medidas, por este solo hecho quedará responsable el que las haya solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento."

¹⁵⁸ Disponen los incisos 2º y 3º del art. 302 del CPC

" Podrán, sin embargo, llevarse a efecto dichas medidas antes de notificarse a la persona contra quien se dictan, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El tribunal podrá ampliar este plazo por motivos fundados.

La notificación a que se refiere este artículo podrá hacerse por cédula, si el tribunal así lo ordena."

que los citados preceptos tienen una aplicación supletoria, es decir, rigen a falta de una norma especial y sólo en la medida que su aplicación sea compatible con la regulación y principios que rigen el procedimiento tramitado ante el TDLC.

Hasta aquí desarrollaremos el estudio de la regulación especial contenida en materia de libre competencia.

En el próximo capítulo examinaremos la jurisprudencia emanada del TDLC a propósito de las medidas cautelares.

CAPÍTULO TERCERO: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En el presente capítulo analizaremos la totalidad de las resoluciones pronunciadas por el TDLC referidas a medidas cautelares, solicitadas entre los años 2008 y 2018.

Esta revisión no será cronológica, sino que agruparemos las resoluciones de acuerdo a distintos criterios:

a) Si acogen la medida cautelar solicitada. Al efecto, estandarizaremos los argumentos normalmente utilizados por el TDLC para adoptar sus decisiones.

b) Si rechazan la medida cautelar solicitada. Tal como en el caso

anterior, resumiremos y clasificaremos los fundamentos normalmente utilizados por el TDLC en sus resoluciones.

Hacemos presente que el parámetro de separación en diversas categorías, dice relación con los argumentos del TDLC expuestos en la primera resolución que otorga o rechaza la solicitud de cautelar. A estos fundamentos, y en forma posterior, se pueden haber agregado otros, o, incluso, puede darse la situación que, por efecto de una nueva resolución, ellos hayan perdido validez.

Características de la muestra

Previamente a entrar de lleno al análisis, debemos señalar -para efectos de explicitar la metodología utilizada - cuales son las características de la muestra analizada.

a. Rango de años: Se ha cubierto el período de tiempo que media entre el mes de noviembre de 2008 y el mes de noviembre de 2018, ambos inclusive.

b. Se estableció un rango temporal que comienza a partir del mes de noviembre del año 2008, en razón a que a partir de dicha fecha existen registros digitales de las causas, en la página institucional del TDLC¹⁵⁹.

c. Representatividad de la muestra. Las causas analizadas representan el 100% de los procesos contenciosos a partir del mes de

¹⁵⁹ www.tdlc.cl

noviembre de 2008 hasta el mes de septiembre de 2018 en los cuales se solicitó una medida cautelar. Se excluyeron, por no ser objeto de estudio, las medidas cautelares de carácter probatorio.

I.- Descripción de los fundamentos normalmente utilizados por el TDLC para conceder una medida cautelar.

a) La medida cautelar solicitada es necesaria para impedir los eventuales efectos negativos de las conductas.

Este argumento (extraído textualmente del inciso 1º del art. 25 del DL 211), sólo o acompañado de otros fundamentos, suele ser el más recurrente de aquellos utilizados por el TDLC para acoger una medida cautelar.

Llamamos la atención que todas las causas resueltas con este sólo argumento, dicen relación con procedimiento de licitación pública de alto impacto social.

En cuanto a la calidad argumentativa, nos parece que el fundamento, por sí solo, resulta deficitario, desde que exclusivamente alude a uno de los dos elementos básicos requeridos para configurar una cautelar (sin perjuicio que existen otros), cual es, el *periculum in mora*; no existiendo declaración alguna referente al *fumus boni iuris*.

Ello puede deberse a dos motivos, ambos improcedentes: a) El

Tribunal entiende que el *fumus boni iuris* no se configura como un requisito (al menos, tratándose de licitaciones públicas, ya que, como lo indicamos, esta forma de resolver únicamente dice relación con demandas de este tipo); o b) El TDLC presume el cumplimiento de este requisito por lo que, entiende, no requiere declaración alguna al efecto (hacemos la misma prevención anterior)

A continuación, enunciaremos las causas en las cuales el TDLC ha fallado conforme este criterio:

1. Rol causa: C-342-2018. "Transportes Santín y Cía. Ltda. con Fisco de Chile y Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones."

a. Materia del juicio: Impugnación de las Bases de una licitación pública.

b. Demanda: Transportes Santín y Cía. Ltda. impugna las Bases de Licitación Pública referidas a la Licitación de la Concesión del uso de las vías de las unidades de negocios N°s 1, 4, 6, 7, 8 y 9 para la prestación de servicios urbanos de transporte público remunerado de pasajeros mediante buses para la ciudad de Santiago, año 2017 (Transantiago).

Según indica la demanda, existirían infracciones atentatorias a la Libre Competencia que emergen de las Bases de Licitación Pública que se resumen en:

- Discriminación anticompetitiva en el establecimiento de un indicador para determinar la idoneidad técnica de los oferentes (se refiere a la

evaluación del ítem experiencia)

- Control de activos. Los terrenos destinados a terminales dispuestos por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT) se encontrarían en poder de los incumbentes (actuales operadores.)

- Participaciones cruzadas e interlocking entre empresas incumbentes

- Antecedentes de un acuerdo horizontal (año 20013) entre varias empresas incumbentes.

c. Pretensión cautelar: La demandante solicita la medida cautelar de suspensión del proceso de licitación en curso, evitando con ello cualquier adjudicación; y/o la suspensión de la tramitación y firma de los respectivos contratos de transporte público, en caso que se verifique adjudicación, en tanto no se rectifiquen las Bases de Licitación y sus anexos, en la materia impugnada. Para lo anterior, pide se ordene al MTT, abstenerse de seguir con el proceso en curso.

Fundamente su petición en que la medida cautelar es necesaria para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas al conocimiento del Tribunal en la demanda.

d. Criterio del tribunal: La medida cautelar solicitada es otorgada, por considerarse necesaria para impedir los eventuales efectos negativos de las conductas. Esto es, reitera el fundamento formal de la solicitud.

e. Requisitos: El tribunal ordena al solicitante consignar una caución de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2º del art. 25 del DL 211, bajo

apercebimiento de dejar sin efecto la medida decretada.

f. Forma de otorgar la cautelar: Con citación y se ordena notificar por carta certificada.

h. Vigencia de la medida cautelar: La cautelar esalzada parcialmente y luego totalmente.

i. Nuevo criterio del Tribunal: Luego de una serie de incidentes, finalmente, el TDLC ordena el alzamiento parcial de la medida cautelar respecto de las unidades de negocios números 4, 6, 7 y 8.

El alzamiento parcial dice relación con el informe técnico de evaluación, emitido por la Comisión Evaluadora del Proceso de Licitación, que el MTT acompañó y del cual -conforme señala la defensa fiscal - se aprecian distintos elementos, como la real incidencia que podría existir entre empresas relacionadas y que los requisitos de experiencia exigidos en las bases no habrían impedido, en los hechos, la participación de quien no tuviera el puntaje máximo en esta materia. Por ello-argumenta la defensa fiscal -, no existe razón para mantener la medida sobre la base de este riesgo. (Uno de los aspectos de las Bases objetados por el TDLC y que motivó el otorgamiento de la medida precautoria)

El TDLC fundamenta el cambio de criterio en que la mantención de la cautelar se sustentaba en evitar los eventuales efectos anticompetitivos producto de la existencia de oferentes que estarían relacionados entre sí y podrían coordinarse para ofertar. Para descartar tal hipótesis el Fisco

acompañó el acta de apertura de ofertas.

De acuerdo a la información aportada por el Fisco, el TDLC declara que sin perjuicio que *“los efectos negativos que la medida cautelar de autos buscaba impedir se encuentran acotados a las licitaciones de las unidades de negocios que concretamente podían verse afectadas por esta coordinación. En el presente caso, se ha demostrado que concurrieron a la licitación sólo dos empresas relacionadas y, por tanto, los efectos negativos para la libre competencia derivados de dicha cláusula sólo podían concretarse en las licitaciones de dos unidades de negocios, que en los hechos fueron las unidades números 1 y 9. Por ello, no existe razón para mantener la medida respecto de las demás unidades de negocio”*.

Finalmente, el TDLC resuelve alzar totalmente la medida cautelar decretada, dado que se declaró desierta la Licitación impugnada; por lo que al no existir la posibilidad inmediata que las unidades de negocios sean adjudicadas por el Ministerio, no es necesario mantener la medida cautelar decretada.

Como comentario a las resoluciones pronunciadas por el TDLC, podemos expresar:

a. Llama la atención en estos autos que el TDLC no hubiera exigido la referencia a un *fumus boni iuris*, en circunstancias que sí lo hizo en una causa prácticamente idéntica, cual es la del Rol: C-341-2018. Partes: Sociedad Transportes, Inversiones, Inmobiliaria y Servicios Transanber

S.A., contra el Ministerio de Transportes.

b. El TDLC sí realiza, en la resolución citada, un profundo examen del *periculum in mora*.

c. Las cautelares fueron alzadas ante la declaración por parte del MTT de desierto el procedimiento de licitación. Sin perjuicio de ello, es muy probable que el procedimiento de licitación pública no pudiera haber seguido su curso, dado la imposibilidad de continuar tal proceso de forma fragmentada.

2. Rol causa: C-332-2017 Partes: Constructora DENCO Ltda. con Servicio de Salud Osorno.

a. Materia del juicio: Impugnación de las Bases de una licitación pública.

b. Demanda: Constructora Denco Ltda. impugna las Bases de Licitación Pública referidas a las obra “Mejoramiento Hospital de Puerto Octay”, ID 931768-66-LR17 y “Mejoramiento Hospital de Río Negro”, ID 931768-64-LR17.

Demanda al Servicio de Salud Osorno por establecer en las Bases de Licitación pautas evaluativas que atentarían contra el orden público económico y la Libre Competencia, en cuanto privilegiarían a empresas grandes, ya establecidas en el mercado, perpetuando poderes monopólicos.

c. Pretensión cautelar: La demandante solicita se dicte orden de no innovar respecto a las licitaciones “Mejoramiento Hospital de Puerto Octay” y “Mejoramiento Hospital de Río Negro”.

Fundamenta su petición en razón de las barreras de entrada de este mercado y a la imposibilidad de competir de empresas perfectamente calificadas. Pide que el Servicio de Salud de Osorno realice un nuevo llamado en donde la pauta evaluativa contenida en las Bases no sea atentatoria a la libre competencia y exista la posibilidad cierta de competir en igualdad de condiciones.

d. Criterio del Tribunal: Concede medida cautelar por ser necesaria para impedir los eventuales efectos negativos de las conductas sometidas a conocimiento del Tribunal.

e. Forma de otorgar la cautelar: Con citación y ordena notificar por carta certificada.

f. Vigencia de la medida cautelar: Posteriormente al otorgamiento de la cautelar, el Servicio demandado se opone a la medida cautelar decretada, oposición que es rechazada por el Tribunal atendido: (i) que el art. 25 del DL 211 dispone que este Tribunal puede decretar todas las medidas que sean necesarias para resguardar el interés común y no solo el interés de quien solicita la medida; y (ii) que en autos existen antecedentes que constituyen a lo menos una presunción grave de los hechos denunciados.

Como se observa, frente a la oposición del demandado, el TDLC

agrega dos nuevos argumentos. a) El primero, relativo al interés común y b) Seguidamente, incorpora una referencia al *fumus boni iuris*.

Ambos agregados parecen sumamente atinentes.

Sólo hacemos presente que dentro del análisis del interés común, al parecer, el Tribunal sólo tuvo a la vista la esfera relacionada con las empresas constructoras que, tal como la demandante, pudieran verse afectadas por las Bases impugnadas. Nada parece indicar que el TDLC hubiese incluido en este concepto el interés general de aquellos usuarios-consumidores finales del servicio obra licitada que, eventualmente, pudieran ver afectado su derecho a la salud, por la vía de limitar su acceso oportuno a un centro de salud (producto de la interrupción de los plazos previstos para la habilitación de las respectivas instalaciones)¹⁶⁰

El demandado repuso respecto de esa resolución, frente a lo cual el Tribunal dio lugar a la reposición, dejando sin efecto la medida cautelar solicitada, toda vez que no existen en el proceso antecedentes suficientes que constituyan una presunción grave de que los hechos denunciados afectan la libre competencia en el o los eventuales mercados concernidos.¹⁶¹

¹⁶⁰Estos conceptos los analizamos a propósito de la ponderación de derechos y del análisis económico del derecho.

¹⁶¹ Atendidos los argumentos de la reposición, puede entenderse que el TDLC modificó su criterio por entender que el Servicio de Salud demandado carecía de poder de mercado.

3. Rol causa: C-329-2017. Partes: Constructora LN SpA. con Ministerio de Salud.

a. Materia del juicio: Impugnación de las Bases Tipo de una licitación pública.

b. Demanda: "Constructora LN Spa", interpuso demanda en contra del Ministerio de Salud. Afirma el demandante que las bases de licitación que regulan el marco de licitaciones sobre infraestructura hospitalaria impulsada por el Ministerio de Salud afectarían la libre competencia.¹⁶²

En concreto, la empresa demandante impugna el texto formato tipo de "Bases administrativas para la construcción, habilitación, normalización, reposición o remodelación de infraestructura en salud", en lo que concierne a los criterios de evaluación de las ofertas en el rubro "Experiencia" y "Capacidad económica"; los que constituirían una barrera de entrada para empresas constructoras no incumbentes.

c. Pretensión cautelar: El demandante solicita se dicte orden de no innovar respecto a la licitación "Obras Civiles Normalización Hospital de Queilen". Luego, amplía su solicitud a la licitación del "CESFAM Barrios Bajos de Valdivia".

Fundamente su petición en razón de existencia de barreras de entrada impuestas por las bases de licitación.

¹⁶²Causa muy similar al rol C-332-2017, sólo que esta vez se demanda al Ministerio de Salud.

d. Criterio del tribunal: La medida cautelar es necesaria para impedir los eventuales efectos negativos.

Además, frente a distintas alegaciones del Fisco, entre ellas, su falta de legitimación pasiva, por cuanto las licitaciones objetadas emanan de entidades descentralizadas (Servicios de Salud) y no del Ministerio de Salud demandado, señaló el Tribunal que (i) El artículo 25 del DL. 211 dispone que ese Tribunal puede decretar todas las medidas que sean necesarias para impedirlos efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el interés común; (ii) que en autos existen antecedentes que constituyen a lo menos una presunción grave de los hechos denunciados; (iii) la jurisprudencia del Tribunal que se ha pronunciado sobre actuaciones de organismos de la administración del Estado y, en específico sobre bases de licitación pública, y (iv) que, de conformidad a las normas del DL N°2.763/1979 y del DS N°140/2005, los Servicios de Salud se encuentran sometidos a la supervigilancia del Ministerio de Salud y se encuentran obligados a cumplir con las políticas, normas, planes y programas que éste apruebe.

e. Forma de otorgar la cautelar: Con citación y ordena notificar por carta certificada.

f. Vigencia de la medida cautelar: la medida cautelar se mantuvo hasta que concluyó el juicio por transacción.

En esta controversia se plantearon y discutieron alegaciones de fondo.

como la falta de legitimación de la entidad demandada (Fisco-Ministerio de Salud) quien no está a cargo de las licitaciones efectuadas por entidades descentralizadas (como los Servicios de Salud)

También se hizo presente que los Servicios de Salud directamente afectados con la suspensión (y a los cuales no se demandó) no fueron notificados de la cautelar otorgada.

Tales alegaciones fueron resueltas de la forma en que se cita precedentemente.

b) i. La medida cautelar solicitada es necesaria para impedir los eventuales efectos negativos de la conducta y ii.- La medida cautelar solicitada es necesaria para resguardar el interés común.

En este caso el TDLC usa la fórmula de transcribir el tenor del inciso 1º del art. 25 del DL; sin referirse a la exigencia del *fumus boni iuris*.

Rol causa: C-298-2015 Partes: Celeo Redes Chile Ltda. con Ministerio de Energía.

a. Materia del juicio: Impugnación Bases de licitación pública. Medida cautelar prejudicial

b. Pretensión cautelar: El solicitante señala que la Dirección de Peajes

del Centro de Despacho Económico de Carga del Sistema Interconectado Central (“CDEC SIC”), concertada con otros actores del mercado (no mencionados), lo habría excluido del concurso en forma ilegal y arbitraria, afectando la libre competencia, al eliminar su oferta por el incumplimiento de requisitos técnicos establecidos en las Bases de Licitación, mientras que al mismo tiempo, le habría otorgado a los otros proponentes una oportunidad para subsanar los defectos de sus ofertas.

Solicita medida cautelar prejudicial consistente en la suspensión de la “Licitación de las Obras Nuevas contempladas en el Decreto Exento N°201 de 2014 que Fija Plan de Expansión del Sistema de Transmisión Troncal para los doce meses siguientes, del Ministerio de Energía”.

c. Criterio del tribunal: Acoge la medida cautelar por ser necesaria para impedir los eventuales efectos negativos de la conducta y para resguardar el interés común.

d. Forma de otorgar la cautelar: con citación y previa notificación del futuro demandado.

e. Vigencia de la medida cautelar: El afectado se opuso a la medida y el Tribunal acoge la oposición, dejando sin efecto la medida cautelar decretada. Lo anterior, en razón de los argumentos señalados en la oposición, esto es, que Celeo presentó una oferta técnica incompleta, en la que faltaron los elementos fundamentales para que el CDEC pueda analizar adecuadamente cada proyecto presentado. La información faltante

se encuentra expresamente exigida y establecida en las Bases. Esta situación provocó que Celeo fuera eliminado de la licitación, tal como lo exige perentoriamente el punto 10.3.2.1 de las Bases.

- c) i. Se han acompañado antecedentes que constituyen a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. ii. Es necesario decretar algunas de las medidas cautelares solicitadas para impedir los eventuales efectos negativos de la conducta y iii. Es necesario decretar algunas de las medidas cautelares solicitadas para resguardar el interés común.**

Este tipo de resolución - en lo que a la mención de requisitos para conceder una cautelar se refiere - resulta ser una de las más completas, desde que complementa los requisitos del inciso 1º del art. 25 del DL 211 con aquella exigencia propia de toda cautelar, cual es el *fumus boni iuris*

1. Rol de la causa: C-203-2010. “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra la Cámara de Comercio de Santiago A.G.”

a. Materia del juicio: abuso de posición dominante. Medida cautelar prejudicial

b. Pretensión cautelar: La FNE señala que la Cámara de Comercio de Santiago A.G. (CCS) condicionó la mantención del contrato que la une con la empresa SIISA desde hace 18 años, y por el cual se

suministra el Boletín de Informaciones Comerciales, a que SIISA se desista de un arbitraje en curso entre las mismas partes, y a que, adicionalmente, SIISA suscriba un nuevo contrato, en el que se elimina la cláusula que motiva el referido arbitraje.

Se afirma que CCS es el proveedor único y exclusivo del insumo esencial para el funcionamiento de los burós de crédito que proveen información comercial y financiera (entre ellos está SIISA). Por otra parte, es abusivo supeditar la continuidad de un contrato vital para un cliente con dependencia, de la forma descrita. Además, si SIISA desaparece, el mercado quedará dominado por 3 actores, uno de ellos dominante y los otros 2 con capitales de la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras y la CCS, respectivamente, con los riesgos que ello importa.

Solicita la medida prejudicial cautelar consistente en ordenar a la CCS, que siga proveyendo a SIISA, la versión digital del Boletín de Informaciones Comerciales en las mismas condiciones, conforme al contrato actualmente vigente, y en la misma oportunidad que lo haga a los demás burós de crédito.

Fundamenta su petición en razón de existir antecedentes graves y calificados que sustentan una acusación de abuso de posición dominante por parte de la CCS en contra de SIISA.

c. Criterio del Tribunal: Acoge la cautelar, considerando los eventuales efectos negativos de las conductas descritas y que serán

sometidas al conocimiento del Tribunal, la necesidad de resguardar el interés común en la materia, y dado que, a juicio del Tribunal, los antecedentes acompañados por la solicitante constituyen presunción grave del derecho que se reclama en relación con el acceso al Boletín de Informaciones Comerciales, elaborado por la Cámara de Comercio de Santiago A.G. De esta forma, se accede a la medida prejudicial cautelar solicitada, ordenando a la Cámara de Comercio de Santiago A.G. mantener la provisión del Boletín de Informaciones Comerciales a la empresa Sistemas Integrados de Información S.A., bajo las mismas condiciones del contrato actualmente vigente, por un periodo de veinticinco días hábiles.

d.

F

forma de otorgar la cautelar: Sin citación ni caución.

e.

Vigencia de la medida cautelar: La requerida repone de la resolución que otorga la medida cautelar. El Tribunal no da lugar a la reposición dado que no hay antecedentes que hagan variar lo resuelto por el Tribunal.

2. Rol causa: C-326-2017 Partes: Club Deportivo Barnechea S.A.D.P. contra ANFP y otro.

a. Materia del juicio: imposición de barreras de entrada. Cautelar Prejudicial.

b. Pretensión Cautelar: El “Club Deportivo Barnechea S.A.D.P.”

señala que los futuros demandados (ANFP y Consejo de Presidentes del Fútbol Chileno) incurrieron en actos y convenciones discriminatorios, arbitrarios y exclusorios, en relación al ascenso de un Club de Segunda División a Primera B, como al descenso de un Club desde Primera B a Segunda División, que tuvieron por objeto y efecto infringir la libre competencia en el mercado del fútbol masculino profesional de Primera División. Agregan que, además, los demandados impiden o restringen el acceso en el mercado aguas abajo de los derechos de transmisión televisiva y sonora de los campeonatos organizados por la ANFP, ya que para que un Club reciba beneficios económicos por dichos derechos de transmisión, necesariamente debe pertenecer al mercado del fútbol profesional de Primera División o de Primera B.

Solicita a) Que se suspenda el cobro de UF 50.000 o de cualquier otra suma de dinero al Club Barnechea, como requisito previo para participar en Primera B del Torneo de Fútbol Chileno; b) Que el Club Barnechea pueda participar sin limitación de ninguna especie en el Torneo de Fútbol Chile, en Primera B; c) Que se entienda que para todos los efectos Club Barnechea ascendió a Primera B para el período 2017, pudiendo así gozar de todos los beneficios económicos que ello significa, y d) Que la ANFP y/o el Consejo de Presidentes del Fútbol Chileno y/o cualquier otra entidad que tenga relación con ésta, se abstenga de realizar cualquier acto que tenga por objeto amenazar, perturbar, restringir u obstaculizar la participación del Club

Barnechea en el Torneo del Fútbol Chileno, en primera B.

d. Criterio del tribunal: El TDLC acoge la cautelar, por cuanto: (i) Se han acompañado antecedentes que constituyen a lo menos presunción grave del derecho que se reclama; (ii) Es necesario decretar algunas de las medidas cautelares solicitadas para impedir los eventuales efectos negativos de la conducta y (iii) Resguardar el interés común.

e. Forma de otorgar la cautelar: se ordena que la medida se lleve a efecto antes de notificar, atendido a que existen motivos graves que exigen la rápida ejecución de la medida. No otorga citación ni pide caución.

f. Vigencia de la medida cautelar: Al interponer la demanda, el actor solicita se mantengan las medidas cautelares. El Tribunal da lugar, con citación, atendido (i) lo dispuesto en el art. 25 del DL 211; (ii) que mediante resolución de fojas 170 se dispuso que la Asociación Nacional de Fútbol Profesional (“ANFP”) o el Consejo de Presidentes del Fútbol Chileno debían permitir que el Club Deportivo Barnechea S.A.D.P. participara en el Torneo de Fútbol Chileno en Primera B; y (iii) que Barnechea ha acompañado antecedentes que constituyen presunción grave del derecho que se reclama, esto es, que sin el dinero proveniente del Canal del Fútbol que le corresponde percibir por participar en el Torneo antes indicado no puede pagar las remuneraciones de los jugadores profesionales y del cuerpo técnico, lo cual, a su vez, dificulta significativamente su participación en dicho Torneo en igualdad de condiciones.

Las medidas se mantienen hasta el desistimiento de la demanda.

Se hace presente lo fundamentada de la resolución que mantiene la cautelar una vez presentada la demanda.

Ello, probablemente se debe a la intensidad de la medida cautelar otorgada, muy cercana a lo que podría entenderse como cautelar anticipativa.

3. Rol causa: C-341-2018. Partes: Sociedad Transportes, Inversiones, Inmobiliaria y Servicios Transanber S.A., contra el Ministerio de Transportes.

a. Materia del juicio: Medida cautelar prejudicial (Impugnación de Bases de licitación pública).

b. Pretensión cautelar: La “Sociedad Transportes, Inversiones, inmobiliaria y Servicios TRANSANBER S.A.” alega la anticompetitividad de las Bases de Licitación Pública referidas a la Licitación de la Concesión del uso de las vías de las unidades de negocios N°s 1, 4, 6, 7, 8 y 9 para la prestación de servicios urbanos de transporte público remunerado de pasajeros mediante buses para la ciudad de Santiago, año 2017 (Transantiago).

Tanto en la demanda (que posteriormente retira sin haberse notificado) como en la medida cautelar prejudicial, argumenta: Barreras de entrada y ventajas artificiosas para los operadores actuales. Lo anterior se

manifestaría en aspectos como: La Experiencia exigida a los oferentes, el hecho que los Terminales se encuentran en manos de los operadores actuales, los plazos del proceso de licitación serían demasiado acotados, la información sería insuficiente, indicios de colusión de los incumbentes (operadores actuales de Transantiago).

La actora solicita se ordene como medida cautelar prejudicial la suspensión del proceso de licitación, por ser necesaria para prevenir la afectación del resultado competitivo y eficiente de ese proceso, como consecuencia de las barreras de entrada detalladas anteriormente.

c. Criterio del Tribunal: El TDLC acoge la cautelar y la fundamenta en lo siguiente: (i) Es necesario decretar la medida cautelar solicitada para impedir los eventuales efectos negativos de la conducta y resguardar el interés común; y (ii) Se han acompañado antecedentes que constituyen a lo menos presunción grave del derecho que se reclama.

d. Requisitos: El tribunal ordena al solicitante consignar una caución de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2º del art. 25 del DL 211, bajo apercibimiento de dejar sin efecto la medida decretada.

e. Forma de otorgar la cautelar: Con citación y ordena notificar por carta certificada.

f. Vigencia de la medida cautelar: La afectada solicita alzamiento de la medida cautelar. El Tribunal no da lugar a la solicitud “*por cuanto, prima facie, la forma discontinua de evaluar la experiencia de los oferentes que no*

son actualmente operadores del sistema distorsionaría la capacidad de competencia entre oferentes que manejan flotas de buses de tamaño similar”.

El afectado repone de dicha resolución y el Tribunal accede ordenando el alzamiento de la medida cautelar decretada. Acordado con el voto en contra de los Ministros Sra. Domper y Sr. Arancibia, quienes estuvieron por mantener la medida cautelar decretada.

En esta causa es posible apreciar patentemente que el nivel de fundamentación de las resoluciones del TDLC, muy básico el comienzo, va elevándose a medida que la demandada incorpora elementos de juicio a la controversia. A tal punto, que de forma muy excepcional, existió una resolución con fallo dividido.

d) Casos en que el TDLC exige al solicitante consignar caución.

Sin perjuicio de las argumentaciones concretas del Tribunal para acoger una cautelar (ya analizadas), en ciertas ocasiones, el TDLC ha exigido una contracautelar. El relato de las causas se ha efectuado en otro acápite, de modo que simplemente nos limitaremos a identificarlas.

1. Rol causa: C-341-2018. Partes: Sociedad Transportes, Inversiones, Inmobiliaria y Servicios Transanber S.A., contra el Ministerio de Transportes.

2. Rol causa: C-342-2018. "Transportes Santín y Cía. Ltda. con Fisco

de Chile y Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones

3. Rol causa: C-340-2017. Partes: Sociedad Transportes, Inversiones, Inmobiliaria y Servicios Transanber S.A., contra el Ministerio de Transportes.

Como puede observarse, no constituye una práctica arraigada en el TDLC la exigencia de una contracautelar tratándose de cautelares prejudiciales, circunstancia que no parece ser apropiada, considerando las incidencias (ya analizadas) que este tipo de medidas trae consigo.

II.- Descripción de los fundamentos normalmente utilizados por el TDLC para rechazar una medida cautelar

a) Medidas no concedidas, sin argumentos por parte del Tribunal.

Este tipo de resoluciones no se avienen a las reglas de la sana crítica, conforme las cuales el Tribunal se enfrenta a la exigencia de fundamentar sus decisiones.

Rol causa: C-240-2012. Partes: FNE con Hoyts Cinema Chile y otros.

a. Materia del juicio: Entorpecimiento a la libre competencia producto de integración de empresas. Generación de riesgos anticompetitivos de carácter unilateral.

b. Requerimiento. El requerimiento tiene por objeto sancionar a las

requeridas por conductas relacionadas con el contrato de compraventa de acciones y los demás actos que condujeron a la integración de los cines que operan bajo las marcas Hoyts y Cinemundo. Al efecto, existirían riesgos anticompetitivos de carácter unilateral en los mercados geográficos que tienen como radios Santiago Centro-Estación Central, Santiago Oriente 1, Santiago Oriente 2 y Valparaíso.

La demanda termina con un acuerdo conciliatorio.

c. Pretensión cautelar: Con el objeto de impedir los efectos negativos de las conductas que son sometidas al conocimiento del Tribunal y para resguardar el bien común, se solicita como medida precautoria, y mientras dure el juicio, ordenar a Chile Films e Inversiones IVM SpA que administren y mantengan los cines de Cinemundo y Cine Hoyts ubicados en Estación Central, Cine Hoyts La Reina y Cine Hoyts emplazado en Valparaíso, con idénticos estándares de calidad y diligencia de aquellos utilizados en el resto de sus complejos.

Se fundamenta la petición en la necesidad de evitar que se produzca el detrimento de los complejos, lo que pudiera imposibilitar o mermar la eficacia y oportunidad de las medidas solicitadas en el requerimiento. Señala que existe un legítimo temor de que las restricciones que la operación ha generado en los mercados relevantes se traduzcan en efectos perjudiciales para los consumidores; y ellas resultaría proporcionada a la finalidad pretendida, sin imponer un gravamen excesivo a las afectadas por

la misma.

d. Criterio del tribunal: No ha lugar.

b) Medidas no concedidas, atendido que no se reúnen en la especie los requisitos establecidos en el art. 25 del DL 211.

El TDLC recurre en estas ocasiones, a una mención al art. 25 del DL 211, sin detallar la causal específica de rechazo.

En este tipo de resoluciones el TDLC entrega a las partes la labor de esclarecer cuál o cuáles serían los criterios que justifican el rechazo a la respectiva solicitud.

En la práctica, este tipo de formulismos no cumple el estandar para que pudiera entenderse que la resolución en cuestión se encuentra debidamente fundamentada, y, por lo mismo, no tienen diferencias de fondo con aquellas resoluciones que simplemente contienen su parte resolutive un "No ha lugar".

1. Rol causa: C-270-2013. Partes: Administradora de Fondos de Pensiones Planvital S.A. con Superintendencia de Pensiones (SP).

a. Materia del juicio: Impugnación de Bases de Licitación pública.

b. Demanda: Los demandantes señalan que es un hecho cierto y previsible que en la próxima Licitación de Cartera para el Servicio de Administración de Cuentas de Capitalización Individual, no se presentarán

otros incumbentes de manera competitiva distintos de AFP Modelo, lo que demuestra la falta de competencia en el proceso

La demanda termina por conciliación; ya que AFP Planvital S.A. hizo presente que *“los efectos contrarios a la libre competencia denunciados no ocurrieron, ni podrán ocurrir,”* y que *“no tiene interés en perseverar en la acción deducida”*, toda vez que, finalmente, la SP adjudicó a Planvital la Licitación Pública cuestionada en autos.

c. Pretensión cautelar: Se solicita medida prejudicial precautoria, consistente en la suspensión del proceso de Licitación Pública cuestionada; suspensión que deberá mantenerse durante la tramitación del juicio, o por el plazo que el tribunal estime conveniente.

Fundamenta su petición en que la medida es necesaria para continuar la demanda y para que el Tribunal pueda analizar y tomar una decisión respecto de efectos contrarios a la libre competencia, evitando que se produzcan. Recalca la urgencia en la adopción de la medida, atendido el vencimiento del plazo para presentar las posturas por parte de los oferentes.

d. Criterio del tribunal: No ha lugar, atendido que no se reúnen en la especie los requisitos establecidos en el art. 25 del DL. 211.

2. Rol causa: C-179-2008. “NETLANDCHILE S.A. contra el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones”.

a. Materia del juicio: Impugna licitación pública

b. Demanda: La demanda está referida a un concurso público efectuado por el Consejo de Desarrollo de las Telecomunicaciones, para la asignación del proyecto “Infraestructura Digital para la Competitividad e Innovación y sus Respective Subsidios”. El objeto del concurso es “*dotar de una red de transmisión de datos a 1.470 localidades rurales productivas a lo largo del país*”.

Señala el demandante que el subsidio ofrecido en la licitación implicaría un mecanismo de afectación de las condiciones de competencia entre distintos concesionarios y prestadores del mismo servicio de transmisión de datos. Además, la preferencia establecida por el Concurso a la cobertura nacional, hará que se subsidie a los proveedores más grandes quienes incrementarían su capacidad de dominancia y abuso de mercado.

Existirían además, barreras de entrada administrativas y económicas, consistentes en la exclusión de oferentes de menor cobertura. Denuncia también que existirá predación de precios, dado que los costos reales estarán parcialmente alterados a la baja por la existencia del subsidio.

c. Pretensión cautelar: Solicita decretar, sin previa notificación, la medida cautelar de paralizar el Concurso hasta la sentencia ejecutoriada.

Fundamenta su petición en el establecimiento de un subsidio a situaciones no previstas en la ley, en el impacto financiero en la relación entre competidores, la cuantía del subsidio y la confesión de la autoridad

pública en cuanto a favorecer a los más poderosos del mercado, consolidando situaciones de dominancia.

d. Criterio del tribunal: Otorga traslado por el término de 3 días hábiles. Posteriormente el Tribunal rechaza la cautelar, atendido que no se reúnen los requisitos para el otorgamiento de una medida cautelar, establecidos en el art. 25 del DL 211.

Procesalmente, llama la atención que en esta causa el TDLC altera la substanciación propia de toda cautelar, dándole desde el inicio una tramitación con audiencia de parte, es decir, generando de oficio un incidente.¹⁶³ Las razones para ello seguramente se explican por la necesidad de requerir antecedentes que sólo podrán surgir a partir del ejercicio de la bilateralidad de la audiencia. Sin embargo, el principio que rige en la materia es el dispositivo con impulso procesal de parte, lo que significa que el Legislador ha entregado al afectado la decisión acerca de la oportunidad y procedencia de su defensa.

c) Cautelares rechazadas atendido que no se acreditó que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas.

¹⁶³ Recordemos que el art. 25 del DL preceptúa que las solicitudes de cautelares se tramitarán con citación a la contraria.

Rol de la causa: C-195-2009 “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica con Kiasa Demarco S.A. y Otros (Municipios)”.

a. Materia del juicio: Abuso de posición dominante.

b. Demanda: El “Consejo de Alcaldes de Cerros de Renca”, del que forman parte algunas de las Municipalidades demandadas, llamó a Licitación Pública para “*la selección conjunta de opciones al tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales*”. Ese proceso concluyó con la adjudicación al Consorcio compuesto por las empresas “Kiasa” y “Demarco”, las cuales procedieron a constituir la sociedad KDM S.A., para prestar los servicios adjudicados.

Con posterioridad, otras Municipalidades contrataron en los mismos términos con KDM S.A., los aludidos servicios.

Señala la demanda que KDM S.A. tiene asegurado gran parte del mercado de tratamiento y disposición final de residuos domiciliarios en la Región Metropolitana y la comuna de Llay-Llay por un plazo de al menos 16 años. Esta situación incrementa y consolida su posición de dominio en el mercado, crea y establece barreras artificiales de entrada al mercado, impidiendo el ingreso de nuevos competidores y la generación de los correspondientes beneficios económicos y sociales.

c. Pretensión cautelar: Se decrete la suspensión de la renovación automática del contrato prevista en su cláusula sexta.

Fundamenta su petición en que si no se concede, la sentencia definitiva se dictará cuando esté vigente el nuevo contrato, por lo que no se evitará el efecto de impedir la renovación automática que lo hará nacer.

d. Criterio del Tribunal: atendido que la medida cautelar solicitada no resulta necesaria para impedir los eventuales efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento, y teniendo presente, además, las medidas que eventualmente este Tribunal puede adoptar en virtud del artículo 26 del Decreto Ley N° 211, se rechaza la solicitud.

En este caso, el TDLC (sin decirlo explícitamente) simplemente recuerda a la FNE, que a través de la sentencia definitiva tiene facultades para modificar o dejar sin efecto un contrato en curso; de modo que resulta irrelevante si el contrato en cuestión se renueva por un determinado número de años.

d) Medidas rechazadas atendido que no se acreditó que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas y para resguardar el bien común.

El TDLC, para fundamentar su decisión, traspasa los términos literales del inciso 1º del art. 25 del DL 211, lo que formalmente resulta correcto, en la medida que se justifiquen los criterios.

1. Rol causa: C-187-2009. “Codelco Chile con Terquim S.A.”

a. Materia del juicio: Cláusulas de contratación abusiva y

contraria al DL 211.

b. Demanda: Codelco Chile interpone demanda en contra de la empresa TERQUIM. Según contrato de almacenamiento y embarque, TERQUIM recibe de CODELCO en sus instalaciones del Puerto de San Antonio, ácido sulfúrico para ser embarcado en naves. TERQUIM opera en terrenos de EPSA otorgados en concesión.

En mayo de 2008, CODELCO y TERQUIM coinciden en extender la vigencia del contrato, en las mismas condiciones vigentes. En enero de 2009, en reunión de ambas con EPSA, ésta última comunica su decisión de no renovar la concesión a TERQUIM, excepto que CODELCO presente un proyecto que permita a EPSA recuperar los terrenos concesionados a TERQUIM. El plazo máximo sería de 3 años.

TERQUIM, mediante la amenaza explícita de retirar los estanques, intenta imponer a CODELCO la renovación por 12 años, estableciendo que si por cualquier causa -incluso por el hecho de un tercero, como sería que EPSA extendiera la concesión de TERQUIM por un tiempo menor- CODELCO debe compensarle la renta que deje de percibir por el tiempo restante hasta los 12 años.

Hay diversas consecuencias operacionales y económicas de la interrupción del servicio. La consecuencia inevitable es que la planta de ácido de El Teniente debe paralizar y como CODELCO no puede emitir gases metalíferos sin limpiar, la Fundición de Caletones debe detener

completamente sus operaciones.

c. Pretensión cautelar: que se ordene a TERQUIM S.A., abstenerse de realizar cualquier acto tendiente a, o que pudiera producir el efecto de, interrumpir la continuidad de los servicios de recepción, almacenamiento y embarque del ácido sulfúrico proveniente de la División El Teniente de CODELCO y hasta que las partes acuerden las condiciones comerciales en curso, o éstas resulten del pronunciamiento del Tribunal sobre las peticiones formuladas en la demanda.

Fundamenta su petición en la declaración del Director de TERQUIM, en el sentido de que si CODELCO no conseguía de EPSA la extensión de su concesión, TERQUIM se retiraba del Puerto el día 7 de marzo de 2009. Señala que es necesaria la medida porque podría ocasionar daños irreparables en el patrimonio de CODELCO y del país.

d. Criterio del Tribunal: Traslado. Posteriormente, el Tribunal resuelve: atendido que no se reúnen los requisitos que el art. 25° del DL 211 exige para el otorgamiento de una medida cautelar, pues no se advierte que la medida sea necesaria para prevenir los efectos negativos de una eventual infracción a las normas de defensa de la libre competencia, ni para resguardar el interés común, no ha lugar a lo solicitado.

Reiteramos, al efecto, lo expresado anteriormente acerca de la excepcionalidad de la tramitación incidental.

2. Rol causa: C-360-2018. Partes: Servicios de Taxis Colectivos SpA con Municipalidad de San Bernardo.

a. Materia del juicio: Acuerdo colusorio.

b. Demanda. El solicitante denunció ante la FNE que la Municipalidad de San Bernardo, a través de su Director de Tránsito y Transporte Público, y en coordinación con operadores de servicios de transporte público mediante taxis y colectivos, han incurrido en las conductas tipificadas en el artículo 3 del DL 211.

El afectado señala que el Concurso Público del Ministerio de Transportes para la prestación del servicio de transporte público urbano de pasajeros, mediante taxis colectivos, se ha visto afectado dado que se ha llevado adelante bajo vigilancia y aplicación de un “protocolo de acuerdo” comunal que impide, restringe y entorpece la libre competencia. Por ello existió una escasa participación de nuevas empresas oferentes ajenas al sistema, ya que se condicionó la forma de participación de las empresas operadoras que re-obtuvieron sus concesiones y no compitieron entre sí, reduciéndose la competencia a solo dos mercados (vías, paraderos y centros de atracción de viajes) que se han repartido históricamente de forma arbitraria, al amparo de la Autoridad Municipal.

c. Pretensión cautelar. Se solicita medida cautelar con el objeto de impedir que se siga aplicando el “Protocolo de Acuerdo”, pacto colusorio que torna imposible utilizar por parte de servicios de transporte no

incumbentes, vías que ya estuvieran siendo utilizadas por otros servicios incumbentes.

La principal medida cautelar (hay más de una) que se solicita consiste en la suspensión de todas las modificaciones de recorridos en la comuna de San Bernardo.

Fundamenta su petición en que es imperativa la inmediata suspensión de tales modificaciones hasta que se resuelva el fondo de la controversia. Se solicita que la medida cautelar se lleve a cabo antes de notificarse.

d. Criterio del tribunal: No ha lugar, atendido que no se acreditó que las medidas solicitadas sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas al conocimiento de este Tribunal y para resguardar el bien común.

e) Pérdida de la oportunidad.

Rol causa: C-340-2017. Partes: Sociedad Transportes, Inversiones, Inmobiliaria y Servicios Transanber S.A., contra el Ministerio de Transportes.

a. Materia del juicio: Impugnación de licitación pública. Medida prejudicial cautelar.

b. Pretensión cautelar: (Mismos argumentos causa rol 341-2018). Solicita se ordene como medida cautelar prejudicial la suspensión del proceso de licitación para la Concesión del uso de las vías de las unidades

de negocios N°s 1, 4, 6, 7, 8 y 9 para la prestación de servicios urbanos de transporte público remunerado de pasajeros mediante buses para la ciudad de Santiago, año 2017 (Transantiago).

Fundamente su petición en que es necesaria para prevenir la afectación del resultado competitivo y eficiente de ese proceso, como consecuencia de las barreras de entrada que detalla.

Criterio del tribunal: No ha lugar la medida. En los términos solicitados, ha perdido oportunidad. Ello, por cuanto el acto que se pretendía suspender ya se había realizado a la fecha de la resolución

f) Medidas no concedidas porque los antecedentes acompañados por la solicitante son insuficientes para servir de base a una presunción grave del derecho que reclama.

Estas resoluciones utilizan como único sustento, la ausencia del *fumus boni iuris*. Concordamos con este criterio, y la autosuficiencia del mismo, desde que la falta de legitimación constituye un razonamiento excluyente. Esto quiere decir que constatada esta falencia, no resulta necesario que el Tribunal entre a conocer otros elementos que justificarían la petición de la cautelar.

1. Rol: C-344-2018. Partes: Minera Salar Blanco S.A. respecto del Ministerio de Minería y otros.

a. Materia del juicio: Abuso de posición dominante. Medida cautelar prejudicial.

b. Pretensión cautelar: Con fecha 1 de marzo de 2018 se publicó el DS N° 64, que establece requisitos y condiciones del contrato especial de operación para la exploración, explotación y beneficio de salmueras de litio en el Salar de Maricunga y sus alrededores (Región de Atacama), y que incluye la totalidad de las pertenencias mineras legalmente constituidas y que se encuentran actualmente vigentes, las que equivalen a un 67% de la superficie total del Salar.

Con ocasión del DS 64, el Estado de Chile suscribió el Contrato con SDM, filial de Codelco, una empresa controlada por el Estado de Chile. Conforme a lo establecido en el DS 64, la vigencia del Contrato es de casi 40 años.

Se solicita la suspensión de los efectos del contrato especial de operación, o bien, la suspensión de cualquier acto administrativo que se encuentre pendiente para aprobarlo y/o perfeccionarlo, con el objeto que, de acogerse la demanda que se interpondrá, la sentencia que dicte el TDLC resulte idónea para prevenir una afectación a la competencia en el mercado relevante afectado.

Fundamenta su petición en que la entrada en vigencia del Contrato impedirá que cualquier otro agente económico explore y explote el Salar en las pertenencias inscritas, por 40 años. Además, la entrada en vigencia del

contrato dejaría a Chile sin zonas disponibles estudiadas para explorar y explotar litio.

c. Criterio del tribunal: No ha lugar, por cuanto los antecedentes ofrecidos no constituyen una presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados.

2. Rol causa: C-351-2018. Partes: Asociación Gremial de Armadores y/o Propietarios de Embarcaciones menores - Pesqueras Artesanales de Arica e Iquique (ASOARPES) con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (SERNAPESCA)

a. Materia del juicio: Impugnación de licitación. Medida cautelar prejudicial.

b. Pretensión cautelar: La solicitante pide que se suspendan los efectos de las Bases de Licitación y todos los actos posteriores a la misma. Señala que se dispusieron, por Sernapesca, unas bases de licitación para la selección de entidades certificadoras que otorgan una posición dominante a la empresa que se adjudica la licitación, ya que permite cobrar precios monopólicos y no justificados en costos, los que redundan en un anormal funcionamiento del mercado conexo de explotación de recursos hidrobiológicos.

Las bases de licitación aprobadas innovan respecto de las establecidas anteriormente. Esta innovación dice relación con el

establecimiento de un precio mínimo, sin ningún fundamento técnico, por sobre el cual siempre estará el precio que podrán cobrar las entidades certificadoras. Los precios fijados en estas bases llevaron a que se ofrezcan precios de, en promedio, más del doble del vigente en el proceso licitatorio anterior, precio que debe ser soportado en su totalidad por el administrado.

En consecuencia, el establecimiento de un solo proveedor del servicio de certificación tiende al abuso.

Fundamenta su petición señalando que la adjudicación de la licitación le otorga a la adjudicataria, Intertek Caleb Brett Chile S.A. un poder de mercado absoluto y monopólico, ya que no existe ni bien sustituto, ni oferente alternativo.

c. Criterio del tribunal: No ha lugar a las medidas cautelares, atendiendo a que los antecedentes presentados no constituyen una presunción grave de que los hechos indicados afectan la libre competencia en los mercados contenidos.

3. Rol causa: C-300-2015. Partes: Synthron Chile Limitada contra Tribunal de Propiedad Industrial y otro.

a. Materia del juicio: Otorgamiento ilegal de Monopolio

b. Demanda: El demandante afirma que el Tribunal de Propiedad Industrial (“TDPI”) incurrió en la realización de actos anticompetitivos; ello, por cuanto otorgó la concesión de una protección suplementaria inaplicable,

en consideración a la naturaleza de la patente farmacéutica concedida (patente de reválida)

El reproche dice relación con la petición y consecuente concesión de extensión en el período de protección de la patente de invención farmacéutica más allá de lo que dispone la ley, en abierto perjuicio de la libre competencia.

c. Pretensión cautelar: Se autorice a Synthon Chile, para producir, vender o comercializar, en cualquier forma, la invención patentada con el N°47.417 a nombre de Millenium.

d. Criterio del tribunal: Rechaza la cautelar por cuanto los antecedentes acompañados son insuficientes para servir de base a una presunción grave del derecho que reclama.

g) Los antecedentes que se acompañan no constituyen, en principio, una presunción grave de que los hechos denunciados afectan la libre competencia o los eventuales mercados concernidos.

1. Rol causa: C-339-2017. Partes: Constructora Capreva S.A. con Corporación Administrativa del Poder Judicial.

a. Materia del juicio: Impugnación de licitación.

b. Demanda. La demanda impugna la pauta evaluativa de las Bases de la licitación “Construcción de Centro de Justicia de Chillán” a cargo de

la Corporación de Administración del Poder Judicial; en cuanto los criterios de evaluación de la antigüedad y experiencia del oferente y la calificación patrimonial.

c. Pretensión cautelar: Solicita orden de no innovar y detención del proceso de licitación, evitando una adjudicación, para que así se realice un nuevo llamado con las Bases de Licitación enmendadas.

Fundamenta su petición en razón de la imposición de barreras de entrada al mercado; la existencia de presunciones graves del derecho que se reclama y en atención a que los atentados contra la Libre Competencia se producen con la Adjudicación del contrato.

d. Criterio del tribunal: No ha lugar a lo solicitado, atendido que los antecedentes que acompaña a esta presentación no constituyen, en principio, una presunción grave de que los hechos denunciados afectan la libre competencia en el o los eventuales mercados concernidos.

2. Rol causa: C-335-2017. Partes: Constructora LN SpA. con I. Municipalidad de Mariquina.

a. Materia del juicio: Impugnación de licitación.

b. Demanda: Impugna las Bases de la licitación del "Contrato Construcción Infraestructura Sanitaria Estación Marquina" por contener una pauta evaluativa que impide competir en igualdad de condiciones, favoreciendo a una empresa en particular o pocas empresas.

c. Pretensión cautelar: Solicita se dicte orden de no innovar respecto del Contrato y se detenga el proceso de licitación, evitando una adjudicación.

Fundamenta su petición en la necesidad de que se realice un nuevo llamado en donde la pauta evaluativa contenida en las Bases no sea atentatoria a la libre competencia y exista la posibilidad de competir en igualdad de condiciones.

d. Criterio del tribunal: No se constituye, en principio, una presunción grave de que los hechos denunciados afectan la libre competencia en el o los eventuales mercados concernidos

h) Los antecedentes acompañados por la demandante no son suficientes para: i) Constituir una presunción grave del incumplimiento; II) Demostrar que la medida sea necesaria para impedir los efectos negativos de las conductas que se alegan; iii) Demostrar que la medida sea necesaria para resguardar el interés común; (iv) No se acreditar el riesgo

Para la situación analizada, el TDLC cubrió prácticamente todos los elementos propios de la cautelar.

Rol causa: C-311-2016. Partes: Demanda de TVI con VTR Comunicaciones SpA.

a. Materia del juicio: Incumplimiento de condiciones de fusión.

b. Demanda: El demandante señala que la Resolución que autorizó la fusión de VTR y Metropolis Intercom, sujetó a VTR a una serie de condiciones. Al efecto, se ha incumplido la condición quinta impuesta por el Tribunal, al negarse a transmitir las señales Zona Latina y Vía X o a ofrecer pagar cero por ellas.

c. Pretensión cautelar: Solicita la prohibición para VTR de realizar cualquier acto material o jurídico que suponga el término de la transmisión de las Señales Vía X, Zona Latina, ARTV y Vía X HD.

Fundamenta su petición en que la transgresión del demandado ha significado que el demandante se encuentra en grave riesgo de salida del mercado, perjudicando así la competencia del mercado y asimismo a los consumidores.

d. Criterio del tribunal: No ha lugar a la medida cautelar solicitada, atendido que los antecedentes acompañados por la demandante no son suficientes para (i) constituir una presunción grave del incumplimiento; (ii) demostrar que la medida sea necesaria para impedir los efectos negativos de las conductas que se alegan y resguardar el interés común; y (iii) acreditar la inminencia del corte por parte de VTR Comunicaciones SpA de las señales de propiedad de las demandantes.

No se aprecian: i) Los eventuales efectos negativos en el mercado de las conductas sometidas al conocimiento del Tribunal; ii) La necesidad de resguardar el interés común mediante la medida cautelar que se solicita.

Rol causa: C-285-2014. Partes: CONSTETEL Ltda. (Sociedad Comercial Vásquez y Castro Limitada) con MOVISTAR.

a. Materia del juicio: Abuso de posición dominante. Medida prejudicial cautelar.

b. Pretensión cautelar: Movistar decidió cortar simultáneamente, sin justa causa ni consentimiento previo de CONSTETEL, 1.392 líneas de telefonía móvil, adscritas a planes comerciales; sin las cuales la empresa no puede seguir funcionando. Movistar abusa de su posición dominante al imponer estas condiciones a una empresa que depende de ella, y que tiene un derecho legítimo a desarrollar su actividad económica.

Se solicita medida prejudicial cautelar con el objeto de que Movistar siga proveyendo a CONSTETEL LTDA., a sus asociados y relacionados en las mismas condiciones en las que lo había hecho hasta que la empresa decidió interrumpirlos unilateralmente.

Fundamenta su petición en que si próximamente CONSTETEL LTDA. no vuelve a contar con los planes de telefonía cesados unilateralmente por Movistar, se verá obligada a terminar una actividad económica, producto de un comportamiento ilícito de Movistar, como es el abuso de posición

dominante y discriminación arbitraria. Además, señala que la expulsión del mercado implica un aumento de costos para las empresas que actualmente son sus clientes, y una evidente reducción del nivel de competencia que ellos actualmente ocasionan en la industria.

c. Criterio del tribunal: No ha lugar, porque los antecedentes acompañados por la solicitante son insuficientes para servir de base a una presunción grave del derecho que reclama, por cuanto no permiten apreciar los eventuales efectos negativos en el mercado de las conductas sometidas al conocimiento del Tribunal, ni la necesidad de resguardar mediante la medida cautelar que se solicita el interés común en materia de libre competencia, como dispone el artículo 25 del Decreto Ley N° 211.

j) Argumento adicional de falta de idoneidad de la cautelar solicitada.

Rol causa: C-262-2013. Partes: TÜV Rheinland Andino S.A. con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

a. Materia del juicio: Impugnación de licitación. Medida prejudicial precautoria.

b. Pretensión cautelar: Se solicita la suspensión inmediata de la licitación para operar plantas de revisión técnica en Santiago; ya que las omisiones e irregularidades observadas en dicho Proceso de Licitación han afectado los intereses de la solicitante, la que no pudo verse beneficiada con la pre adjudicación de una concesión, aun cuando reunía los requisitos

para ello. Añade que existe un serio riesgo de afectar la libre competencia y eventuales conductas monopólicas por parte de los oferentes.

Se solicita como medida prejudicial cautelar la suspensión inmediata del Proceso de Licitación objetado.

c. Criterio del tribunal: No ha lugar, puesto que los antecedentes expuestos no constituyen presunción grave del derecho que reclama, al no existir vínculo causal entre lo expuesto y lo solicitado; y que, además, la medida cautelar solicitada en carácter de prejudicial no es idónea para asegurar el resultado de la acción que se pretende deducir, ni cumple tampoco con los requisitos del artículo 25 del Decreto Ley N° 211 en orden a demostrar que es necesaria para impedir los efectos negativos de las conductas denunciadas, o para resguardar el interés común en materia de libre competencia.

k) Argumento adicional de falta de congruencia de la cautelar solicitada

Rol causa: C-352-2018. Partes: Instituto de Salud y Tecnología de Chile con Ministerio de Salud.

a. Materia del juicio: Impugnación de licitación. Medida cautelar prejudicial

b. Pretensión cautelar: Los solicitantes señalan que International Telemedical Systems Chile S.P.A es la empresa operadora del contrato de

prestación de servicios de electrocardiografía a distancia, y del contrato de arrendamiento de electrocardiógrafos para la Subsecretaría de Redes Asistenciales. Poco antes del término de los contratos, la Subsecretaría de Redes Asistenciales llamó a licitación pública para la prestación de tales servicios y otros. Posteriormente, se ordenó iniciar un segundo llamado de Licitación.

Se solicita como medida prejudicial cautelar, la suspensión del proceso de licitación pública para la prestación del servicio de los servicios ya referidos.

Fundamenta su petición en que las bases de licitación pública aludida impiden la competencia y favorecen al actual operador de estos contratos, lo cual ha llevado a constituir un monopolio.

c. Criterio del tribunal: No ha lugar a las medidas cautelares, atendido que la presentación se funda en una eventual infracción por parte del Ministerio de Salud a la norma indicada en el artículo 3° a) del D.L. 211.; sin embargo, los antecedentes que acompaña no configuran una presunción grave de que los hechos indicados constituyan acuerdos o prácticas concertadas que involucren competidores entre sí; y sin perjuicio de lo anterior, y suponiendo que los hechos denunciados dicen relación con el art. 3° del DL. 211, la medida solicitada tampoco podría ser acogida, dado que los antecedentes presentados no hacen presumir que los hechos denunciados afectan la libre competencia. En efecto, las bases de licitación

denunciadas no tienen por objeto otorgar la prestación de un servicio en condiciones monopólicas, sino abastecer al Minsal de determinados servicios, para lo cual es necesario que la solicitante, a lo menos, indique el mercado afectado por las bases de licitación y aporte antecedentes que permitan presumir que el Minsal tiene poder de compra en dicho mercado.

Hacemos presente que esta es una de las escasas resoluciones en las cuales el TDLC analiza el fondo de la controversia planteada.

I) Argumento adicional: No existe la necesidad de resguardar la libre competencia en los mercados mediante la medida cautelar que se solicita:

Rol causa: C-320-2017. Partes: Sandra Elizabeth Ruiz García y Otros con UBER Chile SpA.

a. Materia del juicio: Denuncia competencia desleal y abuso de posición dominante.

b. Demanda: Los demandantes denuncian que UBER ha obtenido una posición dominante, en un mercado atomizado como es el de transporte público remunerado de pasajeros en que la autoridad ha limitado el número de participantes a tan solo 44.287 vehículos registrados a nivel nacional, de los cuales 28.876 de estos vehículos operan en la Región Metropolitana, en el cual no existe ningún actor que tenga más de un 1%

de control de ese mercado. Uber controla a la fecha, más de 50.000 socios conductores/vehículos que se suman de manera no autorizada a ese mercado.

c. Pretensión cautelar: Solicita medida precautoria consistente en el cese y prohibición en Chile, de la prestación y adjudicación de servicio de transporte de pasajero en vehículos bajo la denominación “uberX”, y cese de contenidos, acceso y prestación del indicado servicio de transporte de viajeros “uberX” mediante la página web (www.uber.com), o de cualquier otra que pudiera utilizar en iguales términos, así como cese de cualquier aplicación, o de cualquier otro soporte o sistema tecnológico o informático para prestar el servicio de viajeros indicado en el territorio de Chile, mientras no se dicte sentencia definitiva, firme y ejecutoriada.

Fundamenta su petición en el hecho que Uber Chile SpA ha ejercido actos de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

d. Criterio del tribunal: Se rechaza la cautelar dado que los antecedentes son insuficientes para servir de base a una presunción grave del derecho que reclaman, por cuanto no permiten apreciar los eventuales efectos negativos en el mercado de las conductas sometidas al conocimiento del Tribunal, ni la necesidad de resguardar la libre competencia en los mercados mediante la medida cautelar que se solicita, como dispone el artículo 25 del Decreto Ley N° 211.

Esta resolución incorpora un argumento novedoso en cuanto a la inexistencia de una necesidad de resguardar la libre competencia en los mercados mediante la medida cautelar; apreciación que parece apuntar a la estructura del mercado relevante, como criterio adicional a considerar.

m) Otras circunstancias por las cuales la solicitud de cautelar no prosperó.

Estas causas no están en las estadísticas que posteriormente se presentarán, dado el TDLC no resolvió el fondo de la solicitud de cautelar.

1. Rol causa: C-336-2017. Partes: Patricio Pineda Nalli contra Codelco.

a. Materia del juicio: Exclusión discriminatoria.

b. Demanda. La demanda en contra de CODELCO se funda en el uso discriminatorio e ilegal que durante años la Vicepresidenta de Proyectos de CODELCO CHILE ha efectuado respecto de un documento conocido como “Lista de Revisores” y el impedimento de ingreso a esta lista de profesionales calificados, impidiendo, con ello licitaciones en igualdad de condiciones o generando asignaciones directas a contratantes no necesariamente calificados.

c. Pretensión cautelar: Solicita como medida cautelar la actualización inmediata de la lista señalada, permitiendo el ingreso a ingenieros calificados, incluyendo requisitos objetivos de ingreso,

responsabilidades y causales de eliminación.

d. La cautelar se rechaza como consecuencia que la demanda se declara inadmisibile. Tribunal resuelve no admitir a tramitación el asunto propuesto como contencioso, por no haberse subsanado defectos de la demanda dentro del plazo de apercibimiento.

2. Rol causa: C-218-2011. Partes: NETLANDCHILE S.A. (Empresa concesionaria de servicio público de transmisión de datos) contra el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

a. Materia del juicio: Impugnación de Bases licitación pública. Medida prejudicial cautelar.

b. Pretensión cautelar: El demandante señala que el Ministerio demandado impide la participación de empresas oferentes para el Concurso Público para la Asignación del Servicio Limitado de Transmisión de Datos con Acceso a Internet, del Proyecto Conectividad para la Educación, que utilicen tecnología inalámbrica fija, al no considerar esa tecnología entre las categorías que se definen en las Bases. Además, las Bases discriminan arbitrariamente al asignar mejor ponderación a una de las alternativas tecnológicas (3G).

Se solicita que se decrete durante toda la duración del proceso judicial, una medida prejudicial cautelar consistente en ordenar al MTT la suspensión del Concurso correspondiente al Programa Anual de Proyectos

Subsidiables del Año 2011 del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones.

Fundamenta su petición en la necesidad de evitar que el Concurso se adjudique en la fecha prevista, en condiciones que le impiden participar y le dificultan tener opciones de ganar, debiéndose garantizar la igualdad de los oferentes.

c. El demandante se desiste de la medida cautelar, antes que el Tribunal se pronuncie al respecto, señalando que ya es innecesaria, puesto que la propia autoridad administrativa ha tomado la medida que se estaba solicitando al tribunal. Esto es, dejar sin efecto el llamado a concurso.

DATOS ESTADÍSTICOS A CONSIDERAR

De acuerdo al análisis de las causas infraccionales ingresadas al TDLC entre los meses de noviembre de 2008 y noviembre de 2018, se obtuvieron los siguientes resultados:

1.- Ingreso de demandas y requerimientos por año calendario, contrastado con ingreso de medidas cautelares durante igual período.

I. Año 2018

- a. Número de ingreso total de causas contenciosas : 25
- b. Número total de cautelares solicitadas en dichas causas : 6
- c. Número de cautelares concedidas en dichas causas : 2

- d.** Número de medidas cautelares mantenidas inalterables : 1
- e.** Porcentaje de cautelares concedidas en relación al N° de solicitudes:
33.3%
- f.** Porcentaje de cautelares solicitadas en relación al número total de causas ingresadas: 24%
- g.** Estado procesal de causas con cautelares otorgadas:
Rol C-342-18 Sentencia pendiente
Rol C-341-18 Demanda retirada

II. Año 2017

- a.** Número de ingreso total de causas contenciosas : 22
- b.** Número total de cautelares solicitadas en dichas causas : 8
- c.** Número de cautelares concedidas en dichas causas : 3
- d.** Número de medidas cautelares mantenidas inalterables : 1
- e.** Porcentaje de cautelares concedidas en relación al N° de solicitudes:
37.5%
- f.** Porcentaje de cautelares solicitadas en relación al número total de causas ingresadas : 36.4%
- g.** Estado procesal de causas con cautelares otorgadas:
Rol C-332-17 Sentencia pendiente
Rol C-329-17 Desistimiento común acuerdo
Rol C-326-17 Desistimiento

III. Año 2016

- a.** Número de ingreso total de causas contenciosas : 14
- b.** Número total de cautelares solicitadas en dichas causas : 1
- c.** Número de cautelares concedidas en dichas causas : 0
- d.** Número de medidas cautelares mantenidas inalterables : 0
- e.** Porcentaje de cautelares concedidas en relación al N° de solicitudes:
0%
- f.** Porcentaje de cautelares solicitadas en relación al número total de causas
ingresadas : 7.1%

IV. Año 2015

- a.** Número de ingreso total de causas contenciosas : 13
- b.** Número total de cautelares solicitadas en dichas causas : 2
- c.** Número de cautelares concedidas en dichas causas : 1
- d.** Número de medidas cautelares mantenidas inalterables : 0
- e.** Porcentaje de cautelares concedidas en relación al N° de solicitudes:
50%
- f.** Porcentaje de cautelares solicitadas en relación al número total de causas
ingresadas : 15.4%
- g.** Estado procesal de causas con cautelares otorgadas:
Rol C- 298-15 No presenta demanda

V. Año 2014

- a.-** Número de ingreso total de causas contenciosas : 19
- b.-** Número total de cautelares solicitadas en dichas causas : 1
- c.-** Número de cautelares concedidas en dichas causas : 0
- d.-** Número de medidas cautelares mantenidas inalterables : 0
- e.-** Porcentaje de cautelares concedidas en relación al N° de solicitudes:
0%
- f.-** Porcentaje de cautelares solicitadas en relación al número total de causas ingresadas : 5.3%

VI. Año 2013

- a.-** Número de ingreso total de causas contenciosas : 25
- b.-** Número total de cautelares solicitadas en dichas causas : 2
- c.-** Número de cautelares concedidas en dichas causas : 0
- d.-** Número de medidas cautelares mantenidas inalterables : 0
- e.-** Porcentaje de cautelares concedidas en relación al N° de solicitudes:
0%
- f.-** Porcentaje de medidas cautelares solicitadas en relación al número total de causas ingresadas : 8%

VII. Año 2012

- a.- Número de ingreso total de causas contenciosas : 9
- b.- Número total de cautelares solicitadas en dichas causas : 1
- c.- Número de cautelares concedidas en dichas causas : 0
- d.- Número de medidas cautelares mantenidas inalterables : 0
- e.- Porcentaje de cautelares concedidas en relación al N° de solicitudes:
0%
- f.- Porcentaje de cautelares solicitadas en relación al número total de causas ingresadas. : 11%

VIII. Roles 2011

- a.- Número de ingreso total de causas contenciosas : 21
- b.- Número total de cautelares solicitadas en dichas causas : 1
- c.- Número de cautelares concedidas en dichas causas : 0
- d.- Número de medidas cautelares mantenidas inalterables : 0
- e.- Porcentaje de cautelares concedidas en relación al N° de solicitudes:
0%
- f.- Porcentaje de cautelares solicitadas en relación al número total de causas ingresadas. : 4.8%

VIII. Roles 2010

- a.- Número de ingreso total de causas contenciosas : 18
- b.- Número total de cautelares solicitadas en dichas causas : 1

- c.- Número de cautelares concedidas en dichas causas : 1
- d.- Número de medidas cautelares mantenidas inalterables : 1
- e.- Porcentaje de cautelares concedidas en relación al N° de solicitudes:
100%
- f.- Porcentaje de cautelares solicitadas en relación al número total de causas ingresadas: 5,5 %
- g. Estado procesal de causas con cautelares otorgadas:
Rol C-203-2018: Vista de la causa. Sin sentencia

VIII. Roles 2009

- a.- Número de ingreso total de causas contenciosas : 14
- b.- Número total de cautelares solicitadas en dichas causas : 2
- c.- Número de cautelares concedidas en dichas causas : 0
- d.- Número de medidas cautelares mantenidas inalterables : 0
- e.- Porcentaje de cautelares concedidas en relación al N° de solicitudes:
0%
- f.- Porcentaje de cautelares solicitadas en relación al número total de causas ingresadas. : 14%

VIII. Roles 2008 (desde noviembre)

- a.- Número de ingreso total de causas contenciosas : 4
- b.- Número total de cautelares solicitadas en dichas causas : 1

- c.- Número de cautelares concedidas en dichas causas : 0
- d.- Número de medidas cautelares mantenidas inalterables : 0
- e.- Porcentaje de cautelares concedidas en relación al N° de solicitudes:
0%
- f.- Porcentaje de cautelares solicitadas en relación al número total de causas ingresadas: 25%

Finalmente, un dato relevante a considerar en relación a la materias predominantes en las cuales se han gestado las solicitudes de cautelares.

Del universo total de la muestra (10 años) suman 26 peticiones de cautelares.

El TDLC otorgó durante ese período, 7 solicitudes de medidas cautelares.

De esas 7 cautelares concedidas, 5 de ellas dicen relación con licitaciones públicas.

De ello, es posible colegir que las suspensiones a una licitación pública representan la relevante proporción del 71,4% de las medidas cautelares otorgadas por el TDLC.

Esto nos lleva a analizar, por separado, la dinámica generada dentro del ámbito propio de las licitaciones públicas.

Al respecto, se detectaron 14 solicitudes de cautelares cuyo propósito

fue el de suspender una licitación pública.

De ellas el TDLC concedió 6 peticiones. 7 cautelares se rechazaron en cuanto al fondo. Una cautelar se rechazó por haber precluido la oportunidad (no hubo, por ende, pronunciamiento en el fondo)

Como se aprecia, estamos observando que prácticamente la mitad de las medidas cautelares en materia de licitación pública que se someten a conocimiento del TDLC son acogidas, al menos, en una primera etapa.

Por la relevancia que arrojan de estos datos, daremos un especial tratamiento al asunto en la última parte de esta Monografía.

CAPÍTULO CUARTO: CONCLUSIONES. ADECUACIÓN DE LOS CRITERIOS DEL TDLC A LOS PRINCIPIOS Y REGLAS APLICABLES EN LO REFERENTE A MEDIDAS CAUTELARES

Ya hemos analizado la normativa y principios aplicables en materia de medidas cautelares dentro del procedimiento infraccional regulado en el DL 211 y las reglas y criterios contenidos en las resoluciones pronunciadas por el TDLC al efecto.

A continuación, realizaremos un análisis crítico acerca de la

adecuación o no de la jurisprudencia del TDLC a la normativa y principios que rigen esta materia.

Para efectuar tal labor, retomaremos los tópicos analizados en los Capítulos Primero y Segundo de este trabajo.

1.- Principios que regulan el procedimiento y congruencia procesal.

Previamente, hemos abordado teóricamente la problemática referida a los principios que regulan el procedimiento civil y su efectiva aplicación dentro de los procedimientos infraccionales tramitados en sede de libre competencia. A continuación revisaremos cómo se ha manifestado la aplicación de estos principios en las distintas resoluciones escrutadas.

1.1. Impulso procesal

En lo que concierne al principio de impulso procesal, hicimos notar que en el procedimiento infraccional en sede de libre competencia, tal principio se aplica en forma matizada, desde que también existen demostraciones del impulso procesal de oficio.

Una de esas manifestaciones está constituida por la facultad que tiene el TDLC para ordenar de oficio una medida cautelar (inciso 1º del art. 25 del DL 211).

Sin embargo, cotejadas estas facultades con el examen concreto de las actuaciones del TDLC, hacemos notar que no existen precedentes en

orden a que este Tribunal hubiera hecho uso de las facultades que le confiere el inciso 1º del art. 25 del DL 211, en cuanto ordenar de oficio una determinada medida precautoria; es decir, no existen casos en que el TDLC otorgue a la actora una cautelar sin que previamente hubiere una petición concreta al efecto.

Por ello, es posible establecer que la determinación del objeto de una pretensión (en este caso, cautelar), es considerado como parte de una facultad exclusiva de la actora. En síntesis, la actuación del TDLC coincide con nuestro postulado en orden a que, por regla general, el Tribunal no puede otorgar medidas cautelares cuando la actora no las hubiere solicitado.

Nos parece que tal posición resulta prudente, desde que se entiende que son las partes las que tienen la plena capacidad para disponer, de acuerdo a sus intereses, de las medidas que la ley les otorga para precaver o asegurar el resultado eficaz de una eventual sentencia condenatoria.

Podría contra argumentarse, desde la otra vereda, que al no ejercer tales funciones de oficio, el TDLC estaría renunciando a desempeñar sus potestades legales, dejando en indefensión la protección de intereses derivados, esencialmente, del bien común.

Como respuesta, debiéramos expresar que el análisis de intereses derivados del bien común es un examen casuístico; de tal modo, que no es posible aseverar que cada controversia conocida en sede de Libre

Competencia tenga asociado un conflicto de esa naturaleza.

Por otro lado, precisamente de este examen fáctico, y al menos en lo que concierne a los procesos que sirvieron de muestra para nuestro estudio, no es posible apreciar que las pretensiones de las demandantes representaran un interés vinculado al bien común en forma inmanente o nítida.

Muy por el contrario, hemos afirmado que - a nuestro juicio - existen dudas razonables en orden a si, en ciertas situaciones, la medida cautelar solicitada y otorgada (al menos, en 4 de las causas analizadas) pugnaba con el bien común.¹⁶⁴

Agotado el examen del principio de impulso procesal y su aplicación práctica por parte del TDLC, centraremos, entonces, nuestra atención, en el principio dispositivo y la congruencia procesal.

1.2. Principios dispositivo y congruencia procesal

Hemos analizado estos aspectos en un capítulo anterior, desde la órbita del objeto de la pretensión y la causa de pedir, de modo que retomaremos esa misma visión.

¹⁶⁴ Véase roles C-341-2018 y C-342-2018 asociados a las causas sobre la licitación pública de recorridos del Transantiago y los roles C-329-2017 y C-332-2017 asociados a las causas sobre licitación pública de construcción de infraestructura hospitalaria

a. En cuanto al objeto de pedir

En general, el TDLC ha sido respetuoso de entregar la tutela de los intereses en disputa a las partes, quienes determinan autónomamente el objeto de la pretensión. Al efecto, no se advierten resoluciones en las cuales el TDLC hubiese otorgado una medida cautelar distinta a la solicitada por el actor, existiendo una concordancia entre el tenor de las medidas cautelares solicitadas y las otorgadas

Aclaremos que, según lo expusimos en su oportunidad, consideramos que en cuanto la medida decretada comparta la misma naturaleza jurídica de aquella cautelar solicitada, no existiría un conflicto de congruencia procesal. El análisis, por ello, queda reducido a aquellos casos en que tal situación es excedida, en tanto el Tribunal otorgue una cautelar de naturaleza distinta o más gravosa que la pedida.

b. Alteración por parte del TDLC de la causa de pedir

En su momento señalamos que la congruencia en materia de causa de pedir se podía apreciar en dos órbitas distintas. En cuanto a los hechos y en lo que respecta a los fundamentos jurídicos.

Asimismo, indicamos que existe un consenso en admitir que el Juez - por aplicación del principio *iura novit curia* - puede corregir errores formales de las presentaciones de las partes, en lo que se refiere a la alusión a la normativa jurídica aplicable.

El problema en este asunto se reduce, entonces, a dilucidar si el Juez puede modificar la causa de pedir en lo que respecta a los fundamentos de hecho de una presentación de parte (añadiendo, restando o alterando los hechos expuestos) y si puede variar los fundamentos jurídicos de dichas presentaciones. (Por ejemplo, modificando el régimen jurídico que sustenta una pretensión, como podría suceder al reemplazar un fundamento de responsabilidad por daño, desde el ámbito contractual al extracontractual o a la falta de servicio)

En los referidos tópicos, y conforme a lo expuesto en su oportunidad respecto a la vulneración del debido proceso y la aplicación del principio dispositivo, asumimos la posición en orden a que el Tribunal no puede alterar los fundamentos fácticos de una pretensión, ni tampoco los fundamentos jurídicos esenciales.

En el examen de las resoluciones del TDLC, se puede advertir que normalmente el tribunal no interviene en alterar la causa petendi.

Sin embargo, podemos encontrar casos puntuales en los cuales el TDLC ha traspasado la fundamentación de una petición de cautelar no solo desde la órbita jurídica sino que también la fáctica.

En este sentido, en el rol C-342-2018 podemos advertir que el TDLC adiciona argumentos fácticos a la petición de la actora; ello, por la vía de incorporar hechos nuevos en el auto de prueba.

El Tribunal, en la señalada causa, incorporó el siguiente punto: “2) *Efectividad de que las restricciones establecidas en el punto 5.1 de las Bases de Licitación inducen a empresas relacionadas a actuar coordinadamente durante el proceso de licitación*”.

La incorporación de este punto, es incluso contraria a la tesis del actor.

Para explicar el contexto, señalamos que las restricciones establecidas en el punto 5.1 de las Bases de Licitación, contemplaban la imposibilidad que una misma empresa presentara más de una oferta en una misma unidad de negocios. Al efecto, la demandante propugnaba como fundamento a su demanda y su cautelar, la ampliación de dicha restricción, por considerar que los términos de las Bases eran insuficientes.

Sin embargo, el TDLC altera los fundamentos esenciales de esta parte de la impugnación, en términos de considerar que la limitación, por sí misma, en los términos planteados en las Bases, podría ser anti competitiva; ya que la imposibilidad de presentar 2 ofertas por parte de una misma empresa podría generar un riesgo de colusión con otra competidora

Ciertamente, dentro de ambas categorías descritas, aquella que merece mayor atención dice relación con la modificación y/o adición de elementos fácticos a las peticiones de la actora. Ello, por cuanto en esta materia existe un general consenso en admitir que tal situación constituye un atentado a la garantía del debido proceso, desde que deja en indefensión a la parte afectada con la medida cautelar, quien no tuvo la oportunidad de

contradecir (ni argumental ni probatoriamente) aquellos hechos no incorporados en la solicitud de cautelar.

c. Incongruencia procesal

La falta de correspondencia entre la pretensión y fundamentación de la misma (en aquellos ámbitos que hemos indicado) y el contenido de la resolución que se pronuncie sobre la solicitud, genera una falta de congruencia procesal, y, con ello, un vicio en la resolución.

Este preciso asunto ha sido objeto de discusión a propósito de las defensas esgrimidas por el Fisco en las causas Transantiago (Transantín Rol C-342-2018) conforme las cuales se argumenta que justificar la mantención de una medida precautoria en virtud de hechos ajenos a los planteados por el solicitante, tanto en su demanda como en la solicitud de medida cautelar, atenta contra el principio de congruencia.

2.- Efectivo cumplimiento de los requisitos propios de toda medida cautelar. *Fumus boni iuris y periculum in mora*

Como resultado del análisis de las resoluciones pronunciadas por el TDLC, podemos observar lo siguiente:

a) En general, no existe un cabal cumplimiento en orden a exigir el cumplimiento efectivo y copulativo de los requisitos habilitantes básicos de toda medida cautelar.

Ello, se demuestra al detectar que del universo total de la muestra compuesta por 26 solicitudes de medidas cautelares, en tan solo 5 casos el TDLC se ha referido directa o indirectamente al cumplimiento conjunto de ambos requisitos. En otras oportunidades el TDLC ha exigido el cumplimiento de tan solo una de estas exigencias (el periculum in mora)

b) Exigencia de acreditación

En lo que concierne a la resolución que concede una cautelar, dentro de las ocasiones en que el TDLC se ha referido expresamente a los requisitos analizados, en escasas oportunidades ha efectuado un análisis de la prueba aportada por la solicitante (si es que la hubo)

En un segundo nivel de análisis, podemos observar que existe por parte del TDLC una mayor fundamentación, en la medida que la parte afectada impugna las resoluciones del TDLC.

Esto significa que el ejercicio efectivo del contradictorio y el proceso de dialéctica que involucra, genera un efecto positivo dentro del TDLC, dado que lo fuerza a justificar y explicitar sus decisiones, que, en un comienzo, estaban desprovistas o eran muy escasas de fundamentación.

Es dentro de este segundo nivel argumentativo, generado por la vía recursiva, donde realmente podemos encontrar argumentaciones de fondo (incluso, votos preventivos, tal como sucede en los autos C-341-2018 y C-342-2018)

Sin embargo, aun a este nivel, nos percatamos que existe un bajo

nivel de examen del requisito del *fumus boni iuris*

3.- *Fumus Boni iuris* y actos administrativos

Postulamos que, en lo que concierne al *fumus boni iuris*, existe un factor absolutamente ignorado en las decisiones del TDLC y que dice relación con la forma en que ese requisito interactúa con distintas presunciones legales.

Recordemos que el *fumus boni iuris*, en términos simples, constituye la necesaria apariencia de buen derecho que debe acreditar el solicitante de una cautelar. Al respecto, suele decirse que esa apariencia de derecho es una presunción de existencia de ese derecho.

Ciertamente, se trata de una presunción simplemente legal.

El asunto es determinar qué sucede si frente a esa construcción de una presunción de apariencia de derecho que debe configurar el solicitante de una cautelar, se antepone otra presunción, pero en sentido inverso.

Precisando nuestra hipótesis, llevamos el plano de discusión a las connotaciones que adquiere el *fumus boni iuris* cuando se pretende invalidar un acto administrativo.

Frente a la pretensión invalidatoria de un acto administrativo, el criterio de la apariencia de buen derecho del actor se ve confrontado, a otro criterio de apariencia de buen derecho, que juega, esta vez, a favor de la Administración Pública.

Esta situación se da, por ejemplo, tratándose de solicitudes de suspensión de actos administrativos, y, más concretamente, de una licitación pública. Al respecto, debemos necesariamente considerar la presunción de legalidad de la cual goza todo acto administrativo y que se desprende de la aplicación del art. 3º inciso final de la Ley 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos, conforme la cual:

“Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediere una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”.

Esta norma tiene una aplicación general dentro del derecho, y, en tal sentido, la jurisdicción de libre competencia debe simplemente aplicarla, no existiendo motivo alguno para eximirse de ella.

Del mismo modo, no existen motivos que puedan determinar la falta de aplicación de este precepto en materia de cautelares. Así, por lo demás

lo ha entendido la jurisprudencia.¹⁶⁵

Según puede observarse, en las circunstancias referidas, existen presunciones de legalidad que favorecen al acto impugnado y, de cuya aplicación se colige la necesaria e inmediata prosecución de las licitaciones cuyos efectos se pretende suspender, salvo que exista, por cierto, una declaración judicial que ordene la suspensión del referido acto.

Sin embargo, esta declaración judicial debe ser consistente, fundamentada y sustentada en medios de prueba idóneos y determinantes, desde que tal resolución tiene por mérito el de destruir la presunción de legalidad que envuelve a todo acto administrativo (o, al menos, suspender su aplicación)

Por lo expresado, y en la situación en comento, tanto el solicitante de una cautelar como el Tribunal que la resuelve, se sitúan en la hipótesis contemplada en los incisos 1º y 3º del artículo 47 del Código Civil, que disponen:

"Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes

¹⁶⁵ A modo de ejemplo, esta norma se ha aplicado en materias tan diversas como la laboral. Es así, que en los autos caratulados "Encina con Ministerio Público", Rol ICA 1558-2016, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó una apelación deducida en contra de una resolución del Juez Laboral que no concedió una medida cautelar solicitada por el demandante en un juicio de tutela laboral, justificando su decisión en que *"la suspensión provisional impetrada en esta causa está referida a la destitución de un funcionario público, dispuesta en el contexto de un sumario administrativo y ordenada por la autoridad competente, de manera que está amparada por la presunción de legalidad, lo que permite excluir -por ahora- la especial gravedad a que hace referencia el artículo 492 del Código del Trabajo; enseguida, por muy radical que sea la decisión adoptada por esa autoridad, no tiene la vocación "irreversible" que señala esa misma disposición legal, de manera que no concurren las hipótesis que hacen procedente la solicitud que se examina"*

o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal." (Inciso 1º)

"Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias."(Inciso 3º)

De esta forma, la resolución que ordena suspender los efectos de un acto administrativo debe socavar la presunción de legitimidad que favorece dicho acto, por la vía de acreditar vicios que llevan a la nulidad de derecho público del mismo (art. 7 de la Constitución Política) o defectos relevantes en cuanto a su mérito e ilegalidades graves en su contenido sustantivo.

Entonces, para estas situaciones, el Juez deberá ser aún más riguroso en cuanto a exigir al solicitante de una medida cautelar que justifique debidamente su pretensión y, además, acompañe al proceso los medios de prueba de los cuales pudiera desvirtuarse la presunción de legalidad del acto que se pretende suspender; ello, por la vía de establecer vicios del acto administrativo o de desacreditar directamente los supuestos de hecho conforme los cuales actuó la Administración.

Queremos afirmar con esto que una presunción legal, como la del artículo 3 de la ley 19.880 (contemplada en una ley de rango orgánico constitucional), no se desacredita con la prueba de una simple apariencia

de derecho, sino que, además de aquello, se debe aplicar la regla del inciso tercero del artículo 47 del Código Civil, esto es, probar la inexistencia del hecho del cual legalmente se presume la legitimidad del actuar de la Administración. Ni más, ni menos.

A todo lo anterior se suma la circunstancia que las distintas Bases de licitación pública - que constituyen precisamente, los actos impugnados de ilegalidad en cada una de las causas en que se objeta un procedimiento de licitación pública - han pasado por el trámite de toma de razón. La relevancia de aquello radica en que el citado trámite, conforme lo establece el art. 98 de la Constitución Política, constituye un "control de legalidad" de dichos actos; por ende, la toma de razón envuelve al acto controlado de un indicio concreto de legalidad.

Es así, como sumamos una segunda presunción de legalidad que favorece especialmente a las Bases de Licitación Pública.

Este tema no es solamente un asunto teórico. Ello, por cuanto, tal como observamos del examen de los procesos que sirvieron de muestra, una gran parte de las solicitudes de cautelares que ha conocido el TDLC dicen relación, precisamente, con solicitudes de suspensión de procedimientos licitatorios convocados por la Administración Pública. En particular, una cifra cercana a la mitad de las solicitudes de medidas cautelares, dice relación con procedimientos de licitación pública y tiene por finalidad obtener la suspensión del respectivo procedimiento licitatorio.

En ninguna de las oportunidades en que el TDLC se ha pronunciado acerca de medidas cautelares que afectan procedimientos de licitación pública ha considerado estos elementos de juicio.

4.- Fundamentación conforma a las reglas de la sana crítica.

En lo que respecta a las resoluciones del TDLC que han rechazado medidas cautelares, es posible observar una proporción relevante de resoluciones que no se encuentran fundadas, ya sea, por no contener argumentación alguna, o que ella sea simplemente formal (del tipo "*atendido que, a juicio de este Tribunal, no se reúnen en la especie los requisitos establecidos en el artículo 25 del D.L. N° 211, no ha lugar*")

Tal situación varía respecto a las resoluciones que acogen una medida cautelar, aunque no de forma radical.

En general, se observa que las primeras resoluciones pronunciadas por el TDLC respecto de una cautelar (sea acogiéndolas o rechazándolas), carecen de mayor fundamentación, y ellas van aflorando en la medida que las partes - por la vía recursiva - exigen al Tribunal fundamentar o explicitar sus motivos.

Es así, que al momento de examinar los distintos procesos, se advierte que la profundidad del examen va a depender de la presión que ejerzan las partes a través de las objeciones y/o recursos procesales.

Claros ejemplos de lo aseverado se advierten en los autos C-341-2018

y C-342-2018 (causas Transantiago). En ambos procesos, la resolución que concede la medida cautelar es sumamente estandarizada. Respectivamente, señalan: *“(i) es necesario decretar la medida cautelar solicitada para impedir los eventuales efectos negativos de la conducta y resguardar el interés común; y (ii) se han acompañado antecedentes que constituyen a lo menos presunción grave del derecho que se reclama, ha lugar a la medida cautelar solicitada, con citación.”* y *“ha lugar, con citación, por cuanto la medida cautelar solicitada es necesaria para impedir los eventuales efectos negativos de las conductas sometidas a conocimiento de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 del D.L N° 211”*. Más aún, ambas fueron ejecutadas sin esperar el plazo de 3 días propio de la citación..

La relevancia de una debida fundamentación no solo dice relación con la recta aplicación de las reglas de la sana crítica que así lo exigen, sino también tiene otras manifestaciones en el ámbito recursivo, en la economía procesal y otros aspectos más. En efecto, si una solicitud se acoge o rechaza, simplemente bajo la fundamentación en orden a que ha cumplido o no las exigencias legales, la parte recurrente no tendrá claridad acerca de cómo enfocar su recurso, lo que, en definitiva, determinará que su impugnación abarque la totalidad de los aspectos que pudieran estar considerados en la decisión del Tribunal, situación que claramente no ayuda a una buena y precisa fundamentación ni tampoco a un correcto ejercicio

del principio de economía procesal.

La situación referida entonces - a nuestro criterio - no cumple los parámetros que exigen las reglas de la sana crítica (las que se aplican al TDLC conforme lo dispone el inciso final del art.22 del DL 211)

5.- Debido proceso

Hemos señalado en su oportunidad, que la garantía del debido proceso, se manifiesta en distintos principios procesales, tales como el de publicidad, emplazamiento, igualdad de partes, bilateralidad de la audiencia o contradictorio, y el derecho a rendir prueba.

La forma de tramitación de medidas cautelares se realiza normalmente bajo la fórmula de otorgarla con citación, según lo dispone la regla general del art. 25 del DL 211. El problema que surge es que el TDLC, si bien, formalmente aparece otorgando una cautelar con citación, pese a ello, tal solicitud se tramita con audiencia de parte.

Existen también casos excepcionales en que se ha tramitado una solicitud de cautelar inmediatamente bajo la fórmula de un incidente. Ello, evidentemente salvaguarda en mayor medida la garantía del debido proceso; sin embargo, surgen dudas acerca de si tal procedimiento resulta pertinente conforme las reglas procesales que lo regulan.

Podemos encontrar también situaciones en las cuales las cautelares se han otorgado sin citación y sin previa notificación de la afectada. Tal

situación resulta absolutamente acorde con las facultades que el art. 25 del DL 211; no obstante, resulta conveniente que las resoluciones al efecto sean profundamente motivadas y sumamente exigentes en términos de la acreditación de los requisitos pertinentes.

6.- Error judicial

Sucede que gran parte de las causas que en las cuales se han concedido medidas cautelares no han concluido con sentencias definitivas, de modo que no es posible hacer una relación entre la probabilidad de que el actor obtuviera una sentencia condenatoria (que determinó el otorgamiento de una cautelar) y la materialización de tal hipótesis (manifestada en una sentencia condenatoria)

Evidentemente, no puede establecerse un error judicial de la sola falta de coincidencia entre una cautelar otorgada y una sentencia absolutoria. Sin embargo, si dicha falta de concordancia fuera la regla general, consideramos que sí podría adelantarse un juicio en tal aspecto; hipótesis que no se detecta de la muestra analizada.

7.- En general, no existe una ponderación de los intereses en conflicto.

El juicio de ponderación surge históricamente a propósito del contraste de garantías constitucionales, no obstante, en la actualidad, constituye una

herramienta indispensable para resolver conflictos entre derechos; todo, bajo la premisa que no existen derechos absolutos que, *per sé*, prevalezcan por sobre otros.

El afirmar que no existen derechos absolutos, determina que aquellos derechos y garantías que resguarda la Libre Competencia deben ponderarse con otros derechos que, no perteneciendo a esa esfera, pueden ser de inferior relevancia, o también, de la misma o mayor preeminencia que aquellos.

El denominado "juicio de ponderación" se sustenta en el principio de proporcionalidad, y constituye una institución transversal al derecho, no existiendo motivos para eximir de aquél a los asuntos de libre competencia.

Para explicar su contenido, uno de sus creadores, Robert Alexy, ha señalado:

"El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos. El discurso sobre el principio de proporcionalidad no empata ni de lejos con el discurso conservador que quiere ver siempre limitados a los derechos fundamentales; por el contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean

*compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible. .*¹⁶⁶

El mismo autor, además, se ha encargado de ofrecer ejemplos prácticos acerca de la manera de operar de este principio ¹⁶⁷

Por cierto, no advertimos un examen del TDLC en los términos planteados.

Al respecto, reiteramos nuestra opinión en orden a que el simple control normativo y fáctico de la idoneidad procesal de una medida cautelar solicitada, resulta insuficiente para fundamentar una decisión jurisdiccional; especialmente, cuando existen intereses que superan los de las partes en conflicto.

Pese a lo señalado, se advierte que el TDLC no suele efectuar juicios

¹⁶⁶ALEX Y, Robert y OTROS (2008) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Editor Imprenta: V&M Gráficas. Quito, Ecuador. Comentarios previos de CARBONELL, M Pág. 10.

¹⁶⁷ *"La posibilidad de construir la escala de tres intensidades también se plantea del lado de las razones que juegan en contra del derecho fundamental. La razón que fundamenta el deber de poner advertencias en los productos derivados del tabaco, es la protección de la población frente a diversos peligros para la salud. El Tribunal Constitucional Federal no debía de exagerar, cuando, en su Sentencia sobre las advertencias acerca del tabaco, considera cierto, "de acuerdo con el estado de los conocimientos de la medicina actual", que fumar produce cáncer, así como enfermedades cardiovasculares. De ello se desprende que el peso de las razones que justifican la intervención es alto. Dichas razones pesan intensamente. Fijados así la intensidad de la intervención como leve y el grado de importancia de la razón que justifica la intervención como grave, es fácil derivar el resultado. La razón para la intervención, que tiene un peso intenso, justifica la intervención leve. Como consecuencia, el deber de poner advertencias en los productos del tabaco no lesiona la libertad de profesión y oficio de los productores de tabaco, garantizada por el Art. 12.1 LF. Este resultado, al que se llega en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, no es sólo un resultado plausible. Habida cuenta de la reducida intensidad de la intervención y del alto peso de la razón que la justificaba, puede ser catalogado, como lo hace el Tribunal Constitucional Federal, como un resultado "evidente"*

ALEX Y, Robert y OTROS (2008) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Editor Imprenta: V&M Gráficas. Quito, Ecuador. Pág. 17

de ponderación entre los distintos derechos e intereses en conflicto, de modo de decidir fundadamente a cuál de ellos se dará protección.

8.- Análisis económico.

Sin ánimo de agotar todos los ámbitos en que el análisis económico del derecho resulta de utilidad en la resolución de estos asuntos, establecimos, en su oportunidad, algunos aspectos a analizar.

a) Consideración por parte del TDLC de los efectos generados por la medida cautelar, en cuanto a calificar si ellos son o no socialmente deseables.

En la materia, las decisiones del TDLC, salvo excepciones, no consideran otro elemento que no sea el interés de las partes en conflicto.

Una de las excepciones señaladas, dice relación con haber citado los intereses sociales dentro de los fundamentos tenidos a la vista para otorgar una medida cautelar, tal como sucede en autos Rol: C-332-2017 “Constructora DENCO Ltda. con Servicio de Salud Osorno”, donde el TDLC hace una expresa referencia al interés común.

Sin embargo, este interés común no es considerado para los efectos de sustentar un criterio que rechace una determinada medida cautelar solicitada. Analizar este punto resulta relevante, porque es precisamente en este ejercicio donde el TDLC se vería ante la necesidad de ponderar si

existen o no criterios fuera de aquellos propios del ámbito de la libre competencia, que tengan como efecto considerar como injustificado el otorgamiento de una determinada cautelar. En particular, el Tribunal deberá sopesar si en un caso particular, los intereses sociales eventualmente afectados por una medida cautelar (como, por ejemplo, el de aquellos usuarios del transporte público de pasajeros) deben primar por sobre la protección de la libre competencia de eventuales oferentes en una licitación pública.

Al respecto, la opinión de organizaciones intergubernamentales a las cuáles Chile adscribe, como la OCDE, es la de considerar que ciertas restricciones a la libre competencia son absolutamente legítimas si tienen como propósito obtener beneficios sociales¹⁶⁸

¹⁶⁸ "El término "política de libre competencia" se utiliza de distintas maneras. A veces es un sinónimo de la ley de libre competencia y otras se refiere a un conjunto de políticas de las cuales la ley de libre competencia es apenas un elemento. A menudo —y con esta acepción se emplea en el presente informe— se refiere a un modo de entender la regulación gubernamental; una alternativa a la planificación centralizada, el liberalismo económico y la economía dirigida, cuya esencia radica en que las leyes y reglamentos no deben contener restricciones a la libre competencia y la libre elección por parte de los consumidores que no sean necesarias para alcanzar sus objetivos. En tal sentido, la política de libre competencia constituye un complemento de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, pero es distinta de ésta. Algunos países han formalizado este sentido de "política de libre competencia". Un ejemplo notable de ello es Australia, cuya Política Nacional de Competencia, supervisada por el Consejo de Competencia Nacional, establece explícitamente que los reglamentos no deben restringirla libre competencia, a menos que se pueda demostrar que los beneficios que puede aportar una restricción determinada a la comunidad en general superan los costos de la misma, y que sólo es posible alcanzar los objetivos de la regulación mediante la restricción de la competencia." OECD. 2007 *Derecho y política de la competencia en América Latina Exámenes inter pares en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú. Derecho y política de la competencia en América Latina. Informe para Chile*. 978-92-64-01221-9 © OECD / IDB 2007. Pág. 239

b) Tendencias observadas a nivel del número de solicitudes y la proporción en que son aprobadas.

En cuanto al porcentaje de medidas cautelares que se otorgaron respecto del total de solicitudes, podemos observar que de los 10 años analizados, en varios períodos no se concedió ninguna medida cautelar (años 2008, 2009, 2011, 2012, 2013, 2014, 2016).

De acuerdo a lo establecido en el Capítulo precedente, en términos anuales, proporcionalmente, el número de solicitudes de medidas cautelares en relación al número total de ingreso de causas se mantuvo relativamente estable hasta los años 2017 y 2018.

¿A qué evento podemos atribuir esta explosiva alza de solicitudes y medidas cautelares acogidas?

A nuestro entender, la respuesta la encontramos en la circunstancia que, precisamente a partir del año 2017, se produce un fenómeno de crecimiento de demandas que intentan impugnar procedimientos de licitación pública, y, por esta vía, obtener resultados cautelares que en la jurisdicción de contratación pública les eran esquivos.¹⁶⁹

Esta situación, por cierto, se relaciona con un fenómeno de mayor

¹⁶⁹ A modo de ejemplo, el año 2017 nos encontramos con las causas roles C-329-2017 y C-332-2017 que impugnan las "Bases administrativas para la construcción, habilitación, normalización, reposición o remodelación de infraestructura en salud" y el año 2018 ingresaron las causas roles C-341-2018 y C-342-2018 que impugnan las Bases de Licitación de la Concesión del uso de las vías de las unidades de negocios N°s 1, 4, 6, 7, 8 y 9 para la prestación de servicios urbanos de transporte público remunerado de pasajeros mediante buses para la ciudad de Santiago, año 2017

escala, y que dice relación con el traslado de un - hasta el momento - escaso número de controversias desde la órbita de la competencia del Tribunal de Compras Públicas; en lo sucesivo e indistintamente TCP; a la del TDLC:

Volviendo al tema que nos convoca (y como síntesis de nuestra indagación), a nuestro entender, existe una proporción sumamente alta de medidas cautelares otorgadas, considerando, especialmente, que en gran parte de las situaciones los efectos de la medida cautelar trascienden a las partes del juicio.

Especialmente nos referimos al último bienio, el cual, por sí solo, alcanza un considerable porcentaje de todas las cautelares otorgadas por el TDLC durante el período de 10 años analizado.

c) Ponderación de los daños que las partes sufrirían ante el evento que se acogiera o rechazara una cautelar.

No es posible encontrar ningún análisis del cual se desprenda la utilización de un criterio que pondere la intensidad de los perjuicios que el otorgamiento o rechazo de una cautelar genera entre las partes.

En la materia, existen al menos 4 casos relevantes, en los cuales el otorgamiento de una medida cautelar pudo haber producido daños mayores para un interés legítimo de la parte afectada en relación a los daños eventuales que su no otorgamiento pudiera haber generado a la actora.

Esta situación la podemos detectar en los autos roles C-341-2018, C-342-2018, C-329-2017 y C-332-2017,¹⁷⁰ en los cuales la medida cautelar suspendió procedimientos de licitación pública de gran relevancia para el Estado, generando perjuicios que, eventualmente, pudieran calificarse de irreparables.

En particular, en las causas roles C-341-2018, C-342-2018 (Transantiago), se argumentó por parte del Fisco, sobre los daños que para el Estado generaba la suspensión de la Licitación Transantiago 2017, tanto desde una perspectiva de la calidad y continuidad del servicio que afectará a los ciudadanos de gran parte de la Región Metropolitana, como desde la perspectiva económica y el cuantioso gasto adicional que esta suspensión implica para el patrimonio Fiscal y el que podría llegar a alcanzar un monto de US\$3.459,6 millones.¹⁷¹

El TDLC no se hizo cargo de dicha alegación.

En estos casos, podríamos apreciar, además, que la sola suspensión del procedimiento licitatorio por un tiempo más o menos prolongado, podía generar, por sí misma, el fracaso de la Licitación Pública. Esta hipótesis se podría extraer del hecho constatado en cuanto a que en los 3 casos de suspensión de un procedimiento licitatorio en que las cautelares se

¹⁷⁰ Los antecedentes concretos de cada una de estas causas ya fueron tratados precedentemente

¹⁷¹ Coincidente o no con dicha alegación, con posterioridad a la declaración de desiertas de las licitaciones respectivas, el MTT solicitó una inyección adicional de recursos para el Transantiago que ascendió aproximadamente 10.000 millones de pesos

mantuvieron total o parcialmente, la Administración optó por dejar sin efecto las Bases objetadas.¹⁷²

d) Ponderar los daños que terceros sufrirían ante el evento que se acogiera o rechazara una cautelar (externalidades negativas).

Eventualmente, en un conflicto judicial, no sólo se contraponen los intereses o derechos de los que son titulares las partes, sino que pueden aparecer eventuales conflictos o posibles vulneraciones a derechos de terceros, que no necesariamente comparten la misma naturaleza o categoría de los derechos o intereses de las partes procesales.¹⁷³

Podemos detectar que en los mismos casos ya enunciados, es posible advertir la existencia de eventuales costos sociales que la medida cautelar pudiera haber generado en los usuarios finales del servicio cuya licitación fue paralizada. Sin embargo, en ninguna de las resoluciones atinentes a esos roles es posible encontrar alguna alusión a este factor, pese a haber sido alegado por la parte afectada.

De todas las resoluciones analizadas, solamente en unos pocos

¹⁷² Causas roles C-329-2017, C-341-2018 y C-342-2018

¹⁷³ "Puesto que el principal límite de los derechos humanos lo constituyen los derechos de los demás –es decir, todos los derechos de todas las personas deben ser capaces de coexistir– el derecho internacional permite al Estado que los restrinja de manera permanente con el fin de armonizarlos."

MEDINA, C. y NASH C. 2007 *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección* Cecilia Medina Quiroga Claudio Nash Rojas. Universidad de Chile Facultad de Derecho Centro de Derechos Humanos. Andros Impresores.

casos, al menos, formalmente, se aluden a conceptos distintos a los intereses de las partes.

Nuestra opinión al respecto es que en materia de libre competencia, los intereses de las partes procesales son, como resulta evidente, la esencia de la controversia planteada; no obstante aquello, si una resolución judicial trasciende dicha esfera y afecta directamente derechos o intereses de terceros, no sólo debe estimarse que existe un conflicto únicamente entre las partes del procedimiento, sino que, al menos, deben considerarse los efectos que una determinada resolución provoca en dichos terceros.

Desde luego, existen elementos propios del orden público económico, que se encuentran subsumidos en las materias de libre competencia que se discuten dentro de un juicio. (Por este motivo superan los conflictos propios de una competencia desleal, pura y simple, que se regulan por la Ley 20.169). La mayor o menor intensidad de estos intereses dependerá del conflicto en particular que ha sido sometido a conocimiento del Tribunal. Un elemento que ciertamente dará luces acerca de la mayor o menor envergadura de la controversia, desde el ámbito de un interés general, estará dado por la participación o no como parte, de la Fiscalía Nacional Económica.

En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 del DL 211, es precisamente a dicho servicio público a quien le corresponde "*Actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden*

económico, ante el Tribunal de la Libre Competencia y los tribunales de justicia"

De este modo, de no actuar la FNE como parte o requirente en un determinado procedimiento contencioso tramitado ante el TDLC, debemos suponer que, en dichos autos, no se encuentra esencialmente en juego "*el interés general de la colectividad en el orden económico*"

Efectuar esta disquisición tiene un claro sentido a la luz de la materia estudiada, en cuanto un conflicto suscitado meramente entre las partes, que carezca de un trasfondo mayor a la controversia planteada, no debiera generar en el Tribunal, la necesidad de ser extremadamente protector de las pretensiones de la demandante, sino que debiera considerar una equiparidad de intereses entre demandante y demandado.

Sin embargo, desde otro ámbito de observación, esta equiparidad se pierde, al momento que, no existiendo en forma latente un "*interés general de la colectividad en el orden económico*" sí existe otro tipo de interés colectivo, que no integra el ámbito propio de la libre competencia, pero sí forma parte de los intereses públicos.

Esta situación se presenta, precisamente, cuando un particular impugna las bases de licitación de una determinada obra o servicio de alta relevancia social y solicita, como resguardo a sus intereses particulares, la paralización de un determinado procedimiento licitatorio.

Especialmente en estas situaciones, podemos observar que existen 2

intereses en conflicto, que procesalmente deben ser tratados en forma equivalente, pero que, no obstante, en su sustancia, no pueden ser considerados como iguales.

De esta forma, ante una solicitud cautelar que pretenda la suspensión de una licitación pública que afecta a servicios u obras de relevancia social, consideramos que el TDLC se encuentra en la necesidad de ponderar adecuadamente los intereses entre las partes del juicio, y considerar que una de ellas representa los intereses sociales detrás de la ejecución de un servicio público.

Para cerrar este punto, recordamos que es el mismo texto del inciso 1º del art. 25 del DL 211 el que alude al concepto de resguardo del "*interés común*", ello, a efectos que el Tribunal lo tenga presente al momento de decretar una medida cautelar. Pues bien, esta consideración al interés común es inherente a la decisión de otorgar y, por ende, rechazar una cautelar. Esto nos lleva, desde otro ángulo, a afirmar que el Tribunal debe considerar el interés común como un elemento determinante para fundamentar un rechazo a una cautelar solicitada.

Por otra parte, los efectos de una medida cautelar pueden afectar intereses legítimos de terceros absolutos al juicio, pero que tengan interés directo en el acto afectado, tal como sucede respecto del resto de los oferentes en un procedimiento de licitación suspendido.

Por estos motivos, la medida cautelar concedida, dentro de un ámbito material, debe encuadrarse y limitarse a los efectos indispensables para lograr su finalidad y, con ello, procurar generar el menor daño posible a las personas y bienes afectados. Si es necesaria la suspensión del procedimiento de licitación pública, ella deberá decretarse, pero no debe considerarse esta medida como la primera y única opción, sino que previamente habrá que justificar la preeminencia de los derechos e intereses del actor por sobre los de su contraparte y los del interés común y, acto seguido, determinar si tal suspensión es la única forma de salvaguardar los derechos del actor ante un eventual y probable fallo condenatorio.

9.- Contracautelar

Llama la atención que el TDLC prescinda casi en términos absolutos de ejercer esta facultad; ello, desde que en tan sólo 3 de los 25 juicios analizados, el Tribunal exigió una contracautelar(causa rol C-340-2018, C-341-2018 y C-342-2018)¹⁷⁴

Más aun, respecto de las solicitudes de cautelares prejudiciales - donde, precisamente, debiera darse esta exigencia, para prevenir que una cautelar sea utilizada como un fin en sí misma, y no como un instrumento

¹⁷⁴ Los antecedentes concretos de cada una de estas causas y el resto de las citadas más adelante ya fueron tratados anteriormente.

accesorio al juicio principal - no se encontraron casos en que la resolución que concede la cautelar hubiere exigido a la solicitante la constitución de una contracautelar.

En la práctica, esta situación puede llevar a una descompresión absoluta del sistema, que puede manifestarse en solicitudes irresponsables.

10.- Cautelares prejudiciales

Durante el período revisado, se han constatado 10 solicitudes de medidas prejudiciales cautelares¹⁷⁵, de ellas, sólo en 2 oportunidades se concedieron.

En tales oportunidades las cautelares se concedieron sin audiencia bilateral (sin citación), sin exigir contracautela y sin notificar a la afectada.

Al efecto, consideramos - por las razones ya expuestas - que resulta necesaria una exigencia de contra cautelares tratándose de este tipo de solicitudes.

11.- Concordancia de las medidas cautelares otorgadas con las características comunes a toda medida cautelar

a. Naturaleza accesoria e instrumental a un procedimiento principal.

Al efecto, y considerando la naturaleza accesoria e instrumental de

¹⁷⁵Autos roles C-360-2018, C-352-2018, C-351-2018, C-344-2018, C-341-2018, C-326-2017, C-340-2017, C-298-2015, C-285-2014, y C-262-2013.

las medidas cautelares¹⁷⁶, se aprecia que tales particularidades no son vulneradas en los distintos casos analizados, en los cuales, siempre una medida cautelar (independientemente si ha sido interpuesta como prejudicial) ha ido asociada a una demanda conjunta.

b. Carácter preventivo

La calidad preventiva de una medida cautelar se asocia directamente a la finalidad de la misma. Por este motivo, tocaremos este punto al analizar el correlato entre las resoluciones del TDLC y los fines de las cautelares.

c. Transitoriedad de la medida.

Una medida cautelar sólo puede extenderse temporalmente en la medida que resulta necesaria para cumplir su finalidad preventiva.

En los autos Transantiago (roles C-341-2018 y C-342-2018) se debatió el asunto, en tanto la medida cautelar otorgada, cual era, la suspensión del proceso licitatorio de gran parte de las unidades económicas que conformaban la licitación del sistema de transporte público de pasajeros para parte de la Región Metropolitana, iba a forzar al Estado a prorrogar los contratos vigentes y, con ello, postergar indefinidamente la licitación pública (tal como, en parte, sucedió).

¹⁷⁶"... el vínculo de instrumentalidad se regula como una relación de las medidas con un proceso civil pendiente o que puede iniciarse ante tribunales..."
ORTELLS RAMOS,2000. *Las medidas cautelares*. Edit. La Ley, Barcelona, Pág. 55

d. Carácter excepcional.

En términos simples, la naturaleza excepcional de una medida cautelar significa que su otorgamiento no es una condición necesaria del proceso ¹⁷⁷

Más aún, ni siquiera debe ser una situación normal dentro de un proceso, desde que toda cautelar implica la restricción del legítimo ejercicio de derechos de los cuales la contraparte es titular.

Respecto a la pertinencia excepcional de las medidas cautelares, incluso, existe jurisprudencia de Tribunales Internacionales que se pronuncia sobre la materia¹⁷⁸

En lo que respecta a nuestro universo de estudio, este rasgo - a nuestro entender - se ha ido perdiendo a través de los años, circunstancia que se evidencia en el hecho que han aumentado proporcionalmente los

¹⁷⁷ Tal como lo afirmamos en su momento, no existe una garantía a obtener una tutela cautelar.

¹⁷⁸ Por ejemplo, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 170. Dicho fallo declara:

"Enseguida, la Corte analiza algunas cuestiones particulares sobre la legitimidad de las decisiones de la administración de justicia sobre la materia. En primer lugar, establece la obligación de que estas medidas se dicten en forma justificada: "[...] Ello exigía precisar la 'apariencia de buen derecho' esto es, que existían probabilidades e indicios suficientes para inferir que los bienes estaban realmente involucrados en el ilícito" (párr. 197). Por lo tanto, si estas medidas no están suficientemente justificadas, cuestión que podrá ser alegada ante el órgano de control internacional, estaremos ante una violación del artículo 21.1 de la CADH (párr. 199). Esto es interesante en la medida que es un razonamiento que puede extrapolarse a cualquier restricción de derechos: siempre la restricción debe ser justificada y en caso de no existir elementos de hecho que avalen la medida de restricción, esta es incompatible con la Convención."

NASH, R, C. y SARMIENTO R, C. 2007. *Reseña de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Anuario de Derechos Humanos. Universidad de Chile. Pág. 161

juicios en los cuales se solicitan y conceden medidas cautelares.

En particular, si nos enfocamos únicamente en las demandas que impugnan licitaciones públicas, observamos que en las 14 oportunidades que fueron solicitadas medidas cautelares, ellas fueron concedidas en 5 ocasiones (en el caso restante fue rechazada la cautelar sólo por haber precluido la oportunidad de concederla)

e) Proporcionales y adecuadas al fin pretendido.

Esta temática va unida a otros factores ya analizados, tales como la finalidad de la medida cautelar, la ponderación que debe realizarse entre los diversos intereses en conflicto y, sobre todo, la representación acerca de otras posibilidades menos gravosas de obtener un resguardo a los intereses del actor o incluso el interés común.¹⁷⁹

En las tantas veces aludidas causas de Transantiago, se debatió el punto, en cuanto la defensa fiscal argumentó que la cautelar de suspensión del procedimiento de licitación pública, infringe el principio de proporcionalidad, en razón a la envergadura de sus efectos, estos son, paralizar la licitación del servicio público de transporte público de la ciudad de Santiago. En particular, se sustentó esta distorsión entre otros fundamentos, por cuanto se suspendió la Licitación por la presunta

¹⁷⁹Volveremos sobre este último punto al analizar el tópico relativo a la acción indemnizatoria y su incidencia en materia de otorgamiento de medidas cautelares.

anticompetitividad de un elemento de diseño de las Bases que representaba el 1,5% de los criterios de adjudicación, y por atribuir al Ministerio la responsabilidad por riesgos (de acuerdos entre licitantes) derivados de una circunstancia propia de la estructura concentrada del mercado.

Otra alegación sumamente convincente en relación al presente requisito, al punto de obtener un cambio en el persistente criterio del TDLC en la causa, se formuló en los mismos autos roles C-341-2018 y C-342-2018.

En concreto, se argumentó por la defensa fiscal que lo pedido por la demandante como medida cautelar fue la suspensión del proceso de licitación en curso, evitando cualquier adjudicación. Conforme a ello, el hecho que se proceda a la adjudicación de la Licitación, sin haberse resuelto el fondo del asunto, configura el *periculum in mora* que respalda la cautelar de suspensión del procedimiento licitatorio. Es así como los riesgos anticompetitivos, se asocian a los potenciales efectos del acto administrativo de adjudicación, por lo que no existe motivo para impedir la apertura de las ofertas económicas, ya que ello no implica adjudicación.

Acudiendo a un principio de proporcionalidad, se alegó que no resultaba justificado que la Licitación debiera mantenerse suspendida en una fase que preceda en demasía a la adjudicación, pudiendo avanzarse algunos estadios antes de la misma. De aceptarse lo solicitado por el Fisco,

podría procederse a la apertura de las ofertas económicas, lo que posibilitaba que pudieran conocerse por el Tribunal las ofertas económicas presentadas, y con ello, establecer fácticamente y con mayores certezas¹⁸⁰, si existía o no la posibilidad real que se concretaran algunos riesgos a la libre competencia que se intentaba evitar por la vía de la cautelar (como barreras de entrada que generara una licitación con nulas empresas entrantes, posibilidad que empresas relacionadas incumbentes se distribuyeran las ofertas, y otro tipo de amenazas).

El TDLC autorizó la referida apertura de las ofertas económicas y, a partir de aquello, conoció cada una de las ofertas económicas presentadas en los referidos procedimientos de licitación pública, lo que le permitió contar con elementos de juicio a partir de los cuales alzó la medida cautelar respecto de la mayor parte de las unidades de negocio licitadas.

12.- Finalidad

En razón a que resulta evidente la procedencia de las medidas cautelares conservativas en materia de libre competencia, centraremos el análisis en las medidas cautelares anticipativas.

Recapitulando lo afirmado al inicio de esta monografía, sostenemos la

¹⁸⁰Al efecto el TDLC al momento de otorgar las cautelares utilizó expresiones tales como "*a prima facie*", "*parecen inducir*", "*distorsionaría*", que revelaban la falta de certeza sobre la real existencia de riesgos anticompetitivos, debido a que no contaba con los antecedentes necesarios para tomar una decisión suficientemente fundada.

improcedencia de las medidas cautelares anticipativas en materia de libre competencia (en síntesis, por no existir una norma expresa que faculte al Tribunal a otorgarlas).

Un método que consideramos idóneo para detectar si existe alguna probabilidad que una medida cautelar sea realmente una medida anticipativa, es el de contrastar el contenido de la medida cautelar otorgada con las pretensiones contenida en la demanda. En la medida que coincidan mayormente en contenido, es más probable que nos encontremos ante una medida cautelar anticipativa.

La dificultad surge, sin embargo, porque normalmente existe una separación muy tenue entre lo que constituye una cautelar conservativa y una anticipativa.

Tal situación se aprecia, especialmente, tratándose de órdenes de no innovar, de prohibición de celebrar actos y contratos (tomadas en su sentido más genérico) y en las medidas de suspensión de los efectos del acto impugnado, y que son, precisamente, las cautelares más utilizadas en sede de libre competencia.

Más similitudes encontramos en demandas de impugnación de procedimientos licitatorios, desde que tales demandas a veces pretenden únicamente la conclusión del procedimiento licitatorio respectivo, sin otro agregado; situación que se obtiene no con la sentencia judicial, sino con la resolución que ordena la cautelar.

Tal situación, por ejemplo, la podemos advertir en los autos C-341-2018, en los cuales la demanda pide derechamente dejar sin efecto el procedimiento de licitación y, solo en subsidio (vale decir, para el caso que se rechace esa petición), solicita se modifiquen las Bases de Licitación conforme los criterios que indica en su demanda. Conforme al tenor de la demanda, se aprecia que no es de interés del actor enmendar el procedimiento licitatorio (circunstancia que le permitiría, por ejemplo, participar en el mismo, bajo las condiciones que a él le parecen óptimas), sino, simplemente, invalidarlo.

Un asunto muy complejo que se aprecia del examen de los procesos judiciales, es que ninguna de las causas en que se ordenó una medida cautelar que suspendió indefinidamente un determinado procedimiento de licitación, concluyó con sentencia definitiva.

Ello puede tener dos explicaciones: a) Que la demanda era tan fuerte en sus fundamentos que ante tal situación la entidad demandada no tenía otra alternativa que allanarse, b) Que la medida cautelar otorgada hubiese generado, por si misma, la ineptitud del procedimiento licitatorio paralizado.

Dentro de las defensas del Fisco en las causas del Transantiago, se alegó precisamente que "*Las dificultades prácticas, jurídicas y económicas que puede ocasionar mantener la Licitación detenida, sumado a las demoras promedio de un procedimiento contencioso ante el H. Tribunal y la Excma. Corte Suprema (cerca de dos años), y a la evidente incertidumbre*

que ello generará necesariamente en los postulantes, incluidos conglomerados internacionales, implican que, mantener la suspensión de la Licitación conllevará inevitablemente a dejarla sin efecto"

De ser efectivas estas alegaciones, se puede fácilmente concluir que el solo otorgamiento de la medida cautelar generaba, por causalidad, el fin buscado por la demanda.

13. Legitimación

Todas las solicitudes de cautelares analizadas fueron efectuadas por una parte directa del proceso, en particular, la demandante o futura demandante.

En relación al *fumus boni iuris*, podemos expresar que, al menos, todas las solicitantes de una cautelar se autoatribuían la titularidad de un derecho subjetivo.

No se registran casos de terceros coadyuvantes que solicitaran una medida cautelar.

Sí existen casos en que la medida cautelar afectó a terceros absolutos en juicio, tal como sucedió en la causa caratulada "LN con Ministerio de Salud", Rol C-329-2017, en la cual el TDLC ordena paralizar dos licitaciones convocadas por dos servicios de salud distintos (organismos descentralizados y no demandados) y no por el Ministerio de Salud (única entidad demandada).

14. Forma de tramitar la medida cautelar

En la práctica, el TDLC ha optado por aplicar, muchas veces sin una expresa mención, directamente el inciso penúltimo del art. 25 del DL 211.

En otras ocasiones, el TDLC ha realizado, de oficio, una tramitación derechamente incidental, procedimiento que claramente no se encuentra reconocido.

Lo más usual es que el TDLC opte precisamente por aplicar la norma general contenida en el inciso primero del artículo 25, y efectivamente otorgue la medida cautelar (cuando proceda) con citación de la contraria; en cuyo caso, los efectos de la medida cautelar estarán supeditados a que la parte demandada nada exponga dentro de tercero día contado a partir de la fecha en que se le notifica la resolución que ordena la citación, o en su caso, habiéndose opuesto dicha parte, se haya pronunciado sentencia interlocutoria que ordene la medida cautelar.

Sin embargo, consideramos que, en la práctica, el TDLC no le ha dado al concepto de "citación" el contenido procesal correcto. En concreto, muchas veces bajo el término "citación", lo que realmente acontece es que se otorga una cautelar "con conocimiento"; vale decir, se cumple inmediatamente luego de notificada, sin esperar el transcurso de los 3 días para que la afectada se oponga y, en tal caso se genere la tramitación de un

incidente o bien, simplemente permanezca en inactividad. Al efecto, y según lo analizado en su oportunidad, la formación de un incidente tiene por efecto el de suspender la aplicación de la medida cautelar hasta su decisión, lo que no se verifica en los procedimientos cautelares analizados.

Uno de estos casos dice relación con las causas C-341-18 y C-342-18 (Transantiago), en las cuales se ordenó como medida cautelar, la suspensión del procedimiento de licitación. El problema se suscitó que ante la intempestiva resolución del Tribunal, la proximidad del siguiente acto relevante del procedimiento licitatorio (apertura de las ofertas económicas), y la falta de notificación hasta el día anterior de la apertura de las ofertas económicas, tuvo que ser el propio Ministerio afectado (MTT), frente a la ausencia de notificación de la medida cautelar, quien se notificó por sí mismo (sin esperar que tal actuación se materializara)

En este caso puntual se puede observar la enorme incertidumbre generada por este tipo de resoluciones intempestivas y su forma de notificar; ello, dado que ni el Tribunal ni la demandante instaron a una expedita notificación de la medida de suspensión del procedimiento licitatorio, tanto así, que, para su seguridad jurídica, fue el propio afectado (MTT) el que optó por notificarse un día antes de la fecha del siguiente acto del procedimiento cuya suspensión fue solicitada.

15. La ponderación de derechos cuando interviene como parte un servicio público.

Hemos analizado a lo largo de esta Monografía, diversas manifestaciones del juicio de proporcionalidad y ponderación que consideramos necesarias de tener en cuenta al momento que el Tribunal decida sobre el otorgamiento de una cautelar; sin embargo, consideramos necesario adicionar una nueva variable, que - a nuestro juicio - estaría representada en aquellas situaciones en que aparece la Administración Pública, en la figura de un servicio público, como parte en el proceso.

Al efecto, sostenemos que el ordenamiento jurídico, en ciertas ocasiones, entrega determinadas pautas directas al juzgador, a tal punto, que el juicio de ponderación se encuentra si no solucionado, al menos guiado *ex ante* a nivel normativo, de modo que el tribunal de la causa deberá considerar determinadas pautas necesarias entregadas por el Legislador.

Sostenemos que existiendo una norma legal o, incluso, de rango inferior, que hubiere precalificado el tipo y rango de interés que representa una de las partes, el Tribunal deberá resolver considerando esa calificación normativa.

Tal como lo hemos postulado en otras situaciones similares, estimamos que el Tribunal no se encuentra necesariamente vinculado a estos criterios; sin embargo, si decide prescindir de los mismos, deberá fundamentar acerca de los elementos de juicio que lo llevaron a tal determinación.

Concretamente, sostenemos que existe una precalificación legal que atañe a los intereses que la Administración Pública representa en juicio, cuando aparece bajo la forma de un Servicio Público afectado en su propia actividad.

Tal conclusión la extraemos a partir de la aplicación del art. 25 de la Ley 18.575, que preceptúa que *"Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar..."*.

Entonces, cada vez que exista un conflicto que pueda alterar la satisfacción de necesidades colectivas, el Juez deberá atender y ponderar esa ejecución estable de un servicio público como un bien jurídicamente protegido, en tanto es la ley la que ordena que tales necesidades colectivas se satisfagan de manera regular y continua. Por cierto, la sola presencia de un Servicio Público como parte procesal no lo habilita a oponer una argumentación de este tipo, la cual sólo resulta procedente en la medida que la suspensión de una licitación pública tenga como resultado la postergación de la satisfacción de intereses públicos.¹⁸¹

¹⁸¹ Descartamos, por ello, toda posibilidad de utilizar esta argumentación cuando se intente suspender licitaciones públicas que no trascienden del ámbito propio del servicio y no tengan incidencia en el usuario final del mismo. (como podrían ser la construcción o mejoramiento de sus sedes, adquisición de servicios o insumos a utilizar por sus propios funcionarios, etc) ,

Es así, entonces, que el Tribunal respectivo deberá ponderar si el interés o derecho de una empresa, individuo o grupo de individuos puede o no prevalecer sobre el interés general que representa un servicio público, y si tales intereses tienen la envergadura suficiente para imponerse por sobre un mandato contenido en una ley orgánico constitucional (como lo es la Ley 18.575), en cuanto a que la satisfacción de necesidades públicas debe ser ininterrumpida.

Entonces, la pregunta que surge a propósito de las medidas cautelares, es si acaso resulta posible que el resguardo de un derecho en apariencia, puede considerarse suficiente para suspender un servicio público, que, más bien, dice relación con la satisfacción de garantías ciertas y reales de los usuarios.

Según la observación de los distintos juicios analizados, se puede comprobar que la cuestión planteada no es meramente hipotética, sino que se ha manifestado en variadas oportunidades.¹⁸²

Al momento de decidir sobre la preferencia de un derecho por sobre otro, Cose sugiere que "*... conozcamos el valor de lo que se obtiene, y también el valor de lo que se sacrifica para obtenerlo*".¹⁸³ Lo relevante resulta

¹⁸²Al efecto, se paralizaron procedimientos licitatorios cuyo retraso podría haber desembocado en el déficit o inexistencia de transporte público para la Región Metropolitana (tal como sucedió en los autos roles C-341-2018 y C-342-2018) o en la imposibilidad de construir un determinado hospital público (como sucedió en los autos roles 329/2017 y 332/2017)

¹⁸³COASE, R. H. *Op. cit.* Pág.2 (1-44)

que, en el caso propuesto, el Tribunal sí conoce el valor de lo que se obtiene o sacrifica al momento de decidir sobre una cautelar que suspenda una obligación legal de suministrar en forma regular y continua un determinado servicio público; ello, porque -sostenemos - tal valoración ya viene predeterminada por la ley. Le quedará por establecer, entonces, si el valor asociado al derecho del actor tiene la consistencia para anteponerse a la pérdida -al menos, transitoria - de un servicio público.

Frente a este juicio de ponderación, normalmente el Juez se encontrará frente a intereses sociales compuestos por un sustento de derechos y garantías, no solamente de índole patrimonial, sino por un cúmulo de contenidos que, por sí mismos, pueden tener, incluso, resguardo constitucional (tal como sucede, por ejemplo, con el derecho a la vida y la salud)

Es por tal motivo que - según exponemos - el juez de la causa, frente a este tipo de situaciones, carece de un margen de decisión en términos que le permita prescindir absolutamente del hecho que su decisión afectará la correcta prestación de un servicio público, salvo que pudiera determinarse que los intereses privados son de tal envergadura que superan en relevancia a los intereses públicos a afectar y que ameritan que a través de una orden judicial se deje sin efecto un mandato legal (asunto, por lo demás, bastante inusual, especialmente, tratándose de la confrontación de intereses estrictamente patrimoniales versus intereses sociales que pueden afectar,

eventualmente, garantías constitucionales de un número indeterminado de personas)

¿Significa que el demandante, solicitante de la medida cautelar quedará en la indefensión?

Consideramos que este riesgo no existe. Por el momento, solo plantearemos esta afirmación, para dejar su desarrollo a propósito de la temática de la acción indemnizatoria y su incidencia en las medidas cautelares.

Por otra parte, desde el punto de vista estructural del mercado afectado, tampoco existirán mayores riesgos, en cuanto el TDLC cuenta con las facultades genéricas de carácter preventivo, correctivo y prohibitivo del inciso 1º del artículo 3º del DL 211, que le permite corregir las futuras actuaciones de la Administración Pública en la materia, sin necesidad de una afectación actual en el suministro de un servicio público.

Si pese a todo lo afirmado, y luego de efectuados todos estos análisis, la suspensión de una licitación pública que conlleve la interrupción de un servicio público aparece como la única medida idónea que deba imponerse, ella, por cierto, deberá ordenarse.

Sin embargo a nuestro entender - para que prospere definitivamente la cautelar solicitada, deberán resolverse satisfactoriamente dos obstáculos finales:

- a) Si las facultades del TDLC le impiden dejar sin efecto una

adjudicación, o, incluso, un contrato administrativo.

b) Si los derechos o intereses del actor sólo pueden salvaguardarse a través del cumplimiento en naturaleza (en concreto, si un oferente reclama una falta de igualdad de oferentes, se cumpliría su pretensión eliminando las condiciones contenidas en el diseño de las Bases que generan una desigualdad) o es posible obtener su satisfacción por la vía resarcitoria.

16. Las facultades jurisdiccionales del TDLC determinan que el otorgamiento de una medida cautelar únicamente sea procedente como la *ultima ratio*.

En etapas preliminares de este trabajo, hemos establecido que el TDLC tiene amplísimas facultades en lo que respecta al contenido de la sentencia definitiva y las conductas que puede ordenar a la parte infractora a modo de cumplimiento del fallo

De todas las medidas que puede ordenar la sentencia, nos interesan aquellas descritas en la letra a) del art. 26 del DL 211, que faculta al TDLC para:

"a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley"

Bajo este entendido, el TDLC comprende que puede ordenar la modificación del diseño de las Bases administrativas, técnicas y económicas

de una licitación pública.

Incluso, ya advertimos a propósito del análisis de la jurisprudencia del TDLC, que en los autos Rol C-195-2009 "Requerimiento de la FNE con Kiasa Demarco S.A. y Otros" el Tribunal rechazó una medida cautelar solicitada por la FNE, argumentando que la medida cautelar solicitada no resulta necesaria para impedir los eventuales efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento, y teniendo presente, además, las medidas que eventualmente el Tribunal puede adoptar en virtud del artículo 26 del Decreto Ley N° 211.

Es decir, el TDLC asume que puede modificar un contrato en curso.

Al efecto, consideramos que tratándose de una demanda que impugne el diseño de las Bases de un procedimiento de licitación pública, en la medida que hubiese sido deducida encontrándose vigente tal procedimiento (es decir, antes de la adjudicación), no existiría impedimento para que el TDLC ordene en la sentencia definitiva, medidas que tengan por efecto invalidar el acto adjudicatorio.

Siendo así, la medida cautelar que intenta impedir que el procedimiento siga avanzando hasta la adjudicación carece de sentido.

Al efecto, y dado que el TDLC puede conocer sólo de una impugnación deducida en contra del diseño de las Bases de una Licitación Pública, no existe duda alguna que la acción infraccional únicamente puede deducirse mientras se encuentre vigente dicho procedimiento administrativo, y, por

ende, encontrándose vigentes y eficaces las Bases administrativas. Siguiendo tal lógica, una denuncia contra determinadas Bases de Licitación resulta improcedente, por ausencia de objeto, si se deduce una vez adjudicada tal licitación.

Sin embargo, las facultades del TDLC habiéndose radicado su competencia en tiempo y forma, no se pierden por el acto adjudicatorio, motivo por el cual, el procedimiento licitatorio impugnado puede avanzar, salvo que la autoridad administrativa disponga algo en contrario.

El efecto de esta tesis es absolutamente beneficiosos para el Tribunal, las partes y los terceros afectados, considerando que al momento de rendirse la prueba, el TDLC estará en condiciones de considerar elementos del procedimiento administrativo licitatorio (tales como las ofertas técnicas y económicas, el comportamiento de los oferentes, la cantidad y características de los oferentes, el acta de evaluación, etc), que bajo la fórmula actual que considera a la suspensión inmediata del procedimiento como única alternativa viable, sería imposible de recabar.

En definitiva, la suspensión inmediata de un procedimiento de licitación pública no solo es perniciosa desde el punto de vista del análisis de las medidas cautelares, sino que especialmente es perjudicial para una óptima resolución del conflicto principal; ya que mantiene bajo el velo de la incertidumbre muchos factores que, avanzado el procedimiento, pueden

adquirir la calificación de ciertos. ¹⁸⁴

17. El nuevo paradigma que surge a propósito de la acción indemnizatoria

Consideramos que tanto los fines conservativos de toda cautelar, como sus características de excepcionalidad y proporcionalidad, constituyen un norte que debe guiar a la actividad jurisdiccional. A partir de esta premisa, la decisión acerca del otorgamiento de una cautelar debe llevar al Juez a una necesaria reflexión acerca de si la medida cautelar constituye el único medio de lograr la finalidad propuesta, o existen otras formas equivalentes o menos gravosas para el afectado o los intereses que representa, que cumplan igualmente la finalidad de asegurar una eventual reparación.

Habiendo analizado cada una de las finalidades que tanto la doctrina como la jurisprudencia asigna a las medidas cautelares, y, en especial, considerando que una de las finalidades propias de toda medida cautelar es la de garantizar el efectivo y oportuno resultado del juicio; debemos abrirnos a la posibilidad que la pretensión principal de la demanda pueda cumplirse (en parte) en equivalencia y no necesariamente sea, en su totalidad, satisfecha en naturaleza.

¹⁸⁴ Véase casos citados sobre causas Transantiago y los efectos de la autorización del TDLC para continuar el procedimiento de licitación hasta el estado de apertura de las ofertas económicas.

Entonces, si la pretensión del juicio principal puede cumplirse en equivalencia, no existe motivo alguno para que se exija que una cautelar - en esencia, accesoria a dicha pretensión y que sólo se entiende como medio para asegurar el cumplimiento efectivo de esta última - deba necesariamente cumplirse en naturaleza.

En lo que respecta al procedimiento infraccional de libre competencia, la premisa que nos lleva a estas disquisiciones está representada en la circunstancia que si el demandante efectivamente obtiene una sentencia favorable ejecutoriada, siempre mantendrá a salvo la acción indemnizatoria. (Prevista y regulada en el artículo. 30 del DL 211).

Retomando la esencia de toda medida cautelar, no debemos perder de vista su naturaleza accesoria al juicio principal y su carácter meramente preventivo. Siendo así, debe estar siempre supeditada a las pretensiones contenidas en la demanda.

Siguiendo esta lógica, toda demanda o requerimiento infraccional ante la Libre Competencia tiene tres variables: una declarativa (se establezca la existencia de un ilícito anticompetitivo), otra sancionatoria (aplicación de multas) y otra ejecutiva, destinada a hacer a eliminar el ilícito (ordena el cese de las conductas antijurídicas)

Esto significa que la acción de libre competencia actúa *ex post* al ilícito (a diferencia de lo que podría suceder en un procedimiento de consulta, que normalmente tiene un sentido preventivo, y, por lo mismo carece de un

régimen sancionatorio).

Por lo expresado, tanto el ilícito como los perjuicios para la parte demandante, si es que los hay, ya se han manifestado; de tal modo, que la sentencia, en sí misma, jamás podría tener el mérito de evitar que se cometa un ilícito anticompetitivo o un daño al actor.

Es precisamente en este nivel donde surge la acción indemnizatoria, que busca un resarcimiento en equivalencia, considerando las dificultades propias de una reparación en especie.

Un ejemplo muy claro de esta forma de reparación se encuentra manifestado en la jurisdicción de Contratación Pública.

En dicha sede jurisdiccional, el art. 25 de la Ley 19886 (LOC de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios) concede al TCP expresas facultades para suspender la licitación pública. Ello, al siguiente tenor:

"El Tribunal podrá decretar, por resolución fundada, la suspensión del procedimiento administrativo en el que recae la impugnación."

No obstante estas facultades expresas, el otorgamiento de medidas cautelares por parte de esa judicatura es absolutamente excepcional.

La moderación del TCP se justifica en que, a partir de su competencia específica en materia de licitaciones públicas (y pese a existir también consideraciones al orden público económico derivado del efecto que una licitación pública puede generar en un determinado mercado relevante) tiene

en consideración que muchas de esas licitaciones pueden tener efectos en la cobertura de servicios públicos.

Así por ejemplo, podemos citar las causas caratuladas "TATA Consultancy Services Chile S.A. con Instituto Nacional de Estadísticas" Rol 131-2016 y "Sistemas Gráficos Quilicura S.A. y Otro con Instituto Nacional de Estadísticas", Rol C-128-2016, impugnaciones contra las Bases de Licitación Servicios asociados al procesamiento del Censo 2017.

Ambos demandantes solicitaron la medida cautelar de suspensión del Censo 2017 a efectuarse durante en el mes de abril del mismo año

El TCP rechazó ambas peticiones.

Como resultado, la demandante Sistemas Gráficos Quilicura S.A. y otro, se mantuvo en inactividad hasta que se declaró el abandono del procedimiento. Por su parte TCS continuó con el proceso, siendo finalmente rechazada totalmente la demanda tanto por el TCP como por la Corte de Apelaciones.

Sin embargo, el cuestionamiento que surge al efecto es el siguiente:
¿Qué sucede si las partes hubiesen tenido la razón?

En tal caso ¿Resultaba prudente que el TCP hubiere suspendido el Censo, considerando que una suspensión a esas alturas implicaba derechamente una cancelación definitiva de un proceso sumamente costoso, que implicaba la movilización de millones de personas, la coordinación de prácticamente todos los organismos del Estado, el

otorgamiento de un día feriado, y que tenía una trascendencia absoluta para el diseño de políticas públicas?

Ciertamente, la medida cautelar de suspensión del Censo no era el único medio de garantizar las pretensiones de las partes demandantes, ya que, en caso de una sentencia condenatoria, conservarían intactas sus posibilidades para ser resarcidas previa acreditación de los elementos que hacen procedente la indemnización de perjuicios (excluyendo el actuar antijurídico, que ya estaría declarado en la sentencia del TCP).

La adjudicación dentro de un procedimiento licitatorio impugnado, no significa que el demandante, ante una sentencia condenatoria que declare la ilegalidad o arbitrariedad de algún acto del procedimiento licitatorio, se vea enfrentado a una sentencia imposible de cumplir. Frente a esas situaciones, el TCP declara la ilegalidad o arbitrariedad del acto, entendiéndose que la parte demandante se reserva su derecho a demandar los perjuicios que el acto le hubiere irrogado, ante la judicatura ordinaria.

Volviendo a la sede de libre competencia, existe en la actualidad un procedimiento indemnizatorio de carácter sumario y que se tramita ante el mismo TDLC. Por lo indicado, no se vislumbra una situación en la cual el demandante pudiera encontrarse frente a una imposibilidad de cumplir el fallo frente a un procedimiento licitatorio concluido, al menos, en lo que concierne a la satisfacción de sus intereses particulares. Todo lo anterior, teniendo como premisa que, en lo que respecta netamente al orden

infraccional, el TDLC tiene las amplias facultades concedidas en el literal a) del art. 26 del DL 211.

CONCLUSIONES FINALES

De esta forma, hemos finalizado nuestro estudio, bajo el entendido que, seguramente, han quedado muchos aspectos sin ser tratados o analizados parcialmente.

Pese a ello, se han develado asuntos que resultan ser sumamente interesantes.

En tal sentido, comenzamos por referirnos a aspectos generales, como la necesidad de una estricta adecuación de las solicitudes de medidas cautelares al procedimiento legal, considerando los problemas suscitados a propósito del cabal cumplimiento a la figura de la "citación" y a la necesidad de notificar correctamente a la parte afectada con la medida cautelar. Dentro de esta misma esfera general, aparece también como relevante que las resoluciones judiciales sean debidamente fundadas.

Otro asunto conflictivo y de gran relevancia, surge a partir de la falta de aplicación de conceptos claros a nivel de derecho público, como lo es la absoluta separación entre entes centralizados y descentralizados; lo que ha llevado al TDLC a confundir el demandado (parte del proceso) y los terceros absolutos, que, no obstante tal condición, han sido afectados por una medida cautelar. (tal como se analizó a propósito de la medida cautelar que

afectaba a dos entidades de carácter descentralizado no demandadas)

También han aparecido sub temáticas asociadas ala tramitación de una medida precautoria, cuyo análisis resulta escaso tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Nos referimos con a ello a los tópicos que surgen a propósito del crecimiento constante de impugnaciones que afectan a procedimientos de licitación pública y la necesidad de asumir elementos de juicio adicionales a los tradicionalmente utilizados en materia de libre competencia.

Todos estos asuntos y otros tantos tratados a lo largo de esta monografía, irán adquiriendo una mayor relevancia, en la medida que se vaya asentando la tendencia que se advierte a partir del examen jurisprudencial, en cuanto a un aumento en la cantidad de ingresos de causas contenciosas, todo ello asociado a un incremento en las solicitudes de medidas cautelares.

GLOSARIO

Art. : Artículo

C : Considerando de una sentencia

CPC	: Código de Procedimiento Civil
DL 211	: Decreto Ley N° 211 en versión refundida y actualizada.
DL	: Decreto Ley
DS	: Decreto Supremo
Edit.	: Editor o edición
Etc.	: Etcétera
FNE	: Fiscalía Nacional Económica
LOC	: Ley Orgánica Constitucional
MTT	: Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones
<i>Op. Cit.</i>	:Obra ya citada del mismo autor
Pág. o p.	: Página o Páginas
TC	: Tribunal Constitucional
TCP	: Tribunal de Contratación Pública
TDLC	: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
Vol.	: Volumen o volúmenes

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUIRRÉZABAL. M. 2013. *Algunas precisiones en torno a las medidas cautelares innovativas en el procedimiento por violencia intrafamiliar*. Revista Chilena de Derecho Privado 21.14 p.
2. ALEXY, Robert y OTROS (2008) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Editor Imprenta: V&M Gráficas. Quito, Ecuador. 350 p.
3. ASCH, P. 1983 *Industrial Organization and Antitrust Policy*. John Wiley&Sons, Inc., Estados Unidos de América. 414 p.
4. BEJARANO. J. 1999 *El Análisis Económico del Derecho: Comentarios Sobre Textos Básicos*. Revista de Economía Institucional. vol. 1, núm. 1, Universidad Externado de Colombia Bogotá, Colombia. 12 p.
5. BENAVENTE, D. 2002 *Derecho Procesal Civil Juicio Ordinario y Recursos Procesales* 5ª Edición. Revisada y actualizada por Juan Colombo Campell. Editorial Jurídica de Chile.

6. CALAMANDREI, P. 1996 *Instituciones del Derecho Procesal Civil*. Volumen III. Buenos Aires. Librería El Foro. 1318 p.
7. CALAMANDREI, P. 2017. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Santiago de Chile. Ediciones Jurídicas Olejnik. 246 p.
8. CAMIRUAGA CHURRUCA, J. 1995. *De las Notificaciones*. Editorial Jurídica de Chile. 399 p.
9. CARNELUTI F. 1982 *La Prueba Civil*. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2º Edición. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 273 p.
10. CAROCCA PEREZ A. 2002. *Manual de derecho procesal*. Tomo II. Los procesos declarativos. LexisNexis Santiago de Chile .2002. 367 p.
11. CARRASCO D. N. *Análisis económico de las medidas cautelares civiles*. Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2012. 380 p.
12. COASE, R. H. 1960 *El problema del costo social*. Trabajo publicado

originalmente en *The Journal of Law and Economics*.154 p.

13. CORTEZ MATCOVICH, C. 2017. *Contribución al estudio de las medidas cautelares previas a la demanda en el proceso civil chileno*.
Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile. 26 p.
14. CORTEZ MATCOVICH, G. 2017. *La tutela cautelar en el proceso civil*.
Chile, Editorial Thomson Reuters. 474 p.
15. COUTURE, E. 1989.*Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I.
Tercera Edición. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 366 p.
16. COUTURE, E. 1993.*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos
Aires. Ediciones Depalma. 524 p.
17. DÍAZ URIBE, C.2004. *La defensa del estado ante los tribunales de
justicia: una aproximación particular a la nulidad de derecho público*.
*Cuadernos de Análisis Jurídico. Seminarios de Derecho Procesal
reforma orgánica al proceso civil*. Facultad de Derecho Universidad
Diego Portales.

18. GARCÍA PINO, G. y CONTRERAS VÁSQUEZ, 2013 *El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno*. Revista de Estudios constitucionales. Vol.11 N°.2 Santiago. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. 53 p.

19. HORVITZ. M.I. y LÓPEZ. J.2008 *Derecho Procesal Penal chileno I. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*. México, D.F. Editorial Jurídica de las Américas. 638 p.

20. HUNTER AMPUERO, I. 2010 *Iura Novit Curia en la Jurisprudencia civil chilena*. Revista derecho (Valdivia)[En Línea] Universidad Austral de Chile, Valdivia.24 p.

21. KELSEN, H.1995 *Teoría general del Derecho y del Estado*. Traducción Eduardo García Maynez. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 478 p.

22. MARIN G. Juan Carlos. 2004. *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado*. Editorial Jurídica de Chile. 489 p.

23. MARÍN G., J.C. 2006. *Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales*. REJ - Revista de Estudios de la Justicia 8. Universidad de Chile. 25 p.
24. MEDINA, C. y NASH C. 2007 *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección Cecilia Medina Quiroga Claudio Nash Rojas*. Universidad de Chile Facultad de Derecho Centro de Derechos Humanos. Andros Impresores. 232 p.
25. MONTERO AROCA, J. 1998. *Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil*. 8ª Edición. Valencia. Edit. Tirante lo blanch. 909 p.
26. MOTTA M. 2004. *Competition Policy. Theory and Practice*. Cambridge University Press. 642 p.
27. OECD. 2007 *Derecho y política de la competencia en América Latina Exámenes inter-pares en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú. Derecho y política de la competencia en América Latina. Informe para Chile*. 978-92-64-01221-9 © OECD / IDB 2007. 480 p.

28. ORTELLS RAMOS. 2000. *Las medidas cautelares*. Edit. La Ley, Barcelona, 491 p.
29. PAREJO ALFONSO. 2003 *Derecho Administrativo*. Barcelona. Ed. Ariel.
30. POSNER, R. 2000. *El Análisis económico del derecho*. Trad. de Eduardo L. Suárez. Fondo de Cultura Económica (FCE) México. 1.120 p.
31. ROMERO SEGUEL, A. 2012 *Curso de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 128 p.
32. ROMERO SEGUEL A. 2017. *Curso de derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos*. Tomo I. Tercera Edición. Thomson Reuters. 238 p.
33. SÁNCHEZ MORÓN, M. 2007 *Derecho Administrativo*. Parte General. 3ra Edición. Madrid. 920 p.
34. SIMÓN OLIVERA, L. 2004. *La defensa del estado ante los tribunales de justicia: una aproximación particular a la nulidad de derecho público*.

Cuadernos de Análisis Jurídico. Seminarios de derecho procesal reforma orgánica al proceso civil. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

35. VALDEZ PRIETO D. 2009. *Libre competencia e injusto de monopolio* Editorial jurídica de Chile. 712 p.