



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

LA COSA JUZGADA EN LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES EN MATERIA
DE LIBRE COMPETENCIA

**Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

Memorista:

ANDREA ROSSANA FUENTES CRUZ

Profesor guía:

NICOLÁS CARRASCO DELGADO

Santiago, Chile

Julio 2016

***A mi familia y a Gonzalo,
por su apoyo incondicional***

AGRADECIMIENTOS

Agradezco al Profesor Nicolás Carrasco Delgado por su apoyo y orientación a lo largo de esta tesis. Sus conocimientos y guía fueron fundamentales para el desarrollo del tema.

TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|---|------------|
| RESUMEN..... | VII |
| INTRODUCCIÓN..... | 8 |
| CAPITULO I. LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES Y LA PREGUNTA EN CUANTO A SU CALIDAD DE EQUIVALENTE JURISDICCIONAL..... | 13 |
| 1.1. Los acuerdos extrajudiciales..... | 13 |
| 1.1.1. Concepto..... | 13 |
| 1.1.2. Regulación..... | 14 |
| 1.1.3. Oportunidad para celebrarlo..... | 15 |
| 1.1.4. Materias..... | 16 |
| 1.1.5. Actividad del TDLC..... | 17 |
| 1.2. Los equivalentes jurisdiccionales..... | 21 |
| 1.2.1. Noción de los equivalentes jurisdiccionales..... | 21 |
| 1.2.2. Clasificación de los equivalentes jurisdiccionales..... | 23 |
| 1.2.3. Transacción..... | 24 |
| 1.2.3.1. El efecto de cosa juzgada de la transacción..... | 27 |
| 1.2.4. Conciliación..... | 27 |
| 1.2.5. Avenimiento..... | 29 |
| 1.3. Presupuestos de los equivalentes jurisdiccionales..... | 30 |
| 1.4. Características de los equivalentes jurisdiccionales..... | 32 |
| 1.5. Presupuestos de los acuerdos extrajudiciales..... | 33 |
| 1.6. Características de los acuerdos extrajudiciales..... | 37 |

CAPITULO II. ESTADO DE LA REGULACIÓN ACTUAL DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL EN CUANTO AL EFECTO DE COSA JUZGADA.....39

| | | |
|----------|---|----|
| 2.1. | La cosa juzgada..... | 39 |
| 2.1.1. | Concepto de cosa juzgada..... | 39 |
| 2.1.2. | Fundamento de la cosa juzgada..... | 41 |
| 2.1.3. | Doctrinas materiales y procesales sobre la cosa juzgada..... | 44 |
| 2.1.4. | Resoluciones que producen cosa juzgada..... | 46 |
| 2.1.5. | La cosa juzgada formal y cosa juzgada material o sustancial.. | 48 |
| 2.1.6. | La acción de cosa juzgada..... | 53 |
| 2.1.7. | La excepción de cosa juzgada..... | 55 |
| 2.1.8. | Características de la cosa juzgada..... | 58 |
| 2.2. | La triple identidad en el proceso civil..... | 60 |
| 2.2.1. | Límites subjetivos..... | 62 |
| 2.2.2. | Límites objetivos..... | 65 |
| 2.3. | Naturaleza jurídica de la cosa juzgada en el procedimiento de libre competencia..... | 68 |
| 2.4. | Regulación de la cosa juzgada en el procedimiento de libre competencia y en el acuerdo extrajudicial..... | 75 |
| 2.4.1. | Procedimiento contencioso..... | 75 |
| 2.4.2. | Procedimiento no contencioso..... | 78 |
| 2.4.2.1. | Potestad informativa..... | 79 |
| 2.4.2.2. | Potestad consultiva..... | 79 |
| 2.4.3. | Acuerdos extrajudiciales..... | 82 |
| 2.5. | Discusión doctrinaria en cuanto a si el acuerdo extrajudicial produce o no cosa juzgada..... | 84 |
| 2.6. | El acuerdo extrajudicial no produce efecto de cosa juzgada sobre los hechos de fondo..... | 92 |
| 2.7. | Comparación entre la regulación del acuerdo extrajudicial con la de la conciliación..... | 94 |

2.8. El efecto de cosa juzgada que emana del acuerdo extrajudicial recae sobre el acuerdo extrajudicial en sí mismo.....99

CONCLUSIONES.....105

BIBLIOGRAFÍA.....109

RESUMEN

En materia de libre competencia, se encuentra establecido como medio de solución de controversias, entre otros, el acuerdo extrajudicial; que es una convención que se negocia y celebra fuera del proceso judicial entre la Fiscalía Nacional Económica y uno o más agentes económicos, y que requiere de la aprobación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para producir sus efectos. Sin embargo, no existe claridad en la doctrina en cuanto a si el acuerdo produce o no efecto de cosa juzgada, a causa de una cláusula incorporada por este Tribunal en su resolución aprobatoria, que señala que no existe pronunciamiento sobre los hechos que lo motivaron.

Con objeto de proponer que el efecto de cosa juzgada que emana del acuerdo extrajudicial recae sobre el acuerdo extrajudicial en sí mismo y no sobre los hechos de fondo, en la presente memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, se analiza en primer lugar el contenido normativo del acuerdo. Luego, se analizan los equivalentes jurisdiccionales, sus presupuestos y características con el fin de establecer si el acuerdo es uno de ellos. Posteriormente, se analiza exhaustivamente la cosa juzgada en cuanto a su concepto, fundamento, con especial énfasis en la triple identidad existente en el proceso civil. Para luego revisar de manera específica la naturaleza jurídica y regulación de la cosa juzgada en el procedimiento de libre competencia.

Finalmente, a partir de las nociones expuestas en los capítulos I y II, en la parte final de éste último se realiza una exposición de la discusión doctrinaria acerca de si el acuerdo extrajudicial produce o no cosa juzgada, junto con una apreciación de las distintas posturas, para luego entregar los argumentos que permitan justificar la tesis propuesta.

INTRODUCCIÓN

La cosa juzgada es una institución pública de Derecho Procesal, que consiste en el efecto que producen determinadas resoluciones judiciales en orden a “evitar un pronunciamiento sobre un asunto ya resuelto con anterioridad”¹, con el fin de impedir que se revisen constantemente las decisiones judiciales y así entregar certeza a las relaciones humanas, para alcanzar la seguridad jurídica y paz social.

En este sentido, los profesores ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC sostienen que “la razón que justifica la cosa juzgada es la necesidad social de establecer la seguridad jurídica: los pleitos deben tener un punto final para que las cosas no estén constantemente inciertas. Si después de terminado un pleito, los litigantes pudieran frustrar la sentencia por la promoción de otro juicio sobre el mismo asunto, las querellas humanas se eternizarían y los derechos nunca estarían seguros con el consiguiente daño para la colectividad”².

El efecto de cosa juzgada es producido por la sentencia definitiva e interlocutoria firme o ejecutoriada y también por los equivalentes jurisdiccionales, que son actos determinados por un interés ajeno al Estado, a los cuales se les reconoce, en ciertas condiciones, “idoneidad para alcanzar la misma finalidad a que tiende la jurisdicción”³.

¹ ROMERO SEGUEL, Alejandro. 2002. La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 7.

² ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. 1998. Tratado de Derecho Civil: Partes preliminar y general. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I. p. 136.

³ CARNELUTTI, Francesco. 1944. Sistema de derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Editorial UTEHA. V 1. p. 183.

Así, por ejemplo, se encuentran reconocidos como equivalentes jurisdiccionales por nuestra legislación en materia civil la transacción, el avenimiento, la mediación, la conciliación. Por otra parte en materia penal, se encuentran el sobreseimiento definitivo, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios. En el proceso de libre competencia, en tanto, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante también TDLC) ha reconocido a la conciliación el carácter de equivalente jurisdiccional⁴, sin embargo, no existe claridad en la doctrina con respecto a si ocurre lo mismo con los acuerdos extrajudiciales.

La libre competencia en los mercados es un bien jurídico tutelado por el Decreto Ley N° 211 de 1973, “que armoniza la multitud de libertades de competencia mercantil existentes en una sociedad civil por la vía de limitarlas para hacerlas operativas y así ordenarlas al bien común político”⁵.

Los atentados a este bien jurídico, como señala el artículo 1° del DL N° 211, “serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en la ley”. Una de las formas previstas en la ley para cautelar la libre competencia son los acuerdos extrajudiciales, que consisten en un medio autocompositivo bilateral de solución del conflicto jurídico, que se negocia y celebra en un documento escrito entre la Fiscalía Nacional Económica (en adelante también FNE) y uno o más agentes económicos fuera del proceso judicial, para establecer condiciones que permitan prevenir una consulta o un litigio antimonopólico.

⁴ Resolución de término 124-2014, de fecha 22 de julio de 2014, en autos caratulados “*Requerimiento de la FNE contra Claro Chile S.A.*”, Rol N° C 273-2014.

⁵ VALDÉS PRIETO, Domingo. 2006. Libre Competencia y monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p.189.

Los acuerdos extrajudiciales nacen a partir de la Ley 20.361, promulgada el 13 de julio de 2009, que introdujo una importante reforma al Decreto Ley N° 211 con la creación de la letra ñ) del artículo 39. Como aparece de manifiesto en la historia fidedigna, este precepto fue incorporado con el objeto de “desjudicializar algunos casos de competencia, es decir, permitir llegar a acuerdos extrajudiciales en términos similares a las soluciones alternativas a que puede llegar el Ministerio Público, contando siempre con la autorización del Tribunal”⁶ (TDLC).

Sin embargo, desde la resolución aprobatoria del primer acuerdo extrajudicial el 28 de enero de 2010, el TDLC ha incorporado la siguiente cláusula:

“Lo anterior no implica pronunciamiento alguno de este Tribunal sobre los hechos que motivaron dicho acuerdo, ni limita eventuales derechos de terceros en relación con los mismos”⁷.

Lo que ha planteado el problema acerca de si el acuerdo extrajudicial produce o no el efecto de cosa juzgada, al no impedir la promoción de un juicio sobre los hechos que lo fundaron.

Con respecto a esto, una parte de la doctrina sostiene que el acuerdo extrajudicial es un equivalente jurisdiccional que produce el efecto de cosa juzgada, de tal forma que “excluye una sentencia sobre el fondo o segundo

⁶ Historia de la Ley 20.361, Informe Comisión de Constitución. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 13 de Julio de 2009. p. 171.

⁷ Resolución de término de los autos caratulados “Acuerdo extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y Sociedad Concesionaria Aerotas S.A., Rol AE N° 01-10, 28 de enero de 2010.

procedimiento respecto de los mismos hechos”⁸. Esto en razón de que el proceso de libre competencia trata sobre hechos de interés público, por lo tanto una vez ejercitada la acción por un sujeto legitimado y recaída sentencia firme, ésta producirá sus efectos respecto de todas las personas, sea que hubiesen intervenido o no en el proceso.

Mientras que otra parte de la doctrina, postula que el acuerdo extrajudicial es un equivalente jurisdiccional que produce el efecto de cosa juzgada, pero que lo que se dota de estabilidad jurídica es el acuerdo mismo que presentan las partes al TDLC para su aprobación, y no los hechos que lo motivaron, ya que respecto de estos no entra a un análisis de fondo.

Con la pretensión de exponer las dos posturas, y aportar al debate acerca del efecto que producen los acuerdos extrajudiciales en materia de libre competencia en nuestro país, he estructurado la presente memoria en dos capítulos:

El primer capítulo, en su primera parte es esencialmente descriptivo, ya que se aboca al análisis del acuerdo extrajudicial en cuanto a su concepto, regulación, oportunidad para celebrarlo, materias sobre las cuales procede y la actividad del TDLC en pos de aprobarlo o rechazarlo una vez que éste ha sido suscrito, con la finalidad de conocer el medio de solución del conflicto jurídico objeto de estudio. Luego en la segunda parte, se realiza un análisis de los equivalentes jurisdiccionales, su clasificación, características y presupuestos, junto con la exposición de las características y presupuestos de los acuerdos extrajudiciales, con el objetivo de evaluar en la parte final de esta memoria su calidad de equivalente jurisdiccional.

⁸ ARANCIBIA, Jaime. 2013. Sobre el acuerdo extrajudicial de la Fiscalía Nacional Económica. Precedente, Cosa Juzgada y Equivalentes Jurisdiccionales en la Litigación Pública. Santiago, Editorial Legal Publishing. p. 491.

El segundo capítulo se inicia con un análisis exhaustivo de la cosa juzgada. Se realizarán precisiones terminológicas y conceptuales acerca de ésta institución de derecho procesal, para luego proceder a señalar su fundamento, resoluciones que la producen, características y otros aspectos, con especial énfasis en la excepción de cosa juzgada. Luego se analizará la triple identidad en el proceso civil, distinguiendo los límites subjetivos y objetivos con el objeto de destacar las similitudes que existen con la cosa juzgada en el procedimiento de libre competencia, cuando a continuación se realice un análisis de la naturaleza jurídica y regulación de ésta última. Y posteriormente se expondrá la discusión doctrinaria en cuanto a si el acuerdo extrajudicial produce o no efecto de cosa juzgada.

Finalmente, a partir de las reflexiones contenidas en los capítulos I y II, en la parte final del segundo capítulo se sostendrá que el acuerdo extrajudicial no produce efecto de cosa juzgada sobre los hechos de fondo, para luego realizar una comparación entre la regulación del acuerdo con la conciliación, y terminar afirmando que el acuerdo extrajudicial es un equivalente jurisdiccional que produce el efecto de cosa juzgada, el cual recae sobre el acuerdo extrajudicial en sí mismo.

CAPÍTULO I

LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES Y LA PREGUNTA EN CUANTO A SU CALIDAD DE EQUIVALENTE JURISDICCIONAL

1.1. Los acuerdos extrajudiciales.

1.1.1. Concepto.

Jaime ARANCIBIA define el acuerdo extrajudicial como “una potestad discrecional conferida por ley a la Fiscalía Nacional Económica para la defensa del interés general de la colectividad en la libre competencia”⁹. Sin embargo, este es más bien un concepto de tipo administrativo que nos habla de su finalidad pero no concretamente de lo que es.

El que sea un acuerdo, quiere decir que se trata de una convención que crea, modifica o extingue derechos y obligaciones; y es extrajudicial porque se negocia y celebra fuera del proceso judicial, no obstante que posteriormente requiera de la aprobación por parte del TDLC para surtir efectos. El profesor Domingo VALDÉS agrega que, “el carácter extrajudicial de estas convenciones implica que las mismas sean celebradas tanto al margen de un procedimiento contencioso como de uno no contencioso susceptible de ser ventilado ante el TDLC”¹⁰.

⁹ ARANCIBIA, Jaime. 2013. *Op.cit.* p. 480.

¹⁰ VALDÉS PRIETO, Domingo. 2010. Acuerdos Extrajudiciales Antimonopólicos y Principio de Eficiencia. *Revista de Derecho Público.* N° 73. p. 224.

Así entonces, es posible señalar que el acuerdo extrajudicial es una convención que se negocia y celebra en un acta o documento escrito entre la FNE y uno o más agentes económicos fuera del proceso judicial, para establecer condiciones que contribuyan a cautelar la libre competencia en los mercados, con el objeto de prevenir una consulta o un litigio antimonopólico.

1.1.2. Regulación.

El acuerdo extrajudicial se encuentra regulado en el artículo 39 letra ñ) del DL N° 211, como una de las atribuciones del Fiscal Nacional Económico para “suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados”.

Este medio de solución del conflicto jurídico fue introducido en el DL N° 211 por la Ley N° 20.361 del año 2009 con el objeto de, en primer lugar, desjudicializar algunos casos de competencia, al permitir que la FNE suscriba acuerdos con agentes económicos en forma similar a las atribuciones que posee el Ministerio Público para arribar a salidas alternativas, como son la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios. Y en segundo lugar, con el fin de “intervenir preventivamente, de modo de evitar requerir una vez que el daño de la libre competencia ha ocurrido”¹¹. Esto es, por ejemplo, en el caso de una fusión, en que la FNE puede celebrar un acuerdo extrajudicial para establecer condiciones con el objeto de que sea compatible con el bien jurídico de la libre competencia¹².

¹¹ Historia de la Ley 20.361. Informe Comisión de Constitución. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 13 de Julio de 2009. p. 213.

¹² El procedimiento especial de análisis de las operaciones de concentración horizontal iniciado por la FNE, cuando las partes involucradas le comunican su intención de concentrarse, podrá concluir con la

1.1.3. Oportunidad para celebrarlo.

Los acuerdos extrajudiciales tienen por objeto prevenir una consulta o un proceso contencioso, lo cual se desprende del artículo 39 letra ñ) del DL N° 211, que establece que debe celebrarse “con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones”. De tal manera, que la oportunidad en que la FNE puede suscribir el acuerdo es mientras su investigación se encuentra en curso, y en tanto aún no se haya dado inicio a un procedimiento consultivo o un proceso contencioso ante el TDLC.

En relación a esto, ARANCIBIA plantea la ausencia de límites temporales con respecto a la procedencia del acuerdo y que, por ende, “la FNE podría celebrarlo antes o durante el procedimiento seguido ante el TDLC, mientras no exista sentencia ejecutoriada”¹³. Sin embargo, consideramos que esta apreciación no tiene asidero, pues el artículo 39 letra ñ) del DL N° 211 es bastante claro en señalar que la FNE tiene la atribución de suscribir acuerdos extrajudiciales exclusivamente con los agentes económicos que se encuentren en ese momento involucrados en sus investigaciones, y si la investigación aún no se ha cerrado, entonces malamente podría haberse iniciado un procedimiento consultivo o contencioso ante el TDLC.

Ahora bien, en el caso de que un procedimiento contencioso no sea iniciado por requerimiento del Fiscal Nacional Económico, sino que por demanda de un particular ante el TDLC, consideramos que no procedería que la FNE suscribiera acuerdos extrajudiciales con los demandados por las

suscripción de un acuerdo extrajudicial entre dicha institución y las partes, cuando entre ambas exista conformidad acerca del riesgo que la operación pueda causar a las disposiciones del DL N° 211 y también de las medidas que se puedan adoptar para cautelar la libre competencia en los mercados. Con el término del procedimiento, culminará también la investigación llevada a cabo por la FNE. FISCALIA NACIONAL ECONOMICA. 2012. Guía para el análisis de las operaciones de concentración. [En línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>

¹³ ARANCIBIA, Jaime. *Op.cit.* p. 483.

siguientes razones: En primer lugar, porque los acuerdos tienen por objeto prevenir un litigio antimonopólico, y no tienen razón de ser una vez que se ha iniciado un proceso ante el TDLC; y en segundo lugar, porque, a pesar de que el inciso segundo del artículo 20 del DL N° 211 establece que la demanda presentada por un particular deba “ser puesta en inmediato conocimiento de la Fiscalía”, no se contempla un plazo para que la FNE instruya una investigación para comprobar la infracción a la libre competencia, y de esta forma pueda proponer condiciones para evitar que el litigio continúe.

1.1.4. Materias.

El artículo 39 letra ñ) del DL N° 211 no limita la procedencia de los acuerdos extrajudiciales a determinados casos, a diferencia del Código Procesal Penal que, por ejemplo, respecto de los acuerdos reparatorios limita su procedencia “a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos”¹⁴.

Así las cosas, se podría señalar en términos simples que el acuerdo extrajudicial puede referirse a “casos que hubieran podido acabar siendo conocidos por el TDLC, y que, en virtud de estas convenciones, no llegan a ser objeto de la actividad que este tribunal especializado podría desplegar a través de un procedimiento consultivo o de un proceso contencioso”¹⁵.

¹⁴ Artículo 241, inciso segundo, Código Procesal Penal.

¹⁵ VALDÉS PRIETO, Domingo. 2010. Acuerdos Extrajudiciales Antimonopólicos y Principio de Eficiencia. *Op.cit.* p. 224.

Sin embargo se requiere precisar, como Domingo VALDÉS observa¹⁶, que los objetos de los acuerdos extrajudiciales deben cumplir con dos exigencias realizadas por el DL N° 211 para que puedan ser aprobados, estas son, que traten sobre materias judiciales y que cautelen la libre competencia en los mercados.

1.1.5. Actividad del TDLC.

Luego de celebrado el acuerdo extrajudicial por la FNE con uno o más agentes económicos, debe ser presentado al TDLC para su aprobación o rechazo, el cual principia su actividad recién en ese momento, al carecer de atribuciones para iniciar de oficio un acuerdo o proponer bases de arreglo a las partes para su suscripción. Como advierte el profesor VALDÉS, “esta situación deriva de la reforma introducida por la Ley 19.911 al Decreto Ley N° 211, según el cual el TDLC quedó privado de atribuciones para iniciar procedimientos de oficio”¹⁷.

Para tal efecto, debe seguir el procedimiento establecido en el artículo 39, letra ñ), inciso segundo del DL N° 211, que establece que “el Tribunal tomará conocimiento del acuerdo en una sola audiencia, sin forma de juicio, convocada especialmente al efecto, dentro del quinto día hábil de recibidos los antecedentes, durante la cual podrá escuchar alegatos de las partes comparecientes al acuerdo”. De tal manera que el TDLC tiene la facultad y no la obligación de escuchar los alegatos de las partes celebrantes del acuerdo, cuando así lo considere necesario, para tomar un mayor conocimiento de los planteamientos de ambas partes.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 227.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 229.

No obstante, como es posible advertir, dicha normativa reduce los alegatos sólo a la FNE y a él o los agentes económicos participantes del acuerdo extrajudicial, excluyendo de esta forma a terceros, lo que para ARANCIBIA “indica un error procesal del legislador, pues olvida que se trata de hechos de interés público cuyo juzgamiento - sea por vía de sentencia o de equivalente jurisdiccional - exige oír a todas las partes del proceso. En efecto, estamos en presencia de un litisconsorcio de acciones acusatorias sobre los mismos hechos, en que la cuestión litigiosa es única para todas las partes y, por tanto, la resolución judicial que le pone fin afectará a todas ellas. De ahí que sea necesaria su comparecencia”¹⁸.

Sin embargo, esta crítica realizada por ARANCIBIA no nos parece acertada, ya que los terceros adquieren la calidad de litisconsortes en la medida que previamente comparezcan a ejercer los derechos que les competen, entablado una acción, y de este modo se conforme el litisconsorcio activo con todos los demandantes. De tal manera, que no resulta un buen argumento para sostener que los terceros deben participar de los alegatos.

Durante la etapa previa, los terceros pueden aportar a la FNE antecedentes durante su investigación y también presentar escritos al TDLC, pero en vista de lo anterior no podrían formular alegatos en la audiencia que se celebre ante el Tribunal.

Por su parte, el profesor Raúl TAVOLARI considera que si el TDLC posee atribuciones para recabar, de oficio o a petición de parte, antecedentes (entre ellos dichos o expresiones orales) que estime necesarios, el DL N° 211 “autoriza, sin duda alguna, para que él admita la intervención de terceros en la

¹⁸ ARANCIBIA, Jaime. *Op.cit.* p. 488.

audiencia prevista en la letra ñ) del artículo 39, si estima que se le otorgará información relevante para emitir su pronunciamiento y cumplir la función que le confía el artículo 2º¹⁹ del DL 211”²⁰.

Estando de acuerdo con la opinión anterior, cabe agregar que la normativa de libre competencia protege un bien jurídico público y no intereses particulares, por lo que la forma de entregarle una mayor protección es permitiendo que participen del procedimiento ante el TDLC tanto las partes celebrantes del acuerdo como los terceros interesados, para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes, y así el Tribunal cuente con una mayor cantidad de antecedentes al momento de tomar su decisión.

Con posterioridad a la realización de la audiencia, “el tribunal deberá aprobar o rechazar el acuerdo en un plazo máximo de quince días hábiles, contados desde la fecha de la audiencia”²¹. ARANCIBIA considera que esta parte del inciso segundo del artículo 39, letra ñ) del DL N° 211, se debe complementar con la disposición sobre la conciliación judicial contenida en el artículo 22 del DL N° 211, que establece que “el Tribunal se pronunciará sobre ella dándole su aprobación, siempre que no atente contra la libre competencia”. Lo que a nuestro parecer no sería necesario, ya que el artículo 39, letra ñ) en su inciso primero señala que el Fiscal Nacional Económico tiene la potestad para suscribir acuerdos extrajudiciales “con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados”, de tal modo que siendo esa la finalidad por la cual los acuerdos fueron concebidos por el legislador, resultaría

¹⁹ “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”.

²⁰ TAVOLARI, Raúl. 2011. Informe en Derecho, agregado a fojas 157 de los autos caratulados “Acuerdo Extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y Lan Airlines S.A.”, Rol AE 03-11, seguidos ante el TDLC. p. 11.

²¹ Artículo 39, letra ñ), inciso segundo, DL N° 211.

reiterativo añadir en el segundo inciso que el TDLC los deberá aprobar siempre y cuando no atenten contra este bien jurídico.

En consecuencia, el TDLC dictará una resolución aprobatoria cuando el acuerdo presentado sea el medio que “permita restaurar de modo eficaz, eficiente y oportuno el bien jurídico lesionado del modo menos lesivo posible según las circunstancias”²². Y denegará el acuerdo cuando sea injusta para la satisfacción del interés público por su menor eficacia, eficiencia y oportunidad.

Es preciso advertir que esta actividad de control realizada por el TDLC no priva al acuerdo extrajudicial de su carácter convencional, y se encuentra plenamente justificada porque trata una materia de orden público²³, tal como ocurre con la transacción sobre alimentos futuros respecto de la cual el Código Civil establece expresamente que “no valdrá sin aprobación judicial”²⁴.

Junto con esto, cabe señalar que la naturaleza de este procedimiento llevado a cabo por el TDLC, con el objeto de verificar si lo señalado en el acuerdo extrajudicial contribuye o no a la tutela de la libre competencia, no es de naturaleza contenciosa, por lo que no se trata de un proceso contradictorio, sino que es de orden no contencioso, ya que se trata de una actividad controladora que no pertenece al orden jurisdiccional. Así lo establece el profesor Domingo VALDÉS cuando señala que “la naturaleza de esta actividad controladora es de orden no contencioso. La actividad de control que ha de efectuar el TDLC reviste un carácter específico y concreto y resulta necesaria

²² ARANCIBIA, Jaime. *Op.cit.* p. 481.

²³ VALDÉS PRIETO, Domingo. 2010. *Acuerdos Extrajudiciales Antimonopólicos y Principio de Eficiencia. Op.cit.* p. 230.

²⁴ Artículo 2451, Código Civil: “La transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deban por ley, no valdrá sin aprobación judicial; ni podrá el juez aprobarla, si en ella se contraviene a lo dispuesto en los artículos 334 y 335”.

para que un acuerdo extrajudicial surta toda su eficacia y, por ello, debemos calificar este acuerdo extrajudicial como solemne”²⁵.

Finalmente, en el caso de que el TDLC apruebe el acuerdo extrajudicial, la FNE debe cerrar su investigación respecto de él o los agentes económicos que suscribieron el acuerdo, y en el caso de que lo rechace, las partes podrán rectificarlo y presentarlo nuevamente o, en el caso que no lo deseen, la FNE podrá continuar investigando.

1.2. Los equivalentes jurisdiccionales.

1.2.1. Noción de los equivalentes jurisdiccionales.

El concepto de “equivalentes jurisdiccionales” se debe a Francesco CARNELUTTI, quien en su obra *Sistema de Derecho Procesal Civil* lo introdujo para denominar a aquellos actos determinados por un interés ajeno al Estado, a los cuales se les reconoce, en ciertas condiciones, “idoneidad para alcanzar la misma finalidad a que tiende la jurisdicción”²⁶. Esta noción la obtuvo producto de la observación del ordenamiento jurídico italiano que acogía medios que permitían alcanzar la misma finalidad característica del proceso judicial, esto es, la legítima composición de los conflictos jurídicos con efecto de cosa juzgada.

El profesor Juan COLOMBO CAMPBELL complementa esta definición, sosteniendo en su obra *Los Actos Procesales* que los equivalentes

²⁵ VALDÉS PRIETO, Domingo. 2010. Acuerdos Extrajudiciales Antimonopólicos y Principio de Eficiencia. *Op.cit.* p. 230.

²⁶ CARNELUTTI, Francesco. 1944. Sistema de derecho Procesal Civil. *Op.cit.* p. 183.

jurisdiccionales son “medios autorizados por el sistema procesal para la solución de ciertos conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada”²⁷.

Los equivalentes jurisdiccionales también reciben la denominación de métodos alternativos de solución de controversias, término que es utilizado por el profesor Raúl NÚÑEZ, quien los define como “aquellos cauces no jurisdiccionales, pero con connotaciones que no asumen los criterios y principios generales del poder judicial para la solución de las controversias jurídicas; cauces que se asientan fundamentalmente en dos notas: la autonomía de la voluntad y la economía”²⁸.

Los equivalentes no implican ejercicio de jurisdicción porque, como señala CARNELUTTI, mediante ellos “no actúa el interés público en cuanto a la composición de los conflictos”²⁹. Así entonces, los equivalentes jurisdiccionales reciben este nombre porque tienen la particularidad de ser actos procesales que sustituyen legítimamente el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales, como forma natural de solución del conflicto jurídico, al producir el efecto de cosa juzgada que es propio y exclusivo de las resoluciones judiciales cuando están firmes o ejecutoriadas. De modo tal, que el proceso no es el único medio para la solución de conflictos.

²⁷ COLOMBO CAMPBELL, Juan. 1997. Los Actos Procesales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. V 2. p. 378.

²⁸ NÚÑEZ OJEDA, Raúl. 2009. Negociación, mediación y conciliación: como métodos alternativos de solución de controversias. [En línea] <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/05/Informe-Metodos-Alternativos.pdf> p. 8.

²⁹ CARNELUTTI, Francesco. 1944. Sistema de derecho Procesal Civil. *Op.cit.* p. 183.

1.2.2. Clasificación de los equivalentes jurisdiccionales.

- A. Equivalentes jurisdiccionales que se realizan en el proceso y extraprocesales.

Los equivalentes pueden tener origen tanto antes de que se inicie el proceso contencioso como una vez que éste ya ha comenzado, con efectos equivalentes a los que produce una sentencia emanada de un órgano jurisdiccional. Dentro de los primeros se encuentran el avenimiento, la transacción y la renuncia, y entre los segundos figuran la conciliación y el desistimiento.

- B. Equivalentes jurisdiccionales unilaterales y autocompositivos o bilaterales.

El equivalente unilateral es aquel en que se requiere la voluntad de una de las partes del conflicto o proceso, y eventualmente la del juez que lo apruebe. Por su parte, el equivalente bilateral requiere necesariamente de todos los sujetos involucrados en él. Ejemplos del primer caso son la renuncia y el reconocimiento, y del segundo la transacción, la conciliación y el avenimiento.

Así las cosas, por el momento es posible concluir que el acuerdo extrajudicial es un equivalente jurisdiccional en que participan las partes y también el juez, ya que se requiere de la participación de éste para que otorgue su aprobación. También es un equivalente extraprocesal, ya que tal como lo indica su nombre, las partes celebran el acuerdo durante la etapa de investigación llevada a cabo por la FNE, y finalmente es un equivalente bilateral, ya que requiere de la voluntad de todos los sujetos involucrados.

A continuación se realizará un análisis de los principales equivalentes jurisdiccionales reconocidos como tales por la legislación chilena, para comenzar a distinguir las semejanzas y diferencias entre estos y los acuerdos extrajudiciales.

1.2.3. Transacción.

“La transacción es un mecanismo autocompositivo de solución de conflictos que versan sobre derechos disponibles, en virtud del cual las partes, mediante concesiones recíprocas, le ponen término con efecto de cosa juzgada”³⁰. CARNELUTTI, por su parte, define la transacción como “un contrato bilateral mediante el que cada uno de los contratantes dispone de la propia situación jurídica”³¹. Y es precisamente como un contrato que se encuentra regulado por nuestro Código Civil en el artículo 2446: “La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”. No obstante ello, COLOMBO advierte que la transacción es en esencia “una convención procesal que produce los mismos efectos que una sentencia ejecutoriada, esto es la cosa juzgada”³².

El que la transacción sea un contrato bilateral deriva del hecho de que los intereses de las partes se hallan en disputa, de tal forma que la existencia de un conflicto sobre intereses de relevancia jurídica constituye un presupuesto de existencia, y que de no mediar este instrumento procesal, este debería ser resuelto por medio del proceso. Juan COLOMBO sostiene que “si

³⁰ COLOMBO CAMPBELL, Juan. 1997. Los Actos Procesales. *Op.cit.* p. 394.

³¹ CARNELUTTI, Francesco. 1944. Sistema de derecho Procesal Civil. *Op.cit.* p. 199.

³² COLOMBO CAMPBELL, Juan. 1997. Los Actos Procesales. *Op.cit.* p. 383.

no hay conflicto no puede existir transacción, ya que lo que se transige es precisamente el conflicto existente entre las partes”³³.

La transacción tiene como finalidad componer un litigio pendiente o precaver un litigio eventual. No obstante, el uso de la expresión “litigio” en el último caso ha sido, paradójicamente, cuestión de debate, ya que parte de la doctrina ha entendido que si hay un litigio que puede surgir, entonces aún no existe un conflicto entre las partes que decidir.

Al analizar el inciso primero del artículo 2446 del Código Civil es posible concluir que en el segundo caso utiliza la palabra “litigio” como sinónimo de proceso, puesto que la transacción es un método autocompositivo de solución de controversias, y por ende requiere de la presencia de un conflicto para existir procesalmente, de tal manera que lo que se precave es el proceso.

Además se puede señalar como argumento para reforzar lo sostenido, que el inciso segundo del artículo 2446 del Código Civil establece que “no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”. El Diccionario de la Real Academia Española define disputa como “acción y efecto de disputar”, y a su vez la expresión disputar la define como “discutir con calor y vehemencia. U. t. c. intr. Disputar de, sobre, acerca de una cuestión”. De tal manera que no es posible que una persona discuta con otra sobre una cuestión respecto de la cual no existen puntos controvertidos.

Es por ello, que el profesor COLOMBO considera que dicho precepto debería estipular lo siguiente: “la transacción es un contrato en que las partes

³³ *Ibíd.*, p. 384.

ponen término extrajudicialmente a un conflicto sometido a proceso o lo resuelven antes de que se haya iniciado, con el objeto de evitar o prevenirlo”³⁴.

Un segundo elemento o presupuesto procesal de la transacción es la existencia de un derecho dudoso o, en palabras de CARNELUTTI, de una “pretensión discutida”³⁵. Para determinar la calidad de dudoso que pueda tener el derecho, Darío BENAVENTE considera que no es la justicia la llamada a resolverlo, sino que se debe atender a la consideración de las partes interesadas, y así entonces mientras en concepto de las partes el derecho sea dudoso y produzca o pueda producir efectos legales, la transacción será válida.

Finalmente, el tercer y último requisito de existencia de la transacción lo constituyen las concesiones recíprocas, que consisten en las “renuncias parciales que ambas partes hacen de sus aspiraciones procesales”³⁶. En otras palabras, en este equivalente jurisdiccional es fundamental que las partes cedan en sus posiciones frente al conflicto. De este modo, cada una de las partes da o promete y también retiene algo en atención a que se produce un reconocimiento de la posición ajena y, a su vez, un reconocimiento de la pretensión propia (*aliquid deta liquid retineat*). Aquello que se da (*aliquid datum*), CARNELUTTI sostiene que representa “la prima que cada una de las partes paga por ponerse a cubierto contra el riesgo de la composición procesal del litigio”³⁷.

³⁴ *Ibíd.*, p. 385.

³⁵ CARNELUTTI, Francesco.1944. Sistema de derecho Procesal Civil. *Op.cit.* p. 200.

³⁶ COLOMBO CAMPBELL, Juan. 1997. Los Actos Procesales. *Op.cit.* p. 390.

³⁷ CARNELUTTI, Francesco.1944. Sistema de derecho Procesal Civil. *Op.cit.* p. 200.

1.2.3.1. El efecto de cosa juzgada de la transacción.

La diferencia entre los contratos comunes y la transacción radica fundamentalmente en que esta última produce el efecto de autoridad de cosa juzgada, de tal manera que lo decidido no puede ser revisado judicialmente.

En los contratos comunes todos los conflictos que surjan producto de su interpretación, aplicación o terminación podrán ser resueltos mediante una sentencia a través de un proceso, ya que el contrato es sólo una forma de instrumentalizar el acuerdo de las partes para poner fin al conflicto. En cambio, la transacción es en sí misma una forma de solución del conflicto jurídico que se encuentra autorizado por ley, por lo tanto ningún tribunal podrá posteriormente revisarla.

1.2.4. Conciliación.

El profesor COLOMBO define la conciliación como “un acto jurídico procesal bilateral en virtud del cual las partes, a iniciativa del juez que conoce de un proceso, logran durante su desarrollo ponerle fin por mutuo acuerdo”³⁸. Es un equivalente jurisdiccional que se encuentra reglamentado en el Título II del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, que requiere de la existencia de un proceso y de la actividad del juez, quien, como señala Gonzalo ARMIENTA, “únicamente propone y las partes disponen”³⁹.

A diferencia de la transacción que es siempre extrajudicial, la conciliación es siempre judicial y el juez tiene una activa participación en

³⁸ COLOMBO CAMPBELL, Juan. 1997. Los Actos Procesales. *Op.cit.* p. 404.

³⁹ ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo. 2003. Teoría General del Proceso: Principios, instituciones y categorías procesales. México, Editorial Porrúa. p. 97.

busca de que las partes lleguen a una solución del conflicto. El juez, tal como señala el artículo 263 del Código de Procedimiento Civil, obrará como amigable componedor y tratará de un obtener un acuerdo total o parcial del litigio.

El profesor Juan COLOMBO advierte que sólo pueden autocomponer las partes mediante este equivalente jurisdiccional sobre aquellas pretensiones y contrapretensiones debatidas en el proceso, y en el caso que quisieran solucionar pretensiones no discutidas deberían recurrir a la transacción que no tiene límites en cuanto a esto⁴⁰.

El llamado a conciliación es, por regla general, obligatorio en todo juicio civil en que es admisible la transacción, con excepción de los juicios o procedimiento especiales de que tratan los Títulos I, II, III, V y XVI del Libro III del Código Civil. De esta forma, “una vez agotados los trámites de discusión y siempre que no se trate de los casos mencionados en el artículo 313⁴¹, el juez llamará a las partes a conciliación y les propondrá personalmente bases de arreglo”⁴².

El inciso tercero del artículo 262 del CPC contempla también la posibilidad de que el juez llame de oficio a las partes a conciliación en cualquier estado de la causa, una vez evacuado el trámite de contestación de la demanda. Cabe señalar que ésta es una de las escasas disposiciones de nuestro procedimiento civil en que tiene aplicación el principio de oficialidad o inquisitivo, y tiene como fundamento entregar al juez la facultad de impulsar y

⁴⁰ COLOMBO CAMPBELL, Juan. 1997. Los Actos Procesales. *Op.cit.* p. 407.

⁴¹ “Si el demandado acepta llanamente las peticiones del demandante, o si en sus escritos no contradice en materia sustancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio, el tribunal mandará citar a las partes para oír sentencia definitiva, una vez evacuado el traslado de la réplica. Igual citación se dispondrá cuando las partes pidan que se falle el pelito sin más trámite”.

⁴² Artículo 262, inciso primero, Código de Procedimiento Civil.

agilizar, por esta vía, la composición del conflicto cuando en su juicio hubiere mérito para ello.

Las partes pueden conciliar de manera total o parcial o, en definitiva, no hacerlo, pero en ambos casos, se deja constancia en un acta que produce la misma eficacia que la sentencia firme, esto es, el efecto de cosa juzgada⁴³.

1.2.5. Avenimiento.

El profesor COLOMBO lo define como “el acuerdo que logran directamente las partes de un proceso, en virtud del cual ponen término a su conflicto pendiente de resolución judicial, expresándose así al tribunal que está conociendo de la causa”⁴⁴. Sin embargo, cabe advertir que en nuestro sistema procesal también se emplea este vocablo para referirse al acuerdo conciliatorio, y este problema se presenta a causa de que el avenimiento no se encuentra reglamentado por la ley procesal como equivalente jurisdiccional.

Una de las normas que lo sustenta es el artículo 434 N° 3 del Código de Procedimiento Civil que otorga mérito ejecutivo al “acta de avenimiento pasada ante tribunal competente y autorizada por un ministro de fe o por dos testigos de actuación”. De esta forma, el legislador asimila esta acta a la sentencia y le otorga acción de cosa juzgada. También se encuentra contenido en el artículo 711 del CPC, a propósito de los juicios de mínima cuantía, el cual establece en sus incisos cuarto y final que “el avenimiento pondrá fin al juicio y tendrá la

⁴³ Artículo 267, Código de Procedimiento Civil: De la conciliación total o parcial se levantará un acta, que consignará sólo las especificaciones del arreglo; la cual suscribirán el juez, las partes que lo deseen y el secretario, y se estimará como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales.

⁴⁴ COLOMBO CAMPBELL, Juan. 1997. Los Actos Procesales. *Op.cit.* p. 409.

autoridad de cosa juzgada. Si no se produce el avenimiento, el tribunal se limitará a dejar constancia de este hecho”.

En base a lo que prescriben ambos artículos mencionados, es que la jurisprudencia le ha otorgado al avenimiento la calidad de equivalente jurisdiccional, “puesto que sirve para poner término al proceso con efecto de cosa juzgada y es un mecanismo autocompositivo, porque requiere de la concurrencia de la voluntad de ambas partes del proceso”⁴⁵.

El avenimiento se diferencia de la transacción de dos maneras, en primer lugar porque el juez del proceso debe pronunciarse sobre el contenido del avenimiento para aprobarlo o rechazarlo, mientras que la transacción no requiere de la intervención del juez para que controle la legalidad del acuerdo; y en segundo lugar porque el avenimiento no se encuentra reglamentado por ley como mecanismo autocompositivo, mientras que la transacción sí.

1.3. Presupuestos de los equivalentes jurisdiccionales.

Son presupuestos para la existencia de los equivalentes jurisdiccionales los siguientes:

A. Existencia de un conflicto de relevancia jurídica que verse sobre derechos disponibles: En relación a esto Juan COLOMBO señala que, “si el (derecho) comprometido en el conflicto no tiene tal carácter, las partes deben recurrir necesariamente al proceso, siendo ineficaces los equivalentes”⁴⁶. Es

⁴⁵ Ibíd., p. 411.

⁴⁶ Ibíd., p. 380.

decir, el acuerdo extrajudicial requiere la existencia de un conflicto sobre derechos que no tengan el carácter de irrenunciables.

B. Existencia de “una declaración de voluntad de los sujetos en conflicto tendiente a ponerle fin”⁴⁷: Para ello es necesario que las partes cedan en sus posiciones.

C. La autorización expresa del sistema procesal a la solución o término del conflicto por medio de los equivalentes jurisdiccionales: El profesor Juan COLOMBO sostiene que para determinar la procedencia del medio “la ley distingue claramente entre conflictos de intereses de relevancia jurídica que versen sobre derechos disponibles por las partes y entre aquellos que involucren el orden público o un derecho público comprometido”⁴⁸. Señala que solamente los primeros pueden solucionarse a través de los equivalentes jurisdiccionales, y en consecuencia los demás deberán resolverse mediante el proceso jurisdiccional.

De tal manera, que la admisión de los equivalentes jurisdiccionales por nuestro sistema jurídico, no implica que todos los conflictos de relevancia jurídica sean susceptibles de ser resueltos por ellos, ya que sólo pueden utilizarse en los casos expresamente autorizados por la normativa procesal, y que son aquellos que versen sobre derechos disponibles por las partes.

Así por ejemplo, los casos en que se discutan derechos fundamentales como el derecho a la vida o el derecho a la libertad necesariamente deberán emplear el proceso jurisdiccional como forma de solución, pero aquellos conflictos que tengan un contenido patrimonial como es el caso de una

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 378.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 378.

compensación económica, podrán solucionarse por medio de los equivalentes jurisdiccionales.

1.4. Características de los equivalentes jurisdiccionales.

Los equivalentes jurisdiccionales pueden adquirir diversas formas, sin embargo del propio concepto antes formulado, surgen las siguientes características que necesariamente deben presentar para ser medios lícitos en la resolución de un conflicto jurídico:

(1) Son actos jurídicos procesales.

(2) El acto jurídico procesal puede ser unilateral o bilateral: La transacción, el avenimiento, la conciliación y el acuerdo extrajudicial son por naturaleza bilaterales. Mientras que el desistimiento y la renuncia son unilaterales.

(3) Producen la acción y excepción de cosa juzgada: La acción de cosa juzgada se encuentra regulada en el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil, y es definida por la doctrina como “el efecto en virtud del cual aquel que ha obtenido en el pleito puede solicitar el cumplimiento de la sentencia por los procedimientos que la ley señala. Está ligada a la facultad de imperio o facultad de hacer cumplir lo juzgado a que se refiere el artículo 1° del Código Orgánico de Tribunales”⁴⁹. Por su parte, la excepción de cosa juzgada se encuentra contenida en el artículo 177 del CPC y el profesor

⁴⁹ COLOMBO CAMPBELL, Juan. 1980. La Jurisdicción, el Acto Jurídico Procesal y la Cosa Juzgada en el Derecho Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 128.

COLOMBO la define como “la facultad que tienen aquellos a quienes aprovecha el fallo, para impedir que la cuestión resuelta pueda ser objeto de un nuevo proceso”⁵⁰.

Así, en términos simples, la primera es aquella que permite exigir el cumplimiento de lo resuelto y la segunda es la que impide volver a discutir el asunto que fue objeto del fallo anterior. El equivalente autocompositivo autorizado por ley, se asimila a la sentencia produciendo sus mismos efectos, entre ellos, el de cosa juzgada que impide que el asunto pueda ser revisado jurídicamente.

(4) La ley señala expresamente los mecanismos procesales mediante los cuales pueden impugnarse.

(5) Su regulación se encuentra radicada en el derecho procesal, porque son actos que reemplazan la voluntad de la jurisdicción generando el efecto de cosa juzgada.

1.5. Presupuestos de los acuerdos extrajudiciales.

Para que exista un acuerdo extrajudicial deben concurrir los siguientes presupuestos procesales:

A. La existencia de un conflicto de relevancia jurídica: Para comprender este elemento, es necesario señalar que los conflictos de intereses pueden ser de carácter interno y externo. El primero es aquel que se

⁵⁰ Ibíd., p. 129.

produce cuando el sujeto debe ponderar alternativas con el objetivo de satisfacer sus ilimitadas necesidades, el cual es resuelto por el propio sujeto mediante el sacrificio del interés menor en beneficio del interés mayor. Mientras que el segundo, es el que se genera por la existencia de intereses discrepantes de dos o más personas, que se manifiestan mediante una acción u omisión que produce un cambio en el mundo externo. Este último a su vez puede tener o no relevancia jurídica. El conflicto no tendrá relevancia jurídica cuando no exista la violación de un derecho, y la tendrá cuando se produzca el quebrantamiento del ordenamiento jurídico.

El conflicto de intereses de relevancia jurídica debe ser solucionado para mantener la paz social y ha sido definido por la doctrina como “conflicto intersubjetivo de intereses, jurídicamente trascendente, reglado por el derecho objetivo, y caracterizado por la existencia de una pretensión resistida”⁵¹

Así las cosas, el acuerdo extrajudicial tiene por objeto resolver un conflicto jurídico entre la FNE y uno o más agentes económicos involucrados en una investigación llevada a cabo por la primera institución. En este mismo sentido, Jaime ARANCIBIA MATTAR señala que “todo acuerdo extrajudicial que celebra el Fiscal supone, necesariamente, la existencia de una controversia jurídica previa, de un conflicto respecto de la justicia o legalidad de la operación, entre la Fiscalía y el agente económico”⁵².

En desavenencia con lo anterior, Rodrigo MATUS considera que no hay conflicto promovido entre las partes sobre el cual el TDLC deba pronunciarse, ya que éstas “actúan concertadas y ambas quieren lo mismo, a saber, la

⁵¹ HOYOS HENRECHSON, Francisco. 2001. *Temas Fundamentales de Derecho Procesal*. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda. p. 177.

⁵² ARANCIBIA, Jaime. *Op.cit.* p. 485.

aprobación del acuerdo que se presenta⁵³ al Tribunal. Sin embargo, consideramos que MATUS se equivoca, ya que es precisamente producto de la existencia de un conflicto jurídico que el o los agentes económico que se hallan involucrados en una investigación “prefieren anticiparse a las resultas de una eventual consulta o de un eventual requerimiento ante el TDLC”⁵⁴ y celebrar un acuerdo extrajudicial con la FNE.

Si analizamos la transacción, que como hemos visto es un equivalente jurisdiccional de derecho procesal al igual que el acuerdo extrajudicial, podemos apreciar que las partes precaven un litigio eventual mediante un contrato, por lo que en ambos casos es necesario la existencia de un conflicto jurídico. Es así como el profesor Juan COLOMBO señala que “constituye presupuesto connatural de la transacción, la existencia de un conflicto de intereses de relevancia jurídica, que de no mediar este mecanismo extraprocesal, debería resolverse por medio del proceso. Si no hay conflicto no puede existir transacción, ya que lo que se transige es precisamente el conflicto existente entre las partes”⁵⁵.

B. Existencia de una declaración de voluntad de los sujetos tendiente a ponerle fin al conflicto: El acuerdo extrajudicial se manifiesta en un acto procesal bilateral, ya que requiere la expresión de voluntad de la FNE con la de el o los agentes económicos involucrados en la investigación, y además es imprescindible la voluntad del TDLC, quien es llamado a ponderar su eficacia.

⁵³ MATUS, Rodrigo. Análisis cláusula “sin que lo anterior implique pronunciamiento alguno de este Tribunal sobre los hechos que motivaron dicho acuerdo, ni limitación a eventuales derechos de terceros en relación a los mismos”. Inédito. p. 3.

⁵⁴ VALDÉS PRIETO, Domingo. 2010. Acuerdos Extrajudiciales Antimonopólicos y Principio de Eficiencia. *Op.cit.* p. 224.

⁵⁵ COLOMBO CAMPBELL, Juan. 1997. Los Actos Procesales. *Op.cit.* p. 384.

El acuerdo extrajudicial es un contrato bilateral, en donde cada una de las partes da o promete, y a su vez, exige algo. De tal forma, que en el acuerdo no basta con que el agente económico se limite a ceder en favor de la pretensión de la FNE al reconocer su actuar alejado de las normas y principios de la libre competencia, sino que además se requiere que la FNE, a cambio, se comprometa a poner término a la investigación, y en consecuencia, a no entablar una consulta o requerimiento antimonopólico en su contra ante el TDLC. Con respecto a esto, y en símil con la transacción, el profesor COLOMBO señala que los límites de dicho equivalente “son justamente la renuncia a la pretensión propia y el reconocimiento de la pretensión ajena”⁵⁶.

C. Autorización expresa del sistema de libre competencia al medio como forma de solución del conflicto: De la propia redacción del artículo 39 letra ñ) del DL N° 211 es posible extraer que el legislador le entregó a la FNE la potestad de celebrar estos acuerdos con el o los agentes económicos involucrados en su investigación que, a su juicio, se encontraran restringiendo la libre competencia, con el objetivo de desjudicializar casos que “hubieran podido acabar siendo conocidos por el TDLC, y que en virtud de estas convenciones, no llegan a ser objeto de la actividad”⁵⁷ de este tribunal especializado.

Esto también queda de manifiesto en la historia fidedigna de la incorporación de dicha facultad, cuando los representantes del Ejecutivo señalaron que los acuerdos extrajudiciales tenían por objetivo “desjudicializar algunos casos de competencia, es decir, permitir llegar a acuerdos extrajudiciales en términos similares a las soluciones alternativas a que puede

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 384.

⁵⁷ VALDÉS PRIETO, Domingo. 2010. Acuerdos Extrajudiciales Antimonopólicos y Principio de Eficiencia. *Op.cit.* p. 224.

llegar el Ministerio Público, contando siempre con la autorización del Tribunal”⁵⁸.

Sin embargo, se considera que las razones que justificaron la desjudicialización de casos de competencia en materia penal, son distintas a las que se tomaron en cuenta en materia de libre competencia. Así en el primer caso, la incorporación de las salidas alternativas tuvo como principal objetivo la reasignación eficiente de recursos, la descongestión del sistema procesal penal que se encontraba con una gran cantidad de causa sin resolver y el aumento de la capacidad de respuesta del sistema. Mientras que la justificación de desjudicialización que se encuentra detrás de los acuerdos extrajudiciales, no dice relación con descongestionar causas de libre competencia, sino que con aumentar “la rapidez de la intervención del sistema de defensa de la competencia”⁵⁹. En esta misma línea el profesor Santiago MONTT afirma que este mecanismo procesal es utilizado para entregar un control ex ante, eficiente y eficaz que “sea beneficioso tanto para las empresas como para los consumidores nacionales”⁶⁰.

1.6. Características de los acuerdos extrajudiciales.

(1) Acto procesal bilateral.

⁵⁸ Historia de la Ley 20.361. Informe Comisión de Constitución. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 13 de Julio de 2009. p. 171.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 268.

⁶⁰ MONTT OYARZÚN, Santiago y AGÜERO VARGAS, Francisco. Amicus Curiae, en las causas Rol AE-03-11 y Rol NC 388-11, tramitados ante el TDLC. Santiago, Centro de Regulación y Competencia. p. 6.

(2) No produce efecto de cosa juzgada sobre los hechos de fondo: Esta característica será analizada en el capítulo II.

(3) Son actos que reemplazan la voluntad jurisdiccional del TDLC así como también una decisión no contenciosa del TDLC: La letra ñ) del artículo 39 del DL N° 211, tal como observa el profesor Domingo VALDÉS, contempla un acuerdo con carácter de extrajudicial que se contrapone a toda actividad judicial, ya sea en su forma contenciosa como no contenciosa, de modo que “estos acuerdos pueden ser equivalentes a una decisión jurisdiccional del TDLC como a una decisión no contenciosa del TDLC”⁶¹.

La historia fidedigna refuerza la idea anterior con la frase antes mencionada, esta es, “desjudicializar casos de competencia”, ya que con dicha expresión no alude sólo a los litigios antimonopólicos, sino que también a las consultas realizadas al TDLC.

⁶¹ VALDÉS PRIETO, Domingo.2010. Acuerdos Extrajudiciales Antimonopólicos y Principio de Eficiencia. *Op.cit.* p. 227.

CAPÍTULO II

ESTADO DE LA REGULACIÓN ACTUAL DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL EN CUANTO AL EFECTO DE COSA JUZGADA

2.1. La Cosa Juzgada.

2.1.1. Concepto de cosa juzgada.

La cosa juzgada es una institución jurídica de Derecho Procesal que puede ser entendida en dos sentidos. El primero de ellos es atribuido a J. GOLDSCHMIDT, para quien es “el estado jurídico en que se encuentran algunos asuntos o cuestiones que han sido objeto de enjuiciamiento definitivo en un proceso”⁶². Es decir, es el estado en que queda el asunto litigioso luego de ser resuelto por un órgano jurisdiccional competente de manera definitiva.

Mientras que el segundo sentido de cosa juzgada alude a los efectos que se derivan de determinadas resoluciones judiciales⁶³, “en orden a la inmutabilidad que en un determinado momento alcanzan”⁶⁴, y que son fundamentalmente la coercibilidad, la inmodificabilidad y la inimpugnabilidad de lo resuelto. En cuyo caso, esta institución pública es definida por el profesor Juan COLOMBO como, “el efecto de la resoluciones judiciales señaladas por la ley en virtud del cual su contenido puede cumplirse a favor del que ha obtenido en el pleito, e invocarse por todos aquellos a quienes aprovecha el

⁶² DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. 2005. Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil. Navarra, Thomson Civitas. p. 94.

⁶³ CASARINO VITERBO, Mario. 2005. Manual de Derecho Procesal. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 125.

⁶⁴ ROMERO SEGUÉL, Alejandro. 2002. La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno. *Op.cit.* p. 11.

fallo para impedir que la cuestión resuelta pueda ser objeto de un nuevo proceso”⁶⁵.

Francesco CARNELUTTI en su obra *Sistema de Derecho Procesal Civil*, da cuenta de estos dos significados que posee la expresión “cosa juzgada” o también llamada en latín *res iudicata*, al sostener que es “el acto y a la vez el efecto de decidir, que realiza el juez en torno al litigio”⁶⁶.

El profesor Eduardo COUTURE distingue también estos dos sentidos, definiendo cosa juzgada como “la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”⁶⁷. Advirtiendo que el concepto “autoridad de cosa juzgada” no dice relación con los efectos de ella, sino que con la calidad o el “atributo propio del fallo que emana de un órgano jurisdiccional cuando ha adquirido carácter definitivo”⁶⁸.

Por su parte, PEREIRA ANABALÓN se encuentra consciente de que en el lenguaje corriente se utiliza la expresión “autoridad de cosa juzgada” para referirse a la institución de la cosa juzgada en términos generales, y es por esta razón que en su obra *La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil Chileno* aclara que, “una cosa es, pues, la eficacia de la sentencia o sus efectos, y otra diferente la fuerza o autoridad con que esos efectos se producen”⁶⁹. Coincidiendo con los conceptos desarrollados por los profesores CARNELUTTI y COUTURE, antes señalados.

⁶⁵ COLOMBO CAMPBELL, Juan. 1980. La Jurisdicción, el Acto Jurídico Procesal y la Cosa Juzgada en el Derecho Chileno. *Op.cit.* p. 124.

⁶⁶ CARNELUTTI, Francesco. 1944. Sistema de derecho Procesal Civil. *Op.cit.* p. 316.

⁶⁷ COUTURE, Eduardo. 1958. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Depalma. p. 401.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 401.

⁶⁹ PEREIRA ANABALÓN, Hugo. 1954. La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 27.

Así entonces, la autoridad de cosa juzgada dice relación con la decisión misma que toma el juez en torno al litigio, en tanto que la eficacia de una sentencia judicial se refiere a los efectos que ésta produce, y que son: la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad de lo resuelto.

En primer término, el efecto de inimpugnabilidad de la cosa juzgada consiste en que no puede volver a discutirse la misma materia que fue resuelta por sentencia firme, en virtud del principio de *non bis in idem*, el cual se encuentra “constituido por la prohibición de que una misma persona sea juzgada y/o sancionada dos veces por un mismo hecho”⁷⁰.

En segundo lugar, el efecto de inmutabilidad consiste en que el mandato emanado de una sentencia no puede ser modificado o dejado sin efecto por ninguna autoridad. A este respecto, COUTURE señala que “la inmodificabilidad no atañe al proceso ulterior sino al deber de abstención de los órganos del poder público, sean o no jurisdiccionales”⁷¹.

Finalmente, el efecto de coercibilidad dice relación con la eventualidad de ejecución forzada en el caso de las sentencias condenatorias. De tal manera, que si el vencido no cumple de manera voluntaria con la condena impuesta, se lo podrá obligar por medios compulsivos.

2.1.2. Fundamento de la cosa juzgada.

La decisión adoptada por el juez en un litigio, y que se materializa en una sentencia, puede resultar injusta para una de las partes, ya sea “por estar

⁷⁰ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. 2011. El Principio Ne Bis In Idem en el Derecho Penal Chileno. Santiago, Revista de Estudios de la Justicia. p. 139.

⁷¹ COUTURE, Eduardo. *Op.cit.* p. 405.

fundada en el error o el dolo del juzgador, sea porque la defensa de las partes no fue lo suficientemente expedita, sea por otros motivos”⁷², lo que hace surgir la *necesidad de justicia* en los litigantes. Por este motivo, nuestro ordenamiento jurídico contempla los recursos procesales como medios de impugnación de las sentencias, para que sean revisadas por un juez distinto al que las pronunció.

Sin embargo, siguiendo ésta lógica, también podría resultar injusto el fallo expedido en segunda instancia y así sucesivamente, de tal modo que podrían revisarse infinitamente las decisiones judiciales sin que se satisfagan las aspiraciones de los litigantes; con lo cual “la incertidumbre reinaría en las relaciones sociales y el caos y el desorden serían lo habitual en los fenómenos jurídicos”⁷³. En este sentido, el profesor Hugo PEREIRA observa que “la necesidad de justicia, que nunca encuentra satisfacción, puede conducir a un permanente estado de incertidumbre en los derechos de los particulares, que el Poder Público se encuentra en el deber de evitar en interés de la tranquilidad social”⁷⁴.

En consecuencia, a causa de que no es posible estar en un continuo estado de incertidumbre, surge la *necesidad de certeza* en las relaciones sociales para alcanzar la seguridad jurídica y la paz social; y es con este propósito que nuestro ordenamiento jurídico contempla la institución de la cosa juzgada. En otras palabras, “la paz social exige, aún con perjuicio de la justicia, certeza en las relaciones humanas, y de ese imperativo nace la

⁷² PEREIRA ANABALÓN, Hugo. 1954. La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil Chileno. *Op.cit.* p. 41.

⁷³ COUTURE, Eduardo. *Op.cit.* p. 405.

⁷⁴ PEREIRA ANABALÓN, Hugo. 1954. La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil Chileno. *Op.cit.* p. 28.

necesidad de atribuir al fallo judicial, cualquiera que fuere su contenido, el carácter de indiscutible, irrevocable o inmodificable⁷⁵.

Ahora bien, para que ambas necesidades no entren en conflicto, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido un sistema de equilibrio entre estos dos opuestos. De tal manera, que satisface primero la necesidad de justicia con los recursos procesales, y sólo una vez que estos se encuentran prescritos, resuelve la necesidad de certeza con la cosa juzgada. Así lo explica PEREIRA ANABALÓN, cuando señala que el legislador otorga fuerza de cosa juzgada al fallo “únicamente cuando está ejecutoriado, es decir, cuando ha sido efectivamente atacado por los recursos legales o, al menos, cuando estuvo asegurada la posibilidad de serlo”⁷⁶.

Además de estos fundamentos, la cosa juzgada también contribuye a evitar la existencia de decisiones contradictorias y juicios inútiles.

De lo dicho, es posible concluir que la cosa juzgada no es un instituto de derecho natural que se encuentra impuesto por la esencia del derecho, sino que, como señala COUTURE, es “una exigencia política y no propiamente jurídica: no es de razón natural, sino de exigencia práctica”⁷⁷. Y su utilidad práctica radica en que “conduce finalmente a resolver el problema de justicia y de certeza que involucra toda sentencia con una simple fórmula: “una decisión, cualquiera que sea, es para las partes preferible a una incertidumbre perpetua”⁷⁸.

⁷⁵ PEREIRA ANABALÓN, Hugo. 1997. La Cosa Juzgada en el Proceso Civil. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda. p. 19.

⁷⁶ PEREIRA ANABALÓN, Hugo. 1954. La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil Chileno. *Op.cit.* p. 28.

⁷⁷ COUTURE, Eduardo. *Op.cit.* p. 407.

⁷⁸ PEREIRA ANABALÓN, Hugo. 1954. La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil Chileno. *Op.cit.* p. 31.

Utilidad práctica que ha sido también reconocida por la Corte Suprema cuando señala que, “la cosa juzgada es una institución de orden público y constituye uno de los fundamentos necesarios del régimen jurídico al asegurar la certidumbre y estabilidad de los derechos que ella consagra”⁷⁹.

2.1.3. Doctrinas materiales y procesales sobre la cosa juzgada.

A lo largo del tiempo se han elaborado distintas teorías tendientes a justificar la eficacia de la cosa juzgada, esto es, los efectos de inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad de la sentencia antes señalados.

En un principio surgieron las *doctrinas materiales* que postulan “que las cosas son o que se convierten en lo que los tribunales dicen que son”⁸⁰. Es decir, que la sentencia judicial crea la realidad jurídica material sobre la que se pronuncia, de tal manera que modifica el derecho discutido en el proceso. DE LA OLIVA apunta que bajo esta teoría, “la sentencia sería una *lex specialis* o algo más, puesto que crearía, en sentido estricto, el Derecho del caso concreto o la configuración jurídica real del concreto trozo de historia contemplado en ella”⁸¹.

A este respecto, SAVIGNY postula que la eficacia de la cosa juzgada se produce debido a que la sentencia judicial alcanza el grado de ficción de verdad, en tanto que POTHIER “la justifica porque el contenido de la sentencia

⁷⁹ ROMERO SEGUER, Alejandro. 2002. La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno. *Op.cit.* p.12.

⁸⁰ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Op.cit.* p. 100.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 112.

lleva una presunción de verdad que no admite prueba en contrario”⁸². ROMERO SEGUEL sostiene que para este último jurista “la autoridad de la cosa juzgada hacía presumir de una manera verdadera todo lo que está contenido en el fallo, siendo esta presunción de derecho (*juris et de jure*) la que excluye toda otra prueba”⁸³.

Sin embargo, se ha criticado a las doctrinas materiales en el sentido de que no entregan una explicación satisfactoria para el caso de sentencias injustas o erróneas, las que no deberían alcanzar el grado de verdad plena, y también se ha criticado el hecho de que no se condice esta doctrina con la existencia de recursos dentro del ordenamiento jurídico en contra de las sentencias.

A causa de lo anterior, se desarrollaron las *doctrinas procesales* que postulan que la cosa juzgada es una institución que tiene un efecto meramente procesal, consistente en la fuerza vinculante de una declaración contenida en la sentencia judicial. ROMERO SEGUEL sostiene que “el objetivo final de las tesis procesales es resaltar el valor de la seguridad jurídica como un elemento básico de la paz social, que evite una utilización indefinida del proceso”⁸⁴.

En consecuencia, de acuerdo a esta teoría la cosa juzgada no afecta a la realidad jurídica, la cual sigue siendo como era.

A pesar de ello, estas doctrinas procesales tampoco resuelven el problema de las sentencias injustas o erróneas, no obstante se constata un

⁸² PEREIRA ANABALÓN, Hugo. 1954. La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil Chileno. *Op.cit.* p. 32.

⁸³ ROMERO SEGUEL, Alejandro. 2002. La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno. *Op.cit.* p. 12.

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 17.

avance al preferir las ideas de inmutabilidad, paz y certeza jurídica que se obtienen con el fallo y evitar calificativos que no están acordes con la realidad.

2.1.4. Resoluciones que producen cosa juzgada.

El artículo 175 del Código de Procedimiento Civil expresa que “las sentencias definitivas o interlocutorias firmes producen la acción o excepción de cosa juzgada”. Siendo posible concluir de dicho precepto que son dos los requisitos necesarios para que una resolución produzca cosa juzgada: en primer lugar, que la resolución sea una sentencia definitiva o interlocutoria; y en segundo lugar, que se encuentre firme o ejecutoriada.

En cuanto al primer requisito y de acuerdo al artículo 158, inciso segundo del CPC, “es sentencia definitiva la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio”. En tanto que el mismo artículo en su inciso tercero expresa que “es sentencia interlocutoria la que falla un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, o resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria”.

Con respecto al segundo requisito, el artículo 174 del CPC indica que una resolución se entenderá firme o ejecutoriada en tres casos:

- a) Si no procede recurso alguno en contra de la sentencia definitiva o interlocutoria, quedará firme desde que la resolución se haya notificado a las partes.

- b) Si proceden recursos y estos se hubieren deducido, la resolución se encontrará firme desde que, terminados por cualquier causa legal, se notifique el decreto que la manda cumplir.
- c) Si proceden recursos y estos no se hubieren deducido, se encontrará firme la sentencia “desde que transcurran todos los plazos que la ley concede para la interposición de dichos recursos, sin que se hayan hecho valer por las partes”⁸⁵. No obstante, en este último caso, y sólo cuando se trate de sentencias definitivas, el hecho de su firmeza deberá ser certificado por el secretario del tribunal a continuación del fallo, y a partir de ese momento se considerará firme sin más trámites.

El efecto que produce la firmeza consiste en que “la resolución se hace inatacable o inimpugnable por la vía de los recursos procesales”⁸⁶. Sin embargo, lo dicho presenta dos excepciones que se señalarán a continuación.

En primer lugar, la inimpugnabilidad no obsta a que se pueda interponer el recurso de revisión contra una sentencia firme en los casos del artículo 810 del CPC⁸⁷. Sin embargo, cabe señalar que éste sólo se podrá deducir “dentro de un año, contado desde la fecha de la última notificación de la sentencia objeto del recurso”⁸⁸.

⁸⁵ PEREIRA ANABALÓN, Hugo. 1954. La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil Chileno. *Op.cit.* p. 44.

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 45.

⁸⁷ La Corte Suprema de Justicia podrá rever una sentencia firme en los casos siguientes: 1°. Si se ha fundado en documentos declarados falsos por sentencia ejecutoria, dictada con posterioridad a la sentencia que se trata de rever; 2°. Si pronunciada en virtud de pruebas de testigos, han sido éstos condenados por falso testimonio dado especialmente en las declaraciones que sirvieron de único fundamento a la sentencia; 3°. Si la sentencia firme se ha ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia haya sido declarada por sentencia de término; y 4°. Si se ha pronunciado contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada y que no se alegó en el juicio en que la sentencia firme recayó. El recurso de revisión no procede respecto de las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema, conociendo en los recursos de casación o de revisión.

⁸⁸ Artículo 811, inciso primero, Código de Procedimiento Civil.

La segunda y última excepción a la inimpugnabilidad, consiste en que en cualquier tiempo se pueden deducir los recursos de aclaración, rectificación o enmienda en contra de una sentencia definitiva o interlocutoria con el objeto de “aclarar los puntos oscuros o dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que aparezcan de manifiesto en la misma sentencia”, como prescribe el artículo 182 del CPC.

Cabe advertir, que los autos y decretos son resoluciones que no adquieren el carácter de firmes o ejecutoriados, ya que pueden ser modificados o dejados sin efecto sin limitación de plazo, en tanto se hagan valer nuevos antecedentes por medio del recurso de reposición extraordinario⁸⁹; de lo que se puede concluir que los autos y decretos no producen cosa juzgada. Así lo afirma PEREIRA ANABALÓN en su obra cuando señala que “en la ley positiva chilena, la cosa juzgada es efecto propio de las sentencias, bien sean definitivas o interlocutorias; pero es ajeno a los autos y decretos”⁹⁰.

2.1.5. La cosa juzgada formal y cosa juzgada material o sustancial.

Como se señaló anteriormente, la sentencia judicial una vez firme produce como efecto su inimpugnabilidad por la vía de los recursos procesales legalmente procedentes, y junto con esto “se produce como necesaria

⁸⁹ Artículo 181 del Código de Procedimiento Civil, inciso primero: Los autos y decretos firmes se ejecutarán y mantendrán desde que adquieran este carácter sin perjuicio de la facultad del tribunal que los haya pronunciado para modificarlos o dejarlos sin efecto, si se hacen valer nuevos antecedentes que así lo exijan.

⁹⁰ PEREIRA ANABALÓN, Hugo. 1954. La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil Chileno. *Op.cit.* p. 34.

consecuencia, su irrevocabilidad o inmutabilidad para siempre, es decir, el mandato contenido en la sentencia se hace inmodificable a perpetuidad”⁹¹.

Sin embargo, en ciertos casos y de manera excepcional, no obstante haberse hecho inimpugnable una sentencia judicial firme, puede ser modificado el pronunciamiento contenido en el fallo por la sentencia dictada en otro procedimiento diverso, a lo que se denomina *cosa juzgada formal*.

De tal manera, que la cosa juzgada formal sólo goza de las características de coercibilidad e inimpugnabilidad de la institución de cosa juzgada, debido a la preclusión de los recursos legalmente procedentes; pero carece de otra, la de su inmutabilidad, ya que nada impide que la sentencia judicial pueda modificarse en un nuevo juicio.

En cuanto a la doctrina, el profesor Juan COLOMBO CAMPBELL define a este aspecto de la cosa juzgada como “el efecto de inatacabilidad de una resolución firme a través de algún recurso o medio, sin perjuicio de su revocabilidad o modificación por sentencia dictada en otro proceso”⁹².

Por su parte, el profesor Eduardo COUTURE expresa que las decisiones judiciales que producen cosa juzgada formal, son aquellas que “se cumplen y son obligatorias tan sólo con relación al proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir; pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo presente al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse”⁹³.

⁹¹ COUTURE, Eduardo. *Op.cit.* p. 75.

⁹² COLOMBO CAMPBELL, Juan. 1980. La Jurisdicción, el Acto Jurídico Procesal y la Cosa Juzgada en el Derecho Chileno. *Op.cit.* p. 126.

⁹³ COUTURE, Eduardo. *Op.cit.* p. 416.

En definitiva, la cosa juzgada formal es aquella que impide que el tribunal que dictó una resolución pueda renovar la discusión de lo resuelto dentro del mismo proceso, sin embargo no impide que pueda ser modificado en un proceso diverso cuando han sido subsanadas las circunstancias que provocaron el rechazo de la demanda anterior. Es por esta razón, que se dice que lo decidido en la sentencia posee una inmutabilidad precaria.

Como ejemplo, es posible señalar el juicio ejecutivo en que se reservan acciones hechas valer por el ejecutante o excepciones opuestas por el ejecutado para un juicio ordinario posterior. En este caso, el agotamiento de los recursos en la vía ejecutiva no impide la promoción de un juicio ordinario posterior con el objeto de modificar la cosa juzgada. PEREIRA ANABALÓN explica que “la sentencia firme que se dicte en el juicio ejecutivo, a pesar de haberse hecho inimpugnable, no obsta a que el asunto objeto de la discusión y del fallo en el procedimiento ejecutivo, sea nuevamente discutido y sentenciado en el procedimiento ordinario”⁹⁴.

De tal forma, que la sentencia ejecutiva que se dictó acogiendo la reserva solicitada produce cosa juzgada formal, por cuanto cierto estado del proceso se hizo inimpugnable por los recursos procesales legalmente procedentes, mas no adquirió el carácter de irrevocable. Por el contrario, en el caso de que no se pida la reserva de acciones o excepciones o no se dé lugar a ellas, una vez que la sentencia quede firme ésta será inimpugnable e irrevocable a la vez.

Otro ejemplo se encuentra dado por las querellas posesorias, en donde la sentencia que falla las querellas de amparo, restitución y restablecimiento

⁹⁴ PEREIRA ANABALÓN, Hugo. 1954. La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil Chileno. *Op.cit.* p. 76.

produce cosa juzgada formal, ya que siempre queda a salvo, para los que resultan condenados, el ejercicio de la acción ordinaria correspondiente⁹⁵; y en el caso de las últimas, deja a salvo también las acciones posesorias que les correspondan⁹⁶.

La *cosa juzgada material o sustancial* por otro lado, ha sido definida por la doctrina como aquella que existe “cuando a la condición de inimpugnable en el mismo proceso, se une la inmutabilidad de la sentencia aun en otro juicio posterior”⁹⁷. En el mismo sentido, el profesor CASARINO VITERBO afirma que “es la que autoriza cumplir lo resuelto sin restricción alguna, y que impide renovar la discusión sobre la cuestión resuelta, tanto en el mismo proceso como en juicio futuro posterior”⁹⁸.

La Corte Suprema en tanto, la define como “el efecto que produce una sentencia firme, definitiva o interlocutoria, en cuanto no puede ser objeto de recurso alguno, ni de modificación en el mismo juicio ni en un procedimiento diverso”⁹⁹.

De tal manera, que lo decidido por un tribunal con fuerza de cosa juzgada material será inmutable e irreversible por otro juicio posterior, y producirá sus efectos tanto en el proceso en que se dictó como en otros futuros, con el objeto de impedir un nuevo pronunciamiento sobre el asunto ya resuelto; y es por ello que se habla de que posee una inmutabilidad

⁹⁵ Artículo 563, inciso primero, Código de Procedimiento Civil: Cualquiera que sea la sentencia, queda siempre a salvo a los que resulten condenados el ejercicio de la acción ordinaria que corresponda con arreglo a derecho, pudiendo comprenderse en dicha acción el resarcimiento de las costas y perjuicios que hayan pagado o que se les hayan causado con la querella.

⁹⁶ Artículo 564, Código de Procedimiento Civil: La sentencia pronunciada en la querella de restablecimiento deja a salvo a las partes, no sólo el ejercicio de la acción ordinaria en conformidad al artículo 563, sino también el de las acciones posesorias que les correspondan.

⁹⁷ COUTURE, Eduardo. *Op.cit.* p. 418.

⁹⁸ CASARINO VITERBO, Mario. *Op.cit.* p. 125.

⁹⁹ ROMERO SEGUÉL, Alejandro. 2002. *La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno. Op.cit.* p. 30.

permanente. A diferencia de la cosa juzgada formal, que produce sus efectos sólo dentro del proceso en que se dictó la sentencia, razón por la que se dice que posee una inmutabilidad precaria.

De lo expuesto, cabe señalar que la cosa juzgada formal es el presupuesto necesario de la cosa juzgada material, ya que no puede existir esta última sin que hayan precluído todos los medios procesales de revisión de la sentencia judicial. En tanto, que sí puede existir cosa juzgada formal sin cosa juzgada sustancial, como sucede con los casos de reserva de acciones y excepciones en el juicio ejecutivo y de las querellas posesorias antes mencionados.

A este respecto, el profesor Hugo PEREIRA observa que “no hay cosa juzgada substancial o material sin cosa juzgada formal, pues la sentencia no se hace irrevocable o inmutable si no se ha dado la condición previa de que haya quedado firme o ejecutoriada o, lo que es igual, se produzca su inimpugnabilidad”¹⁰⁰.

En cuanto a la pregunta acerca de qué resoluciones judiciales producen cosa juzgada material, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es que son todas las sentencias definitivas e interlocutorias firmes, no obstante de manera excepcional las hay aquellas que producen cosa juzgada formal, las cuales sólo pueden estar establecidas por ley. En consecuencia, a la cosa juzgada material “se refiere la reglamentación general de la ley chilena, en especial los artículo 175 y siguientes del Código de Procedimiento Civil”¹⁰¹.

¹⁰⁰ PEREIRA ANABALÓN, Hugo. 1954. La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil Chileno. *Op.cit.* p. 79.

¹⁰¹ COLOMBO CAMPBELL, Juan. 1980. La Jurisdicción, el Acto Jurídico Procesal y la Cosa Juzgada en el Derecho Chileno. *Op.cit.* p. 125.

En resumen, se ésta en presencia de una caso de *cosa juzgada formal* cuando una sentencia no puede ser objeto de recurso alguno, no obstante cabe la posibilidad de que sea modificada en un procedimiento posterior. Mientras que se está en presencia de un caso de *cosa juzgada material o sustancial*, cuando la sentencia además de ser inimpugnable por los recursos contemplados en la ley, es inmodificable por un procedimiento diverso.

2.1.6. La acción de cosa jugada.

La cosa juzgada se puede hacer valer en un juicio ya sea como acción o como excepción, dependiendo de si lo que se busca es solicitar el cumplimiento de la sentencia o la irrevocabilidad del fallo. Lo cual emana del artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, el cual expresa que “las sentencias definitivas o interlocutorias firmes producen la acción o la excepción de cosa juzgada”. Dicho esto, comenzaremos hablando sobre la primera.

La acción de cosa juzgada se encuentra contenida en el artículo 176 del CPC, el cual prescribe que “corresponde la acción de cosa juzgada a aquel a cuyo favor se ha declarado un derecho en el juicio, para el cumplimiento de lo resuelto o para la ejecución del fallo en la forma prevenida por el Título XIX de este Libro”.

En una definición doctrinal, el profesor Mario CASARINO VITERBO sostiene que es “aquella que la ley confiere al litigante en cuyo favor se ha

declarado un derecho en una resolución judicial firme o ejecutoriada para exigir el cumplimiento de lo resuelto”¹⁰².

Producen acción de cosa juzgada las sentencias definitivas e interlocutorias firmes o ejecutoriadas, y también las resoluciones judiciales que causan ejecutoria, que son aquellas “que pueden cumplirse no obstante existir recursos pendientes deducidos en su contra”¹⁰³. Ejemplos de éstas últimas, son las resoluciones judiciales respecto de las cuales se ha concedido el recurso de apelación en el solo efecto devolutivo, y también aquellas en contra de las cuales se ha deducido el recurso de casación en la forma o en el fondo y no se está en los casos excepcionales de suspensión de cumplimiento del fallo.

El titular de la acción de cosa juzgada es aquel en cuyo favor se ha declarado un derecho en el juicio, puesto que sólo éste podrá ejercer posteriormente una acción ejecutiva invocando como título una resolución judicial firme para obtener el cumplimiento forzado.

Para que proceda esta acción, se deben cumplir los siguientes requisitos: 1º) Una resolución judicial firme o ejecutoriada o que cause ejecutoria; 2º) Petición de la parte vencedora sobre el cumplimiento de lo resuelto judicialmente en el proceso; y 3º) La prestación que impone la resolución judicial debe ser actualmente exigible, es decir, no se debe encontrar afecta a ninguna modalidad.

Con respecto al segundo requisito, cabe recordar que para efectos de hacer cumplir coercitivamente la pretensión contenida en la sentencia, los

¹⁰² CASARINO VITERBO, Mario. *Op.cit.* p. 125.

¹⁰³ *Ibíd.*, p. 88.

tribunales de justicia están dotados de la facultad de imperio, que se encuentra establecida en el artículo 76, incisos tercero y cuarto de la Constitución Política de la República¹⁰⁴.

Finalmente, la acción de cosa juzgada cumple una *función positiva* que consiste en que lo decidido por una sentencia sobre el fondo del asunto, debe ser respetado por todos los tribunales en procesos ulteriores en que el objeto de estos sea parte de un modo u otro de lo decidido primeramente.

2.1.7. La excepción de cosa juzgada.

La excepción de cosa juzgada se encuentra contenida en el artículo 177 del CPC, el cual prescribe que “la excepción de cosa juzgada puede alegarse por el litigante y por todos aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo, siempre que entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta haya: 1° Identidad legal de personas; 2° Identidad de la cosa pedida; y 3° Identidad de la causa de pedir”.

El profesor CASARINO VITERBO la define como “el efecto que producen determinadas resoluciones judiciales, en virtud del cual no puede volver a discutirse ni pretenderse la dictación de un nuevo fallo entre las mismas partes y sobre la misma materia que fue objeto del fallo anterior”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ 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. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar.

¹⁰⁵ CASARINO VITERBO, Mario. *Op.cit.* p. 128.

Este efecto lo producen únicamente las sentencias definitivas e interlocutorias firmes, ya que la inimpugnabilidad es presupuesto necesario de la excepción de cosa juzgada. De ahí que los autos y decretos queden excluidos puesto que, como se señaló, pueden ser modificados o dejados sin efecto en cualquier momento por medio del recurso de reposición extraordinario, para el cual no se contempla plazo para su interposición en tanto se hagan valer nuevos antecedentes.

De conformidad con el artículo 177, inciso primero del CPC, los titulares de esta excepción, es decir, quienes pueden alegarla, son los litigantes que hayan sido parte del juicio en que se dictó la sentencia firme, y también los terceros que no hayan litigado, pero que según la ley les aprovecha el fallo. Ejemplo de este último, es el fiador cuando es demandado por una deuda que hubiese sido declarado prescrita por resolución judicial firme, en un juicio anterior en que solamente fue parte el deudor directo. A diferencia de la acción de cosa juzgada que es concedida únicamente al primero.

Esta diferencia que realiza el CPC entre la acción y excepción de cosa juzgada, es explicada por el jurista Leopoldo URRUTIA de la siguiente manera: “La acción de cosa juzgada corresponde sólo al que ha litigado y no a los terceros a quienes aprovecha el fallo, porque éstos necesitan una resolución previa que así lo declare para exigir con relación a ellos, el cumplimiento de la sentencia. No sucede lo mismo con la excepción de cosa juzgada, que supone la existencia del juicio en que se opone, en el cual puede discutirse y resolverse el derecho de la parte que formule dicha excepción para aprovechar los resultados del fallo en que se funda”¹⁰⁶.

¹⁰⁶ PEREIRA ANABALÓN, Hugo. 1954. La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil Chileno. *Op.cit.* p. 49.

Lo cual es de toda lógica, ya que la acción de cosa juzgada, que consiste en la facultad de exigir el cumplimiento forzado de la pretensión contenida en la sentencia, tiene como sujeto activo únicamente a aquel en cuyo favor ha sido reconocida dicha pretensión, no siendo una instancia para discutir la procedencia del derecho respecto de otros interesados. De tal forma, que quienes deseen obtener el cumplimiento forzado y carezcan de un título ejecutivo, deben iniciar antes de eso un procedimiento ordinario que declare la existencia de ese derecho con relación a ellos. Mientras que la excepción de cosa juzgada que se interpone en un juicio ordinario, la pueden oponer quienes no fueron parte en el juicio en que la sentencia firme se dictó, ya que dicho procedimiento permite discutir y resolver el derecho de la parte que la formula.

Finalmente, la excepción de cosa juzgada cumple una *función negativa* que consiste en “evitar, no sólo una nueva sentencia, sino un nuevo proceso”¹⁰⁷ entre las mismas partes y sobre el mismo objeto que ya fue resuelto por sentencia firme en un proceso anterior. Lo cual tiene como fundamentos el otorgar tranquilidad social y al mismo tiempo mantener “el prestigio de la justicia, impidiendo la posibilidad de que puedan dictarse fallos contradictorios sobre igual problema jurídico”¹⁰⁸.

En este mismo sentido, el profesor Jaime ARANCIBIA expresa que la función negativa de la cosa juzgada evita “no sólo que una misma persona se vea sometida a un segundo proceso por los mismos hechos, sino además que unos mismo hechos sean enjuiciados más de una vez”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Op.cit.* p. 108.

¹⁰⁸ CASARINO VITERBO, Mario. *Op.cit.* p. 129.

¹⁰⁹ ARANCIBIA, Jaime. *Op.cit.* p. 491.

Esta función se encuentra en consonancia con la regla del *non bis in idem*, y es por ello que DE LA OLIVA sostiene que continuar con el posterior proceso no sólo es inútil porque ya fue juzgado, sino que también es perjudicial e injusto porque “no se puede condenar por segunda vez al anteriormente condenado ni condenar al que, respecto del mismo litigio, resultó absuelto antes, y tampoco absolver al que, siempre respecto de lo mismo, fue primero condenado”¹¹⁰.

2.1.8. Características de la cosa juzgada.

Esta institución procesal posee las siguientes características:

a) Es irrevocable: El mandato que emana de la sentencia, una vez firme, no puede ser modificado o dejado sin efecto de manera alguna. Esto porque, en palabras del jurista CASARINO VITERBO, “lo fallado en una sentencia judicial constituye una verdadera ley para las partes litigantes, lo mismo que el contrato entre las partes contratantes”¹¹¹. No obstante, como se señaló anteriormente, constituyen una excepción a esta característica aquellas sentencias que sólo producen cosa juzgada formal.

b) Es relativa: Los efectos de la cosa juzgada sólo afectarán a aquellas personas que hubieren sido parte en el juicio en que se dictó la correspondiente sentencia. Quedando comprendidas dentro de ella, tanto las partes directas (demandado y demandante), como las partes indirectas (terceros independientes, coadyuvantes y excluyentes).

¹¹⁰ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Op.cit.* p. 108.

¹¹¹ CASARINO VITERBO, Mario. *Op.cit.* p. 129.

Esta característica emana del artículo 3, inciso segundo del Código Civil, el cual dispone que “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

Sin embargo, el artículo 177, inciso primero del Código de Procedimiento Civil agrega que también pueden beneficiarse de la excepción de cosa juzgada “todos aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo”. De tal manera, que existen casos excepcionales en que por expresa disposición de la ley la cosa juzgada posee el carácter de absoluta; como sucede con la declaración de verdadera o falsa respecto de la paternidad o maternidad del hijo¹¹², y también con la declaración judicial de heredero a instancia de un acreedor hereditario o testamentario¹¹³.

c) Es renunciable: Esta característica emana de la regla general contenida en el artículo 12 del Código Civil, la cual permite renunciar a “los derechos conferidos por la leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”.

El profesor Juan COLOMBO agrega que “la renuncia puede ser expresa o tácita, produciéndose esta última cuando la cosa juzgada no se invoca en la forma y oportunidad previstas por la ley. No puede renunciarse cuando hay interés público comprometido”¹¹⁴.

¹¹² Artículo 315 del Código Civil: El fallo judicial pronunciado en conformidad con lo dispuesto en el Título VIII que declara verdadera o falsa la paternidad o maternidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente a los efectos que dicha paternidad o maternidad acarrea.

¹¹³ Artículo 1246 del Código Civil: El que a instancia de un acreedor hereditario o testamentario ha sido judicialmente declarado heredero, o condenado como tal, se entenderá serlo respecto de los demás acreedores, sin necesidad de nuevo juicio.

La misma regla se aplica a la declaración judicial de haber aceptado pura y simplemente o con beneficio de inventario.

¹¹⁴ COLOMBO CAMPBELL, Juan. 1980. La Jurisdicción, el Acto Jurídico Procesal y la Cosa Juzgada en el Derecho Chileno. *Op.cit.* p. 123.

d) Es imprescriptible: La excepción de cosa juzgada puede hacerse valer en cualquier momento sin que vea afectada por el transcurso del tiempo, dado que la persona que posee el derecho no necesita realizar acto alguno para conservarlo.

2.2. La triple identidad en el proceso civil.

Una de las características de la cosa juzgada es que se rige por el principio de la relatividad, lo que se traduce en que afecta sólo a las partes que litigaron en el proceso en el cual se dictó la sentencia que falla la controversia, y a *contrario sensu*, no obliga “a quienes no litigaron ni tampoco a quienes litigaron, con respecto a asuntos no discutidos ni sentenciados”¹¹⁵.

Esto genera como consecuencia que no todas las personas pueden hacer valer la excepción de cosa juzgada para “impedir que la cuestión resuelta pueda ser objeto de un nuevo proceso”¹¹⁶. De tal manera, que con la finalidad de determinar a quienes obliga la sentencia y con respecto a qué materias pueden alegarla, es que nuestro Código de Procedimiento Civil, por influencia de la doctrina francesa, siguió la teoría de la triple identidad para establecer los límites de la excepción de cosa juzgada.

Así lo expresa ROMERO SEGUEL en su obra cuando señala que, el CPC “siguió la doctrina de las tres identidades para determinar cuándo una

¹¹⁵ PEREIRA ANABALÓN, Hugo. 1954. La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil Chileno. *Op.cit.* p. 52.

¹¹⁶ COLOMBO CAMPBELL, Juan. 1980. La Jurisdicción, el Acto Jurídico Procesal y la Cosa Juzgada en el Derecho Chileno. *Op.cit.* p. 129.

resolución tiene el mérito de impedir renovar el debate sobre un tema en el que ya existe cosa juzgada”¹¹⁷.

Los límites de la excepción de cosa juzgada se encuentran establecidos en el artículo 177, inciso primero del Código de Procedimiento Civil el cual, siguiendo al Código de Napoleón¹¹⁸, prescribe que para que la cosa juzgada se pueda hacer valer como excepción, debe existir entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta “1° Identidad legal de personas; 2° Identidad de la cosa pedida; y 3° Identidad de la causa de pedir”.

De esta manera, debe ser comparada la triple identidad de persona, de objeto y de causa de la nueva demanda en relación a la anteriormente fallada a fin de verificar si existe identidad entre ambas, situación que se producirá cuando estos tres requisitos concurren en forma copulativa, y en cuyo caso la nueva demanda no podrá prosperar.

ROMERO SEGUER advierte que se producirá la identidad entre ambos procesos cuando el demandante solicite sustancialmente lo mismo ya declarado, aunque no se utilicen las mismas palabras. Por su parte, la Corte Suprema agrega que dicha identidad se debe buscar en el beneficio jurídico y no en las prestaciones¹¹⁹.

Doctrinariamente los límites de la excepción de cosa juzgada han sido clasificados en subjetivos y objetivos, y es así como se expondrán a continuación.

¹¹⁷ ROMERO SEGUER, Alejandro. 2002. La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno. *Op.cit.* p. 54.

¹¹⁸ “El art. 1351 del Código Napoleón determina que para que la cosa juzgada pueda hacerse valer como excepción debe reunir las siguientes condiciones: “la cosa demandada debe ser la misma; la demanda debe ser fundada sobre la misma causa; la demanda debe ser entre las mismas partes...” COUTURE, Eduardo. *Op.cit.* p. 414.

¹¹⁹ ROMERO SEGUER, Alejandro. 2002. La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno. *Op.cit.* p. 55.

2.2.1. Límites Subjetivos.

Los límites subjetivos de la excepción de cosa juzgada dicen relación con la identidad legal de personas, y tienen por objeto “establecer a qué sujetos de derecho les está prohibido renovar el debate, y por consiguiente a qué otros, por ser ajenos al proceso anterior, les sería eventualmente posible volver sobre él”¹²⁰.

El profesor Francisco HOYOS despeja lo planteado al señalar que los “límites subjetivos de la cosa juzgada se traducen en que la cualidad de inmutable de la sentencia definitiva o interlocutoria firme alcanza solamente a las partes en el litigio”¹²¹.

De esta forma, la cosa juzgada sólo obliga a las partes del pleito en que recayó la sentencia firme o ejecutoriada, prohibiéndoles renovar el debate; en tanto que aquellas personas que no han sido parte no se ven afectados por ella, pudiendo pedir la revisión de la sentencia. Lo que ha sido tomado por nuestro ordenamiento jurídico de la doctrina clásica, que se diferencia del *common law*, en cuanto éste procede de otra manera al estar basado en el principio del valor obligatorio de los precedentes.

Ahora bien, en cuanto a quiénes son las partes del litigio, el jurista Giuseppe CHIOVENDA señala que son “el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada) una actuación de la ley, y aquel frente al cual ésta es demandada”¹²². Estas son las denominadas partes *directas*, y que el profesor Mario CASARINO define como “aquellas que originariamente han

¹²⁰ COUTURE, Eduardo. *Op.cit.* p. 414.

¹²¹ HOYOS HENRECHSON, Francisco. *Op.cit.* p. 260.

¹²² ROMERO SEGUÉL, Alejandro. 2002. La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno. *Op.cit.* p. 63.

iniciado el juicio, sea porque por su propia voluntad han deseado hacerlo así, sea porque, una vez iniciado, han sido forzosamente llamadas a él”¹²³.

Sin embargo, también pueden intervenir en un proceso las partes *indirectas*, que son “aquellas personas que advienen al juicio en forma voluntaria, una vez que éste ha sido ya iniciado”¹²⁴, ya sea como terceros coadyuvantes, excluyentes o independientes, y sobre quienes también recaerá este efecto. El profesor Hugo PEREIRA expresa que la ley les “da derecho para intervenir en el juicio por tener interés actual en sus resultados, esto es, en razón de tener comprometido un derecho y no una mera expectativa”¹²⁵.

No obstante lo anterior, puede suceder que una persona comparezca al juicio en nombre propio por un derecho ajeno, como ocurre cuando el vendedor es citado por evicción en un juicio iniciado contra el comprador. En este caso, el vendedor obra como substituto procesal, siendo también parte en el litigio, lo que se traduce en que se verá afectado por la cosa juzgada. A diferencia del representante procesal, con el cual no se debe confundir, ya que este comparece en juicio en nombre e interés ajeno, de tal manera no puede ser considerado parte del litigio, y por ende, la cosa juzgada no lo obliga.

Cabe advertir que el límite subjetivo de la cosa juzgada, se refiere a una identidad jurídica y no física entre los sujetos del proceso anterior y ulterior, exigencia que emana del artículo 177 N° 1 del CPC cuando utiliza el vocablo *legal*. Esto, porque en ciertos casos ambas identidades pueden diferir, como ocurre cuando operan las instituciones de la representación y de la sucesión que provocan la identidad legal de partes, aún cuando hayan actuado dos

¹²³ CASARINO VITERBO, Mario. *Op.cit.* p. 25.

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 25.

¹²⁵ PEREIRA ANABALÓN, Hugo. 1954. La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil Chileno. *Op.cit.* p. 53.

sujetos físicamente distintos. Así lo afirma PEREIRA ANABALÓN cuando señala que, “aunque la cosa juzgada se circunscribe de un lado a ciertas personas, de otro se extiende a otras, sea en virtud del principio de sucesión, sea en mérito de representación legal o convencional”¹²⁶.

Así las cosas, existirá identidad legal de personas aunque no exista identidad física, cuando en el primer juicio se haya actuado por sí mismo y en el segundo mediante representante legal o mandatario, ya que se considera que los actos realizados por el representante fueron hechos por el representado como si éste los hubiese ejecutado personalmente. Así como también la habrá en virtud del principio de la sucesión, puesto que “la sentencia dictada en el pleito en que fue parte el causante, obliga a los herederos, que son sus sucesores en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos”¹²⁷.

Francisco HOYOS plantea que también puede ocurrir, lo que él llama, la eficacia refleja del fallo “que se despliega respecto de algunos terceros, que si bien no litigaron, se encuentran en situaciones jurídicas materiales o substanciales dependientes de la relación decidida o conexas con ella”¹²⁸, y para quienes se harán extensivos los efectos de lo resuelto en juicio, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la solidaridad en que la interrupción de la prescripción de uno de los coacreedores beneficia a los demás.

Sin embargo, esto no se produce en virtud de la institución de cosa juzgada, sino en virtud de la extensión de la eficacia del fallo, ya que la sentencia “como acto de autoridad amparado por el Estado, puede beneficiar a

¹²⁶ *Ibíd.*, p. 54.

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 54.

¹²⁸ HOYOS HENRECHSON, Francisco. *Op.cit.* p. 260.

otras personas a las que se permite invocar en su beneficio la fuerza excluyente de la *res judicata*¹²⁹.

Lo anterior tiene como fundamento evitar una aplicación rígida de los límites subjetivos de la cosa juzgada, puesto que de lo contrario no se garantiza de manera eficaz la economía procesal ni se impide el pronunciamiento de sentencias contradictorias. DE LA OLIVA sostiene que “de ser posible nuevos procesos fundados en la mera diversidad de las partes, la seguridad jurídica podría padecer de modo muy grave”¹³⁰.

La excepción a los límites subjetivos de la cosa juzgada que alcanza solamente a las partes del litigio, radica en las sentencias dictadas en materia de estado civil de las personas, pues producen efecto *erga omnes*, es decir, para todo el mundo y no sólo para las partes del pleito en que recayó la sentencia firme.

2.2.2. Límites Objetivos.

Los límites objetivos de la excepción de cosa juzgada dicen relación con la identidad de la cosa pedida u objeto y con la identidad de la causa de pedir, y buscan determinar qué es lo que se debe considerar juzgado respecto de los sujetos anteriormente señalados, con la finalidad de establecer qué parte de la sentencia no se puede modificar.

El jurista Eduardo COUTURE señala que una vez “admitido que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada para determinados sujetos, se

¹²⁹ ROMERO SEGUER, Alejandro. 2002. La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno. *Op.cit.* p. 58.

¹³⁰ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Op.cit.* p. 188.

hace necesario todavía establecer qué parte de la sentencia es inmutable: si lo son todas sus partes, esto es, lo enunciativo o fundamentos y lo dispositivo o fallo propiamente dicho. Es necesario, asimismo, establecer lo que ha sido, exactamente, objeto del juicio y qué ha sido materia de decisión”¹³¹.

El profesor Hugo PEREIRA, en tanto, agrega que la identidad del asunto decidido existe “cuando la cosa pedida y la causa de pedir de la nueva demanda son iguales a las de la anteriormente resuelta”¹³², lo que permitirá hacer valer la excepción.

Con respecto al *objeto o cosa pedida*, la ley no suministra norma alguna para establecer en qué consiste, sin embargo jurisprudencialmente ha sido definida por la Corte Suprema como “el beneficio jurídico inmediato que se reclama y al cual se pretende tener derecho”¹³³.

En cuanto a la doctrina, el profesor Mario CASARINO coincide con la definición anterior y agrega que “la forma de determinar el beneficio jurídico reclamado por las partes habrá que encontrarla en la parte petitoria de sus escritos fundamentales”¹³⁴. De tal manera, que cuando la pretensión discutida sea la misma, existirá identidad de la cosa pedida.

Sin embargo advierte que “no hay que confundir la cosa pedida u objeto del juicio con el objeto material del mismo”¹³⁵, ya que puede ocurrir que dos juicios tengan objetos materiales distintos, pero la pretensión discutida sea la misma; como sucede en el caso de que se reclame un inmueble en virtud de

¹³¹ COUTURE, Eduardo. *Op.cit.* p. 414.

¹³² PEREIRA ANABALÓN, Hugo. 1954. *La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil Chileno. Op.cit.* p. 57.

¹³³ *Ibíd.*, p. 57.

¹³⁴ CASARINO VITERBO, Mario. *Op.cit.* p. 135.

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 135.

una determinada sucesión, y luego se demande un mueble a causa de la misma sucesión. Aquí hay identidad de cosa pedida, ya que en ambos juicios existe el mismo beneficio jurídico solicitado que consiste en que se reconozca la calidad de heredero, no obstante que el objeto material sea distinto.

Por su parte, el profesor Juan COLOMBO coincide con lo señalado por CASARINO, cuando afirma que la cosa pedida “no es la cosa u objeto material sobre el que recae el derecho que se discute, sino el intento final de las partes contenidas en la demanda y contestación las que forman el concepto de objeto para los efectos de esta disposición”¹³⁶.

Con respecto a la *causa de pedir*, nuestra normativa procesal la define en su artículo 177, inciso final del CPC como “el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio”. En tanto que en doctrina, el jurista Eduardo COUTURE la define como “la razón de la pretensión aducida en el juicio anterior”¹³⁷. De tal forma que para reconocerla se debe realizar la siguiente pregunta: ¿por qué se pide?

No cabe confundir el objeto con la causa de pedir, ya que el objeto pedido puede ser el mismo en ambos juicios, pero por una razón o fundamento distinto. Como ocurre, por ejemplo, en el caso de que en el primer juicio se reclame un fundo por la razón de ser su dueño por haberlo comprado, mientras que en el segundo juicio se reclame el mismo fundo, pero fundamentado en que se es dueño por haberlo adquirido por herencia.

Finalmente, en este punto cabe agregar que la autoridad de cosa juzgada posee un tercer límite que es más bien lógico que jurídico, y que

¹³⁶ COLOMBO CAMPBELL, Juan. 1980. La Jurisdicción, el Acto Jurídico Procesal y la Cosa Juzgada en el Derecho Chileno. *Op.cit.* p. 130.

¹³⁷ COUTURE, Eduardo. *Op.cit.* p. 432.

consiste en que ésta recaerá sólo sobre aquellas cuestiones que hayan sido resueltas en la sentencia y no sobre todas las planteadas en el proceso.

Sin embargo, esto no quiere decir que la cosa juzgada recaiga exclusivamente sobre aquellas cuestiones que hayan sido decididas expresamente en la sentencia, ya que también “se hallan implícitamente resueltas todas las cuestiones cuya solución sea lógicamente necesaria para llegar a la solución expresada en la decisión”¹³⁸, y por tanto estas también se encuentran comprendidas. Así por ejemplo, cuando el juez se pronuncia sobre la resolución de un contrato, implícitamente afirma su validez, de tal manera que al gozar de cosa juzgada dicha decisión, no se podría solicitar posteriormente su nulidad.

CARNELUTTI, en avenencia con lo planteado, señala que “las cuestiones de fondo juzgadas no sólo son las expresamente resueltas, sino también aquellas cuya solución sea una premisa necesaria para la solución de las primeras, y que, por tanto, se resuelven implícitamente (el llamado fallo implícito)”¹³⁹.

2.3. Naturaleza jurídica de la cosa juzgada en el procedimiento de libre competencia.

La libre competencia es un bien jurídico de interés público que asegura no sólo el derecho subjetivo de competencia mercantil, sino que también “protege el interés de los consumidores, evita el enriquecimiento injusto del

¹³⁸ CARNELUTTI, Francesco. 1944. Sistema de derecho Procesal Civil. *Op.cit.* p. 317.

¹³⁹ CARNELUTTI, Francesco. 1959. Instituciones del Proceso Civil. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 136.

oferente, y da lugar a precios verdaderos que contribuyen a la provisión eficiente de bienes y a la justa distribución de beneficios y gravámenes económicos”¹⁴⁰, las cuales sin duda son funciones que trascienden lo privado y que se sitúan en el ámbito de lo público.

Así lo entiende el ex Fiscal Nacional Económico Pedro MATTAR, quien el Día de la Competencia expresó lo siguiente: “se ha señalado que la protección de la libre competencia tutela los intereses generales del conjunto de los actores que participan en la economía nacional. Por lo tanto, la libre competencia deja de ser un asunto privado entre partes”¹⁴¹. Idea que es sostenida también por Jaime ARANCIBIA, quien sostiene que “el proceso no tiene por objeto la vulneración de derechos de agentes económicos, sino las situaciones (art. 18 N° 1) o asuntos (art. 18 N°2) que pudieren afectar, de modo objetivo, el bien jurídico”¹⁴².

Es por esta razón, que la doctrina sostiene que en el proceso de libre competencia, a diferencia del proceso civil, no tiene aplicación la teoría de la triple identidad antes expuesta, ya que no se busca resguardar intereses de sujetos jurídicos particulares, sino que la satisfacción de un interés público. De modo tal, que no se debería realizar un análisis comparativo de la identidad de sujetos ni de la identidad de la causa de pedir entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta para determinar si existe cosa juzgada entre ambos procesos, sino que bastaría con analizar únicamente el objeto o la cosa sobre la que versa el proceso de libre competencia para alcanzar dicho objetivo, el cual, de acuerdo a lo señalado por el artículo 3, inciso segundo del DL N° 211,

¹⁴⁰ ARANCIBIA, Jaime. *Op.cit.* p. 478.

¹⁴¹ MATTAR PORCILE, Pedro. 2005. La representación del interés general en el sistema de libre competencia: su significado y alcance. Santiago, Fiscalía Nacional Económica en Día de la Competencia. p. 18.

¹⁴² ARANCIBIA, Jaime. *Op.cit.* p. 478.

consiste en un “hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”¹⁴³.

Coincide con lo señalado el profesor Jaime ARANCIBIA, quien afirma en su obra que “la cosa juzgada como instituto procesal está subordinada, esencialmente, al objeto del proceso. Dado que en libre competencia éste consiste únicamente en un hecho o *factum* ilegal, con prescindencia de los sujetos agraviados, el único elemento identificador de la cosa juzgada sería, precisamente, ese hecho”¹⁴⁴.

De esta forma, ocurriría algo similar a lo que sucede en materia penal, en donde no es aplicable la teoría de la triple identidad por la naturaleza de su proceso. Así lo ha declarado la Corte Suprema por sentencia de 30 de mayo de 1995, cuando en el considerando 5° reconoce la opinión unánime de nuestra doctrina procesal en cuanto a que “atendidas las especiales características del proceso penal, no resultaba aplicable a la cosa juzgada que nos preocupa la triple identidad exigida por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil”¹⁴⁵, para luego afirmar que “el hecho que constituye el delito y la persona a quien se atribuye su ejecución o se le imputa participación en él (...) son los dos elementos básicos sobre los que versa el juzgamiento y que determinan, por lo tanto, la cosa juzgada penal”¹⁴⁶, siendo irrelevante la persona que lo solicita¹⁴⁷.

¹⁴³ Artículo 3, inciso segundo, DL N° 211.

¹⁴⁴ ARANCIBIA, Jaime. *Op.cit.* p. 490.

¹⁴⁵ Corte Suprema, 30 de mayo de 1995, RDJ, t. XCII N° 2, sec. 4°, p. 74.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 75.

¹⁴⁷ Corte Suprema, 29 de marzo de 2005, N° Legal Publishing: 31.939: “Que, reiteradamente esta Corte ha señalado que la cosa juzgada en materia penal no se encuentra reconocida como institución como sucede en sede civil que exige la denominada triple identidad, habida consideración del carácter público de las normas penales que descansan sobre la existencia del hecho punible y la persona responsable de él”.

Por lo tanto, de acuerdo a la doctrina, la cosa juzgada en materia de libre competencia es de identidad simple, ya que se encuentra subordinada a la identidad del hecho imputado, con prescindencia de los sujetos agraviados y de las razones que estos tuvieron. De tal manera, que una vez “ejercitado el poder de acusación por cualquier legitimado, y alcanzada la firmeza de la sentencia, ésta producirá efecto respecto de todos los sujetos, hayan o no intervenido en el proceso”¹⁴⁸, y no podrá ser juzgada una segunda vez la licitud o ilicitud de un hecho.

Sin embargo, esto no sería consistente con la jurisprudencia del TDLC donde se discute triple o doble identidad para resolver las excepciones de cosa juzgada y litispendencia¹⁴⁹, y en consecuencia no se considera como único elemento identificador entre dos demandas el hecho o *factum* ilegal.

¹⁴⁸ ARANCIBIA, Jaime. *Op.cit.* p. 491.

¹⁴⁹ La litispendencia no se encuentra definida legalmente, sin embargo doctrina y jurisprudencia coinciden en que se trata de una institución procesal que “impide que se sustancien dos juicios en paralelo sobre la misma cosa”. (RIED UNDURRAGA, Ignacio. 2015. Tres cuestiones sobre la excepción de litispendencia en el proceso civil chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLV. p. 208). La Corte de Apelaciones de Santiago expresa que “su fundamento radica en la necesidad de evitar la duplicidad de la actividad jurisdiccional y de que no exista más de una relación procesal entre las mismas personas y sobre el mismo objeto, siendo su propósito el de evitar que, en definitiva, se dicten fallos contradictorios”. (Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de noviembre de 2008, MJJ 19285). De tal manera, que la litispendencia resguarda los principios de seguridad jurídica, non bis in idem y de economía procesal, pero además tutela de manera preventiva el efecto negativo de la cosa juzgada, al impedir que se tramite un nuevo procedimiento idéntico a otro que se encuentra pendiente. Así, en relación con esto último, el profesor Anabalón señala que “de este modo, pues, que la litispendencia previene la cosa juzgada, desde el instante en que se anticipa a ésta en el propósito de evitar la dualidad de fallos sobre un mismo negocio judicial, aparte de la dispendiosa e inútil coexistencia de dos juicios perfectamente semejantes sin beneficio alguno para las partes y con desmedro a la seriedad de la justicia”. (ANABALÓN SANDERS, Carlos. Tratado práctico de Derecho Procesal Civil. Tomo III. p. 149). Por esta razón, la litispendencia se encuentra reglamentada como una excepción dilatoria del juicio ordinario de mayor cuantía en el artículo 303 N° 3 del CPC. Para su configuración, la Corte Suprema sostiene que “es necesaria la existencia de la triple identidad, de personas, de objeto y de causa de pedir, esto es, las misma que se exigen para la cosa juzgada, con la salvedad de que el juicio que da origen a la excepción examinada debe estar pendiente, puesto que, de lo contrario, procedería la excepción de cosa juzgada. (Corte Suprema, 20 de junio de 2006, MJJ 17493).

Así, en autos caratulados “*Demanda de Alex Castillo O. contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros*”¹⁵⁰, el Tribunal rechazó la excepción de litispendencia por la cual un demandado señalaba que existiría absoluta coincidencia entre los hechos que se ventilan en la causa y los contenidos en el requerimiento Rol N° C 224-2011. En dicha resolución, el TDLC manifestó en su voto de mayoría lo siguiente: “Octavo: Que, finalmente, en la especie no concurren los requisitos de procedencia de la excepción de litis pendencia, dado que entre la presente causa y la causa invocada como fundamento de la petición, esto es, la causa Rol N° C 224-11, no hay identidad legal de partes, y, por otro lado, el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contiene imputaciones de hechos y conductas adicionales a las consideradas en la demanda de don Alex Castillo Olivera y don Óscar Segundo Castillo Ossandón, por lo que la excepción de litis pendencia resulta improcedente”¹⁵¹.

Siendo posible apreciar que el TDLC fundamenta su decisión en base a la triple identidad, ya que en primer lugar con respecto a la identidad legal de personas, señala expresamente que no la hay debido a que la demanda de don Alex Castillo se dirige también en contra de otros sujetos; en segundo lugar acerca de la identidad de causa de pedir que, como se dijo, consiste en “el hecho que origina el derecho, la situación jurídica o el beneficio legal que se pretende y persigue a través del juicio”¹⁵², el TDLC determina que no concurre, puesto que el requerimiento de la FNE imputa hechos y conductas adicionales a las contenidas en la demanda de don Alex Castillo Olivera y don Óscar Segundo Castillo Ossandón; y por último en cuanto a la cosa pedida, que recordemos consiste en “el derecho, la situación jurídica o el beneficio legal cuya protección se solicita al juez en la demanda”, el TDLC estima que

¹⁵⁰ Resolución de acumulación de autos, de fecha 24 de enero de 2012, en autos caratulados “*Demanda de Alex Castillo O. contras Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros*”, Rol N° C232-2011.

¹⁵¹ *Ibíd.*, p. 4.

¹⁵² ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. *Op.cit.* p. 141.

tampoco se presenta, ya que la FNE al imputar en su requerimiento ciertas prácticas anticompetitivas adicionales a las contenidas en la demanda, solicita a su vez una sanción distinta.

En el mismo sentido, el TDLC por sentencia N° 87/2009 desechó la excepción perentoria de cosa juzgada interpuesta por la demandada ESSO, quien argumentaba que la demanda deducida en su contra sería idéntica a la conocida por ese Tribunal en la causa Rol N° C 10-04, y que fue resuelta por sentencia de 10 de junio de 2005, al existir la triple identidad exigida por el artículo 177 del CPC. En dicha resolución, el TDLC manifestó textualmente lo que sigue: “Cuarto: Que, al respecto, deberá desecharse esta excepción por cuanto la demanda, si bien imputa conductas de la misma naturaleza que las conocidas en el procedimiento Rol N° 10-04, claramente se refiere a hechos y conductas que habrían ocurrido en los años 2007 y 2008, posteriores y distintos a los hechos que fueron objeto del citado proceso”¹⁵³.

Así, esta resolución permite apreciar la importancia que tiene la consideración de la causa de pedir entre dos demandas. Ya que tal como el Tribunal expresa, las conductas imputadas por el Sr. Hasbún son de la misma naturaleza que las resueltas por sentencia de 10 de junio de 2005, por lo cual el objeto pedido es el mismo al solicitarse idéntica condena, y sumado a que existe identidad legal de personas, la conclusión del Tribunal debería ser acoger la excepción de cosa juzgada. Sin embargo, el TDLC al exigir la concurrencia de una triple identidad, advierte que los hechos y conductas de la demanda son posteriores y por ende distintos a los antecedentes que fueron objeto del requerimiento de la FNE, razón por la cual decide rechazar la excepción de cosa juzgada, por no existir identidad de causa de pedir.

¹⁵³ Sentencia N° 87/2009, del 13 de agosto de 2009, autos caratulados “*Demanda del Sr. Gustavo Hasbún Selume contra Copec S.A. y otros*”, Rol N° C 157-08.

Sumado a lo anterior, creemos que es importante considerar la causa de pedir en el proceso de libre competencia, cuando se trate de un procedimiento por práctica unilateral donde no interviene la FNE. Por ejemplo, en el caso de un proceso por abuso de posición dominante asociado a la práctica de incluir cláusulas en convenios que impiden la publicidad, promoción y/o exhibición de los productos de sus competidoras, el objeto pedido será que se deje sin efecto la prohibición y la causa de pedir es el convenio que contiene las cláusulas abusivas. Si otra empresa firma igual convenio con aquel agente económico que está incurriendo en dichas prácticas, también podrá accionar aunque existe cosa juzgada en otro proceso, ya que posee un interés independiente al tener una causa de pedir distinta a la ya discutida.

De tal manera, que ésta última empresa también podrá solicitar al TDLC que a su respecto sean reemplazadas o removidas las cláusulas convencionales que sean abusivas. Para lo cual el Tribunal deberá interferir lo mínimo necesario, no obstante “si la convención no puede subsistir en su integridad, el Tribunal Antimonopólico deberá declarar terminada dicha convención”¹⁵⁴. El profesor Domingo VALDÉS agrega que “el efecto de esa terminación es absoluto y *erga omnes*; en otras palabras, ninguno de los autores del acto jurídico o cocontratantes de la convención respectiva, ni tercero alguno alcanzado por los efectos de aquél o éste, podrán invocar la subsistencia de ese acto jurídico”¹⁵⁵.

¹⁵⁴ VALDÉS PRIETO, Domingo. 2006. Libre Competencia y Monopolio. *Op.cit.* p. 576.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, p. 576.

2.4. Regulación de la cosa juzgada en el procedimiento de libre competencia y en el acuerdo extrajudicial.

2.4.1. Procedimiento contencioso.

En primer lugar con respecto al procedimiento contencioso, el TDLC posee potestades jurisdiccionales¹⁵⁶ con el objeto de “resolver conforme a Derecho y justicia las pretensiones procesales que puedan plantearse como consecuencia de los ataques o vulneraciones al bien jurídico tutelado libre competencia”¹⁵⁷. Debiendo ceñirse al procedimiento que se halla reglamentado por los artículos 19 a 29 del DL N° 211.

En caso que la sentencia sea condenatoria, el Tribunal podrá adoptar las medidas de corrección, prohibición o represión de los atentados contra la libre competencia¹⁵⁸, además de la adopción de medidas preventivas y la aplicación de multas¹⁵⁹.

¹⁵⁶ “Las potestades jurisdiccionales son aquellas que permiten decir el Derecho, el ius o lo justo del caso particular, causa del conflicto intersubjetivo”. *Ibíd.*, p. 589.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, p. 590.

¹⁵⁸ Artículo 1, inciso segundo DL N° 211: Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley.

¹⁵⁹ Artículo 26 DL N° 211: La sentencia Ley definitiva 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.

En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas:

- a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley;
- b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior;
- c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. Las multas aplicadas personas naturales no podrán

Sin embargo, no se encuentra dentro de su competencia la facultad para pronunciarse sobre acciones indemnizatorias. Así se desprende del artículo 30 del DL N° 211 el cual dispone que: “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 el tribunal civil competente de conformidad a las reglas generales, y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario, establecido en el Libro III del Título XI del Código de Procedimiento Civil”.

El tribunal civil competente, al resolver sobre la indemnización de perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dictada con motivo de la aplicación de la presente ley”.

El profesor Alejandro ROMERO expresa que esta utilización de la sentencia del TDLC en el juicio civil posterior, se debe a la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada, puesto que “el fallo contiene una declaración del derecho que actúa como un antecedente lógico para decidir la nueva acción deducida en juicio, en términos de dar por acreditada la ilicitud de la conducta del demandado”¹⁶⁰.

pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma. Asimismo, tampoco podrán ser pagadas por cualquiera otra entidad perteneciente al mismo grupo empresarial en los términos señalados por el artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores, ni por los accionistas o socios de éstas. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo.

Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación.

¹⁶⁰ ROMERO SEGUÉL, Alejandro. 2012. La sentencia judicial como medio de prueba. Santiago. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 39 N° 2. p. 265.

De tal forma, que tanto la parte vencedora como un tercero que no participó del proceso podrán hacer valer la sentencia en sede civil, sin que se deba probar nuevamente la ilicitud de las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, pues ya fueron juzgados. No obstante, este último al encontrarse beneficiado por la eficacia refleja del fallo, deberá acreditar “las otras exigencias del ilícito civil cuya indemnización reclama, en especial, la relación de causalidad entre el hecho fijado en la sentencia como contrario a la libre competencia y el daño que demanda”¹⁶¹.

Sin embargo, el profesor Domingo VALDÉS observa que “la cosa juzgada en la actividad jurisdiccional antimonopólica, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha reconocido su procedencia, aunque en términos exclusivamente formales”¹⁶². De tal manera, que la cuestión resuelta por el TDLC no puede volver a discutirse en el proceso en que se dictó, pero no existe el impedimento para que se discuta en un juicio posterior en base a nuevos antecedentes¹⁶³. Así lo señaló la Comisión Resolutiva en su Resolución N° 667: “...el efecto propio de las sentencias que este Tribunal emite debe asimilarse al de la cosa juzgada denominada formal. En efecto, como lo indica la Fiscalía Nacional Económica en su requerimiento, en los asuntos de índole económico, que atañen al orden público económico, en razón de la permanente movilidad de los mercados y sus variables condiciones de funcionamiento, no son aplicables los principios de inamovilidad y rigidez que se observan en las sentencias de carácter civil, sin

¹⁶¹ *Ibíd.*, p. 266.

¹⁶² VALDÉS PRIETO, Domingo. 2006. Libre Competencia y Monopolio. *Op.cit.* p. 692.

¹⁶³ “Las diferencias entre cosa juzgada formal y cosa juzgada sustancial son claras. Mientras la primera se manifiesta en el mismo proceso en que se dictó, la segunda se proyecta fuera del juicio terminado por la resolución ejecutoriada, pues liga o vincula a los tribunales a dicha resolución en cualquier proceso posterior e incluso a autoridades diversas de la judicial. Ni el Presidente de la República, ni el Congreso pueden, en caso alguno, hacer revivir procesos fenecidos (Constitución Política, art. 73)”. ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. *Op.cit.* p. 135.

que se pueda en consecuencia reconocer dicho efecto en carácter substancial o de fondo, sino en carácter formal”¹⁶⁴.

Cabe advertir para terminar, que no por el hecho de que la sentencia posea el carácter de cosa juzgada formal y no material o sustancial, el TDLC se va a ver impedido de realizar una comparación entre dos demandas a fin de verificar si concurre la triple identidad. Así lo demuestra la Resolución N° 667 antes vista, por cuya cual la Comisión Resolutiva, luego de afirmar que las sentencias que emite poseen efecto de cosa juzgada formal, realiza un análisis entre los considerandos quinto y séptimo a fin de determinar si existe identidad de personas y cosa pedida, para después concluir en su considerando “octavo: Que, por consiguiente, al no existir identidad de personas ni de la cosa pedida, no se cumplen los requisitos copulativos del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, debiendo rechazarse la excepción de cosa juzgada y proceder esta Comisión a analizar el fondo de la materia”¹⁶⁵.

2.4.2. Procedimiento no contencioso.

En segundo lugar acerca de las potestades no contenciosas¹⁶⁶ del TDLC, el profesor VALDÉS señala que “corresponden a potestades administrativas destinadas a informar o absolver una conducta sobre un caso

¹⁶⁴ Resolución N° 667, considerando 3°, Comisión Resolutiva.

¹⁶⁵ Resolución N° 667, considerando 8°, Comisión Resolutiva.

¹⁶⁶ “El procedimiento no contencioso está creado como un instrumento administrativo-regulatorio, con el fin de revisar hechos, actos o convenciones celebrados o por celebrar y obtener una declaración del Tribunal que otorgue seguridad jurídica a consultantes”. MONTT OYARZÚN, Santiago. 2012. Condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de una operación de concentración en el derecho chileno. Santiago, Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales. p. 466.

particular”¹⁶⁷. De lo cual se desprende que contemplan dos modalidades: la potestad informativa que culmina en informes, y la potestad consultiva que culmina en resoluciones, las cuales deben ceñirse al procedimiento contemplado en el artículo 31 del DL N° 211.

2.4.2.1. Potestad informativa.

La potestad informativa tiene por objeto que el TDLC emita una declaración acerca de la estructura y funcionamiento de un mercado relevante, en base a determinados antecedentes entregados por la autoridad pública técnica de la respectiva industria u otras autoridades públicas o interesados. El informe es vinculante para las partes y no puede ser desconocido por la autoridad pública destinataria. A pesar de esto y debido a la variación en los mercados, la potestad informativa no posee autoridad de cosa juzgada. Así lo expresa Domingo VALDÉS cuando señala que “las conclusiones que obtiene este Tribunal Antimonopólico, con motivo del ejercicio de esta potestad informativa, son mutables en función de las variaciones o cambios que experimenten los mercados relevantes y competidores objeto del respectivo análisis. Por ello, no cabe sostener forma alguna de cosa juzgada judicial o administrativa en relación con la actividad de esta potestad pública informativa”¹⁶⁸.

2.4.2.2. Potestad consultiva.

En cuanto a la potestad consultiva, ésta se encuentra contemplada en el artículo 18 N° 2 del DL N° 211, que concede al TDLC la atribución para “conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional

¹⁶⁷ VALDÉS PRIETO, Domingo. 2006. Libre Competencia y Monopolio. *Op.cit.* p. 595.

¹⁶⁸ *Ibíd.*, p. 598.

Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”.

El profesor Domingo VALDÉS, en tanto, la define como una potestad pública de naturaleza administrativa radicada en el TDLC, que “busca prevenir o evitar la comisión de un injusto monopólico por la vía de pronunciarse sobre un hecho, acto o convención que no se ha ejecutado o celebrado, o advertir sobre las consecuencias nocivas para la libre competencia de la persistencia en un hecho, acto o contrato ya ejecutado o celebrado, solicitándose que aquél cese o éstos sean terminados o bien, de perseverarse en los mismos, éstos sean ajustados a ciertas condiciones que establecerá el propio Tribunal Antimonopólico”¹⁶⁹.

Respecto a la obligatoriedad de la decisión, el profesor Domingo VALDÉS observa que “si la resolución declara que la conducta consultada no contraviene la libre competencia, la consecuencia jurídica es que el autor de la misma no incurre en responsabilidad monopólica por la ejecución de aquella al tenor del art. 32 del Decreto Ley 211¹⁷⁰”.

Así, dicho artículo prescribe que “los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no acarrearán responsabilidad alguna en esa 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

¹⁶⁹ *Ibíd.*, p. 612.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, p. 621.

desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación”.

Con todo, esta norma no puede ser entendida como una regla de cosa juzgada, sino como un beneficio de inmunidad que sólo aplica a los procedimientos no contenciosos, “conforme al cual no hay responsabilidad anticompetitiva alguna en la medida que los actos o contratos se ejecuten o celebren de acuerdo con las decisiones del TDLC”¹⁷¹. De modo tal, que el consultante no podrá ser objeto de reproche en la medida que no infrinja las condiciones impuestas,

Así lo ha señalado también la Comisión de Libre Competencia de Abogados de Chile: “Este procedimiento, establecido en los artículos 31 y 32 del DL 211, fue creado como un procedimiento especial, no contencioso, declarativo, voluntario y de mera certeza, buscando con ello otorgar a las partes de una operación de concentración la posibilidad (entiéndase, discrecional) de consultar ésta ante el TDLC con el fin de obtener certeza jurídica que la operación a efectuar no resultará contraria a las normas de la libre competencia y que, por ende, de materializarse, no podría ser objeto de futuro reproche bajo la legislación antimonopólica”¹⁷².

Lo que produce como efecto que si las condiciones son infringidas no corresponde ejecutar la resolución antimonopólica del TDLC, sino formular un nuevo requerimiento, ya que al carecer de autoridad de cosa juzgada su exigibilidad no es inmediata. Por ende, frente a la infracción de la condición no

¹⁷¹ MONTT OYARZÚN, Santiago. *Op.cit.* p. 466.

¹⁷² Comisión de Libre Competencia. Colegio de Abogados de Chile A.G. 2012. Informe Comisión de Libre Competencia del Colegio de Abogados. [En línea] [file:///C:/Users/Afuentes/Downloads/Informe%20Comisi%C3%B3n%20Libre%20Competencia%20\(final+Sra%20Olga%20Feli%C3%BA\)%20\(4\)%20\(6\).pdf](file:///C:/Users/Afuentes/Downloads/Informe%20Comisi%C3%B3n%20Libre%20Competencia%20(final+Sra%20Olga%20Feli%C3%BA)%20(4)%20(6).pdf) p. 7.

es posible iniciar un nuevo procedimiento no contencioso, ya que se requiere de un procedimiento contencioso para que se discuta la contravención.

Así las cosas, la sentencia recaída en el proceso contencioso no vulnera el efecto del artículo 32 del DL N° 211, ni tampoco produce una superposición de efectos, ya que los emanados de la cosa juzgada de la causa contenciosa posterior son distintos de aquel. Adicionalmente, cabe advertir que el efecto de inmunidad del artículo 32 del DL N° 211, es procedente sólo respecto de las causas no contenciosas posteriores.

2.4.3. Acuerdos extrajudiciales.

Con respecto a la regulación de la cosa juzgada en el acuerdo extrajudicial, el artículo 39 letra ñ) del DL N° 211, señala en su inciso segundo que “el Tribunal deberá aprobar o rechazar el acuerdo en un plazo máximo de quince días hábiles, contados desde la fecha de la audiencia. Estas resoluciones una vez ejecutoriadas serán vinculantes para las partes que comparecieron al acuerdo y en su contra sólo procederá el recurso de reposición”.

A partir de esto, y tomando en consideración que en la actividad jurisdiccional antimonopólica, la sentencia del TDLC produce el efecto de cosa juzgada en términos formales, sumado al posible carácter de equivalente jurisdiccional del acuerdo extrajudicial, sería posible entender que la aprobación del acuerdo por el TDLC, produce el efecto de cosa juzgada una vez transcurrido el plazo para presentar el recurso de reposición, de tal forma que ni las partes ni terceros podrían con posterioridad exigir su revisión para que el o los agentes económicos sean juzgados por segunda vez por los

hechos que fueron materia del acuerdo, dentro del mismo proceso en que se pronunció.

Sin embargo, antes de llegar a una conclusión apresurada es necesario indicar que el TDLC en las siete primeras resoluciones aprobatorias de acuerdos extrajudiciales incorporó la siguiente cláusula:

“Lo anterior no implica pronunciamiento alguno de este Tribunal sobre los hechos que motivaron dicho acuerdo, ni limita eventuales derechos de terceros en relación con los mismos”.

Con posterioridad, el TDLC realizó una modificación en la redacción de la cláusula, pero sin alterar su sentido:

“Que la aprobación del presente acuerdo extrajudicial no implica pronunciamiento alguno de este Tribunal sobre los hechos a que se refiere, ni impide, en caso alguno, que terceros que pudieren verse afectados por eventuales infracciones a la libre competencia relacionados con dichos hechos puedan presentar las acciones que en su concepto procedan”.

Lo que ha dado lugar a que no exista claridad en cuanto al efecto que produce el acuerdo extrajudicial y por consiguiente, a la pregunta acerca de si produce o no cosa juzgada.

2.5. Discusión doctrinaria en cuanto a si el acuerdo extrajudicial produce o no cosa juzgada.

El profesor Jaime ARANCIBIA MATTAR afirma que “el efecto de este acuerdo extrajudicial no podría ser otro que el de un equivalente jurisdiccional que produce el efecto de cosa juzgada en última instancia”¹⁷³, de tal forma que “excluye una sentencia sobre el fondo o segundo procedimiento respecto de los mismos hechos”¹⁷⁴. Esto en razón de que el proceso de libre competencia trata sobre hechos de interés público, por lo tanto una vez ejercitada la acción por un sujeto legitimado y recaída sentencia firme, ésta producirá sus efectos respecto de todas las personas, sea que hubiesen intervenido o no en el proceso.

No obstante, el artículo 39 letra ñ) del DL N° 211 en su inciso segundo, señala que la resolución aprobatoria del acuerdo extrajudicial, una vez ejecutoriada, es vinculante para las partes que comparecieron al mismo. De tal forma, que ARANCIBIA MATTAR observa una deficiencia en su planteamiento, ya que a su parecer el precepto “permitiría la continuación del proceso o el inicio de un nuevo juicio por los mismos hechos con otros actores o acusados, incluso declarados culpables o inocentes en el acuerdo aprobado judicialmente”¹⁷⁵.

A lo cual se muestra crítico, ya que la eficacia *inter partes* del acuerdo extrajudicial como equivalente jurisdiccional, “es claramente inconsistente con el objeto del proceso de libre competencia, pues considera al actor y al

¹⁷³ ARANCIBIA, Jaime. *Op.cit.* p. 490.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, p. 491.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p. 491. Cabe hacer presente nuestra disconformidad con lo señalado por ARANCIBIA, ya que la aprobación del acuerdo extrajudicial no implica una declaración de culpabilidad o inocencia.

acusado individual como elementos identificadores del mismo, junto con el hecho, como si se tratara de un proceso de tutela de derechos subjetivos”¹⁷⁶.

Agrega que en conformidad a la redacción actual del precepto, el TDLC se debe pronunciar sobre los mismos hechos ante un cambio de la parte acusadora o acusada, por lo que el acuerdo tiene un efecto relativo que protege derechos subjetivos, en circunstancias que “cada parte del proceso actúa en defensa del interés de todos los habitantes del territorio nacional en materias de libre competencia, porque así lo ha establecido el legislador y, por tanto, los efectos del acuerdo que promueva se extienden a la nación toda”¹⁷⁷.

Frente a este error en la normativa, ARANCIBIA propone que una solución al problema sería la posibilidad de que el acusado se oponga a ser juzgado nuevamente, a través de la utilización del principio general de derecho del *non bis in idem*, el cual tiene por objeto evitar que aquellos conflictos que fueron resueltos por sentencia definitiva, sean conocidos nuevamente por la judicatura. De tal manera, que “si el juez natural en el conocimiento de un acuerdo extrajudicial ha declarado que los hechos descritos en el avenimiento no contravienen la libre competencia, debe entender que el conflicto jurídico ha sido resuelto eficazmente y en forma definitiva. No queda más que aplicar el principio *non bis in idem* para impedir la iniciación de un nuevo proceso sobre los mismos hechos”¹⁷⁸.

Por su parte, Rodrigo MATUS concuerda con ARANCIBIA acerca de que el acuerdo extrajudicial es un equivalente jurisdiccional que produce el efecto de cosa juzgada. Sin embargo, se desmarca de este en cuanto advierte que lo que se dota de estabilidad jurídica es el acuerdo mismo que presentan

¹⁷⁶ *Ibíd.*, p. 493.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, p. 492.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, p. 496.

las partes al TDLC para su aprobación, y no los hechos que lo motivaron, ya que respecto de estos no entra a un análisis de fondo.

MATUS sostiene que se trata de un procedimiento breve, en el que el TDLC dentro de los 15 días siguientes a la audiencia “no analizará los hechos de fondo que dan lugar al acuerdo, sino que analizará el acuerdo mismo en cuanto restrictivo o no de la libre competencia en base a la información que los propios interesados le han proporcionado”¹⁷⁹. De tal manera, que “si estima que el acuerdo mismo no es incompatible con la protección a la libre competencia lo aprobará, en caso contrario lo rechazará”¹⁸⁰.

Agrega que “suponer que el TDLC se pronuncia sobre los hechos en que se funda el acuerdo es un despropósito, pues ningún juez medianamente responsable (y menos en una materia de alto grado de complejidad) aprobaría una operación con los solos antecedentes que les presenten las partes y oyendo a los mismos interesados en la aprobación del acuerdo, esto llevaría a que toda solicitud de aprobación de acuerdo extrajudicial fuere rechazada y que esta herramienta terminara siendo inútil”¹⁸¹.

Es por esta razón que MATUS no concuerda con ARANCIBIA en cuanto a que el efecto de cosa juzgada del acuerdo extrajudicial consista “en que la licitud o ilicitud de un hecho no podrá ser juzgada una segunda vez”¹⁸², ya que el TDLC con la aprobación del acuerdo nunca se pronunció sobre el fondo del asunto, y en consecuencia, “sin primer pronunciamiento es imposible que haya un segundo”¹⁸³.

¹⁷⁹ MATUS, Rodrigo. *Op.cit.* p. 6

¹⁸⁰ *Ibíd.*, p. 3

¹⁸¹ *Ibíd.*, p. 3

¹⁸² ARANCIBIA, Jaime. *Op.cit.* p. 491.

¹⁸³ MATUS, Rodrigo. *Op.cit.* p. 5.

De tal manera, que para Rodrigo MATUS lo que se dota de estabilidad jurídica con la institución de la cosa juzgada es el acuerdo extrajudicial en sí mismo, lo que “implica que la FNE con posterioridad no podrá emprender una actuación en contravención a lo convenido en el acuerdo extrajudicial”¹⁸⁴, ni tampoco el agente económico involucrado, y así éste último “tendrá la tranquilidad que cuenta con la venia de la FNE (uno de los garantes de la libre competencia) para desarrollar la actividad que desea en los términos convenidos”¹⁸⁵.

En cuanto a la extensión subjetiva de la cosa juzgada, Rodrigo MATUS no concuerda con ARANCIBIA cuando éste afirma que “cada parte del proceso actúa en defensa del interés de todos los habitantes del territorio nacional en materias de libre competencia”¹⁸⁶, y que por ello el acuerdo extrajudicial produce efectos *ultra partes*, ya que a su parecer solamente la FNE “obra en interés de todos los habitantes del territorio nacional”¹⁸⁷.

Afirma que “la FNE es uno de los garantes de la libre competencia, por tanto, su actuación siempre se encamina hacia ese fin; proteger la libre competencia en los mercados. Si la FNE llega a algún acuerdo extrajudicial es porque estima que está protegiendo de buen modo la libre competencia. Formada esa convicción por la FNE se enviará el acuerdo y antecedentes para su aprobación al TDLC”¹⁸⁸.

Sin embargo, agrega que éste último organismo “no tiene injerencia en el acuerdo que se está adoptando, no propone bases para el mismo ni

¹⁸⁴ *Ibíd.*, p. 5.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, p. 5.

¹⁸⁶ ARANCIBIA, Jaime. *Op.cit.* p. 492.

¹⁸⁷ MATUS, Rodrigo. *Op.cit.* p. 6.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, p. 6.

modifica las existentes, simplemente aprueba o rechaza”¹⁸⁹, con lo cual no es posible sostener que el acuerdo extrajudicial produzca los mismos efectos que una sentencia del TDLC. Y expresa que si se estimase lo contrario, se llegaría a “una grave conclusión, consistente en que quién juzgaría sería la FNE y no el TDLC”¹⁹⁰.

Es por esta razón que MATUS concluye que el acuerdo extrajudicial es un equivalente jurisdiccional que sólo produce efectos *inter partes* entre la FNE y el agente económico.

En cuanto a los terceros, sostiene que se ven afectados por la cosa juzgada del acuerdo extrajudicial, ya que no podrán con posterioridad reclamar ante el TDLC que las cláusulas en donde se fijaron las condiciones para cada uno de los intervinientes son atentatorias a la libre competencia, pues el TDLC ya se pronunció sobre eso. No obstante, “nada impide que un tercero ejerza sus respectivos derechos y le pida al TDLC que se pronuncie sobre los hechos en que se sustenta dicho acuerdo. En ese caso, el TDLC entrará, por primera vez, al análisis detenido de los hechos que fueron fundamento del acuerdo. Y lo que se decida producirá efectos de cosa juzgada”¹⁹¹.

En este mismo sentido, Jordi NIEVA respalda el argumento de Rodrigo MATUS, al sostener con respecto a los allanamientos y transacciones como equivalentes jurisdiccionales, que las resoluciones que los reconocen tienen efecto de cosa juzgada, pero sólo en cuanto a su licitud “y con respecto al hecho de que se realizó ese allanamiento o transacción. Si bien se mira, esos puntos son los únicos que ha enjuiciado el juez, y por ello son los únicos que son aptos para tener eficacia de cosa juzgada. Aunque la transacción incluya

¹⁸⁹ *Ibíd.*, p. 6.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, p. 6.

¹⁹¹ *Ibíd.*, p. 7.

un reconocimiento de hechos de las partes, dicho reconocimiento no tiene otra eficacia que la de una declaración realizada ante un fedatario público, a la que habrá que atribuirle el valor probatorio que corresponda en cada ordenamiento jurídico. Pero en absoluto tendrá eficacia de cosa juzgada esa declaración de hechos, puesto que el juez no habrá practicado actividad probatoria y, por tanto enjuiciadora sobre la misma”¹⁹².

Argumento que se ve cuestionado por la Resolución de Término N° 65/2008 de fecha 15 de octubre de 2008¹⁹³, que acogió la excepción dilatoria de cosa juzgada interpuesta por CCU, quien sostenía que la acción incoada por Cervecera Artiagoitía se encontraba extinguida a consecuencia de la cosa juzgada producida por la conciliación alcanzada entre la FNE y CCU y aprobada por el TDLC con fecha 23 de julio de 2008. En tanto, que Cervecera Artiagoitía argumentaba “(i) que para que opere la cosa juzgada se requiere de una identidad entre la sentencia que dicte un tribunal y los hechos sometidos a su conocimiento, lo que no acontece en la especie, porque no habría existido pronunciamiento de este Tribunal respecto de los hechos denunciados en los autos Rol N° 153-08¹⁹⁴”; En dicha resolución el TDLC manifestó lo siguiente:

“Octavo. Que según se desprende claramente de una simple lectura del requerimiento presentado por la Fiscalía en los autos Rol N° 153-08 y de la demanda presentada por Cervecera Artiagoitía en estos autos, en ambas presentaciones se imputa a CCU la ejecución de unas mismas conductas supuestamente atentatorias contra la libre competencia; (...)

¹⁹² NIEVA FENOLL, Jordi. 2010. La Cosa Juzgada: El Fin de un Mito. Santiago, Legal Publishing Chile. p.16.

¹⁹³ Resolución de término N° 65/2008, de fecha 15 de octubre de 2008, en autos caratulados “*Demanda de Cervecería Artesanal Artiagoitía Hermanos Ltda. contra Cervecera CCU Chile Ltda*”, Rol N° C 169-08.

¹⁹⁴ *Ibíd.*, p. 3.

Duodécimo. Que, por otro lado, se debe tener especialmente presente que según lo dispone el artículo 39 letra b) del Decreto Ley N° 211, el Fiscal Nacional Económico representa el interés general de la colectividad en el orden económico, por lo que al presentar un requerimiento en contra de algún agente económico, representa en dicho proceso el interés de todos y cada uno de los potenciales perjudicados por las conductas denunciadas en su requerimiento;

Decimotercero. Que en la especie, dicha representación del interés general de la colectividad por parte del Fiscal Nacional Económico se puede apreciar en toda su dimensión, por cuanto, según se desprende de los términos del avenimiento celebrado entre la Fiscalía y CCU, sus efectos comprenden y benefician a todos y cada uno de los competidores de esta última, dentro de los que se encuentra Cervecera Artiagoitía;

Decimocuarto. Que, por otra parte, no puede aceptarse el argumento de Cervecera Artiagoitía según el cual, atendido que sería un ofendido inmediato y directo por las conductas de CCU, tendría derecho a perseguir directamente la sanción de dicha compañía por las supuestas conductas anticompetitivas que pudo haber cometido, a pesar del avenimiento celebrado entre dicha empresa y la FNE. Lo anterior, dado que la pretensión punitiva de Cervecera Artiagoitía no es sino la misma pretensión punitiva que podría tener la Fiscalía, que, por lo demás, es de interés general.

Así, a juicio de este Tribunal, no existe un interés individual en la persecución por parte de Cervecera Artiagoitía de la eventual responsabilidad de CCU por su supuesto actuar anticompetitivo.

En lo que respecta a las pretensiones de interés particular de Cervecera Artiagoitía, consistentes en que se modifiquen los contratos de exclusividad pactados por CCU con los distribuidores que conformarían el canal de consumo inmediato de cerveza, a juicio de este Tribunal, estas fueron plenamente resueltas por el avenimiento celebrado entre la Fiscalía y CCU¹⁹⁵.

De tal manera, que el TDLC desestima la demanda presentada por Cervecera Artiagoitía al considerar erradamente que las conductas imputadas por la FNE en su requerimiento han sido juzgadas por el avenimiento celebrado entre dicha institución y CCU, y han quedado debidamente representadas por la FNE, dado que ésta representa el interés general de la colectividad, de forma que no existiría un interés subjetivo inmediato para demandar.

No obstante, esta jurisprudencia es contraria al caso Cigarrillos I, en donde el TDLC por medio de una resolución posterior, de fecha 02 de junio de 2010, respalda el argumento sostenido por MATUS y NIEVA. Así, el Tribunal Antimonopólico rechazó la excepción de litispendencia interpuesta por la Compañía Chilena de Tabacos S.A., la cual argumentaba que la demanda deducida por Philip Morris carecía de eficacia por encontrarse en tramitación un procedimiento con el ejercicio de idéntica pretensión. En dicha resolución el TDLC manifestó textualmente lo siguiente:

“2) Que Philip Morris Chile Comercializadora Limitada sería sujeto pasivo inmediato o víctima de las presuntas conductas atentatorias a la libre competencia que imputa a Compañía Chilena de Tabacos S.A., por lo que sería titular de un derecho subjetivo independiente del interés general que busca amparar la Fiscalía Nacional Económica por medio de su requerimiento;

¹⁹⁵ Ibíd., p. 6-7.

3) Que, atendido lo señalado en el numeral precedente, la pretensión de Philip Morris Chile Comercializadora Limitada no debe quedar sujeta a lo obrado por la Fiscalía Nacional Económica hasta el momento, ni a las actuaciones futuras de la misma en el proceso;

4) Que el artículo 18 N° 1 del Decreto Ley N° 211 establece que este Tribunal tiene el deber de conocer a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, indistintamente y de forma no excluyente, las situaciones que pudiesen constituir infracciones al Decreto Ley N° 211”¹⁹⁶.

De esta forma, el TDLC rectificó su criterio en cuanto al rol del sujeto pasivo inmediato y directo de las conductas atentatorias a la libre competencia, reconociéndole un derecho subjetivo independiente del interés general de la Fiscalía Nacional Económica. A partir de lo cual es posible pensar que también se produce un cambio de criterio en la aceptación a tramitación de las demandas similares a la presentada por Cervecería Artiagoitía, a pesar de que exista un equivalente jurisdiccional que resuelva el conflicto.

2.6. El acuerdo extrajudicial no produce efecto de cosa juzgada sobre los hechos de fondo.

Es de la esencia del efecto de inimpugnabilidad de la cosa juzgada, el que no se vuelva a discutir judicialmente la licitud o ilicitud de los asuntos que fueron materia del medio de solución del conflicto jurídico, como puede ser, a

¹⁹⁶ Resolución de fecha 02 de junio de 2010, en autos caratulados “Demanda de Philip Morris Chile Comercializadora Ltda. contra Compañía Chilena de Tabacos S.A.”, Rol N° C 202-10.

modo de ejemplo, una sentencia ejecutoriada, una transacción o un acuerdo conciliatorio.

ARANCIBIA MATTAR considera que el acuerdo extrajudicial produce este efecto, de modo que excluye la posibilidad de que el TDLC analice los hechos objeto del acuerdo con posterioridad a su aprobación, en virtud de la aplicación del principio *non bis in idem*. Sin embargo, tal planteamiento resulta erróneo, por la circunstancia de que es el propio TDLC quien incorpora una cláusula en la resolución aprobatoria del acuerdo extrajudicial, en donde sostiene que sobre los hechos que motivaron el acuerdo subsisten los derechos de terceros, ya que no ha existido un pronunciamiento sobre ellos.

Cláusula con la cual se está conforme, ya que la brevedad del procedimiento de aprobación del acuerdo extrajudicial, contemplado en el artículo 39 letra ñ) del DL N° 211, no permite que el TDLC conozca los hechos de fondo objeto del acuerdo, lo que hace difícil pensar entonces que pueda realizar un pronunciamiento que afecte a los mismos.

MATUS descarta toda posibilidad de aquello, cuando afirma que “el TDLC no está juzgando los hechos que han motivado el presente acuerdo, si así fuere se suscitaría un procedimiento de lato conocimiento, sino que está ponderando el acuerdo, en cuanto compatible con la protección a la libre competencia”¹⁹⁷.

De esta manera, consideramos que si el TDLC no se ha pronunciado sobre la licitud o ilicitud de los hechos de fondo, no corresponde impedir que terceros accionen, para solicitar que sean analizadas y sancionadas judicialmente las conductas anticompetitivas que puedan haber sido cometidas

¹⁹⁷ MATUS, Rodrigo. *Op.cit.* p. 5

por los agentes económicos; pues en cuyo caso, el Tribunal Antimonopólico entraría por primera vez a conocer y juzgar los antecedentes que fundan el acuerdo extrajudicial.

2.7. Comparación entre la regulación del acuerdo extrajudicial con la de la conciliación.

La conciliación fue introducida en el DL N° 211 por la Ley 19.911 del año 2003, y se encuentra regulada en el artículo 22, inciso primero de dicho cuerpo normativo, en donde se estipula que “vencido el plazo establecido en el artículo 20 (para contestar el requerimiento o la demanda), sea que se hubiere evacuado o no el traslado por los interesados, el Tribunal podrá llamar a las partes a conciliación” –el paréntesis es nuestro-.

La conciliación, al igual que el acuerdo extrajudicial, es un medio de solución de conflictos de relevancia jurídica. Sin embargo, a diferencia de éste último que se puede suscribir mientras la investigación se encuentra en curso, la conciliación se lleva a cabo una vez iniciado el proceso jurisdiccional ante el TDLC, luego de vencido el plazo para contestar la demanda o requerimiento y antes de recibir la causa a prueba. De esta forma, para que se dé inicio al procedimiento conciliatorio, se requiere la existencia de un proceso en curso y “la apertura de una oportunidad procesal precisa para que el TDLC”¹⁹⁸ lo examine, pudiendo realizar el llamado a conciliación de oficio o a petición de parte.

¹⁹⁸ VALDÉS PRIETO, Domingo. 2014. La Conciliación Antimonopólica = Antitrust Reconciliation. Revista de Derecho Público. Vol 81. p. 158.

Para su suscripción, la conciliación antimonopólica exige el acuerdo de al menos dos partes en contienda, no siendo un requisito que la FNE sea una de ellas. De este modo, se pueden celebrar convenciones conciliatorias exclusivamente entre agentes económicos, como la alcanzada por Industria de Alimentos Trendy S.A. (“Trendy) y Nestlé Chile S.A. (Nestlé), así como también con la participación de la FNE, como sucede con la conciliación celebrada entre la FNE y Hoyts Cinemas Chile. Lo anterior, marca una diferencia con el acuerdo extrajudicial en donde la FNE necesariamente formará parte de él, ya que, como se señaló en el punto anterior, la oportunidad para celebrarlo es mientras la investigación se encuentre en curso, y en tanto no se haya iniciado un procedimiento consultivo o contencioso ante el TDLC.

En relación a esto, el profesor Domingo VALDÉS considera que la FNE debería ser parte en toda conciliación o al menos ser consultada por el TDLC, “para así disponer éste Tribunal Antimonopólico del máximo de antecedentes sobre una convención conciliatoria al tiempo de realizar el control de juridicidad antimonopólica”¹⁹⁹. Teniendo en cuenta que la FNE al intervenir en una conciliación continúa representado el interés de la sociedad en la tutela de la libre competencia.

Acerca del objeto de la conciliación, VALDÉS expresa que consiste “en una composición de las pretensiones procesales debatidas en el respectivo litigio”²⁰⁰, y agrega que en la medida que intervenga el ente fiscalizador además “debe contemplar a) el compromiso de que el o los requeridos cesen en la ejecución de las conductas cuestionados por el requerimiento; y b) el compromiso de que la FNE cese en su acción antimonopólica contra el o los

¹⁹⁹ *Ibíd.*, p. 160.

²⁰⁰ *Ibíd.*, p. 160.

requeridos que han suscrito la respectiva convención conciliatoria²⁰¹. En lo que coincide con el acuerdo extrajudicial, salvo por la circunstancia de que en éste último las partes no debaten sus pretensiones en el litigio antimonopólico pues se trata de un mecanismo de solución de conflictos extrajudicial.

La composición de las pretensiones procesales en la conciliación antimonopólica puede ser total o parcial. Será total cuando se logre “la terminación total de las pretensiones procesales esgrimidas por la FNE o un demandante contra un requerido o demandado”²⁰², en cuyo caso se pondrá término al litigio y el requerido o demandado perderá la calidad de tal; y será parcial cuando no exista un acuerdo respecto de todas las pretensiones aducidas o cuando no concurren todos los sujetos procesales activos o pasivos, en cuyo caso continuará el proceso con aquellas materias y partes que permanezcan en conflicto. Mientras que el acuerdo extrajudicial requiere que exista una concordancia total entre las condiciones propuestas por la FNE para dejar de investigar y no iniciar un procedimiento ante el TDLC, y las aceptadas por el agente económico.

La conciliación tiene el carácter de solemne, ya que debe ser formulada en un acta o documento escrito para ser presentada al TDLC para que éste de su aprobación, el cual tomará conocimiento de ella en una sola audiencia en donde escuchará los alegatos de las partes. Al igual como sucede en el acuerdo extrajudicial, con la diferencia de que respecto de la conciliación el artículo 22, inciso primero del DL N° 211 agregó que el TDLC deberá darle su aprobación “siempre que no atente contra la libre competencia”.

²⁰¹ *Ibíd.*, p. 160.

²⁰² *Ibíd.*, p. 161.

No obstante, a pesar de las pequeñas diferencias detectadas entre el acuerdo extrajudicial y la conciliación en materia de libre competencia, solamente ésta última ha sido reconocida por la doctrina y por la jurisprudencia civil y antimonopólica como equivalente jurisdiccional.

Así, en doctrina el profesor Domingo VALDÉS ha señalado que “una convención conciliatoria debidamente aprobada por el TDLC evita la continuación total o parcial de un litigio, sustituyendo la sentencia que naturalmente debería haber recaído sobre todo o parte del asunto en disputa y produciendo el efecto de cosa juzgada”²⁰³.

En cuanto a la jurisprudencia, la Corte Suprema ha sostenido que lo establecido en un acta de conciliación “tiene estrictamente el carácter de declaración hecha en una sentencia firme que produce todos sus efectos”²⁰⁴.

En tanto que la jurisprudencia antimonopólica, por resolución del TDLC que aprueba el acuerdo conciliatorio entre la FNE y las embotelladoras Andina S.A. y Coca-Cola Embonor, ha expresado que “es necesario tener presente que el artículo 22 del DL N° 211 establece la conciliación como equivalente jurisdiccional de una sentencia definitiva, debiendo esta magistratura pronunciarse sobre ella, dándole su aprobación siempre que no atente contra la libre competencia”²⁰⁵.

De manera tal, que los asuntos objeto de una conciliación aprobada por el TDLC gozan del efecto de cosa juzgada sobre los hechos de fondo y no podrán ser discutidos nuevamente en sede judicial.

²⁰³ *Ibíd.*, p. 167.

²⁰⁴ Corte Suprema, 23 de enero de 1968, RDJ, t. 65, sec. 1°, p. 89.

²⁰⁵ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución conciliación Fiscalía Nacional Económica y Embotelladora Andina S.A. y Coca-Cola Embonor S.A. p. 1.

Rodrigo MATUS, por su parte, se encuentra conforme con esta distinción de criterio, ya que la conciliación, a diferencia del acuerdo extrajudicial, “es una forma autocompositiva bilateral de carácter judicial asistida”²⁰⁶. Mientras que en los acuerdos extrajudiciales, el TDLC no tiene injerencia en su desarrollo, “no propone bases para el mismo ni modifica las existentes, simplemente aprueba o rechaza”²⁰⁷, lo que lleva al autor mencionado a justificar que el acuerdo no adquiriera el carácter de cosa juzgada sobre los hechos en que se sustenta. No obstante, considera que a pesar de ello es un equivalente jurisdiccional puesto que produce efecto de cosa juzgada sobre los compromisos que las partes han asumido.

En este mismo sentido, también se podría señalar que la conciliación, a diferencia del acuerdo extrajudicial, se produce dentro del proceso luego de que ambas partes han planteado sus pretensiones y defensas en los respectivos escritos, por lo que el juez alcanza un mayor grado de conocimiento del conflicto jurídico. Es más, toda conciliación “debe versar sobre todas y cada una de las pretensiones antimonopólicas formuladas por la FNE en su requerimiento o por la demandante en su demanda”²⁰⁸.

Argumentos con los cuales se está plenamente conforme, pero que sin embargo se podrían refutar si se considera que el hecho de que el TDLC no proponga bases de arreglo a las partes, no es un impedimento para que el acuerdo extrajudicial posea el efecto de cosa juzgada en su totalidad. Afirmar lo contrario sería desconocer la existencia de las formas autocompositivas bilaterales de carácter extrajudicial no asistidas, como son el avenimiento y la transacción, que producen el efecto de cosa juzgada y por ello son

²⁰⁶ MATUS, Rodrigo. *Op.cit.* p. 5.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 7.

²⁰⁸ VALDÉS PRIETO, Domingo. 2014. La Conciliación Antimonopólica = Antitrust Reconciliation. *Op.cit.* p. 161.

consideradas equivalentes jurisdiccionales por nuestro ordenamiento jurídico. Así lo establece el artículo 2460 del Código Civil respecto de ésta última, cuando prescribe que “la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia”, impidiendo que se dicte un fallo en contra de lo establecido en ella.

En esta misma línea, también podría parecer insuficiente el argumento respecto a que la diferencia de criterio entre el acuerdo extrajudicial y la conciliación se deba a que en esta última el juez alcance un mayor grado de conocimiento del conflicto jurídico al conocer las pretensiones y defensas dentro del proceso, ya que el artículo 39 letra ñ) del DL N° 211 contempla que dentro del 5° día hábil de recibido el acuerdo extrajudicial, el TDLC tomará conocimiento de él en una audiencia especialmente convocada para tal efecto a través de los alegatos de las partes que comparecieron al acuerdo, para que expresen sus pretensiones y defensas y de este modo se informe para luego tomar una decisión. Este mecanismo de acceso al universo informacional del TDLC puede resultar igual o más intensivo que lo que sucede a propósito de una conciliación.

2.8. El efecto de cosa juzgada emana del acuerdo extrajudicial recae sobre el acuerdo extrajudicial en sí mismo.

Rodrigo MATUS sostiene que lo analizado por el TDLC no son los hechos que han motivado el acuerdo extrajudicial, sino que el acuerdo mismo en cuanto a su compatibilidad con la protección a la libre competencia. Por esta razón postula que lo que se dota de estabilidad jurídica es dicho instrumento, de tal manera que ni la FNE, ni el agente económico podrán con

posterioridad emprender una actuación en contravención a lo convenido en el acuerdo extrajudicial²⁰⁹. Lo que lo lleva a concluir que el acuerdo es un equivalente jurisdiccional.

Sin embargo, esto podría ser criticado por quienes entienden que el objetivo del efecto de cosa juzgada, en términos generales, no se reduce a impedir que se discutan nuevamente los compromisos que cada una de las partes asumió, sino que también tales efectos impedirían que se vuelva a discutir la ilicitud de los hechos, actos o convenciones que fueron juzgados por el TDLC.

Para determinar entonces si lo planteado por MATUS tiene asidero, conviene realizar una comparación entre los presupuestos y características de los equivalentes jurisdiccionales con los presupuestos y características de los acuerdos extrajudiciales²¹⁰, con el fin de determinar si estos últimos son actos procesales que sustituyen el ejercicio de la jurisdicción, resolviendo conflictos de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada.

Así, es posible identificar en primer lugar que el acuerdo extrajudicial requiere la existencia de un conflicto de relevancia jurídica²¹¹, lo que cumple

²⁰⁹ MATUS, Rodrigo. *Op.cit.* p. 5.

²¹⁰ Examinados en el primer capítulo de esta memoria.

²¹¹ Rodrigo MATUS sostiene que en el acuerdo extrajudicial no hay un conflicto promovido entre las partes sobre el cual se pronuncia el TDLC. Así afirma que “no hay conflicto en esta materia y, por tanto, no hay proceso. De hecho, las partes actúan concertadas y ambas quieren lo mismo, a saber, la aprobación del acuerdo que se presenta”. MATUS, Rodrigo. *Op.cit.* p. 3. Mientras que el profesor Juan COLOMBO respecto de la transacción, que es un equivalente jurisdiccional bilateral de carácter extrajudicial que produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, expresa que “...para que se transija, es necesario un conflicto pendiente de solución o un proceso judicial en que se discuta. Como jurisprudencia en apoyo de lo afirmado puede mencionarse la sentencia de la Corte Suprema de 29 de mayo de 1911, que sentó la doctrina, que expresa que sólo pueden ser materias de la transacción las que son objeto de un juicio o sobre las cuales puede recaer la litis. La misma Corte, en sentencia de 25 de mayo de 1909, señalaba que es nulo el contrato de transacción por falta de objeto y de causa, cuando se celebra sin haber juicio pendiente o temor de que se inicie sobre la materia en que recae. Este fallo, sin duda, exige la preexistencia del conflicto subjetivo de intereses que denomina “temor de

con el primer presupuesto de los equivalentes jurisdiccionales, consistente en “la existencia de un conflicto de intereses de relevancia jurídica que surja de la infracción de normas legales que contemplen derechos disponibles”²¹². En segundo lugar, el acuerdo tiene como presupuesto la existencia de una declaración de voluntad de las partes tendiente a ponerle fin al conflicto, la cual se manifiesta en la suscripción del documento escrito, cumpliendo entonces con el segundo elemento que poseen los equivalentes. Finalmente, el acuerdo extrajudicial posee la autorización del sistema de libre competencia para ser un medio de solución de conflictos, al igual que lo requieren las soluciones autocompositivas.

De manera tal que, en una primera revisión, analizando únicamente los presupuestos de los equivalentes jurisdiccionales con los presupuestos de los acuerdos extrajudiciales, podemos establecer que éste último es un medio alternativo de solución de controversias.

Sin embargo, para llegar a una conclusión final se requiere comparar también las características de los equivalentes jurisdiccionales con las características de los acuerdos extrajudiciales. Así, vemos que los equivalentes jurisdiccionales se caracterizan por producir la acción y excepción de cosa juzgada, en tanto que los acuerdos extrajudiciales no producirían ésta última, en virtud de la cláusula incorporada por el TDLC que sostiene que la aprobación del acuerdo extrajudicial no implica pronunciamiento alguno sobre los hechos a que se refiere. No obstante, y en relación a lo planteado por MATUS acerca de que la cosa juzgada que emana del acuerdo extrajudicial recae sobre dicho instrumento y no sobre los hechos que lo motivaron, Jordi NIEVA expresa que “...yendo de más a menos, se

que se inicie”. COLOMBO CAMPBELL, Juan. 1997. Los Actos Procesales. *Op.cit.* p. 387. Discusión en la que se está de acuerdo con el profesor COLOMBO.

²¹² *Ibíd.*, p. 378.

pueden ir revisando todas las posibles resoluciones judiciales que pueden dictarse. Y se comprobará que todas ellas poseen efectos de cosa juzgada en la medida que lo precise la estabilidad de aquello que disponen”²¹³. De tal forma, que no sería necesario que el acuerdo extrajudicial se pronuncie sobre los hechos de fondo para que produzca efecto de cosa juzgada, ya que bastaría con la estabilidad de lo decidido por el TDLC en lo referente a la licitud del acuerdo y al hecho de haberse celebrado, para que no sea desconocido posteriormente ni por la FNE ni por el agente económico.

En segundo lugar, los equivalentes jurisdiccionales son actos procesales que reemplazan únicamente la voluntad de la jurisdicción, mientras que los acuerdos extrajudiciales reemplazan la voluntad de la jurisdicción y también las decisiones no contenciosas del TDLC, a raíz de que poseen la finalidad amplia de *desjudicializar casos de competencia*. Lo que para Domingo VALDÉS resulta del todo lógico con el objetivo del constituyente de “descargar al TDLC de parte de los múltiples procedimiento que se ventilan ante este tribunal especializado”²¹⁴.

Producto de ésta diferencia, el profesor Domingo VALDÉS sostiene que “los acuerdos comprendidos en la letra ñ) del artículo 39 del DL N° 211 exceden los equivalentes jurisdiccionales indicados”²¹⁵ (transacción, avenimiento y renuncia). Es decir, considera que no se les puede atribuir el carácter de soluciones autocompositivas porque además de la decisión jurisdiccional, comprenden las decisiones no contenciosas del TDLC, con lo que superan el espectro de casos abarcados por los equivalentes jurisdiccionales.

²¹³ NIEVA FENOLL, Jordi. *Op.cit.* p. 15.

²¹⁴ VALDÉS PRIETO, Domingo. 2010. Acuerdos Extrajudiciales Antimonopólicos y Principio de Eficiencia. *Op.cit.* p. 228.

²¹⁵ *Ibíd.*, p. 227.

Por otro lado, el profesor Jaime ARANCIBIA sostiene en su obra que “la cosa juzgada en libre competencia exhibe rasgos similares a la penal, para la cual es irrelevante la identidad de las partes y la causa de pedir. Ejercitado el poder de acusación por cualquier legitimado, y alcanzada la firmeza de la sentencia, ésta producirá efecto respecto de todos los sujetos, hayan o no intervenido en el proceso”²¹⁶. No obstante, tal planteamiento resulta erróneo, pues quedó establecido en esta memoria, que en el proceso de libre competencia, al igual en el proceso civil, el TDLC realiza un análisis comparativo de la triple identidad para determinar si existe cosa juzgada.

Razón por lo que a nuestro parecer, no sería correcto concluir que por el solo hecho de que la cláusula analizada diga que no limita eventuales derechos de terceros para accionar, carezca de cosa juzgada el efecto que emana de un acuerdo extrajudicial aprobado, ya que la cosa juzgada no afectaría el derecho de terceros que posean un interés independiente, en base a una causa de pedir distinta a la ya resuelta en un proceso anterior, para demandar. Siendo la existencia de un acuerdo extrajudicial, la causa de pedir para precaver un proceso de libre competencia.

Con todo, el TDLC ha modificado ésta cláusula en los últimos tres acuerdos extrajudiciales, a saber: (i) TDLC, AE 11-15, 29.01.15, C. 19; (ii) TDLC, AE 12-15, 16.09.15, C. 27; (iii) TDLC, AE 13-16, 28.01.2016, C. 26.

Por la siguiente:

“Que la aprobación del presente acuerdo extrajudicial implica un pronunciamiento sobre los hechos a que se refiere, en especial sobre las medidas de mitigación acordadas, y no impide

²¹⁶ ARANCIBIA, Jaime. *Op.cit.* p. 491.

que terceros que pudieran verse afectados por eventuales infracciones a la libre competencia puedan presentar las acciones (...)"

Esta nueva cláusula, al contrario de la cláusula anterior, expresa que existe un pronunciamiento del TDLC sobre los hechos que han motivado el acuerdo extrajudicial, permitiendo de este modo el efecto de cosa juzgada sobre los mismos. De lo cual es posible inferir que la anterior redacción significaba que ese Tribunal entendía que los acuerdos extrajudiciales no producían esos efectos, lo que respalda nuestro planteamiento.

Sin embargo, incluso con la nueva redacción, es posible que terceros aleguen que no les afecta la cosa juzgada del acuerdo extrajudicial porque poseen un interés independiente generado de hechos diversos que configuran una causa de pedir distinta.

De esta forma, podemos concluir que el acuerdo extrajudicial es un equivalente jurisdiccional, que con la anterior redacción de la cláusula el efecto que emanaba del acuerdo recaía únicamente sobre el acuerdo en sí mismo y no sobre los hechos de fondo. No obstante, con la actual redacción, además permite la cosa juzgada sobre los hechos que lo han motivado, lo cual no significa que ningún tercero podrá accionar, ya que dicho efecto no afecta el derecho de terceros que posean un interés independiente en base a una causa de pedir distinta.

CONCLUSIONES

De lo expresado, es posible concluir que el acuerdo extrajudicial no produce efecto de cosa juzgada sobre los hechos de fondo, ya que concordamos con la postura de Rodrigo MATUS acerca de que la brevedad del procedimiento de aprobación del acuerdo, contemplado en el artículo 39 letra ñ) del DL N° 211, no permite que el TDLC tome conocimiento de los mismos, lo que hace difícil pensar entonces que pueda realizar un juzgamiento sobre ellos. Motivo por el cual estimamos que la cláusula incorporada por el TDLC en la resolución aprobatoria del acuerdo extrajudicial resulta apropiada.

En esta misma línea, consideramos que si el TDLC no se ha pronunciado sobre la licitud o ilicitud de los hechos de fondo objeto del acuerdo, no corresponde impedir que terceros accionen para solicitar que sean analizadas y sancionadas judicialmente las conductas anticompetitivas que puedan haber sido cometidas por los agentes económicos, pues en cuyo caso el Tribunal Antimonopólico entraría por primera vez a conocer y juzgar los antecedentes que fundan el acuerdo extrajudicial.

Sin embargo, de lo señalado no es posible establecer que el acuerdo extrajudicial carezca del efecto de cosa juzgada en términos absolutos, ya que de conformidad a lo sostenido por el profesor Jordi NIEVA acerca de que "...se pueden ir revisando todas las posibles resoluciones judiciales que pueden dictarse. Y se comprobará que todas ellas poseen efectos de cosa juzgada en la medida que lo precise la estabilidad de aquello que disponen"²¹⁷, cabe concluir que basta con se requiera la estabilidad de lo decidido por el TDLC en lo referente a la licitud del acuerdo y al hecho de haberse celebrado, para que

²¹⁷ NIEVA FENOLL, Jordi. *Op.cit.* p. 15.

el acuerdo extrajudicial produzca el efecto de cosa juzgada. No siendo necesario que la resolución impida que se discuta la ilicitud de los hechos para que emane de ella dicho efecto.

Por otro lado, consideramos erróneo el planteamiento de la doctrina acerca de que en el proceso de libre competencia, a diferencia del proceso civil, no tiene aplicación la teoría de la triple identidad de la cosa juzgada, bajo el argumento de que no busca resguardar intereses de sujetos jurídicos particulares, sino que la satisfacción de un interés público, ya que no resulta consistente con la jurisprudencia del TDLC, donde se discute triple o doble identidad para resolver las excepciones de cosa juzgada y litispendencia. Ni tampoco resulta concordante con la jurisprudencia de este tribunal que rectificó su criterio en cuanto al rol del sujeto pasivo inmediato y directo de las conductas atentatorias a la libre competencia, reconociéndole un derecho subjetivo independiente del interés general de la Fiscalía Nacional Económica.

Razones por lo que a nuestro parecer, no es correcto concluir que por el solo hecho de que la cláusula analizada diga que no limita eventuales derechos de terceros para accionar, carezca de cosa juzgada el efecto que emana de un acuerdo extrajudicial aprobado; puesto que la institución de cosa juzgada no afecta el derecho de terceros que posean un interés independiente en base a una causa de pedir distinta a la ya resuelta en un proceso anterior, para demandar. Siendo la existencia de un acuerdo extrajudicial, la causa de pedir para precaver un proceso de libre competencia.

Por todo lo cual, consideramos que lo que se dota de estabilidad jurídica con la institución de la cosa juzgada es el acuerdo extrajudicial en sí mismo, ya que lo que hace el TDLC es ponderar el acuerdo en cuanto a su compatibilidad con la protección a la libre competencia, lo que “implica que la

FNE con posterioridad no podrá emprender una actuación en contravención a lo convenido en el acuerdo extrajudicial”²¹⁸, ni tampoco el agente económico involucrado, y así éste último “tendrá la tranquilidad que cuenta con la venia de la FNE (uno de los garantes de la libre competencia) para desarrollar la actividad que desea en los términos convenidos”²¹⁹.

De tal manera, que estimamos justificada la distinción de criterio realizada por la doctrina y por la jurisprudencia civil y antimonopólica con respecto a la conciliación, en cuanto al reconocimiento de su capacidad para producir el efecto de cosa juzgada sobre los hechos de fondo, debido a que ella, a diferencia del acuerdo extrajudicial, se produce dentro del proceso luego de que ambas partes han planteado sus pretensiones y defensas en los respectivos escritos, por lo que el juez alcanza un mayor grado de conocimiento del conflicto jurídico. Es más, toda conciliación “debe versar sobre todas y cada una de las pretensiones antimonopólicas formuladas por la FNE en su requerimiento o por la demandante en su demanda”²²⁰.

En consecuencia, es posible concluir que el acuerdo extrajudicial es un equivalente jurisdiccional que produce el efecto de cosa juzgada, el cual recae sobre el acuerdo en sí mismo y no sobre los hechos de fondo.

Con todo, producto de la modificación de la cláusula en los últimos 3 acuerdos extrajudiciales es posible entender que existe un pronunciamiento del TDLC sobre los hechos que han motivado el acuerdo extrajudicial, permitiendo de este modo el efecto de cosa juzgada sobre los mismos. El cual es un argumento más para respaldar nuestro planteamiento acerca de que la

²¹⁸ *Ibíd.*, p. 5.

²¹⁹ *Ibíd.*, p. 5.

²²⁰ VALDÉS PRIETO, Domingo. 2014. La Conciliación Antimonopólica = Antitrust Reconciliation. *Op.cit.* p. 161.

anterior redacción de la cláusula significaba que este Tribunal entendía que los acuerdos extrajudiciales no producían dicho efecto.

No obstante, cabe sostener que incluso con la nueva redacción, es posible que terceros aleguen que no les afecta la cosa juzgada del acuerdo porque poseen un interés independiente generado de hechos diversos que configuran una causa de pedir distinta.

BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. 1998. Tratado de Derecho Civil: Partes preliminar y general. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I.

ANABALÓN SANDERS, Carlos. Tratado práctico de Derecho Procesal Civil. Tomo III.

ARANCIBIA, Jaime. 2013. Sobre el acuerdo extrajudicial de la Fiscalía Nacional Económica. Precedente, Cosa Juzgada y Equivalentes Jurisdiccionales en la Litigación Pública. Santiago, Editorial Legal Publishing.

ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo. 2003. Teoría General del Proceso: Principios, instituciones y categorías procesales. México, Editorial Porrúa.

CASARINO VITERBO, Mario. 2005. Manual de Derecho Procesal. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo III.

CARNELUTTI, Francesco. 1944. Sistema de derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Editorial UTEHA Argentina. V 1.

CARNELUTTI, Francesco. 1959. Instituciones del Proceso Civil. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. V 1.

COLOMBO CAMPBELL, Juan. 1991. La Jurisdicción en el Derecho Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

COLOMBO CAMPBELL, Juan. 1997. Los Actos Procesales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. V 2.

COLOMBO CAMPBELL, Juan. 1980. La Jurisdicción, el acto jurídico procesal y la Cosa Juzgada en el Derecho Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

COUTURE, Eduardo. 1958. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Depalma.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. 2005. Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil. Navarra, Thomson Civitas.

EPSTEIN, Richard. 2007. Antitrust Consent Decrees in Theory and Practice, why less is more. The AEL Press. Washington D.C. Estados Unidos, American Enterprise Institute.

FICALIA NACIONAL ECONOMICA. 2012. Guía para el análisis de las operaciones de concentración. [En línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>

GINSBURG H. Douglas. 2012. Antitrust Settlements: The Culture of Consent. [En línea] http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/1318AntitrustSettlements.pdf

HERCE QUEMADA, Vicente. 1968. La Conciliación como medio de evitar el Proceso Civil. En: Revista de Derecho Procesal. N° 1.

HOYOS HENRECHSON, Francisco. 2001. Temas Fundamentales de Derecho Procesal. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.

JORQUERA GONZÁLEZ, Laura y NILO DUQUE, Camila. 2014. La Conciliación en la Libre Competencia. Memoria para optar al título de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. 2011. El Principio Ne Bis In Idem en el Derecho Penal Chileno. Santiago, Revista de Estudios de la Justicia.

MATTAR PORCILE, Pedro. 2005. La representación del interés general en el sistema de libre competencia: su significado y alcance. Santiago, Fiscalía Nacional Económica en Día de la Competencia.

MATUS, Rodrigo. Análisis cláusula “sin que lo anterior implique pronunciamiento alguno de este Tribunal sobre los hechos que motivaron dicho acuerdo, ni limitación a eventuales derechos de terceros en relación a los mismos”. Inédito.

MONTT OYARZÚN, Santiago y AGÜERO VARGAS, Francisco. Amicus Curiae, en las causas Rol AE-03-11 y Rol NC 388-11, tramitados ante el TDLC. Santiago, Centro de Regulación y Competencia.

MONTT OYARZÚN, Santiago. 2012. Condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de una operación de concentración en el derecho chileno. Santiago, Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales.

NIEVA FENOLL, Jordi. 2010. La Cosa Juzgada: El Fin de un Mito. Santiago, Legal Publishing Chile.

NUÑEZ OJEDA, Raúl. 2009. Negociación, mediación y conciliación: como métodos alternativos de solución de controversias. [En línea] <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/05/Informe-Metodos-Alternativos.pdf>

OWEN, Fiss. Contra el Acuerdo Extrajudicial. [En línea] http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica05.pdf

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. Resolución Alternativa de Conflictos. [En línea] <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/709.pdf>

PEREIRA ANABALÓN, Hugo. 1997. La Cosa Juzgada en el Proceso Civil. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.

PEREIRA ANABALÓN, Hugo. 1954. La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil Chileno.

RIED UNDURRAGA, Ignacio. 2015. Tres cuestiones sobre la excepción de litispendencia en el proceso civil chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLV.

ROMERO SEGUER, Alejandro. 2002. La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

ROMERO SEGUER, Alejandro. 2012. La sentencia judicial como medio de prueba. Santiago. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 39 N° 2.

TAVOLARI, Raúl. 2011. Informe en Derecho, agregado a fojas 157 de los autos caratulados “Acuerdo Extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y Lan Airlines S.A.”, Rol AE 03-11, seguidos ante el TDLC. [En línea] [http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/INFORME%20EN%20DERECHO%20RA%C3%9AL%20TAVOLARI%20\(LAN\)%20AE%2003-11.pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/INFORME%20EN%20DERECHO%20RA%C3%9AL%20TAVOLARI%20(LAN)%20AE%2003-11.pdf)

VALDÉS PRIETO, Domingo. 2006. Libre Competencia y monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

VALDÉS PRIETO, Domingo. 2007. Independencia de La Fiscalía Nacional Económica: Una proposición para garantizarla. Santiago, Expansiva.

VALDÉS PRIETO, Domingo. 2014. La Conciliación Antimonopólica = Antitrust Reconciliation. En: Revista de Derecho Público. N° 81.

VALDÉS PRIETO, Domingo. 2010. Acuerdos Extrajudiciales Antimonopólicos y Principio de Eficiencia. En: Revista de Derecho Público. N° 73.

VALDÉS PRIETO, Domingo. 2009. Informe en Derecho titulado “Acerca de una Conciliación entre Fiscalía Nacional Económica y Farmacias Ahumada S.A.”, agregado a fojas 616 de los autos caratulados “Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros, Rol N° 184-2008, seguidos ante el TDLC. [En línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe%20en%20derecho%20sobre%20Conciliaci%C3%B3n%20D.%20Vald%C3%A9s.pdf>

SILBERBERG, Constanza y HERÍQUEZ, María José. 2007. Fundamentos de la Libre Competencia. Memoria para optar al título de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.