



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho
Procesal

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

**ARBITRALIDAD EN LIBRE COMPETENCIA: SU APLICACIÓN EN
MATERIA DE DAÑOS**

Memoria para optar al grado de licenciada en ciencias jurídicas y sociales

Autora:

Daniela Jana Ergas

Profesor guía:

Nicolás Carrasco Delgado

A mi familia...

Índice

.....	1
Resumen.....	6
Abstract.....	6
Introducción	8
Capítulo 1: Arbitraje.....	10
I. Concepto.....	10
II. Características y clasificación.....	16
III. Clases de arbitraje	19
i. Arbitraje interno e internacional.....	19
ii. Arbitraje <i>ad hoc</i> o institucional	20
iii. Arbitraje de derecho, equidad o mixto	21
iv. Arbitraje forzoso, facultativo o prohibido	23
IV. Naturaleza jurídica	23
i. Teoría contractual	23
ii. Teoría jurisdiccional o procesalista	24
iii. Teoría mixta.....	26
V. Límites en el arbitraje.....	27
i. Competencia	27
ii. Arbitrabilidad.....	30
a. Criterios de arbitrabilidad.....	32
b. Criterios de inarbitrabilidad.....	33

Capítulo 2: Mirada al sistema de libre competencia en Chile.....	36
I. Historia y desarrollo de la libre competencia en Chile	44
II. Instituciones	48
i. Fiscalía Nacional Económica	48
ii. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	51
iii. Corte Suprema	53
III. Sistema de libre competencia en Chile.....	57
i. Perspectiva sustantiva	57
a. Colusión	58
b. Abuso de posición dominante.....	60
c. Precios predatorios.....	62
d. Competencia desleal	63
e. Interlocking.....	65
ii. Perspectiva procesal del derecho de la libre competencia en Chile	67
a. Procedimiento Contencioso	67
b. Procedimiento No Contencioso	69
c. Procedimiento de daños	74
Capítulo 3: Arbitrabilidad en materias de Libre Competencia en sistemas comparados	80
I. Arbitrabilidad en el modelo estadounidense.....	82
i. American Safety v JP McGuire (ASE)	84
ii. Mitsubishi Corps con Soler Chrysler-Plymouth (Mitsubishi).....	87
iii. Post Mitsubishi	91
iv. U.S v Novelis y Aleris	93
v. Usos aplicables al sistema chileno.....	95

II.	Arbitrabilidad en materias de libre competencia en Europa (“EU”).....	97
i.	Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV	98
i.	Cartel Damage Claims (CDC), Hydrogen Peroxide SA v Akzo Nobel NV 102	
ii.	MJA v Apple Sales International.....	107
iii.	Usos aplicables al sistema chileno	109
III.	Otras Jurisdicciones.....	110
i.	Colombia	110
ii.	Arbitrabilidad de libre competencia en sistemas especializados	111
	Capítulo 4: Arbitrabilidad de los daños en materia de Libre Competencia en el sistema chileno	114
I.	Primer escenario: incumplimiento contractual	122
II.	Segundo escenario: interponer una acción <i>stand alone</i> ante el árbitro	124
III.	Tercer escenario: Presentación de acción <i>follow on</i>	126
	Conclusión	132
	Bibliografía	134

Resumen

La presente memoria busca analizar si es posible que el daño civil derivado de ilícitos anticompetitivos puede ser resuelto por un tribunal arbitral. El marco de este análisis se realizará considerando las características del sistema chileno de la competencia, el cual se caracteriza por otorgar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) la competencia exclusiva y excluyente sobre las materias sustantivas de libre competencia. Para ello, se hará un detallado estudio de dos áreas del derecho, cuya convergencia es indispensable para encaminar al lector hacia una posible respuesta de si los daños en sede de libre competencia pueden ser arbitrables. Luego se revisará cómo ha abordado la pregunta de la arbitrabilidad en distintos modelos comparados, como: EE.UU, la UE, Canadá y Colombia. En este análisis será posible apreciar que en el derecho comparado se ha aceptado arbitrar cuestiones relacionadas a la libre competencia, regulándose los requisitos y condiciones que se exigen para ello. Finalmente se abordará en concreto esta problemática en Chile, respondiendo, luego de un análisis exhaustivo, a la materia objeto de este trabajo, si es posible arbitrar los daños derivados de ilícitos anticompetitivos en el sistema chileno de libre competencia.

Abstract

This paper aims to analyze whether civil damages resulting from anticompetitive practices can be resolved by an arbitral tribunal. The framework for this analysis will consider the characteristics of the Chilean competition system, which grants the Tribunal for the Defense of Free Competition (“TDLC”) exclusive jurisdiction over substantive competition matters. To achieve this, a detailed study of two areas of law will be conducted, the convergence of which is essential to guide the reader toward a possible answer regarding whether damages in the field of competition law can be subject to arbitration. The paper will then review how different comparative models, such as those of the U.S., the EU, Canada, Colombia, and others, have addressed the question of arbitrability. This analysis will reveal

the acceptance of these models to arbitrate issues related to competition law, as well as the requirements and conditions that are stipulated for such arbitration. Finally, the paper will specifically address this issue in the context of Chile, providing, after a thorough analysis, an answer to the central question of this study: whether it is feasible to arbitrate damages derived from anticompetitive practices within the Chilean competition system.

Introducción

Para comprender si los daños ocasionados por un procedimiento de libre competencia son materia de arbitraje, es absolutamente necesario, en primer lugar, abordar el marco teórico en el que se desarrollará esta discusión. Tal marco teórico se produce cuando convergen dos áreas del Derecho: el arbitraje y la libre competencia. Aunque inicialmente pueda parecer que estas áreas no tienen relación alguna, un análisis detallado de cómo se superponen el arbitraje y la competencia revelará su compatibilidad. Esta compatibilidad se hace evidente al observar cómo otros sistemas jurídicos han abordado esta disyuntiva.

El arbitraje es una institución jurídica que permite a las partes resolver sus conflictos mediante la intervención de un tercero imparcial, el árbitro, que dicta una decisión vinculante y ejecutable, llamada laudo. Este mecanismo se caracteriza por ser una alternativa al proceso judicial, ofreciendo ventajas como la celeridad, la especialización, la confidencialidad y la autonomía de la voluntad de las partes.

No obstante, el arbitraje no es ilimitado ni absoluto, sino que está sujeto a ciertas restricciones y condiciones que derivan de su naturaleza jurídica, de los principios que lo rigen y de los intereses públicos que pueden estar en juego. Así, se distinguen distintos tipos de arbitraje según su origen, su forma, su materia y su régimen legal, que determinan su ámbito de aplicación y sus efectos.

En este contexto, se plantea la cuestión de si el arbitraje es apto para resolver los litigios que se originan por la vulneración de las normas de libre competencia, que tienen por objeto proteger el funcionamiento eficiente y equitativo del mercado, así como los derechos e intereses de los consumidores y de los demás agentes económicos. Estos litigios pueden involucrar tanto acciones de carácter sancionatorio, de consulta o indemnizatorio, y pueden afectar tanto intereses privados como públicos.

Para responder a esta interrogante, se requiere examinar el desarrollo y la regulación de la libre competencia en el ordenamiento jurídico nacional, así como los principios, fines y funciones que la inspiran. Asimismo, se debe examinar la compatibilidad entre el arbitraje

y la libre competencia, considerando los beneficios y los riesgos que implica su utilización, así como los criterios y las condiciones que deben observarse para garantizar su validez y eficacia.

Para tal efecto se abordará el marco normativo del sistema de libre competencia en Chile, liderado por el Decreto Ley 211 (en adelante, “DL 211). Asimismo, se detallarán las conductas contrarias a la competencia, mencionadas en el artículo 3 del DL 211, y se describirán los distintos procedimientos que establece esa normativa. Es relevante destacar el procedimiento de daños, que regula cómo la ley de competencia chilena aborda el proceso en el que una de las partes, tras una sentencia definitiva y ejecutoriada del TDLC, interpone ante el mismo tribunal una acción *follow-on* para obtener indemnización por los perjuicios causados.

En este contexto, surge la pregunta de si las materias de libre competencia, que tienen por objeto regular el funcionamiento de los mercados y prevenir o sancionar las conductas que afecten la competencia efectiva, son susceptibles de ser sometidas a arbitraje. La respuesta a esta pregunta no es uniforme ni pacífica, sino que depende de diversos factores, como el ordenamiento jurídico aplicable, el tipo de controversia, el alcance de la cláusula arbitral y el control judicial de los laudos arbitrales.

Esto se reflejará en el capítulo 3 del trabajo, que aborda la arbitrabilidad de las materias de libre competencia en sistemas comparados. En cada uno de estos sistemas se examinan los criterios jurisprudenciales y doctrinales que han permitido o limitado el arbitraje de cuestiones de libre competencia, así como los desafíos y oportunidades que presenta el arbitraje para la efectividad y coherencia del derecho de la competencia.

Es importante recalcar que cada sistema de competencia es único y que, en aquellos ordenamientos donde la arbitrabilidad de las materias de libre competencia es posible, se debe a que su regulación lo permite. Por lo tanto, es casi imposible replicar en su totalidad algunas de las experiencias comparadas en el sistema chileno. Sin embargo, es factible establecer ciertas lecciones de las que nuestro sistema podría beneficiarse, como la revisión judicial, denominada *secon look doctrine*.

Otro punto relevante que se destacará de algunos sistemas comparados, y que podría ser replicable en Chile, es la manera en que se aborda la aplicación, por parte del árbitro, de

las materias de interés público. En este sentido, se entiende que se trata de una obligación que es vinculante; de modo que, si no se respeta, el laudo será susceptible de anulación. En cambio, en Chile existe una aversión y desconfianza general acerca de si los árbitros respetarán las normas de orden público. Por lo tanto, el sistema opta por negar completamente la posibilidad de que el árbitro resuelva estas materias.

Posteriormente, el último capítulo de esta memoria se centrará en determinar si las dos preguntas que se han intentado responder en este trabajo —la arbitrabilidad de las cuestiones relacionadas con la libre competencia y la arbitrabilidad de los daños emanados de estas conductas—proceden en Chile.

Se analizará si, en el marco del DL 211, es posible arbitrar las materias de libre competencia. Se realizará el mismo ejercicio en el caso de los daños. Finalmente, se discutirá si es necesaria o no una reforma legal para poder arbitrar los daños derivados de los ilícitos contrarios a la competencia.

Capítulo 1: Arbitraje

Para responder a la cuestión de si los daños ocasionados por un ilícito anticompetitivo son materia de arbitraje, es necesario establecer el marco teórico en que esta discusión se desarrollará. Este marco resulta en la superposición de dos áreas del Derecho.

La primera- y que se abordará en este capítulo- es el arbitraje, específicamente el arbitraje comercial nacional. La segunda área es la libre competencia, la cual será desarrollada en el capítulo 2.

Para poder entender de manera comprensiva la institución del arbitraje, en el presente capítulo se abordará las siguientes materias en el orden que se señala a continuación: (I) Concepto, (II) Características y clasificación, (III) Clases de arbitrajes, (IV) Naturaleza jurídica, y (V) Límites en el arbitraje.

I. Concepto

En primer lugar, es relevante tener claro el concepto y la naturaleza jurídica del arbitraje. El arbitraje no se encuentra definido por la ley chilena. La única disposición -que

define a la figura del árbitro- que podría lograr generar un acercamiento de las leyes chilenas a la institución del arbitraje, es el artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales, disponiendo que “*los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso*”.

En una primera lectura a esta definición, se observa que los árbitros podrán ser designados por la de voluntad de las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para resolver un conflicto, el cual ha sido sustraído de la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios de justicia y sometido a la jurisdicción del árbitro. Esta es una de las características principales del arbitraje, según tenga su fuente legal (dependiendo de la clasificación podrá ser arbitraje prohibido u obligatorio), o bien, de la voluntad de las partes (arbitraje voluntario).

Lo anterior, se relaciona con las tres clases de arbitraje que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, y que corresponden a las categorías de: (i) forzoso, (ii) facultativo y (iii) prohibido¹. Esa clasificación es efectuada en atención a la materia del asunto disputado.

El arbitraje forzoso y el prohibido versan sobre diversas materias indicadas en los arts. 227² y 229³ COT. La razón del sometimiento obligatorio de un asunto a arbitraje (arbitraje forzoso) es porque el legislador consideró que ciertas materias (liquidación sociedad conyugal o partición de bienes) no son del todo complejas, se pueden resolver rápidamente y no comprenden solo asuntos jurídicos, sino también, operaciones contables como la liquidación de patrimonios.

La figura de arbitraje forzoso no ha estado exenta de críticas, ya que parece contener una contradicción significativa. La doctrina afirma consistentemente que uno de los pilares del arbitraje es la autonomía de la voluntad. El arbitraje forzoso irrumpe de manera directa e inevitable con este pilar fundamental, ya que, al imponer el sometimiento obligatorio de un

¹ Estas clases de arbitraje también son una indicación de las materias que son arbitrables en nuestro país.

² Artículo 227 COT : “*Deben resolverse por árbitros los asuntos siguientes... Pueden, sin embargo, los interesados resolver por sí mismos estos negocios, si todos ellos tienen la libre disposición de sus bienes y concurren al acto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 802 del Código de Procedimiento Civil...*”

³ No podrán ser sometidas a la resolución de árbitros las cuestiones que versen sobre alimentos o sobre derecho de pedir separación de bienes entre marido y mujer.

asunto a arbitraje, se está restringiendo totalmente la libertad y el poder de decisión de las partes⁴.

Según Jequier el arbitraje forzoso “*constituye también un atentado contra el derecho de tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, consagrado también en la CP 1980 como parte de la protección que la misma Carta fundamental asegura en el ejercicio de los derechos*” (Jequier, 2011: 38).

En el mismo sentido autores como María Fernanda Vásquez, pionera en la modernización de la institución arbitral en Chile, ha señalado que el arbitraje obligatorio debiera ser derogado de *lege ferenda*, pues se afecta tanto a la institución arbitral como a las partes (Vásquez, 2014: 400).

La segunda categoría de esta clasificación del arbitraje de acuerdo a la materia, es el arbitraje prohibido. El legislador ha vedado que ciertas materias no pueden ser resueltas por un árbitro, tales como, alimentos, causas penales o algunas causas de familia. Estas materias son asuntos de orden público y como tales no disponibles. Como consecuencia de ello, se excluye la posibilidad de someter el asunto a la jurisdicción de un juez árbitro⁵.

Las materias de arbitraje prohibido, enumeradas en los arts. 229 y 230 COT no son arbitrables⁶⁷. Adicionalmente, existen otras materias que no se encuentran en estos artículos que tampoco pueden ser sometidas a arbitraje, como es el caso de causas laborales o asuntos que versen sobre la competencia.

⁴ Para más información véase JEQUIER, Eduardo (2011): «El arbitraje forzoso en Chile (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno)», *Estudios Constitucionales*, 9(2),453-498; y VASQUEZ PALMA, M. Fernanda (2014): «Revisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho societario (obligatoriedad y arbitrabilidad): Formulación de una propuesta en aras de la modernización», *Ius et Praxis*, 20(1), 397-418.

⁵ Se ha señalado que cuando el asunto sometido a arbitraje es un conflicto acerca de la libre competencia, se trataría de una materia de arbitraje prohibido, ya que se trata de normas de orden público; es decir indisponibles para las partes.

⁶ Las materias inarbitrables se encuentran en el artículo ya citado 229 del COT (cuestiones que versen sobre alimentos o sobre derecho de pedir separación de bienes entre marido y mujer), y el artículo 230 del mismo cuerpo legal, el cual señala que las materias inarbitrables son: “*Tampoco podrán someterse a la decisión de árbitro las causas criminales, las de policía local, las que se susciten entre un representante legal y su representado, y aquellas en que debe ser oído el fiscal judicial*”.

El legislador considera que todas las materias mencionadas anteriormente no pueden ser resueltas por un árbitro, ya que, al ser materias de orden público, su resolución afecta el interés general de la sociedad, y por eso no pueden estar sujetas a la resolución de un privado, quedando entregadas a la competencia exclusiva de los tribunales de justicia.

La tercera categoría de esta clasificación es el arbitraje voluntario o facultativo. El arbitraje facultativo es la regla general. En efecto *“las partes pueden someter voluntariamente a arbitraje todos los conflictos respecto de los cuales el legislador no lo hubiere prohibido (arbitraje prohibido) o respecto de las cuales el legislador haya establecido obligatoriamente que deben ser sometidos a arbitraje (arbitraje obligatorio)”* (Maturana, 2015: 11).

Esta clase de arbitraje tiene lugar cuando las partes en conflicto se ponen de acuerdo para que un árbitro o tribunal arbitral resuelva la controversia. De ello se sigue que la voluntad de las partes es esencial para la existencia del arbitraje voluntario, ya que, a falta de dicho acuerdo, **no es posible el arbitraje**. De conformidad con ello, el arbitraje voluntario tiene su fuente en la voluntad de las partes, ya sea a través del compromiso⁸ o cláusula compromisoria⁹.

La definición del art. 222 COT no entrega claridad acerca de la institución del arbitraje y su naturaleza jurídica. Debido a ello, la doctrina nacional se ha visto enfrentada a la tarea de elaborar una definición del arbitraje. Esto no ha sido fácil. Si bien se ha llegado a un consenso acerca de los conceptos fundamentales de esta institución como lo es la autonomía de la voluntad o la fuerza obligatoria de la cláusula arbitral; no se ha logrado llegar a una definición aceptada por la mayoría de la doctrina.

A continuación, se analizarán dos definiciones propuestas por destacados autores nacionales, María Fernanda Vásquez y Patricio Aylwin. Posteriormente, a fin de avanzar en el entendimiento del significado del concepto de arbitraje, se hará referencia a la doctrina

⁸ El compromiso es una convención en virtud de la cual se sustrae por las partes el conocimiento de un determinado conflicto de los tribunales ordinarios para someterlo al conocimiento y resolución de un árbitro, el que se designa en el mismo compromiso (Maturana, 2015: 187.)

⁹ En la cláusula compromisoria, en cambio, se sustrae de la justicia ordinaria el conocimiento de un determinado conflicto para someterlo al conocimiento de un árbitro a ser designado de común acuerdo por las partes con posterioridad a su celebración; y a falta de acuerdo, la designación del árbitro se debe hacer por la autoridad judicial (Maturana, 2015: 187.)

comparada, en particular a la definición desarrollada por el experto en arbitraje internacional Gary Born.

María Fernanda Vásquez, en su libro *“Tratado de Arbitraje en Chile. Arbitraje interno e Internacional”*, concibe el arbitraje como un *“sistema voluntario, alternativo y excluyente al que regula el Estado, destinado básicamente a resolver conflictos jurídicos entre particulares y que se concibe como un mecanismo más eficaz que el anterior”* (Vásquez, 2018: 3). También la autora afirma que el arbitraje es una institución y no un simple instrumento jurídico¹⁰, toda vez que, en el arbitraje *“confluyen un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva: la solución de un conflicto”* (Cordón, 1995: 57).

El arbitraje es un método heterocompositivo cuyo principal objetivo es solucionar un conflicto. A pesar de que esta institución no tiene un reconocimiento expreso en el ordenamiento legal chileno, encuentra sustento en principios reconocidos por la Constitución de la República (en adelante “CPR”, tales como la existencia del reconocimiento a la libertad de los ciudadanos, y a su autonomía de voluntad¹¹.

Lo que se destaca de esta definición de arbitraje es que la autora hace una crítica al sistema de resolución de conflictos ordinario del Estado a través del poder judicial, y destaca la efectividad de este método “alternativo”. Esto último, dada su mayor flexibilidad, especialización y rapidez al momento de solucionar un conflicto.

Una segunda concepción sobre arbitraje es entregada por el destacado jurista nacional don Patricio Aylwin en su libro *“El Juicio Arbitral”* en el que define el arbitraje como: *“Aquel que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos a los establecidos permanentemente por el Estado, elegido por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio; o por un tercero determinado”* (Aylwin, 2005: 17).

¹⁰ Distinción realizada por Díez-Picazo y Ponce de León (1954) en: «El pacto compromisorio y la nueva ley de arbitraje» ADC, 1160: al señalar que el arbitraje no es un contrato, sino una institución de solución privada de un conflicto de intereses.

¹¹ No existe justificación alguna que *“impida a los titulares de esos derechos optar por resolver sus diferencias por medios distintos a la jurisdicción, entendida ésta como una potestad de la que el Estado y sus órganos judiciales tienen normalmente un monopolio”* (Vásquez, 2016: 2).

Al igual que Vásquez, el autor reconoce que el carácter voluntario es la regla general en esta institución. Además, también está conteste en que el juicio arbitral es un método de solución de controversias “alternativo”, distintos a los pertenecientes a la justicia ordinaria.

Por su parte, la doctrina comparada, representada por Gary Born, define el arbitraje como: *“El arbitraje es un proceso consensuado en el que las partes acuerdan someterse a arbitraje. Es un medio para resolver disputas por parte de un árbitro, un tomador de decisiones elegido por las partes, generalmente después de que surja una disputa. Cuenta con un procedimiento flexible diseñado en gran medida por las partes, pero, en algunos casos, a través de la discreción procesal del tribunal arbitral”*¹²(Born, 2021).

La definición precedente, menos formalista que la chilena, también pone a la voluntad de las partes como el pilar fundamental del arbitraje, otorgando una amplia flexibilidad a las partes. Esta mayor flexibilidad también incide en la arbitrabilidad de las materias de libre competencia. La idea anterior será analizada en capítulos posteriores¹³.

Cabe indicar que en el contexto mundial el arbitraje ha ido sostenidamente en aumento como medio de resolución de conflictos, siendo el medio preferido en el comercio internacional. Ello se aprecia no sólo en el número de casos sino que también en el surgimiento de instrumentos internacionales como la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante “Convención de Nueva York”), vigente desde 1958 y la Ley Modelo de Arbitraje Internacional de la CNUDMI: En estos instrumentos se encuentra generalmente aceptada una concepción que favorece al arbitraje como una institución cada vez menos formalista, flexible a las necesidades de las partes, y basada en una amplia autonomía de éstas para decidir los aspectos fundamentales de la resolución de su disputa.

En esa línea, si bien Chile tiene una larga tradición en materia de arbitraje doméstico, es necesario que sus regulaciones comiencen a adaptarse a la evolución que esta materia ha tenido a nivel global. En particular, se adopten concepciones sobre el arbitraje que sean

¹² Traducción libre, cita original *“Arbitration is a consensual process where parties agree to arbitrate. It is a means to resolve disputes by an adjudicator – a decision-maker chosen by the parties, typically after a dispute arises. It has a flexible procedure designed largely by the parties – but, in some cases, through the arbitral tribunal’s procedural discretion”*.

¹³ Ver *infra* capítulo 3.

menos formalistas y que poniendo acento en la autonomía de la voluntad de las partes, se haga referencia a ciertos criterios utilizados en la definición de Gary Born, como la flexibilidad del proceso y el acento en su carácter consensuado, así como otros que provienen de los instrumentos antes señalados, tales como el principio *pro-arbitraje* o *el principio favor arbitrandum*.¹⁴.

Antes de continuar con el resto del trabajo es necesario hacer hincapié en que dentro de la institución del arbitraje nos enfocaremos en el área de arbitraje comercial. La razón de lo anterior es porque este tipo de arbitraje es el de mayor aplicación en el campo nacional y mundial, siendo la rama del arbitraje que abarca de manera general las disputas que puedan surgir de las relaciones entre privados.

Este mecanismo de solución de disputas que supone un acuerdo de voluntad de las partes, asociado a la idea de derechos patrimoniales disponibles tiene origen contractual o no contractual¹⁵, y “*es el medio más utilizado para resolver controversias privadas en materia comercial por su amplio alcance, flexibilidad y celeridad en la resolución de disputas*” (OAS, 2020).

II. Características y clasificación

Según las distintas definiciones que hemos analizado de arbitraje podemos identificar sus características principales:

En primer lugar, el arbitraje busca solucionar un conflicto de manera “alternativa”, es decir no por la vía ordinaria disponible ante los tribunales de justicia del Estado. De esta característica se pueden derivar distintas diferencias entre la justicia estatal y arbitral:

1. Los tribunales de justicia del Estado son órganos permanentes, tienen el poder-deber de conocer, resolver y eventualmente ejecutar lo juzgado. Esta característica

¹⁴ Ppio *favor arbitrandum*: “Principio interpretativo relativo a la eficacia del acuerdo arbitral, semejante herramienta heurística parece que podría ser utilizada en aquellos casos en que se ponga en tela de juicio la validez o eficacia del acuerdo arbitral. En consecuencia, la aplicación del principio interesa no solo a los árbitros, en aquellos casos en que deban decidir sobre la validez del acuerdo arbitral en virtud de la potestad que les confiere el principio competencia-competencia, sino también a los órganos jurisdiccionales estatales y a las propias instituciones arbitrales cuando deben analizar la eficacia de dicho acuerdo” (Sánchez, 2023 :68).

¹⁵ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2013): *Artículo 1.1* “ Cuando las partes hayan acordado que los litigios entre ellas que dimanen de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar”.

de permanencia se desprende del art 76 de la CPR y 1° COT. Por otro lado, todo arbitraje debe estar sujeto a un plazo, por lo tanto, son tribunales accidentales y temporales donde su competencia es otorgada por acuerdo de las partes.

2. En relación con la competencia de los árbitros esta es restringida, dado que sólo pueden conocer y resolver el conflicto específico que las partes han acordado someter a su conocimiento. Los tribunales ordinarios tienen un ámbito de competencia amplio, que abarca una amplitud de causas y que es determinada siempre por la ley, según el art. 5¹⁶ COT.
3. La fuente del arbitraje es por regla general la voluntad de las partes a través del compromiso o de la cláusula compromisoria. La fuente de los tribunales estatales es la ley¹⁷.
4. Los árbitros carecen de imperio (ejecutar lo juzgado, cuando no se cumple de manera voluntaria), no pueden hacer uso de la fuerza pública para ejecutar medidas de apremio u otras medidas compulsivas¹⁸. Lo anterior no quiere decir que lo resuelto por el árbitro no tenga fuerza ejecutiva, ya que en nuestro derecho

¹⁶ De acuerdo con lo señalado en el art 5 del COT, pertenecen al poder judicial tribunales ordinarios (Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los presidentes y ministros de Corte, los tribunales de juicio oral en lo penal, los juzgados de letras y los juzgados de garantía), y especiales(, los juzgados de familia, los Juzgados de Letras del Trabajo, los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional y los Tribunales Militares). En cuanto a los árbitros señala que “ regirán por el Título IX de este Código.

¹⁷ Art 76 CPR: “*La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos... Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine*”.

¹⁸ 635 CPC: “*Para la ejecución de la sentencia definitiva se podrá ocurrir al árbitro que la dictó, si no está vencido el plazo por que fue nombrado, o al tribunal ordinario correspondiente, a elección del que pida su cumplimiento. Tratándose de otra clase de resoluciones, corresponde al árbitro ordenar su ejecución.*

Sin embargo, cuando el cumplimiento de la resolución arbitral exija procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas, o cuando haya de afectar a terceros que no sean parte en el compromiso, deberá ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto”.

las sentencias arbitrales tienen eficacia de cosa juzgada, y consecuentemente poseen mérito. Los tribunales ordinarios poseen plena facultad de imperio¹⁹.

Una segunda característica que debe destacarse es la prevalencia de la autonomía de la voluntad en el sistema arbitral. Siendo el motor que da vida y eficacia al arbitraje. “*Este principio se concibe desde las primeras actuaciones que realizan las partes en el arbitraje hasta su finalización, razón por la que deviene simultáneamente en fundamento y límite del arbitraje*” (Vásquez, 2018: 150).

Es preciso poner énfasis en que la autonomía de la voluntad actúa también como un límite al poder de juzgar del árbitro designado, estableciendo el alcance de su competencia conforme al tenor del acuerdo arbitral. El juez no podrá sobrepasar su juzgamiento a más allá de lo solicitado por las partes

Al respecto, surge la interrogante de si ¿Este límite impuesto por las partes (marco jurídico en el que se debe desenvolver el árbitro) es el único límite al que se enfrenta el árbitro? Esta interrogante será desarrollada al final de este capítulo, pero como adelanto a la respuesta, podemos afirmar que **el límite impuesto por las partes no es el único límite que el árbitro debe respetar**. Hay normas que marcarán una línea de mayor rigidez y alcance que lo acordado por las partes.

La tercera y última característica del arbitraje se relaciona con su aplicación práctica. A continuación, se mencionarán algunas ventajas del uso del arbitraje como método de resolución de conflicto.

La primera ventaja es la rapidez y flexibilidad en la administración de justicia frente a la lentitud de la justicia estatal. Los procedimientos ante los tribunales ordinarios suelen ser lentos y procesalmente rígidos, ocasionando largos tiempos con los consiguientes costos asociados. En el caso del arbitraje, son las partes las que tiene la capacidad para determinar los trámites del procedimiento, conforme mejor se acomode a la disputa que buscan resolver,

¹⁹ Art 76 CPR y 11 COT: “*Para hacer ejecutar sus sentencias y para practicar o hacer practicar las actuaciones que decreten, podrán los tribunales requerir de las demás autoridades el auxilio de la fuerza pública que de ellas dependiere, o los otros medios de acción conducentes de que dispusieren.*

La autoridad legalmente requerida debe prestar el auxilio, sin que le corresponda calificar el fundamento con que se le pide ni la justicia o legalidad de la sentencia o decreto que se trata de ejecutar.”

agilizando la labor del árbitro, quien generalmente cuenta con amplias facultades para conducir el proceso de forma eficiente.

La segunda ventaja es que con el arbitraje se puede acceder a una justicia más personalizada y especializada. A diferencia de los jueces ordinarios, el árbitro tiene a su cargo un número no tan grande de causas, por lo tanto, se podrá dedicar con mayor exclusividad a la resolución del asunto. El árbitro, especialmente cuando sea designado por las partes, será un profesional con los conocimientos técnicos y jurídicos especializados que la materia en disputa requiera.

Estas virtudes han permitido que el arbitraje, en específico el arbitraje comercial, ha sido cada vez más utilizado como vía alternativa para resolver conflictos. Tanto en el ámbito interno, como internacional.

III. Clases de arbitraje

Hay cuatro categorías o modalidades de arbitraje: (i) Arbitraje interno e internacional, (ii) Arbitraje adhoc e institucional, (iii) Arbitraje de derecho, equidad y mixto y (iv) Arbitraje forzoso, facultativo y prohibido.

i. Arbitraje interno e internacional

La primera distinción que se realiza es según el ámbito de aplicación de las normas, diferenciando el arbitraje comercial interno, del comercial internacional. Romero Seguel define el arbitraje interno como aquel “*mecanismo de solución concebido para resolver conflictos sobrevenidos en las relaciones jurídico-privadas, en las que todos los elementos del litigio se vinculan con el ordenamiento nacional*” (Romero Seguel; Díaz, 2016: 32).

El Arbitraje Comercial Internacional es una figura que se crea en respuesta a la creciente globalización de la sociedad, y a la necesidad de solucionar controversias derivadas de transacciones transfronterizas.

Actualmente, el arbitraje internacional es la vía de solución de disputas preferida por empresas extranjeras y los agentes del comercio internacional. Ofrece un foro neutral, con *expertise* técnico que permite resolver las controversias de manera eficiente y justa en un marco jurídico predecible que proporciona certeza jurídica.

Chile adoptó en el año 2014 la Ley Modelo de Arbitraje Internacional de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), pasando a ser la legislación chilena aplicable a los arbitrajes comerciales internacionales en nuestro país (Ley de Arbitraje Comercial Internacional). El artículo 1° inciso 3 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional (en adelante “LACI”) establece cuando nos encontramos ante un arbitraje internacional²⁰.

Uno de los criterios de distinción entre esta “dualidad” entre el arbitraje doméstico e internacional, es que la ley procedimental y de fondo en el arbitraje interno deberá ser la misma, mientras que en el arbitraje internacional existe la posibilidad de que la ley de fondo aplicable al caso sea diferente a la ley de la sede del arbitraje (*lex arbitri*).

Esto es de gran importancia para tomar decisiones con relación a donde se llevará a cabo la disputa de arbitraje internacional, toda vez que, permite diferenciar la sede aplicable (procesal), y la ley de fondo que regirá la resolución de la disputa.

Por ejemplo, al evaluar la arbitrabilidad de una materia es esencial la decisión de cuál será la ley de fondo aplicable, ya que hay legislaciones en que existe una importante tendencia en orden a ir incorporando materias "sensibles" o que en principio no pueden ser arbitrables por falta de objeto y también por la aplicación del principio "*favor arbitrandum*" (Vásquez, 2006: 181-213). Es decir, en algunas legislaciones (EE.UU, UK) se constata una creciente tendencia a incorporar materias que en un principio eran inarbitrables por ser indisponibles y de orden público, a ser susceptibles de resolverse mediante arbitraje.

ii. Arbitraje *ad hoc* o institucional

La segunda clasificación del arbitraje es según la forma en que se administra el arbitraje y se designa al árbitro. Estamos en presencia de un arbitraje institucional cuando la administración del arbitraje y el proceso nombramiento es a través de una institución, como el Centro de Arbitraje y Mediación (“CAM”) o la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”). Este tipo de arbitraje puede ser interno o internacional.

²⁰ Ley 19971, Ley Sobre Arbitraje Comercial Internacional, 29 de septiembre de 2004

El arbitraje ad hoc, es la regla general en nuestro arbitraje interno, son las partes, o la justicia en subsidio quienes de manera directa designan al árbitro, y también administran el arbitraje.

iii. Arbitraje de derecho, equidad o mixto

Una tercera categoría es el arbitraje de derecho, de equidad o mixto. El criterio de distinción entre estas tres categorías es según la forma en que los árbitros fallan el asunto y el procedimiento que resulta aplicable al arbitraje. Esta distinción se encuentra en el art. 223 del COT, señalando que los árbitros podrán ser de 3 tipos, atendiendo a i) el procedimiento que deben aplicar, y ii) la forma en que deben fallar el asunto. Así, los árbitros podrán ser de derecho, arbitradores o mixtos.

El árbitro de derecho²¹, es la regla general dentro de nuestra institución. El árbitro se someterá, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas establecidas para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida. Los árbitros de derecho fallarán conforme a la ley, es decir, de igual modo que los Tribunales Ordinarios.

El árbitro arbitrador²² es una excepción, ya que si las partes nada señalan se entenderá que el árbitro es de derecho²³. Estará obligado, tanto en el procedimiento como en el fallo del asunto, a las reglas que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieren expresado, a las reglas mínimas establecidas para este caso en el Código de Procedimiento Civil (en adelante “CPC) (que consisten en oír a las partes, recibir y agregar al proceso los instrumentos que le presenten).

A diferencia del árbitro de derecho, el arbitrador no debe fallar acorde a la ley, si no de acuerdo con su prudencia y equidad ¿Qué quiere decir fallar de acuerdo con la prudencia y equidad? Nuestro legislador no se ha pronunciado al respecto, pero si lo ha hecho nuestra

²¹ 223 inc. 2 COT: “fallará con arreglo a la ley y se someterá, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas establecidas para los jueces ordinarios...”

²² 223 inc 3 COT “*El arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso*”.

²³ Op. Cit: 635 Código de Procedimiento Civil

doctrina y jurisprudencia. En este sentido, una sentencia de la C.A de Santiago, de 1997 señaló:

"La prudencia es una de las virtudes cardinales que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguir o huir de ello. Significa también en nuestro idioma, templanza, cautela, moderación; sensatez y buen juicio". "La equidad, en tanto, es definida como la bondadosa templanza habitual; propensión a dejarse guiar o a fallar por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley; justicia natural por oposición a la ley positiva; disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece" (p. 95)

En esta materia es relevante responder algunas interrogantes sobre la forma de fallar de los árbitros arbitradores ¿Puede un árbitro arbitrador fallar apartándose a las normas del debido proceso? ¿Puede el arbitrador conocer de una materia distinta a la acordada por las partes? ¿Puede el árbitro arbitrador fallar contra ley?

En respuesta a la primera pregunta la doctrina ha acordado de manera unánime que no se podrán vulnerar estos los principios básicos pertenecientes al debido proceso. La razón de esto es porque la ley le otorga la calidad de juez al árbitro, por lo tanto, debe obedecer el mandato constitucional del art 76 CPR, lo que lo obliga a regirse por las normas del debido proceso y a que su sentencia emane de un racional y justo procedimiento. Asimismo, las normas mínimas de procedimiento que rigen en todo caso la tramitación de un arbitraje ante un árbitro arbitrador también son manifestaciones de debido proceso.

La respuesta a la segunda cuestión es **no**. La fuente del arbitraje de equidad es la voluntad de las partes, por lo tanto, el árbitro se deberá desenvolver dentro del ámbito de competencia acordado estas en el acuerdo arbitral.

Por último, en relación con la respuesta a la última pregunta, a pesar de que en un principio no había unanimidad dentro de la doctrina acerca de la respuesta, se ha llegado al consenso de que se puede fallar contra ley, siempre y cuando no se trate de normas de orden público, que como hemos visto, son aquellas que miran al interés general de la sociedad.

El último tipo de árbitro es el árbitro mixto. Según el art. 223 inc.3 COT, en los casos en que la ley lo permita, podrá concederse al árbitro de derecho facultades de arbitrador, en

cuanto al procedimiento. En este sentido, los árbitros mixtos pueden regirse por el procedimiento de los árbitros arbitradores, pero deben fallar conforme a la ley (como lo hacen los árbitros de derecho).

iv. Arbitraje forzoso, facultativo o prohibido

Para abordar esta clasificación nos remitiremos a lo señalado al inicio del capítulo, bajo el subtítulo de “Concepto”.

IV. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del arbitraje ha sido difícil de precisar, generando una de las cuestiones más controversiales entre los expertos y académicos.

La naturaleza jurídica de la institución arbitral ha mostrado ser elusiva por diferentes razones, de las cuales se destacan dos. Primero, existe diferencia de opinión sobre cuáles son los elementos esenciales del compuesto arbitral. Segundo, por su frecuente mezcla con otras instituciones (elementos) que hacen que el compuesto final sea complejo (González de Cossío, 2008: 510).

Coexisten diversas doctrinas, que, si bien todas están de acuerdo en que el arbitraje se funda en la voluntad de las partes, se presentan diferencias relevantes en su entendimiento (Vásquez, 2018: 5). Las tesis más recurrentes son tres: contractual, jurisdiccional o procesal y mixta o ecléctica.

i. Teoría contractual

La esencia de esta teoría es la autonomía de la voluntad de las partes. La jurisdicción del árbitro solo se origina cuando las partes de una relación jurídica manifiestan unívocamente su voluntad de someterse a arbitraje.

Es incuestionable el hecho que el arbitraje es un contrato de carácter privado, y que el incumplimiento de este por una de las partes acarrearía consecuencias jurídicas. Lo anterior se explica gracias a uno de los principios vinculados con la autonomía privada, la fuerza obligatoria de los contratos (*pacta sunt servanda*²⁴).

²⁴ El principio enunciado *-pacta sunt servanda-* constituye uno de los pilares de nuestro derecho. Todo el edificio jurídico, construido sobre la base del poder de la voluntad para que los sujetos puedan darse sus propias reglas de conducta, descansa en la confianza de que se cumplirá aquello que se conviene libre y

El carácter contractual del arbitraje se refleja en el hecho que *“a través de una convención, las partes deciden sustraer el conocimiento de un litigio presente o futuro de la jurisdicción del Estado, sustituyendo la intervención de un órgano jurisdiccional público por otro privado”* (Seguel y Díaz, 2016: 2).

El objeto del arbitraje es definido solamente por las partes. Como consecuencia directa de esta delimitación efectuada por las partes, el árbitro se debe someter rigurosamente a lo que estas han estipulado en el acuerdo arbitral. *“Considera al árbitro como un simple mandatario de las partes, que solo actúa en virtud del poder que estas le confieren en el compromiso, a cuyos términos debe ajustarse rigurosamente”* (Aylwin: 2014, 27).

Si esta teoría es aceptada habrá que determinar la naturaleza del contrato celebrado entre el árbitro designado y las partes que deciden someter el asunto a arbitraje. En este sentido, para determinar el tipo de contrato del que emana, así como, los derechos y obligaciones que surgen de su celebración, los autores que sostienen esta teoría contractualista han considerado al árbitro como un mandatario de las partes, dado que estas le han conferido jurisdicción al árbitro a través del acuerdo arbitral.

Esta teoría ha sido objeto de críticas, las que se han centrado en el hecho de que todas las funciones jurisdiccionales que ejecuta el árbitro no pueden ser justificadas desde la óptica de esta teoría, y que de aceptarse se formaría una incoherencia entre las funciones jurisdiccionales que cumple el árbitro²⁵ y el hecho de decir que el árbitro es mandatario de las partes, y que estas le delegan el poder de juzgar.

ii. Teoría jurisdiccional o procesalista

Esta teoría se rige por un criterio totalmente opuesto al anterior. A pesar de que considera la autonomía de la voluntad como un pilar fundante de esta institución, niega que el arbitraje tenga una naturaleza convencional. En su lugar, considera que la institución

conscientemente. *“Los pactos se celebran para cumplirlos”. “Todo aquel que compromete su palabra debe honrarla”. “Los compromisos asumidos no puede eludirse ni desconocerse. Si todo ello no ocurre, será la coerción aportada por el Estado la llamada a imponer la ejecución forzada de la conducta convenida”*(Rodríguez-Grez, 2018).

²⁵ De acuerdo con el artículo 5 del COT, el tribunal arbitral forma parte del Poder Judicial. Nuestro ordenamiento jurídico concibe a los árbitros como jueces, dotados de jurisdicción.

pertenece a la rama del derecho procesal. Pone acento en la fuerza ejecutiva y eficacia de cosa juzgada del arbitraje (Aylwin, 2014: 28).

Esta visión entiende que la función arbitral llevaría de manera implícita la función jurisdiccional del Estado de administrar, y de impartir justicia, y en algunos casos de ejecutarla –en Chile esto último no es absoluto. La facultad de imperio,²⁶ perteneciente al Poder judicial, no es otorgada a los árbitros-. Es más, parte de la doctrina señala que, por esta falta de poder de imperio de los árbitros, estos no gozan de una facultad completamente jurisdiccional, sino que una más bien un tanto limitada.

Como señala el profesor Picand en su libro “*Arbitraje Comercial Internacional*”: “*El Estado le otorga al juez la calidad de arbitro, el rol de las partes es más limitante que el de la teoría contractual, acá solo se limitan a nombrarlo*” (Picand, 2005: 47). Por ende, a diferencia de la teoría contractual, las partes tienen un rol visiblemente más limitado.

Procesalistas modernos afirman que el árbitro cumple una especie de función del poder judicial no permanente, sino temporal²⁷, ya que cuando son designados para solucionar una controversia, sus sentencias son actos auténticos y que al momento de sentenciar su decisión produce el efecto de cosa juzgada. Afirman que las resoluciones judiciales son verdaderas sentencias judiciales (Picand, 2014: 34).

Al igual que la tesis anterior esta posición no ha estado exenta de críticas. Algunas de estas críticas, son, por ejemplo, que en el arbitraje no se da la idea jerárquica de parte de los tribunales estatales hacia los árbitros, sino que más bien se presenta una especie de coordinación. Además, el proceso es de naturaleza absoluta, lo que quiere decir que está sustraído genéricamente de la esfera de acción de los particulares; en cambio, el arbitraje privado no goza de tal naturaleza, ella es dispositiva, no pertenece al *ius cogens* (normas imperativas), sino que al *ius dispositivum* (normas disponibles) (Vásquez, 2018: 59).

Se ha señalado que el arbitraje, a diferencia de los procedimientos regulados en el CPC, es más que un simple proceso; los árbitros tienen su propia existencia en la designación

²⁶ Véase artículo 637 Código de Procedimiento Civil Chileno

²⁷ Glasson, Tissier et Morel

de los particulares, de modo que la fuerza del mandato de los jueces privados reside en la autonomía de la voluntad privada (Vásquez, 2018: 59).

A pesar de sus críticas y de que muchos Estados no han adoptado esta tesis, en Chile se ha acogido esta teoría en cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje. El autor Romero Seguel señala que si bien *"en doctrina y legislación procesal extranjera, condicionadas por su propia realidad jurídica, se discute sobre el carácter jurisdiccional del arbitraje, entre nosotros pacíficamente se ha sostenido desde hace bastante tiempo el contenido jurisdiccional de la justicia arbitral, con las limitaciones que le son propias, y que dicen relación con la falta de imperio que se les desconoce a estos jueces, para hacer uso directo de la fuerza en la ejecución de sus resoluciones que exijan procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas"*(Romero Seguel, 2016: 411).

Asimismo, en nuestro país se sostiene que la fuente de la jurisdicción del árbitro es la constitución y la ley, y **no** la voluntad de las partes. Los árbitros son jueces, al igual que los tribunales ordinarios. Lo anterior también ha sido sostenido por la jurisprudencia. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo del 7 de noviembre de 2012, ha señalado:

"14°. Los árbitros son jueces de la República. Tienen potestad jurisdiccional y competencia para conocer de aquellas materias en el orden temporal que le encarguen las partes; y tratándose de un de un árbitro arbitrador, opera al igual que si se tratase de uno de derecho o mixto, la llamada presunción de prudencia, que consiste en la aplicación de la equidad y la justicia conforme al ámbito que establece el derecho que regla su funcionamiento"(Resolución CA de Santiago, 2020).

Por ende, hay consenso casi absoluto a nivel doctrinario y jurisprudencial de que la labor que realizan los jueces árbitros importa el ejercicio de una jurisdicción extraordinaria, análoga a la que ejercen los tribunales ordinarios, con carácter público (Letelier y Figueroa, 2020: 131).

iii. Teoría mixta

La tesis mixta o ecléctica es una línea difusa que se encuentra entre las dos teorías explicadas anteriormente- contractual y procesal-, buscando combinar ambas posiciones.

Según esta teoría el arbitraje es una institución *sui generis*, de naturaleza híbrida, en la que conviven, como un todo indisoluble, el origen contractual de la misma, el acuerdo arbitral, con sus efectos procesales que ella produce, como ocurre con la sentencia (Sandoval, 2005: 19).

El profesor Cristian Maturana se encuentra de acuerdo con lo anterior. En el libro colectivo escrito por Eduardo Picand “Estudios de Arbitraje. Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azocar” señala: “es la que presenta más adeptos en la doctrina en la actualidad, asimila la concurrencia de los elementos de ambas doctrinas para adaptarlas en la mejor forma a la institución del arbitraje” (Maturana, 2014: 1003).

Esta tesis busca un equilibrio para explicar la naturaleza del arbitraje, intentando capturar los beneficios de ambas tesis. Por ejemplo, busca concretar la idea de la tesis contractualista, de que el pacto arbitral, como contrato es una ley para las partes, al tiempo que recoge lo señalado por la teoría procesalista, en el sentido que el árbitro es un juez, y por lo tanto la sentencia que dicta produce el efecto de cosa juzgada y tiene mérito ejecutivo.

V. Límites en el arbitraje

El arbitraje se encuentra limitado en dos grandes áreas o vertientes. La primera es en relación con la competencia que las partes le otorgan al árbitro. La segunda limitante, que no ha sido abordada por la doctrina clásica con la profundidad que requiere, es la arbitrabilidad. La arbitrabilidad es una limitante al arbitraje que presenta dos aristas: la arbitrabilidad subjetiva o *rationae personae*, y la arbitrabilidad objetiva o *rationae materiae*. A continuación, nos referiremos a cada una de estas limitantes al arbitraje.

i. Competencia

El principal elemento del arbitraje es la autonomía de la voluntad. Como se mencionó *supra* el acuerdo entre las partes, reflejado en el compromiso o en la cláusula compromisoria es un requisito indispensable para el arbitraje. De esta manera, el árbitro no tendría la facultad de resolver el caso concreto si las partes no lo han acordado así.

Por ello, la fuente creadora del arbitraje es también un límite a este. Es incuestionable que con fundamento en la voluntad de las partes y el principio *pacta sunt servanda*, los

árbitros no pueden, en ninguna circunstancia, extralimitarse del marco jurídico y práctico otorgado por las partes²⁸.

Lo que se limita en este aspecto no es el poder de juzgar del árbitro, ya que se presume que este fue otorgado por las partes del compromiso. Lo que se restringe en realidad es la extensión de este poder. Se pueden visualizar cuatro límites en cuanto a la competencia del árbitro: (a) en cuanto a las personas, (b) en cuanto a la materia, (c) en cuanto a las facultades, (d) en cuanto al tiempo.

Estas cuatro limitantes se evalúan al momento de tratar la competencia del tribunal arbitral, específicamente en las observaciones a la jurisdicción. La primera limitante, es la competencia *rationae personae*, la cual se traduce en la extensión del acuerdo arbitral en cuanto a las personas, es decir, que partes están realmente obligadas por el convenio arbitral.

La opinión mayoritaria²⁹ ha señalado que las partes que se encuentran vinculadas al pacto son las que han concurrido de forma expresa y voluntaria a su celebración. Es decir, se ha entendido que “*nadie puede ser arrastrado al arbitraje sin que haya manifestado libremente su voluntad de someter determinadas controversias al conocimiento de un juez árbitro*”(Labbé, 2018: 203). Lo anterior, se traduce en que la competencia del árbitro no podrá abarcar a más partes de las que celebraron el acuerdo arbitral.

La segunda limitante tiene que ver con la extensión de la competencia del juez árbitro en relación con la materia del asunto particular. Esta es la competencia *rationae materia*, el árbitro no podrá conocer de un asunto que no fue considerado dentro del pacto arbitral, o las que eventualmente fueran materias prohibidas por la ley.

Es más, la Corte Suprema se ha pronunciado sobre esta limitante, fallando que “*los árbitros no tienen más facultades que las que les confieren las partes o el juez en el título de su nombramiento*³⁰”.

²⁸ Esta regla no es absoluta. Porque hay normas que aunque no sean acordadas por las partes, son de orden público, y por lo tanto, los árbitros no las pueden ignorar

²⁹ Vásquez Palma, María Fernanda (2009): *Arbitraje en Chile, análisis crítico de su normativa y jurisprudencia*, Santiago: Lega Publishing, 384; Romero Seguel, Alejandro y Díaz Villalobos, José Ignacio (2016): *El arbitraje interno y comercial internacional*, Segunda Edición, Santiago: Ediciones UC, 35; Aylwin Azócar, Patricio (2005): *El Juicio Arbitral*, 5ª ed, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p.379, entre otros.

³⁰ C. Suprema, Revista, t. XXVI, sec. 1ª, 367.

“22° Que la regla de competencia “rationae materiae”, en un juicio arbitral, es una regla de carácter convencional, por cuanto las facultades del árbitro son determinadas por las partes, dentro de los límites que la ley establece, y que debe ser entendida al tenor de la voluntad de los intervinientes en el procedimiento de partición, resultando en este caso relevante para dete causa” (cuál es el real objeto de la partición, analizar las actuaciones que las partes -y especialmente el incidentista- han tenido durante toda la tramitación de la presente causa” (Resolución CA de San Miguel, 2010)

La restricción de la competencia del árbitro en cuanto a sus facultades dice relación con la falta de poder de imperio de los jueces árbitros. De acuerdo con lo mencionado *supra* esta es una de las diferencias fundamentales entre el árbitro y los tribunales permanentes de justicia. Los árbitros tienen solo dos de las tres “fases de la jurisdicción”, que son conocer, juzgar y ejecutar lo juzgado. Los árbitros **no** tienen la facultad de ejecutar lo juzgado; *“habiendo sido investidos privadamente por particulares y no públicamente por el Estado, no pueden ordenar por sí mismos el empleo de la fuerza coactiva del poder público para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones”* (Aylwin, 2009;404)

La competencia en cuanto al tiempo, o *rationae temporis* es la última limitante que se relaciona con la extensión temporal de la competencia que se le otorga al árbitro por las partes, o por la ley en subsidio. A diferencia de los tribunales ordinarios la jurisdicción de los árbitros no es permanente, sino transitoria.

La jurisdicción del árbitro dura lo que acuerden las partes en el compromiso, si los compromisarios nada han dicho el artículo en el artículo 235 del COT señala que, *“Si faltare la designación del tiempo, se entenderá que el árbitro debe evacuar su encargo en el término de dos años contados desde su aceptación”*.

La idea anterior, es decir, que el legislador haya señalado que el árbitro “debe evacuar el encargo”, quiere decir es que *“en ese lapso aquél debe realizar todas las actuaciones del caso hasta la dictación de la sentencia definitiva y su notificación, lo que no obsta a la posibilidad de que las partes deduzcan en contra de la sentencia los recursos legales a que haya lugar”* (Aylwin, 2009: 419).

No ahondaremos más en el detalle de estas cuatro limitantes, ya que ello no es necesario para el objeto de este trabajo. Lo anterior se explica porque no discutiremos acerca

de la extensión del poder arbitral, es decir de la extensión de la competencia del árbitro en una determinada causa. Más bien, ahondaremos el problema de si una materia respectiva es arbitrable o no.

ii. Arbitrabilidad

Se ha señalado que “*La función jurisdiccional de los árbitros no es esencialmente igual a la de los jueces. La primera no tiene un carácter imperativo y amplio como la segunda, dependiendo de un acto voluntario de adhesión y tiene ciertos límites acerca de las materias que estos pueden conocer. La jurisdicción arbitral es generalmente voluntaria y limitada*” (Caivano, 2013: 4).

Conforme a la cita efectuada, puede observarse que a pesar de que voluntariamente las partes hayan designado árbitros para solucionar un conflicto, el legislador establece ciertos límites a las materias que pueden ser objeto de arbitraje. La razón de ello se encuentra en la consideración de bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así sea que estén investidos temporalmente del poder jurisdiccional.

En este contexto, dentro de la jurisdicción de los árbitros aparece el concepto de arbitrabilidad, esto es, a la capacidad de una controversia o disputa de ser resuelta mediante un proceso de arbitraje. Es decir, se trata de determinar si una disputa puede ser sometida a la decisión de un árbitro o un tribunal de arbitraje, en lugar de ser resuelta por un tribunal perteneciente a la justicia ordinaria.

La arbitrabilidad depende en gran medida de la naturaleza de la disputa y de las leyes aplicables en la jurisdicción correspondiente. En general, la mayoría de las disputas pueden ser sometidas a arbitraje, siempre y cuando las partes involucradas estén de acuerdo en hacerlo y el asunto en cuestión no esté expresamente excluido por ley.

La doctrina tradicional ha dividido en dos ramas el concepto de arbitrabilidad. Primero, la arbitrabilidad objetiva o *rationae materia*, la cual se centra en si un determinado asunto puede resolverse mediante arbitraje (Bakalarou y Willocks, 2024). En segundo lugar, la arbitrabilidad subjetiva o *rationae persona*, la cual se refiere a controversias en las que ciertos individuos o entidades son considerados incapaces para someter sus disputas a arbitraje según normas legales que lo prohíben o que establecen condiciones para ello (Naizir, 2019).

En el caso de la arbitrabilidad subjetiva *“es obvio que solo podrán acudir al arbitraje aquellas personas, físicas o jurídicas, que puedan disponer libremente de sus derechos y, particularmente, de la materia objeto del arbitraje, lo cual inmediatamente excluye a los incapaces y a todo aquel que se encuentre en una situación de capitis diminutio”*(Castillo y otros, 2019: 189).

Según el profesor Böckstiegel, al determinar si un asunto es arbitrable se debe considerar que ambos criterios, es *decir*, la arbitrabilidad subjetiva y objetiva, se satisfacen.

En consecuencia, para definir la arbitrabilidad de una materia específica, habrá que hacer un análisis exhaustivo del asunto que se someterá a arbitraje en el caso concreto. Habrá que analizar a las partes del acuerdo arbitral, si éstas pueden someterse a arbitraje. También corresponde analizar si la materia es arbitrable o no.

En este trabajo nos centraremos en la figura de la arbitrabilidad objetiva, por ser aquella que dice relación con el objeto de discusión de este trabajo (¿Es posible la arbitrabilidad de los daños en sede de libre competencia?)

Que el asunto sea arbitrable es uno de los fundamentos del arbitraje, si la materia es inarbitrable el pacto arbitral será inválido, y traerá como consecuencia inevitable la nulidad del pacto, y por consiguiente de todo el procedimiento arbitral. De acuerdo con lo señalado *supra*, en Chile, aunque no hay una opinión uniforme acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, si hay consenso en que existe un contrato de índole privada de por medio. Considerando lo anterior: *“la arbitrabilidad representa la licitud de su objeto que es condición de validez de este, entonces, la primera vía que se ofrece al control de la arbitrabilidad es la acción genérica de nulidad de los contratos que debe juzgar el propio árbitro”* (Vásquez, 2018: 442).

Con el fin de simplificar el análisis de los criterios que generan que un conflicto sea arbitrable y no arbitrable, se podrían agrupar distintos criterios en dos categorías. En primer lugar, se encuentran la patrimonialidad del conflicto y disponibilidad de derechos subjetivos. La segunda categoría agrupa las materias que no son arbitrables. Esta categoría tiene tres criterios distintivos: la indisponibilidad material de los derechos, el orden público y que el asunto sea potencialmente capaz de vulnerar intereses de terceros, si se cumplen estos

criterios, a fin de salvaguardar los intereses en juego, este tipo de conflictos deben resolverse ante la justicia estatal.

a. Criterios de arbitrabilidad

En relación con los criterios de arbitrabilidad que se agrupan en una dimensión positiva (disponibilidad y patrimonialidad), podríamos decir que *“si bien podría considerarse que la disponibilidad es un criterio genérico que envuelve la patrimonialidad como pauta particular, lo cierto es que esta última se refiere a una concreta materia que posee este carácter, mientras que la libre disposición se da cuando las partes pueden disponer de mutuo acuerdo sobre un determinado derecho, de modo que en este caso se atiende a un lineamiento distinto como es el derecho y no la materia, lo que explica cómo ambos criterios puedan converger y separarse en determinados casos”*(Vásquez, 2018: 448).

Hay autores como Silvia Gaspar que han asegurado que el *“criterio de disponibilidad de un derecho es tan abstracto, variable y genérico que le resta utilidad a este criterio como pauta determinante del ámbito material del arbitraje”* (Gaspar, 1998: 89). En otras palabras, se ha señalado por parte de la doctrina, con lo que concurrimos, que el criterio de disposición de los derechos no debe ser un criterio que defina si la materia es arbitrable o no. Esto por dos razones. Primero, por lo que dice Gaspar, que no es un criterio definido, que otorgue seguridad jurídica; si no más bien es un criterio que puede ir mutando con el tiempo. Segundo, porque hay materias que parecen no ser disponibles, pero si arbitrables (algunas materias de familia).

En cuanto al ámbito de la patrimonialidad del objeto, el autor Campos Medina ha señalado que la patrimonialidad ha sido utilizada como un elemento para reforzar el hecho que las partes tengan libre disposición sobre ese derecho. Si el objeto de la controversia es de carácter patrimonial, es arbitrable (Campos Medina, 2006: 320).

Ordenamientos jurídicos comparados han considerado que el hecho de que las materias tengan un componente patrimonial las hace automáticamente arbitrables. Por ejemplo, en el caso del derecho español el criterio utilizado para identificar a las materias susceptibles de arbitraje es el de la *“libre disposición conforme a derecho”* (Art. 2 N°1 Ley

60/2003)³¹ (Vásquez, 2006), asimilando la libre disposición a la “*patrimonialidad de la materia*”, por lo tanto, los asuntos patrimoniales (en cuanto a la materia) son disponibles, y, por ende, arbitrables.

No compartimos la idea de que la patrimonialidad de un asunto sea un elemento suficiente para determinar su arbitrabilidad. No todos los derechos patrimoniales son disponibles. Existen materias patrimoniales no disponibles o que caen bajo una atribución imperativa de jurisdicción y no se pueden arbitrar ni aún en la vertiente internacional apreciada desde el punto de vista de un ordenamiento jurídico interno (Fernández, 2019: 9).

Es cierto que el criterio de la “*patrimonialidad del asunto*” ha sido usado para determinar la arbitrabilidad. Es más, ha sido de los pocos criterios que se han mantenido uniformes a lo largo del tiempo. Pero surge la interrogante de si este criterio, ha surgido como una solución inconsciente y un tanto simplista al recurrir a un concepto como la “*patrimonialidad*”, de uso conocido y que puede trasladarse a esta área sin mayores disquisiciones. Con ello buscaría evitarse un problema que surge por un vacío legislativo que no ha podido delimitar detalladamente el ámbito de la arbitrabilidad, o por dar una directriz sobre las materias que no podrán ser susceptibles de ser solucionadas por este tercero imparcial designado por las partes.

De todas formas, hay criterios que prevalecen sobre la patrimonialidad del asunto, como es el caso de materias de orden público en el que el asunto afecta al interés general de la sociedad.

b. Criterios de inarbitrabilidad

El orden público aparece como la gran limitante a la arbitrabilidad de un asunto. Los destacados autores nacionales Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva definen orden público como:

“Orden público es el conjunto de normas y principios jurídicos que tienden a resguardar primordialmente los intereses generales de una sociedad determinada en un

³¹ Por su parte, los derechos suizo y alemán se refieren respectivamente a las “causas de naturaleza patrimonial” (Art. 177 de la Ley Federal Suiza sobre DIPR de 1987), y a las “pretensiones que tienen un valor económico para las partes” (Art. 1.030 de la Ley Alemana de arbitraje de 1997). La ley Modelo UNCITRAL, asimismo, plantea la “mercantilidad” como criterio a seguir en torno a la arbitrabilidad (Art. 1°). (Vásquez, 2006)

momento histórico de su existencia. El respeto de esas normas y principios resulta indispensable para mantener la organización de dicha sociedad, el buen funcionamiento de las instituciones básicas que la configuran” (Alessandri y Somarriva, 2019:3; citados por Cavada, 2019).

La institución de orden público presenta el problema de que no otorga mayor seguridad jurídica, ya que, no existe una visión unívoca sobre el concepto, ya que difiere en su concepción y en su contenido según el Estado del que se trate. Por lo anterior, el fenómeno recién apuntado genera no pocas dificultades al momento de fijar un baremo común de contenidos valóricos entre un ordenamiento y otro, que permita abordar una descripción unitaria del concepto de “orden público” que los encierra (Jequier, 2020: 38).

Continuando con la idea anterior, el profesor Jequier también señala *“que es evidente que los principios y valores involucrados en las normas de ius cogens que lo modelan no son necesariamente los mismos en cada caso, variando incluso en el ámbito interno de cada sociedad conforme el tiempo y las circunstancias que lo determinan”* (Jequier, 2020: 4)

El concepto de orden público, por ende, puede tener elementos que difieran entre los ordenamientos jurídicos. En el caso de Chile podemos apreciar que la definición es un tanto genérica. Ello ha llevado a que en la discusión acerca de arbitrabilidad de distintas materias se ha habido diversas opiniones sobre su alcance y se ha intentado resolver como converge la arbitrabilidad de una materia con el uso de normas imperativas o de materias indisponible, conceptos que muchas veces se confunden con la noción de orden público.

La indisponibilidad y la no arbitrabilidad tienen una relación incuestionable, dado que el legislador ha empleado estas herramientas para asegurar la tutela efectiva de un respectivo derecho. La indisponibilidad de las normas quiere decir que estas no pueden ser alteradas por los particulares, dado que dicen relación con materias que afectan en general a toda la sociedad. Por eso muchas veces los derechos que surgen de este tipo de normas son inarbitrables.

Pero la regla señalada en el párrafo anterior no es absoluta. Si bien los derechos que no son arbitrables regularmente tampoco son disponibles, no es lo mismo a la inversa. No todas las normas de orden público que consagran derechos indisponibles impiden el sometimiento a arbitraje de las cuestiones vinculadas a ellas (Caivano,2013: 15).

Ocurre algo similar con las normas imperativas. Recordemos que la doctrina generalmente ha clasificado las normas en tres categorías: dispositivas, imperativas y prohibitivas. Las normas imperativas “*son las que mandan hacer algo, o cumplir con una serie de requisitos para que un acto o contrato tenga eficacia jurídica*”(Orrego, 2023: 6), de modo que, en general, cuando se infringe una norma imperativa, que afecte el interés público, la sanción es nulidad.

Se señala que las materias que son de orden público se confunden con las materias reguladas con normas imperativas. Una norma puede ser imperativa sin afectar al orden público, o viceversa. Por ejemplo, cuestiones en las que la norma es imperativa, pero el derecho es disponible (contrato de agencia, arrendamientos, sociedades, defensa de la competencia) son perfectamente arbitrables (Fernández-Armesto, 2005: 23).

En otras palabras, que exista una norma imperativa de interés público, no derogable por los particulares no hace la materia *per se* **inarbitrable** (Mantilla Serrano, 2005: 48), sino que lo que implican este tipo de normas es que el árbitro, al momento de resolver el asunto deberá necesariamente aplicarlas. Es más, las legislaciones modernas al momento de tratar esta idea como criterio de arbitrabilidad, emplean el término: **contrario al orden público**. La materia puede ser una materia de orden público y ser arbitrable, siempre y cuando las partes y el árbitro respeten su aplicación en el caso concreto.

Ante lo anterior se concluye que el orden público no presupone inmediatamente que un asunto sea inarbitrable. Como menciona González de Cossío “*existen temas de orden público que son arbitrables, materias que no son arbitrables por ser de orden público, y materias que son tanto de orden público como inarbitrables. El que existan variables diversas necesariamente implica que no son lo mismo*” (González de Cossío, 2008: 21).

Conforme a lo anterior, nos continuamos preguntando ¿Cuál es el rol que cumple el orden público en su función limitadora del arbitraje?

El orden público es un límite a la arbitrabilidad de la materia en el sentido que prohíbe el sometimiento a arbitraje de materias que son indispensables para el buen funcionamiento de la sociedad y que su resolución afectaría de manera directa a terceros, teniendo la sentencia efectos *erga omnes*. Por lo tanto, se le otorga por parte del legislador jurisdicción a los tribunales ordinarios, o a un tribunal especializado para resolver este asunto.

Analizaremos más detalladamente la arbitrabilidad objetiva en Chile, y en específico en el área de libre competencia en el capítulo 3 y 4 de este trabajo. A continuación, como se explicó al inicio del capítulo, abordaremos la segunda área que converge en este tema con el arbitraje: Libre competencia.

Capítulo 2: Mirada al sistema de libre competencia en Chile

Para comprender si en Chile las materias de libre competencia son capaz de someterse a arbitraje y si los daños emanados de ilícitos anticompetitivos son arbitrables, es necesario realizar un análisis exhaustivo de estas dos instituciones jurídicas - arbitraje y libre competencia- para llegar a una conclusión, es decir, si estas dos áreas pueden converger en algún momento o no.

En el primer capítulo de este trabajo se realizó un recorrido a través de nuestro régimen de arbitraje interno, dilucidando su concepto, características, y finalizando el capítulo con una sección sobre la arbitrabilidad como límite al arbitraje.

En este capítulo se analizará la evolución y funcionamiento del sistema de libre competencia en Chile. Esto, ayudará a arribar a una fundada conclusión acerca de si las materias en el área de libre competencia y los daños derivados de estas materias son arbitrables en Chile.

El derecho de la competencia es un concepto amplio y difícil de dilucidar tanto a nivel global como nacional. Autores, tanto nacionales, como extranjeros han realizado múltiples intentos por llegar a un concepto de derecho de la competencia.

El profesor David Greber señala: “(...) *el derecho de la competencia está destinado a proteger el proceso competitivo de las restricciones que pueden afectar su funcionamiento y reducir sus beneficios. Cuando se implementan de manera efectiva, pueden desempeñar un papel importante en el apoyo al proceso competitivo y, por lo tanto, en la maximización de los beneficios que puede brindar*” (Greber, 2010).

También hay definiciones del derecho de la libre competencia que son menos amplias que la del profesor Grebaer. Los expertos en libre competencia Jones, Sufrin y Dhune señalan:

“(…) el derecho de la competencia se ocupa de prevenir acuerdos restrictivos entre empresas, vigilar mercados oligopólicos, prevenir las consecuencias anticompetitivas del ejercicio de un poder sustancial de mercado y prevenir fusiones que conduzcan a concentraciones de poder de mercado con consecuencias anticompetitivas. El derecho de la competencia en la Unión Europea también se refiere a las ayudas estatales, en virtud de las cuales los Estados miembros dan un trato favorable a determinadas empresas” (Jones y otros, 2023).

De acuerdo con el Deputy Assistant Atorny General de la Division de Libre Competencia del DOJ (Departamento de justicia estadounidense) *“La competencia es el proceso mediante el cual las fuerzas del mercado operan libremente para asegurar que los escasos recursos de la sociedad se empleen de la manera más eficiente posible para maximizar el bienestar económico total”*³²(Kolasky, 2002: 4).

En el caso de nuestro país, en el recurso de reclamación interpuesto ante la Corte Suprema (CS) por parte de la ANFP en contra de la sentencia 173-2020, la Corte resolvió³³:

“4º: (...) En este aspecto, se ha dicho que “la libre competencia es un bien jurídico protegido de aquellos denominados públicos, que dice relación con el funcionamiento de un sistema que promueve una forma de orden social mediante la cual se armoniza el ejercicio de la libertad de competencia mercantil por parte de todos los ciudadanos que la ostentan. Esta armonización se logra por la vía de limitar estas libertades según explicaremos y de esta forma se tutela que todos y cada uno de los ciudadanos interesados en ello puedan ejercitar adecuadamente su libertad de competencia mercantil” (Valdés, 2006: 188)

Ahora bien, dado el concepto y el fin de la libre competencia que ha entregado nuestro tribunal supremo es relevante, para tener un alcance más gompleso del sistema de libre

³² Traducción libre, cita original: *“competition is the process by which market forces operate freely to assure that societies scarce resources are employed as efficiently as possible to maximize total economic welfare”*.

³³ ANFP contra FNE (2021), Corte Suprema, rol N°94.189-2020, 26 de septiembre 2021.

competencia en Chile, es necesario examinar distintos conceptos económicos que se aplican en el análisis del derecho de la competencia tanto en Chile, como en modelos comparados.

Dentro del mercado nos encontramos con tres modelos principales de estructura de mercado, el modelo de competencia perfecta en un extremo, el oligopolio como la estructura “normal” de una empresa en el mercado, y, por último, en el extremo opuesto al modelo de competencia perfecta, el monopolio.

La competencia perfecta, es un modelo teórico creado por economistas para evaluar el comportamiento de los agentes económicos en el mercado. El profesor Domingo Valdés en su libro *“Libre competencia y monopolio”* explica que el modelo de competencia perfecta es un modelo ideal.

La competencia perfecta es *“el paradigma utilizado por la economía para la descripción del funcionamiento del mercado cuya característica medular es el hecho de que ni oferentes ni demandantes puedan aisladamente influir en el precio, cantidad calidad u otro variable de mercado”*(Valdés, 2006: 39).

Este modelo asume que la utopía de la competencia perfecta requiere diversos elementos; solo basta con que falte uno de ellos para que el mercado sea imperfecto. Los elementos de esta construcción mental son: mercancía homogénea, mercado atomístico³⁴, que no haya barreras de entrada ni de salida (naturales o artificiales), libre movilidad factores productivos y transparencia de información en los mercados (Yrarrázabal, 2018).

El modelo que actúa como “punto medio” en la estructura de los mercados es el oligopolio. También conocido como mercado de competencia imperfecta. *“Un oligopolio es un mercado de pocas empresas, que son conscientes de su interdependencia en la toma de decisiones estratégicas, por ejemplo, sobre precios, producción y calidad”*(Comisión Europea, 2004: 37).

En este modelo cada empresa tiene un nivel de poder de mercado en el que obtiene beneficios, pero que, a diferencia de las conductas contrarias a la competencia, cuando obtiene los beneficios económicos no perjudica a los demás competidores. *“Los oligopolios*

³⁴ *“Cada partícipe maneja una mínima parte del mercado, insuficiente para ejercer poder alguno en su totalidad.”* (Aimone, 2017:6)

*son mercados en los que los competidores que maximizan los beneficios establecen sus estrategias prestando mucha atención a cómo es probable que reaccionen sus rivales. La interdependencia oligopólica también puede fomentar una coordinación anticompetitiva*³⁵. (OCDE, 1999: 1).

En último lugar, nos encontramos con el monopolio, un modelo de estructura de mercado opuesto a la competencia deseada, que per se no es ilícito. Solo será sancionado por el derecho de la competencia cuando el agente económico abusa de su poder de mercado. En el monopolio hay un solo oferente, el monopolio tiene que ver con tener el poder en el mercado para fijar precio con independencia de sus rivales (ausentes en realidad) y de los consumidores³⁶.

Cuando uno comienza a estudiar el derecho de la competencia, es muy probable que asuma que todos los monopolios son anticompetitivos. Esto, ha sido desestimado por los conocedores de esta materia, por ejemplo, en el año 2004 en la causa llevada ante la Corte Suprema de ese país, “*Verizon Communications Inc., Petitioner v. Law Offices of Curtis V. Trinko Llp*”, el juez Antonin Scalia en su documento “*Opinion of the Court*” señaló:

*“La mera posesión de poder monopolístico, y el cobro concomitante de precios monopolísticos, no sólo no es ilegal; Es un elemento importante del sistema de libre mercado. La oportunidad de cobrar precios de monopolio, al menos durante un corto período, es lo que atrae la “perspicacia comercial” en primer lugar; Induce a la asunción de riesgos que producen innovación y crecimiento económico. Para salvaguardar el incentivo a la innovación, la posesión de poder monopolístico no se considerará ilegal a menos que vaya acompañada de un elemento de conducta anticompetitiva*³⁷ (Scalia, 2004: 7).

³⁵ Traducción libre, cita original “*Oligopolies are markets where profit maximising competitors set their strategies by paying close attention to how their rivals are likely to react... Oligopoly inter-dependence can also foster anti-competitive coordination*”.

³⁶ Para más información acerca de la estructura de mercado monopolística véase Varían, Hal (2010) *:Microeconomía intermedia*, Barcelona: Antoni Bosch.

³⁷ Traducción libre, cita original: “*The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices at least for a short period is what attracts “business acumen” in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct*”.

Al monopolista que abusa de su poder de mercado, lo que le interesa en realidad, es fijar los precios para maximizar su utilidad, en desmedro de los demás competidores y consumidores. Esto acarrea una disminución de la cantidad ofrecida, es decir, hay un incremento del excedente del productor en perjuicio del excedente del consumidor.

Para cerrar este “glosario” de términos económicos, que son fundamentales para comprender el derecho de la competencia, nos referiremos brevemente al poder de mercado. De acuerdo con el glosario elaborado por la Comisión Europea el año 2004 *“El poder de mercado es una medida de la fortaleza de una empresa en el mercado y se define como la capacidad que tiene para subir los precios por encima de sus costos marginales de manera rentable”* (Comisión Europea, 2004: 33).

El poder de mercado se puede calcular utilizando distintos *tests* pertinentes, por ejemplo, la prueba *Aeda Turner*. La posesión de poder de mercado no es un ilícito en sí mismo, de hecho, la obtención de este es una de las grandes motivaciones para los competidores en la economía de mercado. Es un ilícito cuando se ha obtenido el poder de mercado por vías ilegítimas (colusión) o se ha ejercido abusivamente el poder de mercado (abuso de posición dominante).

Por último, hay que recalcar que monopolio no es sinónimo de poder de mercado, son cosas distintas. El abuso de este último no solamente existe en estructuras monopólicas (aunque si, una estructura de ese estilo es más propensa a caer en un ilícito anticompetitivo), pero también se presenta en mercados con estructuras oligopólicas. *“En las industrias del mundo real, donde existen costos fijos y es poco probable que todos los consumidores perciban los productos como sustitutos perfectos, deberíamos esperar que todas las empresas tengan algún grado de poder de mercado”* (CeCo: 2021).

Ahora, que ya se entregaron cuatro conceptos relevantes para entender la libre competencia, y se explicó como esta ha sido comprendida globalmente, nos adentraremos específicamente al caso de Chile.

En Chile, el derecho de la libre competencia tiene un fin distinto al de otros modelos comparados. Como señala el ex fiscal nacional económico, Felipe Irazabal, *“En el caso chileno, la defensa de la libre competencia tiene una marcada orientación hacia la eficiencia total en los mercados. Esto marca una diferencia con otros sistemas de defensa de*

*competencia, que hacen expresa mención a la maximización del bienestar de los consumidores. En nuestro caso, la defensa de la libre competencia persigue alcanzar la máxima eficiencia, o lo que los economistas entienden como “el excedente total”*³⁸(Irrarrazabal, 2010: 1).

El exfiscal señala en el mismo documento que el objetivo principal de la libre competencia en Chile, a diferencia de distintos modelos comparados, como por ejemplo el de la UE³⁹, es promover un ambiente que sea adecuado y seguro para que los agentes económicos puedan maximizar los beneficios recibidos en esta economía de libre mercado.

El fin de la libre competencia ha sido objeto de extensas discusiones. Como ya vimos, parte de la doctrina apoya que el fin principal de la libre competencia es alcanzar una máxima eficiencia en el mercado. Por el otro lado, está la tesis contraria, el fin de la libre competencia es la protección y bienestar del consumidor⁴⁰.

Lo señalado por el ex fiscal nacional económico- fin del sistema de libre competencia en Chile es la eficiencia económica- se sustenta en dos artículos del DL 211. Estas normas persiguen como objetivo el resguardo de la competencia del mercado y la reducción de costos administrativos.

El artículo 2 de la ley señala la función principal de la Fiscalía Nacional Económica (en adelante “FNE”) y el TDLC

*“Corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, **dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados**”.*

Del mismo modo, el artículo 5 señala:

³⁸ Art 2, 3 y 5 DL 211

³⁹ Este modelo se centra en maximizar el bienestar de los consumidores. Asumiendo así, el hecho, de que esto generará un círculo virtuoso, el cual creará una armonía en las relaciones de libre mercado. Para más información sobre este tema ver: Capítulo “*Competition Law in Europe*” del libro “*Competition law and antitrust*” escrito por David Gerber el año 2020.

⁴⁰ Esta tesis señala que el fin de la libre competencia es el bienestar del consumidor. En el seminario organizado por el Diplomado en Libre Competencia de la facultad de derecho de la UAI y el Centro de Competencia, “*¿Qué protege el derecho de la libre competencia y su institucionalidad?*”, la económica Andrea Butelmann señaló “*las leyes deben proteger a los ciudadanos del poder y del abuso, tanto de los privados como del Estado. Por tanto, para mí, el bien jurídico protegido (por el derecho de la libre competencia) es el proceso competitivo en los mercados, lo que sin duda debería redundar en el **bienestar de los consumidores**”.*

*“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será **prevenir, corregir y sancionar** los atentados a la libre competencia”.*

Coincidimos con la posición del ex fiscal. Principalmente por dos razones. La primera razón – y más obvia- porque aparece literal en el texto normativo de los artículos 2 y 5 del DL 211, es que el fin de esta ley es “**prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia**”. Estos artículos nunca mencionan el bienestar o la protección a los consumidores, pero si, a la competencia y al mercado.

La segunda razón es la señalada por la abogada Virginia Rivas. Entre el derecho de la competencia y el derecho del consumidor, hay definitivamente una interacción, “*ambas regulaciones apuntan al comportamiento de los agentes económicos en los mercados, enfocándose en la licitud o ilicitud de ciertas conductas. En ese sentido, ambas áreas pueden ser caracterizadas como regulaciones de carácter conductual*” (Rivas, 2020: 5).

Es decir, ambos regímenes si interactúan, pero, el principal objetivo de la libre competencia es lograr “*apropiado funcionamiento de la oferta en los mercados, evitando que se afecten los suministros, se eleven los precios en la cadena productiva o se abuse del poder de mercado*” (Leary, 2005: 1148).

Por su parte, la normativa de protección al consumidor se enfoca principalmente en cómo funcionan los mercados desde el punto de vista de la demanda de los consumidores.

El derecho de la competencia indirectamente va a buscar proteger a los consumidores, ya que estos son un pilar esencial en el mercado. Pero, lo anterior, nunca se podría lograr si es que la prioridad de la libre competencia no sería lo señalado en los artículos 2 y 5 del DL 211⁴¹, es decir, lograr la eficiencia económica.

El sistema de libre competencia en Chile dota de seguridad a los distintos agentes económicos que se desempeñan en este mercado competitivo, el marco legal (DL 211) con

⁴¹ Virginia Rivas ha señalado que “*el potencial efecto beneficioso de la libre competencia respecto de los consumidores aparece en forma indirecta, ya que, como consecuencia del correcto funcionamiento de la oferta, los consumidores pueden disfrutar de mayor variedad de oferentes y mejores precios*”(2020:5).

incentivos y castigos permite a los distintos agentes económicos arribar vía formas legítimas a su máximo grado de eficiencia en el mercado.

Es muy importante para poder comprender la importancia del derecho a la libre competencia, hacer referencia a su historia. Lo anterior será un vehículo para comprender como la globalización, los cambios políticos y el cambio en nuestra sociedad tanto nacional como mundial, han generado una nueva necesidad, asociada a la de regular las materias relacionadas con este mercado.

En este sentido, surgió la imperiosa necesidad de regular y fiscalizar por un ente gubernamental, como la FNE, la competencia en los mercados, la cual, se ha vuelto un pilar fundamental para el desarrollo de la economía moderna.

Además de la evolución del sistema de libre competencia, se explicarán las distintas instituciones relevantes para este sistema en Chile, como la FNE y el TDLC. Se comentará como estas instituciones son esenciales para el mantenimiento y respeto a la competencia.

También se hará una referencia al rol de la Corte Suprema como único tribunal con competencia común que puede participar en algunos de los procedimientos señalados en el DL 211. Esto, siempre y cuando, las partes deduzcan el recurso de reclamación, que es el régimen recursivo que se contempla en materia de libre competencia para habilitar el conocimiento de la causa ante la Corte Suprema ⁴².

En la segunda parte de este capítulo se procederá a explicar en detalle el sistema de libre competencia en Chile. Primero, se abordará el sistema desde una perspectiva sustantiva. Describiendo los distintos ilícitos anticompetitivos que se encuentran en el DL 211 como el delito de colusión, abuso de posición dominante, interlocking, etc.

Continuando con la segunda parte de este capítulo, se ilustrará el sistema de la libre competencia desde su enfoque procedimental, es decir, los distintos procedimientos que señala el DL 211. Los dos grandes procedimientos que ofrece la ley son el contencioso y el

⁴² Art 27 inc. 2 DL 211: “Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 26, como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas. Dicho recurso deberá ser fundado y podrá interponerlo el fiscal nacional Económico o cualesquiera de las partes, en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde la respectiva notificación. Este plazo se ampliará con el aumento que corresponda al lugar en que tenga su domicilio el afectado, si éste fuere distinto al de la sede del Tribunal, de conformidad con la tabla a que se refiere el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil”.

no contencioso. Dentro de estas dos categorías hay distintos tipos de procedimientos. Como el requerimiento (demanda de la FNE) o el procedimiento de consulta (de una empresa a otra, este procedimiento es ante el TDLC). También se procederá a explicar el procedimiento de daños que actualmente se encuentra regulado en el artículo 30 del DL 211.

En consecuencia, este capítulo se estructurará del siguiente modo: (I) Historia y desarrollo de la libre competencia en Chile, (II) Instituciones, y (III) Sistema de la Libre Competencia en Chile: (a) Perspectiva sustantiva, y (b) Perspectiva procedimental.

I. Historia y desarrollo de la libre competencia en Chile

El sistema de libre competencia en Chile está en constante evolución. Hoy en día el sistema de libre competencia chileno ha sido reconocido, por organizaciones internacionales, como un modelo a seguir.

Por ejemplo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante “OCDE”), organización internacional fundada en 1961 con el fin de mejorar las políticas y el crecimiento económicos mundial a través de acuerdos de cooperación entre los más de 100 países miembros, ha señalado en su informe “*Competition Law an Policy in Chile*”:

*“La ley de competencia de Chile es inusualmente simple y general, pero aun así respalda las políticas y la eficaz aplicación contra acuerdos restrictivos y acciones concertadas, dominancia abusiva unilateral, exclusión predatoria y fusiones anticompetitivas. El contenido lo proporciona la experiencia de casos, que se basa cada vez más en la aplicación del análisis económico”*⁴³(OCDE, 2011: 7).

La libre competencia en nuestro país comenzó a tener presencia recién en 1959. Durante la década de 1950 Chile, se enfrentaba a una de las mayores crisis inflacionarias. A raíz de eso se contrató a una consultora estadounidense, la firma Klein Sacks.

43 Traducción libre, cita original: “*Chile’s competition law is unusually simple and general, but it nonetheless supports effective policy and enforcement against restrictive agreements and concerted actions, unilateral abusive dominance and predatory exclusion and anticompetitive mergers. Content is being supplied by case experience, which is increasingly based on the application of economic analysis*”.

Parte de la solución que entregó la firma para estabilizar la economía fue combatir los monopolios. En respuesta a esta propuesta, en el año 1959 se aprobó la ley N°13.305, específicamente el título V llamado “*Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial*”, la cual consagraba la primera legislación antimonopolios en Chile. Esta ley crea la Comisión Antimonopolios⁴⁴. En 1963 se reforma la ley de 1959, se crea el cargo de fiscal, y se le dan más atribuciones a la Comisión (persecución de infracciones y sanciones a infractores).

La Comisión Antimonopolios finalmente fracasó. La Comisión era una institución que no tenía independencia política ni administrativa; otra falencia de la norma es que el Fiscal Nacional Económico no tenía oficina, ni personal propio, era muy informal, carecía de seriedad el rol de la Comisión.

La Comisión perdió toda autoridad durante el gobierno de la UP (Unidad Popular). Entre los años 1971-1973 hubo muchos casos de estatización de diversas empresas, el caso que marcó la historia de la libre competencia en Chile fue el de la estatización de los Bancos.⁴⁵ En la que se percibió claramente el nulo nivel de respeto que tenían los empresarios, tanto públicos como privados, a la autoridad y a las recomendaciones que daba la Comisión para proteger la competencia.

Con el Golpe de Estado de 1973 cambia bruscamente la política económica que operaba en nuestro país dos décadas atrás. El país cambió totalmente su enfoque económico. Antes del golpe la regulación económica era conservadora, estamos hablando de una economía proteccionista, en la que el Estado intervenía activamente en la economía. Después del golpe la economía pasó a priorizar maximizar el comercio exterior , aumentar

⁴⁴ “*Quedó con la facultad de decidir en conciencia los asuntos puestos en su conocimiento (artículo 175). Basándose en la doctrina establecida por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, que definió la doctrina de la llamada "norma de razón"62, la Comisión chilena aplicó este criterio para declarar ilícitos actos que no estuvieran expresamente mencionados en la ley*”(Bernedo, 2013:43).

⁴⁵ Para más información véase: (Bernedo, 2013:53); Investigación CeCo UAI (2022) «Un análisis cuantitativo de la relación entre el TDLC y la Corte Suprema». Disponible en: <https://centrocompetencia.com/investigaciones-ceco-un-analisis-cuantitativo-de-la-relacion-entre-el-tdlc-y-la-corte-suprema/>.

competencia en el mercado doméstico, y además el Estado comenzó a intervenir menos en los asuntos económicos (rol de fiscalizador más que de agente económico).

Con el objeto de restringir las conductas anticompetitivas, aumentar la competencia y cambiar la regulación de la Ley Antimonopolios de 1959, específicamente respecto a efectuar de mejor manera la fiscalización de las conductas contrarias al derecho de la competencia, se promulga el DL N°211.

Esta Ley regulaba distintas instituciones, tales como: *“Comisiones Preventivas, a cargo de responder consultas; la Comisión Resolutiva, a cargo de resolver conflictos; y la Fiscalía Nacional Económica, responsable de investigar y fiscalizar el cumplimiento de las resoluciones que estos organismos dictaban”* (Irrarrazabal, 2010: 3).

En 1980 se promulga la Constitución Política de la República (en adelante “CPR”), la que se encuentra vigente hasta el día de hoy en Chile. Esta CPR no hace referencia a la necesidad de resguardar la libre competencia, tampoco menciona principios básicos de esta institución. Tan solo contempla algunos artículos que consagran el orden público económico, que es definido como: *“el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana”* (Fermandois, 2001: 58).

No resulta imprescindible profundizar en los pormenores del concepto de Orden Público Económico. A los efectos de este estudio, es suficiente señalar que, en una hipotética nueva CPR, se debería incluir una mención a la libre competencia. No obstante, dicha mención debe ser de carácter amplio y flexible; es decir, debería limitarse a enunciar las entidades involucradas y los objetivos perseguidos por la libre competencia⁴⁶

⁴⁶ Para más información Véase: Programa UC Libre Competencia (2021): «Constitución Económica, Libre Competencia y Proceso Constituyente», . Libre Competencia en pocas palabras, (6). Disponible en: https://librecompetencia.uc.cl/images/AAA/EPP/EPP_6_1.pdf. N°6; Escobar, Josefa y Venegas, José (2021): «Libre Competencia en la nueva constitución: las sugerencias y advertencias de las máximas autoridades», Centro de Competencia UAI. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/libre-competencia-en-la-nueva-constitucion/>.

Como ha señalado la abogada, experta en libre competencia, Nicole Neheme: “*es mejor que se incluya como un objetivo de política pública antes que como un derecho ejecutable. Precisamente porque con eso es suficiente por un lado y porque por otro, los riesgos de equivocarse son menores*” (Neheme, 2021: 26:00-32:35).

Volviendo al DL 211 de 1973, es necesario recalcar que esta ley ha sido modificada algunas veces a lo largo de los años, siendo las modificaciones más importantes las de los años 1999, 2004, 2009 y 2019.

En el año 1999 se reforma el DL 211. En este proceso legislativo “*el Ejecutivo de la época finalmente optó por empujar una reforma gradual a la institucionalidad-basada esencialmente en el fortalecimiento de la FNE*” (Henríquez, 2020: 14).

El año 2003 nace la ley N°19.991, la modificación más trascendental del DL 211. En primer lugar, esta ley elimina el sistema de control tripartito que se había formado, y lo reemplaza con un sistema dual. Remplazando las Comisiones por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, un tribunal especializado en cuestiones de libre competencia, y la FNE, órgano público, con independencia del Estado, encargado de fiscalizar e investigar.

Esta ley elimina por un lado las sanciones penales, y refuerza las sanciones en el ámbito administrativo, “*aumentar las multas y hacer responsables solidariamente de su pago a los directores, gerentes o administradores de las empresas que incurrieren en ellas*” (Henríquez, 2020: 16).

La reforma de 2009- Ley N°20.361- incorpora la figura de delación compensada. Esta figura ha generado un incremento en la persecución de carteles⁴⁷. También se aumentaron las multas y se incrementaron las atribuciones de la Fiscalía.

La última reforma realizada fue el año 2016, bajo la ley 20.946, introduce el estándar *per se* para sancionar carteles duros (solo habrá que corroborar que existe un acuerdo, no es necesario probar la existencia de poder de mercado), se criminaliza la colusión, pudiendo los delitos de colusión ser susceptibles de sanciones penales.

⁴⁷*Requerimiento FNE contra Tecumseh Do Brasil y Whirlpool S.A; Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Brinks Chile S.A. y otras y Requerimiento FNE contra Biomar Chile S.A y otras*

Esta reforma también introdujo el control obligatorio y preventivo de las operaciones de concentración⁴⁸ y el aumento del monto de multas aplicadas por el TDLC.

Hoy en día la defensa de la libre competencia en Chile sigue siendo trascendental, y cada vez tiene un rol más importante, tanto económico, social y político.

Por ejemplo, como ha mencionado el actual Fiscal Nacional Económico, Jorge Grunberg en la cuenta pública de la FNE del periodo enero 2022-marzo 2023, *“la institución se encuentra estudiando constantemente los avances del mercado ..., para que estos cumplan con los deberes que les impone la ley* (Grunberg, 2023).

II. Instituciones

Luego de la reforma del año 2016 queda evidenciado que intervienen 3 órganos en el proceso contencioso de libre competencia. Un órgano administrativo, cuya principal función es investigar y resguardar la libre competencia, la FNE, y dos órganos jurisdiccionales. El primero, un tribunal especializado, el TDLC, y el segundo con competencia común que conoce en la tercera sala de la Corte Suprema.

i. Fiscalía Nacional Económica

La FNE de acuerdo con lo señalado en el artículo 33 del DL 211 *“será un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción”*.

Es decir, la FNE será independiente completamente en el ámbito funcional, político y personal. Pero esta independencia no es total, por ejemplo, el Fiscal Económico es electo por el Presidente de la República, o la FNE está sujeta a la vigilancia del Ministerio de Economía.

En el sitio web oficial de la FNE se deja claro su misión, y sus principales focos de investigación: *“-Para cumplir con su labor, la FNE investiga todo hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos. Entre sus focos de investigación se cuentan las prácticas colusorias, los abusos de*

⁴⁸ Introducción título IV *“De las Operaciones de concentración”*. Art 46 y ss.

posición monopólica y las concentraciones que afecten o puedan afectar el funcionamiento eficiente de los mercados y el bienestar del consumidor” (FNE, 2012)

Organizada en siete divisiones, la FNE tiene distintas atribuciones, las cuales están enumeradas desde la letra a) a la t) en el artículo 39 de la Ley. Procederemos a explicar las facultades más trascendentales otorgadas a la Fiscalía, y que hoy en día son esenciales para la defensa y promoción de la competencia.

La función principal dentro de las facultades de la FNE es la de investigar los actos contrarios a la libre competencia, y así prevenir o detener el entorpecimiento que provocan a la competencia (función preventiva).

Cuando la FNE actúa ante agentes económicos, el marco teórico es de derecho administrativo. En sus facultades de investigación funciona como un ente administrativo, por lo que hay **un conjunto de principios que rigen las actuaciones de la FNE**, que ya no son procedimentales, sino que **de derecho administrativo**⁴⁹.

Las principales facultades de investigación son las siguientes:

1. Artículo 39 a): Instruir investigaciones que estime procedente para comprobar infracciones al DL 211.

La investigación respectiva ordenada por la FNE puede ser iniciada de oficio o en virtud de una denuncia por parte de una empresa ante la FNE. La investigación concluye con la resolución de cierre o a través de la presentación de una denuncia por parte de la FNE ante el TDLC: requerimiento o consulta.

2. Artículo 39, letras f), g) y h): Facultades de colaboración con instituciones públicas y privadas.

Dentro de las facultades de investigación, la FNE tiene la potestad de pedir la colaboración de instituciones públicas y privadas, para tomas de declaración u otros antecedentes.

⁴⁹ Por ejemplo, el principio de legalidad, inexcusabilidad, transparencia, imparcialidad

3. Artículo 39 letra n)⁵⁰: solicitud de medidas intrusivas.

En estas medidas hay afectación a las garantías de privacidad e inviolabilidad sin consentimiento del afectado. Estas medidas solo serán solicitadas en caso de carteles duros. La implementación de medidas intrusivas ha facilitado y ha hecho más efectiva la investigación de carteles⁵¹.

4. Artículo 39 bis: delación compensada

La guía interna sobre delación compensada elaborada por la FNE señala: *“Quien se coluda se expone a sanciones administrativas y penales, incluida la privación de libertad. La delación compensada exime de dichas sanciones, o las reduce. Para acceder a estos beneficios, quien ha intervenido en una colusión debe aportar a la autoridad antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables”* (FNE, 2017: 7).

Antes de proceder a revisar las otras instituciones del sistema de libre competencia en Chile, es relevante detenerse en la facultad del artículo 39 letra b). Este artículo señala que es una atribución del fiscal representar *“el interés general de la colectividad en el orden económico”*⁵². La FNE actúa como parte, representando el interés de la sociedad. De esta forma, el Fiscal Nacional Económico es titular de la legitimación activa en el caso de un eventual requerimiento ante el TDLC.

Lo anterior afirma la idea de que la defensa y promoción de la libre competencia es una materia de orden público, en específico el orden público económico. Esta materia es tan relevante para el funcionamiento y bienestar de la sociedad que se le otorga a una agencia de

⁵⁰ *“En casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3º, solicitar, mediante petición fundada y con la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda de acuerdo al turno, para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud, proceda a: n.1) Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar, n.2) Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción, n.3) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones y n.4) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella”*

⁵¹ Para más información véase: Toro, Luis, y José Luis Corvalán. (2021): «¿Quién vigila a los vigilantes? Análisis empírico del uso, eficacia y control de las medidas intrusivas en el sistema chileno de libre competencia». *Investigación CeCo*. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads>.

⁵² Artículo 39 letra b): *“Actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los tribunales de justicia, con todos los deberes y atribuciones que le correspondan en esa calidad”*.

índole administrativo y público legitimación, para que, de acuerdo con sus propias apreciaciones y sin injerencia de ningún otro tribunal o autoridad, pueda de oficio actuar ante el TDLC.

ii. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Al igual que la FNE el TDLC tiene el deber de protección de la competencia. Corresponde a un órgano jurisdiccional independiente, que no forma parte del Poder Judicial. El TDLC se encuentra regulado en la ley de competencia desde el artículo 5 y siguientes del DL 211, señalándose en ese artículo 5º, la principal función que le compete:

*“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será **prevenir, corregir y sancionar** los atentados a la libre competencia.”*

El TDLC es una rareza institucional, esto, comparándolo con otros tribunales que pertenecen al Poder Judicial. En primer lugar, está integrado por 5 miembros (3 abogados y dos economistas)⁵³. Esto no es muy común en nuestro sistema orgánico. Es infrecuente que un tribunal no este compuesto en su totalidad por abogados (es decir, no es un tribunal completamente letrado). Como ha señalado el profesor Francisco Agüero la estructura del TDLC ha sido muy exitosa, es más ha sido replicada por algunos tribunales como el Tribunal Ambiental (Agüero, 2016).

La segunda rareza que podemos mencionar es la naturaleza mixta del Tribunal. Se señala que el TDLC es un órgano jurisdiccional, como cualquier tribunal con jurisdicción, pero, luego de analizar el artículo 18 del DL 211 podemos concluir que no todas las facultades son jurisdiccionales en sentido estricto, como la facultad de dictar instrucciones de carácter general⁵⁴.

Como señala el profesor Santiago Montt, el TDLC es un ente regulador del comercio que en circunstancias actúa como un *policymaker* ¿Qué quiere decir lo anterior? Quien ejerce

⁵³ Art 6 DL 211

⁵⁴ Artículo 18 3) DL 211: “Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”.

una política pública tiene un rol activo; quien formula la política, detecta una necesidad social, y plantea una solución. Además, se trata de una decisión que podría denominarse como “propriadamente administrativa”, pero tomada dentro de un marco jurisdiccional, la que incorpora elementos del debido proceso a su procedimiento (Montt, 2010).

Otra característica relevante del TDLC es que es un tribunal con competencia permanente y especializada. La especialización de este tribunal tiene variadas justificaciones, pero la más importante, es que en las materias de libre competencia existe un interés público comprometido, por lo tanto, el hecho que hay un tribunal especializado ayuda considerablemente a reducir los costos del error tipo I y II. También se logra un efecto de eficiencia procesal, al ser jueces especializado en la materia los que resuelven el conflicto.

Como lo ha afirmado el profesor Santiago Montt, el TDLC no tiene una naturaleza garantista como es el caso de los tribunales con competencia en lo penal (donde existe una mayor importancia al error tipo I). *“El TDLC debe razonar como un policymaker y no como un juez criminal. Esto es, debe resolver los casos pensando consecuentemente qué reglas concretas maximizan el bienestar de la comunidad económica”*(Montt, 2010: 9).

En este sentido, un tribunal en materia de libre competencia debe balancear ambos tipos de errores, es decir, el error de tipo I (condenar a los inocentes) y el error de tipo II (dejar libre al culpable). En un juicio de competencia dejar libre a los que cometen una conducta contraria a la competencia sería igual de grave que condenar a un inocente.

Dicho lo anterior mencionaremos las funciones jurisdiccionales y las funciones de regulación de mercados del TDLC, las cuales se encuentran en el art 18 del DL 211.

Las facultades jurisdiccionales son:

1. Art 18 n°1): Conocer del procedimiento contencioso.
En este procedimiento no existe monopolio de la acción, se inicia por parte de la FNE o de los particulares. La característica de este procedimiento es que tiene un fin sancionatorio.
2. Art 18 n°2): Conocer del procedimiento no contencioso, donde se discute si hechos, actos o contratos, actuales o futuros, pueden ser un riesgo para la libre competencia.
3. Art 18 n°5): Conocer del recurso de revisión especial en materia de operaciones de concentración.

Funciones de regulador de mercados:

1. Art 18 n°2): Dictar instrucciones de carácter general⁵⁵ de conformidad a la ley.

Estas instrucciones son “*vinculantes para las industrias o realizar recomendaciones normativas al poder ejecutivo, cuyo procedimiento puede incluso iniciar de oficio*”.

2. Art 18 n°4): Proponer al Presidente de la República las modificaciones de preceptos legales necesarias, a través del Ministro de Estado respectivo.

Esta facultad de recomendación normativa ha sido ejercida excepcionalmente por el TDLC, esta recomendación puede ser iniciada de oficio, generalmente bajo el procedimiento no contencioso, pero ha ocurrido que, en el marco de un procedimiento contencioso, el TDLC ha ejercido la facultad, cuando detecta la necesidad de una mejora regulatoria⁵⁶.

iii. Corte Suprema

La Excelentísima Corte Suprema, es el tribunal superior en Chile, es el máximo órgano jurisdiccional dentro de los tribunales integrantes del Poder Judicial, pero también conoce de recursos que se interponen en contra de sentencias dictadas por tribunales especiales que no forman parte del Poder Judicial, como sucede con el TDLC. La Corte Suprema es la última instancia por excelencia, tiene poder de decisión sobre materias controversiales y de extrema relevancia, como, por ejemplo, el recurso de casación en el fondo ante la sentencia dictada con infracción a la ley. Asimismo, ejerce la superintendencia directiva, correccional y económica sobre los tribunales del país.

La Corte, para resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, se divide en salas “especializadas”. La tercera sala ve asuntos constitucionales y contencioso administrativo, ahí es donde se resuelven los asuntos relacionados con el DL N°211, ya que la CS cumple la función de “*órgano revisor de las sentencias del juzgador económico a través del conocimiento del recurso de reclamación*” (Marmolejo, 2022: 161).

⁵⁵ Instrucción de carácter general N°3/2013, N°4/2015, N°5/2022, N°1/2006 y N°2/2012, todas del TDLC.

⁵⁶ Véase: Proposición Normativa N°13/2011, Tribunal de Defensa de la Competencia, *Demanda de Netland Chile S.A. contra el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones*, Rol C-179-08. 2011

La Corte cumple un importante rol en el sistema recursivo del derecho de la competencia. Este importante rol se ve plasmado en el recurso de reclamación⁵⁷. El máximo tribunal tiene la facultad de revisar, en caso de interposición de un recurso de reclamación, la revisión de la sentencia definitiva, en específico de las medidas sancionatorias del artículo 26.”.

Como se pudo apreciar en el párrafo anterior, la facultad revisora de la Corte es bastante amplia. Es decir, una revisión integral, en relación con aspectos de forma y fondo, aspectos jurídicos como económicos. La Corte se ha pronunciado acerca de esto en la “*Consulta de la Subtel sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de Telefonía Móvil Digital Avanzado (Caso 3G)*”⁵⁸:

“SEXTO- Puede en virtud de este medio de impugnación revisar íntegramente los fundamentos que tuvo en cuenta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para arribar a su decisión, incluyendo el análisis jurídico y económico que ha permitido arribar a la resolución del asunto de que dicho tribunal conoce” (Sentencia Corte Suprema, 2008).

Es en este aspecto donde surgen dudas acerca de si es necesario el rol de la Corte Suprema como ente revisor de ciertas decisiones del TDLC⁵⁹, y si, es correcto su grado de deferencia respecto al tribunal especializado en materia de libre competencia.

Como se mencionó *supra* la razón de que exista un tribunal especializado en cierta materia es para minimizar los costos del error (mientras más especializado, menos error en

⁵⁷ Art. 27 DL 211: “Las resoluciones pronunciadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, salvo la sentencia definitiva, serán susceptibles del recurso de reposición, al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano. Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 26, como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas...”.

⁵⁸ Corte Suprema (2008), rol N° 4.797-2008; Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2007), rol NC-198-2007.

⁵⁹ Véase seminario llevado a cabo en la Universidad de Chile sobre los tribunales especializados. El abogado y académico Cristián Maturana, enfatiza la Corte vía el recurso de reclamación ha pasado a llevar la especialización del TDLC señaló que a su parecer esa especialidad en libre competencia no ha sido respetada a cabalidad, debido principalmente a la estructuración del recurso de reclamación: “(...) *está tan mal delimitado que nadie se ha puesto de acuerdo en cuál es su extensión. Algunos sostienen que es un equivalente, no es cierto, al recurso de apelación. Otros sostienen que no podría ser un equivalente al recurso de apelación, sino que [a] un recurso de reclamación administrativo y en consecuencia enfocado sólo a lo que es el control de los aspectos jurídicos y no de los hechos respecto de ese tribunal*”. Seminario disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ELkgPypkzrk>.

la resolución del caso). Pero el problema es que nuestro sistema no puede depender solamente en un tribunal, aunque este sea especializado, para resolver causas de interés público. Es decir, no puede solamente haber una instancia para tomar decisiones acerca de estas materias (única instancia).

La razón de la necesidad de una segunda instancia, es principalmente por que el sistema recursivo en materia de libre competencia es socialmente deseable, es decir, que los costos del recurso (públicos y privados) son bajos y el interés social es alto. La razón de esto se plasma en el interés público prevalente en estas materias, y eso conlleva a la importancia de su resolución.

¿Qué ocurriría si solo hay una única instancia en libre competencia? La respuesta es que hay un riesgo al error muy grande. Lo anterior se puede explicar gracias al concepto “ego especializado”, es decir, los especialistas conocen en tal profundidad la materia sobre la que van a decidir que, en consecuencia, tienen prejuicios más claros que alguien que no conoce con ese nivel de especificidad. Es decir, el especialista tiene posiciones definidas *ex ante* en el caso concreto.

Por ejemplo, el ex presidente del TDLC, Tomás Menchaca, había escrito que estaba en contra de la admisión de las prácticas explotativas en Chile. Era su posición dogmática. Todas las causas explotativas, contaron con su voto en contra. Se presentaba el caso y ya sabíamos cuál era la decisión.

Lo anterior genera la necesidad de que la CS, un tribunal común, que ve todo tipo de causas en caso de que se lleguen a presentar los recursos que establece la ley, y con jueces que a pesar de ver asuntos generales tienen muchísima experiencia; resuelva la disputa en última instancia.

En adición al argumento anterior: al igual que en un tribunal no especializado, la probabilidad de error en el TDLC puede ocurrir, aunque, no es igual a la probabilidad de un tribunal común de primera instancia. Como ha señalado el abogado y académico Nicolás Carrasco, “*siempre habrá una probabilidad de que exista un daño social importante en las decisiones de libre competencia es que se justifica la necesidad de su revisión en segunda instancia*” (Carrasco, 2021: 10).

El profesor agrega a lo señalado anteriormente *“Esta última es una cuestión algo insalvable que justifica siempre una instancia superior (lo que genera costos administrativos) para revisar la eventual equivocación incurrida en la instancia inferior (costo del error). Así, desde una perspectiva de óptimo de costos procesales, el rol de la ECS se justificaría ya que mayores costos administrativos (establecimiento siempre de una doble instancia) sería socialmente deseable con miras a generar una nueva revisión de decisiones que de ser erradas generarán un importante daño social. En otras palabras, el rol de la ECS también puede fundamentarse en consideraciones de eficiencia”* (10).

En relación con la deferencia de la Corte Suprema respecto a la decisión del TDLC (si revoca la decisión o no), podemos apreciar en una investigación realizada por el CeCo sobre el tema. Hasta el año 2021 el grado de revocación de la Corte ha ido en aumento.

La investigación del CeCo concluye que hay un aumento, aunque no significativo, de los casos en que la Corte Suprema ha seguido su propio camino, sin tomar la *expertise* económica del TDLC. Los investigadores esperan que esta tendencia no se profundice a futuro (Acevedo y Redel, 2022)⁶⁰.

Coincidimos con lo expuesto por Tapia y Cordero, en cuanto a que: *“si el revisor es revisión generalista, es deseable que éste sea deferente con el organismo técnico y especializado. Es decir, el órgano revisor debería pronunciarse sobre cuestiones de derecho y no sobre cuestiones de hecho y política pública”* (Tapia y Cordero, 2015).

El hecho que la Corte Suprema sea un órgano jurisdiccional general, que conoce de una amplia gama de materias, implica que su poder de revisión sobre las materias resueltas por el TDLC debe ser más restringido. La revisión debería versar únicamente sobre el derecho, y no sobre tecnicismos.

⁶⁰ Véase: Investigación CeCo (2022): «Un análisis cuantitativo de la relación entre el TDLC y la Corte Suprema». Disponible en: <https://centrocompetencia.com/investigaciones-ceco-un-analisis-cuantitativo-de-la-relacion-entre-el-tdlc-y-la-corte-suprema/> CeCo UAI (2022): «Grado de deferencia de la Corte Suprema con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia». Disponible en: <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/05/CeCo-2022-Grado-de-deferencia-de-la-Corte-Suprema-con-el-Tribunal-de-Defensa-de-la-Libre-Competencia.pdf>.

III. Sistema de libre competencia en Chile

i. Perspectiva sustantiva

A continuación, se analizarán las conductas anticompetitivas señaladas en el art 3 del DL 211. A pesar, de que las conductas señaladas en el listado de este artículo no son taxativas, nos centraremos en las distintas conductas mencionadas explícitamente en este artículo, dado que esta tesis no abarca el desarrollo en profundidad de tales infracciones.

El inciso primero de este artículo consagra el “*ilícito anticompetitivo genérico o universal*” (Zink, 2021: 98). Este artículo también recibe el nombre cheque en blanco, ya que su regulación es amplia, como señala el profesor Montt, esta norma, inspirada en la Sherman Act de 1890 (Ley de competencia de EE.UU) tiene una bajísima densidad normativa y dice nada o muy poco (Montt, 2010), según se aprecia a continuación:

*“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que **impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos**, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”.*⁶¹

Luego, el legislador nos entrega una serie de conductas que se subsumen dentro del artículo 3 inciso primero. Estas son a) colusión, b) abuso de posición dominante, c) precios predatorios, d) competencia desleal y e) interlocking.

Como se mencionó al inicio de este apartado, las conductas listadas bajo este artículo no son taxativas. Lo anterior se justifica por la aplicación de la *regla de la razón*, es decir, que “*para determinar la ilicitud de una conducta en base a la regla de la razón, no basta con apreciar su naturaleza, sino que además se deben evaluar sus efectos en el mercado (los cuales dependerán del poder de mercado que tenga el o los agentes que incurrieron en la conducta)*” (CeCo, 2022).

⁶¹ DL 211, artículo inciso primero.

Por lo tanto, bajo este estándar de escrutinio jurídico habrá que probar la existencia de la conducta, la tenencia de posición de dominio o de poder de mercado sustancial y, los efectos anticompetitivos en el mercado⁶².

A continuación, se describirán las conductas antes mencionadas:

a. Colusión

La letra a) del inciso segundo fue reformulada el año 2016 bajo la ley 20.945, lo anterior, para introducir dentro del mismo artículo dos tipos de acuerdos entre competidores.

“Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”⁶³.

La norma anterior contempla tanto los *hardcore cartels* o carteles duros, como el ilícito de colusión propiamente tal.

La Corte Suprema ha señalado que los carteles duros *“se caracterizan por generar efectos perjudiciales para la competencia, sin que se generen eficiencias que los compensen, razón por la que se prohíben por su sola existencia, pues es tan probable su efecto anticompetitivo que son condenados ‘per se’”⁶⁴* (Resolución Corte Suprema, 2020).

De esta manera, los carteles duros son conductas intrínsecamente anticompetitivas⁶⁵. No generan ninguna consecuencia positiva en el mercado. Esta conducta es el mal mayor de

⁶² Véase: Zink, Manfred (2021) «¿Tiene cabida las defensas de eficiencia en relación con las variables competitivas del artículo 3, letra a) del Decreto Ley número 211? Una lectura de compatibilidad con la regla per se». Revista ius est praxis, 27 (2). Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v27n2/0718-0012-iusetp-27-02-94.pdf>

⁶³ Art 3 inc. 2 letra a) DL 211.

⁶⁴ FNE contra CCNI y Otras (2020), Corte Suprema, Rol N°15.005-2019.

⁶⁵ Véase: FNE contra CCNI y Otras (2020), rol N°15.005-2019 en recurso de reclamación interpuesto ante la Corte Suprema “[los acuerdos] se agrupan entre aquellos que tienen un objeto anticompetitivo o ilegales per se y aquellos que tienen efectos anticompetitivos o ilegales por la regla de la razón. Los primeros son los denominados carteles duros, que se caracterizan por generar efectos perjudiciales para la competencia, sin que se generen eficiencias que los compensen, razón por la que se prohíben por su sola existencia, pues es tan probable su efecto anticompetitivo que son condenados ‘per se’.

la libre competencia, afecta la esencia de aquello que las normas de protección a la competencia velan por resguardar.

Es por lo anterior que para demostrar la existencia de este tipo de ilícito **no** habrá que probar el poder de mercado de los competidores involucrados en el acuerdo⁶⁶. Los elementos necesarios para la configuración de un cartel duro son: (i) existencia de un acuerdo o práctica concertada, (ii) competidores deben ser directos entre sí (ya sea persona natural o jurídica) y debe afectar las variables esenciales de la competencia (fijar precios, limitar la producción, asignar zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación).

Por último, es importante mencionar que después de la reforma del 2016 el artículo 62 del DL 211 criminalizó la colusión. El que “*celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo... , será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo*”, aplicando también la sanción de inhabilitación “absoluta temporal” en el cargo (art 62 DL 211: reforma 2016).

El segundo tipo de colusión que nos entrega el inc. 2 del art. 3 letra a) son los acuerdos entre competidores. Esta es el tipo de colusión que no es per se anticompetitiva, es decir, la parte que alega la existencia de estas conductas deberá probar poder de mercado y las demás variables de competencia. Para estos ilícitos se utilizará la regla de la razón, la cual se configura al comprobar la existencia de los mismos elementos necesarios para la configuración de un cartel duro, solamente que, en este caso, si es necesario probar el poder de mercado.

Estos acuerdos de colaboración entre competidores no son en sí contrarios a la competencia. Como indica Manfred Zink “*pueden ser, dependiendo de sus particulares características y circunstancias, tanto beneficiosos socialmente, como dañinos, requiriéndose en cada caso de un análisis que sopesa sus beneficios o eficiencias en relación con sus riesgos o efectos negativos*” (Zink, 2021: 98).

⁶⁶ “el término “acuerdo” es considerado de manera muy amplia, incluyendo múltiples formas contractuales, convenciones, meras tratativas, promesas, protocolos de entendimiento, “acuerdos o pactos de caballeros”, pautas de conducta, circulares, entre otros”. Sentencia 145/2015. *FNE contra la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, Tribunal de Defensa para la Libre Competencia. C°5

Reforzando lo señalado anteriormente, el actual Fiscal Nacional Económico, Jorge Grunberg ha señalado *“la determinación de su legalidad [de los acuerdos de colaboración] desde el punto de vista del derecho de la competencia se efectúa a través de un ejercicio de balance o ponderación entre las eficiencias procompetitivas y los riesgos o efectos anticompetitivos que ellos generan”* (Grunberg, 2020: 6). De esta forma, estas conductas colusivas exigen que los demandantes demuestren que se le confirió poder de mercado a los participantes del acuerdo (ej: colusión tácita⁶⁷ o paralelismo consciente⁶⁸).

b. Abuso de posición dominante

El segundo ilícito anticompetitivo que se encuentra en el listado del art 3 inc. 2 es el abuso de posición dominante, el apartado señala: *“La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes”*⁶⁹.

La posición de dominio no es en sí una conducta que afecte la competencia, según lo señalado por la FNE en su guía de *“Restricciones Verticales y Abuso de Posición Dominante”*, donde se indica que: *“Debemos remarcar que a nuestro juicio siempre se debe sancionar es el abuso de posición dominante, pero no la posición dominante per se, que puede existir por imperfecciones del mercado”* (FNE, 2011: 3).

Dicho lo anterior, es necesario precisar el concepto posición de dominio e ilustrar cuando nos encontramos ante la figura de abuso de esta posición. En cuanto al concepto de

⁶⁷*“El comportamiento colusorio no siempre se basa en la existencia de acuerdos explícitos entre empresas. El comportamiento colusorio también puede resultar de situaciones en las que las empresas actúan individualmente, pero, en reconocimiento de su independencia con respecto a los competidores, ejercen conjuntamente poderes de mercado frente a otros competidores coludido”*. (UE, 2002: 9) Traducción libre, cita original: *“Collusive behavior does not always rely on the existances explicit agreements between firms. Collusive behavior can also result from situations where firms act individually, but- in recognition of their independence with competitors- jointly exercise market Powers to other colluding competitors”*.

⁶⁸ En mercados con pocos competidores, las empresas actúan estratégicamente tomando en consideración las conductas de sus rivales, por lo que se genera una interdependencia o “paralelismo consciente”, la que puede ser mayor o menor dependiendo de las características propias del mercado. El paralelismo se acentúa cuando, además de pocos competidores, los bienes son homogéneos y las firman enfrentan una estructura de costos equivalente. El mero paralelismo no es suficiente para sancionar la conducta, este tiene que ir acompañado de factores adicionales o *plus factor*, la cual su evaluación conjunta conllevaría una infracción al derecho de la competencia.

⁶⁹ Art 3 inc. 2 letra b) DL 211

posición de dominio no ha habido uniformidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Algunos, como Giorgio Monti lo relacionan con *Substantial Market Power* (SMP), que quiere decir que el competidor “*no se enfrenta a ninguna presión competitiva efectiva y es capaz de mantener los precios por encima del nivel competitivo durante un período de tiempo significativo*”⁷⁰(Monti, 2006: 33).

La doctrina tradicional ha definido la dominancia como el poder comercial de una empresa frente a sus competidores. El abuso de esta superioridad puede fácilmente conllevar a abusos en el mercado⁷¹, por ejemplo, “*impidiendo a estos la obtención de economías de escala que les permitan competir de manera eficiente en el mercado, distorsionando el proceso competitivo*” (Lang, 1979: 12).

Una tercera concepción de dominancia que mencionaremos ha sido utilizada por el TDLC en sus Sentencias 45/2006⁷² y 63/2008⁷³. Al respecto, de esa jurisprudencia emana “*esta concepción define la dominancia como el poder para perjudicar a rivales y adquirir poder de mercado sustancial*” (CeCo, 2021).

Como se mencionó *supra* la posición dominante no es un ilícito *per se*, pero el ejercicio abusivo del agente dominante cabe dentro del tipo descrito en la letra b). La Guía de la FNE ya mencionada en los párrafos anteriores, entiende el abuso de posición dominante como “*la situación en que una empresa está en condiciones de controlar el mercado pertinente de un bien o servicio o de un determinado grupo de bienes o servicios*”. Al respecto, “*bajo este comportamiento abusivo se engloban prácticas comerciales restrictivas de la competencia, en la que una empresa que tiene poder de mercado desarrolla acciones destinadas a impedir o restringir la competencia*” (FNE, 2011: 3).

Para determinar que una empresa tiene dominancia en el mercado, la agencia para la competencia de Canadá (Bureau) en su “*Enforcement Guideline*” de abuso de posición dominante, publicada el año 2019, nos otorga 4 elementos para determinar si nos

⁷⁰ Traducción libre, cita original: “*faces no effective competitive constraint and is able to keep prices above the competitive level for a significant period of time*”.

⁷¹ Véase Sentencia 47/2006, TDLC, *Cordillera con Sal Punta de Lobos*, 5 de diciembre de 2006, Sentencia 65/2008, TDLC, *FNE contra D&S y Cencosud*, 8 de mayo de 2008, y Sentencia 78/2008 TDLC, *GPS Chile contra Entel*. 4 de diciembre de 2008

⁷² Sentencia 45/2006 TDLC, *Voissnet y FNE contra CTC*

⁷³ *Requerimiento de la FNE contra Almacenes Paris y Falabella*

encontramos frente a una empresa con posición dominante: (i) producto del mercado, (ii) área geográfica del mercado, (iii) poder de mercado y (iv) que se trate de uno o más competidores (Competition Bureau, 2019: 4).

Por último, mencionaremos formas concretas de abuso, todas ellas se encuentran descritas en el Comunicado de la Comisión Europea, titulado “*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*”.

Los tipos concretos de abusos son los acuerdos exclusivos (por ejemplo, la compra exclusiva o los descuentos condicionales), vinculación y venta por paquetes (por ejemplo, los descuentos multiproducto), precios predatorios, denegación de suministro y comprensión de márgenes (UE: 2009)⁷⁴.

c. Precios predatorios

Esta conducta se encuentra en la letra (c) del artículo 3:

“Las prácticas predatorias... realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”

En realidad, como se puede apreciar los precios predatorios son un ejemplo de conductas abusivas exclusorias, que puede efectuar un agente con posición dominante en el mercado. En el DL 211 los precios predatorios están en una letra distinta de la letra b) del artículo 3º, que contiene el tipo de abuso de posición dominante, siendo solamente una mala técnica legislativa, puesto que se trata de una forma especial de abuso.

Este comportamiento abusivo es definido por la División de Libre Competencia del Departamento de Justicia Norteamericano (DOJ), señalando que es una conducta que se traduce en una “*reducción de precios que es rentable sólo debido al poder de mercado adicional que el depredador obtiene al eliminar, disciplinar o inhibir de otro modo la conducta competitiva de un rival o rival potencial. Dicho de manera más precisa, un precio predatorio es un precio que*

⁷⁴ Para más información véase: Comisión Europea (2009): «Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes» Diario Oficial de la Unión Europea. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF> ; Ybar, Mario(2014:) «Comprendiendo el abuso de posición de dominio: revisión de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada sobre las principales conductas exclusorias», Revista Derecho Económico UCH , (76).

maximiza las ganancias solo debido a sus efectos excluyentes u otros efectos anticompetitivos”⁷⁵(Bolton, Brodley y Riordan, 2023).

La figura consta de 2 etapas, la primera, supone reducir costos y sacrificar ingresos, y, luego de eso, aumentar los precios por sobre los demás competidores. Entonces, en una primera etapa el agente reduce los precios, para así eliminar del mercado a sus demás competidores (atrayendo la demanda de sus consumidores). Luego, el predador sube los precios “*sobre los niveles que prevalecían de manera previa, resarciéndose así de las pérdidas que le arrojó la estrategia en comento*” (Ybar, 2014: 20).

El caso emblemático en la jurisprudencia chilena es la demanda por precios predatorios, interpuesta ante el TDLC por *Producción Química y Electrónica Quimel S.A., en contra de James Hardie Fibrocementos Ltd.* La demanda fue rechazada por el TDLC ya que no se logró demostrar que el demandado fijaba “*precios de venta por debajo de los costos evitables relevantes*”(TDLC, Sentencia 36/2006: c°23). Es decir, sentenció que no había posición de dominio en el mercado respectivo.

Luego el demandado interpone recurso de reclamación ante la Corte Suprema (tramitada en la causa, ingreso Rol 3449-06). Al respecto, la Corte consideró que sí era aplicable el art 3 c) del DL 211, dictaminando que: “*No es necesario para estar frente a una práctica predatoria que quien la ejerza tenga una posición dominante en el mercado, desde que uno de sus objetivos es justamente alcanzar ésta precisamente por no tenerla*”

Este fallo ha sido ampliamente criticado, ya que hay coincidencia en que un requisito fundamental para configurar el ilícito del art 3 c) del DL 211, es la posición de dominio, exigencia indispensable para poder subir y bajar los precios en el mercado sin mayores repercusiones.

d. Competencia desleal

Al igual que la conducta exclusoria descrita en el apartado C, la conducta competencia desleal se encuentra tipificada en el art. 3 inc. 2 letra c) del DL 211, que dispone: “*Las*

⁷⁵ Traducción libre, cita original: “*price reduction that is profitable only because of the added market power the predator gains from eliminating, disciplining or otherwise inhibiting the competitive conduct of a rival or potential rival. Stated more precisely, a predatory price is a price that is profit maximizing only because of its exclusionary or other anticompetitive effects*”.

prácticas... de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

Al respecto, cabe señalar que el año 2007 se publicó la Ley N°20.169 de Competencia Desleal (en adelante “LCD”), que define lo que debe entenderse por práctica de competencia desleal, señalando en su artículo 3, que:

“En general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado”.

Ahora bien, es fundamental precisar que no todas las conductas de competencia desleal son conductas anticompetitivas, solamente teniendo esa calidad aquellas que satisfacen los siguientes requisitos: 1) se trata de una práctica de competencia desleal, según la conceptualización efectuada en la LCD y que 2) la práctica se realice con el objeto de **alcanzar, incrementar o mantener** una posición de dominio.

Los dilemas que surgen hoy en día respecto a los actos de competencia desleal son: determinar el límite en el ámbito de aplicación de la LCD y DL 211, y si existe algún tipo de contradicción entre las dos normas. No ahondaremos detalladamente en estas dos disyuntivas ya que sobrepasan los límites de este trabajo, aunque señalaremos las principales soluciones que nos entrega la doctrina y jurisprudencia.

En relación con el límite de aplicación de estas normas, ya se mencionó *supra* los requisitos para que una conducta de competencia desleal cumpla con los requisitos para ser contraria a la competencia⁷⁶, también se mencionó en el capítulo primero de este trabajo que el interés jurídico que tutelan es distinto – la competencia desleal tutelando el interés privado, y el otro el interés público-.

Otro punto relevante de distinción es el bien jurídico que protegen ambas materias. En sede de libre competencia se busca “*el aseguramiento de la competencia en los mercados,*

⁷⁶ Véase: Sentencia 181/22 TDLC, *Redtec contra Walmart*, 24 de mayo de 2022, C°63: “ *no cualquier acto de competencia desleal será sancionado por este Tribunal, sino solo aquellos que, probados, tengan la aptitud de afectar el mercado, lo que se manifiesta en el requisito establecido en la norma en comentario sobre el objetivo de la práctica desleal (alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante)*”; Véase: Sentencia 176/2021, TDLC, *Chile Taxi contra Maxi Mobility Chile y otros*, 15 de marzo de 2021, C°32; y García, Sebastián Alfredo. 2004, «Competencia desleal: Actos de desorganización del competidor», Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 21.

mientras que las de competencia desleal dotan de un contenido ético que las conductas desplegadas deben perseguir” (Juppet, 2013: 325).

Por el otro lado, en el ámbito de competencia desleal el bien protegido es: *“a las prácticas que atentan contra la buena fe entre competidores, porque son ellos los que pretenden desplazar por medios ilegítimos a quienes concurren en el mercado a captar a los consumidores” (González, 2007: 18).*

Respecto a la problemática acerca de si se verifica una contradicción entre estas dos normativas, el ex presidente del TDLC, Tomás Menchaca asegura que ello no acontece, sino que, en la materia las dos normativas reflejan *“dos caras de una misma moneda”*, de modo que, ambas legislaciones deben ser complementadas.

Al respecto, el profesor Menchaca indica que: *“un cuerpo legal como el que comentamos – competencia desleal-, lejos de ser una legislación que pretenda limitar la libre competencia en aras de una competencia más justa (como si libertad y justicia fueran antagónicas), es una iniciativa que, precisamente porque pretende exigir una competencia más justa, debiera permitir que haya más y mejor competencia en los diferentes mercados relevantes” (Menchaca, 2007: 32).*

e. Interlocking

Es una figura que ha estado presente en ordenamientos de protección a la competencia en el Derecho comparado. Por ejemplo, el artículo 8 de la Clayton Act de Estados Unidos contiene una regulación expresa de esta conducta⁷⁷. Lo interesante es que esta regla se construye sobre la figura de *regla per se*, modelo que fue replicado en Chile el año 2016.

En efecto, el año 2016 se agrega la letra d) al inc. 2 del art 3 del DL 211, disponiendo que:

“La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario.”

⁷⁷ Véase: Sección 8 Clayton Act (1914) [disponible en: <http://uscode.house.gov/view.xhtml>]

La organización internacional OCDE ha definido en términos amplios esta figura, la cual consiste en:

*“La situación en que un director de una empresa, un ejecutivo principal de esa empresa (en particular el Gerente General) o un pariente cercano (por ejemplo, cónyuge o padre) de un director o de un ejecutivo principal de esa empresa cumpla labores de director en otra empresa”*⁷⁸

La FNE en su página web oficial, en la sección de la unidad de fiscalización ha definido interlocking como: *“un vínculo entre dos empresas competidoras, que se produce cuando éstas comparten -directa o indirectamente- personas en sus cargos ejecutivos relevantes o en su directorio”*⁷⁹.

Para que se configure el tipo de la letra d) se requieren tres elementos esenciales: i) la participación simultánea de una persona como director o ejecutivo de dos o más empresas competidoras entre sí, ii) el umbral de ventas establecido en la ley y, iii) la duración de la conducta cuando ya se haya superado el umbral de ventas (90 días corridos) (Menchaca, 2020: 223).

Actualmente hay dos requerimientos por interlocking iniciados el 2021 ante el TDLC, estos son, *“Requerimiento de la FNE en contra de Hernán A. Büchi Buc y otros”* y *“Requerimiento FNE contra Juan José Hurtado Vicuña y otros”*⁸⁰. Estas dos causas no han sido resueltas aún. Lo anterior refleja que la práctica de interlocking es de origen muy prematuro en nuestra legislación, y no se han encontrado precedentes en la jurisprudencia del país.

Al respecto, se ha señalado que: *“Los dos requerimientos recientemente presentados por la FNE son el puntapié inicial a una discusión latente, y el TDLC tiene una gran responsabilidad en lo que vaya a resolver. Sin duda, y cualquiera sea el resultado de las*

⁷⁸ Traducción libre, cita original: *“A broader and more useful definition is the situation in which a member of the board of directors of a company, a top executive of that company (and particularly the Chief Executive Officer) or a close relative (e.g., wife or father) of a member of the board of directors or of a top executive of that company serves as a member of the board of directors of another corporation”* en OCDE (2008), *Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates*, p. 19

⁷⁹ Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/fiscalizacion/interlocking>.

⁸⁰ Causa C-436-2021 *“Requerimiento de la FNE en contra de Hernán A. Büchi Buc y otros”* y Causa C-437-2021 *“Requerimiento FNE contra Juan José Hurtado Vicuña y otros”*

causas abiertas, esta discusión está recién comenzando, y el debate debería extenderse por varios capítulos más” (Programa Libre Competencia UC, 2023: 21).

ii. Perspectiva procesal del derecho de la libre competencia en Chile

En esta sección analizaremos diversos procedimientos que se encuentran a lo largo del sistema de libre competencia en Chile. Los procedimientos que analizaremos son tres: (i) el procedimiento contencioso, (ii) el procedimiento no contencioso, y (iii) el procedimiento de daños. Para hacer este análisis nuestro marco teórico será el DL 211 y el CPC.

a. Procedimiento Contencioso

El procedimiento contencioso de libre competencia se encuentra regulado en el DL 211 entre los artículos 19 y 30, inclusive. Este es un procedimiento en su mayoría escrito (art 20), en el rigen los principios de publicidad, dispositivo (inicio corresponde a FNE o a un particular – art 20 inc. 2-), procedimiento concentrado, y es un procedimiento en el cual su dirección material corresponde al TDLC (art 22) (Núñez, 2017: 247).

Antes de continuar señalando distintas características del procedimiento contencioso. Entregaremos un esquema general de las distintas etapas del procedimiento, el cual inicia con el requerimiento (presentado por la FNE) o demanda (presentada por el particular).

Luego se hace un examen de admisibilidad y se procede a notificar el requerimiento, posterior a esto comienza la defensa de la parte requerida o demandada y las respuestas a estas, mediante la oposición de excepciones dilatorias de los artículos 254 N°4 y 5 y el 303 N°4 del CPC, después el demandado opondrá sus otras defensas (como, contestación del requerimiento o demanda), luego se evaluará la posibilidad de acumulación de autos. Posteriormente se procederá al trámite facultativo de llamado a conciliación.

Si fracasa el trámite de conciliación el TDLC recibirá la causa a prueba (art 22), y empezará a correr el término probatorio. Después se harán las observaciones a la prueba. Vencido el término probatorio se ordenarán traer los autos en relación, fijando día y hora para la vista de la causa.

Por último, se citará a las partes a oír sentencia. La sentencia definitiva de acuerdo con el inc. 1 del art 26 *“será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia. En ella se hará expresa mención de los fundamentos de los votos de minoría, si los hubiere. Esta sentencia deberá*

dictarse dentro del plazo de cuarenta y cinco días, contado desde que el proceso se encuentre en estado de fallo”.

Este procedimiento tiene diversas características, las que han generado discusión en doctrina y jurisprudencia. En específico, la supletoriedad del CPC, y la naturaleza del procedimiento contencioso.

Es muy difícil, o se podría decir que es imposible que la regulación de este procedimiento especial sea suficientemente exhaustiva en estos 11 artículos del DL 211 que lo regulan, es por eso, que el art 29 de la ley establece la supletoriedad de los Libros I y II CPC – disposiciones comunes y juicio ordinario de mayor cuantía-:

“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”.

El CPC en su art 3 señala que se aplicará el procedimiento ordinario como régimen supletorio de un procedimiento especial, siempre y cuando no esté sometido a una *regla especial diversa*⁸¹, es decir, cuando no haya contradicción normativa o sustantiva entre ambos procedimientos.

Esta contradicción se puede evidenciar no solo en normas de carácter procesal, sino también en los principios formativos de índole procesal que se aplicarán en ambos procedimientos. Este punto se relaciona directamente con la supletoriedad mencionada⁸², la cual ha generado dificultades interpretativas.

De acuerdo con el profesor Nicolás Carrasco *“el motivo para esas dificultades surge a partir de la afirmación que el procedimiento contencioso tiene el carácter de “procedimiento administrativo sancionador”* (Carrasco, 2017: 1). Al respecto, existen distintas teorías acerca de la naturaleza jurídica del procedimiento contencioso.

⁸¹ Art. 3 Código de Procedimiento Civil DL 211 *“Se aplicará el procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza”.*

⁸² Los principios formativos del Código de Procedimiento Civil no son los mismos que los del procedimiento contencioso, por ejemplo, en el procedimiento contencioso rige el impulso de oficio por parte del tribunal, por el otro lado, en materia civil quienes tienen la carga de que el procedimiento avance siempre son las partes.

Algunos como el profesor Francisco Agüero⁸³ señalan que el procedimiento tiene la naturaleza de un procedimiento contencioso administrativo sancionador, otros, como la abogada María Soledad Krause⁸⁴ y el procesalista Raúl Tavorari⁸⁵ señalan que este procedimiento se asemeja al derecho penal, es una manifestación del *ius puniendi estatal*.

También nos encontramos con la tesis que sostiene el ex ministro del TDLC, Javier Tapia y Jaime Arancibia⁸⁶ (posición minoritaria), quienes expresan que el procedimiento contencioso de libre competencia tiene naturaleza civil. Para ello sostienen que en materia de libre competencia se imponen cargas públicas y obligaciones de dar, hacer o no hacer. La multa, las obligaciones de desinversión, son cargas públicas, reguladas a través de una obligación de dar, hacer o no hacer, típicas de civil, obligan al infractor con el Estado.

Al respecto, la jurisprudencia mayoritaria en libre competencia ha descartado esta tesis, sin dar mayores explicaciones, sosteniendo que el procedimiento contencioso de libre competencia es un procedimiento infraccional, o bien, una manifestación de la potestad sancionatoria⁸⁷.

Por lo tanto, el procedimiento contencioso es un un procedimiento que, con su propio estatuto jurídico/legal especial utiliza supletoriamente normas del CPC.

b. Procedimiento No Contencioso

El procedimiento no contencioso enmarca la potestad consultiva del TDLC, la que se encuentra señalada dentro del artículo 18 del DL 211 (facultades del TDLC), específicamente en el numeral 2 de este artículo, el cual dispone:

“2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las

⁸³ Agüero, Francisco (2022), «El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como un contencioso-administrativo. Una forma de control judicial de la intervención estatal en la economía», Santiago: Ediciones DER.

⁸⁴ Krauss, María Soledad (2017): «Sistema probatorio y estándar de prueba en el derecho administrativo sancionador»

⁸⁵ Tavorari, Raúl, Informe en Derecho (acompañado a fojas 2488), presentado en causa Rol C 207-2010, *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Tecumseh Do Brasil Ltda. y otro*, 17.

⁸⁶ Véase: Voto disidente Javier Tapia y Jaime Arancibia, Sentencia 160/2017, *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra CMPC Tissue S.A y otra*; (Carrasco, s/p: 15).

⁸⁷ Sentencia 85/2009 TDLC, considerando 47°; Sentencia 112/2011 TDLC, considerando 3° y 4°; Sentencia 123/2012 TDLC, considerando 34°.

disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos” (énfasis agregado).

Este procedimiento se encuentra regulado más en detalle en el artículo 31 y 32 del mismo cuerpo legal, el cual señala los pasos del procedimiento “no contencioso”⁸⁸.

Este procedimiento tiene distintos fines que vale la pena mencionar. En primer lugar, el procedimiento tiene una función preventiva y cautelar, las que han sido reconocidas por la CS y el TDLC.

En relación con la facultad preventiva, la CS ha señalado en la sentencia dictada en autos caratulados “*Subsecretaría de Telecomunicaciones y otros contra Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*”:

“3°. la potestad consultiva cumple una función preventiva en cuanto precaver que un determinado hecho, acto o convención pueda atentar contra la libre competencia si se llegara a materializar” (Sentencia Corte Suprema, 2018) ⁸⁹.

En cuanto al fin cautelar –el cual nos retrata que el procedimiento tutela una naturaleza preventiva-, el TDLC ha resuelto que “*la suspensión del hecho, acto o contrato consultado debe fundarse en antecedentes que constituyan al menos una presunción grave de que se afectará la libre competencia en el o los mercados concernidos*”⁹⁰. La función principal de este procedimiento es prevenir *ex ante* atentados contra la libre competencia, es decir tiene una función primordialmente cautelar.

La tramitación de este procedimiento consta en las siguientes actuaciones: En primer lugar, la petición de iniciar el procedimiento puede no ser necesariamente de una de las partes

⁸⁸ Es erróneo llamarlo procedimiento no contencioso. El procedimiento es contencioso, ya que hay un conflicto, un enfrentamiento de intereses. Debería llamarse procedimiento de consulta.

⁸⁹ Véase: Resolución del TDLC, en Rol NC 427-14, de fecha 30 de octubre de 2014, en la que declara inadmisibles consultas de CONADECUS en el mercado del gas, en su considerando 5° señala: “(...) la facultad conferida en el artículo 18° N° 2, relativa a la posibilidad de consultar hechos, actos o contratos por ejecutarse o celebrarse tiene por objeto obtener un pronunciamiento orientado a otorgar o denegar a la parte consultante la certeza jurídica que establece el artículo 32° del citado cuerpo legal”.

⁹⁰ Consulta de PacificBlu Spa y otro sobre las bases de la subasta de licencias transables de pesca clase B, para merluza común, en las regiones que indica (2018). Consulta de Microsoft Chile Limitada sobre Convenio Marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática de la Dirección de Compras y Contratación Pública (2021). Todas ante el TDLC.

directas del acto o contrato, sino un tercero con interés legítimo (art 31 inc. primero DL 211), luego se procederá por parte del Tribunal a realizar un examen de admisibilidad de la consulta.

Posteriormente se le notificará por oficio de la consulta a *“la Fiscalía Nacional Económica, a las autoridades que estén directamente concernidas y a los agentes económicos que, a juicio exclusivo del Tribunal, estén relacionados con la materia, para que, en un plazo no inferior a quince días hábiles, éstos y quienes tengan interés legítimo puedan aportar antecedentes”* (artículo 31 numeral 1) DL 211).

El punto anterior ayuda a dilucidar uno de los objetivos principales que se logran gracias a este procedimiento preventivo, el acopio de información: Este acopio de información es un fin procesal, la información recaudada es lo que permite el ejercicio de atribuciones procesales típicas: conocer, proteger y hacer ejecutar lo juzgado.

En el procedimiento del art. 31 del DL 211, las normas procesales señaladas para efectuar el proceso de recolección de información son más flexibles que las normas señaladas para la ejecución del mismo proceso en el procedimiento contencioso. El acceso a la información se da en la etapa de aporte de antecedentes, oportunidad que por lo previsto en el art. 31 del DL 211 está dotada de flexibilidad.

Luego, el Tribunal citará a una audiencia pública para escuchar alegatos de las partes. En esa audiencia, solamente podrán intervenir aquellas autoridades o agente económicos que hayan aportado antecedentes. Finalmente, en contra de la resolución que dicte el TDLC, luego de alcanzado un acuerdo, una vez finalizado la audiencia pública, procede el recurso de reclamación para ante la Corte Suprema.

Señaladas las principales etapas del procedimiento, es relevante ahondar en ciertas características de este procedimiento no contencioso, las cuales han generado mucha discusión en la doctrina y jurisprudencia chilena. Lamentablemente estas discusiones aún han sido zanjadas en su totalidad.

Una de las grandes razones porque este procedimiento tiene grandes imperfecciones es porque el sistema chileno no tiene un *“símil en los ordenamientos comparados; ni en los*

modelos de tradición europeo-continental, ni en los de tradición anglosajona”⁹¹. A lo largo de la historia del derecho de la libre competencia hemos tenido un modelo comparado que nos da directrices en cómo debería ser las distintas figuras implementadas en nuestra regulación⁹², pero esto no ha ocurrido con el procedimiento no contencioso.

No hay un modelo de prueba y error que nos pueda guiar en modelos comparados, y eso se refleja en algunas imperfecciones de nuestro modelo no contencioso. Las principales imperfecciones tienen relación con el nombre que se le otorga a este procedimiento.

No estamos hablando de un procedimiento no contencioso como el que emana del CPC (régimen supletorio). En este sentido, el artículo 817 del CPC señala “*Son actos judiciales no contenciosos aquellos que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre partes*”.

A diferencia de ese procedimiento, nuestra ley de competencia consagra un procedimiento preventivo que puede ser iniciado por un tercero con interés (no se distingue si el interés debe ser civil o económico) que no necesariamente es parte del contrato, es decir, un tercero interesado puede someter a consulta hechos, actos o contratos de terceros.

Este punto es relevante, ya que el hecho de que este procedimiento pueda ser iniciado por un tercero con interés, necesariamente significa que nos encontramos ante una contraposición de intereses legítimos. Así, en este procedimiento, desde un inicio surge una contienda, siempre verificándose un conflicto. Por lo tanto, el procedimiento consagrado en el DL 211 no es un procedimiento no contencioso como el que trata el libro IV del CPC.

El punto anterior es respaldado por el profesor Felipe Vega: “*Consultados- terceros- que se hacen parte en el procedimiento de vocación no contenciosa presentando un interés totalmente contradictorio al del consultante; conflicto de intereses contrapuestos que queda sometido a las reglas de un procedimiento contradictorio*” (Vega, 2021: 63).

⁹¹ Para una revisión de los modelos comparados en estas materias, véase Fuenzalida, Pablo y Valderrama, Mario (2004). «La potestad consultiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: ¿jurisdiccional o administrativa?» Revista de Derecho Administrativo Económico, (13), 184 y 185.

⁹² Por ejemplo, nuestro “cheque en blanco”, es decir nuestro artículo 3 está inspirado en la sección 1 del Sherman Act de 1890.

La segunda imperfección que se observa tiene que ver también con que a veces la doctrina o la jurisprudencia llama al procedimiento preventivo como ‘procedimiento consultivo’. Esto es un error, pues según el art. 31 del DL 211:

“El ejercicio de las atribuciones a que se refieren los números 2), 3) y 4) del artículo 18, así como la emisión de los informes que le sean encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales, se someterán al siguiente procedimiento”.

Por lo tanto, si bien la facultad consultiva es relevante, existen otras potestades del TDLC que se tramitan vía procedimiento no contencioso. Como lo menciona el profesor Nicolás Carrasco en su libro *“Procedimientos de libre competencia”* *“Un desliz normal en materia procesal supone confundir la función que se ejerce en un procedimiento con la tramitación que concretiza ese procedimiento. Se trata de una cuestión terminológica que ha generado desorden en la manera de enfrentar la facultad consultiva tramitada en el procedimiento de tutela preventiva de libre competencia”* (Carrasco, s/p).

Para finalizar este apartado sobre el mal llamado procedimiento no contencioso de libre competencia, analizaremos de forma breve lo señalado en el artículo 32, el cual señala:

“Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, o de acuerdo con las resoluciones de la Fiscalía Nacional Económica para el caso de las operaciones de concentración, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación”.

Este artículo se refiere a la mutabilidad de las medidas que tome el TDLC en el procedimiento no contencioso. Es decir, que las decisiones que se adopten en este procedimiento pueden ser alteradas cuando surgen nuevos antecedentes. Lo anterior se

realiza iniciando un procedimiento contencioso o no contencioso posterior⁹³. Por tanto, en el procedimiento no contencioso se admite un cierto elemento de modificabilidad en lo resuelto, siempre y cuando, varíen las circunstancias y surgen nuevos antecedentes.

c. Procedimiento de daños

La acción de indemnización de perjuicios en el sistema de libre competencia chileno ha sido protagonista de dos modificaciones relevantes. La primera fue el año 2003, en la que por primera vez se regula explícitamente la indemnización de perjuicios en el DL 211, esta acción se podrá interponer ante los tribunales civiles a través de un procedimiento sumario. Como condición para interponer la acción, es necesaria una sentencia ejecutoriada del TDLC.

La regulación del año 2003 presentaba varios problemas⁹⁴, manifestados en el “*Caso Farmacias*”. En efecto, en noviembre del año 2012 se pronuncia la sentencia de la CS, y recién en noviembre de 2020 se llegó a un resultado en cuanto a la indemnización en sede civil⁹⁵.

Claramente se presentaba un desfase no menor entre la decisión en materia de libre competencia, y lo que era la reparación de los daños causados en sede civil. Lo anterior, además de incurrir en mayores costos procesales y administrativos, es posible que el desfase entre ambas sentencias haya aminorado el poder resarcitorio de la sanción indemnizatoria.

Es por lo anterior, que la reforma en materia de libre competencia, llevada a cabo el año 2016, por medio de la ley 20.945, se hace cargo de estos problemas. Para tal efecto, modificó el régimen de responsabilidad del DL 211, y también se introducen nuevas modificaciones en la ley 19496 para la Protección de los Derechos de los Consumidores

⁹³ En los procedimientos no contenciosos de acuerdo con el art 821 del Código de Procedimiento Civil no existe cosa juzgada sustancial. Lo anterior se traduce en que la resolución solo produce cosa juzgada formal, es decir, “*Al producirse la cosa juzgada formal, se impide que dentro del mismo proceso en el cual fueron dictadas, se pueda renovar la discusión de lo resuelto. No impiden, sin embargo, que en un nuevo juicio se pudiera discutir lo mismo, ya que no producen cosa juzgada material o sustancial*” (Ubilla, 2020: 12).

⁹⁴ Por ejemplo, no permitía usar el juicio colectivo establecido en la LPDC en resguardo del interés colectivo o difuso de los consumidores. También otro problema era que el tribunal competente para conocer de la indemnización de perjuicios no era el TDLC (tribunal que sabía la causa en detalle), y el hecho de que el TDLC estuviera compuesto por economistas y abogados permitía abordar con mayor exactitud el tema de la cuantificación del daño.

⁹⁵ *SERNAC contra Farmacias Cruz Verde* (2019.), 10° Juzgado Civil de Santiago ,Causa rol N°C-1940-2013, 17 de diciembre de 2019.

(“LPC”), en específico respecto a la posibilidad de usar el juicio colectivo cuando el interés de los consumidores se encuentre afectado (artículos. 51 y ss. LPDC).

El art 30 del DL 211 mantiene “*su tramitación de acuerdo al procedimiento sumario y su base de prejudicialidad, pudiendo interponerse la acción de indemnización de perjuicios únicamente con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada y debiendo fundar el fallo relativo a la indemnización en los hechos establecidos en dicha sentencia*” (Programa UC Libre Competencia, 2021: 4).

El principal cambio introducido por la ley 20.945, es que la acción indemnizatoria ya no tendrá que ser presentada ante un tribunal civil, sino que, se debe interponer ante el TDLC:

“La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada se interpondrá ante ese mismo Tribunal y se tramitará de acuerdo con el procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil...”⁹⁶.

En la reforma también se introdujo una modificación en cuanto a la valoración de la prueba. El artículo 30 introducido por la Ley N°19.911 (2003), nada disponía sobre este aspecto.

La reforma del año 2016 especificó que la prueba en cuanto a esta materia se debe valorar de acuerdo con la sana crítica, es decir apreciar la prueba conforme a la verdad. La apreciación conforme a la verdad está limitada por las reglas de la lógica, las máximas de experiencias y los conocimientos científicamente afianzados.

⁹⁶ Artículo 30°.- *“La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante ese mismo Tribunal y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil. Al resolver sobre la acción de indemnización de perjuicios, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fundará su fallo en los hechos establecidos en su sentencia que sirvan de antecedente a la demanda. El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. La indemnización de perjuicios comprenderá todos los daños causados durante el período en que se haya extendido la infracción. La acción de indemnización de perjuicios derivados de los acuerdos sancionados en el Título V de la presente ley se sustanciará conforme a lo establecido en este artículo, y respecto de ellos no podrán interponerse acciones civiles en el procedimiento penal”.*

Con el propósito de otorgar una mirada integral a este sistema de indemnización de perjuicios en el derecho de la competencia es crucial trazar una línea entre los daños que afectan a la competencia y el daño que afecta a la competencia, pero que a la vez es indemnizable, ya sea bajo el régimen de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

El daño proveniente de las conductas anticompetitivas no es siempre indemnizable. El solo hecho que exista una sentencia condenatoria emanada del TDLC no es suficiente para, en su sólo mérito, imponer la indemnización de un daño civil; esto es, no necesariamente un ilícito antimonopólico coexiste con un ilícito civil⁹⁷

Un ejemplo de lo anterior es el caso de ilícitos de peligro, estos son delitos que es probable que produzcan daños a la competencia, por los cuales el TDLC puede adoptar medidas preventivas. Como la conducta no ha ocurrido, no hay lugar a indemnización alguna. Como ha señalado la jurisprudencia:

“8°. La exigencia que el daño, para resultar reparable por la vía de indemnización, sea cierto, quiere significar que debe ser real o efectivo, esto es, tener existencia. La afirmación importa rechazar la indemnización del daño eventual o meramente hipotético, es decir, aquel que no se sabe si va a ocurrir o no”⁹⁸.

La doctrina clasifica en dos tipos de daños los derivados de un ilícito anticompetitivo: el daño anticompetitivo o social y daño indemnizable o particular (Lewin, 2011). El daño anticompetitivo incluye solo *“los asociados a un atentado al estatuto de defensa de la libre competencia, para el sentido económico de disminución del bienestar social”* (Araya, 2005: 5). Los daños anticompetitivos se encuentran señalados en el artículo 3 del DL 211.

Como ha señalado el académico Cristian Boetsch, *“El daño anticompetitivo es la pérdida de bienestar social o utilización insuficiente de los recursos en los distintos mercados. Esta pérdida o costo social está dada por la limitación de la producción de un determinado bien, lo que conlleva a su alza en el precio”* (Boetsch, 2021: 16). Por lo tanto, el daño anticompetitivo se encuentra manifestado en el tipo genérico del art 3 inc. 1 *“El que*

⁹⁷ Para más información véase: (Valdés, 200: 278); (Araya, 2005: 20)

⁹⁸ *Mohr Rudolf María con Instituto Inmunoterapia* (2008), Corte Suprema, causa Rol N°2976-2006

ejecute o celebre cualquier hecho, acto o convención, que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia” (énfasis agregado).

El daño indemnizable, o el daño civil, es lo que entendemos por perjuicio causado, El perjuicio o daño puede entenderse como “*una pérdida, disminución o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba*” (Alessandri, 1943: 213). Desde un punto de vista más técnico y moderno, el daño es “*la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial*” (Boetsch, 2021: 16).

El acto anticompetitivo puede dar lugar a una indemnización siempre que se satisfagan los requisitos establecidos para la reparación de daños en el marco de la responsabilidad contractual o extracontractual. Es preciso señalar que, para que una disputa sea dirimida a través del arbitraje, resulta imprescindible la inclusión por las partes de una cláusula arbitral en el contrato. No obstante, las partes también tienen la posibilidad de someterse a arbitraje mediante un acuerdo arbitral luego que la disputa ha surgido. En consecuencia, procederemos a examinar los requisitos exigidos tanto para la responsabilidad contractual como para la extracontractual.

Para que se configure la responsabilidad contractual en sentido estricto - indemnización de perjuicios- se deben cumplir ciertos elementos: incumplimiento del deudor, incumplimiento con culpa o dolo, perjuicio del acreedor, relación de causalidad entre incumplimiento, perjuicios y, mora del deudor.

Por el otro lado, la responsabilidad extracontractual en Chile requiere cuatro elementos fundamentales: una acción u omisión voluntaria del agente causante del daño, la presencia de dolo o culpa en la conducta del autor, adhiriendo a un sistema de responsabilidad subjetiva, la existencia de un daño cierto ya sea patrimonial o extrapatrimonial, sufrido por la víctima, y, por último, una relación de causalidad directa entre la conducta culposa o dolosa y el daño producido.

Considerando la naturaleza *follow-on* (prejudicialidad) del artículo 30, la sentencia del TDLC nos proveerá algunos de estos requisitos necesarios para demandar responsabilidad civil, como el incumplimiento con culpa o dolo y la mora del deudor. Por lo

tanto, y solo si el TDLC logró acreditar el incumplimiento, el juicio sumario posterior⁹⁹ se reducirá al daño causado, a la causalidad entre el perjuicio y el incumplimiento, el incumplimiento del contrato, e incluso la existencia del mismo contrato.

En el Capítulo IV de este trabajo abordaremos con mayor detención los daños que generan responsabilidad contractual en libre competencia, también nos detendremos en cuales, de los daños indemnizables en el ámbito civil, pueden ser reparados en sede de libre competencia.

Por último, antes de finalizar esta sección de “procedimiento de daños” es relevante señalar que la ley que rige hoy en día respecto a la materia de indemnización en sede de libre competencia no es suficientemente madura como otras materias del sistema de libre competencia, dado que es una normativa reciente.

Como manifestación de aquello, solamente se han tramitado 11 causas por acción de indemnización de perjuicios¹⁰⁰ y solo hay una de estas causas que han sido resueltas. “*Demanda de Papelera Cerrillos S.A. contra CMPC Tissue S.A. y otra*”¹⁰¹. En la cual el TDLC rechazó la demanda de indemnización de perjuicios. Es relevante destacar el razonamiento del TDLC acerca de la prejudicialidad:

“26. La acción de responsabilidad civil en esta sede se acota únicamente a la determinación de los eventuales perjuicios derivados de los hechos constitutivos de una infracción a la legislación de libre competencia que ya fueron sancionados por sentencia ejecutoriada. No corresponde en este proceso, por tanto, acreditar hechos distintos a los que fueron establecidos en la sentencia

⁹⁹ El incumplimiento o la existencia del contrato deben acreditarse en el juicio sumario posterior, siempre y cuando, no emanen de los hechos acreditados por el TDLC.

¹⁰⁰ Véase: *Banco Bice contra Banco Estado*(2021), Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, rol N°CIP-11-2021; *Scotiabank Chile contra Banco del Estado de Chile*(2023), Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, CIP-rol N°13-2023; *Conadecus en contra de Walmart Chile S.A*(2021), Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, rol N°CIP- 8-2021; *Conadecus en contra de SMU S.A*(2021), Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, rol N°CIP-10-2021; “*Caso Navieras*” *Demanda de Arcam contra NYK y otras* (2020), Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, rol N° CIP-6-2020 entre otras. [Información disponible en: https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=3]

¹⁰¹ *Papelera Cerrillos S.A. contra CMPC Tissue S.A. y otra* (2020): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, rol N° CIP-3-20202.

infraccional previa, ni estos hechos pueden incidir en la determinación de la existencia de perjuicios o en su cuantificación, a efectos de la acción de indemnización de perjuicios” (TDLC, Sentencia N°188/2023: 2023).

El TDLC en base a la acción *follow-on* concluye que en este caso sí se produce un daño contrario a la competencia (colusión), pero expresa que no es un daño indemnizable, ya que no se cumplirían los requisitos necesarios para que este se pueda indemnizar según el estatuto de responsabilidad extracontractual¹⁰².

Por último, en la misma sentencia, el TDLC también marca un precedente en relación con la argumentación de la parte demandada, en el sentido que la argumentación se debe sujetar a los mismos hechos probados y alegados en la sentencia anterior¹⁰³:

“49. Las conductas objetadas por Papelera Cerrillos en su demanda, a saber, la imitación de productos, desarrollo de promociones, otorgamiento de incentivos a minoristas, acaparamiento de góndolas y otras acciones de carácter exclusorio, no se tuvieron por acreditadas ni fueron objeto de sanción en el procedimiento llevado en sede de libre competencia. La Sentencia Infraccional no declara en ningún momento ni tiene por acreditada la existencia de prácticas exclusorias que hayan tenido por objeto la exclusión de Papelera Cerrillos u otros competidores presentes en el mercado del papel tissue”

En conclusión, el TDLC es en un tanto rígido al momento de indemnizar los daños derivados de un ilícito anticompetitivo. Esto se podría deber a diversos factores, como, por ejemplo, la creencia actual del Tribunal, que la función de estos es solamente resolver el daño anticompetitivo, y no así, poner tanto énfasis en la resolución del daño civil. La competencia para la resolución del daño civil no es exclusiva del TDLC, como si lo es la competencia para la condenación del daño anticompetitivo.

¹⁰² Sentencia 188/2023, TDLC. “(a) existencia de un hecho voluntario de los demandados; (b) imputabilidad de la conducta, esto es, que se haya cometido con culpa o dolo; (c) existencia de perjuicios; y, (d) existencia de una relación causal entre la conducta y los perjuicios;” (c°27)

¹⁰³ Sentencia 160/2017, TDLC, rol N°C-299-15

Capítulo 3: Arbitrabilidad en materias de Libre Competencia en sistemas comparados

El propósito de los capítulos iniciales de la presente investigación fue proporcionar un contexto exhaustivo sobre el marco jurídico chileno en dos ámbitos fundamentales: el arbitraje, abordado en el capítulo 1, y el régimen de libre competencia, tratado en el capítulo 2. Esta aproximación preliminar busca dotar al lector de las herramientas analíticas necesarias para evaluar la posibilidad de someter a arbitraje las cuestiones vinculadas con la libre competencia, enfocándose particularmente en los daños resultantes de prácticas anticompetitivas.

Para arribar a una conclusión detallada sobre lo anterior, es necesario detenerse en dos aspectos. El primero se refiere a cómo la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia ha sido abordada en sistemas jurídicos comparados y si las experiencias de dichos sistemas pueden ser extrapoladas al contexto chileno. Asimismo, se establecerá cuál ha sido la postura adoptada por estos sistemas en relación con la arbitrabilidad de los daños ocasionados por conductas anticompetitivas.

El segundo aspecto para considerar es si, en el derecho chileno, las materias de libre competencia son susceptibles de ser sometidas a arbitraje, con especial énfasis en los daños derivados de actos anticompetitivos.

El presente capítulo se dedicará al análisis del primer elemento mencionado, examinando cómo se ha tratado la arbitrabilidad de estas materias en el derecho comparado y los daños que emanan de dichas conductas. Se realizará un recorrido por la evolución de la arbitrabilidad en distintas jurisdicciones, apoyando el análisis en jurisprudencia que ha sido determinante para definir la orientación actual de cada sistema legal. Concluiremos con un análisis de los elementos considerados en dichos sistemas y su posible integración en el modelo jurídico chileno.

Antes de proceder al desarrollo de la arbitrabilidad de las materias de libre competencia en los principales sistemas comparados, es crucial subrayar dos aspectos. En primer lugar, es necesario destacar que la tendencia en los sistemas jurídicos comparados es

de una creciente aceptación de la arbitrabilidad en estas materias, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia.

Como sostienen Javier Tapia y José Luis Corvalán, “*la arbitrabilidad de las cuestiones de competencia ha ido ganando aceptación... es claro... que las disputas relativas a cuestiones de competencia son posibles de ser sometidas a arbitraje*” (Tapia y Corvalán, 2022: 7).

El segundo aspecto relevante para considerar es que la arbitrabilidad de un asunto se encuentra intrínsecamente ligada al marco institucional en el que dicho asunto se contextualiza. “*La cuestión de arbitrabilidad es esencialmente una cuestión de derecho doméstico*” (Igartua, 2011: 264). Esto implica que al no existe un estándar internacional uniforme en cuanto a la arbitrabilidad, de forma que una materia de libre competencia puede ser arbitrable en la legislación A, pero no en el B. Por ejemplo, un tribunal arbitral estadounidense puede perfectamente aplicar las leyes que regulan la competencia. Este no será el caso de Chile, ya que un árbitro no podrá aplicar el DL 211.

Dicha variabilidad implica que los modelos internacionales de arbitraje no pueden ser trasladados de manera idéntica al contexto chileno. Sin embargo, ciertos elementos de estos modelos podrían encontrar correlato en el diseño institucional de Chile. Los sistemas que se examinarán para este análisis incluyen el modelo estadounidense, el europeo y otros sistemas comparativos, específicamente los de Colombia, Canadá e India.

Es importante que el lector tenga presente la siguiente pregunta al analizar la arbitrabilidad a cuestiones de libre competencia en distintos modelos: ¿Cuándo y cómo los asuntos relacionados a la competencia surgen en arbitraje?

Al respecto, los asuntos de libre competencia dan origen al arbitraje de una forma accidental. “*En la mayoría de los casos habrá una disputa contractual y la cuestión del derecho de la competencia será planteada como defensa por el demandado*”¹⁰⁴(Komnios, 2009: 13).

¹⁰⁴ Traducción libre, cita original: “*In most cases there will be a contractual dispute, and the competition law question will be raised as a defense by the defendant*”.

Los contratos a los que hace referencia el autor ya sean de licencia o de cooperación, incorporan cláusulas de arbitraje que son vinculantes para las partes involucradas. Dichas cláusulas suelen ser de carácter amplio y estipulan que cualquier controversia derivada del contrato será sometida a arbitraje. Como bien señala el autor previamente citado, “*el demandante presentará demandas basadas en el incumplimiento del contrato, mientras que el demandado planteará la nulidad del contrato o de ciertas partes de este*” (Komnios, 2009: 13).

Una eventual resolución por parte del árbitro de estas materias llevaría automáticamente a una alegación de la nulidad del laudo. Esto porque se ha señalado que el árbitro no puede resolver cuestiones de orden público al no ser disponibles.

I. Arbitrabilidad en el modelo estadounidense

EE.UU es uno de los sistemas que mayor aceptación tiene a la arbitrabilidad en materias de libre competencia. Este modelo se ha alejado de la concepción tradicional que consideraba que las “*materias reguladas por normas de orden público no eran susceptibles de arbitraje, en otros términos, que la aplicación de estas disposiciones estaba reservada a las entidades administrativas y a los jueces como órganos permanentes del aparato administrativo del Estado*” (Baquero, 2010: 4).

Antes de examinar lo dicho y resuelto por la jurisprudencia estadounidense sobre este tema, es pertinente reflexionar sobre la premisa tradicional que consideraba a las cuestiones de orden público como no arbitrables debido a su indisponibilidad para las partes y al impacto que su resolución podría tener en el interés general de la sociedad.

El jurista peruano Alfredo Bullard -con amplia experiencia en materias de arbitraje y libre competencia- se ha pronunciado respecto a esto último, exponiendo que nos encontramos frente a una premisa que señala:

“Los árbitros no pueden ver asuntos que atañen al orden público. Pero lo cierto es que los árbitros lo hacen todo el tiempo. Siempre lo han hecho. Y como bien se dice en toda la jurisprudencia relevante, en la Convención de Nueva York y en la Ley Modelo UNCITRAL, que inspira parte de las legislaciones latinoamericanas (incluidas la peruana y la chilena), si el árbitro aplica mal el orden público, su decisión puede ser anulada o su ejecución puede ser rechazada por los tribunales

ordinarios. Que su decisión sea revisable no significa que no tenga jurisdicción para darla” (Bullard, 2022).

El fenómeno descrito puede observarse con claridad en el ámbito del arbitraje de inversión, donde los árbitros abordan con frecuencia cuestiones de orden público que repercuten en la sociedad del Estado demandado. A título ilustrativo, en dichos procedimientos arbitrales, se requiere que los árbitros emitan un juicio sobre si el Estado X está obligado a modificar su normativa en lo concerniente a la protección de los inversores, en el marco de una crisis social. En este contexto, el Estado debe ponderar y priorizar el bienestar de sus ciudadanos.

Surge así un debate jurídico de significativa complejidad, en el que se contraponen el derecho del inversor a recibir un Tratamiento Justo y Equitativo y la prerrogativa soberana del Estado de ejercer su potestad regulatoria.

Otro ejemplo, es el cambio en las políticas de energía o de la ley ambiental de los Estados demandados: *“Existe una tensión fundamental entre el derecho del Estado receptor a regular y la expectativa de un inversor de un entorno regulatorio estable. Las nuevas leyes nacionales para la protección del medio ambiente pueden entrar en conflicto con las obligaciones de los tratados de proteger las inversiones preexistentes de los inversores extranjeros”*¹⁰⁵(Chung y Low, 2023: 1).

Para comprender a razón de porque el derecho estadounidense apoya tanto la arbitrabilidad de las cuestiones de la competencia, procederemos a examinar cuatro casos fundamentales que han establecido diversas líneas argumentativas, o jurisprudenciales, en torno a esta cuestión.

En primer lugar, se detallará el precedente alcanzado con el fallo *American Safety (ASE) v JP McGuire*¹⁰⁶, del año 1967. Posteriormente, se expondrá la sentencia que marcó un punto de inflexión respecto a la tendencia jurisprudencial previa, la cual consideraba las

¹⁰⁵ Traducción libre, cita original: *“There is a fundamental tension between the host state’s right to regulate and an investor’s expectation of a stable regulatory environment. New domestic laws for environmental protection may conflict with treaty obligations to protect pre-existing investments of foreign investors”*.

¹⁰⁶ *American Safety Equipment Corp v. J. P. McGuire & Co.*, 391 F2d 821 (2nd cir. 1967).

cuestiones de libre competencia no eran susceptibles de arbitraje. Estamos hablando de la histórica decisión de la Corte Suprema en el caso *Mitsubishi*¹⁰⁷, del año 1985.

En tercer lugar, se procederá a realizar un análisis general sobre los desarrollos en materia de arbitrabilidad suscitados a raíz del caso *Mitsubishi*. Se examinará si la doctrina establecida por dicho caso ha prevalecido en el tiempo, si se ha adoptado una postura que, si bien favorece la arbitrabilidad, lo hace de una forma más matizada, o si, por el contrario, se ha inclinado hacia una perspectiva más conservadora.

Por último, se examinará la sentencia de la Corte Federal del estado de Ohio del año 2020 en el caso *Novelis*¹⁰⁸, el cual ha “*demostrado que el arbitraje puede servir como un apoyo importante para la aplicación de las normas antimonopolio. De hecho, puede incluso desempeñar un papel más importante en las controversias sobre el Derecho de la competencia en el futuro*” (Kendra y Ritz, 2020).

i. American Safety v JP McGuire (ASE)

En este caso, resuelto el año 1968, el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos sostuvo que los “*acuerdos previos a la disputa para arbitrar todas las reclamaciones derivadas de un acuerdo o contrato eran inaplicables en cuanto a las reclamaciones que atenten contra la libre competencia*”¹⁰⁹(Braun, 1989: 205).

Las partes involucradas en el conflicto suscribieron un acuerdo de licencias en virtud del cual Hickok (demandado) le promete a ASE (American Safety) el uso exclusivo de su marca comercial. Dicho convenio incorporaba una extensa cláusula de arbitraje que estipulaba la obligatoriedad de someter a arbitraje cualquier disputa derivada de un incumplimiento contractual por parte de cualquiera de los firmantes.

Años más tarde cuando la relación entre las partes se deterioró, ASE demandó a Hickok y Maguire ante la Corte Federal, en la cual ASE alegó que ciertas “*disposiciones del acuerdo violaron la Ley Sherman porque extendieron ilegalmente el monopolio de la marca*

¹⁰⁷

¹⁰⁸ U.S. v. Novelis and Aleris, No: 1:19-cv02033-CAB (N.D. Ohio, March 9, 2020).

¹⁰⁹ Traducción libre, cita original: “*that predispute agreements to arbitrate all claims arising from an agreement or contract were unenforceable as to federal antitrust claims*”.

*registrada de Hickok y restringieron injustificadamente el negocio de ASE*¹¹⁰”(Finn, 1969: 407). Por lo tanto, argumentan que la disputa no se podía arbitrar ya que trataba temas relacionados al derecho de la competencia que versaban sobre el interés general.

Los demandados sostienen que la controversia en cuestión es susceptible de arbitraje, dado que el convenio en disputa incluye una cláusula arbitral de carácter extensivo. La Corte Federal, por su parte, ha emitido un fallo que respalda la validez de dicho argumento.

Continuando con el caso *ASE*, la Corte, en la apelación presentada por la empresa demandante declaró que las materias que versan sobre libre competencia **no** son de competencia arbitral por cuatro razones. La primera es porque estas materias son de orden público, puesto que afecta a la sociedad toda. Es decir que *“implican un fuerte interés nacional en una economía libremente competitiva”*¹¹¹(James, 1997: 798).

El segundo argumento esgrimido por la Corte sostiene que los contratos que dan origen a disputas de naturaleza anticompetitiva suelen ser, por lo general, contratos de adhesión. En consecuencia, someter este tipo de acuerdos a un procedimiento arbitral contravendría los principios fundamentales del arbitraje.

En tercer lugar, la Corte sostuvo que las cuestiones relativas a la libre competencia deben ser resueltas mediante un procedimiento judicial y no a través de uno arbitral. Esta decisión se fundamenta en el reconocimiento de que las materias concernientes al derecho de competencia son de una complejidad extrema:

“Las cuestiones en los casos antimonopolio tienden a ser complicadas, y las pruebas son extensas y diversas, mucho más adecuadas para los procedimientos judiciales que para los de arbitraje. Además, es la comunidad empresarial en general la que está regulada por las leyes antimonopolio. Dado que los árbitros comerciales suelen ser hombres elegidos por su experiencia en los negocios, no

¹¹⁰ Traducción libre, cita original: *“provisions of the agreement violated the Sherman Act because they unlawfully extended Hickok's trademark monopoly and unreasonably restricted ASE's business”*.

¹¹¹ Traducción libre, cita original *“The Sherman Act is designed to promote the national interest in a competitive economy; thus, the plaintiff asserting his rights under the Act has been likened to a private attorney-general who protects the public's interest”*.

*parece apropiado que determinen estas cuestiones de gran interés público*¹¹²(c° 826 y 827).

El argumento final expuesto por la Corte sostiene que las normativas concernientes a la competencia han sido concebidas con el propósito de regular el libre mercado y la comunidad empresarial-*buisness community*-. La Corte aduce que, dado que la mayoría de los árbitros son miembros de dicha comunidad, se compromete su imparcialidad en el proceso de toma de decisiones, debido a la presencia de un conflicto de intereses inherente.

El argumento relevante que recoge esta doctrina es que las materias de competencia son de interés público, por lo tanto, inarbitrables. En este sentido, se indicó que:

“827°. [u]na reclamación en virtud de las leyes antimonopolio no es un asunto meramente privado. La Ley Sherman está diseñada para promover el interés nacional en una economía competitiva; por lo tanto, el demandante que hace valer sus derechos en virtud de la Ley ha sido asimilado a un fiscal general privado que protege el interés público (C°798) [...] Las violaciones de las leyes antimonopolio pueden afectar a cientos de miles -quizás millones- de personas e infligir un daño económico asombroso [...] No creemos que el Congreso pretendiera que esas reclamaciones se resolvieran en otro lugar que no fuera los tribunales estatales”(Sentencia ASE, Citado por Tapia y Corvalán, 2022: 8).

Esta es la doctrina de *American Safety*, la que será la doctrina dominante hasta que sea derrocada en el caso *Mitsubishi*. Como se ha mencionado en otros casos de materias similares en EE.UU *“Las demandas antimonopolio son arbitrables. Se ha señalado que ha llegado el momento de que la doctrina de la American Safety doctrine ocupe “el lugar que le corresponde entre el cementerio de las ideas”*¹¹³(Blackmun, 1987: 482).

¹¹² Traducción libre, cita original: *“the issues in antitrust cases are prone to be complicated, and the evidence extensive and diverse, far better suited to judicial than to arbitration procedures. Moreover, it is the business community generally that is regulated by the antitrust laws. Since commercial arbitrators are frequently men drawn for their business expertise, it hardly seems proper for them to determine these issues of great public interest”*.

¹¹³ Traducción libre, cita original: *“Antitrust claims are arbitrable. Signals that the time has come for the American Safety doctrine to take “its proper place among the graveyard of ideas”*.

ii. Mitsubishi Corps con Soler Chrysler-Plymouth (Mitsubishi)

El caso *Mitsubishi* de 1985 fue uno de los primeros casos a nivel mundial en reconocer la posibilidad de arbitrar asuntos relacionados al derecho de la competencia. La Corte Suprema de EE.UU. “llevó a la migración mundial hacia el reconocimiento de la arbitrabilidad de las controversias en materia de competencia, al menos en una situación internacional, suponiendo que las partes hayan acordado arbitrar estas cuestiones”¹¹⁴(Lewin, 2018: 39).

Mitsubishi Motors (en adelante “el demandante” se constituye como una empresa de colaboración conjunta (joint venture) entre una entidad de carácter internacional y otra de origen japonés. El propósito primordial de dicha empresa conjunta ha sido la distribución de vehículos automotores en mercados internacionales, excluyendo el territorio de EE.UU. Con el objetivo de materializar esta finalidad, el demandante estableció una serie de contratos con diversas compañías a nivel global, las cuales se encargarían de la comercialización de sus productos. Entre estas entidades se encuentra Soler Chrysler-Plymouth (en adelante, “la demandada”), contra quien el demandante ha interpuesto una demanda ante una Corte de Distrito Federal de los Estados Unidos de América.

La razón de la demanda fue el eventual incumplimiento del contrato de venta y distribución, celebrado entre el *joint venture* y la demandada¹¹⁵. El presente contrato incluye una cláusula de considerable amplitud que estipula que cualquier controversia derivada del mismo deberá ser resuelta a través de un proceso de arbitraje, el cual se llevará a cabo bajo los auspicios de la Asociación de Comercio de Japón.

A pesar de lo anterior, el demandante inició un proceso judicial ante la Corte Federal de EE.UU, bajo la *Federal Arbitration Act*¹¹⁶, ley que asegura la validez de los procedimientos arbitrales y su posterior aplicación bajo la Convención de Nueva York¹¹⁷, buscando forzar el arbitraje de las disputas relacionadas con el contrato.

¹¹⁴ Traducción libre, cita original: “led the worldwide migration to the recognition of arbitrability of competition disputes at least in an international situation, assuming the parties have agreed to arbitrate these issues”.

¹¹⁵ Para un análisis con mayor profundidad de los hechos véase: (Tapia y Corvalán, 2022:12).

¹¹⁶ Para más información véase: <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/united-states-arbitration-act>

¹¹⁷ La Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras es una normativa aplicable para el arbitraje internacional, la cual regula “la ejecución de acuerdos arbitrales por las cortes (también conocida como la remisión de las partes a arbitraje o excepción de convenio

El demandado contestó y demandó reconconvencionalmente, argumentando en base a la *Sherman Act*. La ley Sherman, 15 U.S.C. § 1-7, fue invocada por Soler en base a alegaciones de que Mitsubishi había llevado a cabo prácticas que limitaban la competencia comercial. De manera específica, se argumentó que la empresa conjunta establecida constituyó una colusión entre las partes demandantes con el propósito de segmentar el mercado automotriz, logrando de esta forma ejercer un control sobre el mismo.

De acuerdo con Soler, para poder llevar a cabo el plan:

*“620°. Mitsubishi se había negado a permitir que Soler revendiera a compradores de América del Norte, Central o del Sur vehículos que se había obligado a comprar a Mitsubishi; se había negado a enviar los vehículos pedidos o las piezas, como calentadores y desempañadores, que serían necesarios para permitir a Soler hacer que sus vehículos fueran aptos para la reventa fuera de Puerto Rico; y había intentado coercitivamente reemplazar a Soler y sus otros distribuidores de Puerto Rico con una subsidiaria de propiedad total que serviría como distribuidor exclusivo de Mitsubishi en Puerto Rico”*¹¹⁸(473 U. S parra 620).

La sentencia de primera instancia reconoció la arbitrabilidad de las cuestiones vinculadas a la Ley Sherman. Dicha resolución fue objeto de recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones, la cual revirtió el fallo emitido por la Corte Federal, negando la posibilidad de someter a arbitraje las controversias asociadas a la libre competencia. En última instancia, se interpuso recurso ante la Corte Suprema, la cual anuló la determinación de la Corte de Apelaciones.

Como se ha establecido, el presente caso se centra en la cuestión de la arbitrabilidad de ciertos asuntos en el contexto del arbitraje internacional, aspecto que excede el alcance del presente estudio. El enfoque pertinente para esta investigación es la arbitrabilidad de

arbitral) y el reconocimiento de laudos
extranjeros” https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards

¹¹⁸ Traducción libre, cita original: *“Mitsubishi had refused to permit Soler to resell to buyers in North, Central, or South America vehicles it had obligated itself to purchase from Mitsubishi; had refused to ship ordered vehicles or the parts, such as heaters and defoggers, that would be necessary to permit Soler to make its vehicles suitable for resale outside Puerto Rico; and had coercively attempted to replace Soler and its other Puerto Rico distributors with a wholly owned subsidiary which would serve as the exclusive Mitsubishi distributor in Puerto Rico”*.

dichas cuestiones en el ámbito del arbitraje doméstico. No obstante, cabe señalar que la mayoría de los argumentos presentados por la Corte son aplicables y trasladables al ámbito del arbitraje interno.

En efecto, la Corte Suprema ha establecido la arbitrabilidad de las materias en cuestión, fundamentándose en una diversidad de razones jurídicas, las cuales han invalidado los argumentos previamente sostenidos en el caso *American Safety*. En relación con ello, cabe resaltar tres argumentos principales que resultan pertinentes tanto en el contexto internacional como en el doméstico.

El primero dice relación con la revisión de la decisión arbitral por parte de la Cortes nacionales estadounidense. Esta tesis recibe el nombre de *second look doctrine*¹¹⁹. La adopción de esta doctrina responde a la preocupación del legislador ante la posibilidad de que los árbitros incurran en aplicaciones erróneas de las normas de orden público.

En el curso de la presente revisión, se ha generado un debate en torno a la adopción de una perspectiva maximalista o minimalista. La adopción de un enfoque maximalista conllevaría la realización de un escrutinio exhaustivo que “*implicaría un tribunal más intervencionista, incluso hasta el punto de la revisión judicial en el laudo arbitral de novo en lo que respecta a las cuestiones de orden público*”¹²⁰(Stanley, 2010: 103).

Por su parte, una revisión minimalista refiere “*un enfoque más deferente por parte del tribunal revisor a la sentencia del árbitro sobre cuestiones de política pública y está más en línea con la revisión tradicional que emplea un tribunal cuando revisa y los árbitros determinan los hechos y la conclusión de derecho*”¹²¹(Lewin, 2018: 49).

El Tribunal, en el litigio concerniente a *Mitsubishi*, estableció un criterio restrictivo, según el cual la supervisión jurisdiccional ejercida por una instancia superior debe circunscribirse exclusivamente a determinar la existencia de una aplicación indebida de la

¹¹⁹ “*En virtud de ella, una corte puede revisar los contenidos del laudo arbitral desde el punto de vista de la política pública para efectos de asegurar el respeto de las reglas de competencia (que se consideran como parte integrante de esa política)*” (Tapia y Corvalán, 2022:9).

¹²⁰ Traducción libre, cita original: “*would entail a more interventionist court, even to the point of the court reviewing the arbitration awards de novo as regards the public policy issues*”.

¹²¹ Traducción libre, cita original: “*is a more deferential approach by the reviewing court to the arbitrator’s judgement on public policy issues and is more in line with the traditional review that a court employs when reviewing and arbitrators finding of fact and conclusion of law*”.

normativa de competencia. No es objetivo de esta supervisión actuar como una tercera instancia que lleve a cabo un examen exhaustivo tanto de los hechos como del derecho implicados. “*La mera ley no es suficiente para que un tribunal de revisión intervenga a través de lo que se ha acuñado como la doctrina de la segunda mirada*”¹²²(Lewin, 2018: 50).

“639. *Si bien la eficacia del proceso arbitral requiere que la revisión sustantiva en la etapa de ejecución del laudo sea mínima, no requeriría una investigación intrusiva para determinar si el tribunal tomó conocimiento de las demandas antimonopolio y realmente las decidió*”¹²³ (473 US, 1985).

El segundo argumento, en lo que respecta a la arbitrabilidad, se centra en la alegación presentada por la parte demandada en cuanto a la *expertise* del árbitro y la complejidad inherente al proceso de arbitraje de asuntos de esta índole. La parte demandada expresó que

“632. *Los casos requieren un análisis jurídico y económico sofisticado y, por lo tanto, se alega que no se adaptan a las fortalezas del proceso arbitral... es decir: expedición, requisito mínimo de justificación escrita, simplicidad*”¹²⁴(473 US, 1985).

La Corte desestimó este argumento¹²⁵, indicando que la complejidad de estos asuntos es precisamente lo que motiva que estas materias se arbitren¹²⁶.

Respecto al planteamiento relativo a la pericia de los árbitros, cabe señalar que dicha tesis ha sido refutada. La Corte ha considerado que el mecanismo de arbitraje se ha venido

¹²² Traducción libre, cita original “*mere of law is not enough to cause a reviewing court to intervene via what has been coined the second look doctrine.*”

¹²³ Traducción libre, cita original: “*While the efficacy of the arbitral process requires that substantive review at the award enforcement stage remain minimal, it would not require intrusive inquiry to ascertain that the tribunal took cognizance of the antitrust claims and actually decided them*”.

¹²⁴ Traducción libre, cita original: “*the cases require sophisticated legal and economic analysis, and thus are alleged to be ill. Adapted to strengths of the arbitral process... i.e: expedition, minimal requirement of written rationale, simplicity*”.

¹²⁵ Traducción libre, cita original: “*By agreeing to arbitrate a statutory claim, a party does not forgo the substantive rights afforded by the statute; it only submits to their resolutions in an arbitral, rather than judicial form. It trades the procedures and opportunity for review of the courtroom form the simplicity, informality and expedition of arbitration*” (473 US C° 628).

¹²⁶ Haría pleno sentido que en Chile este sea un argumento a favor de la arbitrabilidad. En Chile las sentencias del TDLC en promedio 574 días corridos (<https://centrocompetencia.com/cuanto-tardan-las-autoridades-chilenas-de-libre-competencia-en-emitir-sus-decisiones/>)

adaptando adecuadamente para dirimir asuntos de elevada complejidad. “*También hay un esfuerzo de la institución que selecciona o ayuda a la selección de árbitros que se encuentran cómodos, o más bien son expertos en el tema de la disputa*”¹²⁷(Lewin, 2018: 22).

Por último, surge un argumento en relación con la arbitrabilidad de los daños. La Corte estimó que los daños y perjuicios derivados de las conductas anticompetitivas reguladas en la ley de EE.UU “*no permite inferir la conclusión de que dicho remedio no pueda ser solicitado o requerido fuera de una corte de Estados Unidos*”(Programa Competencia UC, 2022: 5).

Es preciso señalar que la reparación de daños derivados de conductas anticompetitivas es un proceso autónomo, el cual se mantiene independiente del procedimiento judicial o arbitral encargado de sancionar dichas conductas. Así, en EE.UU, un árbitro que tiene la facultad de declarar la existencia de una infracción anticompetitiva también está investido de la competencia necesaria para ordenar la reparación del perjuicio ocasionado, ello en el marco de un proceso *ex ante*.

A continuación, se analizará brevemente lo ocurrido después del caso *Mitsubishi*, y lo que ha llegado a pensar la doctrina respecto a este periodo.

iii. Post Mitsubishi

Tras la postura adoptada por Mitsubishi, se ha consolidado la noción de someter a arbitraje las cuestiones relativas a la libre competencia. Se han presentado numerosos casos que han suscitado interrogantes acerca de la posibilidad de arbitrar en estas materias, tal como se evidencia en los precedentes judiciales como: *Coors Brewing Co. v. Molson Breweries*, *Baxter Int'l v Abbott Laboratories*, *Simula, Inc. v. Autoliv*, *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp*, *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*, etc.

A pesar de que hoy en día la arbitrabilidad de cuestiones de libre competencia esta más que zanjada en EE.UU, durante el periodo comprendido entre 1990 y 2010 surgieron diversos debates en torno a la corrección de la doctrina establecida en el caso *Mitsubishi*.

¹²⁷ Traducción libre, cita original: “*there is also an effort of institution selecting or assisting selection of arbitrators who are comfortable, if not expert in the subject matter of the dispute*”.

Uno de los puntos discutidos se centró en determinar si la cláusula arbitral incluida en los contratos abarcaba, de manera inequívoca, las conductas anticompetitivas, sin necesidad de recurrir a una interpretación adicional de dicha cláusula. Por otro lado, se analizó si, ante una cláusula arbitral de tal naturaleza, resultaba imperativo aplicar las reglas de interpretación contractual para dilucidar su alcance y aplicación.

Lo anterior ocurrió en el caso *Simula, Inc. v. Autoliv*¹²⁸, caso en el que se estableció un precedente significativo en cuanto a la interpretación de cláusulas contractuales de amplio espectro. Se determinó que, para discernir si una cláusula incluye actos potencialmente anticompetitivos, es imperativo aplicar métodos de interpretación contractual rigurosos. Esta decisión subraya la importancia de una evaluación meticulosa cuando las cláusulas presentan un alcance extenso.

Otro tema de extrema relevancia que se discutió en este periodo es la revisión proveída por la doctrina de *second look*. El debate central se enfocó en determinar si dicha revisión debía adoptar un enfoque minimalista o maximalista. Esta discusión ocurrió en el caso *Baxter Int'l v Abbott Laboratories*¹²⁹, donde se llegó a la conclusión de que la revisión judicial debía ser de naturaleza minimalista. Tal como lo expresó el Juez del Séptimo Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos, la revisión debe ser contenida y limitada, evitando una intervención judicial excesiva en las decisiones empresariales previamente acordadas por las partes:

*“392. Mitsubishi no contempló que una vez finalizado el arbitraje, los tribunales federales tirarían el resultado a la basura y litigarían de nuevo las cuestiones antimonopolio. Esa sería simplemente otra forma de decir que los asuntos antimonopolio no son arbitrables”*¹³⁰ (315 U.S: 2003).

¹²⁹ *Baxter Intern., Inc. v. Abbott Laboratories*, 297 F.3d 544 (7th Cir. 2002)

¹³⁰ Traducción libre, cita original: *“Mitsubishi did not contemplate, that once arbitration was over, the federal courts would throw the result in the trash basket and litigate the antitrust issues anew. That would just be another way of saying that antitrust matters are not arbitrable”*.

Por lo tanto, actualmente en EE.UU “ *existe un claro peso de la autoridad que favorece un enfoque judicial respetuoso y no intervencionista al abordar la revisión de laudos en materia de competencia o antimonopolio* ”¹³¹(Lewin, 2018: 51).

iv. U.S v Novelis y Aleris

El 9 de marzo del año 2020 la División de *Antitrust* del Departamento de Justicia de EE.UU (“DOJ”), por primera vez, en sus 23 años, utilizó el arbitraje como vía de solución de conflictos.

Al finalizar este caso el abogado de la DOJ encargado, Makan Delrahim declaró que “*el arbitraje tiene el potencial de ser una poderosa herramienta de resolución de disputas en las circunstancias adecuadas y espero aplicar el aprendizaje de este caso a asuntos futuros*” (DOJ, 2020).

El año 2019 la DOJ presentó una demanda civil ante la Corte Federal de Ohio. El objetivo de dicha acción legal fue impedir la adquisición de Aleris por parte de Novelis, ambas compañías líderes en la industria de la fabricación de láminas de aluminio para carrocerías de automóviles. Se argumentó que la mencionada transacción habría generado una reducción significativa de la competencia en el mercado, contraviniendo así las normativas antimonopolio vigentes.

Previo a la interposición de la demanda civil¹³², la DOJ había llegado a un entendimiento con las corporaciones implicadas, Novelis Inc. y Aleris Corporation, comprometiéndose a someter la cuestión a arbitraje en caso de que las partes no lograsen dirimir las inquietudes en torno a la competencia. Dicha resolución debía efectuarse a través de una operación transaccional por parte de los demandados dentro de un plazo establecido.

¹³¹ Traducción libre, cita original: *there is a clear weight of authority favoring a respectful and non-interventionist judicial approach in dealing with the review of competition or antitrust awards*”.

¹³² “*La demanda alega que la adquisición combinaría dos de los cuatro productores norteamericanos de láminas de aluminio para carrocerías de automóviles (ABS), lo que llevaría a la concentración de aproximadamente el 60 por ciento de la capacidad de producción total y la mayor parte de la capacidad no comprometida (abierta) con Novelis*” (Kendra y Ritz, 2020).

Después de la etapa de *discovery*¹³³, se dio inicio al procedimiento arbitral. El objetivo de este procedimiento era resolver si las láminas de aluminio para carrocerías de automóviles eran un mercado de productos relevante según la legislación antimonopolio estadounidense.

El arbitraje duró solamente 10 días, el árbitro era experto en materias de la competencia (Kevin Arquit, director de la Federal Trade Commission). Como señaló James Segan en la entrevista que le realizó Claire Morel:

*“Las partes eligieron a administradores y abogados antimonopolio experimentados para escuchar el arbitraje, y parece haber sido un asunto detallado que duró diez días con más de una docena de testigos de hechos y expertos. La flexibilidad del arbitraje, y su capacidad para dar lugar a una justicia rápida, puede verse en el hecho de que las partes solicitaron una decisión breve de no más de cinco páginas dentro de los 14 días siguientes al arbitraje. Los fiscales y los reguladores a veces pueden ser conservadores por naturaleza, pero este fue un buen ejemplo de cómo la innovación puede dar resultados”*¹³⁴(Morel, 2021: 3).

La resolución judicial dictaminó favorablemente respecto a la solicitud de la DOJ, en relación con la definición del mercado relevante de las piezas de aluminio y acero para automóviles¹³⁵. La concesión de la potestad a un árbitro para establecer cuál es el mercado pertinente, en el contexto de una operación de concentración económica, establece un precedente firme e indiscutible en lo que respecta a la arbitrabilidad de dichas cuestiones en EE.UU.

¹³³<https://centrocompetencia.com/cuenta-publica-tdlc-foro-desafios-procesales-competencia/#:~:text=El%20C2%ABDiscovery%C2%BB%20en%20sede%20de%20libre%20competencia&text=En%20primer%20lugar%2C%20se%20C3%B1al%20C3%B3%20que,en%20etapas%20tempranas%20del%20proceso.>

¹³⁴ Traducción libre, cita original: *“The parties chose experienced antitrust administrators and lawyers to hear the arbitration, and it seems to have been a detailed affair lasting ten days with more than a dozen fact and expert witnesses. The flexibility of arbitration, and its capacity to result in speedy justice, can be seen from the fact that the parties requested a short decision of no more than five pages within 14 days of the arbitration. Prosecutors and regulators can sometimes be naturally conservative, but this was a good example of how innovation can yield results”*.

¹³⁵ Para más información véase páginas 9 y 10 *ob cit.* Tapia y Corvalán

v. Usos aplicables al sistema chileno

Como se ha mencionado previamente, resulta inviable replicar o adoptar en su integridad el modelo estadounidense. No obstante, es posible extraer diversas enseñanzas de la historia y la evolución de la arbitrabilidad de dichos asuntos.

El primer aspecto que cabe considerar para su implementación es la doctrina de revisión, conocida como (*second look doctrine*). En Chile, sería factible concebir un mecanismo de revisión de carácter mínimo y formal, que permita a las partes involucradas en un proceso de arbitraje solicitar al TDLC para que ejerza una revisión mínima y formal sobre las cuestiones de la competencia. Dicha revisión se llevaría a cabo mediante la interposición de un recurso especial, sin que ello requiera de una reforma legal o institucional previa.

El segundo aspecto fortalece la noción de que es incorrecto afirmar que los árbitros carecen de especialización en materia de libre competencia. Tanto en Chile como en EE.UU, las partes involucradas como en el caso *Novelis* al buscar la resolución de una controversia relacionada con la libre competencia, se esforzarán por asegurar que el árbitro elegido posea una experticia reconocida en dicho campo.

Una alternativa para enfrentar la problemática derivada de la desconfianza en el juez árbitro es que tanto las partes involucradas como las autoridades depositen su confianza en la experiencia del árbitro encargado. Esto podría lograrse mediante la creación de un registro de árbitros especializados en la materia correspondiente. De esta manera, al momento de que las partes deban consensuar la selección de un árbitro, podrán optar por un profesional incluido en dicho registro. Este enfoque se alinea con las prácticas vigentes en el arbitraje de otras especialidades gestionadas por instituciones como el CAM o ICC.

La tercera lección que debe ser comprendida cabalmente al abordar la implementación de la arbitrabilidad de los daños en Chile, radica en la imposibilidad de imponer el arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en ausencia de los requisitos indispensables. El acceso a este medio alternativo de solución de controversias únicamente es viable a través de un contrato preexistente que incluya una cláusula de arbitraje, o mediante un acuerdo voluntario suscrito por las partes interesadas, en el cual se

plasme de manera explícita la decisión conjunta de someter la materia en disputa al proceso arbitral.

Es importante recalcar lo que señala Michael Jacobs en su comentario al texto de Javier Tapia y José Luis Corvalán¹³⁶:

“Es importante que el arbitraje (u otros métodos ADR) se utilicen para promover los objetivos de la ley de competencia chilena, a saber, otorgar una compensación a los consumidores afectados, y no, como ha sucedido en los Estados Unidos desde Italian Colors, para frustrar esos fines. Las preocupaciones podrían no ser exactamente las mismas en Chile que en los Estados Unidos debido a los diferentes modelos para buscar la compensación del consumidor. Sin embargo, el objetivo fundamental de Chile debe ser garantizar que el arbitraje no sea un fin en sí mismo (como en Italian Colors), sino que el arbitraje se utilice para promover la aplicación efectiva de las leyes de competencia de la nación y los importantes intereses públicos a los que sirven” (Jacobs, 2022: 5).

En este trabajo no se abarcará en detalle el tema del daño alegado por los consumidores, ya que trasciende las materias propuestas, pero si nos detendremos a la crítica que hace Jacobs de que el arbitraje *“no sea un fin en sí mismo y garantice la correcta aplicación de las normas de competencia”*.

Jacobs expresa que el arbitraje no debe ser un mecanismo que permita soslayar la importancia de que la ley de competencia tenga efectividad, entendida como que la conducta cuando sea disputada (en sede arbitral) genere una decisión que atienda al mérito y propósito de la ley, sin que sea relevante el contexto (público o privado) en el cual se pronuncia la decisión.

El autor presenta un argumento sustentado en favor de la arbitrabilidad, enfatizando que la presencia de elementos privatistas inherentes al arbitraje no debe menoscabar la autoridad de la ley. De manera más específica, sostiene que dichos elementos privatistas no deben prevalecer sobre la aplicación de las normas de libre competencia. En este contexto,

¹³⁶ En defensa de la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia en el derecho chileno de Javier Tapia y José Luis Corvalán.

el autor procede a analizar la posible concordancia entre el orden público, representado por la ley, y el orden disponible, ejemplificado por la figura del árbitro

A pesar de lo anterior, el autor emite una advertencia significativa. Argumenta que la arbitrabilidad de las cuestiones no puede, ni debe, exceder o perjudicar los principios de orden público vinculados a las materias de libre competencia. Según el autor lo anterior, ha ocurrido en los últimos años en la jurisprudencia americana, como en el caso *Italian Colours*.

En relación con la última lección que podría ser recogida en nuestro modelo de la competencia chileno es el régimen de la acción de daños en libre competencia (argumento señalado en el caso *Mitsubishi*). La Corte resolvió que las materias de daños derivados de conductas anticompetitivas pueden ser llevados a cabo según otra ley (como el caso era de arbitraje internacional).

En Chile si aplicamos lo dicho por la Corte, podríamos llegar a entablar la hipótesis de que los daños sufridos por una de las partes a raíz de la conducta contraria a la competencia no son de competencia exclusiva del TDLC.

El art 30 del DL 211, mencionado previamente establece que únicamente serán susceptibles de indemnización en el ámbito de la libre competencia aquellos daños específicamente derivados de una sentencia firme y ejecutoriada emitida por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). Esta limitación impide que la parte perjudicada pueda reclamar la totalidad de los perjuicios sufridos como consecuencia de la conducta anticompetitiva (daño civil) que no hayan sido reconocidos en el fallo del TDLC.

Actualmente, conforme a la redacción del artículo 30, no se descarta la posibilidad de que las partes, de común acuerdo, o en situaciones donde exista una cláusula arbitral en el contrato incumplido, puedan buscar una solución vía arbitraje. Sin embargo, esta alternativa podría no resultar eficiente en la práctica, debido a diversas razones que serán examinadas con mayor profundidad en el capítulo final de este trabajo.

II. Arbitrabilidad en materias de libre competencia en Europa (“EU”)

En la década de los 90 en el Europa, se empezó a debatir la arbitrabilidad en temas de competencia. Este interés se intensificó particularmente tras el impacto global generado por el caso *Mitsubishi*, el cual estableció un precedente significativo al reconocer la capacidad

de los árbitros para resolver disputas relacionadas con políticas públicas, incluyendo aquellas concernientes a la libre competencia en el ámbito del arbitraje comercial internacional.

En UE, a diferencia de EE.UU, la aceptación de la arbitrabilidad en asuntos de libre competencia se ha realizado con mayor cautela y diligencia. Un reflejo de esta prudencia se observa en que, generalmente, la arbitrabilidad en Europa se admite en contextos de acuerdos verticales, donde existe un contrato subyacente que incluye una cláusula arbitral previamente acordada. Además, se requiere que se pueda demostrar que el bien jurídico tutelado —la competencia— ha sido afectado en menor medida. Casos ilustrativos de esta situación son los acuerdos de distribución o los casos de abuso de posición dominante.

En EE.UU, por el otro lado, se ha adoptado una postura considerablemente más liberal respecto a la admisión del arbitraje en acuerdos horizontales. Este enfoque se extiende a casos de cárteles duros que establecen precios de manera concertada, a pesar de la ausencia de un contrato previo. Por ejemplo, en el caso *JLM v. Stolt Nielsen* ocurrió lo anterior¹³⁷.

Como se mencionó al inicio del capítulo se recorrerá la evolución de distintos modelos en relación con estas materias. Siendo ahora el turno de la UE. Al igual que el modelo analizado anteriormente, se detallarán distintos casos emblemáticos y que marcan la postura en cuanto a la arbitrabilidad de libre competencia y la arbitrabilidad de los daños producto de estos ilícitos, desde su inicio, hasta la actualidad.

i. Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV

Durante la década de los 90, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”), influenciado por el caos *Mitsubishi*, reconoce implícitamente que las normas de libre competencia son arbitrables. El fundamento final del fallo es que los tribunales arbitrales tienen el deber “*de salvaguardar la eficacia del Derecho Europeo de la Competencia y negarse a reconocer laudos arbitrales que atenten contra el orden público*” (Navarro, 2022).

Este caso, al igual que *Mitsubishi*, se relaciona con el arbitraje comercial internacional. Pero como se mencionó *supra*, el hecho de que sea internacional no implica que no haya sido relevante en cuestiones de arbitraje doméstico.

¹³⁷ *JLM v. Stolt- Nielsen*, 387 F. 3d 163

Los hechos del caso son los siguientes: Benetton International NV (“Benetton” o “demandado”), es una entidad constituida bajo las leyes de los Países Bajos que suscribió un contrato con las sociedades Eco Swiss, con domicilio en Hong Kong, y Bulova con domicilio en EE.UU, también referidas como "los demandantes". Dicho contrato incluía una cláusula de arbitraje estipulando que cualquier controversia surgida entre las partes será dirimida a través de un proceso arbitral, el cual se regiría por las normas del Instituto Neerlandés de Arbitraje y se sometería al derecho neerlandés.

Transcurridos cinco años desde la firma del contrato, Benetton decidió terminar el acuerdo de manera unilateral. En respuesta a esta acción, en el mismo año, Eco Swiss y Bulova iniciaron un procedimiento de reclamación por daños y perjuicios frente a Benetton ante un tribunal arbitral. Como resultado de dicho procedimiento, el tribunal arbitral emitió un laudo favorable a los demandantes.

Benetton interpuso recurso de anulación contra la decisión arbitral ante los órganos jurisdiccionales de los Países Bajos. En primera instancia, la compañía solicitó la revocación del laudo arbitral ante el tribunal competente para su ejecución. El fundamento principal de la petición de anulación se basaba en que el árbitro había resuelto asuntos relativos a la libre competencia, materia que excede su ámbito de competencia y que, por ende, contraviene el orden público de acuerdo con el artículo 85 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”), actual artículo 101 y 102¹³⁸.

La empresa demandada solicitó la suspensión de la ejecución del laudo arbitral; sin embargo, el tribunal no concedió dicha petición, aunque sí aceptó el argumento expuesto en el párrafo precedente. A pesar de ello, la empresa demandada, aún insatisfecha, interpuso un recurso de apelación. Recurso que fue acogido por la Corte de Apelaciones (Gerechtshofs)¹³⁹. Esto causó la suspensión de la ejecución del laudo arbitral.

Debido a la resolución anterior (la Corte decide acoger la apelación), Eco Swiss y Bulvoa interponen un recurso ante la Corte Suprema de los Países Bajos (*Hoge Raad*). Ante

¹³⁸ “El artículo 102 del TFUE prohíbe la explotación abusiva de una posición dominante que pueda afectar al comercio dentro de la UE e impedir o restringir la competencia”(UE, 2023).

¹³⁹ Gerechtshof consideró que “el artículo 85 del Tratado es una disposición de orden público en el sentido de la letra e) del apartado 1 del artículo 1065 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya infracción puede dar lugar a la anulación de un laudo arbitral”.: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61997CJ0126>.

la presencia de diversas disyuntivas surgidas en el caso, el tribunal supremo ha solicitado la intervención del TJUE. Este último ha procedido a plantear una serie de cuestiones preliminares para su consideración y resolución.

En primer lugar, el TJUE considera que corresponde a los tribunales locales determinar si un laudo arbitral debe ser anulado. Dicha Corte fundamenta su postura argumentando que, ante la interposición de un recurso de anulación, el país concernido (en el caso presente, los Países Bajos) debe evaluar, conforme a su normativa procesal interna, si el contenido del laudo es contrario al orden público nacional.

“41°. [un] órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación de un laudo arbitral debe estimar dicho recurso si considera que el laudo de que se trate es efectivamente contrario al artículo 85 del Tratado, cuando sus normas internas de procedimiento le obliguen a estimar un recurso de anulación basado en la inobservancia de las normas nacionales de orden público”¹⁴⁰(TJUE, 1999).

El TJUE, ha establecido que la facultad de un órgano jurisdiccional para pronunciarse sobre la anulación de un laudo arbitral, fundamentándose en lo dispuesto por el artículo 102 TFUE,, implica que es factible someter a arbitraje las materias concernientes a la libre competencia. Esta interpretación abre la posibilidad de que las disputas en este ámbito puedan ser resueltas mediante el mecanismo arbitral, siempre que se respeten los principios y normativas esenciales del derecho de la competencia de la Unión Europea.

De este modo, *“se reconoce que los árbitros se encuentran facultados para aplicar la normativa comunitaria que rige la libre competencia, pues se trata de una norma esencial para el establecimiento de los objetivos y políticas públicas comunitarias”*(Tapia y Corvalán, 2022:11).

La segunda lección que se puede apreciar en *Eco Swiss* se relaciona con el deber absoluto del árbitro de aplicar las normas de orden público. Como mencionó la abogada

¹⁴⁰ Traducción libre, cita original: “[a] national court to which application is made for annulment of an arbitration award must grant that application if it considers that the award in question is in fact contrary to Article 85 of the Treaty, where its domestic rules of procedure require it to grant an application for annulment founded on failure to observe national rules of public policy”.

Edurne Navarro “los árbitros tienen la facultad, e incluso el deber, de aplicar el Derecho Europeo de la Competencia, lo que puede requerir que consideren de oficio la aplicación de dichas normas” (Navarro, 2022).

Marianela López-Galdos, en su artículo “*Arbitration and Competition Law in Europe: Integrating Europe through Arbitration*” menciona lo siguiente: “*puede concluirse que, con arreglo al Derecho de la Unión, no solo el Derecho de la competencia puede ser objeto de arbitraje, sino también que los árbitros tienen el deber implícito de respetar el Derecho europeo de la competencia al dictar un laudo arbitral*”¹⁴¹ (López-Galdos, 2016: 285).

La autora ha señalado que expertos se han pronunciado respecto a este tema: “*En la práctica, [el enfoque del TJCE en el asunto Eco-Swiss] significa que el árbitro está obligado a aplicar el Derecho comunitario, incluso de oficio, en los casos en que el laudo puede ejecutarse en territorio comunitario. El árbitro corre el riesgo de que se anule el laudo si no se aplica el derecho comunitario. De hecho, el laudo puede ser anulado en el país en el que se ha dictado. Siempre que pertenezca a uno de los Estados miembros de la CE, el juez nacional considerará que la no aplicación del Tratado CE —de conformidad con la jurisprudencia en Eco Swiss— constituye una violación de una norma de orden público*”¹⁴² (López-Galdos, 2016: 285)¹⁴³.

El último aspecto mencionado reviste una importancia particular. La resolución de ciertas cuestiones vinculadas a materias de orden público a través del arbitraje no exime, en ninguna circunstancia, al árbitro de la obligación de aplicar las disposiciones pertinentes al orden público, tanto nacional como internacional. En efecto, cuando el árbitro no aplica

¹⁴¹ Traducción libre, cita original: “*it may be concluded that under EU law, not only competition law might be subject to arbitration, but also that arbitrators have an implied duty to respect European competition law when issuing an arbitral award*”.

¹⁴² Traducción libre, cita original: “*In practice, [the ECJ's approach in Eco-Swiss] means that the arbitrator is obliged to apply Community law, even ex officio, in cases where the award can be enforced on Community territory. The arbitrator runs the risk of having the award set aside if Community law is not applied. In fact, the award can be set aside in the country in which it was made. Provided that it belongs to one of the Member States of the EC, the national court will consider that the non-application of the EC Treaty — in accordance with Eco-Swiss case-law — constitutes a breach of a rule of public policy*”.

¹⁴³ Véase: Idot (1996): «Arbitrage et Droit Communautaire», *International Business Law Journal*, 561; Blank(2008): «Arbitrating Competition Law Issues: A European and US perspective», *Kluwer Law International*.

determinadas normas de orden público, el laudo arbitral debe ser anulado conforme a las reglas pertinentes del derecho internacional.

Asimismo, cabe mencionar la doctrina de revisión (*second look doctrine*), la cual también se encuentra vigente en la UE¹⁴⁴. La que tiene como finalidad garantizar de manera categórica que, al momento de resolver cuestiones relacionadas con la libre competencia, el árbitro no incurra en violaciones al orden público en ninguna de sus manifestaciones.

i. Cartel Damage Claims (CDC), Hydrogen Peroxide SA v Akzo Nobel NV

El año 2003 se introdujo en Europa el Reglamento 1/2003¹⁴⁵ (“el Reglamento”), que regula la aplicación de los nuevos artículos 101 y 102 del TFEU (antiguos artículos 81 y 82 del Tratado de Roma). La puesta en marcha de esta reforma fue revolucionaria. El Reglamento introduce ciertas aclaraciones y cambios estructurales en el sistema de competencia de la UE.

No solamente regula las prácticas concertadas (art 101) y el abuso de posición dominante (art 102), también, *“establece que las normas sobre competencia que anteriormente aplicaba la Comisión Europea sean aplicadas de manera descentralizada por las autoridades de competencia de los países de la UE. De esta manera, se mejora la función de las autoridades antitrust nacionales y los órganos jurisdiccionales a la hora de ejecutar la legislación de competencia de la UE, lo cual permite que la Comisión concentre sus recursos en la represión de las infracciones más graves de dimensión transnacional”* (UE, 2015).

Conlleva, de manera directa, la necesidad de uniformidad en la aplicación y ejecución de las normas de competencia entre los Estados miembros, así como un incremento en el nivel de cooperación entre los mismos. En este contexto, se han establecido diversas entidades con el propósito de promover dicha cooperación, destacando entre ellas la European Competition Network (ECN).

El Reglamento no establece de manera explícita la inclusión o exclusión del arbitraje. El primer párrafo señala que solamente los Estados miembros de la UE son los autorizados para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFEU. A pesar de la ausencia de claridad

¹⁴⁴ *Eco Swiss*, para 37.

¹⁴⁵ Véase: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001>

respecto a si la Comisión pretendía incorporar de manera implícita la capacidad del árbitro para aplicar dichos artículos, la falta de una exclusión explícita, sumada a la emergente necesidad de cooperación que el Reglamento introduce, ha llevado a que la doctrina se exprese favorablemente hacia la integración del arbitraje como mecanismo para la resolución de controversia.

Komninos considera que la reforma llevada a cabo en el año 2003 tenía como objetivo “*armonizar la ejecución del artículo 101 TFUE, apartado 3, a la de los dos primeros apartados, de modo que esta disposición pueda ser aplicada en su conjunto por el mismo ejecutor en el mismo foro*”¹⁴⁶(Kominos, 2001: 387)¹⁴⁷.

Uno de los casos que ha marcado la interrogante de si es posible arbitrar materias de libre competencia es el caso *CDC*, decisión tomada por la Corte de Justicia Europea el año 2015. Caso en que el Tribunal reafirma la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia, sosteniendo que los “*tribunales nacionales no podían, en una demanda de daños, excluir la aplicación de una cláusula que sustrajese la competencia sobre el litigio al tribunal en cuestión atribuyéndola a un tribunal arbitral. De esta forma, el TJUE allana el camino para la aplicación de cláusulas que prevean la sumisión a arbitraje, siempre que estas sean suficientemente precisas y se refieran a las controversias relacionadas con la responsabilidad contraída como consecuencia de una infracción del Derecho de la Competencia*”(Navarro, 2022).

Este caso, a diferencia de *Eco Swiss*, surgió como resultado de una sentencia definitiva de la Comisión, en la que declaraba que ciertas empresas fueron participes de una conducta anticompetitiva que vulneró el art. 101 del TFUE. Algunos de los contratos entre distribuidor y vendedor contenían cláusulas arbitrales y de jurisdicción. Entre estas empresas estaba *CDC* (“demandante”), compañía radicada en Bélgica, demandó ante tribunales

¹⁴⁶ Traducción libre, cita original: “*to align the enforcement of paragraph 3 of article 101 TFEU to that of the first two paragraphs so that this provision can be applied as a whole by the same enforcer in the same forum*”.

¹⁴⁷ Véase: López-Galdos, Marianela(2016): “Arbitration and Competition Law in Europe: Integrating Europe through Arbitration”, *Journal of European Competition Law & Practice* 7(6), 388; Komninos, Assimakis(2009): “Arbitration and EU Competition Law”, [en línea], <<https://ssrn.com/abstract=1520105> 24/04/2024], 18. Y Creus, Antonio; Josep María, Julia(2008), “Arbitraje y Defensa de la Competencia”, *Serie Política de la Competencia*, N°27, 9-10.

alemanes (así lo establecía el contrato) a *Akzo Nobel* (“demandado”), interponiendo una acción de indemnización *follow on* por los daños sufridos.

La Corte Alemana acudió a la TJUE, presentándole distintos dilemas que contenía este caso. Entre las diversas problemáticas planteadas, se destacó la cuestión de si una cláusula de jurisdicción arbitral incluida en un contrato podría conferir a los árbitros la facultad de resolver litigios que involucren infracciones a la normativa de competencia, incluyendo la determinación de indemnizaciones por daños y perjuicios resultantes de dichas infracciones.

En el presente caso, la cuestión primordial no residía en determinar si los asuntos en cuestión eran susceptibles de arbitraje per se, dado que el componente patrimonial del daño, así como el hecho de que, con anterioridad, un tribunal competente haya emitido un fallo declarando la existencia de una conducta anticompetitiva, están intrínsecamente relacionados con la posibilidad de someter dicha materia al proceso arbitral.

En relación con lo anterior, lo que se discute en el caso concreto es la interpretación de la cláusula arbitral. En específico, si es suficientemente específica para otorgarle competencia al árbitro para resolver estos asuntos.

El Tribunal “*sostuvo que una cláusula general de jurisdicción arbitral no incorpora demandas de competencia... a menos que la cláusula haga una referencia específica a la conducta que puede llevar a responsabilidad por normas de competencia*” (Tapia y Corvalán, 2022: 12).

“70°. No [es] razonablemente previsible para la empresa perjudicada cuando dio su consentimiento a esa cláusula, pues desconocía en ese momento el cártel ilícito en el que participaba la otra parte contratante, no se puede considerar que ese litigio tenga su origen en las relaciones contractuales. Por tanto, la referida cláusula no excluiría válidamente la competencia del tribunal remitente” (TJUE, 2015).

*“69°. Una cláusula que se refiere en abstracto a las controversias que surjan en las relaciones contractuales **no abarca una controversia acerca de la responsabilidad delictual** en la que hubiera incurrido*

supuestamente una parte contratante a causa de su conducta en el ámbito de un cártel ilícito” (TJUE, 2015).

La Corte manifestó que si en la cláusula arbitral no se señalan explícitamente conductas contrarias a la libre competencia no era posible someter su decisión a un árbitro. *“El Tribunal de Justicia consideró que, dado que las cláusulas compromisorias controvertidas no se referían específicamente a las demandas de Derecho de la competencia y, en su lugar, sólo a los litigios derivados de la relación contractual, dichas cláusulas, aplicando CDC, no se referían a las demandas por infracción del Derecho de la competencia”*¹⁴⁸(Segan, 2018: 426).

La doctrina que siguió del caso *CDC* limitó las causas relacionadas a materia de la competencia que son sometidas a arbitraje. Como señaló James Segan en su artículo *“Arbitration Clauses and Competition Law”*, *“Las formas ordinarias de cláusula compromisoria, incluso en su redacción más amplia, no suelen hacer referencia específica a las reclamaciones de derecho de la competencia”*(Segan, 2018). Esto implica que, en la práctica, la posibilidad de someter a arbitraje las cuestiones vinculadas al derecho de la competencia se ve significativamente limitada. Dicha limitación se debe a la improbabilidad de que las partes, en el momento de la redacción contractual, anticipen la ocurrencia de situaciones que puedan incurrir en prácticas anticompetitivas.

Al finalizar este fallo, las demás cortes nacionales aplicaban la doctrina del caso *CDC* de manera muy literal y rígida. *“Podría decirse que este enfoque se apartaba del espíritu de la Directiva, que tenía por objeto promover el arbitraje como medio para resolver las reclamaciones de defensa de la competencia. Pero esta jurisprudencia también protegía mejor a los demandantes: al limitar la aplicación de las cláusulas de arbitraje a las demandas antimonopolio, limitaba el riesgo de fragmentación de la demanda y, por lo tanto, promovía la protección efectiva de los derechos de los demandantes”*¹⁴⁹(Segan, 2018).

¹⁴⁸ Traducción libre, cita original: *“The Court found that because the arbitration clauses in issue did not refer specifically to competition law claims and instead only generally to disputes arising from the contractual relationship, then, applying CDC, those clauses did not cover claims for infringement of competition law”*.

¹⁴⁹ Traducción libre, cita original *“This approach was arguably departing from the spirit of the Directive, which aimed at promoting arbitration as a means of settling antitrust claims. But this jurisprudence was also more protective for claimants: by limiting the application of arbitration clauses to antitrust claims, it limited the risk of fragmentation of the claim and therefore promoted the effective protection of the claimants’ rights.”*

Dos años después del caso *CDC*, en 2017, surgió una controversia ante la High Court of England, la cual condujo nuevamente a aceptar la doctrina que favorece la arbitrabilidad en temas de libre competencia. El caso *Microsoft* "*sugiere la disponibilidad de una solución contractual*", que permite que las reclamaciones de daños ilícitos anticompetitivos (reclamo de daños que son consecuencia de ilícitos anticompetitivos) en virtud del Derecho europeo de la competencia se sometan a arbitraje incluso en ausencia de palabras específicas en la cláusula compromisoria"¹⁵⁰(Segan, 2018: 426).

Microsoft ("demandante"), sucesor de la empresa Nokia desde el año 2013, producía y distribuía teléfonos móviles que contenían baterías de litio. Entabló una demanda, ante la High Court of England por abuso de posición dominante de las empresas que fabricaban las baterías necesarias para sus equipos.

El periodo del ilícito comprendía los años 1999 hasta 2011. Entre estas empresas demandadas estaba Sony (filial localizada en Inglaterra), que había firmado un contrato de distribución con Nokia que contenía una cláusula arbitral que no comprendía futuros asuntos de competencia.

Lo interesante de esta disputa, es que Microsoft, a pesar de que no firmó de manera directa el contrato con Sony (sino que lo firmó Nokia), discute "*el alcance potencial de una cláusula de arbitraje en un contrato de compra anterior* (contrato entre Nokia y Sony)" (Tapia y Corvalán, 2022: 13).

Al respecto, Sony puso en duda la jurisdicción de la Corte inglesa. De acuerdo con los demandados, si se estimaba que el contrato firmado entre esta empresa y Nokia era vinculante en ese caso, entonces, la cláusula arbitral haría competente al tribunal arbitral para resolver estos asuntos.

De acuerdo con la empresa demandante, el asunto no era posible de ser sometido a arbitraje. Microsoft entregó dos argumentos para respaldar lo anterior: "1) *la demanda no estaba comprendida en el ámbito de aplicación de la cláusula compromisoria, en particular*

¹⁵⁰ Traducción libre, cita original: "*that suggests the availability of a contractual workaround*", enabling tortious claims (reclamo de daños que son consecuencia de ilícitos anticompetitivos) under European competition law to be subjected to arbitration even in the absence of any specific words in the arbitration clause".

porque ésta no hacía referencia expresa a las demandas antimonopolio, en la línea de la jurisprudencia CDC, y 2) incluso si lo hiciera, no debería aplicarse porque daría lugar a una fragmentación de la demanda, lo que a su vez impediría la protección efectiva de los derechos derivados del derecho de la competencia”¹⁵¹(Botteman y Keres, 2017: 24).

La Corte resolvió que la cláusula arbitral entre Sony y Nokia era vinculante para el caso en comento. En segundo lugar, se señaló que la competencia de este caso (*Caso Microsoft*) le pertenecía a un tribunal arbitral, a pesar de que en la cláusula no hace referencia de manera explícita a daños que provienen de ilícitos anticompetitivos.

Como se mencionó, el caso *Microsoft* contrasta totalmente con el caso *CDC*. Esta disyuntiva se puede apreciar claramente en la discusión de si la cláusula arbitral para resolver daños emanados de asuntos anticompetitivos requiere una mención expresa o no.

Casos como *Microsoft* buscan interpretar la cláusula arbitral más allá de lo literal de las palabras, es más, buscan lograr una interpretación armónica, evaluando la situación negocial de manera holística con miras a lograr una interpretación contractual que mire el negocio como un todo.

ii. MJA v Apple Sales International

El caso *Apple* del año 2018 estableció una doctrina intermedia entre los extremos del caso *CDC* (necesidad de explicitar en la cláusula arbitral el posible riesgo de daños emanados de ilícitos anticompetitivos), y el caso *Microsoft* (cláusula arbitral amplia, la cual, igualmente ampara la reparación de daños anticompetitivos).

En el año 2012, la empresa distribuidora francesa eBizcuss interpuso una demanda contra Apple, alegando abuso de posición dominante. Dicha acción legal fue presentada ante las autoridades judiciales de Francia. Tras un prolongado litigio de cinco años, la Corte Suprema de Francia decidió remitir el caso al TJUE. Durante el proceso, la Corte Francesa formuló varias cuestiones prejudiciales, entre las cuales destacó la consulta al TJUE sobre si una cláusula de jurisdicción arbitral, que no menciona de manera explícita la resolución de

¹⁵¹ Traducción libre, cita original: “1) the claim did not fall in the scope of the arbitration clause, notably because the latter did not make express reference to antitrust claims, along the lines of the CDC case law, and (2) even if it did, it should not be applied because it would result in a fragmentation of the claim, which in turn would impede the effective protection of rights derived from competition law”.

disputas derivadas del artículo 102 TFUE, es aplicable en el contexto de una acción de indemnización por daños causados por prácticas anticompetitivas.

Para resolver esta disputa el Tribunal Europeo sostuvo un entendimiento distinto al caso *CDC*. La Corte expresó que en el caso *CDC*, el cartel **no era un resultado directo de la relación contractual entre las partes**, por lo tanto, la cláusula de jurisdicción arbitral, comprendida en el contrato no se aplicaría a la disputa por daños emanados de un actuar contrario a la competencia.

Debido a lo anterior, se razonó de la siguiente manera: “*A falta de una referencia explícita a las violaciones de la competencia en la cláusula jurisdiccional, el supuesto cartel contrario a la competencia no está directamente vinculado a la relación contractual entre las partes en el litigio y, en consecuencia, una cláusula abstracta de competencia no es aplicable a la reclamación por daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia*”¹⁵²(Botteman y Keres, 2019: 25).

La diferencia con el caso *CDC* es que en el caso *Apple* no se habla de un cartel. En contraste, el asunto presente se centra en una acusación por abuso de posición dominante, la cual podría concretarse mediante un acuerdo entre el distribuidor y el proveedor. La TJUE la resolución del caso *Apple*:

“37°. *El artículo 23 del Reglamento (CE) N° 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que no cabe excluir la aplicación, respecto a una acción por daños y perjuicios ejercitada por un distribuidor contra su proveedor sobre la base del artículo 102 TFUE, de una cláusula atributiva de competencia contenida en el contrato celebrado entre las partes por la sola razón de que esta cláusula no haga referencia expresa a los litigios relativos a la responsabilidad derivada de una infracción del Derecho de la competencia*” (TJUE, 2018).

¹⁵² Traducción libre, cita original: “*in the absence of an explicit reference to antitrust violations in the jurisdictional clause, the alleged anti-competitive cartel is not directly linked to the contractual relationship between the parties to the dispute and, accordingly, an abstract jurisdiction clause is not applicable to the antitrust damage claim*”.

iii. Usos aplicables al sistema chileno

Luego de un recorrido de como se ha abordado el tema de la arbitrabilidad en materias de libre competencia en Europa, podemos rescatar distintos aspectos de estas decisiones jurisprudenciales, para intentar, de algún modo, replicarlas en nuestro sistema.

Antes de continuar con el trabajo, es relevante reiterar que el sistema chileno de libre competencia es extremadamente particular, completamente diferente en aspectos estructurales a EE.UU y Europa. Por ejemplo, en el caso de EE.UU el sistema para la competencia se ve enfrentado a un Tribunal generalista en todas las instancias.

En la Comisión Europea el Tribunal especializado no opera en primera ni en segunda instancia, ya que como se vio, primero los afectados deben acudir a las Cortes Nacionales, y después la “Corte Suprema” de este país realizar una petición para que el caso sea analizado por la TJUE.

El modelo chileno es especializado en primera instancia (TDLC), el tribunal generalista solo conoce del asunto en casos excepcionales (Corte Suprema) donde se presenta el recurso de reclamación. Esto implica que el sistema chileno en relación con la posibilidad de otorgarle competencia a otro tribunal para resolver asuntos de libre competencia es mucho más rígido que los modelos de U.E y EE.UU.

El modelo europeo trata un tema que es de extrema relevancia para el modelo chileno. La arbitrabilidad de los daños en materias de libre competencia. Aseguran que en los casos en que hay una relación contractual previa, como lo es el caso del abuso de posición dominante. La cláusula arbitral abarcaría todo tipo de daños, inclusive los daños emanados de un posible actuar contrario a la competencia, a pesar de que, en el momento de la redacción del contrato, no se haya previsto el posible actuar anticompetitivo.

Esta idea señalada por el TJUE en el caso *Apple Sales* da cuenta que los daños emanados de un ilícito anticompetitivo, y el daño civil emanado de este (ej: lucro cesante) son arbitrables sin duda alguna. El único requisito es que haya una relación contractual previa entre las partes.

En Chile, lo anterior se podría aplicar, lo único que tendría que ser añadido es que es necesario una sentencia firme previa del TDLC que declare la existencia de un ilícito anticompetitivo. Es más, en este trabajo somos de la idea que ni siquiera es necesario una

relación contractual previa entre las partes, sino que, el requisito *sinequanon* es que previamente se haya dictado una sentencia previa del tribunal especializado.

III. Otras Jurisdicciones

En el último apartado de este capítulo se revisarán distintos modelos que han tratado la arbitrabilidad de asuntos relacionados a la libre competencia de diversas formas, en específico trataremos la arbitrabilidad en el sistema colombiano, canadiense e indio. El primero porque es uno de los sistemas de nuestro continente que más desarrollo han tenido en esta área, y los últimos son relevantes dado que se trata de países que poseen jurisdicción especializada como ocurre en Chile.

i. Colombia

Colombia es el país de Latinoamérica que más ha desarrollado este tema, pero Perú también ha avanzado en la misma línea. El problema es que Perú ha hecho un gran desarrollo teórico¹⁵³, pero no práctico. No ha habido jurisprudencia que haya tratado específicamente el tema arbitral.

Colombia, a diferencia de otros países del continente, permite arbitrar estas materias. Lo anterior, por su modelo institucional que cuenta con una Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)¹⁵⁴, órgano administrativo, que posee funciones administrativo- policiales frente a los atentados contra la competencia¹⁵⁵.

“De este modo [y a diferencia de Chile], el propio régimen de competencia colombiano faculta a la jurisdicción ordinaria para pronunciarse sobre asuntos de libre competencia en dos escenarios relacionados con la protección de intereses particulares que exceden las funciones administrativas de la SIC” (Márquez y González, 2022).

¹⁵³ Véase: Robles, Antonio; Cesar, Gutiérrez y Jaqueline, St. Laurent (2020), «¿Qué tan lejos estamos de estar cerca? Alcances de la Arbitrabilidad de la Libre Competencia y Aproximaciones en el Perú», *Themis*, 78, 167-187.

¹⁵⁴ Véase: <https://sedeelectronica.sic.gov.co/nuestra-entidad>

¹⁵⁵ Artículo 6 de la Ley 1340 de 2009. “Autoridad nacional de protección de la competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal”.

Es decir, a diferencia que lo que ocurre en Chile, en Colombia no se le otorga jurisdicción exclusiva y excluyente a un tribunal para declarar el ilícito anticompetitivo (similar a lo que ocurre en Estados Unidos). En Colombia desde hace algunos años existe jurisprudencia¹⁵⁶recurrente que indica que existe de “*modo prácticamente invariable que los árbitros tienen facultades para aplicar normas de libre competencia, bajo los límites que les impongan las partes*” (Tapia y Corvalán, 2022: 15).

A modo de conclusión es necesario hacer referencia a la opinión de Márquez y González en su comentario del artículo de Tapia y Corvalán, en la que señalan que la competencia para conocer acciones privadas de libre competencia queda en poder de los jueces ordinarios.

“*Así, la experiencia colombiana confirma que la tesis de los autores de que es la configuración institucional y la atribución de competencias institucionales en Chile lo que dificulta la arbitrabilidad de estos temas. Por ello, consideramos que la modificación de estos elementos en la Ley es la vía directa para superar el estado actual*” (Márquez y González, 2022).

ii. Arbitrabilidad de libre competencia en sistemas especializados

Canadá e India son los pocos países que presentan un modelo del sistema de la libre competencia en el que se le otorga competencia (en el ámbito jurisdiccional) para resolver cuestiones relacionadas al derecho de la competencia, a un tribunal especializado en primera instancia. Después de una larga tendencia en favor de la inarbitrabilidad, estos países la han permitido.

En India la sección 61 del Reglamento de Competencia (Competition Act) le otorga competencia exclusiva a la *Competition Commission of India* (CCI) para resolver asuntos relacionados a libre competencia: “*Ningún tribunal civil tendrá jurisdicción para conocer de ninguna demanda o procedimiento con respecto a cualquier asunto que la 89 [Comisión o el Tribunal de Apelaciones] esté facultado para determinar por o en virtud de la presente Ley, y ningún tribunal u otra autoridad dictará ningún mandamiento judicial con respecto a*

¹⁵⁶ Véase: Laudo *Cementos Hércules vs Cementos Andino* (2000), ;Laudo *Cellpoint vs Comcel* (2002), Laudo *Andrés Pardo vs WMA* (2013)

ninguna medida adoptada o que vaya a adoptarse en cumplimiento de cualquier facultad conferida por la presente Ley o en virtud de ella”¹⁵⁷(Bhukya, 2023: 2).

En el país asiático se han evidenciado, como en todo modelo jurídico, distintas posturas jurisprudenciales a lo largo de los años. El año 2012, en el caso *Union of India v. Competition Commission of India*, la Corte Suprema, ubicada en Delhi sostuvo: “*Las controversias de las ICC son independientes de las obligaciones contractuales de las que se ocupan los tribunales arbitrales y que la Ley de Defensa de la Competencia prevalece sobre otras legislaciones. El tribunal también hizo hincapié en que los tribunales de arbitraje pueden carecer de la competencia, el mandato y la capacidad para llevar a cabo las investigaciones necesarias para resolver cuestiones relacionadas con el abuso de posición dominante*”¹⁵⁸.

Esta postura de rigidez frente a la arbitrabilidad de materias de libre competencia, y la arbitrabilidad de cualquier materia derivada de estos asuntos (ej.: daños), ha ido paulatinamente flexibilizándose, específicamente a partir del año 2020 en el caso *Vidya vs. Druga*. En este caso se elaboró el Vidya test para evaluar si una disputa era arbitrable. Al respecto, el *test* tenía distintos criterios (Bhuyka, 2023: 3).

De igual manera, aunque estos criterios marcan un precedente en India, aún se prohíbe la arbitrabilidad de materias que se relacionan al derecho de la libre competencia debido a la competencia exclusiva otorgada a la CCI por la sección 61. A pesar de lo anterior, parte de la doctrina ha comenzado a evaluar la posibilidad de arbitrar daños emanados de ilícitos anticompetitivos. Lo anterior se sujeta a las condiciones del artículo 53N: “*Sin perjuicio de cualesquiera otras disposiciones contenidas en la presente Ley, el Gobierno Central o el Gobierno de un Estado o una autoridad local o cualquier empresa o persona podrá presentar*

¹⁵⁷ Traducción libre, cita original “*No civil court shall have jurisdiction to entertain any suit or proceeding in respect of any matter which the 89 [Commission or the Appellate Tribunal] is empowered by or under this Act to determine and no injunction shall be granted by any court or other authority in respect of any action taken or to be taken in pursuance of any power conferred by or under this Act*”.

¹⁵⁸ Traducción libre, cita original: “*CCI disputes are separate from contractual duties addressed by arbitral tribunals and that the Competition Act trumps other legislations. The court also emphasized that arbitration tribunals may lack the competence, mandate, and ability to conduct the required investigations to resolve issues involving abuse of dominance*”.

una solicitud al Tribunal de Apelación para que se pronuncie sobre la reclamación de indemnización que pueda surgir de las conclusiones de la Comisión”¹⁵⁹.

La sección 53N hace referencia a las acciones de daños *follow on*, es decir a la posible reclamación de estos daños derivados de los ilícitos anticompetitivos frente a tribunales civiles, sin la necesidad de probar la existencia del daño, sino que solo será necesario probar la culpabilidad y causalidad.

Al igual que en India, Canadá, por medio de la Competition Bureau (Bureau), su agencia para la competencia especializada (órgano independiente, con competencia exclusiva en las causas de libre competencia), ha tenido por lo general una postura contraria a la arbitrabilidad de cuestiones de libre competencia.

El argumento de que existe una jurisdicción especializada en estos asuntos ha prevalecido por sobre los argumentos que hemos señalado a lo largo del trabajo, los que favorecerían la arbitrabilidad de estas materias.

Un ejemplo de esto es el caso *Murphy v. Amway Canada*¹⁶⁰ del año 2013. En donde la Corte Federal de Apelaciones sostuvo que los actos relacionados al reglamento de competencia de Canadá pueden ser arbitrables, en específico se señaló que ello era posible a propósito de una acción privada de daños que se reclama bajo el artículo 36¹⁶¹. Es decir, este artículo permite que las partes pueden iniciar procedimientos ante tribunales civiles, incluyéndose en esos asuntos aquellos asuntos que permiten recuperar las pérdidas o los daños sufridos como resultado de una conducta contraria a la competencia o del incumplimiento por parte de cualquier persona de una orden del Tribunal de Defensa de la Competencia o de un tribunal en virtud de la Ley.

Se aprecia que modelos comparados que tienen un sistema de protección a la competencia similar al de Chile han tenido cierto rechazo para permitir la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia. La razón de lo anterior es el argumento de índole

¹⁵⁹ Traducción libre, cita original: “*Without prejudice to any other provisions contained in this Act, the Central Government or a State Government or a local authority or any enterprise or any person may make an application to the Appellate Tribunal to adjudicate on claim for compensation that may arise from the findings of the Commission*”.

¹⁶⁰ *Murphy v. Amway Canada* et al, (2013) 443 N.R. 356 (FCA)

¹⁶¹ <https://laws.justice.gc.ca/eng/acts/C-34/index.html>.

procesal asociado a que la ley asigna competencia exclusiva a un tribunal especializado distinto del arbitral.

Por lo mismo, se concluye que a pesar de que el tribunal arbitral **no puede** en estos sistemas resolver posibles ilícitos anticompetitivos, si podrá resolver asuntos que sean consecuencia de estos ilícitos, como los daños económicos y civiles emanados de este actuar.

En este sentido, en este y en los primeros capítulos se formuló el contexto detallado acerca de cómo se aborda en Chile el sistema arbitral y de libre competencia, y como abarcan la arbitrabilidad de libre competencia distintos países, los que son una referencia para la evolución de nuestro sistema jurídico.

En el capítulo siguiente se hará una reflexión acerca de si es posible arbitrar estas materias en Chile, luego, se analizará si es posible arbitrar los daños emanados de estos ilícitos. Se cuestionará si es necesaria una futura reforma legal que permita implementar la arbitrabilidad de daños que emanen de estas materias; o, si es necesario un cambio de paradigma jurisprudencial, o si hay un vacío legal que permita arbitrar los daños civiles derivados de este actuar.

Capítulo 4: Arbitrabilidad de los daños en materia de Libre Competencia en el sistema chileno

En este capítulo desarrollaré diversas conclusiones personales, las que se han obtenido en conjunto con la investigación y con entrevistas realizadas bajo confidencialidad con expertos en el área de libre competencia y arbitraje (“las entrevistas”).

En estas entrevistas los expertos y expertas fueron preguntados acerca de su opinión sobre dos disyuntivas fundamentales, las cuales hemos intentado resolver en este trabajo. La primera es si ¿Es posible arbitrar asuntos de libre competencia? La segunda refiere si ¿Es posible arbitrar los daños emanados de un conflicto que atente contra la libre competencia?

Es importante precisar que el contenido de esas entrevistas es confidencial y privado, de modo que solamente se hará referencia a las conclusiones generales que es posible arribar en base al conjunto de esas opiniones, las que serán expuestas a lo largo del capítulo.

En cuanto a la arbitrabilidad de los asuntos de libre competencia en Chile, cabe señalar que en el capítulo 2 se analizó el sistema de libre competencia chileno, en el cual se arribó a la conclusión de que el sistema es único, sin muchos símiles en el mundo. El cual tiene como fin lo expuesto en los artículos 2 y 5 del DL 211, asociado a “*prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia*”.

En el mismo capítulo se logró comprender la complejidad del sistema chileno, el que cuenta con una entidad investigadora y que también posee un tribunal, con facultades administrativas y jurisdiccionales, que tiene la competencia exclusiva y excluyente en materias de libre competencia.

En este sentido el TDLC ejerce jurisdicción y, por tanto, conoce, resuelve y ejecuta lo juzgado en materia de libre competencia. Con todo, no tiene competencia común, como la tienen los Juzgados de Letras o la Corte de Apelaciones, de modo que solo posee competencia sobre aquellos procesos que se inicien a consecuencia de las infracciones denunciadas respecto de las materias que se encuentran tratadas en el artículo 18 del DL 211.

De acuerdo con el artículo de Javier Tapia y José Luis Corvalán, “*En defensa de la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia en el derecho chileno*”, los autores señalan que hay dos motivos principales para zanjar que las cuestiones de libre competencia no son arbitrales.

El primer argumento es de carácter sustantivo y se relaciona con la disponibilidad del bien jurídico protegido. Respecto a este argumento la doctrina chilena ha señalado que las “*pretensiones procesales en materia de libre competencia, que deberán ser satisfechas por el Tribunal Antimonopólico mediante una sentencia, arrancan de conflictos intersubjetivos, que siempre son de orden público; de allí que resultan indisponibles las mencionadas pretensiones, no resultando eficaces las transacciones, avenimientos o desistimientos referidos a tales pretensiones*” (Valdés, 2006: 591).

Sin embargo, con el transcurso de los años la doctrina ha cambiado su línea de pensamiento. Lo anterior, principalmente por razones de eficiencia procesal. Ya que hay causas, que a pesar de tratarse de infracciones a la libre competencia pueden ser resueltas por distintas vías, lo que conllevaría mayor rapidez y beneficios en el proceso.

Ese cambio de opinión se debe a que en algunos casos se ha estimado que el bien jurídico protegido en sede de libre competencia no se encuentra bajo peligro, o bien, que el interés general de la sociedad no está comprometido, o no se encuentra comprometido gravemente.

En específico, los métodos alternativos de resolución de conflicto que han sido implementados por el TDLC son el desistimiento y el abandono del procedimiento.

En relación con el desistimiento de la demanda, en el tribunal predominaba la idea que *“esta figura sólo era admisible cuando se refería a la renuncia de derechos que mirasen a la competencia, pues en ellos existiría un interés público comprometido que el TDLC estaría siempre, según se argumentaba, obligado a resguardar con independencia de la voluntad de las partes”* (Competencia y regulación, 2018).

La idea anterior se puede ver reflejada en distintos fallos del TDLC, por ejemplo, en el caso *Telmex con CTC*¹⁶², donde el TDLC se negó a acoger el desistimiento presentado por CTC. Resolviendo lo siguiente: *“atendido que en las acciones en resguardo de la libre competencia existe un interés público comprometido”*¹⁶³.

Sin embargo, como anuncié, se ha vislumbrado un cambio paulatino de esta línea jurisprudencial.

Así, en la causa donde se tramitó la demanda de *Bio Bio con Alifrut*¹⁶⁴, se acogieron algunos de los incidentes de desistimiento presentados por algunas de las partes demandantes, señalándose que:

“(i) aún bajo el supuesto de la existencia de un interés público comprometido en la causa (el que debe ser resuelto en la sentencia definitiva por el TDLC), un particular puede desistirse de su demanda; (ii) la circunstancia de que el D.L. N° 211 confiera a los particulares la posibilidad de interponer demandas en sede de libre competencia no implica

¹⁶² Resolución de fecha 23 de septiembre de 2009

¹⁶³ La misma situación ocurrió en las resoluciones rechazaron los desistimientos presentados en la demanda iniciada por Transportes Delfos contra el Terminal Aéreo de Santiago y Transportes Centropuerto (Rol C N°86-2006); en la demanda interpuesta por Aerolínea Principal Chile contra Lan Aerolíneas (Rol C N°220-2011); y en la demanda interpuesta por Applus Revisiones Técnicas contra el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (Rol C N°266-2013).

¹⁶⁴ Demanda de Alimentos Bio Bio Ltda. y Otros. Contra Alimentos y Frutos S.A. y Otros., c 305-2016

que ellos puedan disponer del bien jurídico protegido por la ley, lo que se manifiesta en el hecho de que la titularidad de la acción para perseguir las conductas contrarias a la libre competencia no está limitada únicamente a un sujeto, sino que, por el contrario, recae tanto en el Fiscal Nacional Económico como en otros particulares legitimados”(Tapia y Corvalán, 2022:17).

En la misma línea, se ha señalado por el TDLC otra razón para aceptar el incidente presentado: *“existen en el derecho chileno otros procedimientos donde también está comprometido el interés público y, sin embargo, el desistimiento de la acción por el particular está permitido (por ejemplo, en el procedimiento penal el querellante puede desistirse de su querrela aun en el caso de una acción penal pública, aunque el efecto de ese desistimiento es limitado, pues no extingue la acción penal para otros legitimados)”*(Tapia y Corvalán, 2022:17).

Otro ejemplo de la situación anterior es la reciente resolución del 22 de noviembre de 2023, en la demanda presentada por **RG Corp contra Banco Santander y otros**¹⁶⁵. En esta resolución el TDLC acoge incidentes de desistimiento presentado por los Bancos, archivándose la causa. de modo que no se fundamentó porqué se acogieron los incidentes de desistimiento.

De manera similar a lo ocurrido a lo largo de la historia con el desistimiento, la jurisprudencia del TDLC ha tenido un proceder similar con la figura del abandono del procedimiento. Al respecto, esa forma de terminación del procedimiento se ha aceptado de manera muy excepcional y con un control exhaustivo del TDLC¹⁶⁶.

Así, la aceptación de estas figuras por parte del TDLC ha traído un reconocimiento implícito de que materias de interés público pueden ser disponibles por los particulares, esto, siempre y cuando no conlleven un riesgo o no comprometan gravemente el interés general de la sociedad (esta decisión – acoger estos incidentes- conlleva un análisis exhaustivo por parte de los economistas del TDLC, en el que ponderan si el atentado contra la libre competencia conlleva un riesgo o no para el bienestar de la sociedad) y, bajo el entendido de

¹⁶⁵ C 456-2022, Demanda de RG Corp SpA en contra de Banco Santander-Chile y otros, 23 de agosto 2022

¹⁶⁶ Resolución de fecha 6 de junio de 2016, dictada en los autos rol C-284-2014, *Fedeleche contra Soprole Inversiones S.A. y otros*, considerandos Duodécimo a Decimocuarto.

que “*estos equivalentes jurisdiccionales solo extinguen las pretensiones de las partes involucradas, pero en caso alguno las del resto de las personas que puedan estar legitimadas y en particular las del Fiscal Nacional Económico en tanto representante del interés público en la materia*”(Tapia y Corvalán, 2022:19).

A pesar de lo anterior, es relevante recalcar que la aceptación de los incidentes desistimiento de la demanda y abandono del procedimiento, han sido situaciones muy excepcionales, las que han causado un cambio meramente ocasional en la línea jurisprudencial histórica del TDLC.

Es necesaria una doctrina o una línea jurisprudencial constante del TDLC para determinar si se está de acuerdo con la disponibilidad de derechos que afectan al interés público. También hay que enfatizar que en los casos excepcionales que se han aceptado estas figuras, las causas han contado con un análisis muy riguroso por parte del TDLC, que intenta evaluar si los derechos que pretenden ser renunciados por parte de los particulares afectan el interés general de la sociedad o no. De este modo, habrá que estudiar con atención que ocurrirá respecto a estas figuras durante los próximos años¹⁶⁷.

El segundo punto que señalan Tapia y Corvalán en su artículo, y que utilizan para argumentar que las conductas relacionadas a materias de libre competencia no son arbitrables, es un argumento de índole procedimental. Sostienen que el TDLC es un tribunal con competencia exclusiva y excluyente en materias de libre competencia. Su creación se debió a una necesidad de especialización en la resolución de estas materias.

En esta línea, en atención a que la resolución de estos asuntos compromete fuertemente el interés público, es absolutamente necesario incrementar la inversión en el proceso (lo que el análisis económico del derecho llama costos administrativos) para reducir así los costos del error tipo I. La idea subyacente es que, a mayor especialización del tribunal, menor posibilidad de error en la resolución del caso.

¹⁶⁷ Se puede apreciar en la tabla formato Excel publicada en la página del TDLC, en las estadísticas del periodo de la tramitación de las causas contenciosas desde los años 2020-2022 se puede apreciar que el número de causas finalizadas vía la decisión de acoger el incidente de desistimiento va considerablemente en aumento en comparación a la misma tabla de las estadísticas de tramitación de las causas contenciosas desde 2004-2020 (Estadísticas TDLC, [en línea]< <https://www.tdlc.cl/estadisticas/>> [Consultado:22/06/2024].

De esta forma, con ese trasfondo de protección del interés público, la interrogante que surge es si la competencia exclusiva al tribunal en materias de asuntos sustantivos de libre competencia excluye la competencia de ese tribunal para resolver cuestiones de otros órdenes, como el civil.

La respuesta a esta interrogante es esencial para comprender porque la competencia entregada por el DL 211 al TDLC, en materias relacionadas a aspectos sustantivos de competencia resulta ser exclusiva y excluyente; pero, en cambio, en materia de indemnización de daños derivados de los ilícitos anticompetitivos, esa competencia entregada es solamente exclusiva, y no así, excluyente.

Gran parte de la doctrina está de acuerdo con lo planteado en el párrafo anterior. Durante las entrevistas con expertos este fue un punto extremadamente destacado, y que por lo general, existió coincidencia. Se sostuvo que un tribunal arbitral no posee competencia alguna para resolver asuntos sustantivos de libre competencia, ya que el DL 211 entrega competencia exclusiva y excluyente al TDLC para conocer y resolver aquellas materias que atenten o infrinjan la libre competencia. Sin embargo, los entrevistados manifestaron que un tribunal arbitral posee la competencia necesaria para resolver asuntos de índole privada, derivadas de los ilícitos anticompetitivos.

Lo anterior ha sido respaldado por la doctrina nacional: “[e]l Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tiene un ámbito de actividad demarcado por la especialidad de su materia, que ha sido sustraída de los tribunales ordinarios de justicia y, por tanto, ya no compete a éstos pronunciarse sobre aquélla. Así lo confirma expresamente el art. 5° del Decreto Ley 211 al disponer que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial. El fundamento de esa competencia especial del Tribunal Antimonopólico arranca de la especialidad de la especialidad de la materia, lo que queda reflejado en la especial conformación de este último, al estar integrado por jueces letrados y no letrados, que sean expertos o profundos conocedores de asuntos vinculados al Derecho y a la economía de la libre competencia” (Valdés, 2006: 383).

En definitiva, la razón principal que respalda la prohibición de arbitrar cuestiones relacionadas a libre competencia en Chile no es el argumento sustantivo, es decir la

indisponibilidad de los bienes jurídicos comprometidos. Según se mencionó, respecto de este aspecto (disponibilidad) la jurisprudencia se encuentra modificando sus precedentes.

Habrá que ver lo que ocurre en los años venideros acerca de si el tribunal acoge otras figuras que implique a disponibilidad de derechos entre las partes. Ello ha ocurrido en la actualidad respecto de los incidentes de desistimiento y abandono del procedimiento, pudiendo en el futuro, si nuestro sistema así lo permite, extenderse a la resolución de la disputa vía arbitraje.

Por lo tanto, el principal límite para arbitrar una disputa de libre competencia, y que la decisión del árbitro sea válida y eficaz, es el argumento relacionado con la competencia exclusiva y excluyente sobre estos asuntos, otorgada al TDLC mediante la ley, específicamente mediante los artículos 2 y 5 del DL 211.

Al fin y al cabo, el único órgano jurisdiccional que tiene la competencia para resolver cuestiones de libre competencia, aplicar las sanciones del artículo 26, o prevenir ciertas infracciones al derecho de la competencia es el TDLC.

Esto no obsta que, esta autoría, considere que resulta factible que el arbitraje es un mecanismo que podría ser usado como un método alternativo a la resolución de conflictos sustantivos por el TDLC. De hecho, en la actualidad, la FNE ya lo incluye como una medida de control en los casos de operaciones de concentración¹⁶⁸. Sin embargo, lo anterior no se corresponde con un equivalente jurisdiccional a la sentencia del TDLC, como ocurre en muchos sistemas comparados.

Considero que arbitrar cuestiones de libre competencia se volverá una necesidad por diversas razones. La razón más trascendental es que los mercados son cada vez más dinámicos, lo que directamente genera la necesidad de una justicia más económica y flexible, como lo ha señalado el presidente del TDLC, Nicolás Rojas, en la cuenta pública de 2024 “*el derecho de la competencia es una materia dinámica que ha requerido una constante dedicación y actualización para cumplir con nuestro rol de jueces. Este dinamismo nos ha desafiado a buscar constantemente oportunidades y espacios de mejora*”(Rojas, 2024:34) .

¹⁶⁸ Véase: [At&T/Time Warner](#) (2017), [Turner/CDF](#) (2018) y, [HBO LAH y HBO Acquisitions/Ole Communications Inc y Ole Premium Channels](#) (2020).

Las ventajas del arbitraje, su rapidez, flexibilidad y dinamismo, sumadas a la *expertise* que necesita el derecho de la competencia, la cual se puede suplir sin problemas por un árbitro, da cuenta de una respuesta adecuada a los problemas que pueden surgir del derecho de la competencia.

Una posible solución es que el tribunal experto en libre competencia, y con competencia exclusiva, no sea un tribunal de primera instancia. Me refiero a lo que sucede en otros sistemas comparados, como UK¹⁶⁹, donde el tribunal especial corresponde a un tribunal de segunda instancia, al que se puede acceder mediante apelación o casación en la forma presentada ante un tribunal civil o arbitral (tribunal que resolvió el asunto en primera instancia).

Arribada la conclusión de que no es posible arbitrar cuestiones de libre competencia, ahora es turno de hacerse cargo de la segunda interrogante que se intenta responder en este trabajo ¿Es posible arbitrar los daños civiles derivado de un ilícito anticompetitivo?

En las entrevistas llevadas a cabo se preguntó a los expertos su opinión sobre este tema, arribando a una conclusión general de que los daños, como componente esencial del derecho privado y patrimonial, pueden ser arbitrados.

En base a esas opiniones, existen tres alternativas que llevarían a arbitrar los daños emanados de asuntos anticompetitivos. La primera es que simplemente a raíz de un incumplimiento contractual las partes decidan ir a arbitraje voluntariamente, o bien, que a raíz de una cláusula arbitral se obligue a las partes a proceder por vía arbitral.

La segunda opción, que se podría implementar sin necesidad de reforma legal, es que a raíz de una sentencia firme y ejecutoriada del TDLC, una de las partes presente una acción de daños *stand alone* ante el árbitro. Teóricamente esta solución es viable, pero tiene problemas de resultar accesible y eficiente en la práctica.

La tercera situación, la más viable en la práctica, es arbitrar los daños emanados de estos ilícitos (que no se han podido determinar y avaluar mediante la sentencia del TDLC)

¹⁶⁹ En el Reino Unido se encuentra el *United Kingdom Competition Appeal Tribunal*, tribunal cuya función es la decisión de casos que tratan sobre temas económicos o regulatorios. Para más información véase <https://www.catribunal.org.uk/about>

mediante una acción *follow on* que permita presentar una acción de indemnización de perjuicios ante un tribunal arbitral.

A continuación, se ahondarán en las posibles opciones que se señalaron para que el arbitraje sea usado como una alternativa al TDLC para resolver los daños emanados de ilícitos anticompetitivos.

I. Primer escenario: incumplimiento contractual

A y B celebran un contrato de distribución, el año 2008. Contrato que incluía una cláusula compromisoria, que establecía que ante cualquier incumplimiento la disputa se iba a resolver por un tribunal arbitral. En este contrato B termina siendo proveedora exclusiva de A, en circunstancias que, A utiliza algunos componentes de su proveedor para producir su propia marca.

Cabe indicar que las empresas celebraron contratos posteriores que alteraron la relación comercial entre ellas. Uno de estos contratos, celebrado el año 2012 contenía una cláusula de reajuste anual de precios. El problema, fue que debido al alza de precios causada por la pandemia COVID-19, la parte B habría intentado durante esos años reajustar los precios, según lo pactado. Pero A se habría negado a implementar el reajuste debido a esta situación imposible de prever.

De acuerdo con la empresa B esta negativa sistemática y reiterada, implica un estrangulamiento de márgenes, constituyendo un abuso de posición dominante. Como consecuencia, la empresa B se encuentra en un procedimiento de liquidación concursal por insolvencia.

En este caso B tiene dos opciones. La primera es presentar una demanda ante el TDLC¹⁷⁰, o bien, denunciar la conducta ante la FNE, para que eventualmente inicie una

¹⁷⁰ Esto ocurrió recientemente en la causa ante el TDLC, “Demanda de Microblend Chile SpA en Procedimiento Concursal de Liquidación en contra de Sodimac S.A”, C 495-2023. En esta causa, a pesar de que se presentó una excepción de incompetencia por parte de Sodiamac (la cual señalaba que esta disputa se debía resolver mediante arbitraje y no ante el TDLC), esta fue rechazada por la mayoría de los miembros del Tribunal. Aún así en este trabajo estamos de acuerdo por lo señalado por el ministro Nicolás Rojas, quien observa que a pesar de que podría haber un abuso por parte de Sodimac “*los hechos relatados en la demanda corresponden, en esencia, a la supuesta negativa de esta última a acceder a la petición de la demandante relativa a incrementar los precios de los productos...el asunto controvertido planteado en estos autos se refiere a la calificación de la conducta de la demandada, la que, en opinión de la demandante, iría en contradicción a sus deberes*”

investigación. La segunda alternativa, sería que, debido a la cláusula compromisoria, B demande el incumplimiento del contrato ante el tribunal arbitral pactado en la cláusula.

Las ventajas de la primera opción sería la especialización del TDLC, lo que posibilita que el análisis económico sea mayor. Otra ventaja se encuentra en que, ante el TDLC, existe un mayor análisis de las pruebas. Este análisis es efectuado con un mayor respeto y cuidado por las garantías del debido proceso, además el proceso ante el TDLC siempre es público, lo que directamente asegura un mayor respeto a esas garantías.

Asimismo, un procedimiento contencioso podrá conducir a la imposición de distintas sanciones, como las multas o las medidas del artículo 26 del DL 211. A la vez, la parte que tenga una sentencia contraria a sus intereses podrá interponer un recurso de reclamación ante la Corte Suprema. Por último, la parte afectada podrá interponer una acción de indemnización de perjuicios, ante el mismo tribunal, la cual será tramitada por el procedimiento sumario, donde solo será necesario probar el daño y la causalidad, ya que la acción y la culpa o dolo se dieron por probados en el procedimiento ante el TDLC.

Optar por la segunda alternativa, esto es, demandar directamente el incumplimiento contractual ante el tribunal arbitral, omitiendo así, cualquier reclamo que verse sobre asuntos de la competencia, podría traer ventajas asociadas a obtener una decisión sobre los daños civiles y económicos ocasionados por culpa del incumplimiento contractual.

El procedimiento va a ser más ágil y rápido, además de privado. Todo esto facilitaría el hecho de que las partes privilegien su bienestar económico, continuando así, su relación comercial. Esta última circunstancia, en caso de optar por la primera opción, podría verse afectada a corto o largo plazo, especialmente por medio de la aplicación de las sanciones del art 26 del DL 211.

Es relevante recalcar, que si la parte B no cuenta con una sentencia firme y ejecutoriada del TDLC, antes de demandar directamente el incumplimiento contractual ante el árbitro competente, este último tendrá la competencia únicamente para resolver materias

contractuales y al principio general de buena fe, cuestión que corresponde un asunto de naturaleza civil” (ministro Nicolás Rojas: voto en contra)

relacionadas al contrato y a los daños. No podrá resolver, ni pronunciarse sobre asuntos regulados por el DL 211.

Lo anterior no impide que la FNE pueda requerir ante el TDLC si observa un atentado o posible infracción a la competencia. Si bien, la interposición de un requerimiento por parte de la fiscalía solo procede en casos donde se encuentra comprometido el interés general de la comunidad en el orden económico (artículo 39 inciso 1° del DL 211).

En síntesis, es posible optar por el segunda situación (demandar directamente ante un tribunal arbitral la indemnización por incumplimiento del contrato), siempre que exista un contrato previo que haya sido quebrantado y que contenga una cláusula arbitral.

II. Segundo escenario: interponer una acción *stand alone* ante el árbitro

En el capítulo 2 de este trabajo se analizó el sistema de libre competencia chileno. Dentro de este sistema, se distinguen diversos procedimientos que entrega el DL 211, entre los cuales se encuentra el procedimiento de daños del art 30. Este artículo contempla la posibilidad de interponer una acción de indemnización de perjuicios con motivo de la dictación por el TDLC de una sentencia definitiva ejecutoriada que establezca la existencia de un ilícito anticompetitivo.

Esta acción se denomina *follow-on*, ya que se basa en los hechos y el derecho declarados en la sentencia previa, y se tramita de acuerdo con el procedimiento sumario, sin necesidad de probar nuevamente la acción y la culpa o dolo del demandado.

La viabilidad y conveniencia de esta acción se abordará cuando se analice el tercer escenario señalado supra, en el que se intentará responder a la pregunta de ¿Es posible implementar la acción ante un tribunal arbitral?

Otra acción que se ha planteado en la doctrina es la acción *stand alone*, que se interpone de forma independiente al juzgamiento de la autoridad, sin contar con una sentencia previa del TDLC que acredite el ilícito anticompetitivo. Esta acción se ha intentado en Chile

en el caso *Sound Colour con United International Pictures Chile*¹⁷¹, pero fue rechazada por falta de prueba del ilícito anticompetitivo¹⁷².

La Corte reconoció “*para que prosperara la acción deducida por la demandante, debió haberse establecido por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que la demandada había incurrido en los ilícitos denunciados, cosa que en la especie no ha ocurrido, por lo que no es posible acceder a las pretensiones de la actora*” (c°19 y 20)¹⁷³.

En base a ese precedente (aunque fue dictado con un estatuto normativo distinto del actual), la acción *stand alone* igualmente tendrá muy pocas posibilidades de prosperar debido al diseño institucional de nuestro sistema de libre competencia. Al fin y al cabo, el artículo 30 del DL 211 solo le otorga el beneficio de interponer, a la parte afectada, una acción *follow on* ante el TDLC, luego de obtenerse una sentencia condenatoria frente a un ilícito anticompetitivo.

Si analizamos esta disyuntiva en el ámbito de competencia, tenemos que el artículo 30 del DL 211 no excluye expresamente la competencia de un tribunal arbitral para indemnizar los perjuicios derivados de un ilícito anticompetitivo, pero tampoco le otorga competencia de forma explícita. El tribunal arbitral podría resolver la acción de daños, siempre que las partes hayan pactado una cláusula compromisoria o hayan acordado voluntariamente someterse al arbitraje, solo que esta no contaría con la prejudicialidad que otorga el artículo 30. Las partes deberían someterse a un procedimiento igual de tedioso y difícil que el que acaban de finalizar ante el TDLC, debiendo probar todos los elementos de la responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual.

Por el contrario, el artículo mencionado si le otorga competencia exclusiva al TDLC para resolver la acción *follow-on*, que tiene el beneficio de fundarse en los hechos establecidos en la sentencia previa del TDLC, sin necesidad de probar nuevamente la acción y la culpa o dolo del demandado.

¹⁷¹ UIP Chile Ltda. y Andes Films S.A. contra dictamen N° 1.277 Comisión Preventiva Central (2005)

¹⁷² Para más información vease Banfi del Río, Cristián. (2013): La Responsabilidad Civil como forma de aplicación privada del Derecho de la Competencia, Revista chilena de derecho privado, (21), 217-258. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000200006>

¹⁷³ Banfi (2014), p. 49. Citando a: *Sound Colour con United International Pictures Chile* (2009)

La solución planteada (interponer una acción de indemnización de perjuicios ante un tribunal arbitral) supone que el árbitro, luego de la sentencia firme y ejecutoriada del TDLC, conozca y determine la indemnización del daño patrimonial y extrapatrimonial experimentado por los particulares como consecuencia de conductas que se hayan establecido como contrarias a la libre competencia.

Sin embargo, considero que el problema con esta alternativa se encuentra en que no es viable su implementación práctica con la regulación actual, ya que no contempla expresamente la posibilidad de arbitrar los daños derivados de ilícitos anticompetitivos, ni tampoco establece los criterios y requisitos para hacerlo.

En conclusión, en teoría sería factible que de acuerdo con la regulación de hoy en día las partes si puedan acudir a arbitraje para resolver la indemnización de los daños derivados de ilícitos anticompetitivos. Pero la solución no tendría éxito en la práctica por las razones antes expuestas.

III. Tercer escenario: Presentación de acción *follow on*

El artículo 30 del DL 211 establece que, una vez dictada una sentencia definitiva ejecutoriada por el TDLC que declare la existencia de una conducta contraria a la libre competencia, las partes que hayan participado en el procedimiento contencioso pueden presentar ante el mismo tribunal una acción de indemnización de perjuicios. Esta acción se tramitará “*de acuerdo al procedimiento sumario y su base de prejudicialidad, pudiendo interponerse la acción de indemnización de perjuicios únicamente con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada y debiendo fundar el fallo relativo a la indemnización en los hechos establecidos en dicha sentencia*”(UC, 2021:3).

La mayoría de los expertos/as entrevistados coincidieron en que la regulación como se encuentra hoy en día limita, de cierto modo, la indemnización de los daños. Nos referimos a los daños típicamente indemnizables en litigios civiles, que afectan el interés particular y patrimonio de los afectados. Estos daños se diferencian del daño anticompetitivo, que se refiere a la “*pérdida de bienestar social o en la utilización ineficiente de los recursos en los distintos mercados*”(Budnik, 2019: 97). El daño anticompetitivo suele quedar reparado en la sentencia del TDLC, mediante la imposición de sanciones o medidas correctivas.

El alcance de la indemnización *“es que ésta comprende todo daño, es decir, que la indemnización debe ser íntegra, debiendo producirse una equivalencia entre el daño generado y la indemnización pagada (con la sola excepción de lo dispuesto en el artículo 2331 del Código Civil que en la práctica ha caído en desuso). Así se desprende de los artículos 2314 y 2329 del referido código”* (Barros, 2020:237).

El daño indemnizable, al igual que el daño anticompetitivo ocasionado por los ilícitos contrarios a la competencia, presenta complejidades y desafíos para su evaluación, por lo que surge la cuestión de quién está mejor posicionado para hacerlo: el juez de libre competencia o un juez o árbitro civil.

Si bien la doctrina más tradicional sostiene que para juzgar un caso de libre competencia se necesitan jueces expertos en la materia y especializados, lo mismo podría decirse para reparar íntegramente el daño civil, que requiere de un procedimiento y juzgadores aptos para efectuar dicha determinación. El TDLC no parece estar en la mejor posición para hacer esta labor, pues su competencia exclusiva y excluyente se justifica por la especialidad de la materia y el interés público comprometido, no por la reparación del daño civil, que forma parte del derecho privado y común, y que debería estar sujeto también a la competencia de los tribunales ordinarios.

Esto no quita que no sea plenamente capaz de calcular el daño anticompetitivo, el que tiene la potencialidad de ser reparado en la sentencia de libre competencia, vía la aplicación de las sanciones del art. 26 del DL 211 u otras medidas de mitigación que el tribunal puede disponer dentro de las facultades que consagra el artículo 3 inciso 1° del DL 211.

Sería inconsistente entregarles a los ministros del TDLC la competencia exclusiva y excluyente para la reparación del daño civil. La opinión anterior no surge de la creencia que los ministros del TDLC no tengan la capacidad para cuantificar el daño indemnizable, sea el lucro cesante o el daño emergente, sino que, esa idea es consecuencia de la estructura institucional del sistema chileno. Históricamente ningún tribunal ha contado con la competencia exclusiva y excluyente para reparar el daño civil. Siendo ese asunto parte del Derecho Civil, de modo que, cualquier particular tiene derecho a reclamarlo ante un tribunal con competencia común.

El daño indemnizable en materia civil comprende el daño emergente, que es la pérdida efectiva sufrida en el patrimonio, y el lucro cesante, que es la ganancia dejada de percibir por el daño, así como el daño moral, que es el menoscabo sufrido en los sentimientos, la dignidad o la reputación. Todos estos daños requieren de jueces que conozcan de un procedimiento que permita apreciar adecuadamente los elementos facticos y jurídicos de dichos daños.

El lucro cesante, en particular, es el más difícil de probar, pues supone asumir lo que habría ocurrido en el futuro de no haber acaecido el daño, lo que exige efectuar un juicio de probabilidades. Como ha señalado la Excma. Corte Suprema:

“5°- e ha considerado que el lucro cesante es la pérdida de ingresos provocada por el daño corporal y su determinación supone asumir lo que habría ocurrido en el futuro de no haber acaecido el accidente, lo que exige efectuar un juicio de probabilidades...El lucro cesante es la pérdida de ingresos que se sigue del daño corporal y el objeto de la reparación es la expectativa objetiva de ingresos futuros que la persona lesionada tenía al momento del accidente y la indemnización debe comprender los ingresos netos que la víctima deja de percibir y su determinación se efectúa en concreto, atendiendo a las calidades de la víctima”¹⁷⁴

Como se ha expuesto, la doctrina ha planteado dos argumentos principales para negar la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia: la indisponibilidad del bien jurídico protegido y la competencia exclusiva y excluyente del TDLC en materias sustantivas de libre competencia. Se ha concluido que este último argumento es el que impide arbitrar los conflictos que involucran infracciones a la libre competencia.

Sin embargo, estos argumentos no son aplicables al caso de la arbitrabilidad de los daños civiles derivados de ilícitos anticompetitivos. El primero, porque los daños civiles tienen un carácter patrimonial y privado, que forma parte del Derecho Civil, el cual se basa en la libre disposición de los derechos e intereses de las partes.

¹⁷⁴ c°5 recurso de casación en la forma, Sentencia Rol 42.788-2021 de la Excma. Corte Suprema

Asimismo, no aplica en la especie el argumento de la competencia exclusiva y excluyente otorgada al TDLC. No hay razones que justifiquen que el TDLC tenga competencia exclusiva y excluyente para reparar los daños civiles que los particulares puedan reclamar por actos anticompetitivos, los cuales forman parte del derecho privado y del derecho común, y que deberían estar sujetos también a la competencia de los tribunales ordinarios

Por lo tanto, no hay impedimentos en el ámbito de competencias y de potestades institucionales para que estos daños sean sometidos al conocimiento de tribunales arbitrales acordados por las partes en disputa.

El hecho que en la regulación actual el artículo 30 del DL 211 otorgue competencia al TDLC para resolver los daños indemnizables, limita los espacios para que una de las partes interponga la acción ante el árbitro. Este artículo no contempla la posibilidad de que las partes puedan acudir a otro tribunal, como el arbitral, para resolver esta acción *follow on*. Además, da a entender que solo el TDLC es competente para conocer de esta acción: “*se interpondrá ante ese mismo Tribunal y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario*”.

Empero, este artículo, no excluye expresamente la competencia de otro tribunal para reparar el daño indemnizable cuando no existe un procedimiento ante el TDLC, o bien, cuando un procedimiento contencioso de libre competencia no concluye con una sentencia definitiva, por lo que puede ocurrir que las partes debido a una cláusula arbitral acordada previa o voluntariamente, decidan someter la reparación de los daños ante un árbitro.

El inconveniente, en estos casos, es que la acción interpuesta no tiene prejudicialidad, por lo tanto, habrá que acreditar todos los elementos de la acción civil, ya sea contractual¹⁷⁵ o extracontractual¹⁷⁶ extracontractual (en los casos que no hay contrato previo, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de los carteles duros), según corresponda. La acción que se deberá interponer será una acción *stand alone*, que implica mayor dificultad probatoria y menor probabilidad de éxito.

En este sentido, es más eficiente y económico para las partes interponer la acción para la indemnización del daño ante el mismo TDLC, ya que solo tendrán que probar el daño y la

¹⁷⁵ Los elementos son: existencia de una obligación, incumplimiento, culpa o dolo, causalidad y mora.

¹⁷⁶ Acción u omisión, culpa o dolo, daño, causalidad.

causalidad, aprovechando la prejudicialidad de la sentencia anterior. Interponer una acción de indemnización, luego de la sentencia del TDLC, ante un árbitro sería una especie de suicidio para las partes, ya que tendrían que probar todos los elementos de la responsabilidad civil, y la parte que interpone la acción tiene muy pocas probabilidades de que la demanda sea acogida.

Como respuesta a esta ineficiencia que se generaría en la práctica, en este trabajo se plantea una posible solución: una reforma al art 30 del DL 211, que incluya explícitamente el arbitraje como tribunal competente para resolver los daños provenientes de los ilícitos. Una posible idea de redacción del nuevo artículo 30 sería

*“La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada se interpondrá ante ese mismo Tribunal o **ante él árbitro de derecho estipulado por las partes.** En ambos casos se tramitará de acuerdo con el procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil.*

El proceso mencionado en el apartado anterior aplicará de igual forma para los casos en que se interponga una acción indemnizatoria que haya lugar con motivo de la dictación de sentencia definitiva en un procedimiento no contencioso por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Aplicará esta misma solución cuando el procedimiento contencioso ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no concluya mediante sentencia definitiva.

Él árbitro nombrado por las partes deberá ser elegido desde un listado de 20 árbitros. La lista será determinada por concurso público llamado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Las resoluciones pronunciadas en este procedimiento, salvo la sentencia definitiva, sólo serán susceptibles del recurso de reposición, al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano. Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva”¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Las oraciones resaltadas son las añadidas por la autora de este trabajo.

De esta forma, se busca ofrecer una vía alternativa al TDLC para que los afectados por ilícitos anticompetitivos puedan obtener la reparación de los daños civiles que hayan sufrido. Así, se eliminaría cualquier duda sobre la competencia del árbitro designado por las partes para resolver los daños derivados de estas conductas.

Es importante abordar las situaciones en las cuales los procedimientos instaurados ante el TDLC ya sean de carácter contencioso, no contencioso o relativos a procedimientos de daños, no culminan con la emisión de una sentencia definitiva. En tales circunstancias, no se configura la prejudicialidad. Esto ocurre, por ejemplo, cuando los procedimientos finalizan debido al archivo de la causa, al desistimiento de las partes o a la conciliación.

En los escenarios mencionados, no se produce una prejudicialidad, lo que significa que ciertos hechos o circunstancias no han sido objeto de debate en el procedimiento ante el TDLC, a diferencia de lo que sucede cuando un procedimiento se resuelve mediante una sentencia definitiva. Por consiguiente, en los casos que no concluyen con una sentencia definitiva, las partes no están habilitadas para someter ante un árbitro la discusión sobre conductas anticompetitivas.

No obstante, es viable que las partes opten por recurrir a la figura del arbitraje para que este dirima exclusivamente cuestiones vinculadas al incumplimiento contractual, incluyendo la determinación y reparación de los daños derivados de dicho incumplimiento.

En síntesis, en este trabajo señalamos que ignorar la conveniencia del arbitraje en nuestro sistema de competencia sería ignorar la realidad mundial actual. Los casos de libre competencia necesitan cada vez una resolución más rápida y eficiente. Lo anterior, como analizamos en el Capítulo 3 de este trabajo está siendo implementado en modelos comparados, por medio del uso del arbitraje, siendo tarde o temprano el turno de Chile.

Dado nuestro excepcional modelo institucional de libre competencia es inhacedero poder arbitrar materias relacionadas a la libre competencia, ya que para la resolución de estas se creó un tribunal especializado, con competencia exclusiva y excluyente.

La arbitrabilidad de los daños derivados de actos anticompetitivos constituye una cuestión distinta, y su respuesta difiere de la problemática relativa a si las cuestiones de libre

competencia son susceptibles de arbitraje. Como se ha señalado anteriormente, el tribunal arbitral carece de jurisdicción para emitir fallos sobre asuntos que infrinjan las normas de competencia. No obstante, en lo que respecta a la resolución de perjuicios resultantes de prácticas anticompetitivas, la posibilidad de someter a arbitraje dichos conflictos es factible y, de hecho, resulta ser necesaria.

Al respecto, el daño civil entendido como “*pérdida, disminución, detrimento o menoscabo que se sufre en la persona o bienes*” (Barros, 2020) es sin duda arbitrable por su componente patrimonial y privado. A pesar de la idea anterior, se afirmó que de acuerdo con la actual regulación del artículo 30 no era posible ni eficaz derivar los daños causados a raíz del ilícito anticompetitivo a un árbitro, ya que la regulación actual parecía entregarle la competencia exclusiva al TDLC para resolver estos temas, mediante una acción *follow on*.

Frente a esa situación se entregó una posible solución a la problemática anterior, para que eventualmente la acción de indemnización interpuesta por una de las partes ante un tribunal arbitral pueda ser una acción *follow on* y no *stand alone*.

Conclusión

Este trabajo sostiene que, en el sistema chileno, la arbitrabilidad de las cuestiones sustantivas de libre competencia es inviable, debido a que el DL 211 confiere al TDLC una jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer y resolver dichas materias. No obstante, este trabajo también concluye que es factible someter a arbitraje las acciones de indemnización de daños derivados de conductas anticompetitivas, siempre que se respeten los principios y normas que rigen el derecho de la competencia

Lo anterior sin embargo solo será factible a través de una reforma legal. En este sentido, se propone una modificación al artículo 30 del DL 211 para permitir el arbitraje de los daños civiles derivados de conductas contrarias a la libre competencia, lo que supone una vía alternativa y eficiente para la reparación de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos por los particulares afectados por estas conductas.

La jurisdicción exclusiva y excluyente del TDLC se funda en los artículos 2 y 5 del DL 211, que establecen que este tribunal es el único órgano jurisdiccional competente para

conocer y resolver las materias de libre competencia, aplicar las sanciones del artículo 26 o prevenir las infracciones que se señalan en el artículo 3, inciso primero, del mismo cuerpo legal.

Esta atribución impide que los particulares puedan someter a arbitraje las cuestiones sustantivas de libre competencia, como la calificación de una conducta como ilícita, la imposición de medidas correctivas o la determinación de la existencia de una afectación al mercado.

Sin embargo, los daños civiles que se originan a partir de conductas contrarias a la libre competencia son de naturaleza distinta a las cuestiones sustantivas, pues se enmarcan en el Derecho Civil (Derecho común) y se caracterizan por la libre disposición de los derechos e intereses de las partes. Estos daños comprenden tanto el componente patrimonial como el extrapatrimonial, y su indemnización puede ser objeto de arbitraje, siempre que se respeten los requisitos y límites que establece la ley.

La reforma que se propone al artículo 30 del DL 211 consiste en incluir expresamente el arbitraje como posibilidad para resolver los daños derivados de conductas contrarias a la libre competencia que siga a una sentencia firme y ejecutoriada del TDLC que haya establecido dicha conducta, o bien, frente a otra forma de término del procedimiento contencioso o no contencioso. Esta reforma permitiría que un árbitro pudiera determinar la indemnización de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales experimentados por los particulares como consecuencia de una conducta calificada como contraria a la libre competencia, tanto en las acciones de indemnización que se presenten ante el TDLC con posterioridad a una sentencia definitiva, como en las acciones autónomas cuando no exista un procedimiento previo ante el TDLC.

La reforma propuesta también contempla que el árbitro sea elegido de una lista de 10 árbitros que proporcione el TDLC, con el fin de asegurar la idoneidad y especialización de estos en materia de libre competencia. Esta medida busca garantizar la calidad y coherencia de las decisiones arbitrales, así como la confianza de las partes en el sistema arbitral.

Finalmente, el trabajo enfatiza la necesidad de que Chile considere la conveniencia del arbitraje en su sistema de libre competencia, pues ignorar esta realidad supondría desatender la realidad global actual, donde los casos de libre competencia requieren cada vez

más de una resolución rápida y eficiente. El trabajo reconoce que debido al modelo institucional excepcional de libre competencia que tiene Chile, actualmente no es factible arbitrar las materias relacionadas con la libre competencia, pero el arbitraje de los daños indemnizables derivados de tales conductas ilícitas es viable y necesario.

Bibliografía

ACEVEDO, Aurora y Daniel, REDEL (2022): «La Corte Suprema ante la libre competencia» [en línea], < <https://www.df.cl/opinion/columnistas/la-corte-suprema-ante-la-libre-competencia>>. [Consulta: 03/03/2024.]

AGÜERO, Francisco (2016): «Chilean Antitrust Policy: Some Lessons Behind its Success», *Duke University School of Law*, 79(4), 123-154. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/45019873>.

ÁREAS DE COMPETENCIA Y REGULACIÓN (2018): «Evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en materia de desistimientos» [en línea], <<https://fn.cl/comunicaciones/evolucion-de-la-jurisprudencia-del-tribunal-de-defensa-de-la-libre-competencia-en-materia-de-desistimientos>>. [Consulta: 19/06/2024.]

Assimakis, KOMNIOS (2001): «Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement », 24(2), 211-238.

AYLWIN AZÓCAR, Patricio (2009): *El juicio arbitral*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

—AYLWIN AZÓCAR, Patricio (2014): *El juicio arbitral, Sexta Ed. actualizada y complementada por Eduardo Picand Albónico* Chile: Editorial Jurídica de Chile.

BAKALAROU, Eleni y Andrew WILLOCKS (2024): «Arbitrability» [en línea], <<https://jusmundi.com/en/document/publication/en-arbitrability>> . [Consulta: 09/07/2024].

BARROS BOURIE, Enrique (202): *Tratado de Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica: Santiago.

BERNEDO PINTO, Patricio (2013): *Historia de la libre competencia en Chile, 1959-2010 (1a. ed.)*, Santiago: Fiscalía Nacional Económica.

BHUKYA, Kanishka (2023): «Harmonizing Arbitration and Competition Law Disputes:Pursuing Consistency In Adjudication» [en línea], <<https://aria.law.columbia.edu/harmonizing-arbitration-and-competition-law-disputes/>>.
[Consulta: 12/05/2024.]

BOETSCH, Cristián (2021): «Indemnización de perjuicios a consumidores por atentados a la Libre Competencia», *Investigaciones CeCo*, 1-27. Disponible en: <http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>.

BOLTON, Patrick; Joseph BRODLEY y Michael RIORDAN (1999): «Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy» [en línea], <<https://www.justice.gov/archives/atr/predatory-pricing-strategic-theory-and-legal-policy>>.
[Consulta: 06/03/2024.]

BOTTEMAN, Yives; Camile KERES (2019): «Arbitration Clauses and antitrust damages in the EU: Where are we now», *Antitrust Chronicle*, 1(1), 1-8. Disponible en: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/07/CPI-Botteman-Keres.pdf>.

BRAUN, Bruce (1989): «The Arbitration of Federal Domestic Antitrust Claims: How Safe is the American Safety Doctrine?» , *Pepperdine Law Review*, 16 (8), 201-236. Disponible: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol16/iss5/8/>.

BULLARD, Alfredo (2022): «En defensa de la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia» [en línea], <<https://centrocompetencia.com/en-defensa-de-la-arbitrabilidad-de-las-cuestiones-de-libre-competencia-en-el-derecho-chileno/>>. [Consulta: 09/04/2024.]

CAIVANO, Roque (2013): «Arbitrabilidad Y Orden Público», *Foro Jurídico*, (12) 62-78. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801>.

CAMPOS MEDINA, Alexander (2006): «La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos», *Revista Peruana de Arbitraje*, (3).

CARRASCO, Nicolás (2017): «Supletoriedad del Código de Procedimiento Civil en el procedimiento contencioso de libre competencia», Seminario Universidad de Los Andes.
—.(s/p). Introducción: el procedimiento contencioso de libre competencia.

CAVADA HERRERA, Juan Pablo (2019): «Conceptos de alteración del orden público y de calamidad pública», [en línea] <<https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28056/1/>>. [Consulta: 31/01/2024]

CENTRO DE COMPETENCIA UAI (2021): «Poder de Mercado» , [en línea] <<https://centrocompetencia.com/poder-de-mercado/>>. [Consulta: 21/02/2024.]

—.(2021): «Abuso de posición dominante» [en línea], <<https://centrocompetencia.com/abuso-de-posicion-dominante>>. [Consulta: 06/03/2024.]

—.(2022): «Regla Per se y Regla de La Razón» [en línea], <<https://centrocompetencia.com/regla-per-se-y-regla-de-la-razon/>>. [Consulta: 04/03/2024.]

CHUNG, Katie; Edward LOW (2023): «Public Policy conflicts in Investor-State Energy Arbitration» [en línea],

<<https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/77d6e886/public-policy-conflicts-in-investor-state-energy-arbitrations>>. [Consulta: 20/04/2024.]

COMISIÓN EUROPEA, Dirección General de Competencia (2004): «Glosario de términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea : normas de defensa de la competencia y control de las concentraciones», [en línea] <https://ec.europa.eu/translation/spanish/documents/glossary_competition_archived_es.pdf>. [Consulta: 21/02/2024.]

COMPETITION BUREAU CANADÁ (2019): «Abuse of Dominance enforcement guidelines» [en línea], <<https://competition-bureau.canada.ca/sites/default/files/attachments/2022/CB-ADEG-Eng.pdf>>. [Consultado: 06/03/2024.]

CORDÓN MORENO, Faustino (1995): *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, España: Thomson Reuters.

DEPARTAMENTO DERECHO INTERNACIONAL, OEA (2009): «El Proyecto- Antecedentes e importancia» [en línea], <https://www.oas.org/es/sla/ddi/arbitraje_comercial_proyecto_antecedentes_importacia.asp> . [Consulta: 01/02/2024.]

EDURNE, Navarro (2022): «En defensa de la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia» [en línea], <<https://centrocompetencia.com/en-defensa-de-la-arbitrabilidad-de-las-cuestiones-de-libre-competencia-en-el-derecho-chileno/>>. [Consulta: 21/04/2024.]

EWING JUPPET, M. Fernanda (2013): «Competencia Desleal ¿Cuándo optar entre aplicar el derecho de la libre competencia y la Ley N° 20.169?», *Revista Actualidad jurídica*, (18), 315- 334.

FERMANDOIS, Arturo (2011): *Derecho constitucional económico (Tomo I)*, Chile: Ediciones UC.

FERNÁNDEZ, Juan Carlos (2019): «Algunas consideraciones sobre la noción de arbitrabilidad», [en línea] <<https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/>>. [Consulta: 03/02/2024.]

FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan (2005): «El arbitraje internacional en la nueva ley de arbitraje española», *Rev. de Derecho Mercantil*, (258), 1469-1532. Disponible en: <https://jfarmesto.com/wp-content/uploads/2016/01/El-arbitraje-internacional-en-la-nueva-ley-de-arbitraje-espa%C3%B1ola.pdf>.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2017): «Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión» [en línea], <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf>. [Consulta: 27/02/2024.]

—. (2012): «Nosotros». [en línea], <<https://www.fne.gob.cl/nosotros/fne/>>. [Consultada: 03/03/2024.]

FREYRE CASTILLO, Mario; Rita SABROSO MINAYA; Jhoel CHIPANA CATALÁN y Laura CASTRO ZAPATA (2019): «Materias Suceptibles de Arbitraje», *Lex- Revista de la Facultad de Derecho*, 17(23), 185-212. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v17i23.1676>

GASPAR, Silvia (1998): *El ámbito de aplicación del arbitraje*, España: Thomsom Reuters Aranzadi.

GERBER, David (2010): *Global Competition: Law, Markets, Globalization*, Oxford: Oxford University Press.

GIORGIO, Monti (2006): «The Concept of Dominance in Article 82», *European Competition Journal*, 2(1), 31-52.

GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco (2008): «La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balance químico». *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol 8, 509-525. Disponible en: <https://www.scielo.org.mx/scielo>.

—. (2008): «Orden público y arbitrabilidad: Dúo-Dinámico del arbitraje». *Revista Auctoritas Prudentium*, 1-21. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5047666>.

HENRÍQUEZ, John(2020): «Evolución del sistema de libre competencia chileno»,Serie Informe Legislativo, Num. 59

IRARRÁZABAL, Felipe (2010): «El Sistema Chileno de Defensa a la Libre Competencia», Seminario “*Los Nuevos Desafíos de la Política de Competencia en Argentina: Balance de Diez Años de la Ley, Proyecciones e Instrumentos en Contextos Cambiantes*”, [en línea] <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO_0001_2010.pdf>. [Consulta: 26/02/2024.]

—.(2010): « El sistema chileno de defensa de la libre competencia», [en línea] <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO_0001_2010.pdf>. [Consulta: 21/02/2024.]

ITURRIA, GONZALEZ, Marco Antonio (2007) «Ley N° 20.169, que regula la competencia desleal. Aspectos Generales», *U Andes*, (14), 15-29. [Disponible en: <https://www.uandes.cl/wp-content/uploads/2019/03/Cuaderno-de-Extensi%C3%B3n-Jur%C3%ADdica-N%C2%B0-14-Competencia-Desleal.pdf>.]

JAMES FUGLSANG, Eric (1997): «The Arbitrability of Domestic Antitrust Disputes: Where Does the Law Stand», *De Paul Law Review*, 46 (3), 779-822. Disponible en: <https://via.library.depaul.edu/law-review/vol46/iss3/4/>.

JASMA ARAYA, Fernando (2005): «Daño anticompetitivo y daño indemnizable: un ensayo de confrontación», *Revista Chilena de Derecho Privado*, (4), 9-32. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/3708/370838857001.pdf>.

JEQUIER, Eduardo (2020): *El arbitraje en el derecho chileno de sociedades comerciales*, Chile: Thomsom Reuters.

JOHN, Finn (1969): «Private Arbitration and Antitrust Enforcement: A Conflict of Policies», *Boston College Law Review*, 10 (2), 406-420. Disponible: <https://bclawreview.bc.edu/articles/2208>.

JONES, Alison; Brenda SUFRIN y Niamh DUNNE (2023): *EU Competition Law. Text, Cases, and Material*, EU: Oxford University Press.

KOLASKY, William (2002): «What is Competition?. Speech in Seminar of Converge» [en línea], <<https://www.justice.gov/atr/speech/what-competition>>. [Consulta: 24/02/2024.]

KOMNIOS, Assimakis (2009): «Arbitration and EU Competition Law» [en línea] <<https://ssrn.com/abstract=1520105>>. [Consulta: 24/04/2024.]

LABBE, Juan Pablo (2018): «La extensión del acuerdo de arbitraje a terceros aparentes en el Arbitraje Comercial Internacional: Análisis de algunas teorías», *Revista de derecho*, 25(2), 201-236. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532018000200201

LANG TEMPLE, John (1979): «Some Aspects of Abuse of Dominant Positions in European Community Antitrust Law», *Fordham International Law Journal*, 3(1), 1-50.

LEARY, Thomas (2004): «Competition Law and Consumer Protection Law: Two Wings of the Same House», *Antitrust Law Journal* ,72 (3), 1151-1148. Disponible en: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/competition-law-and-consumer-protection-law-two-wings-same-house/041022learyarticle.pdf.

LETELIER, Macarena y Eduardo FIGUEROA (2020): «El arbitraje doméstico e internacional en Chile y su jurisprudencia». *Arbitraje y Constitución ALARB*, vol 8, 126-159. Disponible en: <https://www.fihsabogados.cl/wp-content/uploads/2024/04/El-Arbitraje-domestico-e-internacional-en-Chile-JEF-ALARB.pdf>.

LEVIN, Richard (2018): «On Arbitration of Competition/Antitrust Diputes: A Tribute to *Mitsubishi*», *Dispute Resolution Journal* 73 (4), 39-60. Disponible en: <https://svamc.org/wp-content/uploads/DRJ-Vol-73-No-4-06-Levin-Revised.pdf>.

LEWIN , Nicolás (2011): «Indemnización de perjuicios por atentados a la libre competencia: el daño anticompetitivo, su relación con el daño civil y la determinación de los perjuicios», *Revista Anales Derecho UC*, (6), 43-62.

LÓPEZ-GALDOS, Marianela (2016): «Arbitration and Competition Law in Europe: Integrating Europe through Arbitration», *Journal of European Competition Law & Practice* 7(6), 383-392. [Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpw030>].

MANTILLA-SERRANO, Fernando (2005): *Ley de arbitraje. Una perspectiva internacional*
Madrid: Iustel

MARMOLEJO, Crispulo (2022): «Algunas sentencias de la Corte Suprema que abordan conceptualmente el Derecho de la Libre Competencia», *Revista Chilena de Derecho y*

Ciencia Política, 13(2), 159-181. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.7770/rchdcp-v13n2-art2991>.

MÁRQUEZ, Pablo y JORGE MARIO, González (2022): «Dificultades de la arbitrabilidad de asuntos de libre competencia en Chile: comentarios desde la experiencia colombiana» [en línea], < <https://centrocompetencia.com/en-defensa-de-la-arbitrabilidad-de-las-cuestiones-de-libre-competencia-en-el-derecho-chileno/>>. [Consulta: 06/05/2024.]

MATURANA MIQUEL, Cristián (2015): *Tribunales, árbitros y auxiliares de la administración de justicia*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

MENCHACA OLIVARES, Tomás (2020): «Interlocking y Participaciones Minoritarias en el Derecho Chileno de la Libre Competencia», *THEMIS Revista De Derecho*, (78), 219-240. [Disponible en: <https://doi.org/10.18800/themis.202002.011>]

—. (2007): «Libre Competencia y Competencia Desleal en la Ley N°20.169 ¿Existe contradicción entre ambas disciplinas?» *Cuadernos de extensión jurídica*, (14), 31-31. Disponible en: <https://www.uandes.cl/wp-content/uploads/2019/03/Cuaderno-de-Extensi%C3%B3n-Jur%C3%ADdica-N%C2%B0-14-Competencia-Desleal.pdf>.

MONTT OYARZÚN, Santiago (2010) «El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas», *Centro de Regulación y Competencia*, 1-22.

MOREL, Claire (2021): «Arbitration and Antitrust: Interview of James Segan QC by Claire Morel de Westgaver» [en línea] <<https://www.concurrences.com/fr/bulletin/special-issues/arbitration-antitrust/98040>>. [Consulta: 18/04/2024.]

NAIZIR SISTAC, Juan Carlos (2019): «Arbitrabilidad objetiva: ¿Qué se puede y qué no se puede someter a arbitraje nacional según las fuentes colombianas de derecho?» *Vniversitas*,

(139), 1-22. Disponible en:
<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/27246/23895>.

NEHME, Nicole(2021): «¿Cuál debiera ser el régimen económico en la Nueva Constitución?» Conversatorio CECO UAI, min 26:00-32:35

OCDE (1999): «Oligopoly», [en línea], <<https://www.oecd.org/daf/competition/1920526.pdf>>. [Consulta: 23/01/2024.]

OFFICE OF PUBLIC AFFAIRS DOJ (2020): «Justice Department wins Historic Arbitration of a Merger Dispute» [en línea], <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-wins-historic-arbitration-merger-dispute>>.[Consulta: 18/04/2020.]

OJEDA NUÑEZ, Raúl (2017): «Libre Competencia y Debido Proceso, Reflexiones sobre el Derecho a la Competencia» en *Reflexiones Sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la FNE*, Chile: FNE, pp. 239-285.

ORREGO, Juan Andrés (2023): «Teoría de la ley», [en línea] <<https://www.juanandresorrego.cl/assets/pdf>>. [Consulta: 31/01/2024.]

ORTIZ BAQUERO, Ingrid (2008): «La aplicación privada del Derecho Antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la Libre Competencia», *Revista e-Mercatoria*, 7(1), 1-62. Disponible en:
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3627134.pdf>.

PICAND ALBÓNICO, Eduardo (2005): *Arbitraje Comercial Internacional Tomo I*, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

—. PICAND ALBÓNICO, Eduardo (2023): *Arbitraje: entre la autonomía y el control judicial (1a. ed.)*, Chile: Thomson Reuters.

PILOWSKY GRUNBERG, Jorge (2020): «Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente», *Investigaciones CeCo*, 1-12 o [en línea], <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/02/Jorge-Grunberg_Regla-per-se-para-carteles-duros-y-acuerdos-de-colaboraci%C3%B3n-entre-competidores.pdf>. [Consulta: 04/03/2024.]

—.(2023): «Cuenta Pública Participativa de la Fiscalía Nacional Económica» [en línea], <<https://www.youtube.com/watch?v=eHbMzGcoAkA&t=664s>>. [Consulta: 26/02/2024.]

PROGRAMA UC LIBRE COMPETENCIA (2021): «Regulación y problemáticas para de la indemnización de perjuicios para los consumidores por infracciones a la libre competencia», *Antitrust Position Papers*, (6), 1-11. Disponible en: https://librecompetencia.uc.cl/images/AAA/APP/APP_6.pdf.

—.(2023): «Interlocking en Chile: Análisis regla per se», *Antitrust Position Papers*, (10), 1-22. Disponible en: https://librecompetencia.uc.cl/images/AAA/APP/APP_10_compressed.pdf.

QUIÑONES COSTA, Humberto y Programa UC Libre Competencia (2022): «Mitsubishi Motors Corp. C Soler Chrysler-Plymouth, inc» *Casos Libre Competencia*, (23), 1-7. Disponible: https://librecompetencia.uc.cl/images/AAA/Casos_LC/C23.pdf.

RIVAS SÁNCHEZ, Virginia (2020): «Interacciones entre la libre competencia y la protección al consumidor: buscando un diálogo para el mejor funcionamiento de los mercados», [en línea] <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/07/Rivas_Interacciones-entre-la-libre-competencia-y-la-protecci%C3%B3n-al-consumidor.pdf>. [Consulta: 22/03/2024.]

ROJAS COVARRUBIAS, Nicolás (2024): «Cuenta pública del Presidente» [en línea], <<https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2024/05/Cuenta-Publica-2024.pdf>>. [Consulta: 22/06/2024.]

ROMERO SEGUEL, Alejandro y José Ignacio DÍAZ VILLALOBACINO (2016): *Arbitraje Interno y Comercial: Segunda Edición Actualizada*, Chile: Ediciones UC.

SALAMANCA, Mónica (2011): Guía «Restricciones Verticales y Abuso de Posición Dominante: Jurisprudencia de las comisiones antimonopolio» [en línea], <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/10/unctad_0001_2002.pdf>. [Consulta: 06/03/2024.]

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2005): *Régimen Jurídico del arbitraje comercial internacional. Análisis de la Ley 19.971, de 29 de septiembre de 2004, sobre arbitraje comercial internacional*, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

SCALIA, Antonin (2004): «Opinion of the Court. *Verizon Communications Inc., Petitioner v. Law Offices of Courts V. Trinko Llp*» [en línea], <<https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/02-682P.ZO>>. [Consulta: 21/02/2024.]

TAPIA, Javier y José Luis CORVALÁN (2022): «En defensa de la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia en el derecho chileno», *Centro de Competencia UAI*, 1-32. Disponible en: https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/06/Javier-Tapia-Jose-Luis-Corvalan-En-defensa-de-la-arbitrabilidad-de-las-cuestiones-de-libre-competencia-en-el-derecho-chileno_2022.pdf.

UNIÓN EUROPEA (2015): «Aplicación de las normas de competencia de la Unión Europea: aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea» [en línea], <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:126092>>. [Consulta: 24/04/2024.]

UNIVERSIDAD DE CHILE, Instituto de estudios internacionales (2021): «Una conversación con Gary Born»[en línea], <<https://iei.uchile.cl/noticias/180544/a-conversation-with-gary-born#:~:text=Arbitration%20is%20also%20a%20consensual,typically%20after%20a%20dispute%20arises>>. [Consulta: 08/03/2023.]

VÁSQUEZ PALMA, M. Fernanda (2006): «La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo, chileno». *Ius et Praxis*, 12(1), 181-213. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000100008>.

—. (2014): «Revisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho societario (obligatoriedad y arbitrabilidad): Formulación de una propuesta en aras de la modernización». *Ius et Praxis*, 20 (1), 397-418. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000100017>.

VEGA, Felipe (2021): «El “procedimiento contencioso de consulta ante el Tribunal de defensa de la Libre Competencia», *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, (38), 62-84. Disponible en: <https://doi.org/10.21703/issn0717-0599/2021.n38-03>.

YRARRAZABAL, Arturo (2018): *Manual de Derecho Económico*, Chile: Ediciones UC.

ZINK, Manfred (2021): «¿Tiene cabida las defensas de eficiencia en relación a las variables competitivas del artículo 3, letra a) del Decreto Ley número 211? ¿Una lectura de compatibilidad con la regla per se?», *Ius est praxis*, 27(2), 94-113.

Normas Citadas

Código Civil

Código de Procedimiento Civil.

Código Orgánico de Tribunales.

Decreto Ley N° 211, que fija normas para la Defensa de la Libre Competencias.

Ley N° 20.169 que regula la Competencia Desleal.

Ley N° 19.971 que regula el Arbitraje Comercial Internacional.

Jurisprudencia Citada

ANFP con FNE (2021): Corte Suprema, rol N°94.189-2020, 26 de septiembre de 2021

Baxter Int'l v Abbott Laboratories (2003), United States Court of Appeals 7th Cir, 315 F 3d.

C. Suprema, Revista, t. XXVI, sec. 1^a.

Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v Akzo Nobel NV and Others (2015): Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Case C-352/2021. Disponible: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62013CJ0352>.

Consulta Subtel (2008): Corte Suprema, rol N°4797-2008 (civil).

Corte Suprema (2021), rol N° 42.788-2021 (laboral)

Demanda de Microblend Chile SpA en Procedimiento Concursal de Liquidación en contra de Sodimac S.A (2023): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, rol N° C 495-2023.

Eco Swiss China Ltd. v. Benetton International NV (1991) ECR I-3055 Case C 126/97.

Eco Swiss China Ltd. v. Benetton International NV (1991): Tribunal de Justicia Europea, Case 126/97. Disponible: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61997CJ0126>.

FNE contra CCNI y Otras (2020), Corte Suprema, rol N°15.005-2019 (Tercera sala constitucional).

Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth (1985): Supreme Court, 473 U.S. 614.

MJA v. Apple Sales International (2018): Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Case C-595/17. Disponible: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/et/TXT/?uri=CELEX:62017CJ0595>.

Murphy v. Amway Canadá et al (2013): 443 N.R. 356 (FCA).

Ortiz con Ortiz (2010): Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N°246-2010.

Papelera Cerrillos S.A. contra CMPC Tissue S.A. y otra (2020): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, rol N° CIP-3-20202.

Requerimiento FNE contra Tecumseh Do Brasil y Whirlpool S.A (2010), Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Causa Rol: C-207- 010.

Sentencia 45/2006 TDLC, *Voissnet y FNE contra CTC*, 26 de octubre de 2006.

Cordillera con Sal Punta de Lobos (2004): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Causa Rol 13-04.

Sentencia 63/2008 TDLC, *Requerimiento de la FNE contra Almacenes Paris y Falabella*, 10 de abril 2008.

Sentencia N° 39/2006 TDLC, *Producción Química y Electrónica Quimel S.A., en contra de James Hardie Fibrocementos Ltd*, 13 de junio 2006.

Sepúlveda Nuñez con Mario Correa (2012): Corte de Apelaciones de Santiago, rol N°318-2012 (civil).

Simula, Inc. v. Autoliv, Inc. (1999), United States Court of Appeals 9th Cir 175 F.3d 716.

Telmex Servicios Empresariales S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A (2008): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, rol N° C-181-98.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2007), causa rol NC-198-2007.

Union of India v. Competition Commission of India (2012): 10 Supreme Court Cases 282.

United States v. Novelis Inc. and Aleris Corporation (2020): No. 1:19-cv-02033 (D.D.C).

Vidya Drolia v. Durga Trading Corporation (2020): 2 Supreme Court Cases 1.