



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Económico

DISEÑO INSTITUCIONAL Y REVISIÓN JUDICIAL EN SEDE DE LIBRE COMPETENCIA

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor: Pedro Sepúlveda Escalante

Profesor Guía: Jorge Grunberg Pilowsky

Santiago, 2017

A la memoria de mi madre
A mi padre, cuyo apoyo es incommensurable
A Susan, por su guía desde que tengo memoria
A mis amigos, con quienes este viaje se hace más fácil
A mis maestros, por sus constantes enseñanzas
A Victoria, mi pequeño haz de luz

TABLA DE CONTENIDOS.

| | |
|--|------|
| ÍNDICE DE ILUSTRACIONES Y CUADROS..... | vii |
| RESUMEN. | viii |
| INTRODUCCIÓN. | 1 |

CAPÍTULO 1: PRINCIPIOS RELEVANTES EN EL DISEÑO INSTITUCIONAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. 7

| | |
|---|----|
| 1.1. PRINCIPIOS INVOLUCRADOS EN EL DISEÑO INSTITUCIONAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. | 7 |
| 1.1.1. Administrabilidad de las normas..... | 9 |
| 1.1.2. Eficiencia Administrativa – Debido Proceso. | 14 |
| 1.1.3. Experticia – Objetividad..... | 17 |
| 1.2.4. Independencia – <i>Accountability</i> | 19 |
| 1.2.5. Transparencia – Confidencialidad..... | 22 |
| 1.2.6. Predictibilidad – Flexibilidad. | 27 |

CAPÍTULO 2: DISEÑO INSTITUCIONAL EN LIBRE COMPETENCIA..... 31

| | |
|--|----|
| 2.1. MODELOS DE DISEÑO INSTITUCIONAL EN LIBRE COMPETENCIA. | 31 |
| 2.1.1. Modelo judicial bifurcado. (“ <i>Bifurcated judicial model</i> ”). | 32 |
| 2.1.2. Modelo de agencia integrada. (“ <i>Integrated agency model</i> ”). | 32 |
| 2.1.3. Modelo de agencia bifurcada (“ <i>Bifurcated agency model</i> ”). | 33 |
| 2.2. DISEÑO INSTITUCIONAL DE LIBRE COMPETENCIA EN EL DERECHO CHILENO. | 35 |
| 2.2.1. Fiscalía Nacional Económica (FNE). | 37 |
| 2.2.2. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). | 38 |
| 2.2.3. Corte Suprema. | 41 |
| 2.3. POTESTADES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. | 42 |
| 2.3.1. Potestad Jurisdiccional o Contenciosa. | 43 |
| 2.3.2. Potestades Extrajurisdiccionales. | 44 |
| 2.3.2.1. Potestad Consultiva. | 44 |

| | |
|---|----|
| 2.3.2.2. Potestad Normativa (Externa)..... | 46 |
| 2.3.2.3. Potestad Propositiva..... | 47 |
| 2.3.2.4. Nueva Potestad Revisora de operaciones de concentración..... | 50 |
| 2.3.2.5. Nueva Potestad Normativa Interna..... | 52 |
| 2.3.2.6. Potestad Informativa..... | 53 |

CAPÍTULO 3: LA REVISIÓN JUDICIAL EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA CHILENO..... 55

| | |
|--|----|
| 3.1. EL RECURSO DE RECLAMACIÓN..... | 55 |
| 3.1.1. Naturaleza jurídica del recurso de reclamación..... | 57 |
| 3.1.2. Disposiciones legales..... | 59 |
| 3.1.2.1. Procedimiento Contencioso..... | 59 |
| 3.1.2.2. Procedimiento No Contencioso..... | 60 |
| 3.1.2.3. Nuevo procedimiento para conocer del recurso de revisión especial..... | 67 |
| 3.1.2.4. Nuevo procedimiento especial para reclamar indemnizaciones de perjuicios..... | 69 |
| 3.1.3. Historia de la Ley..... | 71 |
| 3.1.4. Jurisprudencia..... | 79 |
| 3.2. CONSECUENCIAS DE LA NATURALEZA JURÍDICA ATRIBUÍDA AL RECURSO DE RECLAMACIÓN..... | 81 |
| 3.2.1. Inadmisibilidad de la apelación..... | 81 |
| 3.2.2. Adhesión a la apelación..... | 82 |
| 3.2.3. Recurso de hecho..... | 83 |

CAPÍTULO 4: ANÁLISIS DE CASOS CONTENCIOSOS Y NO CONTENCIOSOS RELEVANTES CONOCIDOS POR LA CORTE SUPREMA EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA..... 87

| | |
|---|----|
| 4.1. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA..... | 87 |
| 4.1.1. Demanda de Producción Química y Electrónica QUIMEL S.A. contra James Hardie Fibrocementos Ltda. (Caso James Hardie)..... | 87 |
| 4.1.2. Requerimiento de la FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros (Caso Oxígeno)..... | 92 |

| | |
|---|------------|
| 4.1.3.Requerimiento de la FNE contra Telefónica Móviles de Chile S.A. y otros. (Caso OMV). | 96 |
| 4.1.4.Requerimiento de la FNE contra Abercrombie & Kent y otros (Caso Explora). | 101 |
| 4.2. JURISPRUDENCIA NO CONTENCIOSA..... | 107 |
| 4.2.1.Consulta de SUBTEL sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso publico de telefonía móvil digital avanzado. (Caso “3G”). | 107 |
| 4.2.2.Consulta de CONADECUS sobre operación de concentración de LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A. (Caso LAN-TAM). | 113 |
| 4.2.3.Consulta de Organización TERPEL Chile S.A. y QUIÑENCO S.A. relativa a la adquisición por parte de QUIÑENCO S.A. de los activos de las sociedades Petróleos Trasandinos S.A. y Operaciones y Servicios TERPEL Limitada. (Caso Shell-Terpel). | 117 |
| 4.2.4.Procedimiento para la dictación de Instrucción General sobre los efectos en la libre competencia de la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía "tarifas <i>on-net</i> / <i>off-net</i> ". (Caso ICG 2). | 127 |
| | |
| CAPÍTULO 5: LA DEFERENCIA EN LA LIBRE COMPETENCIA. | 145 |
| 5.1. CONSIDERACIONES PREVIAS. | 145 |
| 5.2. EL CASO CHILENO: DATOS EMPÍRICOS SOBRE CONFIRMACIÓN Y REVOCACIÓN DE DECISIONES DEL TDLC. | 147 |
| 5.2.1.Revisión judicial de casos contenciosos..... | 147 |
| 5.2.2.Revisión judicial de casos no contenciosos..... | 152 |
| 5.3. CORTE SUPREMA: EXPERTICIA Y DEFERENCIA. | 155 |
| 5.3.1.Tribunal generalista versus Tribunal especializado. | 155 |
| 5.3.2.Legitimación de los organismos especializados ante la Corte Suprema. | 158 |
| 5.3.3.El funcionamiento en salas de la Corte Suprema. | 160 |
| 5.4. LA EXPERIENCIA COMPARADA: DEFERENCIA Y LA <i>CHEVRON RULE</i> EN EE.UU..... | 162 |
| 5.4.1.Ventajas de la aplicación de la <i>Chevron rule</i> | 164 |
| 5.4.2.Desventajas de la aplicación de la <i>Chevron rule</i> | 166 |
| 5.4.3.Importancia..... | 171 |
| 5.5. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN..... | 171 |
| 5.6. CONSIDERACIONES FINALES..... | 176 |

| | |
|----------------------------|------------|
| CONCLUSIONES. | 179 |
| BIBLIOGRAFÍA. | 183 |
| ANEXO. | 193 |

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES Y CUADROS.

| | |
|---|-----|
| Tabla 1: Casos en que TDLC impone multas y Corte Suprema las modifica, aumentando su monto..... | 148 |
| Tabla 2: Casos en que TDLC impone multas y Corte Suprema las modifica, disminuyendo su monto. | 149 |
| Tabla 3: Casos en que TDLC impone multas, pero Corte Suprema las suprime completamente. | 149 |
| Tabla 4: Casos en que TDLC no impone multas, pero sí las fija la Corte Suprema. ... | 150 |
| Tabla 5: Cantidad de decisiones del TDLC revocadas o confirmadas por la Corte Suprema. | 150 |
| Tabla 6: Casos contenciosos revocados por la Corte Suprema. | 152 |
| Tabla 7: Resoluciones de consulta del TDLC confirmadas o revocadas por la Corte Suprema. | 153 |
| Tabla 8: Instrucciones de Carácter General pronunciadas por TDLC..... | 154 |
| Tabla 9: Otras resoluciones de término revisadas por la Corte Suprema. | 154 |

ANEXO:

| | |
|--|-----|
| Tabla 10: Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes. Diseño institucional del organismo de la competencia. | 193 |
| Tabla 11: Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes. Organismos institucionales: Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor..... | 197 |

DISEÑO INSTITUCIONAL Y REVISIÓN JUDICIAL EN SEDE DE LIBRE COMPETENCIA.

RESUMEN.

En el Derecho de la Libre Competencia convergen diversos principios, los cuales moldean cada diseño institucional implementado. Los desajustes entre estos principios producen efectos en diversas áreas, como lo es la revisión judicial.

En Chile, las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) pueden ser impugnadas mediante el recurso de reclamación, siendo conocido por la Corte Suprema. Sin embargo, tal recurso posee una naturaleza jurídica legalmente indeterminada, quedando su precisión en manos de la misma Corte Suprema. La Corte Suprema chilena asimila el recurso de reclamación al recurso de apelación, permitiéndose revisar tanto los hechos, como el derecho y los aspectos económicos y de política pública contenidos en las decisiones del TDLC.

Esto crea tensiones entre el TDLC y la Corte Suprema, además resulta contrario al diseño institucional de libre competencia chileno, al carácter generalista de la Corte y al carácter especializado del TDLC, debiendo corregirse a través de modificaciones legales relativas a la naturaleza jurídica del recurso de reclamación, al estándar de revisión y al reconocimiento de la deferencia como mecanismo de limitación de la revisión judicial.

Palabras claves: Libre competencia, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Corte Suprema, diseño institucional, revisión judicial, recurso de reclamación, experticia, deferencia.

INTRODUCCIÓN.

En Chile, el Derecho de la Competencia posee un origen más o menos reciente y su evolución en las últimas décadas ha sido vertiginoso, caracterizándose por recibir influencias del Derecho Comparado, especialmente del *Common Law*. Así, el Derecho de la Competencia adquiere un carácter insular, en donde toma gran relevancia el precedente jurisprudencial, a diferencia de lo que ocurre en otras áreas del Derecho más tradicionales, donde prima la herencia del Derecho Continental y la ley como la principal fuente jurídica.

Atendiendo a esta característica especial del Derecho de la Competencia nacional, para su perfeccionamiento es factible la adopción de instituciones y herramientas ya presentes en el Derecho Comparado, especialmente provenientes de EE.UU. y de la Unión Europea. Y, si bien es posible – y deseable – una convergencia armónica, pueden darse situaciones en que no sea así, debido a que el Derecho de la Competencia también recibe influencia de otras ramas del Derecho chileno – como el Derecho Administrativo y el Derecho Procesal – donde predomina el Derecho Continental. Estas inarmonías se producen por la interacción de principios que están interrelacionados, pero que están en tensión.

La planificación e implementación de un diseño institucional no es neutro, pues en su ajuste intervienen diversos principios que adquieren o pierden importancia dependiendo de la decisión política y técnica que se pretenda incentivar. De esta manera, la interacción de estos principios se expresa en cada modelo institucional, moldeándolo y haciéndolo único, tanto dentro como fuera del ordenamiento jurídico. Esta interacción entre principios no es siempre pacífica, siendo necesario realizar una ponderación entre ellos.

Las tensiones entre principios pueden generar desajustes a nivel de diseño institucional, como ocurre con la revisión judicial. En nuestro estudio nos centraremos en la relación entre el diseño institucional de libre competencia nacional y la revisión judicial realizada por la Corte Suprema respecto de las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC) a través del recurso de reclamación.

El principal desajuste en materia de revisión judicial guarda relación con la naturaleza jurídica del recurso de reclamación, la cual es indeterminada. El propio diseño

institucional dota al TDLC de potestades jurisdiccionales y extrajurisdiccionales, y no existe plena certeza si respecto de estas últimas es posible la revisión judicial mediante aquel recurso.

Luego, respecto al estándar de revisión de las decisiones del TDLC a través del recurso de reclamación, tampoco parece existir certeza respecto de si la Corte Suprema puede conocer tanto de los hechos como del derecho, o sólo de éste último. Si bien el TDLC está sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, este último Tribunal es eminentemente de carácter generalista, mientras que el TDLC se caracteriza por su carácter especializado en materias de libre competencia.

En virtud de todo lo anterior, los objetivos de la presente Memoria son contribuir al debate respecto de (i) cuáles son los principios que informan el Derecho de la Competencia en Chile, (ii) cómo tales principios influyen en el diseño institucional de revisión judicial en sede de libre competencia, (iii) evaluar la situación nacional respecto de la revisión judicial, y (iv) presentar posibles soluciones al respecto.

El Capítulo 1 versa sobre los principios relevantes en la creación e implementación de un diseño institucional en el Derecho de la Competencia y cómo estos se manifiestan y colisionan entre sí.

El Capítulo 2 trata sobre el diseño institucional en libre competencia, cómo se crean distintos modelos en atención a la ponderación de determinados principios por sobre otros; lo que ocurre en Chile; los diversos organismos que intervienen, finalizando con una aproximación respecto de las potestades que posee el TDLC.

El Capítulo 3 se enfoca en la revisión judicial en Chile, conforme al actual diseño institucional de libre competencia. En este capítulo intentaremos revelar la naturaleza jurídica del recurso de reclamación, revisando diversas fuentes, como la ley, la historia de la ley y la jurisprudencia. Además, analizaremos la revisión judicial desde la perspectiva de cada una de las potestades jurisdiccionales y extrajurisdiccionales del TDLC.

El Capítulo 4 comprende un análisis jurisprudencial pormenorizado de algunos casos relevantes (tanto contenciosos como no contenciosos) en los cuales se manifiesta la

constante tensión entre la Corte Suprema y el TDLC, producto de los desajustes de diseño institucional que afectan la revisión judicial.

Finalmente, el Capítulo 5 trata sobre la eventual procedencia de la deferencia en sede de libre competencia como solución, haciendo referencia a la situación actual en el caso chileno; a la tensión entre tribunal especial y tribunal generalista; y, a lo que ocurre en EE.UU. con el caso *Chevron*. Adicionalmente, se formulan propuestas de solución, con el objeto de perfeccionar el actual diseño institucional, específicamente en relación al recurso de reclamación.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIOS RELEVANTES EN EL DISEÑO INSTITUCIONAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

Un diseño institucional coherente resulta esencial en cualquier ordenamiento jurídico, en cualquier área del Derecho. Y el Derecho de la Competencia no es la excepción.

Los pilares de un diseño institucional son los principios que lo informan, pues sirven de base y, en virtud de ellos, un sistema jurídico va construyéndose y respondiendo a las diversas interrogantes y necesidades que surgen con el paso del tiempo.

Los principios del Derecho de la Competencia deben ser armónicos con el ordenamiento jurídico en el que está inmerso. Por ejemplo, en Chile, la legislación angular en materia de libre competencia es el Decreto Ley N° 211 (en adelante DL 211)¹ y sus principios deben respetar lo contemplado en la Carta Fundamental, en Tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en leyes orgánicas constitucionales².

1.1. PRINCIPIOS INVOLUCRADOS EN EL DISEÑO INSTITUCIONAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

Antes de comenzar, debemos tener en mente siempre que el desarrollo de una política de competencia “tiene por objeto prevenir que la tentación de reducir o suprimir la

¹ DL N° 211. Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicado el 07 de marzo de 2005, que fija el nuevo texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973.

² Por ejemplo, resultan relevantes los principios contemplados en el Capítulo I de la Constitución Política de la República (Bases de la Institucionalidad); los establecidos en Tratados internacionales, como en el Tratado de Libre Comercio con EE.UU. (Capítulo 16, Política de competencia, monopolios designados y empresas del Estado); y Leyes Orgánicas Constitucionales como la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración del Estado (LOCBGAE).

competencia se transforme en hechos, sancionar a los culpables cuando la intención se materialice e impedir que potenciales y actuales competidores queden fuera de los mercados”³. Al ser una “política”, creer que la selección y ponderación de principios es neutra resulta equívoco, pues la manera en que se forja un diseño institucional no puede apreciarse sin considerar su trasfondo, a saber, los fundamentos, ideologías y criterios técnicos que hay detrás.

Por ejemplo, según Hovenkamp, la visión norteamericana del Derecho de la Competencia – *antitrust law*⁴ – ha evolucionado a lo largo del tiempo, influenciada por diversas escuelas (Harvard, Chicago, Post-Chicago) las que, a pesar de sus diferencias, "están de acuerdo en que la protección del bienestar de los consumidores es fin último del *antitrust*. Las diferencias restantes se encuentran en sus puntos de vista, acerca de cómo el *antitrust* puede alcanzar mejor ese fin"⁵. Es en tales diferencias, en donde las convicciones políticas y técnicas pueden modificar un diseño institucional, al diferir en la ponderación de principios.

Adicionalmente, cabe tener en consideración que “cada principio implica un principio anverso y, de hecho, interacciones con otros principios, con lo cual, la ponderación o equilibrios entre principios es un ejercicio policéntrico y altamente discutible por

³ AGOSTINI, Claudio. *Institucionalidad e incentivos para la libre competencia*. En: En Foco N° 99. p. 5. Disponible en: http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/07052007114142.pdf [Consulta: 11 de junio de 2013].

⁴ [Nota de Traducción] El término *antitrust* es entendido en el Derecho norteamericano en un sentido más amplio que el de su traducción literal al español (antimonopolio), pues en su estudio comprende diversas prácticas que pueden vulnerar la libre competencia, diversas del monopolio. Por lo anterior, en las traducciones pertinentes mantendré el concepto en su idioma original.

⁵ “*The principal antitrust ideologies (...) agree that protection of consumer welfare is antitrust’s ultimate purpose. The remaining dissimilarities lie in their views about how antitrust can best achieve that end*”. HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*. Harvard University Press. London. 2005. p. 31.

excelencia”⁶⁻⁷. Es así como, dependiendo de la intensidad con que un determinado principio es plasmado, la intensidad de su principio opuesto y la intensidad de los principios con los que interactúa son también modificados.

Para determinar cuáles principios son relevantes para el Derecho de la Competencia, nos serviremos de algunos principios propuestos en la doctrina comparada y que han sido recogidos – al menos en la práctica – en nuestro país. Nos referiremos a los siguientes:

- Administrabilidad de las normas;
- Eficiencia Administrativa – Debido Proceso;
- Experticia – Objetividad (*Detachment*);
- Independencia – *Accountability*;
- Transparencia – Confidencialidad; y,
- Predictibilidad – Flexibilidad.

1.1.1. Administrabilidad de las normas⁸.

Este principio se traduce en que las normas sean administrables, es decir, que tiendan a ser simples, de fácil entendimiento y que su aplicación ocasione los menores costos de transacción posibles. En esta línea, la creación de normas en el Derecho de la Competencia

⁶ [Nota de traducción]. En la doctrina comparada se habla indistintamente de valores (*values*) o de principios (*principles*). Para efectos de coherencia en la exposición, se han traducido indistintamente como principios.

⁷ “*Each value implies an obverse value, and indeed interactions with other values, thus rendering the weighting of, or trade-offs among, values a quintessential polycentric and highly contestable exercise*”. TREBILCOCK, Michael J.; IACOBUCCI, Edward M., *Designing Competition Law Institutions*. En: *World Competition* 25(3): 361–394. 2002. p. 363. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2064918> [Consulta: 05 de junio de 2013].

⁸ [Nota de Traducción] En la doctrina comparada de habla de “*administrability of rules*”, entendiéndose *Administrability* como “*quality of being administrable*”. Si bien en español la palabra “administrabilidad” no se encuentra reconocida por la RAE, la estimo adecuada para referirnos a este principio.

deben tener un cierto rango de amplitud, pues "la toma de decisiones en *antitrust* no puede considerar cada complejidad que presenta el mercado"⁹.

Una idea central en este principio es que una norma que no pueda ser administrada de manera efectiva resulta más perjudicial a que no exista norma alguna. Es lo que se denomina "fallas del regulador". Si la norma resultare ineficiente, en términos de ser muy compleja y/o específica, muy estricta, o muy difícil de poner en práctica por quienes deben acatarla o fiscalizar su cumplimiento, éstos se verán imposibilitados o desincentivados a utilizarla¹⁰.

Con el objeto de intensificar la administrabilidad de una norma, una técnica utilizada es que el legislador la redacte en términos amplios y deje en manos de agencias especializadas su administración, permitiendo el desarrollo de *soft law*. Debemos tener en consideración que una ley, debido a su carácter general y abstracto, por sí sola no es suficiente para abarcar todas las acciones u omisiones que vulneren la libre competencia y la generación de *soft law* es inevitable, pues la norma legal por sí sola podría generar incertidumbres legales respecto al verdadero contenido y alcance del mandato legal, e incertidumbres económicas debido a la falta de un criterio claro que los agentes económicos puedan aplicar.

El desbalance que eventualmente se podría sería una inarmónica interacción de la administrabilidad de las normas con la flexibilidad, pues este último principio dota de adaptabilidad al mandato general contemplado en la ley. Si una norma legal es redactada en términos amplios, la flexibilidad adquiere mayor relevancia, mientras que, si una norma tiende a regular en términos muy específicos, la flexibilidad pierde importancia, siendo

⁹ "Antitrust decision making cannot consider every complexity that the market presents". HOVENKAMP, Herbert. Óp. Cit. p. 47.

¹⁰ Por ejemplo, en relación al *compliance*, resulta importante considerar que si se establecen normas cuya aplicación es excesivamente costosa, o exigencias que son muy difíciles de cumplir, la posibilidad de evitar conductas que vulneren la libre competencia se ve disminuida.

menor la administrabilidad de aquella norma. El ejercicio de la flexibilidad podría hacer menos administrable una norma.

Una expresión paradigmática de una norma administrable la hallamos en el *antitrust law* con la regla *per se* (*per se rule*). La regla *per se* se caracteriza por su rigidez, por lo que es aplicada “sólo después de que tenemos un alto grado de confianza desarrollada a través de la experiencia de que la regla de la razón daría lugar a la condena en cualquier caso”¹¹.

Bajo el diseño institucional norteamericano, los jueces generalistas (*generalist judges*) tienen competencia común respecto de una serie de materias, de diversa naturaleza. Debido a la amplitud de materias que deben conocer, es factible pensar que estos jueces puedan carecer de conocimientos especializados de *antitrust*, por lo que la regla *per se* facilitaría su labor en gran medida, ya que a través de ella es posible calificar determinadas conductas como anticompetitivas sin necesidad de un análisis ulterior.

De este modo, el juez generalista no requiere – en un principio – de mayores conocimientos económicos y de libre competencia, siendo únicamente necesario generar su convicción respecto de la existencia de una práctica subsumible en la regla *per se* (por ejemplo, *hardcore cartels*)¹².

Sin embargo, la adopción de normas administrables simples no es completamente pacífica en EE.UU. Ejemplo de ello es la regla de la razón (*rule of reason*), como alternativa a la regla *per se*. Existen casos en donde es más difícil señalar que una conducta siempre es

¹¹ “We apply the *per se* rule only after we have a high degree of confidence developed through experience that the *rule of reason* would result in condemnation in any event”. AREEDA, Phillip y HOVENKAMP, Herbert. *Fundamentals of Antitrust Law*. Volume 1. Aspen Law & Business, 2002. p. 574.

¹² Un argumento adicional para la adopción de una regla *per se* guarda relación con la experticia. Si bien los jueces generalistas dominan gran cantidad de temas de derecho, éstos generalmente carecen de conocimientos de similar calidad en economía y libre competencia. Por ello, la creación de una norma administrable simple también conlleva como consecuencia la limitación del grado de conocimiento y de entendimiento que debe tener un juez generalista de estos temas.

contraria a la libre competencia, por lo que la regla *per se* no puede ser aplicada y el rol del juez adquiere un mayor protagonismo.

La adopción de una regla de la razón no significa que aquella norma deja de ser administrable, pero sí será menor en comparación a la de una regla *per se*, pues se requerirá de un mayor grado de conocimientos especializados y utilizar más recursos, lo cual inevitablemente interactuará, por ejemplo, con la eficiencia administrativa como veremos más adelante.

En el Derecho norteamericano, se ha señalado que el caso “*Leegin Creative Products, Inc. v. PSKS, Inc.*” (caso Leegin) permite ilustrar el cambio jurisprudencial de la regla *per se* a la regla de la razón. Leegin es un caso de *antitrust* en el cual la Corte Suprema de EE.UU. desestimó lo sentado por el caso *Dr. Miles*¹³, respecto a que la fijación de precios de reventa mínimos era ilegal *per se*, en virtud de la Sección 1 de la *Sherman Act*. El caso Leegin estableció que la legalidad de tal conducta debe ser juzgada sobre la base de la regla de la razón.

Para nuestro estudio resulta interesante el voto de minoría del caso Leegin, redactado por el juez Stephen Breyer, quien señala que "la Economía puede, y debe, informar al *antitrust law*. Pero el *antitrust law* no puede, y no debe, replicar de forma precisa los puntos de vista de los economistas (a veces contradictorios)"¹⁴. Señala que el Derecho, a diferencia de la Economía, “es un sistema administrativo cuyos efectos dependen del contenido de las normas y precedentes sólo si ellos son aplicados por los jueces y los jurados en los tribunales y por los abogados que asesoran a sus clientes. Y ese hecho significa que los tribunales a menudo traerán su propio juicio administrativo a derribar, a veces aplicando las normas de

¹³ *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* 220 U.S. 373 (1911).

¹⁴ “*Economics can, and should, inform antitrust law. But antitrust law cannot, and should not, precisely replicate economists’ (sometimes conflicting) views*”. *Leegin Creative Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 914-15 (2007) (Breyer, J., dissenting). p. 8. Disponible en: <http://www.law.cornell.edu/supct/pdf/06-480P.ZD> [Consulta: 3 de septiembre de 2013].

ilegalidad *per se* a las prácticas comerciales, incluso cuando estas prácticas a veces producen beneficios”¹⁵. En este sentido, el juez Breyer, si bien reconoce la importancia de la teoría económica en el Derecho de la Competencia, la limita, señalando que los fundamentos que han de primar son los de carácter jurídico por sobre los económicos. Así, la teoría económica pasa a ser una herramienta de la libre competencia y bajo su prisma, debiésemos concluir que el establecimiento de una regla de la razón amplía el rol de la experticia (económica), descartando la administrabilidad de una norma.

Finalmente, el juez Breyer culmina su voto indicando que la aplicación de la regla de la razón al caso se traduce inevitablemente en una obstaculización de la labor de los jueces generalistas¹⁶. La pregunta que surge es: ¿pueden aquellos jueces hacerse cargo de este cambio de paradigma?

En la doctrina comparada se ha señalado que con este tipo de decisiones, la Corte Suprema de EE.UU. “alienta a los tribunales de primera instancia [*trial courts*] a admitir la evidencia económica y luego da media vuelta y dice que este tipo de evidencia es demasiado complicada para manejar por los jueces y por los jurados”¹⁷.

Como consecuencia del cambio de paradigma, se produce una complejización en la administrabilidad de la norma, pues “la observación del juez Breyer de que moverse a una regla de la razón complicará la litigación y aumentará el costo de administración es

¹⁵ “That is because law, unlike economics, is an administrative system the effects of which depend upon the content of rules and precedents only as they are applied by judges and juries in courts and by lawyers advising their clients. And that fact means that courts will often bring their own administrative judgment to bear, sometimes applying rules of *per se* unlawfulness to business practices even when those practices sometimes produce benefits”. *Ibíd.* p. 8.

¹⁶ “The only safe predictions to make about today’s decision are that it will likely raise the price of goods at retail and that it will create considerable legal turbulence as lower courts seek to develop workable principles. I do not believe that the majority has shown new or changed conditions sufficient to warrant overruling a decision of such long standing”. *Ibíd.* p. 23.

¹⁷ The Supreme Court “encourages trial courts to admit economic evidence and then turns around and says that this type of evidence is too complicated for judges and juries to handle”. CAVANAGH, Edward. *Antitrust Law and Economic Theory: Finding a Balance*. Loyola University Chicago Law Journal. p. 5. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2253309> [Consulta: 02 de agosto de 2013].

incuestionablemente correcta. De los tres modos alternativos de análisis, ilegalidad *per se*, legalidad *per se* y regla de la razón, la última es la más difícil de aplicar”¹⁸.

Los principios en el Derecho de la Competencia son difíciles de ponderar. Cada sistema jurídico otorga importancia a determinados principios por encima de otros, dependiendo del contexto histórico, político, social y económico en que se halle. En el *antitrust law*, respecto de la fijación de precios de reventa mínimos en un comienzo se privilegió la administrabilidad de las reglas y su eficiencia administrativa debido a la dificultad que implicaba la interacción de la experticia económica con los jueces generalistas (manifestación de ello es la regla *per se*). Sin embargo, el cambio de paradigma se tradujo en una nueva ponderación y se alzó la experticia como principio clave, expresado en la adopción de una regla de la razón para estos casos.

Para concluir, es necesario señalar que más allá de la opinión positiva o negativa que se pueda tener respecto al cambio de paradigma y de sus ventajas o desventajas, lo importante es rescatar la existencia de un principio de administrabilidad de las normas dentro del Derecho de la Competencia, su interrelación con otros principios y cómo la variación de su ponderación implica un cambio de paradigma que depende del contexto histórico, político, económico y social en que se manifiesta.

1.1.2. Eficiencia Administrativa – Debido Proceso.

Íntimamente ligado al principio de la administrabilidad de las normas, hay también una búsqueda de eficiencia en la aplicación de éstas. Esta eficiencia no se refiere únicamente a la manera en que los competidores deben actuar en determinado mercado, sino que también

¹⁸ “Justice Breyer’ observation that moving to a rule of reason will complicate litigation and increase the cost of administration is unquestionable correct. Of the three alternative modes of analysis, *per se* illegality, *per se* legality, and rule of reason, the last is the most difficult to apply”. AREEDA, Phillip y HOVENKAMP, Herbert. 2011. Óp. Cit. p. 15-89.

guarda relación con la manera en que los conflictos que se susciten han de ser resueltos (eficiencia administrativa).

Esta eficiencia adquiere una especial importancia en el Derecho de la Competencia, pues de una demora excesiva en la tramitación se desprenden consecuencias nocivas directas para competidores y consumidores, e indirectas para el mercado en general. Un ejemplo es lo que ocurre en las operaciones de concentración. Tal como lo señala la OCDE, “la disuasión ocurre, por ejemplo, cuando los procedimientos del control de concentraciones son demasiado pesados, inciertos o extensos: las empresas pueden desistir de continuar su proyecto de concentración o de hacerlo público, en particular en entornos de control de concentraciones voluntarios”¹⁹.

El TDLC reconoce la eficiencia administrativa anualmente en sus cuentas públicas, cuando indica cuánto tiempo toma la tramitación de los diversos asuntos que conoce y cuando se compromete a “lograr tiempos de demora de los procesos cada vez menores, sin que ello implique en modo alguno disminuir nuestra constante exigencia de mejorar la calidad de nuestras decisiones, no solo en el sentido de que sean acertadas, sino también de que sirvan como jurisprudencia clarificadora de los agentes económicos en esta rama del derecho en que la tipificación de las conductas es muy general y son los precedentes los que le van dando cuerpo”²⁰.

Pero la eficiencia administrativa interactúa con el debido proceso, el cual debe ser entendido en un sentido amplio. El Tribunal Constitucional chileno ha señalado que en vez de definirse el concepto de debido proceso en la Constitución, se optó por dejar constancia

¹⁹ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. *Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile*. Informe del Secretariado de la OCDE. 2014. Nota al pie n° 141. p. 56.

²⁰ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. *Novena Cuenta Pública*. 2013. pp. 18-19. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/UserFiles/P0001/File/CUENTAS%20PUBLICAS%20TDLC/Cuenta%20Publica%202013.pdf> [Consulta: 22 de octubre de 2015].

de los elementos que lo integran, y que “algunos de dichos elementos dicen relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador”²¹.

Esta interacción entre eficiencia y debido proceso no resulta pacífica. Por ejemplo, si se adopta un diseño institucional de libre competencia en donde el debido proceso en su vertiente de derecho a la defensa se encuentre fortalecido, el procedimiento a tramitar contemplará más instancias para que el afectado ejerza su derecho a defenderse y fijará un mayor estándar de convicción para su eventual condena. Con ello, resulta inevitable que su tramitación será más larga, ergo, menos eficiente. Por el contrario, si se establece un procedimiento de breve conocimiento, los tiempos de tramitación serían menores, pero el debido proceso podría no ser adecuadamente tutelado.

Es así como, la eficiencia administrativa está en tensión con el debido proceso, pues este último tiende "a proporcionar a todas las partes afectadas o interesadas el derecho a ser oídas, a aportar pruebas y a impugnar la posición de las partes adversas en interés."²².

Ponderar entre estos principios es complicado, y en Chile no es la excepción. Más aún si, por un lado, la tramitación recogida en el DL 211 adopta reglas provenientes del derecho procesal civil, pero, por otro lado, esta rama del derecho también forma parte del denominado “*ius puniendi* estatal”. En la práctica, el legislador ha establecido procedimientos especiales en materia de libre competencia, intentando armonizar ambos principios y, siguiendo tendencias procesalistas modernas, flexibilizando levemente el

²¹ Sentencia Tribunal Constitucional. 04 de julio de 2006. Rol N° 481-2006.

²² “*However, timeliness in disposition is in tension with the value of due process in providing all affected or interested parties a right to be heard, to adduce evidence, and to contest the position of parties adverse in interest*”. TREBILCOCK, Michael; IACOBUCCI, Edward. *Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate*, Loyola University Chicago Law Journal, Volume 41, Number 3, 2010. p. 458. Disponible en: http://luc.edu/media/lucedu/law/students/publications/lj/pdfs/trebilcock_iacobucci.pdf [Consulta: 01 de julio de 2013].

derecho al debido proceso y estableciendo, por ejemplo, limitaciones respecto del número de testigos que pueden declarar en el procedimiento por cada punto de prueba fijado, plazos menores para objetar prueba, adoptando expedientes virtuales y modificando el sistema de notificaciones, con el objeto de realizar una tramitación más rápida y eficiente.

1.1.3. Experticia – Objetividad.

La experticia es uno de los principios más relevantes para nuestro estudio debido a la interacción de elementos económicos y jurídicos en el Derecho de la Competencia. Como consecuencia de aquella interacción, “la necesidad de la prueba pericial surge esencialmente de la necesidad de integrar conocimiento científico [económico] en los procedimientos judiciales. El fenómeno encuentra su origen en la aparición de la ciencia moderna y en la necesidad de conocimiento especializado, como resultado de la diferenciación de la sociedad”²³. La experticia juega un rol preponderante, pues son los antecedentes de hecho, de derecho y económicos y sus apreciaciones los que dan cuenta de una efectiva vulneración de la libre competencia. Sin embargo, determinar cuál es el nivel de experticia que deben tener las agencias y su correlato respecto por parte de los tribunales que revisan sus decisiones no resulta pacífico.

El principio en tensión con la experticia es la objetividad²⁴, pues es deseable que las agencias que investiguen y sancionen conductas anticompetitivas en los mercados sean imparciales en su actuar. Sin embargo, “una participación demasiado cercana en la industria en cuestión o compromisos excesivamente doctrinarios a paradigmas teóricos en particular

²³ “*The need for expert evidence arises essentially from the need to integrate scientific knowledge in legal proceedings. The phenomenon finds its origins in the emergence of modern science and the need for specialized knowledge, as a result of the differentiation of society*“. LIANOS, Ioannis, ‘*Judging*’ *Economists: Economic Expertise in Competition Law Litigation - A European View* En: *New Challenges In EC Competition Law Enforcement*, 2009. p. 9. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1468502> [Consulta: 16 de agosto de 2013].

²⁴ [Nota de Traducción] *Detachment* puede ser traducido como objetividad o como imparcialidad. Utilizaremos la primera acepción.

pueden comprometer la objetividad"²⁵, lo que comúnmente se denomina “captura del regulador”.

Este tipo de problemas se puede dar con mayor probabilidad en aquellas agencias que, conforme a su diseño institucional detentan conjuntamente facultades de investigación y de adjudicación.

Si se pondera mayormente la experticia de una agencia, prohibiendo o limitando severamente la revisión judicial de sus decisiones, no sería posible advertir y controlar alteraciones a la objetividad que se desea, pudiendo originarse decisiones jurídicamente arbitrarias. Es por ello que la revisión judicial se transforma en una manifestación del principio de objetividad.

Pero la revisión judicial en el Derecho de la Competencia no es simple. Si la revisión es realizada por jueces generalistas, ¿cómo valoran y ponderan estos jueces que, en su mayoría, no tienen los mismos conocimientos técnicos que la agencia experta? La complejidad que envuelve la libre competencia es latente, pues "el litigio *antitrust* moderno y la práctica de la agencia [*agency practice*] típicamente involucra la evaluación judicial de análisis económicos y econométricos"²⁶.

Esta peculiaridad deviene en la necesidad de realizar una ponderación de cuál valor se desea potenciar o proteger, y cuál, en desmedro, ha de ser limitado. Esto trae consecuencias que no son menores y que son objeto de nuestro estudio.

²⁵ “However, too close an involvement in the industry in question or excessively doctrinaire commitments to particular theoretical paradigms may compromise detachment”. TREBILCOCK, Michael; IACOBUCCI, Edward. (2010). *Op. Cit.* pp. 457-458.

²⁶ “Modern antitrust litigation and agency practice typically involves judicial evaluation of economic and econometric analysis”. BAYE, Michael R.; WRIGHT, Joshua D., *Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity & Judicial Training on Appeals* En: *Journal of Law and Economics*, Forthcoming; George Mason Law & Economics Research Paper No. 09-07. 2009. p. 1. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1319888> [Consulta: 3 de Julio de 2013].

1.2.4. Independencia – *Accountability*.

Al elaborar un marco institucional de libre competencia es necesario tomar diversas decisiones. Por ejemplo, determinar cuál será el órgano encargado de las actividades de investigación y de adjudicación; si tales funciones recaerán en uno o más organismos; si formará parte de un ministerio gubernamental o dependerá de uno; o si se tratará de un organismo independiente. La importancia de la independencia de la agencia que conozca de los asuntos de libre competencia cambia de un país a otro.

Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés), “varios países han decidido no establecer un organismo independiente encargado de la competencia, sino llevar a la práctica la política de la competencia mediante un departamento ministerial dedicado exclusivamente a esa tarea. (...) [Sin embargo,] en la mayoría de los organismos encargados de la competencia creados en los últimos años (generalmente en países en desarrollo y países con economías en transición) existe la tendencia a concederles la mayor independencia administrativa posible (...) [siendo] muy importante porque protege a esos organismos de la influencia política”²⁷.

La importancia de la independencia en la libre competencia guarda relación con el ejercicio que realizan las agencias de sus potestades. Por ejemplo, si una agencia no posee un grado de independencia respecto del Ejecutivo, es más susceptible de ser permeada por las políticas públicas del gobierno de turno, las cuales pueden ser incompatibles con las políticas públicas establecidas por el legislador. Por ello, se ha indicado que “las instituciones del Derecho de la Competencia, obviamente, deberían estar libres de interferencias políticas del día a día por motivos extrínsecos a su mandato”²⁸. Pero esta independencia no es absoluta,

²⁷ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. *Ley tipo de Defensa de la Competencia (2010) – Capítulo IX Revisado*. Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia. 2011. p. 2. Disponible en: http://unctad.org/es/Docs/ciclpL2_sp.pdf [Consulta: 31 de agosto de 2015].

²⁸ “*Competition law institutions obviously should be free day-to-day political interference on grounds extrinsic to their mandate*”. TREBILCOCK, Michael; IACOBUCCI, Edward. (2010). Óp. Cit. p. 457.

ya que la agencia debe actuar de manera transparente, pues tampoco se puede justificar un actuar arbitrario y, “al menos en una democracia representativa, es difícil defender la independencia institucional sin alguna forma de *accountability*”²⁹.

El término *accountability* puede ser traducido como “rendición de cuentas”, pero aquella traducción resulta limitante, pues indica sólo una de las dimensiones de este principio. Según el diccionario Merriam-Webster, *accountability* puede también definirse como “una obligación o voluntad de aceptar la responsabilidad o dar cuenta de las acciones de uno”³⁰. Es decir, debemos entender este término en un sentido más amplio, relacionado al de dar cuenta del ejercicio de las atribuciones conferidas por la ley, configurándose como un mecanismo de legitimación de las actuaciones que realiza la agencia conforme al marco legal que le es atribuido.

La tensión entre estos principios se debe a que “las medidas que garantizan la libertad completa de la interferencia de fuerzas políticas también pueden disminuir la *accountability* y la eficacia”³¹. Por ejemplo, una agencia especializada podría tener menos necesidad de legitimar sus actuaciones mientras más independencia tenga o mientras menos sea fiscalizada.

Sin embargo, el grado de intensidad de este *accountability* depende en gran medida del diseño institucional establecido. Si las facultades de investigación y de adjudicación son radicadas en la misma agencia, existe un riesgo de que se perciba por parte del público que,

²⁹ “At least in a representative democracy, it is difficult to defend institutional independence without some form of *accountability*”. *Ibíd.* p. 457.

³⁰ *Accountability: the quality or state of being accountable; especially: an obligation or willingness to accept responsibility or to account for one's actions.* ”MERRIAM-WEBSTER DICTIONARY. <http://www.merriam-webster.com/dictionary/accountability> Traducción propia. [Consulta: 20 de enero de 2016].

³¹ “Measures that ensure complete freedom from interference from political forces also can diminish *accountability* and effectiveness”. KOVACIC, William. “Competition agencies, independence, and the political process”. En: J. DREXL, W. KERBER y R. PODSZUN (eds.), “Competition Policy and the Economic Approach”. Cheltenham, UK. Edward Elgar Publishing, 2011. p. 291. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2014\)86&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2014)86&doclanguage=en) [Consulta: 20 de enero de 2016]

por ejemplo, la facultad de adjudicación se encuentra comprometida o que, dentro de la agencia, no se hacen distinciones en el ejercicio de sus facultades. Por ello, si se opta por este tipo de diseño, se deben tomar diversas medidas tendientes a esclarecer estos temores, como por ejemplo, transparentar el presupuesto que es recibido, colocando a disposición del público la manera en que éste se utiliza; entregando una cuenta pública anual que resuma las actividades realizadas durante el año anterior; a través de la publicación de *guidelines* para los regulados; y, revisar de forma periódica el mandato legal al cual está sujeto la agencia con el objeto de evitar conductas que salgan del marco de legalidad que posee.

En la doctrina se ha señalado que dentro un sistema jurídico es posible la creación de “puntos de presión”³² que pueden alterar la independencia de la agencia, como por ejemplo: el mecanismo de nombramiento de los miembros de la agencia, la necesidad de obtener financiamiento, la posibilidad de que el legislador modifique la ley para frenar poderes de la agencia, la capacidad del legislador para imponer costos significativos a la agencia a través de demandas de información y audiencias (obstaculizando su actuación), y la entrega a terceros de la facultad para fijar la agenda de la agencia y dar forma a su asignación de recursos.

Estos puntos de presión “pueden emplearse individualmente o en combinación para aumentar la capacidad de respuesta del organismo a las preferencias de los actores políticos fuera de la institución”³³, Así, el actuar independiente de una agencia puede verse mermado por la tensión de poderes y la necesidad de consensos políticos. Cabe recordar que los asuntos conocidos en materia de libre competencia tienen un componente político y técnico relevante, por lo que “la formulación de la estrategia de una agencia requiere la consideración de las consecuencias políticas”³⁴.

³² Para una mayor explicación ver KOVACIC, William. Óp. Cit. pp. 299 – 303.

³³ “*These measures can be used individually or in combination to increase the agency’s responsiveness to the preferences of political actors outside the institution*”. *Ibíd.* p. 299.

³⁴ “*The formulation of an agency’s strategy requires consideration of political consequences*”. *Ibíd.* p. 303.

Es decir, la agencia debe tener en consideración el riesgo político en el ejercicio de sus facultades, surgiendo como imperativo validar sus actuaciones y crear un ambiente político favorable respecto de su proceder, y con ello, generar la confianza suficiente para generar reformas a través del establecimiento de alianzas con sectores claves para sostener su posición.

La necesidad de acuerdos políticos encuentra su mayor expresión en la promulgación de una ley, pues “los legisladores también deben equilibrar los requisitos de diseño de una ley que funcione bien contra la formación de una coalición necesaria para promulgar la ley”³⁵. Es así como una eventual modificación al sistema de libre competencia, además de tener en cuenta el componente técnico implicado, requiere de un amplio apoyo político en el ámbito legislativo. Por ello, su promulgación resultará más fácil de obtener cuando las reformas que se intentan realizar sean graduales, con el objeto de obtener el consenso de los diversos sectores políticos y de los intereses que éstos buscan respaldar.

1.2.5. Transparencia – Confidencialidad.

La transparencia como principio en el Derecho de la Competencia tiene por objeto afianzar la actuación de la agencia y su credibilidad ante los ojos de la opinión pública, pues "son deseables altos niveles de transparencia en el desempeño de la investigación, aplicación y funciones jurisdiccionales, lo que justifica la divulgación pública de los asuntos bajo investigación y su disposición, y las razones para ello"³⁶. La transparencia como principio se expresa especialmente en el desenvolvimiento del procedimiento, pues favorece un debido proceso y su conocimiento por la comunidad entera, la cual podría advertir a la agencia, por

³⁵ “Legislators must also balance the design requirements of a well-functioning law against the coalition-building necessary to enact the law”. HYMAN, David; KOVACIC, William. *Institutional Design, Agency Life Cycle, and the Goals of Competition Law*. Fordham Law Review, Vol. 81, 2013. p. 2166. Disponible en: http://fordhamlawreview.org/assets/pdfs/Vol_81/Hyman_April.pdf [Consulta: 01 de julio de 2013]

³⁶ “High levels of transparency in the performance of investigative, enforcement, and adjudicative functions are desirable, justifying public disclosure of matters under investigation and their disposition, and reasons therefore”. TREBILCOCK, Michael; IACOBUCCI, Edward. (2002). Óp. Cit. p. 366.

ejemplo, de conductas similares que eventualmente vulneren la libre competencia o poner a su disposición nuevos antecedentes que posibiliten la investigación de ésta y otras infracciones.

Pero la transparencia se encuentra en tensión con la confidencialidad. No podemos olvidar que mucha de la información que requiere la agencia de los infractores, afectados y terceros puede ser, en términos comerciales, altamente sensible y su publicación podría ser perjudicial. Debido a la naturaleza de ese tipo de información es que la transparencia es limitada, estableciéndose la confidencialidad, por ejemplo, de documentos que contienen información comercial estratégica.

La confidencialidad termina configurándose como excepción, siendo delimitada su procedencia con el objeto de entregar certeza sobre qué tipo información no será pública. Esta ponderación entre transparencia-confidencialidad resulta importante, ya que interactúa con el debido proceso, pues la confidencialidad de determinada información se podría traducir en una desventaja y un desequilibrio en relación al derecho a la defensa y a la posibilidad de objetar prueba.

En Chile, la distinción que se realiza es entre información pública, reservada y confidencial, siendo regulada en el DL 211 y en el Auto Acordado N° 15/2012³⁷.

El DL 211 regula la publicidad, la reserva y confidencialidad respecto: (i) de la prueba instrumental en el procedimiento contencioso; (ii) de la instrucción de investigaciones por parte de la FNE; (iii) de la decisión de extender la investigación en el procedimiento de operación de concentración; y, (iv) de la facultad del Ministerio Público para solicitar al

³⁷ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. *Auto Acordado N° 15/2012 que modifica Auto Acordado N° 11/2008 sobre Reserva o Confidencialidad de la Información en los Procesos*. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/DocumentosMultiples/Auto%20Acordado%20N%C2%B0%2015.pdf> [Consulta: 06 de abril de 2016].

TDLC el alzamiento de la reserva o confidencialidad de ciertas piezas del expediente, una vez que se deduce querella.

En el procedimiento contencioso, de la aplicación de artículo 22, incisos 9° y 10° del DL 211 se entiende que la publicidad es el principio rector. La reserva procede respecto de terceros ajenos al proceso, mientras que la confidencialidad lo es respecto de las otras partes del proceso, siempre que los instrumentos contengan “fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular”³⁸. Además, con el objeto de asegurar el derecho de las otras partes a objetar u observar la prueba instrumental, quien solicita la reserva o confidencialidad debe preparar una versión pública del documento.

Respecto a la instrucción de investigaciones, según el artículo 39 letra a) del DL 211, la FNE puede disponer la reserva de una investigación (previa autorización del Presidente del TDLC), o que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales, siempre que tengan por objeto: (i) proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes mediante delación compensada; (ii) que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, o (iii) resguardar la eficacia de las investigaciones de la FNE. Cabe indicar que la Ley N° 20.945 agregó un nuevo inciso

³⁸ Artículo 22, incisos 9° y 10° del DL 211: “La prueba instrumental podrá presentarse hasta diez días antes de la fecha fijada para la vista de la causa. A solicitud de parte, el Tribunal podrá decretar reserva respecto de terceros ajenos al proceso o confidencialidad incluso respecto de las demás partes, de aquellos instrumentos que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular. Los instrumentos que tengan carácter reservado o confidencial en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo de la letra a) del artículo 39, deberán presentarse siempre en tal carácter por la Fiscalía Nacional Económica, y el Tribunal deberá mantener la reserva o confidencialidad de los mismos.

Sin perjuicio de lo anterior, de oficio o a petición de parte, el Tribunal podrá ordenar a la parte que corresponda, en cualquier etapa del proceso e incluso como medida para mejor resolver, que prepare una versión pública del instrumento para que las otras partes ejerzan su derecho a objetarlo u observarlo. Si la referida versión pública es insuficiente como antecedente válido para fallar la causa, el Tribunal podrá decretar de oficio y por resolución fundada, el término de la reserva o confidencialidad del instrumento, y ordenará ponerlo en conocimiento de las demás partes”.

a esta letra, estableciendo expresamente que los afectados por la investigación tienen derecho a acceder al expediente que se lleva en su contra, sin perjuicio de aquellas piezas declaradas reservadas o confidenciales³⁹.

En el procedimiento de operaciones de concentración, según el artículo 55, incisos 2° y 3° del DL 211, cuando la FNE decide extender la investigación (bajo la hipótesis del artículo 54 letra c)⁴⁰), debe realizar una publicación, comunicando su decisión y acompañando su investigación o versión pública de ésta, con el objeto que otros actores puedan aportar nuevos antecedentes. Además, se establece expresamente que con tal publicación, el expediente se vuelve público, pudiendo disponerse la reserva o

³⁹ Artículo 39 a) del DL 211: “Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico:

a) Instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esta ley, dando noticia de su inicio al afectado. Con conocimiento del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la Dirección General de la Policía de Investigaciones de Chile deberá poner a disposición del Fiscal Nacional Económico el personal que éste requiera para el cumplimiento del cometido indicado en esta letra o ejecutar las diligencias específicas que le solicite con el mismo objeto.

El Fiscal Nacional Económico, con conocimiento del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, podrá disponer que las investigaciones que se instruyan de oficio o en virtud de denuncias tengan el carácter de reservadas.

Asimismo, el Fiscal Nacional Económico podrá disponer de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales, siempre que tengan por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en conformidad al artículo 39 bis, o que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, o resguardar la eficacia de investigaciones de la Fiscalía.

Lo anterior es sin perjuicio que en un proceso en curso y previo traslado, se aplique lo dispuesto en el inciso octavo del artículo 22, o que se ordene por el tribunal otorgar copias de piezas del expediente que no se hayan agregado al proceso, suprimiendo en ellas todas las referencias que pudieren revelar las identidades u objeto de protección aludidos precedentemente.

El Fiscal Nacional Económico podrá disponer que no se dé noticia del inicio de una investigación al afectado, con autorización del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

En todos los demás casos, los afectados tendrán acceso al expediente de la investigación que se siga en su contra, sin perjuicio de aquellas piezas declaradas reservadas o confidenciales, de conformidad a lo dispuesto en esta letra y en el artículo 42”.

⁴⁰ Artículo 54, letra c) del DL 211. “Dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se haya iniciado la investigación a que alude el artículo 50, el Fiscal Nacional Económico deberá:

c) Extender la investigación hasta por un máximo de noventa días adicionales, mediante resolución fundada, cuando estime que la operación notificada, de perfeccionarse en forma pura y simple o sujeta a las medidas ofrecidas por el notificante, en su caso, puede reducir sustancialmente la competencia”.

confidencialidad de ciertas partes del expediente, poniendo a disposición de terceros las respectivas versiones públicas⁴¹.

Finalmente, artículo 64 inciso 5° del DL 211, respecto de la querrela, se indica que el Ministerio Público tiene la facultad para solicitar al TDLC el alzamiento de la reserva o confidencialidad de determinadas piezas del expediente para su utilización en el proceso penal⁴².

Por su parte, el Auto Acordado N° 15/2012 se refiere a la dimensión práctica de la reserva y de la confidencialidad en los procesos. Así, un instrumento mantenido bajo reserva se traduce en que “ese instrumento sólo podrá ser consultado en el despacho del Tribunal por quienes sean parte o interviniente en el respectivo procedimiento al momento de decretarse, y por la Fiscalía Nacional Económica, salvo que el Tribunal ordene expresamente algo distinto”⁴³ y cuando un instrumento es declarado confidencial “sólo podrá ser consultado en el despacho del Tribunal por la parte que lo acompañó y por la Fiscalía Nacional Económica, salvo que el Tribunal ordene expresamente algo distinto. Excepcionalmente, algunas de las demás partes o intervinientes podrán tener acceso a todo o parte de documentos declarados

⁴¹ Artículo 54, incisos 2° y 3° del DL 211. Tratándose de la resolución contemplada en la letra c) del artículo anterior, la Fiscalía Nacional Económica deberá comunicar el hecho de su dictación y acompañar su texto o la versión pública del mismo, a las autoridades directamente concernidas y a los agentes económicos que puedan tener interés en la operación. Quienes recibieren tal comunicación, así como cualquier tercero interesado en la operación de concentración, incluyendo proveedores, competidores, clientes o consumidores, podrán aportar antecedentes a la investigación dentro de los veinte días siguientes a la publicación, en el sitio electrónico institucional, de la resolución que ordene su extensión.

El expediente será público a partir de la publicación a que hace referencia el inciso anterior. Ello, sin perjuicio de que el Fiscal Nacional Económico pueda disponer, de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales en conformidad a lo dispuesto en el párrafo tercero de la letra a) del artículo 39. Quienes soliciten la reserva o confidencialidad de los antecedentes presentados deberán acompañar versiones públicas de los mismos. Cuando el Fiscal Nacional Económico decrete de oficio la reserva o confidencialidad de los antecedentes, podrá requerir al aportante que acompañe versiones públicas de éstos.

⁴² Artículo 65, inciso 5° del DL 211. “En su querrela, la Fiscalía Nacional Económica informará la circunstancia de haber obtenido autorización judicial para realizar una o más de las medidas a que se refieren los numerales n.1 a n.4 de la letra n) del artículo 39, así como el hecho de haber realizado o no dichas diligencias. El Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el alzamiento de la confidencialidad o reserva de determinadas piezas de su expediente para su utilización en el proceso penal.”

⁴³ Artículo Tercero del Auto Acordado N° 15/2012.

confidenciales, cuando existan razones fundadas para ello y el Tribunal así lo ordene, de oficio o a petición del interesado”⁴⁴.

En conclusión, es posible indicar que en el Derecho de la Competencia chileno existe un claro reconocimiento de la publicidad y de la confidencialidad, e incluso han sido ponderados armónicamente a través de una gradación del secreto, estableciendo la publicidad como regla general y adoptando las versiones públicas como un mecanismo para respetar tanto el principio de publicidad, como también para cautelar el derecho a objetar pruebas cuando se declara la reserva o confidencialidad de ciertos instrumentos.

1.2.6. Predictibilidad – Flexibilidad.

Es deseable que las decisiones de las agencias otorguen certeza a la sociedad entera, para lo cual se requiere que los criterios utilizados para un caso, también, en la medida de lo posible, sean aplicados en los subsiguientes. Es decir, que "las partes afectadas puedan ordenar sus asuntos con un nivel bastante alto de confianza en la naturaleza de las normas que rigen esos asuntos"⁴⁵.

El establecimiento de criterios uniformes permite mantener a la comunidad informada respecto de las conductas que son capaces de vulnerar la libre competencia, lo cual, idealmente, también sería un elemento disuasivo. Es por ello que los precedentes se vuelven claves, siendo recomendable evitar la falta de uniformidad de criterios.

Una dimensión de la predictibilidad se manifiesta en los precedentes. Resulta importante que las decisiones de la agencia que adjudica compartan un nivel razonable de

⁴⁴ Artículo Cuarto del Auto Acordado N° 15/2012.

⁴⁵ *The “affected parties can order their affairs with a fairly high level of confidence in the nature of the rules that govern those affairs”*. TREBILCOCK, Michael; IACOBUCCI, Edward. (2010). Óp. Cit. p. 458.

uniformidad ante hechos de la misma naturaleza y que tal uniformidad se mantenga por parte de la agencia o tribunal que realice su revisión judicial.

La predictibilidad colisiona con el espectro de conductas que afectan o que pueden afectar la libre competencia, pues estas últimas son tan ilimitadas como lo es la imaginación humana. El carácter estático que ofrece la predictibilidad debe ser dinamizado. Al respecto se ha indicado que "las idiosincrasias de industrias particulares, transacciones, o prácticas, o la naturaleza cambiante de la economía nacional, el entorno económico internacional, la tecnología y los avances en el pensamiento teórico pueden requerir una reevaluación y refinamiento de las posiciones anteriores que se reflejan en las normas preexistentes, en las posiciones políticas o en las decisiones jurisdiccionales"⁴⁶. Es ahí donde entra la flexibilidad, la cual, obviamente, se encuentra en tensión con la predictibilidad.

En Chile, existe un gran nivel de uniformidad en las decisiones del TDLC y de su revisión judicial por parte de la Corte Suprema, pues ésta tiende a confirmar las decisiones del TDLC, más que a revocarlas. Sin embargo, no sabemos aún si ello se debe a una conducta deferente o a una apariencia de deferencia, lo cual analizaremos más adelante⁴⁷.

La flexibilidad es reconocida en Chile y una manifestación importante de ésta se encuentra contenida en el inciso primero del artículo 3 del DL 211, al establecer que "el que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos será sancionado (...)"⁴⁸. La importancia de este artículo es que reconoce que las conductas

⁴⁶ "The idiosyncrasies of particular industries, transactions, or practices, or the changing nature of the domestic economy, the international economic environment, technology, and advances in theoretical thinking may require re-evaluation and refinement of prior positions as reflected in pre-existing rules, policy positions, or adjudicative decisions" TREBILCOCK, Michael; IACOBUCCI, Edward. (2002). Óp. Cit. p. 367.

⁴⁷ Ver Capítulo 5: "La Deferencia en la Libre Competencia".

⁴⁸ El artículo 3 del DL 211 fue recientemente modificado por la Ley N° 20.945. Su inciso primero dice lo siguiente: "Artículo 3°.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será

que vulneran la libre competencia pueden ser tan ilimitadas como lo es la creatividad humana, por lo que intenta no dejar afuera conductas que quedarían impunes ante una descripción más limitada. Sin embargo, su aceptación no ha sido pacífica, pues su amplitud puede ser criticada como muy vaga, constituyéndose en un “cheque en blanco”⁴⁹.

Finalmente, también debemos tener en consideración que la flexibilidad también se encuentra ligado al principio de la administrabilidad de las normas, ya explicado anteriormente; una norma flexible se traduce en una menor administrabilidad en comparación a una norma cuyo contenido y aplicación estén claramente delimitados.

Como conclusión, lo importante de este capítulo es tomar noción de que existen diversos principios que entran en juego en un diseño institucional y que tales principios no son neutros y que suelen colisionar unos con otros, por lo cual deben ser ponderados, intentando lograr la mayor armonía posible.

Dependiendo de la ponderación realizada en cada uno de los principios revisados, el diseño institucional de cada ordenamiento jurídico se va modificando y tornándose único. Por ejemplo, si se entiende que la independencia de la agencia de libre competencia es imprescindible, se optará por crear un organismo autónomo; si hay un énfasis en la imparcialidad, puede que las funciones de investigación y de adjudicación sean separadas en dos organismos distintos; si se privilegia la experticia, la agencia será especializada; si se opta por una mayor objetividad, garantizando un debido proceso, el organismo adjudicador y/o el revisor podrían ser tribunales; y si se desea dotar de amplias facultades a la agencia, se

sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”.

⁴⁹ Ver MONTT, Santiago. *El TDLC como ente regulador del comercio*. Documento de Trabajo N° 1. Centro de Regulación y Competencia (REGCOM). [Consulta: 05 de marzo de 2014].

optara por la creación de normas amplias y flexibles. Como son diversas las variables, los tipos de diseño institucional que se pueden crear son múltiples.

En el capítulo siguiente, con un mero afán ilustrativo, intentaremos agrupar algunos diseños institucionales que surgen en materia de libre competencia.

CAPÍTULO 2: DISEÑO INSTITUCIONAL EN LIBRE COMPETENCIA.

2.1. MODELOS DE DISEÑO INSTITUCIONAL EN LIBRE COMPETENCIA.

Lo primero que debemos tener en mente es que existen tantos modelos de diseño institucional como ordenamientos jurídicos. Tal multiplicidad se debe a que "las elecciones fundamentales de diseño [institucional] son, en un grado importante, una función de la historia de un país y de su cultura jurídica, política y económica"⁵⁰. Por ello, el diseño institucional que adopta un país debe ser coherente con su situación actual y sus reformas obedecen a los principios y metas que se desean impulsar y alcanzar en el futuro. A modo de ejemplo, el nivel de independencia que puede poseer la agencia investigadora respecto del Poder Ejecutivo o la especialización de los tribunales que conocen de estos conflictos varía en conformidad al modelo institucional que se establece.

Cada nación tiene metas distintas y su ordenamiento jurídico puede variar por diversos motivos; por el bien (o bienes) jurídico protegido, por el diseño institucional históricamente heredado, por la naturaleza de las agencias existentes, por las atribuciones que éstas poseen, entre otros. Cabe recordar que "las agencias de competencia responden a diversas metas políticas y a las asignaciones de funciones de varias maneras"⁵¹, por lo cual, de tales metas y funciones se generan diversos lazos dentro del diseño institucional, que tornan único un sistema en comparación al resto.

⁵⁰ "Fundamental design choices are, to an important extent, a function of a country's history and legal, political and economic culture" FOX, Eleanor; TREBILCOCK, Michael. *The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: The GAL Competition Project*. En: *The Design Of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices* (Eleanor M. Fox & Michael J. Trebilcock, eds.) (Oxford University Press); NYU Law and Economics Research Paper No. 12-20. 2012. p. 8. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2128913> [Consulta: 05 de junio de 2013].

⁵¹ "Competition agencies respond to diverse policy goals and assignments of functions in several ways" HYMAN, David; KOVACIC, William. *Óp. Cit.* p. 2169.

No obstante lo señalado, es posible clasificar los diversos diseños institucionales en 3 grupos⁵²:

2.1.1. Modelo judicial bifurcado. (“*Bifurcated judicial model*”).

En el modelo judicial bifurcado, una agencia técnica especializada posee facultades de investigación, pero la acción de *enforcement* debe realizarla ante tribunales ordinarios o generalistas (*generalist judges*), cuya decisión es apelable ante Cortes de Apelaciones, que también son generalistas.

Un ejemplo de ello es lo que ocurre en EE.UU., con el *Department of Justice* (DOJ), cuya *Antitrust Division* es la encargada de llevar a cabo la investigación y, a través del *Assistant Attorney General*, se ejerce la acción de *enforcement* ante los Tribunales de Distrito. Tal decisión es apelable ante las Cortes de Apelaciones. Y, de forma excepcional, esta última decisión puede ser revisada por la Corte Suprema a través de un *Writ of Certiorari*.

2.1.2. Modelo de agencia integrada. (“*Integrated agency model*”).

En este caso, la agencia especializada está facultada para investigar, pero también para realizar el primer nivel de adjudicación. Su decisión puede ser revisada a través de organismos de apelación especializados o generales o por los Tribunales de apelación ordinarios.

Ocurre que, en este modelo se fusionan la investigación y la adjudicación en una sola institución. Aquí, es una comisión dentro de la agencia la que desarrolla el primer nivel de adjudicación.

Un ejemplo es lo que ocurre con la *Federal Trade Commission* (FTC), donde el primer nivel de adjudicación lo realiza un *Administrative Law Judge* (ALJ) a través de la

⁵² Ver en: TREBILCOCK, Michael J.; IACOBUCCI, Edward M. (2002) Óp. Cit. pp. 361 y ss.

“*first decision*”. El segundo nivel de adjudicación es en la misma FTC, pero por la Comisión misma, mediante la “*final decision*”. Esta última resolución puede ser revisada por las Cortes de Apelaciones y también admite una revisión extraordinaria por la Corte Suprema a través del *Writ of Certiorari*.

2.1.3. Modelo de agencia bifurcada (“*Bifurcated agency model*”).

En el modelo de agencia bifurcada, una agencia tiene facultades de investigación y debe llevar las acciones de *enforcement* ante agencias o autoridades especializadas que realizan la adjudicación, con la posibilidad de apelar tal decisión ante organismos de apelación especializados y/o Cortes de Apelaciones generalistas.

Este modelo es posible de encontrar en el sistema chileno, donde la Fiscalía Nacional Económica (FNE) lleva a cabo la investigación y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), de carácter especializado, es el que ejerce la adjudicación. La revisión judicial de las decisiones del TDLC es realizada por la Corte Suprema (generalista), a través del recurso de reclamación.

Otros diseños institucionales en materia de libre competencia también pueden ser subsumidos en estos modelos⁵³.

Cada modelo tiene ventajas y desventajas. Por ejemplo, el modelo judicial bifurcado puede representar un método de aplicación de la ley más acorde a la protección de garantías procesales, pero la calidad de la decisión por jueces de competencia común puede verse mermada en comparación a la de jueces especializados.

⁵³ Ver en ANEXO: “Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes: Diseño institucional del organismo de la competencia”.

El modelo de agencia integrada puede ser el método de aplicación de la ley más eficiente desde un punto de vista de administrabilidad, pero puede conllevar riesgos desde el punto de vista de las garantías procesales, especialmente si no existe una división clara dentro de la misma agencia de quienes realizan la labor de investigación respecto de quienes realizan la adjudicación.

El modelo de agencia bifurcada puede mejorar la adopción de decisiones, pues concentra la adjudicación en un grupo reducido de jueces especializados y expertos, pero puede exigir una gran cantidad de recursos, en comparación a los tribunales de competencia común. Además, puede originar inquietudes relativas a garantías procesales si en este modelo se limita el acceso a los tribunales ordinarios (recordar las tensiones entre los principios de experticia, objetividad y debido proceso señaladas en el capítulo anterior).

Muchos países han adoptado variantes o combinaciones de estos modelos⁵⁴.

Otro elemento determinante en el diseño institucional que se escoja es el o los bienes jurídicos que se pretenden proteger. Si un ordenamiento jurídico une a la libre competencia otros bienes jurídicos, como por ejemplo, la protección de los consumidores o el interés público, resulta inevitable que la estructura, objetivos y, correlativamente, las facultades de las agencias especializadas también sean distintas a las que puede tener una agencia cuyo mandato contenga sólo la defensa de la libre competencia⁵⁵.

Para nuestro objeto de estudio, la importancia de estos tipos de modelos es que ante los conflictos de diseño institucional que se presentan en nuestro ordenamiento, podemos revisar lo que ocurre en el Derecho Comparado y tomar notas de ello.

⁵⁴ Para una mayor profundidad, ver: CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. *Ley tipo de Defensa de la Competencia (2010) – Capítulo IX Revisado*. Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia. 2011. pp. 4 y ss. Disponible en: http://unctad.org/es/Docs/ciclpL2_sp.pdf [Consulta: 31 de agosto de 2015].

⁵⁵ Ver en ANEXO: “Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes: Organismos institucionales: Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor.”

En conclusión, el objetivo tras la adopción de un determinado diseño institucional es plasmar las aspiraciones y metas que se buscan alcanzar. Cada país realizará este ejercicio en atención a las necesidades que estime prioritarias y a las regulaciones que estime como urgentes, pues "debemos tener en cuenta que el diseño de las instituciones reguladoras de cada país se reflejará en sus capacidades institucionales"⁵⁶.

2.2. DISEÑO INSTITUCIONAL DE LIBRE COMPETENCIA EN EL DERECHO CHILENO.

Una alternativa, al diseñar un modelo institucional en libre competencia, es basarse en uno ya existente en el Derecho Comparado. Sin embargo, esto puede ocasionar problemas, pues consta que “muchos países han tomado prestado en gran medida de los países desarrollados el diseño de sus respectivas legislaciones, y el marco legislativo no aborda efectivamente las realidades de la jurisdicción que estos organismos están llamados a regular”⁵⁷. Copiar un modelo institucional extranjero no significa que su funcionamiento será exactamente igual en el país donde se pretende aplicar. Por ejemplo, si bien el Derecho de la Competencia nacional reconoce la importancia del sistema de precedentes, esta rama del Derecho se encuentra imbuida dentro de un ordenamiento jurídico de herencia continental. Adicionalmente, las economías son distintas; no podemos comparar el tamaño o estructura de la economía de EE.UU. o de la Unión Europea, con la chilena. De la misma forma, la situación política y social también es distinta.

⁵⁶ “We have to bear in mind that the design of each country’s regulatory institutions will reflect its institutional endowments”. AGUERO, Francisco; MONTT, Santiago. *Chile: The Competition Law System and the Country’s Norms*. En: *The Design Of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices* (Eleanor M. Fox & Michael J. Trebilcock, eds.). Oxford University Press. London. 2012. p 149.

⁵⁷ “Many countries have borrowed heavily from developed countries in designing their respective laws, and the legislative framework does not effectively address the realities of the jurisdiction that these agencies are called upon to regulate”. TREBILCOCK, Michael; IACOBUCCI, Edward. (2010). *Óp. Cit.* p. 466.

El diseño institucional difiere entre los diversos ordenamientos jurídicos porque intentan satisfacer necesidades distintas, y porque disponen de herramientas, recursos y de políticas públicas distintas. Así las cosas, resulta esencial al momento de abordar el desarrollo de un diseño institucional o proponer reformas a éste (especialmente aquellas ideas provenientes de otros países), considerar cuáles son los problemas jurídicos y económicos que se intentan resolver, cuáles son las necesidades que se intentan satisfacer, cuál o cuáles son los bienes jurídicos a proteger, cuál es la situación económica del país y qué meta se desea alcanzar, y qué tipo de regulación se estima la más adecuada para alcanzar tales objetivos.

El modelo aplicado en el diseño institucional chileno es bastante singular. No sigue los modelos de EE.UU. ni de la Unión Europea, pese a inspirarse en principios similares. Nuestro diseño institucional es subsumible dentro del modelo de agencia bifurcada o *bifurcated agency model* y las instituciones importantes en materia de libre competencia son la FNE, el TDLC y la Corte Suprema. En términos breves, la FNE cumple una labor de investigación y persecución de aquellas conductas que puedan vulnerar la libre competencia, el TDLC ejerce una adjudicación especial y la Corte Suprema se erige como el Tribunal que realiza la revisión judicial.

Bajo la lógica del diseño institucional chileno, la institución más relevante para nuestro estudio es el TDLC, cuyo carácter especial busca asegurar que la adjudicación sea realizada por miembros que tengan experticia jurídica y económica. Al disponer de un Tribunal especializado, nuestro modelo se convierte en uno de carácter garantista, ya que protege y privilegia los derechos de los potenciales sancionados al someterlos a un procedimiento racional y justo, conforme a un debido proceso, pero que, paralelamente, también busca dotar de un mayor nivel de experticia la resolución de conflictos.

Nuestro modelo ha ido cambiando a través del tiempo. En un principio fue similar a un modelo judicial bifurcado, centrado en la Comisión Antimonopolios, el Consejo de

Defensa del Estado y los Tribunales de Justicia⁵⁸. Luego, este sistema evolucionó para convertirse en un sistema “administrativo bifurcado”, cuyas instituciones centrales eran la FNE y las Comisiones Preventivas y Resolutiva, para finalmente llegar al diseño actual.

En lo que sigue de este capítulo, efectuaremos una breve exposición de la FNE, del TDLC y de la Corte Suprema, enfocándonos principalmente en el rol del TDLC y en sus potestades.

2.2.1. Fiscalía Nacional Económica (FNE).

La FNE, conforme al artículo 33 del DL 211, es “un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción”. Las facultades y deberes de la FNE son ejercidas a través de su jefe de servicio, el Fiscal Nacional Económico, las cuales se encuentran reguladas en el artículo 39 del DL 211 y que la misma FNE las agrupa en actividades de defensa y en actividades de promoción de la competencia⁵⁹.

Las actividades de defensa de la competencia se refieren a “la actividad directa de la FNE contra prácticas de colusión entre empresas y abusos de posición monopólica, y al análisis de concentraciones empresariales que afecten o puedan afectar el funcionamiento

⁵⁸ En su texto original, el Título V de la Ley N° 13.305 se refería a las “*Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial*”. Mediante su artículo 175, se creó la Comisión Antimonopolios, y en los artículos 177 y 178 se estableció que los procesos por las infracciones al Título V debían iniciarse por denuncia o querrela formulada por el Consejo de Defensa del Estado a requerimiento de la Comisión Antimonopolios, debiendo los Tribunales de Justicia apreciar la prueba en conciencia. Ver Ley N° 13.305 (texto original): <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=27399&tipoVersion=0> [Consulta: 13 de mayo de 2017]. Cabe agregar que 4 años después, a través de la Ley N° 15.142, se modificó la Ley N° 13.305, incorporando en el nuevo artículo 175 bis la figura del Fiscal, el cual podría ser contratado por la Comisión Antimonopolios. Ver Ley N° 15.142: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28053> [Consulta: 13 de mayo de 2017].

⁵⁹ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. *Defensa de la Libre Competencia*. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/defensa-de-la-libre-competencia/>; *Promoción de la Libre Competencia*. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/promocion-de-la-libre-competencia/> [Consulta: 19 de enero de 2017]

eficiente de los mercados y el bienestar del consumidor”⁶⁰. Se entienden comprendidas, entre otras, las facultades de investigación de hechos que infrinjan el DL 211; de litigar, actuando como parte y en representación del interés general de la colectividad en el orden económico; de fiscalizar, velando por el cumplimiento de sus propias resoluciones y de los fallos y decisiones que emitan el TDLC y los Tribunales de justicia en las materias que indica el DL 211; y, de emitir los informes solicitados por el TDLC cuando la FNE no actúa como parte. Adicionalmente, la FNE también conoce de las operaciones de concentración⁶¹.

Las actividades de promoción de la competencia se refieren al “conjunto de actividades que la FNE realiza para, por una parte, enfrentar las restricciones del Estado y sus órganos, existentes o potenciales, a la competencia y, por otra, para expandir el apoyo de la comunidad en general a la competencia en los mercados”⁶². Dentro de estas actividades, se encuentran la creación de materiales de promoción de la competencia y de *guidelines*; la celebración de acuerdos nacionales e internacionales de cooperación con agencias y organismos nacionales e internacionales; la posibilidad de realizar estudios de mercado sobre la evolución competitiva de los mercados; y, efectuar recomendaciones tanto a órganos del Estado como a agentes económicos⁶³.

2.2.2. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC).

Conforme al artículo 5 del DL 211, el TDLC se define como “un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema”. En nuestro diseño institucional, el órgano que realiza el primer nivel de

⁶⁰ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. *Defensa de la Libre Competencia*. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/defensa-de-la-libre-competencia/> [Consulta: 19 de enero de 2017].

⁶¹ La Ley N° 20.945 creó un nuevo Título IV en el DL 211, denominado “De las Operaciones de Concentración” y su facultad se encuentra regulada en el nuevo artículo 39 letra o) del DL 211.

⁶² FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. *Promoción de la Libre Competencia*. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/promocion-de-la-libre-competencia/> [Consulta: 19 de enero de 2017].

⁶³ Las últimas dos facultades descritas fueron incorporadas al DL 211 a través de la Ley N° 20.945, mediante un nuevo artículo 39 letra p).

adjudicación corresponde a un Tribunal y no a una agencia administrativa, como suele ocurrir por regla general en el Derecho Comparado. Además, es de carácter especial, lo cual aseguraría un nivel de experticia suficiente para resolver cuestiones de índole técnicas, especialmente económicas. Adicionalmente, este artículo nos entrega un primer guiño sobre la función de la Corte Suprema y su ubicación dentro del diseño institucional de libre competencia.

En relación al mandato del TDLC, éste se desprende del artículo 2 del DL 211, el cual se refiere al objetivo que deben cumplir tanto el TDLC como la FNE, a saber, “en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados”. Por su parte, el artículo 5 del DL 211 indica que la función del TDLC “será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia”.

Como es posible notar, el DL 211 otorga al TDLC un mandato de carácter general, el cual consiste en el resguardo de la libre competencia en los mercados, previniendo, corrigiendo y sancionando los atentados a la libre competencia. Una crítica a este mandato general es que, si bien es lo suficientemente flexible para cubrir nuevas prácticas que puedan vulnerar la libre competencia, se traduce en una legislación abierta e indeterminada. En este sentido, se ha dicho que el TDLC actúa como un “regulador del comercio” y que el artículo 3 del DL 211 es un “cheque en blanco”⁶⁴. Críticas adicionales a este mandato son la ausencia de una definición de lo que debe entenderse por “libre competencia”, cómo se ha de materializar su resguardo, o cuándo se entiende vulnerada.

Como todo tribunal, el TDLC detenta potestades de índole jurisdiccional. Sin embargo, podemos decir que es un Tribunal *sui generis*, pues también contempla potestades

⁶⁴ Ver MONTT, Santiago. *El TDLC como ente regulador del comercio*. Documento de Trabajo N° 1. Centro de Regulación y Competencia (REGCOM). [Consulta: 05 de marzo de 2014].

de tipo extrajurisdiccional. Todas estas potestades – jurisdiccionales y extrajurisdiccionales – están reguladas en el artículo 18 del DL 211.

Las potestades extrajurisdiccionales son una peculiaridad en este Tribunal, ya que comúnmente, éstas son entregadas a agencias administrativas que se encargan de la investigación y persecución de conductas contrarias a la libre competencia. Los fundamentos en virtud de los cuales estas potestades administrativas fueron entregadas al TDLC son diversos.

En primer lugar, el TDLC es el sucesor legal de las Comisiones Preventivas y Resolutiva, agencias administrativas que eran parte del antiguo diseño institucional de libre competencia y que fueron derogadas tras la promulgación de la Ley N° 19.911 de 2003. Como su continuador legal, el TDLC heredó las potestades de estas Comisiones⁶⁵.

En segundo lugar, hay un reconocimiento de que el ejercicio de estas potestades extrajurisdiccionales producen consecuencias para los agentes económicos tanto o más importantes que el propio ejercicio de la potestad jurisdiccional, pues hay decisiones que toma el TDLC que producen efectos generales (*erga omnes*)⁶⁶. Por ello, al detentar el TDLC estas potestades extrajurisdiccionales, se otorgan mayores garantías para los regulados y también posibilita su control, mediante la revisión judicial por parte de la Corte Suprema.

Así, se ha señalado que la creación del TDLC resulta ventajosa pues “ha sacado aspectos positivos de los dos mundos; de los órganos administrativos (...) su especialización, carácter técnico, composición mixta y facultades normativas y, de los tribunales, su independencia y finalidad de administrar justicia”⁶⁷. De hecho, el propio TDLC ha señalado que “el contar con un tribunal especial dedicado exclusivamente a conocer y juzgar causas

⁶⁵ Ver artículo segundo de la Ley N° 19.911 de 2003.

⁶⁶ Por ejemplo, cuando el TDLC dicta Instrucciones de Carácter General (ICG).

⁶⁷ MENCHACA, Tomás. *Evolución del antiguo al nuevo sistema*. En: Revista Anales de Derecho UC. Temas de Libre Competencia. Volumen N° 2. Santiago. 2007. p. 15.

de libre competencia también otorga una ventaja importantísima en términos de celeridad de los procedimientos, al considerar una única instancia de revisión judicial ante la Excma. Corte Suprema. No debe olvidarse que en la mayoría de los países, las decisiones de las agencias de competencia tienen naturaleza administrativa – no jurisdiccional – y son impugnables en sede jurisdiccional en procedimientos largos que retrasan en varios años su efectivo cumplimiento”⁶⁸.

2.2.3. Corte Suprema.

La Corte Suprema es el Tribunal máximo dentro del Poder Judicial chileno. Su participación en el diseño institucional de libre competencia se desprende del artículo 5 del DL 211, estando el TDLC sujeto a su superintendencia directiva, correccional y económica.

En principio, lo anterior se traduce en que la Corte Suprema es el Tribunal que ejerce la revisión judicial sobre las decisiones del TDLC, emanen de potestades jurisdiccionales o extrajurisdiccionales, siempre que hayan sido tramitadas conforme a un procedimiento contencioso o a uno no contencioso, respectivamente⁶⁹. Bajo el DL 211, la Corte Suprema se configura como el único Tribunal competente para revisar tanto sentencias definitivas como resoluciones de término pronunciadas por el TDLC, a través del recurso de reclamación.

Sin embargo, el DL 211 no define qué es el recurso de reclamación, el grado de conocimiento que debe tener la Corte Suprema, como tampoco hay plena certeza respecto de cuáles potestades es posible la revisión judicial. Estas interrogantes son algunas de las que intentaremos resolver próximamente⁷⁰.

⁶⁸ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. *Novena Cuenta Pública*. 2013. p. 7. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/UserFiles/P0001/File/CUENTAS%20PUBLICAS%20TDLC/Cuenta%20Publica%202013.pdf> [Consulta: 22 de julio de 2013].

⁶⁹ Ver artículos 27 y 31 del DL 211.

⁷⁰ Ver Capítulo 3: “La Revisión Judicial en el Derecho de la Libre Competencia chileno”.

2.3. POTESTADES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.

Como se señaló anteriormente, el TDLC ejerce potestades jurisdiccionales y extrajurisdiccionales. Antes de la dictación de la Ley N° 20.945, la potestad jurisdiccional se encontraba establecida en el artículo 18 n° 1 de DL 211, mientras que las extrajurisdiccionales estaban contempladas en los numerales 2, 3, 4 y 5 del mismo artículo. Tras la dictación de esta nueva ley, la potestad jurisdiccional permaneció sin cambios, mientras que las potestades extrajurisdiccionales fueron parcialmente modificadas, agregando dos nuevas potestades⁷¹.

Tal como señalan Velozo y González, “un diseño institucional basado en una aproximación orgánica habría implicado que se le hubiesen entregado estas facultades a la Fiscalía Nacional Económica, pero presumiblemente se tomó la decisión de asignarlas al TDLC, en consideración tanto del alto grado de independencia de este organismo respecto de intereses políticos o económicos, como de su idoneidad técnica en las materias que se le asignaron, factores que pueden colegirse del mecanismo de selección de sus integrantes”⁷². Es decir, en el diseño institucional de libre competencia, específicamente respecto de las facultades del TDLC, predominaron principios como la independencia y la experticia.

A continuación, realizaremos una breve descripción de las potestades del TDLC:

⁷¹ Con la Ley N° 20.945, la potestad del artículo 18 N° 5 (informativa) pasó a ser la N° 7 y se agregaron las potestades para conocer del recurso de revisión especial en las operaciones de concentración (nuevo artículo 18 N° 5) y para dictar autoacordados (artículo 18 N° 6).

⁷² VELOZO, Javier; GONZÁLEZ, Daniela. *Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. En TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA “La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario”. Ed. Thompson Reuters Puntotex. Santiago. 2010. p. 23

2.3.1. Potestad Jurisdiccional o Contenciosa.

Esta potestad es parte de la esencia de lo que es un Tribunal. La potestad jurisdiccional es “la función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas en la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”⁷³. Resulta difícil comprender la existencia de un Tribunal sin esta potestad. Al respecto, Valdés indica que es “aquella que permite decir el Derecho, el *Ius*, o lo justo del caso particular”⁷⁴.

Se encuentra regulada en el artículo 18 N° 1 del DL 211:

Artículo 18°.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

1) Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley.

Esta potestad debe tramitarse en un “procedimiento infraccional o contencioso”, regulado por los artículos 19 a 29 del DL 211 y supletoriamente por los Libros I y II del CPC⁷⁵. Este procedimiento pueden terminar a través de una sentencia definitiva – como regla general – o por “otras resoluciones de término”⁷⁶.

⁷³ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985. p. 40. Así también por Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de septiembre de 2010. Rol 1448-09 INA. p. 12.

⁷⁴ VALDÉS, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Ed. Jurídica. Santiago. 2006. p. 589.

⁷⁵ “Este procedimiento infraccional es aplicable al ejercicio de las atribuciones contempladas en el N° 1 del artículo 18, esto es, al conocimiento y resolución de casos en los que se imputa una determinada infracción a las normas de defensa de la libre competencia. Este procedimiento puede ser iniciado por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda particular y concluye naturalmente con una sentencia”. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. *Funciones y procedimientos*. Disponible en <http://www.tdlc.cl/tdlc/funciones-y-atribuciones/> [Consulta: 26 de febrero de 2016].

⁷⁶ Las “otras resoluciones de término” pueden ser casos que terminan por ser acumulados, archivados, desistidos o conciliados.

2.3.2. Potestades Extrajurisdiccionales.

Las potestades extrajurisdiccionales corresponden a aquellas potestades – que, en su mayoría – son de naturaleza administrativa y que, a consecuencia de factores históricos y jurídico-económicos, se encuentran radicadas en el TDLC. Sobre estas potestades el Tribunal Constitucional ha indicado que, “si bien la mayoría de los tribunales conocen también de asuntos administrativos, cabe recalcar que en el caso preciso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia las atribuciones que se enmarcan dentro de dicha especie son tan relevantes para la realización de su cometido, esto es, la defensa de la libre competencia, como las atribuciones jurisdiccionales”⁷⁷.

Estas potestades deben tramitarse en un “procedimiento de consulta o no contencioso”⁷⁸, regulado en el artículo 31 del DL 211. Del ejercicio de estas potestades no emanan sentencias definitivas, sino otras resoluciones especiales, siendo algunas de estas revisables por la Corte Suprema.

2.3.2.1. Potestad Consultiva.

La potestad consultiva es una potestad administrativa que “resulta fundamental para conservar la unidad de criterio entre lo señalado mediante sentencias antimonopólicas y lo respondido administrativamente mediante resoluciones antimonopólicas con motivo de las consultas relativas a la lesión o puesta en peligro de la libre competencia por ciertos hechos, actos o convenciones”⁷⁹.

⁷⁷ Sentencia Tribunal Constitucional. 7 de septiembre de 2010. Rol 1448-09 INA. p. 13.

⁷⁸ “Este procedimiento es aplicable al ejercicio de las atribuciones a que se refieren los números 2) y 3) del artículo 18 antes mencionadas. También es aplicable a la emisión de los informes que le sean encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales. Este procedimiento da origen a tres tipos de decisiones: (...) 1. Resoluciones (...) 2. Instrucciones de Carácter General (...) 3. Informes”. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. *Funciones y procedimientos*. Disponible en <http://www.tdlc.cl/tdlc/funciones-y-atribuciones/> [Consulta: 26 de febrero de 2016].

⁷⁹ VALDÉS, Domingo. Óp. Cit. p. 606.

Además de la búsqueda de certeza, la potestad consultiva tiene un claro propósito preventivo, a saber, “que la consulta al TDLC, utilizada como mecanismo de intervención preventiva del Estado en la actuación de los agentes económicos, sea una opción menos costosa socialmente que una actividad sancionatoria *ex post*”⁸⁰. En el mismo sentido también se ha expresado el propio TDLC⁸¹.

Una de las críticas más realizadas a esta potestad era su insuficiencia para regular las operaciones de concentración, siendo el procedimiento no contencioso incapaz de satisfacer todas las inquietudes de los particulares, como también no ser la herramienta más idónea a través de la cual los diversos organismos de la competencia puedan conocer de los potenciales riesgos de una concentración⁸². Esta observación fue atendida por el legislador.

Antes de la Ley N° 20.945, el artículo 18 N° 2 indicaba lo siguiente:

Artículo 18°.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos;

Una de las principales reformas de la Ley N° 20.945 fue establecer un control preventivo y obligatorio de operaciones de concentración, por lo que se estimó necesario exceptuar su procedencia respecto de la potestad consultiva. Además, con el objeto de

⁸⁰ VELOZO, Javier; GONZÁLEZ, Daniela. Óp. Cit. p. 26.

⁸¹ La potestad consultiva “*tiene una función preventiva ordenada a evitar o minimizar la posibilidad de que, hechos, actos o convenciones determinados, proyectados, ejecutados o celebrados, puedan llegar a lesionar o poner en riesgo la libre competencia o continuar causando daño o poniendo en peligro dicho bien jurídico*”. Sentencia TDLC N° 86/2009, consideración segunda. En VELOZO, Javier; GONZÁLEZ, Daniela. Óp. Cit. p. 27

⁸² Ver: ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. *Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile*. Informe del Secretariado de la OCDE. 2014.

clarificar la legitimidad activa, aquella se precisó a “quienes sean parte” en los hechos, actos o contratos⁸³. El artículo 18 N° 2 del DL 211 quedó de la siguiente manera:

Artículo 18°. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

2) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos.

2.3.2.2. Potestad Normativa (Externa).

La potestad normativa también recibe el nombre de potestad reglamentaria. Al respecto, se ha señalado que “la potestad reglamentaria de los entes administrativos autónomos emana de la ley y no de una delegación presidencial”⁸⁴. A su vez, se ha establecido una subdivisión dentro de esta potestad, distinguiendo entre “una de carácter interno, destinada a la autorregulación y organización del propio [TDLC] en cuanto repartición pública y otra, de carácter externo, dirigida a normar conductas de terceros”⁸⁵; nosotros nos centraremos en la potestad normativa externa⁸⁶, en virtud de la cual el TDLC puede dictar Instrucciones de Carácter General, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 N° 3 del DL 211⁸⁷:

⁸³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N° 20.945, que Perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia*. 2016. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5311/> [Consulta: 3 de septiembre de 2016].

⁸⁴ VALDÉS, Domingo. Óp. Cit. p. 647.

⁸⁵ *Ibíd.* p. 654.

⁸⁶ Debido a la reciente reforma efectuada por la Ley N° 20.945, surge la necesidad de distinguir entre potestad normativa interna y externa. En esta Memoria, cuando hablemos de “potestad normativa”, nos estaremos refiriendo a la externa (potestad para dictar Instrucciones de Carácter General), y cuando hablemos de “potestad normativa interna” o “potestad para dictar autoacordados”, nos estaremos refiriendo a la interna (potestad para dictar autoacordados).

⁸⁷ Cabe indicar que esta potestad no fue modificada por la Ley N° 20.945.

“Artículo 18º.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

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

Las Instrucciones de Carácter General (ICG) son aquellas que “constituyen una explicitación de los criterios y parámetros que utilizará el TDLC para analizar casos concretos, permitiendo a los agentes económicos reconocer con costos razonables los límites de la juridicidad de diversas conductas específicas”⁸⁸. En forma similar lo ha entendido el TDLC⁸⁹.

Según el inciso primero del artículo 31 del DL 211, esta potestad se ejerce también conforme al procedimiento no contencioso.

2.3.2.3. Potestad Propositiva.

La potestad propositiva también ha sido denominada potestad requisitoria y corresponde a aquella en que el TDLC “envía un despacho solicitando a una autoridad pública se sirva ajustar un determinado cuerpo normativo a las exigencias del Derecho antimonopólico”⁹⁰. Esta potestad permite al TDLC recomendar modificaciones normativas con el objeto de promover la libre competencia en los mercados, siendo relevante en economías pequeñas como la nacional⁹¹.

⁸⁸ VELOZO, Javier; GONZÁLEZ, Daniela. Óp. Cit. p.48.

⁸⁹ “El Decreto Ley N° 211 entrega al TDLC la atribución de dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. *Funciones y procedimientos*. Disponible en <http://www.tdlc.cl/tdlc/funciones-y-atribuciones/> [Consulta: 26 de febrero de 2016].

⁹⁰ VALDÉS, Domingo. Óp. Cit. p. 694.

⁹¹ “Resulta de especial importancia, en economías pequeñas como la chilena, la identificación y remoción de barreras de entrada en los distintos mercados con el objeto de incrementar la desafiabilidad de los mismos,

Es una potestad de carácter *sui generis*, pues no constituye una actividad de naturaleza jurisdiccional, ni administrativa. De hecho, en el Derecho Comparado es frecuentemente entregada a las agencias de competencia, pues “no es sino una forma de ejercer la labor promotora de la competencia (...), específicamente en el ámbito de la formulación de las políticas públicas que se implementan por medio de la dictación, modificación o derogación de normas legales y reglamentarias”⁹².

Por lo anterior, resulta válido cuestionar su entrega al TDLC y no a la FNE. Según Velozo y González, ello se debería al mayor nivel de independencia que posee el Tribunal especializado, pues señalan que “la dependencia política de la FNE del Ministerio de Economía, tiene en teoría dos consecuencias que pueden limitar su capacidad para hacer *advocacy* normativo, a saber: (i) su relativa mayor sensibilidad a los vaivenes del proceso político y, por ende, a la acción de los grupos de interés; y, (ii) su posible alineación con los intereses u objetivos de política pública del Gobierno”⁹³.

El legislador tomó en cuenta este cuestionamiento mediante la Ley N° 20.945. Inicialmente, en el proyecto de ley se propuso la derogación del artículo 18 N° 4 del DL 211, transfiriendo esta potestad a la FNE con el propósito de complementar su nueva facultad para realizar estudios de mercado y con ello darle un curso más eficiente y expedito a tales propuestas, siendo debidamente fundadas en los estudios llevados a cabo⁹⁴. Sin embargo, la

principalmente, y de favorecer la entrada efectiva de nuevos competidores. Entre tales barreras se cuentan las erigidas o propiciadas por la actividad (o en ocasiones la inactividad) normativa y regulatoria del Estado. (...). Ello hace indispensable que las autoridades de competencia puedan monitorear efectivamente el funcionamiento de dichos mercados y, a partir de ese monitoreo, promover el desarrollo de un marco normativo que de sustento a la competencia en los mismos”. VELOZO, Javier; GONZÁLEZ, Daniela. Óp. Cit. p. 60.

⁹² *Ibíd.* p. 59

⁹³ *Ibíd.* p. 60.

⁹⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N° 20.945, que Perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia.*

Ley N° 20.945 adoptó parcialmente esta propuesta, pues otorgó esta potestad a la FNE y sin substraerla del TDLC⁹⁵.

Adicionalmente, respecto de la facultad propositiva del TDLC, la reforma agregó en la parte final del numeral, la obligación a los ministros receptores de las recomendaciones de responder sobre su parecer. La potestad quedó finalmente plasmada en el artículo 18 N° 4) de la siguiente manera:

“Artículo 18°. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

4) Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas. **En todo caso, el ministro receptor de la propuesta deberá manifestar su parecer sobre ésta. La respuesta será publicada en el sitio electrónico institucional del Tribunal, de la Fiscalía y del Ministerio de que se trate”.**

Como consecuencia, tanto la FNE como el TDLC poseen esta potestad propositiva, pero con algunas diferencias claves. Mientras que el TDLC puede ejercerla sin la necesidad de realizar un estudio de mercado y teniendo los ministros receptores una obligación de respuesta, la FNE sólo puede ejercerla cuando tiene como antecedente una investigación o un estudio de mercado, sin que los ministros receptores tengan la obligación de responder.

⁹⁵ La potestad propositiva de la FNE quedó plasmada en el nuevo artículo 39 letra q) del DL 211: “Artículo 39°. (...) Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico: (...) q) Proponer fundadamente al Presidente de la República, a través del ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas. Este tipo de proposiciones tendrán siempre como antecedente una investigación o un estudio sobre la evolución competitiva de los mercados”.

La manera en que esta duplicidad de potestades funcione dependerá en gran medida de lo que ocurra en la práctica y en los precedentes que se sienten.

Otra diferencia es en cuanto al procedimiento aplicable. En el caso de la FNE la recomendación normativa se efectúa como resultado de una investigación o de un estudio de mercado, mientras que en el caso del TDLC es resultado del procedimiento no contencioso.

En el TDLC, antes de la última reforma, su ejercicio no estaba legalmente sujeto a ninguno de los procedimientos establecidos en el DL 211 y, en la práctica se caratulaban con la sigla ERN (Expediente de Recomendación Normativa), siendo tramitados bajo el procedimiento no contencioso. Sin embargo, con la reforma se estableció expresamente su tramitación conforme a tal procedimiento, lo que eventualmente puede generar consecuencias a nivel de revisión judicial si se estima la recomendación como una resolución de término⁹⁶.

2.3.2.4. Nueva Potestad Revisora de operaciones de concentración.

Una reforma importante al sistema de libre competencia nacional mediante la Ley N° 20.945 fue el establecimiento de un control de operaciones de concentración. Respecto a su revisión judicial, el proyecto de ley propuso que en contra de la resolución que prohibiera una operación de concentración, el notificante podría interponer un recurso de revisión especial ante el TDLC, no procediendo recurso alguno ante la Corte Suprema (salvo la queja).

La Ley N° 20.945 estableció la procedencia del recurso de revisión especial en términos similares a los del proyecto de ley. Conforme al nuevo artículo 57 del DL 211, el

⁹⁶ Ver en Capítulo 3, párrafo 3.1.2.2, respecto de la revisión judicial de la potestad propositiva.

TDLC revisa la operación de concentración cuando aquella es prohibida por la FNE, debido a la convicción de que su realización reduce sustancialmente la competencia⁹⁷.

En la misma línea, en el nuevo artículo 18 N° 5 del DL 211 se otorga al TDLC la potestad para conocer de este recurso:

Artículo 18°. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

5) Substanciar, a solicitud exclusiva del notificante de una operación de concentración, el procedimiento de revisión especial de operaciones de concentración, cuando éstas hubieren sido prohibidas por el Fiscal Nacional Económico conforme a lo establecido en el artículo 57;

En cuanto a su procedimiento, el nuevo artículo 31 bis del DL 211 introduce uno de carácter especial – distinto a los procedimientos contencioso y no contencioso – que se resume en: (i) la remisión del expediente de investigación al TDLC; (ii) la celebración de una audiencia pública en donde el recurrente, la FNE y quienes aportaron antecedentes pueden intervenir; y, (iii) la decisión del TDLC (confirmando o revocando la decisión de la FNE).

Una interrogante que surge es respecto a la naturaleza jurídica de este “recurso de revisión especial”, pudiendo intuitivamente entenderse como una especie de apelación⁹⁸. Además, la Ley N° 20.945 también estableció una segunda revisión judicial de la decisión, de manera excepcional únicamente para el caso en que el TDLC cree nuevas medidas de

⁹⁷ El inciso final del artículo 57 del DL 211 dispone que: “En contra de la resolución del Fiscal Nacional Económico que prohíba una operación, el notificante podrá promover ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días, contado desde la notificación de la referida resolución, un recurso de revisión especial, que deberá ser fundado”.

⁹⁸ El recurso de revisión especial permite al TDLC – mediante la remisión completa del expediente – conocer de toda la investigación y del procedimiento desarrollado ante la FNE, permite revocar íntegramente la resolución impugnada, aprobarla de manera pura y simple o condicionarla a las medidas ofrecidas por el notificante o incluso a nuevas medidas que el TDLC estime pertinentes.

mitigación, por parte de la Corte Suprema mediante el recurso de reclamación, lo cual revisaremos con mayor detalle en el próximo capítulo.

2.3.2.5. Nueva Potestad Normativa Interna.

Una potestad no propuesta en el proyecto de ley, pero agregada al DL 211 tras el debate parlamentario, consiste en el otorgamiento expreso al TDLC de la potestad para dictar autoacordados. Atendiendo a la subdivisión realizada previamente al conocer de la potestad del TDLC para dictar Instrucciones de Carácter General, la Ley N° 20.945 agrega una potestad normativa o reglamentaria “de carácter interno, destinada a la autorregulación y organización del propio [TDLC] en cuanto repartición pública”⁹⁹.

Si bien en la práctica el TDLC ejercía esta potestad de manera previa para regular o aclarar diversos elementos del procedimiento, con la reforma se hace un reconocimiento y aceptación legal de esta potestad. Como consecuencia, esto valida implícitamente la creación de *soft law* por parte del TDLC.

Esta potestad quedó plasmada en el nuevo artículo 18 N° 6 del DL 211, que versa de la siguiente manera:

Artículo 18°. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

6) Dictar, de conformidad a la ley, los autos acordados que sean necesarios para una adecuada administración de justicia.

Tras la reforma surgen incertidumbres respecto al procedimiento al que debe sujetarse la dictación de autoacordados (si es que procediere) y su eventual revisión judicial por la Corte Suprema.

⁹⁹ VALDÉS, Domingo. Óp. Cit. p. 654.

2.3.2.6. Potestad Informativa.

La denominada potestad informativa tiene por finalidad que el TDLC “emita declaraciones o informes acerca de la estructura y forma de funcionamiento de determinados mercados relevantes”¹⁰⁰. Esta potestad se asocia, en gran parte, a aquellas industrias reguladas de servicios públicos que se desenvuelven dentro de monopolios naturales.

Antes de la promulgación de la Ley N° 20.945, se encontraba regulada en el artículo 18 N° 5 del DL 211. Después de la reforma, y debido a las dos nuevas potestades atribuidas al TDLC, quedó en el numeral 7, estableciendo lo siguiente:

“Artículo 18°.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

7) Las demás que le señalen las leyes”.

Como es posible notar, la redacción de este numeral es de tal generalidad que viene a constituir un “cajón de sastre” con el objeto de armonizar las potestades del TDLC establecidas en otros cuerpos legales. Entre las leyes o normas de rango legal que exigen el pronunciamiento del TDLC mediante informes, encontramos: (i) la Ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones; (ii) la Ley N° 19.542, que establece Normas sobre Modernización del Sector Portuario Estatal; (iii) el DFL N° 4 - 20.181 Ley General de Servicios Eléctricos; (iv) el DFL N° 323 de 1931, del Ministerio del Interior, Ley de Servicios del Gas; y, (v) el DFL N° 382 de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, Ley General de Servicios Sanitarios.

¹⁰⁰ VALDÉS, Domingo. Óp. Cit. pp. 596-597.

Respecto a su procedimiento, el DL 211 no lo establece expresamente, por lo que el TDLC ha indicado que su ejercicio se rige por el procedimiento no contencioso¹⁰¹⁻¹⁰².

Como conclusión, lo importante es tener en mente que existen diversos modelos de diseño institucional bajo los cuales se pueden organizar los organismos de libre competencia y que en Chile, las principales instituciones son la FNE, el TDLC y la Corte Suprema, las que cumplen funciones claras (agencia de investigación y persecución, Tribunal especializado y Tribunal de revisión, respectivamente).

El TDLC – como Tribunal especializado – tiene una serie de potestades (jurisdiccional, consultiva, normativa, propositiva, revisora de operaciones de concentración, normativa interna e informativa) que son únicas, con procedimientos diversos y, cuyo análisis, desde un punto de vista recursivo, podría ayudarnos a determinar la naturaleza jurídica del recurso de reclamación y su procedencia – o improcedencia – respecto del ejercicio de cada una de estas potestades.

¹⁰¹ Respecto del procedimiento no contencioso, el TDLC ha indicado que: “Este procedimiento da origen a tres tipos de decisiones: (...) 3) Informes, encomendados por leyes especiales (ejercicio de atribuciones contempladas en el artículo 18 número 5)”. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. *Funciones y procedimientos*. Disponible en <http://www.tdlc.cl/tdlc/funciones-y-atribuciones/> [Consulta: 26 de febrero de 2016].

¹⁰² Cabe indicar que se propuso que los informes emitidos por el TDLC también fueran posibles de revisar mediante el recurso de reclamación, no siendo finalmente recogido por la Ley N° 20.945.

CAPÍTULO 3: LA REVISIÓN JUDICIAL EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA CHILENO.

La distinción realizada en el capítulo anterior entre potestades jurisdiccionales y extrajurisdiccionales no es fútil ya que la revisión judicial respecto de las decisiones del TDLC varía en conformidad a la potestad que ejerce y al procedimiento que se aplica. El principal mecanismo de revisión judicial contemplado en el DL 211 es el recurso de reclamación¹⁰³, el cual somete el conocimiento de la resolución impugnada a la Corte Suprema.

Nos centraremos en su estudio, pues a través de este recurso, la Corte Suprema revisa las decisiones del TDLC, sean sentencias definitivas, resoluciones emitidas en procedimientos de consulta o instrucciones de carácter general.

3.1. EL RECURSO DE RECLAMACIÓN.

El recurso de reclamación es, por excelencia, el mecanismo a través del cual se realiza la revisión de sentencias que emanan de la actividad jurisdiccional, y también de resoluciones de término que derivan de ejercicio de potestades extrajurisdiccionales.

¹⁰³ Si bien el DL 211 contempla dos mecanismos generales para la revisión de resoluciones – la reposición y el recurso de reclamación –, desde ya descartaremos de nuestro estudio el recurso de reposición, pues es el mismo TDLC quien conoce de éste.

De todas maneras, cabe señalar que El recurso de reposición ha sido definido como “el acto jurídico procesal de impugnación que emana exclusivamente de la parte agraviada, y que tiene por objeto solicitar al mismo Tribunal que dictó la resolución que la modifique o la deje sin efecto” MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián. *Los Recursos Procesales*. 2ª Edición. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. 2010. p. 106.

El denominado “recurso de revisión especial” no puede considerarse como un mecanismo general de revisión, pues sólo procede respecto de las operaciones de concentración, específicamente cuando éstas son prohibidas por la FNE.

En el Derecho de la Competencia no existe una definición legal, ni doctrinaria clara sobre el recurso de reclamación. No es posible extrapolarlo a recursos de similar denominación contemplados en otras áreas del Derecho (como en el Derecho Administrativo¹⁰⁴ o en el Derecho del Medioambiente¹⁰⁵), pues tiene características distintas. A modo de ejemplo, en sede de libre competencia, el recurso de reclamación permite la revisión de sentencias definitivas (es decir, de resoluciones judiciales emitidas por un tribunal especializado) y el órgano revisor es la Corte Suprema, el máximo tribunal del Poder Judicial chileno (lo que no ocurre en las ramas del Derecho señaladas).

Tampoco existe una claridad sobre el contenido del recurso de reclamación, ni el grado de conocimiento con que se debe hacer la revisión judicial. Siendo válidas éstas y otras interrogantes, surge la duda acerca del rol que cumple la Corte Suprema en materia de libre competencia.

Una manera de comenzar a responder estas interrogantes es identificar la naturaleza jurídica que posee el recurso de reclamación, pues de ésta se pueden desprender las atribuciones y límites con lo que la Corte Suprema ha de realizar la respectiva revisión

¹⁰⁴ El Capítulo IV de la Ley N° 18.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado (LBPA), trata sobre la revisión de los actos administrativos.

Conforme al artículo 54 LBPA, es posible deducir reclamación ante la Administración o ante los Tribunales de Justicia (aunque no de forma conjunta). Luego, en el artículo 59 LBPA, se tratan los recursos de reposición y jerárquico. El recurso de reposición se interpone ante el mismo órgano que dictó el acto administrativo, mientras que el recurso jerárquico se interpone para ante el superior jerárquico del órgano que dictó el acto administrativo a impugnar, pudiendo interponerse el recurso jerárquico en subsidio del de reposición.

¹⁰⁵ En el Derecho del Medioambiente, la Ley N° 19.300 establece la procedencia del recurso de reclamación, siendo conocido por el Director Ejecutivo cuando se impugna una resolución que niegue lugar, rechace o establezca condiciones o exigencias a una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) [artículo 20], o por el Comité de Ministros cuando se impugnan: (i) resoluciones que rechacen o establezcan condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) [artículo 20]; (ii) resoluciones que realicen la revisión de una Resolución de Calificación Ambiental (RCA) [artículo 25 quinquies]; y, (iii) cuando personas que formularon observaciones al Estudio de Impacto Ambiental estiman que sus observaciones no fueron consideradas [artículo 29].

Cabe indicar que en esta sede, el recurso de reclamación adopta una clara naturaleza administrativa, y lo resuelto admite revisión judicial por parte de un Tribunal Ambiental. Incluso, es posible una segunda revisión judicial de la decisión, por la Corte Suprema, mediante un recurso de casación en el fondo.

judicial de lo resuelto por el TDLC. La manera de identificar la naturaleza jurídica de este recurso es mediante el análisis de las disposiciones legales vigentes, del desarrollo legislativo en materia de libre competencia (historia de la ley), y de la jurisprudencia – tanto contenciosa como no contenciosa – existente a la fecha.

3.1.1. Naturaleza jurídica del recurso de reclamación.

Determinar cuál es la naturaleza jurídica del recurso de reclamación no es fácil, ni pacífico. Su importancia radica especialmente en las consecuencias de homologar la naturaleza jurídica de este recurso a una apelación o a una casación, pues las diferencias entre estos recursos son sustantivas y adjetivas. A nivel sustantivo, las diferencias provienen de las características propias e individuales de cada mecanismo de revisión, mientras que a nivel adjetivo, las diferencias surgen al optar por un mecanismo de revisión u otro.

Por un lado, la apelación en el Derecho chileno se define como “el acto jurídico procesal de la parte agraviada, o que ha sufrido un gravamen irreparable con la dictación de una resolución judicial, por medio de la cual solicita al Tribunal que la dictó que eleve el conocimiento del asunto al Tribunal superior jerárquico, con el objeto de que este la enmiende con arreglo a derecho”¹⁰⁶ mientras que por otro lado, la casación se define como “el acto jurídico procesal de la parte agraviada destinado a obtener del Tribunal superior jerárquico la invalidación de una sentencia, por haber sido pronunciada por el Tribunal inferior con prescindencia de los requisitos legales o emanar de un procedimiento viciado al haberse omitido las formalidades esenciales que la ley establece”¹⁰⁷ (casación en la forma), o “para obtener de la Corte Suprema que las invalide por haberse pronunciado con una infracción de la ley que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, y que las reemplace por otra resolución en que la ley se aplique correctamente”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián. Óp. Cit. p. 126.

¹⁰⁷ *Ibíd.* p. 245.

¹⁰⁸ *Ibíd.* p. 294.

La apelación se configura como una instancia, mientras que la casación no. El recurso de reclamación, considerado como apelación sería un recurso judicial ordinario, en virtud del cual la Corte Suprema se encontraría facultada para revisar tanto las cuestiones de hecho como de derecho respecto de las decisiones del TDLC. Con ello, la Corte Suprema estaría facultada para eventualmente modificar las apreciaciones y ponderaciones técnicas y de carácter económico que realiza un Tribunal especial como lo es el TDLC, eventualmente contraviniendo principios como la experticia y la eficiencia administrativa.

Por su parte, la casación no constituye una instancia, por lo que la revisión que podría realizar la Corte Suprema estaría limitada a las cuestiones de derecho, a saber, la enmienda de eventuales vicios en el procedimiento, o en la errónea aplicación de la ley que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. El recurso de reclamación, entendido como casación, sería un recurso judicial extraordinario, de excepcional aplicación.

El problema de considerar el recurso de reclamación como casación, guarda relación con el principio del debido proceso, específicamente en lo relativo a la posibilidad de revisión de los pronunciamientos del TDLC, pues limitar la aplicación del recurso de reclamación a determinadas causales, o sólo a elementos de derecho (excluyendo la revisión de los hechos), implicaría en términos simples, limitar el derecho a reclamar de quien no se encuentra conforme por lo resuelto por el TDLC.

Debido a que la naturaleza jurídica del recurso de reclamación no es clara, comenzaremos por analizar lo establecido en la normativa vigente de libre competencia, desde el prisma de sus potestades y los procedimientos aplicables.

En primer lugar, encontramos el procedimiento contencioso, vinculado a la potestad jurisdiccional del TDLC y, en segundo lugar, el procedimiento no contencioso, vinculado a sus facultades extrajurisdiccionales.

3.1.2. Disposiciones legales.

3.1.2.1.Procedimiento Contencioso.

El procedimiento contencioso se desprende la facultad jurisdiccional que posee el TDLC, en virtud de lo establecido en el artículo 18 N° 1 DL 211. Este procedimiento se encuentra regulado en los artículos 19 a 29 del DL 211 y, para nuestro estudio, nos centraremos en los artículos 27 y 29 del DL 211, los cuales se refieren al régimen recursivo en este procedimiento.

A la luz de los incisos primero y segundo de artículo 27 del DL 211, podemos indicar que el recurso general en materia de libre competencia es la reposición, del cual conoce el mismo TDLC y, excepcionalmente, cuando se trate de sentencias definitivas, procede el recurso de reclamación¹⁰⁹. Es importante tener en consideración que este artículo no nos entrega definición alguna sobre lo que debemos entender por recurso de reclamación, ni cuál es el nivel de revisión que debe realizar la Corte Suprema, limitándose a indicar elementos de tramitación del recurso.

El artículo 29 del DL 211, admite la aplicación de normas de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil (CPC), en la medida que no sean incompatibles con el procedimiento contencioso¹¹⁰. Es decir, en este procedimiento podríamos interponer recursos contemplados en el CPC, siempre que no resulten incompatibles.

¹⁰⁹ El artículo 27, incisos primero y segundo disponen lo siguiente:

“Artículo 27°.- Las resoluciones pronunciadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, salvo la sentencia definitiva, serán susceptibles del recurso de reposición, al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano.

Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 26, como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas. (...)”.

¹¹⁰ “Artículo 29°.- Las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil se aplicarán supletoriamente al procedimiento mencionado en los artículos precedentes, en todo aquello que no sean incompatibles con él”.

Como consecuencia, si determinamos que la naturaleza jurídica de la reclamación es una apelación, serían aplicables a los procedimientos de libre competencia, los elementos adjetivos de ésta (como el recurso de hecho y la adhesión a la apelación). Pero si estimamos que la naturaleza de la reclamación es la de una casación, ni siquiera en términos formales sería posible interponer adicionalmente un recurso de apelación, pues ello sería contrario al carácter exclusivo que le otorga el inciso 2º del artículo 27 del DL 211 al recurso de reclamación.

En síntesis, las disposiciones citadas no son suficientes para determinar la naturaleza jurídica del recurso de reclamación.

3.1.2.2. Procedimiento No Contencioso.

El procedimiento no contencioso se vincula al ejercicio de potestades extrajurisdiccionales. Para analizar la revisión judicial en este procedimiento, debemos tener en consideración el inciso final del artículo 31 del DL 211.

En este procedimiento, la reposición constituye el medio general de impugnación (y el único en lo referido a informes), mientras que el recurso de reclamación se limita no a las sentencias definitivas, como ocurre en el procedimiento contencioso, sino a las “resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones”¹¹¹. Pero, ¿qué debemos entender por resoluciones de término? El DL 211 no nos otorga definición alguna al respecto, dejando en incertidumbre qué resoluciones son las efectivamente reclamables.

¹¹¹ El artículo 31, inciso final dispone que: “Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27. (...)”.

A continuación, revisaremos qué es lo que sucede respecto de cada una de las potestades extrajurisdiccionales en relación a su revisión.

- **Potestad Consultiva (Artículo 18 N° 2 del DL 211).**

En materia consultiva, sí es posible señalar en forma clara que en contra de la resolución que apruebe, rechace o apruebe con condiciones emitida por el TDLC, procede el mismo recurso de reclamación que en contra de las sentencias definitivas.

De hecho, la evolución legislativa en sede de libre competencia contempló una reforma específica a la revisión en procedimientos no contenciosos, enfocados en la potestad consultiva debido a que, en un principio, la revisión por parte de la Corte Suprema se encontraba limitada a la legalidad de la resolución, no pudiendo revisar las condiciones impuestas en ésta¹¹².

- **Potestad Normativa (Artículo 18 N° 3 del DL 211).**

La potestad normativa del TDLC cumple un rol preventivo similar al de la potestad consultiva. Las ICG emanan del ejercicio de esta potestad, estableciendo condiciones generales a los agentes económicos de un determinado mercado.

La naturaleza de la potestad normativa del TDLC es homologable a la que poseen las Superintendencias¹¹³. Bajo la lógica de un Estado Regulador, que tiene por función preferente regular y tutelar el ejercicio de las actividades económicas desarrolladas por los particulares, una Superintendencia actúa como un órgano cuya función principal es controlar las actividades económicas en aquellas áreas en donde el legislador ha estimado que existe un

¹¹² Modificación al DL 211 a través de la Ley N° 20.361, de 2009.

¹¹³ CENTRO DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA (REGCOM). *Control jurisdiccional de la potestad normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en materia de Telecomunicaciones*. Informe en Derecho. 2013. p. 40. Disponible en: https://www.ucursos.cl/derecho/2013/0/DDPC/1/material_docente/objeto/757408 [Consulta: 01 de octubre de 2013].

interés público comprometido. Tradicionalmente, las superintendencias realizan actividades de policía, debido a lo cual cuentan con amplias facultades normativas, fiscalizadoras y sancionadoras.

La procedencia del recurso de reclamación en contra de esta potestad no obedece a una remisión legal expresa, sino a una interpretación; las ICG son – al menos formalmente – resoluciones de término que fijan condiciones, por lo que sería procedente el recurso de reclamación¹¹⁴.

A nivel doctrinario, la situación no es pacífica. Para algunos autores, antes de la reforma de 2009, contra las ICG eran procedentes los recursos de reposición, el recurso de protección, recurso de amparo económico y acciones de nulidad de derecho público; para otros, sólo procedía el recurso de reposición y de reclamación; finalmente para otros, no procedía ninguno de los recursos ya indicados¹¹⁵.

A nivel jurisprudencial, antes del 2009, la antigua postura de la Corte Suprema era rechazar la posibilidad de interponer recursos de reclamación en contra de una ICG, cambiando recientemente el paradigma¹¹⁶. Tras la reforma de ese año, la Corte entendió que la reclamación no procedía únicamente respecto de los informes requeridos por leyes especiales (potestad informativa), lo cual fue corroborado por sentencia del Tribunal Constitucional¹¹⁷. De esta manera, a *contrario sensu*, la revisión judicial de la potestad normativa se entendió procedente.

¹¹⁴ Sentencia Corte Suprema. 11 de abril de 2013. Rol N° 269-2013, considerando 7°.

¹¹⁵ CENTRO DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA (REGCOM). *Control jurisdiccional de la potestad normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en materia de Telecomunicaciones*. Informe en Derecho. 2013. Ibíd. pp. 40-41.

¹¹⁶ Ibíd.

¹¹⁷ Ver Sentencia Corte Suprema. 27 de octubre de 2010. Rol N° 3733-2009; Sentencia Tribunal Constitucional. 07 de septiembre de 2010. Rol 1448-09.

Una doctrina alternativa ha postulado que la revisión judicial de esta potestad sea realizada por el Tribunal Constitucional, pues tal magistratura “es la que debiera ser llamada a la revisión de las normas generales emanadas de entes independientes como el TDLC, pero con una limitación clara”¹¹⁸. Parafraseando lo establecido por el Tribunal Constitucional, indican que “la competencia constitucional limita en el mérito de la norma sometida a revisión de constitucionalidad (...) su competencia excluye un pronunciamiento acerca de lo que se denomina el mérito del acto impugnado o controlado”¹¹⁹. Sin embargo, un problema es que tal solución requiere de un cambio constitucional y legislativo difícil de alcanzar a corto plazo.

De manera más reciente, se ha postulado que la revisión judicial de las ICG debiese ser a través del recurso de reclamación, pero únicamente sobre los aspectos reglados (como el procedimiento y la razonabilidad de la resolución) sin admitir una revisión plena, pues es el legislador le otorgó tal discrecionalidad al TDLC¹²⁰. Si bien esto es razonable, pues de tal manera la Corte Suprema sólo realizaría un control de juridicidad sobre las ICG, cabe recordar que es la misma Corte la que ha homologado la naturaleza jurídica del recurso de reclamación a la de una apelación, fijando el alcance de la revisión judicial.

Por lo anterior, surgen diversas preguntas: ¿resulta necesaria la revisión de las Instrucciones de Carácter General? Si procede, ¿cuál es el grado de revisión judicial? ¿Debería conocer la Corte Suprema o debiese hacerlo otro organismo, atendiendo a la potestad que se ejerce? El TDLC, mediante las ICG, se convierte en un regulador y establece medidas de política pública, por lo cual la revisión de éstas por la Corte Suprema no es menor.

En conclusión, se ha estimado que sí procede el recurso de reclamación contra las ICG, pero no por una remisión expresa del DL 211, sino más bien por interpretación

¹¹⁸ VELOZO, Javier; GONZÁLEZ, Óp. Cit. p. 58.

¹¹⁹ *Ibíd.* Sentencia Tribunal Constitucional. 11 de enero de 2007. Rol N° 591, considerando 9º.

¹²⁰ CENTRO DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA (REGCOM). Óp. Cit. pp. 58-59.

jurisprudencial. Recientemente, la Corte Suprema admitió y falló un recurso de reclamación interpuesto en contra de una ICG emitida por el TDLC¹²¹, que veremos más adelante.

- **Potestad propositiva. (Artículo 18 N° 4 del DL 211).**

Como señalamos con anterioridad, esta potestad es de carácter *sui generis*. No es una facultad administrativa ni jurisdiccional, por lo cual su revisión, en principio, no sería posible.

En este caso tampoco existe una remisión legal expresa. Esta potestad, tramitada como “Expedientes de Recomendación Normativa” (ERN), terminan en una resolución que tiene como objeto proponer reformas que se estimen necesarias para defender y promover la libre competencia, por lo cual, no podrían configurarse como resoluciones de término. Más aún, si tampoco establecen condiciones.

En esa línea, Velozo y González señalan que “en relación al ejercicio de esta facultad, estimamos que no procede recurso alguno para su control. En efecto, según el tenor literal del artículo 31° del D.L. N° 211, éste no es aplicable, ni en cuanto al procedimiento allí establecido, ni respecto del régimen de recursos que consagra, a las proposiciones normativas del TDLC”¹²².

No obstante todo lo anterior, una reforma reciente al DL 211 a través de la Ley N° 20.945 fue dotar a la FNE de una potestad similar y, adicionalmente, se sujetó expresamente el ejercicio de la potestad propositiva del TDLC al procedimiento no contencioso, como consta en el inciso primero del artículo 31 del DL 211¹²³. Con esta modificación, la eventual procedencia del recurso de reclamación en los expedientes de recomendación normativa

¹²¹ Sentencia Corte Suprema. 17 de diciembre de 2013. Rol N° 2506-2013.

¹²² VELOZO, Javier; GONZÁLEZ, Daniela. Óp. Cit. p. 64.

¹²³ Artículo 31°. El ejercicio de las atribuciones a que se refieren los números 2), 3) y 4) del artículo 18, así como la emisión de los informes que le sean encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales, se someterán al siguiente procedimiento (...).”

dependerá de si se considera la última resolución como una de término, conforme al inciso final de dicho artículo.

Esto origina una incoherencia a nivel de diseño institucional, pues además de una duplicación de potestades entre la FNE y el TDLC, se exigen requisitos distintos dependiendo de quien ejerce la potestad, y posibilitaría únicamente la revisión judicial de las recomendaciones normativas propuestas por el TDLC y no las de la FNE, constituyendo una diferenciación infundada. Esta reforma permitiría que la Corte Suprema revoque y/o modifique las propuestas realizadas por el TDLC al Ejecutivo, permitiéndole crear y modificar políticas públicas. Esta reforma hace caso omiso a la naturaleza *sui generis* de esta potestad.

En síntesis, ante la falta de una remisión expresa, la procedencia del recurso de reclamación respecto del ejercicio de esta potestad no resulta clara, dependiendo su solución de los futuros precedentes que se establezcan.

- **Potestad Normativa Interna (Nuevo artículo 18 N° 6 del DL 211).**

La reforma al DL 211 por la Ley N° 20.945 no hace referencia al procedimiento al que debe sujetarse la potestad del TDLC para dictar autoacordados (si es que procede el procedimiento no contencioso u otro distinto), como tampoco sobre su eventual revisión judicial.

En principio, resulta difícil considerar los auto acordados como resoluciones de término, por lo que, ante la falta de mención expresa, la Corte Suprema no podría revisar tales auto acordados mediante el recurso de reclamación.

Sin embargo, la Corte Suprema puede conocer de ellos, fundada en la superintendencia directiva, correctiva, y económica que posee sobre los tribunales de justicia, entre ellos, el TDLC. En efecto, lo que ocurre en la práctica es que la Corte fiscaliza realiza

mediante la figura de los Ministros Visitadores¹²⁴, los cuales son designados por periodos de bienios en un Acta¹²⁵.

Adicionalmente, existe doctrina que ha propuesto que la revisión de los auto acordados dictados por tribunales especiales (entre ellos el TDLC) sea realizada por el Tribunal Constitucional¹²⁶.

- **Potestad Informativa (Nuevo artículo 18 N° 7 del DL 211).**

Respecto de los informes que dicte el TDLC en virtud de leyes especiales, no procede recurso de reclamación, sino solamente el recurso de reposición. En este caso sí existe una remisión legal expresa, contenida en el inciso final del artículo 31 del DL 211, lo que ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional¹²⁷ y en términos similares por la Corte Suprema¹²⁸.

Así, el Tribunal Constitucional estableció que “la facultad de informar asignada hoy al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en los casos de licitación de sitios portuarios, no tiene por objeto resolver una controversia entre partes, sino que complementar la voluntad del legislador quien, por propia generalidad de la norma legal, no ha podido

¹²⁴ Las visitas se encuentran reguladas en los artículos 553 y ss. COT.

¹²⁵ Para el periodo 2017-2018, se designaron los Ministros Visitadores de la Corte Suprema a través del Acta N° 148-2016, de fecha 09 de diciembre de 2016. El Ministro Visitador para el TDLC es el Ministro Jorge Dahm, quien también debe fiscalizar el Tribunal de Propiedad Industrial, el Tribunal de Contratación Pública y otros tribunales con competencia en lo contencioso administrativo. Disponible en: <http://www.pjud.cl/documents/396729/0/MINISTROS+VISITADORES+BIENIO+2017+2018.pdf/7f0671c7-dfaf-4385-b0e2-6bdb90b78db6> [Consulta: 15 de mayo de 2017].

¹²⁶ ZÚÑIGA, Francisco. *Control de Constitucionalidad de Autos Acordados* En: Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Año 9, N° 1, 2011, pp. 389 - 418. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art14.pdf> [Consulta: 15 de mayo de 2017].

¹²⁷ Sentencia Tribunal Constitucional. 7 de septiembre de 2010. Rol N° 1448-09.

¹²⁸ Sentencia Corte Suprema. 27 de octubre de 2010. Rol N° 3733-2009.

contemplar todas las conductas monopólicas en torno a una actividad como la del sector portuario”¹²⁹.

La pregunta que surge es: ¿por qué entonces sí son susceptibles de revisión vía recurso de reclamación resoluciones dictadas bajo el ejercicio de la potestad normativa? A ello, la misma sentencia hace una distinción, señalando que las resoluciones se “dictan”, mientras que los informes se “emiten”¹³⁰, es decir, que en las resoluciones se da una opinión, un juicio; mientras que en los informes sólo se manifiesta por escrito las circunstancias y características de un asunto.

En la reforma más reciente se intentó establecer la procedencia del recurso de reclamación, lo que fue finalmente desechado¹³¹.

3.1.2.3. Nuevo procedimiento para conocer del recurso de revisión especial.

Este nuevo procedimiento se desprende de la potestad revisora entregada al TDLC en virtud del nuevo artículo 18 N° 5 del DL 211, modificado por la Ley N° 20.945.

El ejercicio de esta potestad se regula en el nuevo artículo 31 bis del DL 211, el cual establece un procedimiento especial, diverso a los procedimientos contencioso y no contencioso y que se resume en: (i) la remisión del expediente de investigación al TDLC; (ii) la celebración de una audiencia pública en donde el recurrente, la FNE y quienes aportaron antecedentes pueden intervenir; y, (iii) la decisión del TDLC (confirmando o revocando la decisión de la FNE).

¹²⁹ Sentencia Tribunal Constitucional. 7 de septiembre de 2010. Rol N° 1448-09. Considerando 38°.

¹³⁰ *Ibíd.* Considerando 22°.

¹³¹ Con el objeto de establecer un adecuado control de los informes que emite el TDLC con motivo de las potestades que le confieren leyes especiales, se propuso que “quien resultare agraviado” pudiese impugnar el respectivo informe a través del recurso de reclamación. Sin embargo, esta propuesta fue finalmente rechazada, no siendo recogida por la Ley N° 20.945 de 2016.

En sí, esta facultad consiste en una revisión de lo establecido por la FNE, pero únicamente cuando ésta haya prohibido una operación de concentración, configurándose una primera limitación a su revisión.

Luego, respecto al recurso de reclamación sobre lo resuelto por el TDLC, a diferencia de lo propuesto en el proyecto de ley¹³², se establece su procedencia de manera excepcional en los dos últimos incisos del artículo 31 bis del DL 211¹³³.

Si el TDLC decide revocar la prohibición realizada por la FNE, puede aprobar la operación de concentración (i) de manera pura y simple; (ii) condicionándola al cumplimiento de las últimas medidas ofrecidas por el notificante, o; (iii) condicionándola al cumplimiento de otras medidas que el mismo TDLC considere adecuadas y suficientes. Sólo en esta última hipótesis es procedente el recurso de reclamación.

La procedencia del recurso de reclamación en esta potestad no resulta armónico a nivel recursivo pues con el nuevo recurso “especial de revisión” (que de manera *a priori* se asemeja a una apelación¹³⁴), el recurso de reclamación se convierte en una herramienta para

¹³² “En contra de la sentencia que emita el TDLC no procederá recurso alguno, quedando la intervención de la Excm. Corte Suprema limitada al recurso de queja, que opera en forma excepcional para el caso que el Tribunal cometa faltas o abusos graves”. Mensaje Presidencial. En: CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. Boletín N° 9950-03. p. 21.

¹³³ Los incisos penúltimo y final del artículo 31 bis del DL 211 disponen lo siguiente:

“En el caso que la sentencia revoque la resolución recurrida, el Tribunal, en la misma sentencia, podrá aprobar la operación de concentración en forma pura y simple o sujeta a las últimas medidas ofrecidas por el notificante de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 53. Adicionalmente, podrá el Tribunal aprobar la operación bajo la condición de que se dé cumplimiento a otras medidas que considere adecuadas y suficientes.

En contra de la sentencia que pronuncie el Tribunal en virtud de lo establecido en este artículo no procederá recurso alguno, a menos que aquella hubiere condicionado la aprobación de la operación al cumplimiento de medidas distintas de las contempladas en la última propuesta realizada por las partes de conformidad a lo establecido en el inciso tercero del artículo 53. En este último caso, tanto las partes como el Fiscal Nacional Económico podrán deducir el recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27”.

¹³⁴ Podría decirse que este recurso de revisión especial se asemeja a una apelación, pues permite al TDLC – mediante la remisión completa del expediente – conocer de toda la investigación y del procedimiento desarrollado ante la FNE, como también revocar íntegramente la resolución impugnada, posibilitando la aprobación pura y simple de la operación de concentración.

una segunda revisión judicial, sin aun determinar el grado de conocimiento que debe tener la Corte Suprema¹³⁵.

3.1.2.4. Nuevo procedimiento especial para reclamar indemnizaciones de perjuicios.

El reciente proyecto de ley propuso la aplicación de las acciones y el procedimiento para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores regulados en la Ley N° 19.496, de Protección de Derechos del Consumidor (LPC), en aquellos casos en que las conductas anticompetitivas generen perjuicios a los consumidores, pudiendo interponerse demandas civiles ante los tribunales ordinarios de justicia.

La Ley N° 20.945 estableció la procedencia de una acción de indemnización, pero su conocimiento quedó radicado en el TDLC y no en los tribunales ordinarios, modificando el artículo 30 del DL 211, como el artículo 51 de la Ley N° 19.496.

Lo anterior se traduce en una diferenciación respecto al procedimiento que debe seguir el TDLC cuando conozca de una acción de indemnización. Por regla general, el procedimiento aplicable sería el juicio sumario, regulado en el Libro III, Título XI del CPC y, excepcionalmente, en aquellos casos en que la indemnización se funde en el interés colectivo o difuso de los consumidores, sería aplicable el procedimiento especial regulado en el Título IV de la LPC.

Pero también hay una diferenciación a nivel recursivo. Si bien en ambos procedimientos la regla general es la procedencia del recurso de reposición respecto de las

¹³⁵ La Corte Suprema podría eventualmente conocer de todo el expediente, pues deberá corroborar que las nuevas medidas establecidas por el TDLC resultan adecuadas y suficientes (más que las ofrecidas por el notificante, por ejemplo). Es decir, la Corte Suprema deberá realizar un análisis del nivel de idoneidad y de suficiencia de las medidas fijadas por el Tribunal, lo que puede ocasionar tensiones con principios como la experticia y la predictibilidad en las decisiones.

decisiones del TDLC, una diferencia ocurre respecto a la procedencia del recurso de reclamación.

En el procedimiento sumario, el recurso de reclamación procedería únicamente en contra de la sentencia definitiva, mientras que en el procedimiento especial contemplado en la LPC, el recurso de reclamación procedería en contra de la sentencia definitiva, pero también “en contra de aquellas resoluciones que pongan término al procedimiento o hagan imposible su continuación”. Es decir, se amplía el catálogo de resoluciones en contra de las cuales procede el recurso de reclamación.

De esta manera, la reciente reforma al DL 211 complejiza aún más la misión de esclarecer la naturaleza jurídica del recurso de reclamación.

Si bien de este breve análisis podemos desprender cuáles son las potestades cuyo ejercicio es susceptible de revisión judicial vía recurso de reclamación (potestad contenciosa, consultiva, normativa y revisora de operaciones de concentración), aún no sabemos con cuánta intensidad debe realizarse aquella revisión. Ergo, de las disposiciones normativas no es posible extraer cuál es la naturaleza jurídica de este recurso.

En las disposiciones legales se reconoce que será la Corte Suprema la que conocerá de los recursos de reclamación, pero no se establece en forma alguna si ésta lo hará como un tribunal de instancia o como un tribunal de casación.

Como las disposiciones citadas no son claras y la naturaleza jurídica no es susceptible de ser extraída éstas, resulta necesario revisar la historia legislativa y qué nos dice al respecto.

3.1.3. Historia de la Ley.

Si bien el recurso de reclamación en sede de libre competencia fue establecido por la Ley N° 13.305¹³⁶ y luego por el DL 211¹³⁷, el mayor debate respecto a su naturaleza consta en la Historia de la Ley N° 19.911 del 2003, que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia¹³⁸. Esto tiene sentido si se considera que es aquella ley la que realizó el cambio más importante en términos de diseño institucional, al contemplar la figura de un tribunal especializado en el Derecho de la Competencia nacional.

En este plano, sí existen elementos relevantes que contribuyen para responder nuestra interrogante. A lo largo de la tramitación del proyecto de ley, la discusión sobre la naturaleza jurídica de la revisión judicial de las resoluciones del TDLC no fue pacífica.

Por ejemplo, durante el Primer Trámite Constitucional ante el Senado, el Segundo Informe de las Comisiones Unidas de Constitución y Economía registra la indicación

¹³⁶ Artículo 175, incisos 7° y ss. de la Ley N° 13.305 (texto original): “Las resoluciones que libre la Comisión declarando que ha lugar o no a la iniciación del proceso respectivo, podrán ser reclamadas ante la Corte Suprema por el interesado y por el denunciante, en su caso.

De las reclamaciones conocerá una de las Salas de la Corte Suprema, previa vista al Fiscal.

La reclamación deberá hacerse dentro del plazo de 10 días hábiles contados desde la notificación.

El recurso será visto en lugar preferente de la Tabla y se fallará en conciencia”. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=27399&tipoVersion=0> [Consulta 13 de mayo de 2017].

¹³⁷ Artículo noveno del DL N° 211 (Texto original): “De las decisiones y medidas preventivas acordadas por las comisiones provinciales se podrá reclamar solamente a la Comisión Preventiva Central, dentro del plazo de tres días hábiles.

Este recurso, que no suspenderá los efectos de las resoluciones reclamadas, se interpondrá ante la Comisión Preventiva Provincial que lo remitirá informado, con los antecedentes que le hayan allegado, dentro de tercero día.

La Comisión Central resolverá la reclamación dentro del plazo de treinta días contados desde el vencimiento del término fijado para la revisión de los antecedentes.

Si no se resolviera en el plazo indicado se entenderá acogida la reclamación del afectado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 14°”. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5872&tipoVersion=0> [Consulta: 13 de mayo de 2017].

¹³⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N° 19.911 que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. 2003. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/2472/1/HL19911.pdf> [Consulta: 20 de agosto de 2013].

aprobada del Senador Parra, respecto a modificar la denominación de recurso de reclamación por el de recurso de apelación¹³⁹ :

“La indicación (...) del **Honorable Senador señor Parra**, cambia (...) la denominación de "recurso de reclamación" por "**recurso de apelación**".

El Honorable Senador señor Parra explicó que la enmienda que propone no es una cuestión de mera denominación del recurso, sino que dice relación con la naturaleza del Tribunal de que se trata. Este órgano es de naturaleza jurisdiccional y no administrativa, por lo que es necesario usar con rigor la terminología adecuada, y aquí se está en presencia de un recurso que es la misma apelación que se conoce en el procedimiento ordinario, en que se revisan tanto los hechos como el derecho.

Los señores **representantes del Ejecutivo** (...) consideraron que, en la medida en que el recurso siga siendo conocido por la Corte Suprema, debería presentar una lógica distinta del de apelación, en el sentido de revisar sólo el derecho aplicable, y no los hechos.

Las Comisiones Unidas tuvieron presente además la discrepancia de la Excma. Corte Suprema con la denominación de "**recurso de reclamación**", por ser ajena al sistema de recursos procesales ante los tribunales de justicia y reservarse más bien al **ámbito administrativo**, así como su propuesta de establecerlo como recurso de casación.

(...) Al mismo tiempo, por igual unanimidad, las Comisiones Unidas se hicieron cargo de la observación que formularon los señores representantes del Ejecutivo, en el sentido de aclarar que no procederá otro tipo de recursos, específicamente el de casación, para lo cual consignaron en el encabezamiento del inciso que la sentencia definitiva “sólo” será susceptible del recurso de apelación. (...)”.

Los principales argumentos acogidos fueron que: (i) el TDLC es un órgano de naturaleza jurisdiccional y no administrativa; (ii) estamos ante un recurso que admite la revisión de los hechos y del derecho. Además, con el objeto de descartar expresamente la procedencia de otros recursos, adicionalmente se aclara que no procederá ningún otro recurso, como la casación.

¹³⁹ *Ibíd.* pp. 191-192.

Sin embargo, al continuar con la tramitación del proyecto de ley, siguieron las modificaciones. En el Segundo Trámite Constitucional, ante la Cámara de Diputados, como consta en el Primer Informe de las Comisiones Unidas de Constitución y Economía, se modifica su denominación a recurso de nulidad¹⁴⁰:

“(…) Se acogió por unanimidad la siguiente indicación del Ejecutivo para anteponer al inciso segundo el siguiente párrafo:

‘La sentencia definitiva sólo será impugnada mediante un **recurso de nulidad**, para ante la Corte Suprema que procederá por aplicación errónea del derecho, de manera que hubiese influido en forma sustancial en la parte dispositiva del fallo’.

A proposición del Ejecutivo se incorporó un inciso final que declara que cuando la Corte Suprema anule la sentencia recurrida, dictará acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, sobre la cuestión que haya sido objeto del recurso, la sentencia que crea conforme a la ley y al mérito de los hechos tales como se han dado por establecidos en el fallo recurrido, reproduciendo los fundamentos de derecho de la resolución anulada que no se refieran a los puntos que no hayan sido materia del recurso y la parte del fallo no afectada por éste”.

Es decir, el recurso pasó a tener una naturaleza completamente distinta a la de una apelación, convirtiéndose en un recurso de nulidad, de carácter extraordinario. Las consecuencias de tal cambio son diversas: (i) limitar el conocimiento de los hechos por la Corte Suprema; (ii) limitar la revisión a un examen de derecho, pues el derecho a recurrir no obligaría – en principio – al establecimiento de una doble instancia; (iii) establecer una causal para la procedencia del recurso – que exista una errónea aplicación del derecho que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, asemejándose al recurso de nulidad que actualmente existe en materia penal (artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal); y, (iv) otorgar a la Corte Suprema la potestad para dictar sentencia de reemplazo cuando lo estime necesario para fallar conforme a derecho.

¹⁴⁰ Ibid. pp. 347-348.

Pero tal modificación no fue la última. De hecho, en el Trámite de Comisión Mixta, ésta Comisión vuelve a denominarlo recurso de reclamación¹⁴¹:

“(…) La Comisión Mixta, como forma y modo de resolver la discrepancia producida entre ambas Cámaras, adoptó los siguientes acuerdos: (…) Sustituir el inciso segundo del artículo 17 L, por el siguiente:

‘Sólo será susceptible de **recurso de reclamación**, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 17 K, como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas. Dicho recurso deberá ser fundado y podrá interponerlo el Fiscal Nacional Económico o cualesquiera de las partes, en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde la respectiva notificación. Este plazo se ampliará con el aumento que corresponda al lugar en que tenga su domicilio el afectado, si éste fuere distinto al de la sede del Tribunal, de conformidad con la tabla a que se refiere el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil.’ (…)”.

Es decir, vuelve la incertidumbre respecto de la naturaleza jurídica del recurso de reclamación.

Finalmente, durante el Trámite de Comisión Mixta, en una de las últimas Discusiones en Sala, y debido a las diversas apreciaciones en la tramitación de la Ley N° 19.911 respecto del recurso de reclamación, una serie de observaciones importantes son realizadas. Por ejemplo, el Diputado Burgos indicó que en atención a la especialidad del TDLC y al ser la Corte Suprema un tribunal de casación por esencia, cambiar el recurso de nulidad por el de reclamación significa un retroceso¹⁴²:

“A mi juicio, la Cámara estuvo en lo correcto al proponer el de nulidad, puesto que con ello buscaba que la Corte Suprema se pronunciara sobre cuestiones que importan infracciones a la aplicación del derecho. Es bueno que exista un tribunal especializado como el que estamos creando porque tiene una característica muy específica: estará integrado por personas que saben del tema. De manera que la instancia superior sólo podrá revocar sus fallos cuando éstos hayan infringido el derecho. Esta instancia superior es la Corte Suprema, tribunal de casación por esencia. Por eso, establecer un recurso de mera reclamación, sin configurar sus causales, me parece un retroceso. Considero que nos equivocamos; deberíamos haber mantenido el recurso de

¹⁴¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N° 19.911 que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. 2003. p. 522.

¹⁴² *Ibíd.* pp. 567-568.

nulidad, porque asegura de mejor forma el imperio del derecho y lo que se busca con la creación de este tipo de tribunales: el ejercicio de la libre competencia, elemento esencial del sistema económico imperante”.

La fundamentación del Diputado Burgos es muy acertada, pues al establecer el recurso de nulidad, en principio, se permitiría recurrir en aquellos casos en que se vulnera el imperio del derecho, imposibilitando a la Corte Suprema el conocimiento y la modificación de hechos de índole jurídicos y económicos. De esta manera, la creación de un tribunal especializado tiene un propósito claro.

Una visión distinta es aportada por el Diputado Bustos, quien indicó la necesidad de un recurso que permita una revisión judicial más amplia¹⁴³:

“Por último, nosotros habíamos planteado el recurso de nulidad en contra de la resolución del Senado, que proponía el recurso de apelación, pero es bueno que haya quedado el recurso de reclamación de conformidad con los planteamientos que hizo la Corte Suprema, por tener mayor amplitud para analizar no sólo los aspectos de carácter jurídico, sino también los de carácter económico, dado el entramado que puede haber en la resolución por estos ámbitos.

Con el recurso de nulidad, que es muy estricto del punto de vista jurídico, del derecho, parece que dentro de la resolución queda excluida toda consideración de los aspectos económicos básicos. En ese sentido, es mejor dejar un recurso de reclamación un poco más amplio, para que la Corte Suprema tenga la posibilidad de analizar y revisar la sentencia de primera instancia, sin que haya propiamente una apelación”.

La declaración que hace el Diputado Bustos es contraria a la del Diputado Burgos. Su opinión es que la Corte Suprema debe tener una mayor amplitud de conocimiento de estas materias, al menos mayor que el que otorgaría un recurso de nulidad. En tal sentido, la Corte Suprema debiese analizar aspectos jurídicos y económicos.

¹⁴³ *Ibíd.* p. 572.

Si bien es cierto que hay casos en que lo jurídico puede quedar entramado con lo económico, estimar el recurso de reclamación como uno más amplio que el de nulidad, pero más limitado que la apelación, deja en las propias manos de la Corte Suprema el determinar su grado de conocimiento y de revisión judicial.

Bajo esta lógica, el recurso de reclamación poseería una naturaleza jurídica *sui generis*, distinta a la apelación ordinaria, a la casación o a la nulidad, cuyo contenido depende del criterio que adopte la Corte Suprema.

Otra intervención interesante es la que efectúa el Diputado Luksic, pues en ella queda latente una observación clave: aún *ad portas* a finalizar la tramitación del proyecto de ley, los legisladores no sabían concretamente cuál es la naturaleza jurídica, del recurso de reclamación, ni sus alcances¹⁴⁴:

“En la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, por la naturaleza de este procedimiento de carácter económico-administrativo, éramos de la idea de considerar un recurso de nulidad, que sólo se puede interponer cuando se trata de un acto ilegal y no se entra a ver los hechos. Tengo gran temor -donde puedo lo digo- de que se produzca una suerte de judicialización de todos los contenciosos e, incluso, de los no contenciosos o conflictos que existen en nuestra sociedad. Me da un temor enorme que la Corte Suprema, a través del recurso de reclamación, sea la que deba resolver todos los temas, sobre todo considerando que dicha corte no tiene por qué tener especialización al respecto.

Este tema de carácter económico-administrativo es nuevo. Por eso, nos jugábamos por el recurso de nulidad, dando mucho más imperio a estos tribunales especiales. Insisto en que me gustaría saber cuáles son los alcances del recurso de reclamación -que no se señalan en el proyecto de ley- para poder acotarlos al máximo posible. Es una muy mala práctica que todo desemboque en la Corte Suprema, que dispone de escaso tiempo para cumplir sus funciones naturales y que además debe supervigilar la labor de los jueces. De manera que entregarle más competencia significará más demora y no acotar debidamente el recurso de reclamación.”

Como bien indica el Diputado Luksic, este es un tema no menor y la legislación no está otorgando certeza suficiente al respecto, pues un recurso sin límites establecidos se

¹⁴⁴ *Ibíd.* p. 574.

traduce en mayores atribuciones, pero también en una mayor carga para la Corte Suprema. Además, se evidencia uno de los principales conflictos al entregar la revisión de los hechos y del derecho a la Corte Suprema: la falta de experticia de ésta para resolver temas cuya especialización sí posee el TDLC.

Quien intenta resolver las diversas interrogantes formuladas es el señor Pedro Mattar, Fiscal Nacional Económico de la época, quien señaló en resumidas cuentas que: (i) el recurso se ha denominado reclamación por más de treinta años, y que así ha funcionado de forma eficiente; (ii) es un recurso extraordinario y especialísimo; (iii) la modificación a recurso de apelación por parte del Senado sólo correspondió a una cuestión de denominación y que la posterior modificación a recurso de nulidad no era la adecuada, pues sólo permitiría la revisión judicial ante una errónea aplicación del derecho, dejando de lado la revisión de cuestiones económicas (como el monto de las multas); y (iv) que el recurso de reclamación se encuentra suficientemente acotado¹⁴⁵.

¹⁴⁵ *Ibíd.* pp. 578-580.

“(…) Este proyecto constituye un salto cuantitativo y cualitativo en cuanto a materias de defensa de libre competencia. (...) Sin embargo, me haré cargo de algunas consultas formuladas, las que contestaré en el orden en que se hicieron.

Una de ellas se refiere a por qué se habla de recurso de reclamación y no de recurso de apelación, como lo planteó originalmente el Senado, o de recurso de nulidad, como en su momento propuso la Cámara. Lo cierto es que luego de un análisis profundo se volvió al origen, esto es, al mensaje del Ejecutivo, en el que se señalaba que lo que debía prevalecer era el recurso de reclamación, que se remonta a más de treinta años y ha funcionado en forma eficiente ante la Corte Suprema.

Se trata de un recurso extraordinario y especialísimo y se ha utilizado en forma eficiente en los últimos días. (...).

Dejar a las partes sin la posibilidad de reclamar en situaciones extremas, como en la resolución de un tema sofisticado de libre competencia, es muy complejo. En este sentido, la iniciativa del Ejecutivo de alguna manera amplía el recurso de reclamación, pero manteniéndolo. Cuando el Senado planteó el tema de la apelación, ello obedeció más bien a una cuestión de denominación. Como el recurso de reclamación no tenía historia y, por lo tanto, no era conocido, el Senado optó por llamarlo “recurso de apelación”, pues la Corte Suprema toma conocimiento en general tanto de los hechos como del derecho. Entonces, más bien por un tema de precisión, se cambió el nombre del recurso de reclamación por el de apelación, pero quedó en los mismos términos en que fue planteado el primero.

Posteriormente, cuando la Cámara de Diputados analizó el tema, modificó a su vez la denominación del recurso y lo llamó de nulidad. **Sin embargo, el recurso de nulidad procesal, que se parece mucho a una casación, conlleva la problemática de que sólo se presenta cuando existe aplicación errónea del derecho.** En consecuencia, si el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por ejemplo, aplicara una multa

Del análisis de la historia de la Ley N° 19.911 podríamos concluir que el recurso de reclamación se configura como uno de carácter *sui generis*, compartiendo más características del recurso de apelación que del recurso de casación o de nulidad. Bajo esta lógica, la Corte Suprema sería un tribunal de segunda instancia, pudiendo conocer tanto de los elementos de hecho sean jurídicos y/o económicos, como también del derecho aplicado.

Este recurso de reclamación, a su vez, también sería distinto a una apelación ordinaria, pues sería un recurso extraordinario y de especial experticia. De ello se desprendería que la revisión judicial que puede realizar la Corte Suprema se encontraría limitada, pero ¿cuáles son tales límites?

De la intervención del Fiscal Nacional Económico podríamos indicar que la Corte Suprema – en principio – podría conocer de los aspectos económicos relacionados a la fijación de condiciones, multas y otras sanciones. Pero ¿podría la Corte Suprema revocar una decisión condenatoria o absolutoria del TDLC, basándose en apreciaciones de índole económica? El límite que formula el señor Mattar no parece tan claro.

Pese a que con esta discusión sobre la naturaleza del recurso de reclamación nos queda un poco más claro el panorama, hubiese sido recomendable establecer una definición clara de lo que debemos entender por recurso de reclamación, atendida su especialidad, como

exorbitante con motivo de un determinado caso, ello se ajustaría a derecho y no habría aplicación errónea de éste. En ese escenario, las partes quedarían en la indefensión para reclamar de esa cuantiosa multa. Asimismo, la Fiscalía Nacional Económica o los usuarios, en caso de que se hubiera aplicado una medida no conveniente o una multa disminuida frente a un hecho extremadamente gravoso, no tendrían posibilidad de recurrir a otro tribunal para reclamar, pues el dictamen estaría ajustado a derecho y dentro de los límites que establece el recurso.

El ejemplo expuesto debe ser extrapolado a una serie de circunstancias. Cuando se habla de “aplicación errónea del derecho”, ello sólo significa que no se atendió a las normas de la libre competencia, pero no a otras situaciones. No se pueden modificar medidas extremas que se podrían tomar en una primera instancia.

En todo caso y para seguridad de los señores diputados, este recurso está extremadamente acotado. (...)”.

también su contenido y las resoluciones impugnables por esta vía, relacionándolas a cada una de las potestades que puede ejercer el TDLC.

3.1.4. Jurisprudencia.

Del análisis normativo y de la historia de la ley lo que se concluyó fue que el recurso de reclamación debiese funcionar como una apelación extraordinaria, con una revisión judicial más limitada (en comparación a una apelación común). Por ello, es necesario revisar lo que se ha señalado a nivel jurisprudencial, pues tanto la determinación de la naturaleza jurídica del recurso de reclamación como sus consecuencias prácticas encuentran su máxima expresión en los precedentes.

El caso clave en materia de jurisprudencia es la “Consulta de la SUBTEL sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzado” (“Caso 3G”)¹⁴⁶, pues a través de éste, la Corte Suprema dejó en claro dos temas: (i) cual es, a su criterio, la naturaleza jurídica del recurso de reclamación; y, (ii) el grado de conocimiento que puede tener de los asuntos sometidos a su revisión.

Los considerandos claves son los siguientes:

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

SEXTO: Que según se desprende de la historia fidedigna del establecimiento del recurso de reclamación (...) la Corte Suprema puede en virtud de este medio de impugnación revisar íntegramente los fundamentos que tuvo en cuenta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para arribar a su decisión, incluyendo el análisis jurídico y económico que ha permitido arribar a la resolución del asunto de que dicho tribunal conoce;

¹⁴⁶ Sentencia Corte Suprema. 27 de enero de 2009. Rol 4797-2009.

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

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

En síntesis, la Corte Suprema resuelve contundentemente la problemática. Primero, hace referencia a la falta de precisión sobre la naturaleza jurídica del recurso de reclamación, indicando la necesidad de fijar su alcance. Luego, señala que según la historia de la ley, la Corte Suprema puede revisar íntegramente los fundamentos del TDLC, sean jurídicos o económicos, pudiendo así examinar la globalidad de la materia del asunto a resolver. Finalmente indica que el DL 211 establece limitaciones respecto a las resoluciones sobre las que procede el recurso de reclamación y no sobre su conocimiento o decisión, por lo que se encontraría completamente habilitada para conocer de la integridad del asunto.

De esta manera, la interrogante respecto a la naturaleza jurídica del recurso de reclamación tendría una solución. Para la Corte Suprema, el recurso de reclamación es una especie de apelación; de carácter especial, pues admitiría un análisis jurídico y económico, no importando si se trata de un caso contencioso o no contencioso.

El problema de esta solución es que es la misma Corte Suprema (y no la ley) la que determina su esfera de atribuciones para ejercer la revisión judicial, lo cual podría contrariar el principio de legitimidad.

En el mismo sentido se contraviene el principio de la experticia pues, que los hechos acreditados y los criterios económicos establecidos por el TDLC puedan ser derribados por la Corte Suprema que, si bien es el Tribunal máximo del Poder Judicial, es de carácter generalista y carece de una experticia similar a la del TDLC en materias de libre competencia.

Otros principios en tensión son la predictibilidad y el debido proceso, pues es razonable dudar si las decisiones de la Corte Suprema serán – en términos jurídicos y económicos – coherentes entre sí; cuáles serán sus criterios de revisión judicial y si tendrán en consideración, por ejemplo, el bien jurídico que el TDLC tiene como base en sus decisiones y no otros.

También debemos tener en consideración que mediante la revisión de decisiones extrajurisdiccionales, que evidentemente contienen de regulación de políticas públicas (como las ICG), la Corte Suprema podría convertirse en un ente creador de este tipo de políticas, lo cual excedería su ámbito de competencia y su mandato constitucional.

Determinada su naturaleza jurídica, resulta necesario mencionar – al menos brevemente – cuáles son algunas de las consecuencias de atribuir al recurso de reclamación el carácter *sui generis*, de “apelación extraordinaria”.

3.2. CONSECUENCIAS DE LA NATURALEZA JURÍDICA ATRIBUÍDA AL RECURSO DE RECLAMACIÓN.

Si la naturaleza jurídica del recurso de reclamación es semejante a la de un recurso de apelación, cabe señalar que también han de proceder elementos accesorios o adjetivos a tal recurso, que no están regulados en el DL 211. Entre ellos encontramos los siguientes:

3.2.1. Inadmisibilidad de la apelación.

La tramitación del recurso de apelación en Chile se divide en dos etapas. La primera es la tramitación ante el Tribunal *a quo* y la segunda ante el Tribunal *ad quem*. Uno de los trámites que se debe realizar en primera instancia es la denominada “concesión del recurso”, en donde el Tribunal *a quo* debe dictar una resolución concediendo el recurso o denegándolo. Para dictar tal resolución, el Tribunal previamente debe efectuar un primer control de admisibilidad del recurso – de carácter formal – teniendo en cuenta los requisitos establecidos en el artículo 189 del CPC (Si es procedente o no el recurso respecto de la resolución impugnada; si el recurso fue interpuesto dentro del plazo legal; si contiene los fundamentos de hecho y de derecho; y, si contiene peticiones concretas). Respecto de la resolución del

Tribunal *a quo* que concede o rechaza la apelación, procede el recurso de hecho, como veremos después.

La segunda etapa es ante el Tribunal *ad quem*, donde también se realiza un análisis de admisibilidad en los mismos términos que el realizado por el tribunal inferior, conforme al artículo 213 CPC. Respecto de la resolución del tribunal superior que declare admisible o inadmisibile la apelación, procede recurso de reposición. ¿Podría la Corte Suprema simplemente no admitir recursos de reclamación? ¿Cuáles serían los criterios a utilizar? El DL 211 no señala nada al respecto, ¿podría utilizarse supletoriamente el CPC o la misma Corte Suprema podría establecerlos a través de la jurisprudencia? Hasta el momento, no existe jurisprudencia en materia de libre competencia al respecto, siendo posible concluir que sólo el TDLC realiza un examen de admisibilidad del recurso de reclamación y la Corte Suprema no.

3.2.2. Adhesión a la apelación.

La adhesión a la apelación se define como “la facultad que tiene la parte que no ha interpuesto directamente el recurso de apelación para pedir la reforma de la sentencia en lo que la estime gravosa para él”¹⁴⁷. Es una definición que fluye de lo establecido en el artículo 216, inciso 2º del CPC. Al respecto también se ha señalado que “es una institución que sólo juega en caso de que se hubiere pronunciado una sentencia mixta, o sea, aquella que no ha acogido íntegramente la pretensión de una u otra parte, o en que se han acogido pretensiones de ambas partes, rechazado otras, de manera que las dos experimentan un perjuicio con su contenido”¹⁴⁸.

La importancia de esta institución es a nivel de estrategia judicial, pues admite un nuevo plazo para la interposición de una apelación, como también permite su interposición

¹⁴⁷ MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián. Óp. Cit. p. 182.

¹⁴⁸ *Ibíd.* p. 183.

directamente ante el Tribunal *ad quem*. Sin embargo, en materia de libre competencia no se ha señalado nada al respecto.

3.2.3. Recurso de hecho.

El recurso de hecho puede ser definido como “aquel acto jurídico procesal de parte que se realiza directamente ante el Tribunal superior jerárquico, a fin de solicitarle que enmiende con arreglo a derecho la resolución errónea pronunciada por el inferior acerca del otorgamiento o denegación de una apelación interpuesta ante él”¹⁴⁹. En este sentido, el recurso de hecho procede cuando el Tribunal *a quo* (i) no concede una apelación procedente; (ii) concede una apelación improcedente; (iii) concede una apelación en el sólo efecto devolutivo y no en ambos efectos, o; (iv) concede una apelación en ambos efectos y no en el sólo efecto devolutivo. Además, cabe tener en consideración, conforme al artículo 196 inciso 2º del CPC, el tribunal *ad quem* se encuentra facultado, pese a no haberse interpuesto el recurso de hecho, para declarar de oficio sin lugar la apelación improcedente, concedida por el Tribunal *a quo*.

En materia de libre competencia existen casos en que se han interpuesto recursos de hecho. En uno de ellos, el mismo TDLC emitió un informe a solicitud de la Corte Suprema en donde indicó casos en donde se interpusieron recursos de hecho y su desenlace¹⁵⁰.

En aquel informe, el TDLC señala que, hasta esa fecha (año 2013), se habían interpuesto cuatro recursos de hecho, todos rechazados por la Corte Suprema. En el primer caso (rol Corte Suprema N° 9512-2010) se rechazó el recurso de hecho deducido por la falta de pronunciamiento del TDLC de un recurso de apelación interpuesto en subsidio de una reposición. La Corte Suprema lo falló como improcedente. El segundo caso (rol Corte Suprema N° 2221-2009) fue un recurso de hecho interpuesto contra una resolución dictada

¹⁴⁹ MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián. Óp. Cit. p. 229.

¹⁵⁰ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Informe en respuesta al Oficio N° 923-2013 de la Corte Suprema en recurso de hecho rol N° 269-2013.

contra una consulta que no fijaba condiciones. Como fue antes de la reforma del año 2009, también fue denegado el recurso. El tercer y el cuarto caso (roles Corte Suprema N° 3733-2009 y 7467-2009, respectivamente) fueron recursos de hecho interpuestos contra informes del TDLC emitidos en virtud de la Ley N° 19.542, de Puertos. La Corte Suprema indicó que, en caso alguno, los informes pueden ser impugnados vía recurso de reclamación.

Cabe analizar el parafraseo que hace el TDLC en su informe sobre los dos últimos casos, indicando el carácter especial del recurso de hecho, el cual sólo procede respecto de la apelación y no de otros recursos como el de reclamación.

“Se hace presente que, en uno de esos casos (Rol I.C.S. N° 7.467-2009), el recurso de hecho fue rechazado por S.S. Excm. por estimar “[q]ue el recurso de hecho es, en consecuencia, un recurso de carácter extraordinario que procede sólo en los casos expresamente señalados en la ley respecto de un recurso de apelación, por los que resulta improcedente su interposición en contra de la resolución que deniega un recurso de reclamación, toda vez que no ha sido contemplado para tales efectos” (consideración séptima de resolución de 25 de marzo de 2010). En otro caso (Rol I.C.S. N° 3.733-2009) el recurso de hecho fue rechazado porque “(…) de acuerdo al tenor del artículo 31 de Decreto Ley N° 211 los informes que emita el Tribunal no son susceptibles del recurso de reclamación, sino únicamente del de reposición…” (consideración sexta de resolución de 27 de octubre de 2010), con la prevención del Ministro Sr. Juica, quien estuvo por rechazar el recurso de hecho por estimarlo improcedente, atendido que “(…) el denominado recurso de hecho es una institución impugnativa de carácter especial que solo opera con respecto del recurso de apelación en los precisos supuestos que se expresan en los artículos 196, 203, 204, 205 y 206 del Código de Procedimiento Civil, arbitrio que no puede ser asimilado al recurso especial de reclamación del Decreto Ley 211, respecto del cual el legislador lo limitó a determinadas resoluciones del tribunal especial, temas del procedimiento que por ser de orden público no pueden admitir una interpretación extensiva ni menos analógica. Además, la ley estableció con respecto a la misma resolución un determinado recurso, como es el de reposición”.

Pese a todo lo anterior, cuando se interpuso recurso de hecho ante la negativa del TDLC a conceder el recurso de reclamación en contra de la Instrucción de Carácter General N° 2, la Corte Suprema decidió acogerlo, dando lugar a la reclamación¹⁵¹. Esto no deja de ser conflictivo, ya que la potestad normativa es de política pública, por lo cual, la Corte

¹⁵¹ Ver Sentencia Corte Suprema. 11 de abril de 2013. Rol N° 269-2013.

Suprema al revisar las ICG, está conociendo de potestades que están fuera de una esfera jurisdiccional. Este caso lo revisaremos con mayor detención en el próximo capítulo.

En conclusión, tras el análisis de las disposiciones legales vigentes, de la Historia de la Ley N° 19.911 y de la jurisprudencia de la Corte Suprema, es posible indicar que la naturaleza jurídica del recurso de reclamación es la de una “apelación extraordinaria” y que, según la misma Corte Suprema, posibilita la revisión judicial de las decisiones del TDLC en su globalidad, comprendiendo tanto elementos jurídicos, como económicos.

Una de las consecuencias de la naturaleza atribuida al recurso de reclamación es la posibilidad de extrapolar elementos adjetivos del recurso de apelación, como la adhesión a la apelación y el recurso de hecho, lo cual entregaría nuevas herramientas a nivel de estrategia judicial.

CAPÍTULO 4: ANÁLISIS DE CASOS CONTENCIOSOS Y NO CONTENCIOSOS RELEVANTES CONOCIDOS POR LA CORTE SUPREMA EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA.

Si la naturaleza jurídica del recurso de reclamación es la de una apelación extraordinaria, la Corte Suprema puede revisar el asunto sometido a su conocimiento de manera completa, pudiendo confirmar o revocar completamente lo decidido por el TDLC.

En este capítulo revisaremos una serie de casos en donde es posible apreciar tensiones entre los criterios utilizados por ambos tribunales. Primero analizaremos casos contenciosos en los que la Corte Suprema revocó la decisión del TDLC, y luego algunos casos no contenciosos relevantes.

4.1. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA.

4.1.1. Demanda de Producción Química y Electrónica QUIMEL S.A. contra James Hardie Fibrocementos Ltda. (Caso James Hardie).

a) Hechos:

El caso se inició por demanda de Producción Química y Electrónica Quimel S.A. (Quimel) ante el TDLC, acusando a James Hardie de vender planchas de fibrocemento por debajo del costo durante los últimos tres años, utilizando subsidios cruzados, lo cual podría constituir una conducta de precios predatorios. Quimel solicitó que la FNE mantuviera en observación la conducta de James Hardie, verificando el cumplimiento de la prevención

realizada por el Dictamen N° 1287 de la Comisión Preventiva Central¹⁵² y la aplicación de sanciones contra de la empresa.

b) Decisión del TDLC:

En su sentencia¹⁵³, el TDLC rechazó la demanda interpuesta en contra de James Hardie, señalando que la conducta anticompetitiva de precios predatorios exige como requisitos copulativos: (i) poseer poder de mercado y (ii) que los precios fijados sean menores a los costos relevantes.

Respecto al primer requisito, el TDLC indica que no existe evidencia suficiente para dar por acreditado que James Hardie haya dispuesto de poder de mercado en la producción, venta y distribución de planchas lisas de fibrocemento¹⁵⁴, más aún si se considera que en el mercado relevante no hay barreras a la entrada significativas¹⁵⁵. Para este Tribunal, la acusación pierde sustento por la mera ausencia de este requisito¹⁵⁶.

No obstante lo anterior, el TDLC analiza igualmente el segundo requisito. Concluye que, si bien el precio de venta de las planchas de fibrocemento producidas por James Hardie estuvo por debajo de sus costos unitarios totales, el precio unitario de venta nunca estuvo por debajo de los correspondientes costos variables unitarios¹⁵⁷. Además, el TDLC descarta la existencia de subsidios cruzados, argumentando que James Hardie redujo costos al producir planchas de fibrocemento y otros productos con las mismas maquinarias e instalaciones¹⁵⁸.

¹⁵² El Dictamen N° 1287 de 2004 de la Comisión Preventiva Central, sostuvo que James Hardie tuvo la conducta persistente de vender su producto por debajo del costo durante los años 2001 a 2003.

¹⁵³ Sentencia TDLC. 13 de junio de 2006. Rol N° 39/2006.

¹⁵⁴ *Ibíd.* Considerando vigésimo quinto.

¹⁵⁵ *Ibíd.* Considerando vigésimo cuarto.

¹⁵⁶ *Ibíd.* Considerando vigésimo sexto.

¹⁵⁷ *Ibíd.* Considerando trigésimo.

¹⁵⁸ *Ibíd.* Considerando vigésimo octavo.

Por todo lo anterior, el TDLC señala que no hay una conducta de precios predatorios en este caso.

c) Decisión de la Corte Suprema:

La Corte Suprema conoce vía recurso de reclamación de la decisión del TDLC, revocándola¹⁵⁹. En primer lugar, basándose en el Dictamen N° 1287 de la Comisión Preventiva Central, aduce que la conducta de James Hardie ha afectado al mercado de las planchas de fibrocemento, especialmente a pequeñas y medianas empresas que actúan en dicho mercado y que la principal razón por la cual James Hardie fue revirtiendo esas pérdidas, se debe al aporte que le entregó el mercado de la exportación, situación que le permitió mantener la política de precios bajo el costo¹⁶⁰.

En segundo lugar, la Corte Suprema establece que la posición dominante en un mercado no es requisito para la conducta de precios predatorios. Tras analizar el artículo 3 letra c) del DL 211, infiere que una práctica predatoria puede tener como objetivo justamente alcanzar tal posición de dominio¹⁶¹.

De esta manera, la Corte Suprema concluye que James Hardie mantuvo una conducta de precios predatorios, utilizando como estrategia la aplicación de precios artificialmente bajos, sin mediar eficiencia, con el objetivo de eliminar a la competencia y así ganar poder en el mercado, logrando la salida de parte de ella (Quimel y Cementa) y la disminución de la participación en el mercado de Pizarreño-Pudahuel, con la intención de obtener rentas sobre normales en el largo plazo, luego de llevar a cabo una conducta de tipo secuencial,

¹⁵⁹ Sentencia Corte Suprema. 29 de noviembre de 2006. Rol 3449-2006.

¹⁶⁰ *Ibíd.* Considerando 4°.

¹⁶¹ *Ibíd.* Considerando 6°.

destinada a depredar primero a las empresas más débiles y posteriormente al resto de la industria¹⁶².

Esta decisión no fue unánime. El Ministro Juica y el abogado integrante Álvarez votaron en contra, señalando que: (i) James Hardie no fue un actor dominante en el mercado de planchas de fibrocemento, sino un “seguidor de precios”¹⁶³; (ii) el solo hecho de bajar sus precios no implica una estrategia de precios predatorios, pues como James Hardie estaba recién entrando al mercado, constituye una forma de enfrentar a un competidor poderoso, e ir de a poco, elevando su posición en el mercado¹⁶⁴; (iii) si bien James Hardie vendía su producto bajo el costo total de producción, sus precios fueron superiores a sus costos medios variables, lo cual no es extraño si se considera que, como empresa nueva en el mercado, sus costos fijos son más altos en comparación a empresas que llevan más tiempo en él, siendo una estrategia que toda empresa que comienza a operar en el mercado realizaría¹⁶⁵; y, (iv) no existen barreras de entrada en este mercado, requisito indispensable para estar frente a una conducta de precios predatorios, pues de nada serviría eliminar a los competidores para luego subir desmesuradamente los precios, si otras empresas podrían ingresar al mercado por resultarles conveniente tales precios¹⁶⁶.

d) Comentarios:

El caso James Hardie es uno de aquellos en que los criterios de revisión de la Corte Suprema pugnan de manera más evidente con los del TDLC y en donde los conocimientos técnicos resultan relevantes. Los puntos de tensión se centran en la necesidad de posición de dominio y en la consideración de costos de producción distintos.

¹⁶² *Ibíd.*

¹⁶³ *Ibíd.* Voto de minoría, Considerando primero.

¹⁶⁴ *Ibíd.* Voto de minoría, Considerando segundo.

¹⁶⁵ *Ibíd.* Voto de minoría, Considerando tercero.

¹⁶⁶ *Ibíd.* Voto de minoría, Considerando cuarto.

Según Ybar indica que, una práctica predatoria tiene los siguientes requisitos: a) venta bajo una medida relevante de costos; b) aptitud de afectar la competencia; y, c) inexistencia de una justificación para dicha conducta¹⁶⁷. Luego indica que, respecto de los requisitos específicos para los precios predatorios, según la jurisprudencia nacional serían: a) aptitud del ejecutante de incrementar, mantener o alcanzar posición de dominio; b) oferta de bienes y servicios por debajo de costos evitables de provisión; y, c) poder de mercado suficiente, de manera de tener una expectativa razonable de recuperar a futuro la pérdida en el corto plazo¹⁶⁸.

En el caso, respecto a la necesidad de posición de dominio, el criterio del TDLC fue considerarlo como un requisito, en conjunto con que, a nivel estructural, el mercado tuviera barreras a la entrada. Por su parte, el criterio de la Corte Suprema fue que no era necesaria la posición de dominio, pues en el caso era lo que se pretendía alcanzar; sin referirse a las barreras a la entrada.

Si bien es razonable el criterio de la Corte Suprema respecto de que basta que la conducta tenga por objeto alcanzar una posición de dominio, yerra al no referirse a las barreras a la entrada, pues la conducta predatoria carece totalmente de sentido si potenciales competidores pueden entrar fácilmente al mercado, tal como lo indicó el voto de minoría; sin barreras a la entrada es poco probable que se tenga aptitud para dañar la competencia, impedir que entren competidores y menos aún tener una expectativa razonable de recuperar la pérdida generada.

El segundo punto de tensión – más específico y netamente económico – consiste en la distinción entre costos fijos totales y costos variables evitables. El pronunciamiento del

¹⁶⁷ YBAR, Mario. *Comprendiendo el abuso de posición de dominio: Revisión de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada sobre las principales conductas exclusorias*. En: Revista de Derecho Económico, N° 76. Universidad de Chile. Santiago. 2014. p. 22. Disponible en: <http://www.revistaderechoeconomico.uchile.cl/index.php/RDE/article/viewFile/39410/41016> [Consulta: 13 de enero de 2017].

¹⁶⁸ Ver: *Ibíd.* pp. 26-28.

TDLC contempla la relevancia de diferenciar entre estos tipos de costos, pues los primeros inevitablemente son altos en aquellas empresas que están recién ingresando a un mercado, ya que deben incurrir en el desembolso de grandes sumas para posicionarse y, a su vez, competir de manera más apta con aquellas empresas cuyo posicionamiento en el mercado es mayor y que poseen gastos traducidos en costos hundidos, amortizados en un lapso mayor de tiempo. La decisión de la Corte Suprema no contempla esta distinción, basando su revisión judicial en los costos fijos totales.

En este caso, es posible concluir que el TDLC falla correctamente, contemplando los supuestos necesarios para la concurrencia de los precios predatorios, y que la decisión de la Corte Suprema manifiesta el temor de la revisión judicial de una decisión especializada por parte de un Tribunal generalista, fundamentalmente cuando las cuestiones en conflicto son de una índole más técnica.

Es necesario mencionar que el voto de minoría logra capturar la lógica detrás de los requisitos para calificar una conducta como predatoria, respaldándose en decisiones e informes de agencias especializadas (Comisión Preventiva Central, FNE y TDLC), y reflejando cierto nivel de deferencia hacia éstas).

4.1.2. Requerimiento de la FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros (Caso Oxígeno).

a) Hechos:

Este caso comenzó mediante requerimiento de la FNE en contra de las empresas Air Liquide Chile S.A., INDURA S.A., AGA S.A. y Praxair Chile Limitada, indicando que tales empresas incurrieron en actuaciones concertadas contrarias al artículo 3 del DL 211, con el propósito de restringir la competencia, al hacer fracasar la licitación a que llamó la Central Nacional de Abastecimiento del Ministerio de Salud (CENABAST) en 2004 para proveer de oxígeno medicinal a los hospitales públicos chilenos.

b) Decisión del TDLC:

El TDLC acogió el requerimiento, indicando que las empresas requeridas se concertaron con el objeto de hacer fracasar la licitación y las condenó a multas a beneficio fiscal entre 200 y 1300 UTA¹⁶⁹.

El Tribunal especializado señaló que existían indicios o antecedentes aptos para establecer que las requeridas incurrieron en una práctica concertada con el objeto de hacer fracasar la licitación de CENABAST y que tales indicios o antecedentes, mediante el razonamiento lógico propio de la sana crítica, constituyen plena prueba. En la misma línea, agrega que no resulta plausible limitar los medios de prueba que puede valorar el TDLC a los establecidos taxativamente en el CPC¹⁷⁰.

Además, el TDLC estimó que la colusión de las empresas requeridas tendió a producir un efecto perjudicial para la eficiencia económica del mercado en cuestión, lo que merecía un juicio de reproche adicional al impedir o entorpecer la posibilidad de obtener un precio menor para la provisión de oxígeno medicinal¹⁷¹.

La decisión del TDLC no fue unánime, ya que contó con el voto en contra del Ministro Menchaca, quien consideró que: (i) la actuación coludida de las requeridas en la licitación no se acreditó en la forma legal correspondiente¹⁷²; (ii) no hubo antecedentes probatorios suficientes para establecer – ni aun como presunción judicial – que las requeridas actuaron concertadamente en la licitación¹⁷³; (iii) la decisión de la mayoría del TDLC fue obtenida a través de conjeturas, concluyendo que era más plausible la hipótesis de colusión frente a otras explicaciones alternativas planteadas por las requeridas, descartadas por estimarlas poco

¹⁶⁹ Sentencia TDLC. 07 de septiembre de 2006. Rol N° 43/2006.

¹⁷⁰ *Ibíd.* Considerando nonagésimo sexto.

¹⁷¹ *Ibíd.* Considerando nonagésimo séptimo.

¹⁷² *Ibíd.* Voto de minoría, Considerando primero.

¹⁷³ *Ibíd.* Voto de minoría, Considerando segundo.

verosímiles¹⁷⁴; (iv) hubo una alteración del *onus probandi*, pues el voto de mayoría pretende que las requeridas prueben las hipótesis alternativas a la colusión en lugar de exigir prueba de la colusión a quien la alega, la FNE, obligando a los acusados a probar su inocencia en vez de exigir al que acusa que pruebe la culpabilidad, en circunstancias que son la buena fe y la inocencia lo que debe presumirse¹⁷⁵; y, (v) para sancionar prácticas concertadas, la ley exige la concurrencia de un acuerdo, un objeto anticompetitivo del mismo y que quien se colude tenga poder de mercado o lo adquiriera con el acuerdo y que abuse del mismo, requisitos que no se cumplieron en el caso¹⁷⁶

Menchaca concluye que, no siendo probado el acuerdo, ni el abuso o su efecto contrario a la libre competencia, lo que correspondía era la absolución de las requeridas.

c) Decisión de la Corte Suprema:

La Corte Suprema acogió unánimemente los recursos de reclamación interpuestos por las empresas requeridas, revocando la decisión del TDLC¹⁷⁷.

En primer lugar, indica que correspondía a la FNE probar las imputaciones efectuadas en el requerimiento, siendo insuficientes los antecedentes aportados para acreditar la existencia de un acuerdo para lograr la repartición del mercado, o del abuso de la posición de dominio que les otorgaría tal acuerdo mediante una política discriminatoria de precios¹⁷⁸.

En segundo lugar, la Corte Suprema se refiere a los “indicios relevantes” que utiliza el TDLC para dar por acreditado el acuerdo, manifestando que los indicios o presunciones requieren de la existencia cierta de hechos en base a los cuales es posible luego deducir otros.

¹⁷⁴ *Ibíd.* Voto de minoría, Considerando quinto.

¹⁷⁵ *Ibíd.* Voto de minoría, Considerando sexto.

¹⁷⁶ *Ibíd.* Voto de minoría, Considerando décimo cuarto.

¹⁷⁷ Sentencia Corte Suprema. 22 de enero de 2007. Rol 5057-2006.

¹⁷⁸ *Ibíd.* Considerando 10°.

En este caso, no existirían hechos probados que sirvieran de indicios suficientes para acreditar que las requeridas actuaron concertadamente¹⁷⁹.

Finalmente, la Corte Suprema también agrega que aun cuando a todas las empresas requeridas les convenía que el proceso de licitación fracasara, ello por sí solo no sirve para comprobar que existió una colusión de éstas para lograrlo¹⁸⁰.

d) Comentarios:

El principal punto de tensión de este caso radica en la prueba de la colusión, su dificultad de probar y el uso de *plus factors* e indicios económicos para su acreditación.

Antes de la reforma al DL 211 por la Ley N° 20.361 de 2009, obtener prueba directa de la existencia de la colusión era muy difícil. Por ello, en materia de libre competencia se utilizaban los indicios económicos y otros factores adicionales con el objeto de generar la convicción suficiente sobre la existencia de un acuerdo anticompetitivo.

A los ojos del TDLC, en este caso sí existían indicios suficientes, especialmente de índole económico, para concluir que las empresas requeridas sí se concertaron con el objeto de hacer fracasar la licitación de CENABAST. Sin embargo, para el voto de minoría del TDLC y la Corte Suprema, tales indicios, al no ser jurídicos, no son suficientes para la configuración de la colusión.

Los fundamentos de la Corte Suprema para revocar la decisión del TDLC son más de índole jurídico que económico (presunciones judiciales, indicios, carga de la prueba, valoración de la prueba, entre otros). La Corte Suprema se refiere a elementos económicos sólo de forma tangencial, enfocándose netamente en desarrollar una lógica argumentativa de tipo jurídico.

¹⁷⁹ *Ibíd.* Considerando 13°.

¹⁸⁰ *Ibíd.* Considerando 14°.

Bajo este prisma, para la Corte Suprema es importante que el TDLC cumpla con el requisito de acreditar hechos que sirvan de base para el establecimiento de una presunción judicial. Sin ello, la decisión del TDLC alteraría el *onus probandi*, siendo contraria a la presunción de inocencia. En este sentido, la Corte Suprema realiza una limitación del modo en que el TDLC ha de valorar la prueba, alterando la manera en que es posible dar por acreditada la existencia de un acuerdo anticompetitivo, debido a que “la prueba indirecta, incluyendo los antecedentes económicos y no-económicos existentes en el proceso, debe ser calificada en su totalidad y no conforme a la trampa del ‘antecedente-por-antecedente’ (...) [pues] proceder de otra manera es dar garantía a los carteles que no habrá manera de lograr convicción contra ellos. El TDLC debe evaluar colectiva y holísticamente la prueba indiciaria, y debe determinar así qué hipótesis es más factible ‘calificadamente’, conforme al estándar de prueba adoptado): si la colusión o el paralelismo consciente”¹⁸¹.

4.1.3. Requerimiento de la FNE contra Telefónica Móviles de Chile S.A. y otros. (Caso OMV).

a) Hechos:

El caso OMV inició por requerimiento de la FNE en contra de Telefónica Móviles de Chile S.A., Claro Chile S.A., y Entel PCS Telecomunicaciones S.A., las que, como “operadores móviles establecidas” (OME), habrían realizado prácticas exclusorias en contra de los “operadores móviles virtuales” (OMV), mediante la creación de barreras artificiales de entrada. Tales conductas consistían en el ejercicio abusivo del derecho, al oponerse injustificadamente al otorgamiento de concesiones de servicio público telefónico móvil a

¹⁸¹ CENTRO DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA (REGCOM). *Prueba de la Colusión*. Informe en Derecho. 2010. p. 77. Disponible en: <https://www.dropbox.com/s/7781ff6v7tuwc3w/Informe%20E2%80%9CPueba%20de%20la%20Colusi%C3%B3n%20E2%80%9D.pdf?dl=0> [Consulta: 12 de mayo de 2017].

través de sistemas de terceros; y a la negativa injustificada a realizar oferta de facilidades para reventa a estos OMV.

b) Decisión del TDLC:

Con fecha 13 de septiembre de 2010, el TDLC dictó sentencia, rechazando el requerimiento de la FNE¹⁸². Respecto al ejercicio abusivo del derecho, el TDLC determinó que de la prueba entregada no era posible concluir que las oposiciones presentadas por las requeridas en contra de las concesiones para OMV tuvieran como objeto inequívoco impedir o entorpecer la libre competencia. A juicio del TDLC, existían antecedentes suficientes para acreditar que las requeridas tenían, al menos, razones plausibles para justificar la procedencia de las oposiciones interpuestas¹⁸³, pues todas eran fundadas y se referían a la interpretación de la normativa sectorial respecto de la interacción entre OMV y OME, lo que no estaba claramente definido ni en las normas, ni en las decisiones de la autoridad sectorial y que, en su aplicación, podrían haber generado perjuicios a las requeridas¹⁸⁴.

En cuanto a la negativa injustificada de venta, el TDLC estableció que uno de los requisitos para su configuración es que el afectado se encuentre dispuesto y habilitado para aceptar las condiciones establecidas, como cualquier otro agente económico comprador¹⁸⁵.

¹⁸² Sentencia TDLC. 13 de septiembre de 2010. Rol N° 104/2010.

¹⁸³ *Ibíd.* Considerando vigésimo tercero.

¹⁸⁴ *Ibíd.* Considerando vigésimo cuarto: “Que, en efecto, de las oposiciones presentadas por las requeridas a las solicitudes de concesión para OMV (...) se aprecia que todas ellas contienen, entre otros fundamentos, una interpretación de la regulación sectorial sobre la interacción entre los OMV y los OME que no estaba claramente definida ni en las normas ni en las decisiones de la autoridad sectorial y que, en su aplicación, podrían haber generado perjuicios a las requeridas. En particular, estos argumentos decían relación con (i) los requisitos formales que debe cumplir una solicitud de concesión para OMV y el proyecto técnico anexo; (ii) la asignación de numeración; (iii) la forma en que sería aplicable a los OMV el régimen de fijación tarifaria de cargos de acceso y de servicios a otros concesionarios; (iv) la distribución de responsabilidades frente al usuario final por calidad de servicio y otras obligaciones accesorias al servicio público telefónico; (v) si la recepción de obras se encontraba condicionada a la presentación a Subtel de los contratos que vincularían al OMV con un proveedor de infraestructura o servicios; y, finalmente (vi) la existencia o no de una obligación de dar acceso y prestar servicios a un OMV”.

¹⁸⁵ *Ibíd.* Considerando vigésimo octavo.

El TDLC concluyó que tampoco se incurrió en esta conducta, pues se acreditó: (i) que ninguna de las empresas que solicitaron información sobre las condiciones comerciales en que las requeridas les proveerían acceso a servicios e infraestructura para operar como OMV contaba con una concesión de servicio público de telefonía móvil; (ii) que no figuraban hechos constitutivos de negativa de venta posteriores a la fecha en que los solicitantes de estos servicios ya contaban con concesiones de servicio público telefónico; y, (iii) que la propia SUBTEL indicó que, en el caso del servicio público telefónico, cualquiera sea su modalidad de explotación (incluida la reventa), para efectuarla a nombre propio, resulta indispensable contar con la concesión respectiva¹⁸⁶.

Adicionalmente, el Tribunal se refiere al eventual establecimiento de medidas con el objeto de prevenir posibles conductas de las requeridas que impidan, restrinjan o entorpezcan la entrada de un OMV al mercado, concluyendo que no son necesarias, pues las requeridas tienen incentivos a contratar con los OMV y que las modificaciones legales y reglamentarias relativas a la portabilidad numérica ayudarían a flexibilizar el mercado¹⁸⁷.

c) Decisión de la Corte Suprema:

La Corte Suprema conoce de las reclamaciones interpuestas por la FNE y los terceros coadyuvantes, revocando la decisión del TDLC¹⁸⁸.

Respecto del ejercicio abusivo del derecho por parte de las requeridas, la Corte Suprema mantiene la decisión del TDLC, indicando que el solo hecho de haberse opuesto éstas en distintas oportunidades a las solicitudes de concesiones que efectuaran diversas empresas para operar como OMV no importa necesariamente una intención positiva de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia. Agrega que en este caso no existían

¹⁸⁶ *Ibíd.* Considerando vigésimo noveno.

¹⁸⁷ *Ibíd.* Considerandos trigésimo y ss.

¹⁸⁸ Sentencia Corte Suprema. 23 de diciembre de 2011. Rol N° 7781-2010

antecedentes suficientes para establecer la intención de las empresas requeridas en orden a crear barreras artificiales de entrada al mercado¹⁸⁹.

Luego, sobre la negativa injustificada de venta, la Corte Suprema sostuvo que la conducta imputada consistía en que las requeridas, abusando del poder de mercado que en conjunto detentan, negaron la venta de facilidades para que los OMV pudiesen ingresar al mercado de la telefonía móvil¹⁹⁰. Al respecto, la Corte Suprema indicó que, por un lado, las requeridas se negaron a otorgar facilidades para actuar como OMV a las empresas solicitantes, argumentando que éstas no tenían una concesión. Pero, por otro lado, cuando tales empresas solicitaron aquella concesión ante la SUBTEL, las requeridas se opusieron, indicando que no podían solicitar concesión de OMV mientras no tuvieran un contrato de facilidades previamente firmado con un operador establecido.

De esta manera, la Corte Suprema revoca la decisión del TDLC, concluyendo que efectivamente existió una negativa de venta, mediante una conducta que tenía por efecto la no satisfacción plena a un pedido efectuado o la demora sistemática e injustificada a su atención¹⁹¹.

Es así como la Corte Suprema condena a cada una de las requeridas a pagar una multa de 3000 UTA y a presentar en un plazo de 90 días una oferta de facilidades y/o reventa de planes para OMV, sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios.

Esta decisión fue acordada con el voto en contra del Abogado Integrante Gómez, quien indicó que no se configuraba la negativa injustificada de venta porque: (i) según el artículo 26 de la Ley General de Telecomunicaciones, para desempeñarse como OMV es necesario contar con una concesión, y a la fecha del requerimiento no se había otorgado

¹⁸⁹ *Ibíd.* Considerando quinto.

¹⁹⁰ *Ibíd.* Considerando sexto.

¹⁹¹ *Ibíd.* Considerando noveno.

ninguna de las concesiones solicitadas, por lo que no existían OMV¹⁹²; y, (ii) pese a que se les otorgara a 16 empresas las concesiones con posterioridad al requerimiento y que ninguna haya obtenido las ofertas de facilidades, tales hechos no forman parte del requerimiento¹⁹³.

d) Comentarios:

El punto de tensión en este caso guarda relación con el establecimiento de los requisitos para configurar la conducta exclusoria de negativa injustificada de venta y la valoración de hechos posteriores al requerimiento. El TDLC indica claramente que las empresas solicitantes, a la fecha del requerimiento, no se encontraban habilitadas para siquiera negociar con los OME, pues no contaban con una concesión, en los términos que lo exige la SUBTEL. La Corte Suprema recoge hechos posteriores, y en base a su valoración, entiende configurada la conducta exclusoria en cuestión.

En su argumentación, la Corte Suprema no se limita a los hechos objeto del requerimiento – bajo los cuales, ninguno de las potenciales OMV tenía concesión – sino que va más allá y se refiere a situaciones posteriores al requerimiento, en donde tales concesiones fueron entregadas y en donde aún no se habían logrado negociaciones exitosas.

Por un lado, el TDLC sí se refiere a las concesiones otorgadas a los nuevos OMV después de formulado el requerimiento, pero limitando su valoración al análisis sobre la eventual necesidad de establecer medidas preventivas o correctivas. Por otro lado, la Corte Suprema valora este hecho de manera distinta; utiliza el otorgamiento de la concesión para configurar la conducta exclusoria, imponiendo medidas específicas como el exigir la presentación de una oferta de facilidades y/o reventa de planes.

¹⁹² Ibíd. Voto de minoría. Considerando 1°.

¹⁹³ Ibíd. Voto de minoría. Considerando 2°.

En términos prácticos, la decisión de la Corte Suprema no fue menor, pues fue clave para permitir el ingreso de OMV al mercado, tales como Virgin y WOM, lo que ha generado competencia en el mercado.

4.1.4. Requerimiento de la FNE contra Abercrombie & Kent y otros. (Caso Explora).

a) Hechos:

El caso Explora inició por requerimiento interpuesto por la FNE en contra de Abercrombie & Kent S.A., ADSmundo Turismo Ltda., Turismo Cocha S.A., Chilean Travel Services Ltda. y Turavión Ltda, pues las requeridas, actuando de consuno, habrían exigido a Explora Chile S.A. el incremento de las comisiones que dicha empresa les pagaba por concepto de comercialización de sus servicios, bajo amenaza de dejar de vender dichos servicios. Explora Chile se hizo parte como tercero coadyuvante.

b) Decisión del TDLC:

Con fecha 19 de octubre de 2011, el TDLC rechaza el requerimiento, absolviendo a las empresas requeridas de tal imputación¹⁹⁴. El TDLC consideró que no se acreditó que la disminución de las requeridas en la participación de las ventas totales anuales de Explora fuera consecuencia directa de una estrategia de desvío de ventas que habrían buscado implementar estas empresas en desmedro de Explora, pudiendo tal descenso deberse a una tendencia natural en este mercado, a la atomización en la intermediación de las ventas de Explora, y al reemplazo de operadores nacionales por un trato más directo entre esta

¹⁹⁴ Sentencia TDLC. 11 de octubre de 2011. Rol N° 113/2011.

compañía y los operadores extranjeros o con los propios consumidores finales¹⁹⁵. Las requeridas no tenían poder de mercado en relación a Explora.

Sin embargo, el TDLC también hace la salvedad de que las requeridas en su conjunto sí presentan una posición de dominio respecto de algunos oferentes nacionales de servicios hoteleros y de turismo, al representar parte importante de sus canales de distribución¹⁹⁶. Respecto a estos oferentes, el TDLC entendió que existían indicios de que la acción coordinada de las requeridas era vista, al menos por algunas de ellas, como un caso de prueba para lograr mejorar sus comisiones en otros segmentos del mercado de turismo nacional¹⁹⁷.

En conclusión, el TDLC determinó que existían indicios suficientes para dar por acreditado que, al menos algunas de las requeridas, se coordinaron para tratar de obtener un incremento de las comisiones pagadas por Explora; pero que tal conducta no tuvo aptitud causal para conferirles, ni siquiera en conjunto, un poder de mercado suficiente del que pudiesen valerse en forma abusiva respecto de Explora¹⁹⁸.

También indica que, si bien habían indicios de que algunas de las requeridas habían tenido la intención de extender la cooperación y coordinación en la negociación de comisiones respecto de otros hoteles o productos, no está acreditado en autos que se hayan realizado o intentado realizar acciones coordinadas sobre oferentes de servicios hoteleros o turísticos distintos a Explora; el TDLC sostuvo que, de haberse probado aquello, se habría configurado el ilícito de colusión¹⁹⁹.

Finalmente, el TDLC sostiene que las requeridas no pueden ser sancionadas bajo la ley vigente al momento de ejecutarse las acciones objeto del requerimiento, pues aquella

¹⁹⁵ *Ibíd.* Considerando trigésimo tercero.

¹⁹⁶ *Ibíd.* Considerando cuadragésimo cuarto.

¹⁹⁷ *Ibíd.* Considerando cuadragésimo sexto.

¹⁹⁸ *Ibíd.* Considerando cuadragésimo séptimo.

¹⁹⁹ *Ibíd.* Considerando cuadragésimo octavo.

requería, además de la existencia de un acuerdo, del abuso del poder de mercado que dicho acuerdo les confiriese, lo que no fue acreditado en autos²⁰⁰.

c) Decisión de la Corte Suprema:

La Corte Suprema conoció de las reclamaciones interpuestas por la FNE y por Explora en contra de la sentencia anterior, y con fecha 20 de septiembre de 2012, dictó fallo²⁰¹.

En este caso, la Corte Suprema hizo una breve reseña histórica respecto a la evolución legal en la colusión. Para ello distingue entre (i) la ley N° 13.305; (ii) el DL 211; (iii) el DL 211 tras la Ley N° 19.911; y, (iv) el DL 211 tras la Ley N° 20.361²⁰². Como los hechos imputados acaecieron durante la vigencia de la Ley N° 19.911, los requisitos para configurar la colusión deben sujetarse a tal ley.

La Corte estableció que el *quid* del asunto radica en entender si es necesario probar, además del acuerdo de colusión, sus efectos actuales o potenciales, o bien solo su objeto²⁰³. Indica que, mediante la Ley N° 19.911 se modificó la letra a) del artículo 3 del DL 211, introduciendo la frase “abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas le confieran”. Luego, agrega que, con la Ley N° 20.361 (no aplicable al caso) se despejaron dudas y eliminó la frase anterior, con objeto de imponer una menor exigencia probatoria en orden a establecer los elementos necesarios para sancionar una colusión.

Tras referirse en términos generales a lo que se entiende por colusión y sus clasificaciones²⁰⁴, la Corte indica que no hay acuerdo en la jurisprudencia sobre los elementos

²⁰⁰ *Ibíd.* Considerando quincuagésimo primero.

²⁰¹ Sentencia Corte Suprema. 20 de septiembre de 2012. Rol 10945-2011.

²⁰² *Ibíd.* Considerandos cuarto y quinto.

²⁰³ *Ibíd.* Considerando sexto.

²⁰⁴ *Ibíd.* Considerando séptimo.

que deben ser probados para su configuración²⁰⁵. Para ejemplificar aquello, describe una serie de sentencias en materia de colusión, reclamadas ante ella, en donde los elementos que adoptan tanto el TDLC como la Corte Suprema, van variando con el tiempo²⁰⁶.

Por lo anterior, la Corte Suprema determina cuáles son los elementos necesarios para determinar la concurrencia de una conducta colusoria: i) la existencia de un acuerdo; ii) su objeto; iii) la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial; y, iv) la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo²⁰⁷.

Bajo estos requisitos, basta que la conducta imputada tienda a producir una vulneración a la libre competencia, sin que sea necesario que se produzca tal resultado. Además, el abuso de posición dominante no sería un requisito para configurar la colusión²⁰⁸.

La Corte Suprema concluye que el concierto de voluntades, aun cuando no haya tenido la aptitud causal para influir en las ventas de Explora, puede igualmente importar una transgresión a la libre competencia²⁰⁹. A juicio los sentenciadores, en el caso se encuentran configurados los elementos que, según la doctrina y la jurisprudencia son necesarios para calificar una conducta como colusoria²¹⁰.

Esta decisión fue tomada con las prevenciones de los Ministros Muñoz y Pierry, respecto al mercado relevante, limitándolo al mercado nacional y eliminando a los operadores internacionales del análisis.

²⁰⁵ *Ibíd.* Considerando octavo.

²⁰⁶ *Ibíd.* Entre tales sentencias impugnadas están las N° 38/2006, N° 57/2007, N° 43/2006, N° 63/2008, N° 74/2008, N° 79/2008 y N° 94/2010.

²⁰⁷ *Ibíd.* Considerando noveno.

²⁰⁸ *Ibíd.* Considerando décimo.

²⁰⁹ *Ibíd.* Considerando décimo cuarto.

²¹⁰ *Ibíd.* Considerando décimo octavo.

El Ministro Muñoz realiza una prevención adicional, indicando que el ilícito colusorio (bajo la Ley N° 19.911) requiere que los agentes económicos participen en el acuerdo que se reprocha y abusen del poder de mercado que detentan. Indica que, en este caso, las empresas celebraron el acuerdo colusorio y exteriorizan el requerimiento a la sociedad Explora, con lo cual consumaron su actuar ilícito.

Finalmente, cabe hacer mención al voto en contra del Ministro Pfeiffer, quien indica que debido a la falta de aptitud y de posición de dominio de las requeridas, es difícil que la conducta afectara a Explora.

d) Comentarios:

El punto de tensión en este caso es la interpretación de la ley. En específico, los requisitos para configurar la colusión.

El TDLC señaló que los hechos imputados fueron realizados en vigencia del texto legal previo a la modificación realizada el año 2009 (antes de la Ley N° 20.361), por lo que, si bien las requeridas realizaron prácticas concertadas, no tenían poder de mercado respecto de Explora y que, como no se probaron prácticas similares en empresas que ofrecían servicios análogos a los de Explora (en donde las requeridas sí tenían poder de mercado) no fue posible acreditar la conducta colusoria.

Si bien, de ciertas pruebas se pudo extraer que algunas requeridas pretendían usar a Explora como experimento y dependiendo de su resultado, aplicar las mismas medidas a otros agentes hoteleros o turísticos, el TDLC indica que no es posible sancionar en base a supuestos, pues no se probó que las requeridas realizaron conductas contra estos últimos.

La Corte Suprema reconoce claramente cuál es la ley vigente al tiempo de los hechos (que es la que debe aplicar), y pese a que las recurridas no poseen posición dominante en relación a Explora (ergo, carecen de aptitud causal), busca una vía alternativa para sancionarlas, estableciendo que basta un efecto potencial del acuerdo, respaldándose en que la legislación habla de conductas que “tiendan” a producir efectos adversos a la libre competencia. De esta manera, la Corte entiende que el ilícito anticompetitivo se configura

por la mera existencia de un acuerdo que tenga por objeto la modificación conductual de un tercero, aun cuando tal acuerdo carezca de la aptitud para lograr aquel fin.

La decisión de la Corte Suprema resta la exigencia de abuso de poder de mercado del texto anterior del artículo 3 letra a) del DL 211, siendo innecesario determinar cuál es el mercado relevante o los efectos – reales o potenciales – del acuerdo; la colusión se convierte en un ilícito anticompetitivo *per se*.

Actualmente, es posible indicar que la Corte Suprema realizó una interpretación progresiva del artículo 3 del DL 211, siguiendo lo ya establecido en el Derecho Comparado²¹¹. Además, tras la reforma a la letra a) del DL 211 por la Ley N° 20.945, para algunos acuerdos colusorios no se requiere de poder de mercado, bastando comprobar solo su existencia²¹².

²¹¹ “La regla general en el derecho de la competencia es analizar los acuerdos considerando sus finalidades y las eventuales ganancias de eficiencia que deriven de ellos, las que pueden compensar sus efectos restrictivos. En derecho norteamericano, se habla en este caso de un análisis bajo regla de razón (*rule of reason*).

Con todo, existen ciertos tipos de acuerdos que prácticamente nunca generan ganancias de eficiencia o otros efectos procompetitivos. Los más importantes de esos son los carteles que fijan precios o limitan la producción. Para estos casos, en el derecho norteamericano se ha establecido desde el fallo *Addyston Pipe & Steel Co. v. U. S.*, 175 U.S. 211 (1898), que tales acuerdos son ilegales *per se*, esto es, que su ilicitud no admite excusa o causal de justificación alguna. Otros ordenamientos comparados relevantes, como el de la Unión Europea, establecen mecanismos que llevan a resultados semejantes a la regla de ilicitud *per se*”. CENTRO DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA (REGCOM). ¿Es la colusión un ilícito per se tras los fallos Farmacias y Explora? 01 de octubre de 2012. Disponible en: <http://regulacionycompetencia.blogspot.cl/2012/10/es-la-colusion-un-ilicito-per-se-tras.html> [Consulta 13 de mayo de 2017].

²¹² Conforme a la nueva letra a) del artículo 3 del DL 211, no se requiere acreditar poder de mercado cuando los acuerdos o prácticas concertadas entre competidores consistan en (i) fijar precios de venta o de compra; (ii) limitar la producción; (iii) asignarse zonas o cuotas de mercado; o, (iv) afectar el resultado de procesos de licitación. Sin embargo, sí debe probarse el poder de mercado conferido cuando los acuerdos o prácticas concertadas entre competidores consistan en (i) determinar condiciones de comercialización o (ii) excluir a actuales o potenciales competidores.

4.2. JURISPRUDENCIA NO CONTENCIOSA

4.2.1. Consulta de SUBTEL sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzado. (Caso “3G”).

a) Hechos:

El 30 de mayo de 2007, la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL) – dependiente del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones – solicitó al TDLC que se pronunciara sobre si correspondía o no establecer algún tipo de exclusión, restricción o requisito específico para la participación de los concesionarios de servicio público telefónico móvil en el concurso de espectro radioeléctrico destinado a la prestación del servicio público de telefonía móvil digital avanzado, conocido como servicio móvil de tercera generación (3G).

b) Decisión del TDLC:

Con fecha 17 de julio de 2008, el TDLC dicta la resolución N° 27/2008²¹³. En su parte considerativa, el Tribunal realiza diversas observaciones; por ejemplo, indica que, del análisis de la normativa aplicable al concurso y en virtud del principio de acceso libre e igualitario, no procedía la exclusión de operadores móviles que ya poseían concesiones del concurso consultado²¹⁴. Por lo anterior, establece que una primera etapa del concurso será resuelto por la SUBTEL en base al mérito técnico de los proyectos que presenten los postulantes y, en caso de empate, la adjudicación será resuelta, mediante licitación por el precio²¹⁵.

Luego, tras configurar el mercado relevante y los mercados conexos, el TDLC se refiere a las barreras de entrada, estableciendo una primera condición: que la portabilidad

²¹³ Resolución TDLC. 17 de julio de 2008. Rol N° 27/2008.

²¹⁴ *Ibíd.* p. 71

²¹⁵ *Ibíd.* p. 70.

numérica esté disponible antes del desarrollo del concurso público, pues con ello se permitiría reducir el tiempo en el que un potencial entrante adjudicatario podría entrar al mismo y, de esta forma, incrementar la competencia²¹⁶.

A continuación, el TDLC se refiere a los efectos económicos sobre la competencia en el concurso, derivados de la participación de las empresas que ya son concesionarios, indicando que no hay razones de competencia para excluir a aquellas empresas, pero que la SUBTEL sí debe tomar acciones para establecer condiciones de competencia razonables en el concurso público²¹⁷.

Después, el TDLC analiza la eventual necesidad de mitigar riesgos económicos mediante la exclusión o limitación de la participación de las empresas que ya contaban con concesiones. Para ello, revisa las principales razones económicas argumentadas por los intervinientes, desechándolas²¹⁸, y concluye que no hay una conveniencia en la exclusión, limitación o condicionamiento de la participación de los operadores móviles ya establecidos. No obstante, el TDLC manifiesta la necesidad de adoptar medidas para permitir que tanto los incumbentes como los potenciales nuevos entrantes puedan competir en el concurso con una mayor igualdad de condiciones, y que los potenciales nuevos entrantes tengan la posibilidad efectiva de desafiar a las empresas ya establecidas.

En su parte resolutive, la decisión del TDLC contiene las condiciones que – a su parecer – favorecerían la competencia. En primer lugar, indica que no es procedente excluir

²¹⁶ *Ibíd.* p. 82.

²¹⁷ *Ibíd.* p. 85.

²¹⁸ Tales razones económicas pueden resumirse en que los operadores móviles incumbentes: (i) pueden evolucionar tecnológicamente a 3G en el espectro radioeléctrico que ya disponen, sin necesidad de uno nuevo; (ii) tienen incentivos adicionales para hacerse del nuevo espectro, impidiendo el ingreso de nuevos competidores; (iii) tienen ventajas para participar en el concurso, al poder desplegar una red 3G en menor plazo y con una mayor cobertura; (iv) al desearse una cierta simetría en las porciones del espectro, deben reservarse porciones más grandes del espectro concursado para los nuevos entrantes; y, (v) que el concurso representa una oportunidad única para que ingrese un nuevo operador al mercado de la telefonía móvil.

del concurso a los actuales concesionarios de servicio público telefónico móvil, pudiendo participar en él mientras cumplan establecidos en las bases del concurso²¹⁹.

En segundo lugar, el TDLC establece que la SUBTEL debe: (i) implementar la portabilidad del número telefónico móvil, antes de la fecha prevista en las bases como plazo máximo para la entrada en operación o puesta en marcha de los proyectos de los adjudicatarios del concurso²²⁰; (ii) subdividir determinadas bandas de frecuencia en el mayor número de bloques que permita prestar servicios avanzados de comunicaciones móviles o de 3G con cobertura nacional, en forma eficiente y con costos razonables²²¹; y, (iii) definir en las bases del concurso los plazos de ejecución y de puesta en servicio que deberán comprometer los postulantes, considerando plazos que no restrinjan o perjudiquen la participación de interesados que carezcan de infraestructura o redes de comunicaciones móviles²²².

c) Decisión de la Corte Suprema:

La resolución dictada por el TDLC fue impugnada por la FNE, Nextel Chile S.A., VTR Banda Ancha Chile S.A. y la propia SUBTEL. Con fecha 27 de enero de 2009, la Corte Suprema resuelve, modificando parcialmente la resolución impugnada²²³.

En su parte expositiva, la Corte Suprema resume la reclamación de SUBTEL, siendo posible notar la principal crítica a la resolución impugnada: la consulta al TDLC tenía por objeto que éste efectuara un examen de las condiciones del concurso en base a la legislación de competencia. Se reclamó que el razonamiento del TDLC incurrió en inconsistencias y contradicciones, transgrediendo su propia jurisprudencia, consistente en ordenar la

²¹⁹ *Ibíd.* Considerando primero.

²²⁰ *Ibíd.* Considerando segundo, condición primera.

²²¹ *Ibíd.* Considerando segundo, condición segunda.

²²² *Ibíd.* Considerando segundo, condición tercera.

²²³ Sentencia Corte Suprema. 27 de enero de 2009. Rol 4797-2009.

distribución y asignación del espectro radioeléctrico, conforme a dos criterios: los límites de espectro radioeléctrico del que puede gozar un operador para determinado servicio y propender a la homogeneidad en la asignación de espectro para los distintos operadores que compiten entre sí.

Una crítica adicional guardó relación con la portabilidad numérica como condición para el desarrollo del concurso. La SUBTEL reclamó que el TDLC no advirtió la enorme complejidad técnica y normativa que importa tal implementación, lo que haría impracticable el concurso público, introduciendo una condición incierta respecto del momento efectivo en que los adjudicatarios podrán iniciar sus servicios.

La Corte Suprema, tras referirse a la potestad consultiva del TDLC, a la naturaleza jurídica del recurso de reclamación y al alcance de su revisión judicial²²⁴, analiza individualmente las condiciones fijadas en la resolución impugnada.

Así, respecto de la portabilidad numérica, la Corte la declara improcedente, entendiendo que tal condición afecta la certeza jurídica y derechos de los futuros operadores del servicio que será objeto del concurso, pues introduce una variable incierta respecto del momento efectivo en que ellos podrán iniciar tales servicios, pues sujeta el concurso público a una serie de eventualidades (normativas y operativas)²²⁵. Además, estima que esta condición provocaría que los nuevos competidores se vean imposibilitados de prestar sus servicios mientras no se haya implementado la portabilidad numérica²²⁶; y, finalmente, indica que la medida del TDLC es propia de políticas públicas sectoriales²²⁷.

Sobre la segunda condición del TDLC – la subdivisión del espectro en el mayor número de bloques que técnicamente se pueda – la Corte Suprema hace modificaciones

²²⁴ Ver Subcapítulo 3.1.4. Jurisprudencia.

²²⁵ Sentencia Corte Suprema. 27 de enero de 2009. Rol 4797-2009. Considerando décimo tercero.

²²⁶ *Ibíd.* Considerando décimo cuarto.

²²⁷ *Ibíd.* Considerando décimo quinto.

importantes, tendientes a limitar el espectro radioeléctrico que puede tener cada operador móvil. Para ello, se centra en ciertas ideas claves: (i) la necesidad de una repartición homogénea del espectro radioeléctrico²²⁸; (ii) estamos frente a una prestación de un servicio público en donde no hay derechos de propiedad de particulares sobre tal espectro, debiendo la SUBTEL velar por el acceso igualitario al mismo²²⁹; y, (iii) las condiciones que se establezcan para la asignación del espectro radioeléctrico no deben afectar la libre competencia, evitando que su asignación constituya un mecanismo que impida a los potenciales nuevos entrantes competir de manera eficaz²³⁰.

Por todo lo anterior, la Corte Suprema decide acotar la cantidad de espectro radioeléctrico que puede detentar cada operador, con el objeto de incentivar su uso eficiente y garantizar de manera efectiva el libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones²³¹. Recogiendo los antecedentes técnicos acompañados en el caso, la Corte concluye que el límite máximo de espectro radioeléctrico que puede tener cada operador móvil, actual o potencial, es de 60 MHz en total, considerando todas las bandas destinadas actualmente a comunicaciones móviles; quienes tengan una cantidad que supere dicho límite deben desprenderse del exceso²³².

La decisión no fue pacífica, pues los Ministros Álvarez y Künsemüller votaron por rechazar las reclamaciones²³³.

²²⁸ *Ibíd.* Considerando décimo séptimo.

²²⁹ *Ibíd.* Considerando vigésimo.

²³⁰ *Ibíd.* Considerando vigésimo primero.

²³¹ *Ibíd.* Considerando vigésimo segundo.

²³² *Ibíd.* Considerando vigésimo cuarto.

²³³ Los fundamentos del rechazo guardan relación con la naturaleza jurídica del recurso de reclamación y con el alcance de la revisión judicial que puede efectuar la Corte Suprema.

d) Comentarios:

Si bien este fallo es controvertido porque la misma Corte Suprema realiza una interpretación del DL 211, determina la naturaleza jurídica del recurso de reclamación y declara que su revisión judicial puede abarcar la globalidad del caso; en el caso concreto su decisión subsana los errores cometidos en la resolución impugnada.

La principal crítica a la decisión del TDLC fue la falta de precisión en las medidas impuestas, delegando a la SUBTEL, por ejemplo, el determinar las cuotas de espacio radioeléctrico, la duración del concurso y, además, imponiendo condiciones de difícil implementación.

Si bien es clara la intención del TDLC respecto a lo beneficioso que resulta el ingreso de nuevos competidores al mercado de la telefonía móvil, lo conflictivo es la implementación de tal enfoque. La Corte Suprema, a partir de los antecedentes acompañados en el expediente, fue capaz de limitar las cuotas de asignación de espacio radioeléctrico de forma tal de propender la libre competencia, asegurando la entrada de nuevos agentes. También fue capaz de evaluar las condiciones que el TDLC impuso de manera no tan acertada, como la portabilidad numérica.

No es problemático que un tribunal superior revise los antecedentes de hecho, de derecho y económicos acreditados por el TDLC; es más, resulta obligatorio, conforme al debido proceso, en su vertiente de derecho al recurso. Lo problemático es que el tribunal que realiza la revisión judicial no posea la experticia suficiente o no sea asertivo.

El caso 3G se caracteriza por ejemplificar un problema de regulación sectorial en que se esperaba un pronunciamiento acertado del TDLC, tendiente a resolver si la consulta de la SUBTEL era afín a la libre competencia y que, en el caso que no lo fuese, estableciera medidas de carácter técnico que permitiesen corregir tales efectos.

El presente caso sirve para evidenciar el peligro que importaría ponderar en exceso la experticia y la deferencia, sin dejar lugar al derecho a recurrir o limitando el nivel de revisión judicial; ¿qué hacer cuando la agencia especializada no resuelve bien un caso, o – como

ocurre en autos – fija condiciones poco claras o difíciles de implementar? En casos como éste, es que la revisión judicial resulta claramente necesaria.

4.2.2. Consulta de CONADECUS sobre operación de concentración de LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A. (Caso LAN-TAM).

a) Hechos:

Con fecha 27 de enero de 2011, la Corporación Nacional de Consumidores de Chile (CONADECUS) realizó una solicitud de pronunciamiento del TDLC respecto de la eventual fusión entre LAN Airlines S.A y TAM Linhas Aéreas S.A, pidiendo evaluar los efectos de la operación. Solicitó, además, la suspensión de la operación de concentración en el intertanto. El TDLC acogió su consulta a trámite.

b) Decisión del TDLC:

El TDLC, mediante la resolución N° 37/2011²³⁴, dictada con fecha 21 de septiembre de 2011, resolvió que la fusión consultada no vulneraría la libre competencia, siempre que las empresas a fusionarse respetaran ciertas medidas.

A lo largo de su resolución, el TDLC hace hincapié en las características de esta operación de concentración. Por ejemplo, indica que: (i) es riesgosa para el consumidor chileno, en específico para los viajeros de negocios, pues el tramo Santiago-São Paulo pasaría a ser uno de los principales puertos de salida hacia Europa²³⁵; (ii) el riesgo de que LATAM abuse del poder de mercado que alcanzaría luego de materializada la operación, en mercados o segmentos específicos, es real y concreto²³⁶; (iii) parte de las sinergias atribuidas a la

²³⁴ Resolución TDLC. 21 de septiembre de 2011. Rol N° 37/2011.

²³⁵ *Ibíd.* Considerando 60°.

²³⁶ *Ibíd.* Considerando 259°.

operación de concentración podrían materializarse a través de algún medio distinto, por ejemplo, vía fusión con un competidor distinto, o a través de acuerdos o alianzas comerciales entre las propias partes involucradas, o bien mediante acuerdos o alianzas con terceras partes²³⁷.

Finalmente, el TDLC llega a la convicción de que la operación de concentración consultada no debe prohibirse, ya que solo sigue la tendencia natural y eficiente dentro de la industria de transporte aéreo. Así, agrega que la consolidación se dará inevitablemente con esta operación o con otra, y que el tal proceso no esperará a que los gobiernos de la región coincidan en implementar una apertura de cielos que promueva la libre competencia²³⁸.

Por lo anterior, el TDLC concluye que, para su aprobación, la operación de concentración requiere del establecimiento de condiciones y medidas que mitiguen los efectos de la concentración en el corto plazo y que permitan la entrada de otras redes en el mediano plazo con posibilidades de participar, compitiendo en la conectividad aérea de Chile con la región y con el resto del mundo²³⁹. El TDLC fijó 14 medidas²⁴⁰.

Esta resolución fue pronunciada con la prevención del Ministro Menchaca y con el voto en contra del Ministro Velozo, quien manifestó que la fusión consultada atentaría contra la libre competencia y que las medidas establecidas no resultarían suficientes para atenuar tal efecto.

²³⁷ *Ibíd.* Considerando 287°. Sin embargo, el Tribunal también indica que el problema de tal solución es que deben celebrarse acuerdos de código compartido que pueden implicar también riesgos en términos de reducción de la competencia, sin que se obtengan todas las ventajas de eficiencia de la operación de concentración.

²³⁸ *Ibíd.* Considerando 296°.

²³⁹ *Ibíd.* Considerando 299°.

²⁴⁰ *Ibíd.* Considerandos 321° y ss. Tales medidas pueden agruparse en: (i) Medidas para facilitar la entrada de nuevos competidores; (ii) Medidas para prevenir la comisión de conductas unilaterales abusivas por parte de LATAM; (iii) Medidas para prevenir riesgos de coordinación; (iv) Medidas adicionales de mitigación; (v) Medidas transitorias; y, (vi) Medidas de fiscalización y control.

c) Decisión de la Corte Suprema:

LAN y TAM dedujeron recursos de reclamación, respecto a algunas de las medidas impuestas por el TDLC. La Corte Suprema, con fecha 05 de abril de 2012, rechazó las reclamaciones interpuestas, confirmando las medidas impuestas por el TDLC²⁴¹.

Tras establecer una clara diferencia entre procedimientos contenciosos y no contenciosos, la Corte Suprema se refiere al marco flexible que el legislador otorgó al TDLC al no establecer una enumeración o catálogo taxativo de medidas de mitigación que pudieran imponerse en un procedimiento de consulta, con el principal objeto de prevenir vulneraciones a la libre competencia²⁴². Por ello, la Corte descarta la alegación de los recurrentes respecto a la falta de atribuciones o de competencia del TDLC para imponer tales medidas de mitigación²⁴³.

La Corte entiende la amplitud de la facultad, pues la ley, ante la complejidad de los asuntos de libre competencia y en específico de una operación de concentración, se encuentra imposibilitada para comprender todo el campo de acciones que impidan prevenir un atentado contra la libre competencia²⁴⁴. Luego, establece expresamente que el TDLC, para el cumplimiento de su mandato legal, no tiene limitación normativa para el ejercicio de la potestad consultiva en cuanto a las medidas que pueda imponer²⁴⁵.

En la misma línea, la Corte indica que resulta imposible desconocer que la operación de concentración de LAN y TAM produce una interdependencia económica objetiva con otro tipo de negocios, lo cual implica aspectos de la actividad económica que el TDLC

²⁴¹ Sentencia Corte Suprema. 05 de abril de 2012. Rol N° 9843-2011.

²⁴² *Ibíd.* Considerandos séptimo y octavo.

²⁴³ *Ibíd.* Considerando décimo.

²⁴⁴ *Ibíd.*

²⁴⁵ *Ibíd.* Considerando duodécimo.

correctamente ha incluido en su análisis, pues responde a la finalidad de prevenir el riesgo de que se genere un daño a la libre competencia²⁴⁶.

Es decir, la Corte Suprema le reconoce al TDLC la facultad para imponer medidas innominadas en el ejercicio de su potestad consultiva, pues ello se enmarca dentro del bien jurídico protegido por este Tribunal. Para respaldar su punto, la Corte se refiere a una serie de fusiones que ha conocido el TDLC y las diversas medidas que ha tomado en cada caso concreto.

Finalmente, la Corte Suprema indica que el TDLC tiene una función sustantiva, pero además una función teleológica, por lo que, ante un conflicto entre intereses públicos y privados, deberá necesariamente hacer primar lo que le encarga su mandato legal por sobre la utilidad que pueda surgir para un particular²⁴⁷.

d) Comentarios:

La importancia de este caso se debe al reconocimiento y revalidación que efectúa la Corte Suprema del proceder del TDLC en relación al ejercicio de su potestad consultiva en la imposición de medidas.

Este es uno de los casos en que la Corte Suprema converge con lo resuelto por el TDLC, adquiriendo una posición deferente respecto a lo decidido por el Tribunal especializado. La Corte limita su revisión a elementos de interpretación legal, a constatar la existencia de criterios lógicos y de razonabilidad en la decisión impugnada, evitando efectuar un análisis económico que justifique modificar las medidas impuestas para la operación de concentración consultada.

²⁴⁶ *Ibíd.* Considerando décimo quinto.

²⁴⁷ *Ibíd.* Considerando décimo séptimo.

La Corte indica que la resolución cumple con el deber de motivación de las medidas impuestas, siendo clara en cuanto a que sin ellas hay riesgo concreto y real de que se produzca un daño a la libre competencia²⁴⁸, agregando que las medidas establecidas por el TDLC resultan adecuadas (apropiadas a las condiciones o circunstancias que se producirán después de la fusión) y proporcionadas (aptas para la finalidad que el TDLC pretende)²⁴⁹⁻²⁵⁰.

4.2.3. Consulta de Organización TERPEL Chile S.A. y QUIÑENCO S.A. relativa a la adquisición por parte de QUIÑENCO S.A. de los activos de las sociedades Petróleos Trasandinos S.A. y Operaciones y Servicios TERPEL Limitada. (Caso Shell-Terpel).

a) Hechos:

Este caso tiene como antecedente previo una consulta de Copec S.A., sobre los efectos de su participación en Organización Terpel S.A. y en donde manifestó su voluntad de desprenderse de la participación indirecta que tenía sobre Terpel Chile S.A.²⁵¹.

El TDLC, mediante la resolución N° 34/2011, del 26 de mayo de 2011, resolvió que Copec debía enajenar totalmente los activos de Terpel Chile en un determinado plazo y bajo ciertas condiciones, entre las cuales se encontraba la consulta obligatoria en la venta de tales activos. Según el Tribunal, la venta de Terpel Chile debía permitir el surgimiento de una

²⁴⁸ *Ibíd.* Considerando trigésimo primero.

²⁴⁹ *Ibíd.* Considerando trigésimo segundo.

²⁵⁰ Cabe indicar que, con fecha 08 de junio de 2015, la FNE interpuso un nuevo requerimiento en contra de la empresa ya fusionada (LATAM Airlines Group S.A.) por incumplimiento de algunas de las condiciones impuestas por el TDLC, iniciando un procedimiento contencioso que culminó a través de un acuerdo conciliatorio. (Acuerdo conciliatorio TDLC. 22 de diciembre de 2015. Rol N° 295-15).

²⁵¹ Resolución TDLC. 26 de mayo de 2011. Rol N° 34/2011.

entidad competitiva viable y totalmente independiente que pudiera competir contra Copec y Terpel Colombia²⁵².

Con fecha 10 de noviembre de 2011, Terpel Chile formuló consulta ante el TDLC respecto de la operación de concentración, consistente en la adquisición por parte de Quiñenco S.A. de los activos de Petróleos Transandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada (sociedades de propiedad de Terpel Chile).

b) Decisión del TDLC:

El 26 de abril de 2012 el TDLC rechazó la operación consultada, advirtiendo que, al disminuir el número de agentes económicos en el mercado tras la fusión, se generaría una reducción de la competencia, tanto en términos actuales como potenciales²⁵³.

En principio, el Tribunal señaló que era altamente probable que la disminución del número de actores, en un mercado con importantes barreras a la entrada, disminuyera la competencia en aquellos lugares en que opera Terpel Chile²⁵⁴, más aún si la operación de concentración, de ser aprobada, también produciría la salida de un competidor potencial en aquellos sectores o segmentos del mercado en que Terpel Chile no participa actualmente, pero cuya entrada es posible²⁵⁵.

²⁵² *Ibíd.* Considerando 11.2.

“11.2. En efecto, a juicio de este Tribunal, para que la venta de Terpel Chile sea una medida efectiva de mitigación de los efectos negativos que la concentración en análisis ocasiona para la competencia en los mercados chilenos, debe efectuarse de la siguiente forma:

i) que se enajenen como una unidad todos los activos tangibles e intangibles de Terpel Chile propios de su giro, a un solo adquirente;

ii) que la venta en cuestión permita el surgimiento de una entidad competitiva viable y totalmente independiente, tanto de la consultante como de Terpel Colombia, a objeto de que pueda rivalizar eficazmente con la primera; y,

iii) que el plazo de enajenación sea el más breve posible;”.

²⁵³ Resolución TDLC. 26 de abril de 2012. Rol N° 39/2012.

²⁵⁴ *Ibíd.* Considerando 8.22.

²⁵⁵ *Ibíd.* Considerando 8.23.

Luego, el TDLC indicó que lo recomendable era que un nuevo agente económico comprara los activos de Terpel Chile y no un competidor directo, pues de tal manera, este último tendría que disputar los clientes de Terpel Chile a través de la mejora en las condiciones comerciales ofrecidas²⁵⁶, potenciando así la competencia en el mercado.

El TDLC estimó que, al desaparecer Terpel Chile como competidor relevante del mercado, la intensidad de la competencia en el mercado se vería reducida, situación que no ocurriría si no se verifica la operación en consulta²⁵⁷. Además, el Tribunal advirtió que, en atención a las características de este mercado, las conductas de coordinación eran probables, lo cual también afecta la libre competencia²⁵⁸.

Previo al análisis de las eventuales eficiencias de la operación consultada, el TDLC se refiere a su objetivo como autoridad de libre competencia; indica que a la hora de evaluar una operación de concentración, su objetivo central no es maximizar el bienestar social, sino evaluar los efectos en los precios de una concentración empresarial, siendo más relevantes aquellas eficiencias que induzcan una reducción de precios que compense los efectos anticompetitivos de la misma²⁵⁹.

El TDLC concluye que: (i) ninguna de las eficiencias manifestadas por las empresas consultantes cumple con las características requeridas para ser consideradas como una presión hacia la baja en los precios capaz de contrarrestar la reducción en la competencia en el mercado²⁶⁰; (ii) la desaparición de un rival importante y una baja probabilidad de que sea reemplazado en plazo razonable hará decrecer la intensidad de la competencia²⁶¹; (iii) no se vislumbran condiciones o medidas de mitigación que logren restablecer la competencia a los

²⁵⁶ *Ibíd.* Considerando 8.32.

²⁵⁷ *Ibíd.* Considerando 9.14.

²⁵⁸ *Ibíd.* Considerando 9.16.

²⁵⁹ *Ibíd.* Considerando 10.10.

²⁶⁰ *Ibíd.* Considerando 10.36.

²⁶¹ *Ibíd.* Considerando 11.8.

niveles hoy existentes²⁶²; y, (iv) es un caso en que el interés privado de llevar a cabo una actividad económica pugna con el interés público de resguardar la libre competencia, debiendo el TDLC debe tender a prevenir las lesiones y restricciones a la libre competencia²⁶³.

Esta decisión no fue unánime; votaron en contra los Ministros Menchaca y Peña, quienes estuvieron por aprobar la operación de concentración. Manifestaron que la decisión de mayoría: (i) parte desde una especie de presunción de que toda operación de concentración en este mercado sería negativa²⁶⁴; (ii) podría estar estableciendo una especie de presunción de que las fusiones en mercados fuertemente concentrados son ilegales, pues todas ellas disminuyen el número de actores en un mercado²⁶⁵; (iii) no tiene fundamentos económicos ni jurídicos suficientes que permitan prohibir la operación de concentración del caso, modificando radicalmente la jurisprudencia del TDLC y de la Comisión Resolutiva²⁶⁶; (iv) objeta argumentos y pruebas contenidas en los informes acompañados por razones metodológicas, sin efectuar razonamientos suficientes que permitan formar convicción de que la competencia se vería gravemente afectada por la operación consultada²⁶⁷; (v) no le otorga la importancia debida a dos hechos, relativos al poder dominante de Copec²⁶⁸; (vi) el único fundamento real es un hipotético riesgo de coordinación, lo que implicaría afectar principios jurídicos como son la buena fe y la presunción de inocencia²⁶⁹; y, (vii) la venta de los archivos de Terpel Chile es de carácter obligatoria, establecida como medida de

²⁶² *Ibíd.*

²⁶³ *Ibíd.* Considerando 11.9.

²⁶⁴ *Ibíd.* Voto de minoría. Considerando 3°.

²⁶⁵ *Ibíd.* Voto de minoría. Considerando 5°.

²⁶⁶ *Ibíd.* Voto de minoría. Considerando 7°.

²⁶⁷ *Ibíd.* Voto de minoría. Considerando 10°.

²⁶⁸ Sólo Copec es una empresa dominante (con cerca del 60% de participación), siendo la única que tiene un crecimiento orgánico. Es decir, ninguna de las restantes empresas ha tenido un crecimiento similar que permita contrarrestar su posición dominante. *Ibíd.* Voto de minoría. Considerando 11°.

²⁶⁹ *Ibíd.* Voto de minoría. Considerando 14°.

mitigación en la Resolución N° 34/2011, lo que impide a Terpel Chile a desistirse de efectuar su venta en caso de que la operación sea rechazada²⁷⁰.

c) Decisión de la Corte Suprema:

Con fecha 02 de enero de 2013, la Corte Suprema revoca la decisión del TDLC, dando el visto bueno a la operación de concentración²⁷¹. El fallo descansa en varios de los argumentos expresados por los votos de minoría de la resolución impugnada.

Una de las ideas clave que establece la Corte Suprema es que las operaciones de concentración horizontales no pueden ser catalogadas como contrarias a la libre competencia *per se*, sin antecedentes precisos que así lo demuestren. Por el contrario, indica que sólo se pueden prohibir tales operaciones cuando existan antecedentes serios que permitan arribar a la conclusión de que una operación de concentración producirá efectos contrarios a la libre competencia²⁷².

A continuación, manifiesta que en la Resolución N° 34/2011 no se prohibió la adquisición de los activos de Terpel Chile por alguno de los competidores, sino que sólo se dispuso que tal operación debía ser consultada al TDLC en forma previa a su materialización²⁷³.

Asimismo, indicó que no toda fusión que origine una mayor concentración del mercado debe ser calificada como contraria a la libre competencia en forma anticipada, porque las circunstancias particulares y sus consecuencias deberán verse necesariamente luego de producido el proceso y operando las empresas involucradas²⁷⁴.

²⁷⁰ *Ibíd.* Voto de minoría. Considerando 15°.

²⁷¹ Sentencia Corte Suprema. 02 de enero de 2013. Rol 3993-2012.

²⁷² *Ibíd.* Considerando décimo tercero.

²⁷³ *Ibíd.* Considerando décimo cuarto.

²⁷⁴ *Ibíd.* Considerando décimo quinto.

Posteriormente, la Corte Suprema se refiere al mercado relevante del caso, reafirmando lo señalado en la resolución impugnada; que Copec es la empresa dominante en el mercado de combustibles, siendo la única que tiene la capacidad de importar por sí sola combustible al país; y sin competidores con posición de dominio similar²⁷⁵.

Respecto a la premisa de que la fusión consultada implicaría una baja considerable en la competitividad en el mercado de combustibles, la Corte estimó que no es de real significación, pues el porcentaje de participación de las empresas ya fusionadas no alcanzaría ni la mitad del porcentaje de participación de Copec²⁷⁶.

En conclusión, la Corte Suprema estimó que: (i) no se acreditó de forma clara y precisa que uno de los efectos de la pretendida fusión fuese la coordinación futura de empresas; (ii) el TDLC no está facultado para hacer un juicio *ex ante*, pues involucra presumir sin antecedentes concretos el ánimo de coludirse; y, (iii) al ser una consulta, no corresponde que el TDLC ejerza su potestad sancionatoria, extraña al procedimiento no contencioso²⁷⁷.

En seguida, la Corte procede al análisis de los eventuales beneficios y efectos de la fusión. Al respecto, manifestó que: (i) en el control preventivo de operaciones de concentración se hace necesario evaluar los efectos que una concentración empresarial tendrá en los precios, lo cual se debe realizar con miras a los beneficios que ello puede aparejar a los consumidores finales²⁷⁸; (ii) según los informes técnicos acompañados al juicio – en especial el informe de la FNE – se considera que las consultantes acreditaron razonablemente la existencia de eficiencias aparejadas a la operación de concentración²⁷⁹; y, (iii) a diferencia de lo expresado por el TDLC, sí existen eficiencias importantes asociadas a la operación que

²⁷⁵ *Ibíd.* Considerando décimo sexto.

²⁷⁶ *Ibíd.* Considerando décimo noveno.

²⁷⁷ *Ibíd.*

²⁷⁸ *Ibíd.* Considerando vigésimo cuarto.

²⁷⁹ *Ibíd.* Considerando vigésimo quinto.

permiten sostener que la misma puede implicar beneficios que serán traspasados a los consumidores finales y que se verán reflejados en los precios de los combustibles²⁸⁰.

Por todo lo expuesto anteriormente, la Corte Suprema finalmente revocó la Resolución N° 39/2012 del TDLC, aprobando la fusión entre Organización Terpel Chile S.A y Quiñenco S.A., sujetándola al cumplimiento de una serie de medidas de mitigación²⁸¹. Estas medidas consistían en (i) la desinversión de determinadas estaciones de servicio, en atención al índice de concentración establecido por la FNE y (ii) al finiquito de contratos de arrendamiento y de capacidad de almacenamiento, debiendo cumplirse ambas medidas en un plazo de 6 meses desde la realización de la operación de concentración²⁸².

De manera adicional, la Corte Suprema efectúa una observación en atención a la naturaleza preventiva de la consulta; ya realizada la fusión, los órganos de la competencia pueden efectuar un nuevo análisis para comprobar que las medidas ordenadas cumplen la función de prevenir cualquier tipo de atentado contra la libre competencia, sin perjuicio incluso de que en ese nuevo estadio procesal, se fiscalice su correcto funcionamiento y el mantenimiento del orden público económico²⁸³.

²⁸⁰ *Ibíd.* Considerando vigésimo sexto.

²⁸¹ Cabe indicar que las empresas recurrentes solicitaron la aprobación de la operación de concentración, sin condiciones o medidas de mitigación. Sin embargo, la Corte Suprema tomó en consideración lo vertido por la FNE, respecto a las características del mercado y los potenciales riesgos anticompetitivos, aprobando la fusión con determinadas medidas de mitigación.

²⁸² *Ibíd.* Considerando trigésimo tercero. Las medidas de mitigación fueron establecidas de la siguiente manera:
“**Trigésimo tercero:** Que, en consecuencia, y conforme a lo expresado se aprobará la fusión entre Organización Terpel Chile S.A. y Quiñenco S.A., sujeta a las siguientes medidas de mitigación:

a) En primer término se debe efectuar la desinversión de estaciones de servicio en todas aquellas comunas en que operan tanto Enex como Terpel y en las que, producto de la operación consultada, la variación del índice de concentración supera los umbrales establecidos en la Guía sobre Operaciones de Concentración elaborada por la Fiscalía Nacional Económica. Tal desinversión deberá ser realizada mediante una licitación pública, sin precio de reserva, en el plazo de 6 meses contados desde que se lleve a cabo la operación consultada.

b) Además, en lo referente a los contratos de arrendamiento y capacidad de almacenamiento celebrados por Terpel Chile, ellos deben ser finiquitados en el mismo plazo señalado para la desinversión, de manera que cualquier persona natural o jurídica pueda requerir capacidad de almacenamiento en dichas instalaciones para utilizarlas en sus operaciones.

²⁸³ *Ibíd.* Considerando trigésimo cuarto.

d) Comentarios:

Si bien la decisión del TDLC buscó prevenir una mayor concentración en el mercado de combustibles que facilitara la generación de conductas anticompetitivas, la revocación de la Corte Suprema parece fundada y razonable, pues se basa en los argumentos esgrimidos en el voto de minoría de algunos de los Ministros del TDLC, como también en lo comunicado por la FNE. Sin embargo, el principal punto de tensión de este caso no es la revocación en sí misma, sino las medidas de mitigación establecidas por la Corte Suprema.

En el Derecho de la Competencia, los remedios o medidas de mitigación tienen el objeto de atenuar los posibles efectos o riesgos anticompetitivos de una operación de concentración. En caso que tales efectos o riesgos no sean posibles de evitar, la medida más restrictiva aplicable es el rechazo de la operación de concentración completa. La decisión del TDLC de rechazar la fusión se condice con lo anterior; “si el resultado de la fusión es la creación o reforzamiento de una posición de dominio, no parece dable su autorización, incluso en el caso que las empresas se comprometan a no abusar de dicha posición”²⁸⁴.

Los remedios o medidas de mitigación pueden catalogarse en dos clases: medidas estructurales y medidas de conducta o de comportamiento. “Los remedios estructurales implican algún tipo de redistribución de derechos de propiedad, que pueden incluir alguna desinversión total o parcial de negocios actualmente llevados a cabo por las empresas. Los remedios de conducta restringen los derechos de propiedad de las empresas fusionadas, considerando compromisos por las partes que se fusionan en no abusar de sus activos o contraer ciertas obligaciones contractuales”²⁸⁵.

²⁸⁴ AGÜERO, Francisco. *Rol de las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar operaciones de concentración: un análisis aplicado al sector retail*. En: NEHME, Nicole; MONTT, Paulo. “*Libre Competencia y Retail*” Legal Publishing, Santiago, 2009. p. 13. Disponible en <http://ssrn.com/abstract?=1491050> [Consulta: 14 de febrero de 2017].

²⁸⁵ *Ibíd.* p. 2.

Como el objeto de las medidas de mitigación es subsanar el eventual daño a la competencia tras la fusión, éstas deben propender al restablecimiento de la competencia a su estado anterior más que aumentar la competencia en el mercado en cuestión. Además, deben ser proporcionales; “entre dos remedios igual de eficaces, [que] se escoja como remedio aquel que sea el menos costoso y menos intrusivo, en la medida que aborden el problema de competencia detectado”²⁸⁶.

Las medidas de mitigación, tanto estructurales como de conducta, poseen ventajas y desventajas. Las medidas estructurales pueden considerarse más precisas, no requiriendo de un monitoreo constante por parte de la Administración. Sin embargo, conllevan más riesgos pues: (i) son de carácter irreversible; (ii) los activos pueden ser vendidos por la empresa fusionada a una empresa que no sea una competencia real de aquella; (iii) si existen relaciones comerciales entre el vendedor y el comprador de los activos, el remedio malamente podrá restablecer la competencia; y, (iv) pueden aumentar los riesgos de colusión en la industria, al incrementarse la simetría entre los compradores y las empresas que se fusionan²⁸⁷.

Las medidas de conducta, por su parte, tienen como principales ventajas su ductilidad y su aplicación limitada en el tiempo, pues pueden ser modificadas y adaptarse cuando no contribuyan a alcanzar los objetivos deseados o ante cambios en las condiciones del mercado²⁸⁸. No obstante, entre sus desventajas encontramos que: (i) son difíciles de diseñar; (ii) son costosas de administrar y más fáciles de eludir que las medidas estructurales²⁸⁹; e, (iii) implican un costo de monitoreo por parte de los organismos de libre competencia una vez aprobada la operación de concentración²⁹⁰.

²⁸⁶ *Ibíd.* p. 4.

²⁸⁷ *Ibíd.* pp. 6-7.

²⁸⁸ *Ibíd.* pp. 10 y 11.

²⁸⁹ *Ibíd.* p. 9.

²⁹⁰ *Ibíd.* pp. 10-11.

Esta distinción es importante para nuestro caso, pues las medidas de desinversión establecidas por la Corte Suprema son de tipo estructural, es decir, son irreversibles y fueron fijadas por un tribunal generalista.

En principio, las medidas impuestas resultan adecuadas y suficientes en atención a la magnitud de los riesgos anticompetitivos que se pretenden evitar; lo problemático es que la forma en que quedaron plasmadas. La Corte no toma en consideración que la aplicación de medidas de mitigación no puede basarse en los índices de concentración (HHI) previos a la operación²⁹¹, cuestión que hizo respecto de la medida de desinversión.

Este aspecto debió ser especialmente previsto por la Corte, debido a que la probabilidad de que los términos en que estableció las medidas de mitigación resulten inexactos o muy genéricos es mayor, en comparación a que si las hubiere establecido una agencia especializada. Por ejemplo, una crítica a la manera en que quedaron redactadas tales medidas, es su falta de precisión, pues si bien exige la venta de activos, no prohíbe que la compra de éstos sea realizada por Copec (empresa con evidente posición dominante), o los activos a desinvertir, lo que podría afectar la efectividad de la medida para evitar un resultado anticompetitivo tras la fusión²⁹².

²⁹¹ *Ibíd.* p. 4.

²⁹² Por ejemplo, la FNE al fiscalizar el cumplimiento de las medidas impuestas por la Corte Suprema, indica que “en términos genéricos” se ha dado cumplimiento a las medidas de mitigación, pero que se detectaron casos en que el modo de desinversión presenta problemas, puesto que los derechos enajenados no corresponden exactamente a los que tenía la empresa fusionada respecto del inmueble donde operaban sus estaciones de servicios.

“Aunque bajo un criterio estricto de fiscalización debe estimarse que la medida de mitigación en comento ha sido cumplida de un modo no del todo satisfactorio respecto de dichas comunas, evaluando el cumplimiento de las medidas de mitigación en su conjunto, atendiendo a consideraciones de oportunidad en el actuar de este servicio, al carácter general de las medidas impuestas por la Excma. Corte Suprema y, sobre todo, con el objeto de no afectar la operación independiente de dichas EDS por los adjudicatarios a las que ya fueron (deficitariamente) transferidas, es preferible mantener una estricta vigilancia sobre los riesgos asociados a la situación descrita, antes que promover acciones tendientes a modificar los resultados de la licitación efectuada a este respecto. Dichos riesgos consisten en que pueda afectarse o cesar en el tiempo la explotación independiente de dichas EDS por los terceros que ya se las adjudicaron (u otros que lo sucedan en dicha actividad) -en el extremo, volviendo a explotarlas la entidad fusionada-.” FISCALÍA NACIONAL

4.2.4. Procedimiento para la dictación de Instrucción General sobre los efectos en la libre competencia de la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía "tarifas on-net / off-net". (Caso ICG 2).

a) Cuestiones previas:

Las instrucciones de carácter general (ICG) son una manifestación del ejercicio de la potestad normativa. Proveniente de los antiguos modelos de diseño institucional, esta potestad – propia de agencias de investigación y prosecución administrativas – quedó radicada en el TDLC, configurándose como “una potestad normativa pública de un órgano autónomo del Estado, más específicamente todavía, corresponde a una potestad reglamentaria de un Tribunal de la República”²⁹³. Si bien el legislador limita el tratamiento de ciertos temas a un rango legal, otros temas pueden regularse mediante instrumentos vinculantes, como por ejemplo, los reglamentos²⁹⁴, posibilitando una regulación eficaz de temas específicos y/o complejos, y que requieren de una mayor flexibilidad de la que puede otorgar la ley.

A través de las ICG, el TDLC busca alcanzar dos efectos: “maximizar la efectividad de la institucionalidad de la libre competencia, coadyuvando a la prevención de conductas anticompetitivas y promover determinados actos o estipulaciones contractuales, con el objeto de incrementar la intensidad de la competencia en determinados mercados”²⁹⁵. Las ICG buscan complementar y perfeccionar la regulación existente. En tal sentido, se ha señalado

ECONÓMICA. *Informe de archivo de la Fiscalización del cumplimiento de las medidas de mitigación impuestas en la adquisición de activos de Petróleos Trasandinos y Operaciones y Servicios Terpel por parte de Quiñenco S.A.* 02 de octubre de 2014. Rol F-14-2013, párrafo N° 63. Disponible en: http://www.fne.cl/transparencia/libro/archivos/archivo/nuevos/informe_F14_2014.pdf [Consulta: 13 de mayo de 2017].

²⁹³ GRUNBERG, Jorge. *La Potestad Reglamentaria del Tribunal de Defensa de la Competencia: Un Tema Conflictivo en la Reforma al Decreto Ley 211*. En Revista de Derecho Público N° 66. Santiago, Chile. 2004. p. 242.

²⁹⁴ Las Instrucciones de Carácter General son una especie de reglamento.

²⁹⁵ VELOZO, Javier; GONZÁLEZ, Daniela. Óp. Cit. p. 48.

que “en este ámbito de reserva legal, el reglamento tiene un más vasto campo de acción”²⁹⁶. Es posible que la regulación legal contenga conceptos vagos o lagunas, lo que puede ocasionar conflictos respecto a su interpretación. En este sentido, se ha señalado que “se hace necesario el otorgamiento de la facultad de dictar reglas que adapten los principios generales a casos particulares y, al mismo tiempo, doten al sistema de una mayor flexibilidad”²⁹⁷.

Por lo anterior, la potestad normativa fue radicada en un órgano especializado e imparcial capaz de complementar el mandato general que contiene la ley, quedando “entregada a la discrecionalidad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la oportunidad, contenidos y alcances de la respectiva actividad reglamentaria, naturalmente que todo ello dentro de un marco de respeto no sólo del Decreto Ley 211, sino que de todo el orden jurídico”²⁹⁸.

Sin embargo, un asunto no cabalmente resuelto guarda relación con la revisión judicial de las ICG por parte de la Corte Suprema. Por ello, analizaremos lo que ocurrió con la Instrucción de Carácter General N° 2 (o ICG 2).

b) Hechos:

El TDLC, con fecha 21 de diciembre de 2010, dio inicio de oficio a un procedimiento no contencioso para analizar la pertinencia de dictar una instrucción de carácter general en materia de precios al consumidor final en los servicios públicos de telefonía móvil según el destino de las llamadas (denominadas tarifas *on-net/off net*).

²⁹⁶ GRUNBERG, Jorge. Óp. Cit. p. 234.

²⁹⁷ *Ibíd.* p. 244.

²⁹⁸ *Ibíd.* p. 109.

Los principales fundamentos fueron que la existencia de una diferenciación de precios podía transformarse en una barrera a la entrada de nuevos competidores y que no existirían elementos reales de costo que justificaran tales diferencias.

Por su parte, la FNE solicitó al TDLC dictar una ICG para establecer condiciones en la comercialización de ofertas conjuntas o pack de servicios de telecomunicaciones (denominado paquetización de servicios). Además, solicitó que se instruyese a empresas con poder de mercado a ofrecer facilidades de reventa en condiciones de mayorista. Estas solicitudes fueron acumuladas al procedimiento iniciado de oficio.

c) Decisión del TDLC:

Con fecha 18 de diciembre de 2012, el TDLC dicta la ICG 2²⁹⁹. En su parte expositiva, el TDLC se refiere al mercado relevante; sus características; a la presencia de barreras a la entrada; y, a la existencia de estructuras de mercado capaces de dificultar la competencia. Sobre estas estructuras de mercado, el TDLC se centra en la diferenciación de precios y en la paquetización de servicios.

Respecto a la diferenciación de precios, el TDLC indica que la diferencia entre tarifas *off-net* y *on-net* (i) es muy significativa, por lo que es posible esperar que se afecte el comportamiento de los consumidores³⁰⁰ y que (ii) afecta el comportamiento de los usuarios, distorsionando las decisiones sobre el destinatario de las llamadas³⁰¹.

El TDLC llegó a la convicción de que existió efectivamente una alteración en el mercado de la telefonía móvil, causada por las estrategias comerciales de excesiva diferenciación de tarifas según destino, estimando necesario impartir instrucciones de carácter general a las empresas que proveen el servicio de telefonía móvil, a fin de que limiten

²⁹⁹ Instrucción de Carácter General N° 2/2012. 18 de diciembre de 2012. Rol N° 386-10.

³⁰⁰ *Ibíd.* Considerando undécimo.

³⁰¹ *Ibíd.* Considerando decimoctavo.

tal diferencial en sus tarifas y planes ofrecidos³⁰². Como el Tribunal no consideró que los cargos de acceso – fijados en 2009 – reflejaran el incremento real de costos de dar término a una llamada (sino uno mayor), decidió impartir dos instrucciones diferentes: la primera con vigencia temporal hasta la próxima fijación de cargos de acceso en la telefonía móvil, y otra permanente, para después de que ello suceda³⁰³. Para ello, fija determinados criterios³⁰⁴.

En resumidas cuentas, el TDLC manifiesta que la diferenciación de precios resulta injustificada y excesiva, constituyéndose en un elemento capaz de distorsionar el mercado de las telecomunicaciones, siendo imperativa la dictación de una ICG³⁰⁵.

En cuanto a la paquetización de servicios, el TDLC indica lo siguiente: (i) los beneficios de las eficiencias serían muy bajos, pues no existirían economías de ámbito más allá de la prestación de algunos servicios menores, como la facturación y la atención al cliente³⁰⁶; (ii) los riesgos de las ofertas conjuntas son mucho más importantes que los de paquetización en una misma red, puesto que se espera que las redes compitan entre sí³⁰⁷; (iii) la paquetización de telefonía móvil con telefonía fija podría tener efectos contrarios a la libre competencia, pues como ambas pueden ser sustitutas, la paquetización de estos dos servicios puede servir simplemente para aminorar la presión competitiva que imponga una red sobre la otra, traspasando el poder de mercado que mantienen empresas en el segmento de telefonía

³⁰² *Ibíd.* Considerando trigésimo segundo.

³⁰³ *Ibíd.* Considerando trigésimo quinto.

³⁰⁴ *Ibíd.* Considerando trigésimo séptimo.

“**Trigésimo séptimo:** Que, así, se instruirá a las empresas de telefonía móvil que, en cada plan, no podrán fijar tarifas *off-net* que superen a la tarifa *on-net* en un monto mayor al del cargo de acceso. En otras palabras, la diferencia entre tarifas *off-net* y *on-net* no podrá ser superior al monto del cargo de acceso. Asimismo, y siguiendo el mismo criterio, la razón entre los minutos *on-net* y los minutos *off-net* incluidos en un plan de post pago no podrá superar a la razón entre la tarifa *off-net* y la tarifa *on-net* cobrada por cada minuto adicional en dicho plan. Es decir, si la tarifa *off-net*, dado el cargo de acceso existente, puede superar a la tarifa *on-net* en un determinado porcentaje, ese mismo será el porcentaje en que el número de minutos *on-net* podrá superar al número de minutos *off-net*”

³⁰⁵ Además, el TDLC fundó su decisión en la necesidad de interconexión en las telecomunicaciones, en que la diferenciación de precios afectaba el comportamiento de usuarios (por ejemplo, tener dos o más celulares) y en que tal diferenciación de precios, se podría traducir en la generación de efectos exclusorios.

³⁰⁶ *Ibíd.* Considerando octogésimo noveno.

³⁰⁷ *Ibíd.*

fija al segmento de telefonía móvil³⁰⁸, y; (iv) no existe justificación económica para ofrecer descuentos cuando los servicios de internet fija e internet móvil se proveen conjuntamente, pues se utilizan redes distintas para su provisión; la paquetización con descuento de estos dos servicios puede significar el traspaso del poder de mercado que las firmas posean en el segmento de internet fija al de internet móvil³⁰⁹.

Pese a las razones anteriores, el Tribunal reconoce que en el mercado en estudio se genera un fenómeno integrador de tecnología, propio de los servicios de telecomunicaciones; una convergencia que solo permitirá en el futuro diferenciar entre servicios fijos y móviles de telecomunicaciones. El TDLC decide finalmente que los servicios de telecomunicaciones provistos mediante redes móviles pueden ser vendidos conjuntamente con los servicios de telecomunicaciones provistos mediante redes fijas.

Sin embargo, indica que no se podrán otorgar descuentos o condiciones más favorables de ninguna especie a los clientes o suscriptores de ambos tipos de servicios, sea por la misma empresa o por sus empresas relacionadas³¹⁰. El TDLC realiza una prevención clara al manifestar que la paquetización de servicios puede representar un riesgo anticompetitivo más que un beneficio, pues puede ser utilizado como estrategia para traspasar el poder de mercado que tiene una empresa en un mercado hacia otro distinto.

En otras palabras, el TDLC permite la paquetización de servicios, en la medida que no se establezcan condiciones conducentes a la exclusión de competidores mediante la cautividad de consumidores.

³⁰⁸ *Ibíd.* Considerando nonagésimo primero.

³⁰⁹ *Ibíd.* Considerando nonagésimo tercero.

³¹⁰ *Ibíd.* Considerando nonagésimo quinto.

Finalizada su parte expositiva, el TDLC dicta la ICG N° 2, estableciendo dos instrucciones, referidas a los servicios de telefonía móvil y a la oferta conjunta de servicios de telecomunicaciones³¹¹.

d) Procedencia de la revisión judicial:

Con fecha 31 de diciembre de 2012, la empresa TuVes S.A dedujo recurso de reclamación en contra de la ICG N° 2. Sus pretensiones consistían en: (i) la modificación parcial de las condiciones establecidas en la ICG³¹²; (ii) la remisión de los antecedentes a la

³¹¹ En cuanto a las “Instrucciones a las empresas de servicios de telefonía móvil”, el TDLC estableció que el precio por minuto de llamadas off-net no puede ser superior a la suma del precio por minuto de llamadas on-net más el cargo de acceso aplicable, lo cual sería aplicable a todos los planes prepago y postpago; que regiría hasta la vigencia del próximo decreto de fijación tarifaria y que, después, no podrá existir diferenciación de precios.

También estableció que los planes de telefonía móvil que incluyan una cantidad de minutos por precio fijo, la proporción entre minutos de llamadas on-net/off-net no puede ser superior a la proporción existente entre el precio por minuto de llamadas off-net y el precio on-net.

En lo concerniente a las “Instrucciones a las empresas o grupos de empresas relacionadas entre sí, que ofrezcan conjuntamente servicios de telecomunicaciones”, el TDLC indicó que se puede vender conjuntamente servicios de redes fijas con móviles, pero que no se podrán otorgar descuentos o condiciones más favorables a clientes o suscriptores de ambos tipos de servicios, ya sea por la misma empresa o por sus relacionadas; que sólo aplica respecto de clientes que sean personas naturales; que el precio de los servicios de telecomunicaciones vendidos de manera conjunta deberán ser mayor, a lo menos, que el precio de venta por separado del producto o servicio integrante de mayor valor. Así, si son 3 o más los servicios vendidos, el precio deberá ser mayor que la suma de los precios por separado de todos los servicios, excluyendo el de menor valor.

Pero también el TDLC hace la salvedad de que, en todo caso, las empresas deberán comercializar sus productos también de forma separada, no pudiendo condicionar la contratación de un servicio.

Respecto de estas últimas instrucciones, el Tribunal señaló que rigen hasta el momento que se haya iniciado la prestación de servicios 4G en todas y cada una de las zonas de cobertura definidas en los Decretos de concesión de dicho servicio.

³¹² Las peticiones de TuVes pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a. Sobre la diferenciación de precios en tarifas on-net/off net solicitó que: (i) las instrucciones se aplicasen inmediatamente en lo que se refiere a la eliminación de diferencias de precios; (ii) se dispusiera que los cargos de acceso deben ser aplicados de manera no discriminatoria; y, (iii) la aplicación del criterio de no discriminación a cualquier servicio de telecomunicaciones que requiera de interconexión (SMS, MMS, acceso a internet, etc.).

b. Sobre la paquetización de servicios, solicitó que: (i) se obligase a las operadoras a ofrecer facilidades de reventa en condiciones de mayorista de cada uno de los productos vendidos individualmente al detalle; (ii) los empaquetamientos no implicaran en los hechos un estrangulamiento horizontal de márgenes; (iii) el establecimiento expreso de la diferencia entre ventas al por mayor y ventas al detalle de manera objetiva; (iv) la aplicación de la ICG 2 tanto a personas naturales como jurídicas; y, (v) la vigencia de la ICG se mantuviese en la medida que sea necesaria y que no dependiese de un hito incierto como lo es la puesta en marcha del servicio 4G.

FNE para que investigara la diferenciación de precios y la discriminación arbitraria de precios, pudiendo eventualmente requerir a las empresas involucradas; y, (iii) la remisión de los antecedentes a la FNE para que ordenase a las requeridas el cumplimiento de lo establecido por la Corte Suprema, respecto de presentar una oferta de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales (OMV).

El 03 de enero de 2013, el TDLC dictó la siguiente resolución, declarando la improcedencia del recurso de reclamación en contra de la ICG 2:

“Santiago, tres de enero de dos mil trece.

A fojas 5620: atendida la naturaleza de la facultad establecida en el numeral 3) del artículo 18 del D.L. N° 211, conferida por el legislador a este Tribunal, y el tenor literal del inciso final del artículo 31 del mismo cuerpo legal, que se refiere a resoluciones de término que “fijen o no condiciones”, las cuales, a juicio de este Tribunal, sólo pueden corresponder a aquellas emitidas en ejercicio de la facultad contenida en el numeral 2) del referido artículo 18, no ha lugar, por improcedente”.

Es decir, el TDLC entendió limitada la procedencia del recurso de reclamación a las sentencias dictadas en ejercicio de la potestad jurisdiccional y a las resoluciones dictadas en ejercicio de la potestad consultiva (artículos 18 N° 1 y N° 2 del DL 211). Ante tal rechazo, la empresa TuVes S.A., presentó recurso de hecho ante la Corte Suprema, invocando el artículo 203 del CPC³¹³, junto a los artículos 5, 18 y 31 del DL 211.

Como estrategia procesal, el recurrente invocó el CPC y mediante la homologación de los recursos de reclamación y de apelación, solicitó la aplicación de un elemento adjetivo de la última. Los argumentos que esgrimió en el recurso de hecho fueron:

³¹³ **Artículo 203 (226):** Si el tribunal inferior deniega un recurso de apelación que ha debido concederse, la parte agraviada podrá ocurrir al superior respectivo, dentro del plazo que concede el artículo 200, contado desde la notificación de la negativa, para que declare admisible dicho recurso.

i. Para rechazar la admisibilidad del recurso de reclamación, el TDLC distingue donde la ley no lo hace. Señaló que el DL 211 sólo distingue entre informes y resoluciones que no son de término y resoluciones que sí son de término, fijen o no condiciones.

Además, expresó que el DL 211 no hace una distinción entre resoluciones de término dictadas en ejercicio del artículo 18 N° 2 o del artículo 18 N° 3; invocando la historia de la Ley N° 20.361, sostuvo que, si el legislador hubiere deseado limitar el recurso de reclamación sólo a la potestad consultiva, lo habría hecho expresamente.

ii. La ICG 2 es una resolución de término, susceptible del recurso de reclamación. El recurrente invocó: (i) el fallo N° 391 del Tribunal Constitucional, en lo relativo a que la potestad normativa del TDLC está sujeta al control jurisdiccional de los órganos competentes y (ii) el Dictamen N° 2072 de la Contraloría General de la República, en donde tal organismo se abstiene – en virtud del principio de no injerencia – de pronunciarse sobre el alcance de la ICG N° 1, pues es una resolución emanada de un órgano jurisdiccional que se encuentra sujeto a la superintendencia directiva de la Corte Suprema³¹⁴.

El fundamento de Contraloría radica en la naturaleza del órgano que emite la resolución y no en la naturaleza jurídica de la resolución. Surge la duda si, la potestad normativa recayera en un órgano administrativo como la FNE, la Contraloría se abstendría de emitir pronunciamiento respecto al alcance de la ICG.

³¹⁴ Dictamen Contraloría General de la República. 12 de enero de 2011. N° 2072. En este dictamen, la Contraloría estableció lo siguiente:

“En este contexto, es menester considerar que el inciso tercero del artículo 6° de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General, consagra el principio de la no injerencia por parte de este Organismo de Control, en los asuntos sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, al disponer expresamente que esta Entidad Fiscalizadora no intervendrá ni informará aquellas cuestiones que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén radicadas en aquéllos, lo que obliga necesariamente a sostener, con mayor razón aún, que no puede pronunciarse sobre el alcance de una resolución emanada de un órgano jurisdiccional (aplica criterio contenido en el dictamen N° 51.085, de 2010).

Atendido lo precedentemente expuesto, cumple con indicar que debido al carácter de órgano jurisdiccional especial que reviste el aludido Tribunal de Defensa de la Libre Competencia -sujeto a la superintendencia directiva de la Corte Suprema-, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5° del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del ex Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, esta Entidad Fiscalizadora debe abstenerse de informar sobre el alcance de las señaladas instrucciones (aplica criterio contenido en el dictamen N° 21.291, de 2009)”.

iii. Tanto el proceso y la resolución de término versan sobre el establecimiento de condiciones. No sería coherente que instrucciones y condiciones que serán aplicadas al mercado de telecomunicaciones no puedan ser objeto de revisión por su superior jerárquico. Lo anterior sería un “antecedente peligroso” que restringiría la intervención de la Corte Suprema en el ámbito económico.

iv. Las ICG's dictadas por la Comisión Preventiva Central siempre fueron objeto de recurso de reclamación ante la Comisión Resolutiva (sic). Cita un caso en que una ICG fue objeto de reclamación en el antiguo diseño institucional de libre competencia, siendo en realidad un dictamen³¹⁵. Conforme al texto original del DL 211, sólo la Comisión Resolutiva podía dictar ICG³¹⁶.

v. El TDLC restringe el recurso de reclamación en circunstancias que el legislador pretendía ampliarlo. En este punto, el recurrente manifestó que la interpretación del TDLC es contradictoria, pues permitiría a un particular que consulta un contrato ejercer el derecho a reclamar, pero ante la regulación de una actividad económica con carácter general, no existiría la posibilidad de revisión por la Corte Suprema.

La Corte Suprema admite a tramitación el recurso de hecho, solicitando al TDLC informar al respecto mediante un oficio³¹⁷. Con fecha 29 de enero de 2013, el TDLC informa, centrándose en dos puntos: la inadmisibilidad del recurso de hecho y la improcedencia del recurso de reclamación respecto de las instrucciones de carácter general.

³¹⁵ Se trata del Dictamen N° 436, de 31 de octubre de 1984, de la Comisión Preventiva Central, que dictó ICG para el mercado de las farmacias, el cual fue objeto de reclamación y resuelto por la Comisión Resolutiva mediante la Resolución N° 187, de 12 de junio de 1985.

³¹⁶ “Artículo decimoséptimo: La Comisión Resolutiva supervigilará la adecuada aplicación de las normas del presente decreto ley y el correcto desempeño de los organismos que establece e impartirá las instrucciones generales a que deban sujetarse. Sus acuerdos o resoluciones serán obligatorios para las Comisiones Preventivas.

Serán deberes y atribuciones de esta Comisión: b) Dictar instrucciones de carácter general a las cuales deberán ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieran atentar contra la libre competencia”.

³¹⁷ Oficio N° 923-2013 de la Corte Suprema, solicitando informe al TDLC en los autos sobre el recurso de hecho en rol N° 269-2013.

Sobre la inadmisibilidad del recurso de hecho, el TDLC citó casos en que fue interpuesto, siendo todos rechazados por la Corte Suprema³¹⁸. Respecto a la improcedencia del recurso de reclamación, indicó que, sin perjuicio de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, la naturaleza normativa de las instrucciones de carácter general es indiscutida, yendo más allá de lo jurisdiccional, siendo también distintas a las resoluciones emitidas en ejercicio de la potestad consultiva.

El TDLC expresó que la modificación al DL 211 a través de la Ley N° 20.361 tuvo por objeto ampliar la procedencia del recurso de reclamación respecto de las resoluciones dictadas en procedimientos no contenciosos de consulta (sea que fijen o no condiciones), aclarar quienes pueden interponerlo y no su extensión a las ICG.

El 11 de abril de 2013, la Corte Suprema resolvió el recurso de hecho interpuesto por TuVes, acogéndolo y sentando un nuevo precedente³¹⁹.

Luego de referirse al marco normativo al que se sujeta la decisión – artículos 5, 18 y 31 del DL 211 – la Corte Suprema se enfocó en el artículo 31 para indicar que el legislador sólo realiza una distinción entre resoluciones que no son de término e informes, por un lado, y resoluciones de término, por otro lado, descartando que por “resoluciones” se refiera solo a aquellas que provienen del ejercicio de la potestad consultiva³²⁰.

Luego, la Corte invoca el ya analizado fallo N° 391 del Tribunal Constitucional, concluyendo que el ejercicio de la potestad normativa tienen el alcance de una resolución de término emanada de un órgano jurisdiccional especial, y como tal es susceptible de revisión

³¹⁸ En la sección 3.2.3 se realizó un análisis lato de aquellos casos en que se interpusieron recursos de hecho contra resoluciones del TDLC.

³¹⁹ Sentencia Corte Suprema. 11 de abril de 2013. Rol N° 269-2013.

³²⁰ *Ibíd.* Considerando cuarto.

judicial³²¹ y que la modificación a través de la Ley N° 20.361, al no hacer distinción expresa, entiende comprendidas también a las ICG³²².

Adicionalmente, la Corte Suprema hizo suya una de las observaciones realizadas por TuVes y que no fue respondida por el TDLC en su informe: que además de contradictorio con la modificación de la Ley N° 20.361 al DL 211, no resulta comprensible que el recurso de reclamación proceda para los casos en que se trate de hechos, actos o contratos específicos y se negara respecto de esta clase de instrucciones que eventualmente pueden afectar a toda una actividad económica³²³

De esta manera, la Corte Suprema determinó que era indiscutido que la potestad normativa siempre ha podido ser revisada por el Poder Judicial mediante acciones ante los tribunales ordinarios de justicia, siendo en esta sede el recurso de reclamación la vía adecuada – atendida la naturaleza compleja y técnica de esta clase de asuntos – que tienen los agentes económicos para desafiar las decisiones que emanen del TDLC³²⁴.

e) Decisión de la Corte Suprema:

Con fecha 17 de diciembre de 2013, la Corte Suprema resuelve el recurso de reclamación interpuesto por TuVes S.A, acogéndolo parcialmente³²⁵.

La Corte rechazó la remisión de los antecedentes del caso a la FNE, pues tal organismo posee las atribuciones legales para investigar y fiscalizar por cuenta propia, careciendo de utilidad tal petición³²⁶, pero acogió la solicitud de eliminación de la distinción entre personas naturales y jurídicas respecto de la aplicación de la ICG 2, fundamentándolo

³²¹ *Ibíd.* Considerando sexto.

³²² *Ibíd.* Considerando séptimo.

³²³ *Ibíd.* Considerando octavo.

³²⁴ *Ibíd.* Considerando noveno.

³²⁵ Sentencia Corte Suprema. 17 de diciembre de 2013. Rol N° 2506-2013.

³²⁶ *Ibíd.* Considerando décimo quinto.

en la diferencia de poder negociador y haciendo la salvedad de que si bien algunas compañías por su importancia económica están en situación de compensar el poder de mercado de las operadoras de telecomunicaciones, en Chile, el mayor número de empresas son pequeñas o medianas (PYMES) y la distinción entre personas naturales y jurídicas, en ese sentido, podría entenderse como una suerte de acto discriminatorio, contrario al artículo 19 N° 2 de la Constitución³²⁷. Finalmente agrega que el establecimiento de una garantía única también facilitaría el seguimiento y fiscalización de la aplicación de las ICG³²⁸.

Es decir, si bien reconoce como correcta la fundamentación del TDLC al acoger la distinción propuesta por la FNE, la Corte advierte su falta de idoneidad ante la ausencia de elementos que justifiquen dejar fuera a las PYMES, constituyendo un acto de eventual vulneración a la igualdad ante la ley y aplicando finalmente una norma cuya eficacia administrativa es mayor, de fácil fiscalización.

Otra petición que la Corte Suprema acogió guarda relación con el descarte del inicio del servicio 4G como hito de término de vigencia de la ICG 2. La Corte desestima este hito porque: (i) no se advierte la trascendencia que dicho evento reviste como para justificar que se le otorgue la cualidad de límite temporal a la eficacia de las ICG; y, (ii) la pertinencia y utilidad de las ICG excede con claridad del horizonte temporal asociado a la puesta en marcha del servicio 4G³²⁹. Por estas razones, la Corte Suprema dotó a las ICG de un carácter permanente.

Este fallo no fue unánime, pues hubo una prevención del Ministro Muñoz respecto al carácter permanente de la paquetización de servicios, votando además en contra en cuanto a complementar la ICG 2, optando por acoger íntegramente la reclamación interpuesta.

³²⁷ *Ibíd.* Considerando vigésimo.

³²⁸ *Ibíd.*

³²⁹ *Ibíd.* Considerando vigésimo segundo.

En su voto, realiza una clara crítica a lo decidido por el TDLC, lo que hace reflexionar sobre la continuidad de la tensión entre Corte Suprema/TDLC-FNE. Señaló que en el caso había evidencia de las omisiones de la autoridad administrativa y jurisdiccional especializada, aconsejando profundizar las medidas de prevención y el estudio de los antecedentes; agrega que las ICG no pueden ser una simple reacción, sino que deben ser dadas *ex-ante*, evitando conflictos y encauzando el mercado, especialmente en las zonas grises³³⁰.

Luego, los Ministros Muñoz y Cisternas efectúan otra prevención, respecto a acoger parcialmente el recurso en atención a consideraciones adicionales, referidas al fondo del asunto; por ejemplo, al tipo de costo al que debe propender el precio que fije SUBTEL en su próximo decreto tarifario; su reajuste en relación al verdadero costo de la prestación. También invocan el principio de igualdad de trato entre empresas nacionales y extranjeras, en atención a normas contenidas tanto en el DL N° 600, Tratados de Libre Comercio (TLC), jurisprudencia del CIADI, al GATT y al GATS, es decir, un marco normativo ajeno al que debe circunscribirse estrictamente el TDLC y que sólo podría ser aplicable indirectamente, entendiéndolos incorporados al ordenamiento jurídico mediante el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental.

La decisión de la Corte Suprema en el caso concreto no implicó una modificación sustancial de lo establecido por el TDLC. Sin embargo, ello no se debe a una mera revisión de legalidad, pues en el caso se advierte una revisión bastante profunda de los fundamentos de hecho, de derecho y económicos.

El análisis de la Corte resulta razonable. No obstante, una objeción válida es que mediante la revisión de cuestiones de mérito de un reglamento, la Corte Suprema se podría convertir en un creador y regulador de políticas públicas, vulnerando el principio de

³³⁰ *Ibíd.* Voto de minoría. Considerando 6°.

separación de poderes. En resumidas cuentas, mediante la revisión judicial de las ICG la Corte Suprema podría ejercer facultades normativas y crear, modificar o eliminar condiciones establecidas por el TDLC.

Tras la decisión de la Corte Suprema, diversas empresas de telecomunicaciones dedujeron recursos de aclaración e incluso dieron inicio a un procedimiento de consulta respecto a lo que debía entenderse por “planes grupales” y si la comercialización de éstos infringiría la ICG 2. Con fecha 14 de mayo de 2014, el TDLC inició de oficio un nuevo procedimiento no contencioso, ejerciendo nuevamente la potestad normativa y dando lugar a la dictación de las “Instrucciones de carácter general N° 4/2015” (ICG 4)³³¹.

Tras referirse a los planes grupales, cómo funcionan, y cómo interactúan en la libre competencia, el TDLC permite la comercialización de los denominados “planes grupales monocontratados, mediante la modificación de la ICG 2³³², agregando un nuevo punto³³³

En contra de la ICG 4 se dedujeron diversos recursos de reclamación, siendo resueltos por la Corte Suprema con fecha 14 de abril de 2016³³⁴. En esta oportunidad el TDLC no declaró inadmisibles las reclamaciones, por lo que no fueron deducidos recursos de hecho.

³³¹ Instrucciones de Carácter General N° 4/2015 que modifica las Instrucciones de Carácter General N°2/2012 sobre los efectos en la libre competencia de la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía “tarifas *on-net/ off net*” y de las ofertas conjuntas de servicios de telecomunicaciones. 04 de junio de 2015. Rol NC 423-2014.

³³² *Ibíd.* Considerandos vigésimo y vigésimo segundo.

³³³ “4. Las instrucciones contenidas en esta letra A.- regirán hasta la entrada en vigencia del próximo Decreto de fijación tarifaria de los servicios señalados en el artículo 25 inciso final de la Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones. A partir de esa fecha, los planes de prepago y post pago que comercialicen las empresas de servicios de telefonía móvil no podrán contener diferenciación de tarifas o de minutos incluidos en un plan, fundada en la red de destino de la llamada. Se entenderá que no están fundadas en la red de destino de la llamada las diferencias de tarifas o minutos contenidas en los planes de telefonía móvil que incluyan dos o más números o usuarios, contratados por una única persona natural o jurídica, en relación con las llamadas que se cursen entre dichos números o usuarios.”

³³⁴ Sentencia Corte Suprema. 14 de abril de 2016. Rol N° 8654-2015.

La Corte Suprema finalmente rechazó de forma unánime todos los recursos de reclamación interpuestos, indicando que la modificación de la ICG reconoce como fuente un antecedente cierto y objetivo³³⁵, y concluyendo que tal modificación es adecuada, no afecta la libre competencia, mientras que las reclamaciones deducidas no se encuentran revestidas de un fundamento suficiente³³⁶.

f) Comentarios:

Una curiosidad a nivel formal es que, a lo largo de su pronunciamiento, la Corte Suprema se refiere a la ICG como “sentencia”. Si bien tal imprecisión puede calificarse como menor, para nuestro estudio no lo es, pues una errónea identificación del tipo de resolución se traduce en un error respecto de la potestad de que se ejerce en cada caso y, consecuentemente, de sus efectos, en atención a la procedencia de la revisión judicial.

No obstante lo anterior, la real importancia de este caso radica en que es el único donde se ha interpuesto recurso de reclamación en contra de una ICG, es decir, en contra una resolución dictada en ejercicio de la potestad normativa. Si bien el recurso de reclamación fue inicialmente declarado inadmisibile, finalmente fue admitido a tramitación mediante un recurso de hecho (institución propia del recurso de apelación), sentando un nuevo precedente.

Resulta razonable el fundamento de la Corte Suprema, respecto a que, como el legislador no diferenció respecto de la procedencia del recurso de reclamación en atención a la naturaleza de la resolución recurrida, el TDLC no se encuentra habilitado para distinguir donde la ley no lo hizo.

Es innegable que la ICG 2 impone condiciones a los competidores del mercado de telecomunicaciones y que la revisión judicial resulta necesaria, más si sus efectos son más amplios que, por ejemplo, una sentencia o una resolución que resuelve una consulta. Sin

³³⁵ *Ibíd.* Considerando décimo octavo.

³³⁶ *Ibíd.* Considerando vigésimo octavo.

embargo, lo problemático es que la revisión judicial que debe realizar un tribunal generalista respecto de una resolución normativa se encuentra, por regla general, limitada a acreditar la existencia de un ejercicio abusivo o ilegal de la potestad, es decir, puede revisar cuestiones de legalidad y no de mérito.

Lo anterior no ocurre en el caso, ya que la naturaleza atribuida al recurso de reclamación, permite a la Corte aplicar una revisión plena; el nivel de conocimiento y la intensidad de revisión son distintos a la regla general.

Diversas son las conclusiones que podemos extraer al finalizar el presente capítulo. La más importante es la constante tensión entre TDLC y Corte Suprema.

Si bien son pocos los casos en que la Corte revoca las decisiones del TDLC, de ellos es posible advertir que los puntos en tensión son de diversa índole; pueden ser una diferencia de valoración de los antecedentes de hecho, de derecho y económicos del caso concreto; sobre los requisitos para dar por acreditada una conducta anticompetitiva; diferencias en la interpretación de la ley; entre otros.

De la jurisprudencia contenciosa y no contenciosa revisada, es posible advertir una constante tensión entre lo fallado por el TDLC y lo revisado por la Corte Suprema, la cual se ha acrecentado en los últimos años, debido a una intensificación del nivel de revisión.

Como, en la práctica, el recurso de reclamación se ha convertido en una apelación, sin distinguirse mayormente entre las potestades que el TDLC ejerce, es posible también advertir problemas de diseño institucional, ligados al carácter especializado del TDLC y al carácter generalista de la Corte Suprema.

En términos generales, el nivel de revisión judicial depende principalmente del criterio que establezca la Corte Suprema, lo cual es especialmente conflictivo en relación a la revisión judicial de resoluciones que provienen del ejercicio de potestades extrajurisdiccionales.

Sin embargo, debe reconocerse que, en paralelo al aumento del nivel de revisión, es posible también advertir que la Corte Suprema ha adquirido un mayor nivel de experticia en materias de libre competencia, siendo sus fundamentos cada vez más asertivos.

No debemos perder de vista que, en último término, la revisión judicial es una forma de asegurar el debido proceso y el igual acceso a la justicia.

CAPÍTULO 5: LA DEFERENCIA EN LA LIBRE COMPETENCIA.

5.1. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Los principales desafíos de la revisión judicial de las actuaciones de las agencias especializadas son determinar si aquella revisión procede o no; cuál es el organismo competente y el nivel de revisión a efectuar.

En Chile, las decisiones del TDLC son revisadas por la Corte Suprema, mediante el recurso de reclamación. En los hechos, tal recurso se ha homologado a una apelación, aplicando su nivel de revisión y admitiendo la procedencia de sus elementos adjetivos, como el recurso de hecho.

La situación descrita se enmarca en la ausencia de norma legal que expresamente disponga aquello, pues la Corte Suprema efectúa una interpretación de la intención legislativa. De la misma manera, no existe un criterio claro que indique por qué en determinados casos existe una deferencia hacia lo resuelto por el TDLC y en otros casos se realiza una exhaustiva revisión de mérito.

Algunos autores indican que el desajuste se produce a nivel de diseño institucional, pues la forma y alcance de la revisión judicial dependería en especial de dos variables: el carácter especializado o generalista del revisor respecto de la decisión de la agencia administrativa y el ámbito – amplio o restringido – que le es conferido al revisor para decidir³³⁷.

³³⁷ TAPIA, Javier y CORDERO, Luis. *La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional*. Centro de Estudios Públicos (CEP). Estudios Públicos N° 139. 2015. p. 11. Disponible en: <http://www.cepchile.cl/la-revision-judicial-de-las-decisiones-regulatorias-una-mirada/cep/2016-03-04/101446.html> [Consulta: 06 de noviembre de 2015].

Un revisor de tipo generalista tiene, en principio, un alto incentivo a ser deferente, al menos en cuestiones de hecho y de política pública, debiendo su estándar de revisión limitarse, impidiéndole ir más allá de las cuestiones de derecho, pues “dado su carácter generalista, el resultado podría resultar dañino para los objetivos que el sistema regulatorio persigue”³³⁸. Al contrario, cuando el revisor es un órgano especializado, éste tiene escasos incentivos a ser deferente, su estándar de revisión es más amplio, posibilitando la revisión tanto de los hechos, del derecho y cuestiones de política pública. El problema es que con tal revisión se perderían los beneficios propios de la especialización al permitir una revisión plena, disminuyendo el valor de la decisión que es sujeta a revisión.

En síntesis, un diseño institucional resulta armónico cuando ambas variables se encuentran en sintonía, permitiendo respuestas eficientes y dentro de un marco de legitimidad³³⁹. Esto resulta coherente con nuestras observaciones y pone en evidencia la importancia de un principio clave para la libre competencia: la experticia, pues el grado de deferencia del órgano revisor dependerá del nivel de especialización del órgano que decide³⁴⁰.

Además, respecto al rol del órgano revisor, es necesario distinguir entre adjudicación e implementación, pues dependiendo de su carácter, se generan consecuencias a nivel de revisión judicial. Se ha señalado que, “por un lado, la justicia procesal demanda que el adjudicador sea neutral. Por otra, en cambio, la implementación fuerza al decisor a promover y asegurar objetivos sociales y colectivos que van más allá de los intereses y derechos de

³³⁸ *Ibíd.* p. 12.

³³⁹ Los autores indican que “Para estos efectos, entendemos por eficiencia del sistema el hecho que las controversias sean resueltas de una forma rápida, con decisiones adecuadas al tipo de materia de que se trate y que los incentivos creados por el sistema no conlleven a que la(s) etapa(s) de revisión sea(n) sobre o sub utilizada(s). A su vez, la legitimidad implica que las decisiones adoptadas sean aceptadas como válidas por el general de la comunidad”. *Ibíd.* pp. 12-13

³⁴⁰ Los autores prefieren referirse a “especialización”, indicando que ésta puede alcanzarse ya sea por *expertise*, ya sea por experiencia. *Ibíd.*

aquellos inmediatamente afectados”³⁴¹. Si el revisor es especializado, su posición es por diseño institucional más cercana a la de un implementador que a la de un adjudicador. Si el revisor es generalista, por ello más deferente, su posición debiese ser más de adjudicador que implementador.

Respecto al estándar de revisión, uno de sus efectos más importantes es que la revisión ejerce una gran influencia *ex ante* en las decisiones adoptadas por el decisor primario³⁴².

5.2. EL CASO CHILENO: DATOS EMPÍRICOS SOBRE CONFIRMACIÓN Y REVOCACIÓN DE DECISIONES DEL TDLC.

Con el objeto de determinar el nivel de revisión que realiza la Corte Suprema sobre las sentencias definitivas y otras resoluciones dictadas por el TDLC, analizaremos una serie de bases de datos publicadas por el TDLC, tanto de casos contenciosos, como de casos no contenciosos que ha conocido hasta el año 2015.

5.2.1. Revisión judicial de casos contenciosos.

Conforme a la base de datos de casos contenciosos publicada por el TDLC³⁴³, desde su funcionamiento hasta el año 2015 se tramitaron 303 casos contenciosos, de los cuales 12 se encontraban en tramitación, 141 culminaron en “otras resoluciones de término” (54 fueron

³⁴¹ *Ibíd.* p. 34.

³⁴² “El ámbito en el cual el decisor primario puede desplegar sus poderes está tradicionalmente asociado a límites internos y externos. El límite interno determinado por la sujeción al principio de juridicidad. El límite externo, en tanto, está vinculado al principio del control. Implica que, durante el proceso de escrutinio, al ejercer diversos niveles de intervención sobre el ejercicio de las facultades legales y el espacio de discreción del órgano decisor, el revisor delimita el ámbito de actuación de este último. De aquí que los tribunales tengan una influencia crítica en cómo actúan los organismos regulatorios decisores. La cuestión central deviene en establecer cuándo, cómo y en qué medida el organismo revisor aceptará la decisión del organismo primario cuando esta última es distinta de la que aquél hubiese aplicado en el caso concreto” *Ibíd.* p. 40.

³⁴³ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. *Bases de datos – Contenciosas*. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/2016/01/Base-de-Datos-Contenciosas.xls> [Consulta: 10 de enero de 2016].

acumulados, 44 archivados, 11 desistidos, 32 terminados vía conciliación) y 145 resueltos mediante sentencia definitiva, además de 5 casos en tramitación ante la Corte Suprema.

Para nuestro estudio nos enfocaremos en las sentencias definitivas que fueron impugnadas vía recurso de reclamación, ya resueltas por la Corte Suprema. De un subtotal de 145 sentencias del TDLC, sólo 88 fueron impugnadas. Respecto de las conductas imputadas en cada caso, 37 corresponden a casos de abuso de posición dominante; 17 a casos de colusión; 11 a casos competencia desleal; 6 a actos de autoridad; 5 a casos de barreras de entrada; 5 a casos de incumplimiento de resolución; 4 a casos de precios predatorios y 1 caso de negativa de contratación.

En relación a las sanciones impuestas en las 88 sentencias, podemos señalar que en 46 casos el TDLC no impone multas, siendo confirmados por la Corte Suprema; en 19 casos el TDLC sí impone multas y la Corte Suprema confirma el mismo monto; en 5 casos el TDLC sí impone multas y la Corte Suprema las modifica, aumentando su monto; en 8 casos el TDLC sí impone multas y la Corte Suprema las modifica, disminuyendo su monto; en 6 casos el TDLC sí impone multas, pero la Corte Suprema las suprime completamente; y, en 4 casos el TDLC no impone multas, pero la Corte Suprema sí.

La individualización de cada uno de los casos se encuentra en las siguientes tablas:

Tabla 1: Casos en que TDLC impone multas y Corte Suprema las modifica, aumentando su monto.

| Rol TDLC | Carátula | Contenido sentencia | Decisión CS | Multa TDLC (UTM) | Multa CS (UTM) |
|----------|---|---------------------|-------------|------------------|----------------|
| C 73-05 | Demanda de Fundación Chile Ciudadano y otros contra CAR S.A. | Condenatorio | Revoca | 200 | 1000 |
| C 149-07 | Requerimiento de la FNE contra Transportes Central y otros. | Condenatorio | Confirma | 1056 | 2940 |
| C 165-08 | Requerimiento de la FNE contra la Cía. Chilena de Fósforos S.A. | Condenatorio | Confirma | 14400 | 18000 |
| C 236-11 | Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros | Condenatorio | Confirma | 864000 | 888000 |
| C 248-13 | Requerimiento de la FNE contra Casther y otros. | Condenatorio | Confirma | 1080 | 3144 |

Fuente: TDLC.

Tabla 2: Casos en que TDLC impone multas y Corte Suprema las modifica, disminuyendo su monto.

| Rol TDLC | Carátula | Contenido sentencia | Decisión CS | Multa TDLC (UTM) | Multa CS (UTM) |
|----------|--|---------------------|-------------|------------------|----------------|
| C 60-05 | Demanda de Voissnet S.A. y Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra CTC. | Condenatorio | Confirma | 18000 | 6672 |
| C 79-05 | Demanda de Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. contra Aguas Nuevo Sur Maule S.A. y otros | Condenatorio | Confirma | 59268 | 31200 |
| C 103-06 | Requerimiento de la FNE y Demanda de Banco de Chile contra Falabella y Paris S.A. | Condenatorio | Confirma | 156000 | 117000 |
| C 121-06 | Requerimiento de la FNE contra AM Patagonia S.A y otros | Condenatorio | Confirma | 1110 | 111 |
| C 140-07 | Requerimiento de la FNE contra la Asociación Gremial de Buses INTERBUS y otros | Condenatorio | Confirma | 720 | 360 |
| C 147-07 | Requerimiento de la FNE contra empresa Eléctrica de Magallanes S.A. | Condenatorio | Confirma | 4800 | 3600 |
| C 207-10 | Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Tecumseh Do Brasil Ltda. y otro. | Condenatorio | Confirma | 126000 | 60000 |
| C 239-12 | Demanda de Beatriz Lea Zuberan Comercializadora E.I.R.L. contra One Smart Star Number Chile S.A. | Condenatorio | Confirma | 360 | 180 |

Fuente: TDLC.

Tabla 3: Casos en que TDLC impone multas, pero Corte Suprema las suprime completamente.

| Rol TDLC | Carátula | Contenido sentencia | Decisión CS | Multa TDLC (UTM) | Multa CS (UTM) |
|----------|--|---------------------|--------------|------------------|----------------|
| C 12-04 | Denuncia de ASOEX y requerimiento del Fiscal Nacional Económico contra Ultramar y otros. | Condenatorio | Revoca | 6690 | 0 |
| C 74-05 | Requerimiento del Fiscal Nacional Económico contra Air Liquide Chile S.A. y otros. | Condenatorio | Revoca | 38400 | 0 |
| C 87-06 | Demanda de Labbe, Haupt y Cía. Ltda. contra Shell Chile | Condenatorio | Revoca | 3000 | 0 |
| C 127-07 | Demanda de NUTRIPRO S.A. y otros contra Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. y el Fisco. | Condenatorio | Revoca | 4200 | 0 |
| C 156-08 | Requerimiento de la FNE contra el Sr. John C. Malone | Condenatorio | Conciliación | 48000 | 0 |
| C 242-12 | Demanda de SONDA S.A. contra el Servicio de Registro Civil e Identificación. | Condenatorio | Revoca | 2400 | 0 |

Fuente: TDLC.

Tabla 4: Casos en que TDLC no impone multas, pero sí las fija la Corte Suprema.

| Rol TDLC | Carátula | Contenido sentencia | Decisión CS | Multa TDLC (UTM) | Multa CS (UTM) |
|----------|---|---------------------|-------------|------------------|----------------|
| C 42-04 | Demanda de Producción Química y Electrónica QUIMEL S.A. contra James Hardie Fibrocementos Ltda. | Absolutorio | Revoca | 0 | 12000 |
| C 139-07 | Requerimiento de la FNE contra Telefónica Móviles de Chile S.A. y otros. | Absolutorio | Revoca | 0 | 108000 |
| C 196-09 | Requerimiento de la FNE contra Cía. Chilena de Tabacos S.A. | Condenatorio | Confirma | 0 | 20000 |
| C 197-09 | Requerimiento de la FNE contra Abercrombie & Kent y otros. | Absolutorio | Revoca | 0 | 3000 |

Fuente: TDLC.

Respecto al número de casos contenciosos del TDLC que fueron confirmados o revocados por la Corte Suprema, éstos se pueden resumir en la siguiente tabla:

Tabla 5: Cantidad de decisiones del TDLC revocadas o confirmadas por la Corte Suprema.

| CS TDLC | N° de casos en que Corte Suprema confirmó | N° de casos en que Corte Suprema revocó | N° de casos en que se llegó a conciliación en instancia de reclamación ³⁴⁴ | Total |
|----------------------------|---|---|---|-------|
| N° de fallos condenatorios | 35 | 9 | 2 | 46 |
| N° de fallos absolutorios | 38 | 3 | 1 | 42 |
| Total | 73 | 12 | 3 | 88 |

Fuente: TDLC.

³⁴⁴ Los casos en que se llegó a conciliación ante la Corte Suprema son: (i) Rol C 101-06: Requerimiento de la FNE contra D&S S.A. y Cencosud S.A. Fallo TDLC fue condenatorio; (ii) Rol C 156-08: Requerimiento de la FNE contra el Sr. John C. Malone. Fallo TDLC fue condenatorio; y (iii) Rol C 210-10: Demanda de AFEX Transferencias y Cambios Ltda. y otro contra Banco de Chile. Fallo TDLC fue absolutorio.

La conclusión preliminar es que cuando nos referimos a casos contenciosos, el porcentaje de sentencias impugnadas supera el 60% y, de tales impugnaciones, la Corte Suprema mayoritariamente confirma las decisiones del TDLC (83% aprox.), existiendo, en principio, un amplio marco de deferencia por parte del máximo Tribunal.

También es posible concluir que la Corte Suprema ha revocado más casos de fallos condenatorios que absolutorios, en razón 3:1. Esto resulta peculiar, considerando que la razón entre fallos condenatorios y absolutorios dictados por el TDLC se aproxima a la razón 1:1.

Sin embargo, debido a la constante tensión entre el TDLC y la Corte Suprema, suponer una actitud deferente no es fácil, más aun existiendo casos en que la Corte efectúa de manera explícita un cuestionamiento a la labor del Tribunal especializado³⁴⁵.

Aquellos casos contenciosos en que la Corte Suprema revoca fallos del TDLC son los siguientes:

³⁴⁵ Un ejemplo de estas críticas la hallamos en el “Caso Isapres”. Sentencia Corte Suprema. 28 de enero de 2008. Rol N° 4052-2007. Considerandos 11° y 12°.

“11°) **Que las disquisiciones citadas en los cuatro fundamentos que anteceden, aparecen revestidas de una imprecisión y de una falta de certeza impropia de los razonamientos que deben fundar las resoluciones que adopten jueces de la República.** En efecto, tales declaraciones resultan vagas, equívocas, contradictorias y poco esclarecedoras al momento de definir si, efectivamente, existe el acuerdo colusorio denunciado en autos. No basta con mencionar la concurrencia de elementos que, eventualmente, podrían servir para establecer ese punto de hecho, sino que es preciso determinar certeramente si ellos acreditan o no dicha circunstancia.

12°) Que dicha convicción se echa de menos en el fallo que se examina, el que, por el contrario, discurre en torno a potencialidades inciertas que podrían conducir en un sentido o en otro, lo que obliga a desestimar sus fundamentos y lleva a esta Corte a dejar establecido, con claridad y certeza, que los medios de prueba agregados al proceso son insuficientes para demostrar la existencia de la colusión imputada por la Fiscalía Nacional Económica a las Isapres requeridas”.

Tabla 6: Casos contenciosos revocados por la Corte Suprema.

| Rol TDLC | Caratula | Contenido fallo TDLC |
|----------|--|----------------------|
| C 12-04 | Denuncia de ASOEX y requerimiento del Fiscal Nacional Económico contra Ultramar y otros. | Condenatorio |
| C 42-04 | Demanda de Producción Química y Electrónica QUIMEL S.A. contra James Hardie Fibrocementos Ltda. | Absolutorio |
| C 72-05 | Demanda de ENASA S.A. contra la I. Municipalidad de Cauquenes. | Condenatorio |
| C 73-05 | Demanda de Fundación Chile Ciudadano y otros contra CAR S.A. | Condenatorio |
| C 74-05 | Requerimiento del Fiscal Nacional Económico contra Air Liquide Chile S.A. y otros. | Condenatorio |
| C 87-06 | Demanda de Labbe, Haupt y Cía. Ltda. contra Shell Chile. | Condenatorio |
| C 127-07 | Demanda de NUTRIPRO S.A. y otros contra Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. y el Fisco. | Condenatorio |
| C 139-07 | Requerimiento de la FNE contra Telefónica Móviles de Chile S.A. y otros. | Absolutorio |
| C 148-07 | Requerimiento de la FNE contra la Junta de Aeronáutica Civil. | Condenatorio |
| C 197-09 | Requerimiento de la FNE contra Abercrombie & Kent y otros. | Absolutorio |
| C 219-11 | Demanda de Naviera Valdivia Ltda. y otros contra Ministerio de Obras Públicas y otros. | Condenatorio |
| C 242-12 | Demanda de SONDA S.A. contra el Servicio de Registro Civil e Identificación. | Condenatorio |

Fuente: TDLC.

5.2.2. Revisión judicial de casos no contenciosos.

Conforme a la base de datos de casos no contenciosos publicada por el TDLC³⁴⁶, hasta el año 2015, éste conoció un total de 441 casos no contenciosos, los cuales pueden clasificarse en atención al tipo de resolución con que culminan, a saber: resoluciones que resuelven consultas, instrucciones de carácter general, informes y otras resoluciones de término.

³⁴⁶ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. *Bases de datos – No Contenciosas*. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/2016/01/Base-de-Datos-No-Contenciosas.xls> [Consulta: 10 de enero de 2016].

Respecto de las resoluciones que resuelven consultas, cabe indicar que existen 48 causas, estando 3 de ellas en tramitación ante el TDLC³⁴⁷.

De las 45 consultas concluidas, 8 fueron reclamadas: 6 confirmadas y 2 revocadas por la Corte Suprema. Tales casos son individualizados en la siguiente tabla:

Tabla 7: Resoluciones de consulta del TDLC confirmadas o revocadas por la Corte Suprema.

| Rol TDLC | Carátula | Nº Resolución | Decisión CS |
|-----------|---|---------------|-------------|
| NC 02-04 | Consulta de Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda. y Cristal Chile Comunicaciones S.A., sobre eventual fusión de Metrópolis Intercom y VTR S.A. | Nº 1 | Confirma |
| NC 01-04 | Consulta de Telefónica Móviles S.A. sobre aprobación de acuerdo de eventual toma de control de Bellsouth Comunicaciones S.A. | Nº 2 | Confirma |
| NC 173-06 | Consulta de GLR Chile Ltda. sobre compra de la totalidad de las acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A. | Nº 20 | Confirma |
| NC 388-11 | Consulta de CONADECUS sobre operación de concentración de LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A. | Nº 37 | Confirma |
| NC 397-11 | Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados Del Sur S.A. | Nº 43 | Confirma |
| NC 339-09 | Consulta sobre operación de fusión de ANAGRA S.A. y SQM Comercial S.A. | Nº 31 | Confirma |
| NC 198-07 | Consulta de SUBTEL sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzado | Nº 27 | Revoca |
| NC 399-11 | Consulta de Organización TERPEL Chile S.A. y QUIÑENCO S.A. Relativa a la adquisición por parte de QUIÑENCO S.A. de los activos de las sociedades Petróleos Trasandinos S.A. y Operaciones y Servicios TERPEL Limitada | Nº 39 | Revoca |

Fuente: TDLC.

³⁴⁷ A la fecha de la publicación de la base de datos, las causas en tramitación eran:

- Rol NC 430-15: Consulta sobre fusión entre Telefónica Chile S.A. y Telefónica Larga Distancia S.A.
- Rol NC 431-15: Consulta sobre adquisición de Hoteles Sheraton y San Cristóbal Tower por parte de Inversiones Hoteleras Holding Spa.
- Rol NC 432-15: Consulta de Asilfa A.G. sobre la resolución afecta nº 272, que contiene las bases administrativas tipo que rigen los procesos de licitación pública de compras de medicamentos

En cuanto a las Instrucciones de Carácter General, podemos señalar que se han dictado 4, de las cuales algunas han sido revisadas vía recurso de reclamación por la Corte Suprema, tal como lo indica la siguiente tabla:

Tabla 8: Instrucciones de Carácter General pronunciadas por TDLC.

| Rol TDLC | Carátula | N° de ICG | Decisión CS |
|-----------|---|-----------|--------------|
| NC 98-05 | Solicitud de la Fiscalía Nacional Económica sobre dictación de instrucciones generales (mercado residuos sólidos domiciliarios) | N° 1 | Confirma |
| NC 386-10 | Procedimiento para la dictación de Instrucción General sobre los efectos en la libre competencia de la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía "tarifas <i>on-net</i> / <i>off-net</i> " | N° 2 | Revoca. |
| NC 409-12 | Procedimiento sobre modificaciones a las Instrucciones de Carácter General n° 1/2006 | N° 3 | No reclamada |
| NC 423-14 | Procedimiento sobre modificaciones a las Instrucciones de Carácter General n° 2/2012 | N° 4 | Pendiente. |

Fuente: TDLC.

Respecto de las "otras resoluciones de término", es posible indicar que, de 9 causas caratuladas como ERN, 7 de ellas se tramitaron completamente y no fueron reclamadas ante la Corte Suprema y las 2 restantes se encuentran en tramitación ante el TDLC. Es decir, el ejercicio de la potestad propositiva no ha sido impugnado.

Además, cabe agregar 6 causas acumuladas a otras, 11 desistidas, 25 archivadas y otras 7 causas que escaparían a las anteriores clasificaciones. De éstas, sólo fue impugnada vía recurso de reclamación:

Tabla 9: Otras resoluciones de término revisadas por la Corte Suprema.

| Rol TDLC | Carátula | Decisión CS |
|-----------|--|-------------|
| NC 418-13 | Solicitud de la FNE sobre modificación del dictamen n° 757 de la H. Comisión Preventiva Central. | Confirma |

Fuente: TDLC.

Finalmente, respecto de los informes, el TDLC dictó 320 Informes de Prensa y otros 13 los catalogó en "otros informes", no siendo impugnados vía recurso de reclamación.

En los casos no contenciosos, la utilización del recurso de reclamación es menor en comparación a lo que ocurre en los casos contenciosos. En atención al número de resoluciones que potencialmente pueden ser revisadas a través de este recurso, en el caso de las consultas, la impugnación de las decisiones del TDLC es de un 17%; en las instrucciones de carácter general se eleva a un 50%³⁴⁸ y el porcentaje en otras resoluciones de término es inferior al 2%.

Es posible concluir que, en ambos tipos de procedimientos, la revocación de las decisiones del TDLC por la Corte Suprema es baja, lo cual podría suponer un alto nivel de deferencia hacia las decisiones del Tribunal especializado o podría deberse a otros elementos, como que la calidad y la razonabilidad de las decisiones del TDLC son altas.

5.3. CORTE SUPREMA: EXPERTICIA Y DEFERENCIA.

5.3.1. Tribunal generalista versus Tribunal especializado.

La falta de armonía del diseño institucional chileno en materia de libre competencia crea diversos puntos de tensión. El primero de ellos es que la Corte Suprema, como Tribunal generalista, debiese tener incentivos para ser deferente respecto de las decisiones del TDLC; sin embargo, no pareciera ser así.

El rol de la Corte en materia económica es cada vez más relevante, constituyéndose en una especie de “árbitro final”, no solo en materia de libre competencia, sino que respecto de decisiones regulatorias en general. En tal línea, se ha indicado que “hoy en día, los límites de los mercados chilenos en sí mismos no son sino el producto de las normas interpretadas

³⁴⁸ En este caso tener en consideración que sólo se han dictado 4 instrucciones de carácter general, lo cual altera el parámetro de porcentajes utilizados.

por la Corte. (...) [y] cada vez más, la Administración ejerce sus facultades dentro del espacio de discrecionalidad definido ya no únicamente por la ley, sino también por la Corte”³⁴⁹.

Un segundo punto de tensión se refiere al recurso de reclamación como vía para conocer de la decisión del TDLC. Debido a su naturaleza jurídica incierta, su alcance también ha resultado indeterminado, siendo la propia Corte Suprema la que ha interpretado que el recurso le permite una revisión global de las decisiones. De esta manera, el recurso de reclamación se convierte en “una herramienta procesal extremadamente abierta, que confiere un amplio margen para la determinación judicial. (...) [y] aunque cuantitativamente muchas de las decisiones del TDLC han sido reafirmadas por la Corte, el análisis cualitativo muestra que, en la práctica, el recurso funciona de manera ‘plástica’, moldeable a la sola voluntad de la Corte, dependiendo del tipo y características del caso concreto”³⁵⁰. La misma Corte va delimitando su competencia a su sola voluntad, lo que resulta discutible.

Podría concluirse que, si eventualmente hay deferencia, se debe única y exclusivamente la voluntad de la Corte Suprema y no a un mandato legal. Así, “el problema parece ser la extensión de la revisión de la Corte Suprema de las decisiones del Tribunal de la Competencia; la deferencia aparente puede ser más un ‘accidente feliz’ que deferencia real”³⁵¹.

Podríamos estimar que la falta de deferencia de la Corte Suprema en libre competencia se debe únicamente a un problema de diseño institucional, pero esto es parcialmente cierto, pues en otras regulaciones sectoriales donde no ocurre el mismo tipo de desajuste institucional, la Corte tampoco es deferente.

³⁴⁹ TAPIA, Javier y CORDERO, Luis. Óp. Cit. p. 54.

³⁵⁰ *Ibíd.* pp. 56-57.

³⁵¹ “*The problem seems to be the Supreme Court’s extension of review of the Competition Tribunal’s decisions; apparent deference may be more a “happy accident” than real deference*”. AGUERO, Francisco; MONTT, Santiago. Óp. Cit. p. 182.

Por ejemplo, en sede medioambiental, la legislación chilena contempla un modelo inquisitorio, en donde la Superintendencia de Medioambiente (SMA) es el órgano fiscalizador y sancionador, mientras que los Tribunales Ambientales (TMA) son los que se configuran como órganos de revisión. La Corte Suprema, en términos teóricos, sólo puede conocer de estas materias limitadamente, mediante la casación. Es decir, sí hay una armonía entre el carácter generalista de la Corte Suprema, y la limitación del estándar de revisión.

Sin embargo, pese a que el legislador sí contempló un diseño institucional que restringía la revisión de la Corte Suprema sólo a aspectos de derecho, lo que no se previno fue la utilización de la acción de protección, la cual la Corte “ha utilizado como una acción de nulidad ordinaria de actos administrativos, como un verdadero contencioso sin forma de juicio”³⁵². Es decir, por más armónico que pueda ser un diseño institucional, la Corte Suprema ha asumido una conducta tendiente a la interferencia, más que a la deferencia.

Así las cosas, resulta válido preguntarse por qué la Corte Suprema asume un rol poco deferente frente a decisiones de Tribunales especializados, como lo son el TDLC y los TMA. La respuesta parece bastante simple: porque los diseños institucionales se lo permiten; por la ausencia de armonía entre la naturaleza generalista de la Corte y una efectiva limitación al estándar de revisión que puede utilizar.

En libre competencia aquel estándar es débil debido a la indeterminación de la naturaleza jurídica del recurso de reclamación y su alcance, mientras que en materia medioambiental se debe a la procedencia de vías impugnativas alternativas, como lo es la acción de protección.

Incluso respecto de la procedencia del recurso de casación es posible realizar reparos. Si bien la Corte Suprema – como tribunal de casación – cuando conoce de la casación en la forma se ve obligada a mantener un grado de deferencia alto, sin posibilidad de efectuar una

³⁵² TAPIA, Javier y CORDERO, Luis. Óp. Cit. p. 58.

revisión de mérito, cuando conoce de la casación en el fondo, la causal genérica invocada – que sea una infracción de ley que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo – permite excepcionalmente a la Corte Suprema realizar un examen de mérito. En tal sentido se ha expresado que “el Tribunal de Casación, (...) sólo podrá inmiscuirse en la valoración de la prueba, cuando se le denuncie como infringida una de aquéllas llamadas ‘leyes reguladoras de la prueba’, que constituyen normas básicas de juzgamiento e imponen al juez, limitaciones, deberes y prohibiciones en relación a la admisibilidad y ponderación de la prueba”³⁵³. Si bien es excepcional, en virtud de tales “leyes reguladoras de la prueba”, la Corte Suprema puede, si así lo desea, revisar los hechos de nuevo, bajo un nuevo prisma de valoración de la prueba y con ello alterar la armonía que se pretende en el diseño institucional.

5.3.2. Legitimación de los organismos especializados ante la Corte Suprema.

Otro argumento respecto a la falta de deferencia de la Corte Suprema se encontraría ligado a una desconfianza hacia los organismos especializados, sintiendo la Corte la necesidad de reforzar su control jerárquico a través de la revisión judicial. Esta conducta se ha considerado errónea, pues “una mayor deferencia no implica una menor vigilancia, ni una disminución de la capacidad de controlar los eventuales comportamientos abiertamente transgresores de estos tribunales”³⁵⁴. En consecuencia, la relación entre la agencia especializada y la Corte Suprema en vez de ser armónica, en la práctica tiende a ser antagónica.

Como consecuencia de la tensión entre Corte Suprema y la agencia especializada, se producen una serie de riesgos en materia de revisión judicial, además de incentivos perversos para los usuarios del sistema.

³⁵³ TAVOLARI, Raúl. *Recursos de Casación y Queja*. Nuevo Régimen. Ed. Jurídica Conosur. Santiago. 1996. p. 53.

³⁵⁴ TAPIA, Javier y CORDERO, Luis. Óp. Cit. p. 60.

Un primer ejemplo es el incentivo de las partes a hacer un uso intensivo o estratégico de los recursos (*forum shopping*)³⁵⁵. En materia medioambiental el *forum shopping* se hace evidente, pues las partes pueden escoger entre el recurso de casación, o la acción de protección. En libre competencia, como la reclamación en la práctica opera como un recurso jerárquico, tras la creación del TDLC se produjo un incremento de la participación de la Corte Suprema en materias del Derecho de la Competencia, extendiendo incluso el uso de la reclamación a resoluciones que previamente no habían sido controladas vía revisión judicial, como lo son las ICG.

Un segundo ejemplo es la selección de estándares *ad-hoc* en atención al caso concreto o al tipo de materia³⁵⁶. Según Tapia y Cordero, “el problema se acrecienta por la ausencia en Chile de uno de los elementos esenciales que permiten que las doctrinas judiciales posean cierta lógica y coherencia; el respeto y confianza en los precedentes”³⁵⁷ (*stare decisis*). En materia medioambiental, resulta difícil creer que el estándar de revisión judicial en la acción de protección (que es amplio, ligado a la vulneración de garantías fundamentales) sea del mismo tipo que el de un recurso de casación (que es más limitado, referido a las actuaciones de los Tribunales Ambientales).

Un tercer ejemplo es la generación de errores en las decisiones por la falta de especialización³⁵⁸. Si bien debemos tener en consideración que el error decisonal es inevitable, el objetivo de la especialización precisamente es disminuir estos errores. En libre competencia, según Tapia y Cordero, la Corte Suprema elimina los beneficios de la especialización debido al tratamiento que le ha dado a algunas conductas, pues “tradicionalmente, el enfoque adoptado por la Corte en esta materia no ha estado dominado por las consideraciones de eficiencia que hoy resultan casi estándar a nivel mundial, sino por

³⁵⁵ *Ibíd.* p. 61.

³⁵⁶ *Ibíd.*

³⁵⁷ *Ibíd.*

³⁵⁸ *Ibíd.* p. 62.

consideraciones vinculadas a la justicia distributiva”³⁵⁹. No obstante, cabe indicar que la Corte Suprema ha ido evolucionando, avanzando hacia una visión más económica de los conflictos de libre competencia que conoce vía recurso de reclamación.

Pese a estos riesgos, debemos recordar que el Derecho de la Competencia se encuentra dentro de un ordenamiento jurídico, por lo que debe armonizar con éste. Si bien la revisión judicial de una decisión de una agencia especializada por un Tribunal generalista puede resultar discutible, más lo es que una decisión proveniente de una agencia o tribunal especializado, que está fuera del Poder Judicial, no admita revisión alguna. En este sentido, el Fiscal Nacional Económico ha indicado que la presencia de la Corte Suprema en el sistema de libre competencia "es necesario y le da una suerte de conexión a lo que es el sistema jurídico general"³⁶⁰.

La opinión del Fiscal Nacional Económico agrega un punto interesante al debate, pues significa una limitación a la valoración de la experticia. De hecho, luego enfatizó que "cuando uno habla de la especialización, también tiene que tener la humildad de darse cuenta de que, a veces, hay un cuadro general donde el especialista tiene que poder explicar su especialidad y lo que está detrás de sus decisiones (...) La visión general de la Corte Suprema en el contexto de la libre competencia ha enriquecido el debate y ha logrado ubicar, en forma más precisa, a la libre competencia en el contexto del sistema jurídico en general"³⁶¹.

5.3.3. El funcionamiento en salas de la Corte Suprema.

Más allá de su carácter generalista, es necesario reconocer ciertos puntos a favor de la revisión judicial efectuada por la Corte Suprema. Por ejemplo, con el objeto de impartir

³⁵⁹ *Ibíd.*

³⁶⁰ TAPIA, María José. “FNE: ‘La Corte Suprema es necesaria en materia de libre competencia’”. *Economía y Negocios Online*. 14 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=100618> [Consulta: 20 de febrero de 2017].

³⁶¹ *Ibíd.*

una justicia de mejor calidad, atendiendo a la pluralidad de asuntos que conoce, ha dividido su funcionamiento en salas especializadas. De esta manera, la Primera Sala conoce de asuntos civiles; la Segunda Sala de asuntos penales; la Tercera Sala de asuntos constitucionales y contenciosos-administrativos; y si está en funcionamiento extraordinario, se agrega una Cuarta Sala, de asuntos laborales y previsionales. Esta división en salas, si bien tiene un fundamento legal (artículos 95 y ss. COT), es regulado vía auto acordado de la misma Corte Suprema, con el objeto de adaptar el funcionamiento de las salas a las necesidades de un momento determinado³⁶².

Mediante el progresivo conocimiento de los asuntos de libre competencia en la Tercera Sala, es posible aseverar que el criterio de la Corte Suprema en materias de libre competencia ha ido mejorando y afinando con el tiempo. Del análisis de casos realizado en el capítulo anterior, sería falaz indicar que todos los fallos que revoca la Corte Suprema contienen un razonamiento jurídico y/o económico errado; al contrario, la última tendencia jurisprudencial apunta a un mayor conocimiento de materias de índole económica.

También hay un mayor esfuerzo de la Corte Suprema para el mejor entendimiento de este tipo de materias, lo que se demuestra, por ejemplo, en el análisis de casos revocados por la Corte, en donde es cada vez más frecuente que el máximo Tribunal fundamente su decisión en lo señalado previamente por la FNE, como autoridad de competencia, o por otra autoridad sectorial, de ser pertinente (por ejemplo, SUBTEL).

³⁶² El último auto acordado de la Corte Suprema al respecto fue el Acta N° 233-2014 o Auto Acordado que distribuye las materias de que conocen las salas especializadas de la Corte Suprema durante el funcionamiento ordinario y extraordinario. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1073873> [Consulta: 20 de febrero de 2017].

5.4. LA EXPERIENCIA COMPARADA: DEFERENCIA Y LA *CHEVRON RULE* EN EE.UU.

En EE.UU., la revisión judicial de las decisiones de agencias administrativas especializadas, mayoritariamente, es efectuada por jueces generalistas mediante la apelación. La Corte Suprema conoce de manera excepcionalísima estos asuntos, a través del *writ of certiorari*. Esta revisión por jueces generalistas entra en tensión con el carácter especializado de las agencias administrativas, como las de libre competencia, pues los jueces “no tienen siempre un entendimiento claro del objetivo económico de la política de competencia; su visión es menos confiable que en los campos del derecho común”³⁶³.

Una alternativa para aliviar esta tensión se llevó a cabo con la creación de una regla de deferencia, armónica con el diseño institucional estadounidense, mediante el caso *Chevron*³⁶⁴. En este caso, la Corte Suprema sentó como precedente que el legislador, como ha delegado la competencia en la agencia administrativa, sólo puede realizar un control judicial sobre la decisión de la agencia cuando no se cumplen con determinados requisitos³⁶⁵.

³⁶³ POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México. 1998. p. 276.

³⁶⁴ *Chevron v. Natural Res. Def. Council*, 467 U.S. 837, 842 (1984).

El caso *Chevron* tuvo como antecedente la reforma a la *Clean Air Act* en 1977, la que estableció que los Estados más contaminantes debían someter toda su actividad potencialmente nociva a programas especiales, traduciéndose en un proceso de obtención de permisos bastante restrictivo.

Por su parte, la EPA (*Environmental Protection Agency*), como agencia medioambiental especializada, en 1981 efectuó una regulación permisiva con el objeto de no perjudicar el desarrollo industrial. Tal regulación se centró en que las modificaciones en instalaciones industriales calificadas como “fuente de contaminación” [*stationary source*] podrían estar exentas de la necesidad de tal permiso si se consideraban como un todo [*bubble*], en virtud de lo cual las grandes industrias no requerirían tal permiso si acreditaban que toda la nueva contaminación, por importante que fuera, quedaba dentro de la misma “burbuja”. Esta regulación fue impugnada por grupos ecologistas, a lo cual la Corte de Apelaciones del circuito DC les dio la razón, señalando que la definición de fuente de contaminación y de burbuja no son acordes a la finalidad y espíritu del estatuto ambiental.

La decisión de la Corte de Apelaciones fue recurrida por las grandes industrias (entre las que se encontraban *Chevron* y *General Motors*) ante la Corte Suprema, la que anuló la sentencia y ratificó la interpretación de la EPA en base a la regla de la deferencia.

³⁶⁵ La tendencia jurisprudencial anterior a la creación de la *Chevron rule*, era que “la razonabilidad o verosimilitud de la resolución administrativa se solía, en general, considerar como atinente a la naturaleza o calificación jurídica, lo que permitía su análisis integro por parte de los Tribunales de Justicia”. En: BELTRÁN

Tales requisitos fueron establecidos de la siguiente manera:

"En primer lugar, siempre, la pregunta es si el Congreso se ha pronunciado directamente sobre el asunto preciso en cuestión. Si la intención del Congreso es clara, ese es el final del asunto; el tribunal, así como también la agencia, deben dar efecto a la inequívoca intención expresada del Congreso. Sin embargo, si el tribunal determina que el Congreso no ha abordado el asunto preciso en cuestión, el tribunal no impone simplemente su propia interpretación de la ley, como sería necesario en ausencia de una interpretación administrativa. Por el contrario, si la ley es silenciosa o ambigua con respecto a la cuestión específica, la pregunta para el tribunal es si la respuesta de la agencia se basa en una interpretación permisible de la ley"³⁶⁶.

Así, el primer paso es que el Tribunal revisor debe determinar si el legislador se ha pronunciado directamente sobre el asunto en cuestión. Si la intención del legislador resulta clara, el Tribunal y la agencia especializada deben sujetarse a tal intención. Pero, si la intención del legislador no resulta clara, y la ley no dice nada o es ambigua respecto al caso concreto, el Tribunal debe moverse al paso dos.

En el segundo paso, el Tribunal revisor debe analizar si la decisión de la agencia resulta armónica con la intención de la ley. Sólo en el caso que tal construcción resulte contraria a la ley, el Tribunal se verá posibilitado para una revisión más completa del caso y, eventualmente, redefinir la interpretación realizada por la agencia administrativa.

La importancia del caso *Chevron* es que "la Corte sostuvo que los tribunales de revisión deben permitir una gran deferencia a las agencias en la elaboración de reglas [*rule*

DE FELIPE, Miguel; GONZÁLEZ, Julio. "Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2ª Edición. España. 2006. p. 495.

³⁶⁶ *Chevron v. Natural Res. Def. Council*, 467 U.S. 837, 842 (1984). "First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute."

making], especialmente cuando se refiere a cuestiones de interpretación de la ley"³⁶⁷. Ello, mediante la limitación de la revisión por parte de jueces generalistas.

5.4.1. Ventajas de la aplicación de la *Chevron rule*.

Dentro de las ventajas de una regla de deferencia están: (i) la mayor valoración de la experticia de la agencia; (ii) el reconocimiento y solución de la limitada “*political accountability*” de los tribunales; (iii) el respeto a la intención del legislador; y, (iv) el respeto al principio de separación de poderes³⁶⁸.

Respecto al primer punto, la Corte Suprema estadounidense buscó que las ambigüedades presentes en la ley fueran resueltas con experticia más que con el conocimiento generalista, pues las agencias especializadas "tienen más probabilidades de ser capaces de reunir, desarrollar o implementar esta experticia de forma regular, [más que] las instituciones de todo-propósito que realizan estas funciones de manera episódica como parte de un mandato institucional más amplio"³⁶⁹.

Debido a su propia especialización, es probable que estas agencias realicen la labor de manera más eficiente; por ejemplo, en libre competencia se ha señalado que, a causa de los altos niveles de experticia que exige, su aplicación "no puede realizarse adecuadamente

³⁶⁷ “*In a unanimous (6-0) opinion, the Court held that reviewing courts must afford great deference to agencies in rule making, especially when questions of statutory interpretation are concerned*”. HURWITZ, Mark. *Ideology and Deference in U.S. Courts of Appeals Decision Making on Administrative Law*. Buffalo Legal Studies Research Paper No. 2006-003. 2006. p. 15. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=878353> [Consulta: 03 de Julio de 2013].

³⁶⁸ Para una mayor profundización ver: HURWITZ, Justin. *Chevron and the Limits of Administrative Antitrust*. University of Pittsburgh Law Review. Vol. 76. 2014 pp. 219 y ss. Disponible en: <https://lawreview.law.pitt.edu/ojs/index.php/lawreview/article/view/324> [Consulta: 20 de enero de 2016].

³⁶⁹ *Specialized agencies “are more likely to be able to assemble, develop or deploy this expertise on a regular basis than all-purpose institutions performing these functions episodically as part of a broader institutional mandate*”. TREBILCOCK, Michael; IACOBUCCI, Edward. (2002). p. 366.

sin una comprensión sofisticada de los marcos teóricos o analíticos relevantes de la organización industrial"³⁷⁰.

Como segundo punto, *Chevron* reconoce el problema de la limitada *political accountability* de los tribunales (en comparación al Congreso y a las agencias administrativas, por ejemplo), en virtud la cual, su interferencia en temas de política pública y *rule making* se vuelve conflictiva. Limitando la revisión judicial, la probabilidad de interferencia en estos temas es menor.

El tercer punto guarda relación con la intención del legislador, conforme la cual, la agencia se encuentra mandatada para interpretar y aplicar – en la medida que respete la voluntad legislativa – las disposiciones correspondientes para la resolución de los conflictos que llegan a su conocimiento. Al respecto se ha manifestado que fundamentar la deferencia en la intención del legislador es “el más revolucionario, pero a menudo menos reconocido aspecto del caso *Chevron*”³⁷¹.

Finalmente, como cuarto punto, la deferencia es una forma de limitación al Poder Judicial, correlativa al principio de separación de poderes, pues propende asegurar que las interpretaciones serán más acordes al mandato del legislador al ser realizadas por la agencia especializada, en vez de los Tribunales, los que podrían optar por hacer prevalecer pretensiones distintas.

³⁷⁰ “(...) cannot be adequately performed without a sophisticated understanding of relevant theoretical or analytical industrial organization frameworks”. *Ibíd.* p. 365.

³⁷¹ “But the requirement that courts provide strong deference to agencies where Congress merely implicitly delegates interpretive authority is ‘[t]he more revolutionary but less often recognized aspect of *Chevron*’.” HICKMAN, Kristin, *The Need for Mead: Rejecting Tax Exceptionalism in Judicial Deference*, 90 MINN. L. REV. 1537, 1548 (2006) En: KUMAR, Sapna. *Expert Court, Expert Agency*. 44 U.C. Davis L. Rev. 2011. p. 1564. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1671592> [Consulta: 19 de Agosto de 2013].

5.4.2. Desventajas de la aplicación de la *Chevron rule*.

La aplicación de una regla de deferencia también posee desventajas, las cuales guardan relación con: (i) la inevitable influencia de las ideologías políticas en la decisión y revisión del caso concreto; y, (ii) la eventual existencia de un paso previo para la procedencia de la *Chevron rule*.

Respecto al primer punto, cabe indicar que la actividad de los legisladores, jueces y agencias administrativas no es neutra. La “voluntad del legislador”, en términos prácticos, es la expresión de los intereses políticos de cada uno de los legisladores, los que "podrían tratar de maximizar el crédito político, minimizar la culpa política, protegerse contra la burocracia, implementando una política que se aparta de los puntos de vista legislativos, reducir el riesgo de que una legislatura futura cambie la política, traer a casa los mayores beneficios para los constituyentes, servir al interés público general, aventajar a ciudadanos que contribuyen a las campañas, o proteger su propia permanencia en el cargo"³⁷². Es decir, los incentivos de los legisladores no son netamente altruistas, pues en algunos casos estamos frente a decisiones que pueden ser producto de incentivos e intereses más frívolos e individualistas.

Algo similar ocurre con los jueces. En un estudio efectuado en EE.UU. sobre la incidencia del factor político en los jueces, se concluyó que "los datos revelan una fuerte relación entre predisposiciones ideológicas de los jueces y la probabilidad de que se validen las determinaciones de la agencia"³⁷³.

³⁷² “Legislators might seek to maximize political credit, minimize political blame, guard against the bureaucracy implementing policy that diverges from legislative views, reduce the risk that a future legislature will change policy, bring home the most benefits for constituents, serve the general public interest, advantage citizen contributors to campaigns, or protect their own tenure in office”. GERSEN, Jacob. *Designing Agencies*. En: FARBER & A. O’CONNELL, eds., ELGAR, Edward “*Research Handbook In Public Law And Public Choice*” University of Chicago Law & Economics. 2010. p. 334. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1750247> [Consulta: 04 de enero de 2014].

³⁷³ “The data reveal a strong relationship between the justices’ ideological predispositions and the probability that they will validate agency determinations”. MILES, Thomas, SUNSTEIN, Cass., *Do Judges Make*

La agencia especializada no es la excepción. De hecho, uno de los argumentos esgrimidos a favor de una revisión judicial más intensa se basa en que, a través de la interpretación de la ley, la agencia podría poner por encima sus propios intereses por sobre el resto y modificar sus propias atribuciones o las de otras instituciones. Por ejemplo, que la agencia especializada modifique el estándar de revisión de sus decisiones, o incluso que impida la revisión de éstas.

Al respecto, cabe indicar que los pasos establecidos para la procedencia de la regla de deferencia son claros y una actuación en tales términos sería contraria al segundo paso; mediante esta regla no se busca que a toda actuación de la agencia especializada se le otorgue deferencia, sino que a todas aquellas inmersas en un marco de legalidad. Pero aun en la peor hipótesis, se ha indicado que "las interpretaciones egoístas de las agencias de su propia autoridad, podrían ser preferidas por los legisladores, comparados con los pronunciamientos judiciales *de novo* o los costos de una especificación legislativa *ex ante*"³⁷⁴; aplicar un estándar de revisión *de novo* es ineficiente en términos de tiempo, experticia y certidumbre. También, en el mismo sentido, se ha indicado que "si la resolución de ambigüedades legales se convierte en juicios de política, entonces esos juicios deben ser realizados por las agencias relevantes, no por Tribunales federales"³⁷⁵.

En síntesis, la interferencia de ideologías políticas es más problemática cuando aquella afecta la revisión judicial. "Pese a *Chevron*, las convicciones políticas de los jueces

Regulatory Policy?: An Empirical Investigation of Chevron. AEI-Brookings Joint Center Working Paper No. 06-15. 2006. p. 3. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=988373> [Consulta: 03 de Julio de 2013].

³⁷⁴ "Self-interested agencies' interpretations of their own authority could be preferred by legislators, compared to *de novo* judicial pronouncements or the costs of legislative specification *ex ante*". GERSÉN, Jacob. Óp. Cit. p. 335.

³⁷⁵ "If the resolution of statutory ambiguities turns on judgments of policy, then those judgments ought to be made by the relevant agencies, not by federal courts". *Ibíd.* p. 45.

federales continúan jugando un gran papel en la revisión judicial de las interpretaciones de la ley [realizadas por] las agencias”³⁷⁶.

En sentido similar, otros han señalado que los resultados son dramáticos cuando la ideología de la agencia y de la decisión judicial están relacionadas; “cuando la dirección de las decisiones de las agencias y las judiciales están en acuerdo, como por ejemplo cuando ambos son liberales o ambos son conservadores, la tasa de deferencia es la ‘friolera’ de 95% y 87% para los casos antes y después de *Chevron*. Por el contrario, cuando la dirección ideológica de los tribunales y de la agencia divergen, los tribunales se difieren a las decisiones de las agencias en tasas relativamente exiguas”³⁷⁷.

Este punto nos hace reflexionar; pese a existir una regla de deferencia clara, ocurre lo mismo que en Chile: persiste la tensión entre la decisión de la agencia especializada y su revisión por un tribunal generalista.

Pareciera que la barrera es más bien psicológica por parte de los jueces respecto de tolerar las decisiones de agencias especializadas, respetando la valoración que realizan de los hechos y la decisión técnica detrás de ellas. No obstante tal justificación, “en cualquier caso, las doctrinas de deferencia no deberían basarse en las dificultades psicológicas de los jueces”³⁷⁸. Resulta inevitable llegar a la misma conclusión del caso chileno; los tribunales generalistas no son deferentes porque no desean aplicar tal regla.

³⁷⁶ “Notwithstanding *Chevron*, the political convictions of federal judges are continuing to play a large role in judicial review of agency interpretations of law”. *Ibíd.* p. 51.

³⁷⁷ “When the direction of agency and judicial decisions are in accord, such as when both are liberal or both are conservative, the rate of deference is a whopping 95% and 87% for cases prior to and after *Chevron*. To the contrary, when the ideological direction of court and agency diverge, courts deferred to agency decisions at relatively meager rates”. HURWITZ, Mark. *Óp. Cit.* p. 20.

³⁷⁸ “In any case, doctrines of deference ought not to be based on the psychological difficulties of judges”. SUNSTEIN, Cass, “*Chevron Step Zero*”. *Virginia Law Review*, Vol. 92, No. 2, April 2006. p. 39. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=739129> [Consulta: 06 de Junio de 2013].

La consecuencia de que los tribunales intervengan es que, al estar activamente involucrados, "el Poder Judicial se ha asegurado en ocupar un estatus de co-igual con los otros poderes del Estado, lo que permite a los jueces imponer sus preferencias políticas en las agencias manteniendo una poderosa comprobación dentro del sistema de separación de poderes"³⁷⁹. En resumidas cuentas, los jueces detentan una posición preferente, y estando conscientes de ello, intentan mantenerla. Esta conclusión se hace aún más aplicable a los Tribunales máximos de justicia, entendiendo que a mayor importancia de un Tribunal, mayor es la injerencia del factor político.

El segundo punto de desventaja de esta regla de deferencia se ha denominado "*Chevron Step Zero*"³⁸⁰, que corresponde al análisis previo a los pasos uno y dos, y que se traduce en determinar si el marco de *Chevron* aplica a determinados casos o, en su defecto, aplica otro estándar, como lo es *Skidmore*³⁸¹. El dilema se encuentra representado por las posiciones de dos jueces de la Corte Suprema estadounidense que son especialistas en derecho administrativo: los jueces Antonin Scalia y Stephen Breyer.

Por un lado, el juez Scalia apoya la idea de reglas simples y claras (administrabilidad de las reglas). Con ello busca reducir los márgenes de *decision-making* para los tribunales inferiores y para los litigantes. Por otro lado, el juez Breyer prefiere un enfoque de "caso a

³⁷⁹ "Courts have constrained, and thus play a critical role in controlling the bureaucracy. (...) [T]he judiciary has ensured it occupies co-equal status with the other branches of government, which enables judges to coerce their policy preferences on the agencies while maintaining a powerful check within the system of separation of powers". HURWITZ, Mark. Óp. Cit. p. 23.

³⁸⁰ Ver SUNSTEIN, Cass, "*Chevron Step Zero*". Virginia Law Review, Vol. 92, No. 2, 2006. p. 39. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=739129> [Consulta: 06 de Junio de 2013].

³⁸¹ *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944). La opinión introdujo una prueba para determinar la deferencia que debe darse a las normas de una agencia administrativa. La prueba de cuatro factores examina: (1) la minuciosidad de la investigación de la agencia; (2) la validez de su razonamiento; (3) la consistencia de su interpretación en el tiempo; y (4) otros poderes de persuasión de la agencia.

caso”, en donde la simplicidad es desechada, en pro de la precisión en las decisiones. Con la contraposición de ambas posturas se generó una discusión sobre reglas y estándares³⁸².

El juez Breyer indica que, en el análisis caso a caso, la deferencia a la decisión de la agencia depende de si corresponde a un “caso ordinario” o a “un caso importante”. En el primero, la deferencia es deseable mientras que en el segundo, “un enfoque judicial independiente es preferible [porque] el Congreso es más probable que se enfoque, y responda las preguntas principales, dejando los asuntos intersticiales a responderse por sí mismos en el curso de la administración diaria de la ley”³⁸³. Pero el problema de este enfoque es que no hay criterios certeros para diferenciar un caso ordinario de uno importante, generando mayores zonas grises y complejizando la aplicación de la deferencia, conforme a *Chevron*.

El juez Scalia, por su parte, se enfoca en los efectos de la regla de deferencia en la actividad legislativa, para lo cual indica que se requieren reglas claras y simples. Con una regla simple, el legislador se vería en la obligación de revisar la forma en que se lleva a cabo la actuación de la Administración, en especial la interpretación de las áreas ambiguas de los estatutos. En el caso que no se encuentre conforme con la dirección que toma la actuación de la agencia especializada, puede legislar sobre el tema. Ergo, bajo esta idea, complejizar la aplicación de la *Chevron Rule* entorpecería la labor del legislador.

³⁸² “Judge Breyer urged that no rule could solve the deference problem, simply because it would produce so much inaccuracy. Justice Scalia can be taken to have responded that a rule is likely to be as accurate as any standard and that it has the further advantage of reducing decisional burdens on courts. Seeing a deference rule as relevant to Congress’ subsequent performance, Justice Scalia emphasizes, as Judge Breyer does not, that a simple rule will provide better guidance to subsequent legislators. If the choice between rules and standards turns in part on the costs of error and the costs of decisions, then Judge Breyer and Justice Scalia might be seen as disagreeing about exactly how to assess those costs”. En. SUNSTEIN, Cass. Óp. Cit. p. 15.

³⁸³ “An independent judicial approach is preferable [because] Congress is more likely to have focused upon, and answered, major questions, while leaving interstitial matters to answer themselves in the course of the statute’s daily administration”. *Ibíd.* pp. 10 – 11.

5.4.3. Importancia.

La importancia de *Chevron* radica en que entregó un marco de deferencia a las agencias especializadas respecto de las Cortes de Apelaciones, otorgando certeza y generando uniformidad sobre los criterios que los tribunales deben tener en consideración al enfrentarse a decisiones de estas agencias. Además, al dotar a estas agencias de un rango de discrecionalidad, se limita el rol de los tribunales a la determinación de si la decisión tomada por las agencias es razonable respecto al marco dispuesto por la ley.

Chevron cambió el paradigma anterior, donde la decisión de la agencia tiene el mismo valor que la de un experto independiente y en donde el Tribunal podía realizar una revisión plena, hacia un paradigma nuevo, en donde la decisión de la agencia sólo se anulará cuando sea evidentemente irrazonable. Bajo la regla de la deferencia, el valor de la decisión de la agencia especializada es mucho mayor. Se ha indicado que “*Chevron* es quizás la doctrina más importante en el Estado administrativo moderno. Las agencias son creadas por, y con el propósito de, implementar las leyes aprobadas por el Congreso. La doctrina *Chevron* define la relación entre las agencias y los tribunales federales cuando el estatuto de una agencia requiere interpretación”³⁸⁴.

5.5. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN.

Junto con indicar las consecuencias de los desajustes de diseño institucional respecto a la revisión judicial y promover su discusión, el objeto de esta memoria de prueba es manifestar algunos de los desafíos actuales y proponer posibles soluciones.

³⁸⁴ “*Chevron is perhaps the most important doctrine in the modern administrative state. Agencies are created by, and for the purpose of, implementing statutes enacted by Congress. The Chevron doctrine defines the relationship between agencies and federal courts when an agency’s statute requires interpretation*”. HURWITZ, Justin. Óp. Cit. p. 218.

La primera propuesta es la generación de instancias con el fin de construir una relación de confianza entre el TDLC y la Corte Suprema. Esta confianza debe ser bidireccional, pues sería recomendable que la Corte Suprema confíe en los criterios técnicos y económicos que el TDLC utilice, mientras que el Tribunal especializado debe confiar en los criterios de revisión de la Corte Suprema, en especial aquellos que tiendan a subsumir la libre competencia dentro del ordenamiento jurídico en general.

Para lo anterior, resulta aconsejable el fortalecimiento de relaciones entre el TDLC y la Corte Suprema a través de actividades como, por ejemplo, el establecimiento de reuniones periódicas, donde se traten tópicos de libre competencia y de su revisión judicial y/o la organización de seminarios y *workshops* de manera conjunta, pues sería favorable un reforzamiento de lazos entre el TDLC y la Corte Suprema, con el propósito de generar un conocimiento común y así resolver dudas, aclarar posiciones y solucionar posibles desavenencias o discrepancias; mediante la creación de un ambiente de confianza, es posible que la revisión judicial de la Corte Suprema tienda hacia la deferencia.

Una segunda propuesta apunta al reconocimiento de principios dentro del Derecho de la Competencia. Si bien una posibilidad sería establecer un catálogo de principios al inicio del DL 211, puede que no resulte idóneo, pues como ya vimos en el Capítulo 1, muchos de ellos están ya implícitamente reconocidos en el DL 211 y en otras normativas. Una alternativa más recomendable es potenciar el ejercicio jurisprudencial al respecto, con el propósito de entregar certeza sobre cuál es la importancia de cada uno de los principios del Derecho de la Competencia para el caso chileno, cómo interactúan entre sí y cuál es su ponderación.

Una tercera propuesta apunta a una revisión del sistema recursivo de libre competencia nacional. En la doctrina se han señalado dos medidas al respecto: (i) cambiar la estructura de los tribunales especializados, incorporando un miembro de la Corte Suprema o de alguna Corte de Apelaciones, de manera que la revisión incorpore el pensamiento o política de derecho general de la Corte Suprema y exista un cierto grado de deferencia, pues

las decisiones vendrían de un “par” o; (ii) delimitar la normativa ya existente en materia de recursos³⁸⁵.

La primera medida es discutible, pues una composición similar a la propuesta ya existía en el pasado, sin resultados exitosos. Además, en la práctica, los jueces no siempre son deferentes con sus pares y es frecuente que salas distintas de una misma Corte provean soluciones contradictorias a un mismo problema.

La segunda medida se traduciría en una modificación al DL 211, lo cual parecería ser una solución más idónea; es altamente recomendable tratar de manera más detallada y sistemática el sistema recursivo de libre competencia mediante la creación de un nuevo Título.

Si sinceramos la situación actual y homologamos el recurso de reclamación al recurso de apelación, una eventual modificación legal resolvería la problemática sobre la naturaleza jurídica del recurso.

Sin embargo, esta solución no se hace cargo del desajuste a nivel de diseño institucional que produce el hecho que un tribunal generalista pueda realizar una revisión judicial amplia. Por ello, no es posible considerar el recurso de apelación como la salida más idónea.

³⁸⁵ TAPIA, Javier y CORDERO, Luis. Óp. Cit. pp. 63 y ss.

Así las cosas, estimo que una eventual regulación del sistema recursivo en materia de libre competencia debiese:

- a) Ser regulada en un nuevo Título, en donde converjan los diversos recursos;
- b) Entregar definiciones claras sobre los recursos de reposición, de reclamación y el de revisión especial, pues ello serviría para entregar certeza respecto de su naturaleza jurídica, su contenido, interpretación y alcance;
- c) En específico, respecto al recurso de reclamación, tras su definición, sería conveniente establecer expresamente sobre qué tipo de resoluciones procede, haciendo referencia a los artículos pertinentes del DL 211;
- d) Luego, podría referirse a los requisitos que se deben cumplir para la interposición del recurso de reclamación (por ejemplo, que debe ser fundamentado, dentro de plazo y por las personas que tengan legitimación activa para hacerlo).
- e) Referirse a su tramitación y vista de la causa en la Corte Suprema y a los efectos en que se puede conceder su interposición (sólo devolutivo o también con efectos suspensivos);
- f) Indicar que la revisión judicial que realice la Corte Suprema debe limitarse a determinar si la resolución impugnada adolece de ilegalidad o arbitrariedad, permitiendo excepcionalmente modificar los hechos acreditados cuando se vulneren leyes reguladoras de la prueba, lo cual debe ser debidamente fundamentado; y,
- g) Indicar que la decisión de la Corte Suprema que resuelva el recurso de reclamación no es susceptible de recurso alguno.

Por todo lo anterior, la regulación podría versar del siguiente modo:

Título [__]

Del sistema recursivo.

I. Del recurso de reclamación.

Artículo [__]. El recurso de reclamación es el acto procesal mediante el cual se impugnan determinadas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, cuando adolezcan de ilegalidad o arbitrariedad, para que sean conocidas por la Corte Suprema.

El recurso de reclamación procederá en contra de las siguientes resoluciones:

- a) Sentencia definitiva, dictada en ejercicio de la atribución contenida en el numeral 1) del artículo 18;
- b) Resoluciones de consulta que sean de término, fijen o no condiciones, dictadas en ejercicio de la atribución del numeral 2) del artículo 18;
- c) Instrucciones de carácter general, dictadas en ejercicio de la atribución contemplada en el numeral 3) del artículo 18;
- d) Sentencia definitiva que resuelve un recurso de revisión especial, dictada en ejercicio de la atribución del numeral 5) del artículo 18, sólo cuando el Tribunal condicione la aprobación de la operación de concentración al cumplimiento de medidas distintas de las contempladas en la última propuesta realizada por el o los notificantes, de conformidad a lo establecido en el inciso tercero del artículo 53;
- e) Sentencia definitiva dictada en procedimiento de acción de indemnización de perjuicios, conforme al artículo 30;

Artículo [__]. El recurso de reclamación deberá ser fundado y podrá ser interpuesto por:

- a) Las partes y el Fiscal Nacional Económico, cuando se trate del procedimiento contencioso establecido en los artículos 19 y siguientes;
- b) El o los consultantes, el Fiscal Nacional Económico y cualquiera de los terceros que hubieren aportado antecedentes, cuando se trate del procedimiento no contencioso contemplado en el artículo 31.
- c) Las partes y el Fiscal Nacional Económico, en el procedimiento sumario contemplado en el artículo 30;
- d) El o los notificantes y el Fiscal Nacional Económico, en el procedimiento contemplado en el artículo 31 bis;

Artículo [__]. El recurso de reclamación será interpuesto ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde la respectiva notificación de la resolución impugnada.

Este plazo será ampliable según el lugar en que tenga su domicilio el afectado, si éste fuere distinto al de la sede del Tribunal, de conformidad con la tabla a que se refiere el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil.

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

La interposición del recurso no suspenderá el cumplimiento del fallo, salvo lo referido al pago de multas. Sin embargo, a petición de parte y mediante resolución fundada, la Sala de la Corte Suprema que conozca del recurso de reclamación podrá suspender los efectos de la resolución impugnada, total o parcialmente.

La Sala de la Corte Suprema que conozca del recurso de reclamación deberá determinar si la resolución impugnada adolece de ilegalidad o arbitrariedad.

En casos excepcionales, cuando la ilegalidad o arbitrariedad se deba a una infracción de las leyes reguladoras de la prueba, la Corte Suprema podrá modificar hechos, teniendo en cuenta la infracción que se hubiera hecho valer. Para ello, deberá indicar la norma infringida y los hechos a modificar, fundamentando su decisión.

La decisión que resuelva el recurso de reclamación interpuesto no será susceptible de recurso alguno.

5.6. CONSIDERACIONES FINALES.

La importancia de una regla de deferencia es que permite a la agencia especializada solucionar aquellos casos en que el significado de una norma es ambiguo y difícil de aplicar al caso concreto, como también para decidir el contenido de una política pública o completar la regulación. Ergo, los jueces sólo revisan el mérito legal de la interpretación realizada por

la agencia, pues “la deferencia otorga al regulador un amplio espacio de discreción en sus pronunciamientos; sin que esto implique, por cierto, inmunidad jurisdiccional”³⁸⁶.

Es común que los tribunales generalistas posean cierta desconfianza respecto de las decisiones de las agencias especializadas, siendo el principal temor para no adoptar una regla de deferencia que aquella implicaría una revisión más laxa y limitada. Volvemos a señalar que la deferencia respecto de las decisiones de la agencia no es absoluta, no es una supresión de la revisión judicial, sino más bien un ajuste de ésta, en relación al marco entregado por el legislador, prohibiendo a la agencia que efectúe interpretaciones arbitrarias o ilegales.

Dejar que una revisión judicial, como regla general, envuelva tanto cuestiones de hecho como de derecho, puede dar lugar a demoras excesivas; mientras que una norma de deferencia se fundamenta en que la fijación de los hechos por parte de la agencia especializada tiene un mérito que igualmente debe ser reconocido.

Chevron nos muestra la importancia de ciertos principios del Derecho de la Libre Competencia, como lo son la experticia, la flexibilidad y la eficiencia administrativa. La deferencia hacia la agencia es importante, pues “los programas regulatorios duran por décadas, y a través de un cambio de circunstancias de manera significativa, las agencias deben tener la discreción para interpretar las ambigüedades razonablemente incluso si sus interpretaciones dan lugar a grandes cambios en el estatuto que ellas están administrando. De hecho, esta flexibilidad es un beneficio principal de *Chevron* en sí, lo que permite la adaptación a un nuevo entendimiento de hechos y valores”³⁸⁷. Pese a que *Chevron* también posee sus desventajas, lo importante es concluir que cuando hay competencias especializadas

³⁸⁶ TAPIA, Javier y CORDERO, Luis. Óp. Cit. p. 31.

³⁸⁷ “Regulatory programs last for decades, and across significantly changed circumstances, agencies should be taken to have the discretion to construe ambiguities reasonably, even if their constructions lead to large changes in the statute that they are administering. Indeed, this flexibility is a primary benefit of *Chevron* itself, allowing adaptation to new understandings of both facts and values”. FOX, Eleanor; TREBILCOCK, Michael. Óp. Cit. p. 49.

o juicios de política pública presentes, las agencias tienen – y deben tener – una mayor ventaja comparativa que los tribunales, ergo, la deferencia se convierte entonces en la regla idónea.

En Chile, la agencia especializada no es un organismo administrativo, sino un Tribunal especializado que posee potestades jurisdiccionales y extrajurisdiccionales. Resulta aún más incomprensible que, reconociéndose su calidad de tribunal, no se haya restringido expresamente el estándar de revisión de la Corte Suprema. Un tribunal, por generalista o especializado que sea, se encuentra sujeto a principios generales como lo son la independencia, la imparcialidad, garantías al debido proceso, la inexcusabilidad, etc., de manera mucho más fuerte que una agencia administrativa. Por lo cual, la posibilidad de que emita decisiones arbitrarias es mucho menor.

Si bien en Chile no tenemos un símil a la regla de deferencia de *Chevron*, resulta necesario establecer reglas claras respecto a la naturaleza jurídica del recurso de reclamación, limitando su estándar de revisión principalmente en atención al carácter generalista de la Corte Suprema y al carácter especializado del TDLC.

CONCLUSIONES.

En el capítulo 1 revisamos algunos de los principios más relevantes para el Derecho de la Competencia nacional (administrabilidad de las normas; eficiencia administrativa; debido proceso; experticia; objetividad; independencia; accountability; transparencia; confidencialidad; predictibilidad y flexibilidad), viendo cómo interactuaban y, en algunos casos, entraban en tensión, siendo la ponderación la manera de lograr cierta armonía. La importancia de estos principios es que, al no ser neutros, de su ponderación cada diseño institucional va modificándose y volviéndose único.

Algunos de tales principios ya se encuentran reconocidos en el DL 211. Sin embargo, es necesario un mayor debate sobre cuáles son los principios claves para la libre competencia y cómo aquellos han de ser ponderados.

En el capítulo 2 vimos cómo la interacción entre principios moldea cada diseño institucional, siendo posible categorizarlos en modelos. Luego, notamos que en el caso chileno, el modelo aplicado es distinto al existente en EE.UU. y en la Unión Europea, siendo las principales instituciones de libre competencia la FNE, el TDLC y la Corte Suprema (como agencia de investigación y persecución; como tribunal especializado y como tribunal revisor, respectivamente).

Debido a la rareza que implica que el adjudicador de libre competencia sea un tribunal, nos enfocamos en las potestades jurisdiccionales y extrajurisdiccionales del TDLC (jurisdiccional, consultiva, normativa, propositiva, revisora de operaciones de concentración, normativa interna e informativa), siendo únicas y con procedimientos distintos.

En el capítulo 3, tras analizar lo que dice la ley, la historia fidedigna de su establecimiento y la jurisprudencia, logramos concluir que la naturaleza jurídica atribuida al recurso de reclamación es la de una apelación extraordinaria.

Sin embargo, lo discutible de tal conclusión es que quien determinó aquella naturaleza jurídica fue la Corte Suprema, es decir, el tribunal revisor determinó su propia competencia, indicando que se encuentra habilitado para conocer del asunto sometido a su revisión en su

globalidad. Como consecuencia, al recurso de reclamación se le hacen aplicables las características adjetivas del recurso de apelación, como lo es el recurso de hecho, entregando nuevas herramientas de estrategia judicial.

En el capítulo 4 efectuamos una revisión de determinados casos que tienen un punto en común: evidencian la tensión de criterios entre el TDLC y la Corte Suprema. Tal tensión puede ser de diversa índole; puede recaer en una diferencia en la valoración de los hechos, en los requisitos para entender por acreditada una conducta anticompetitiva, en la interpretación de la ley para aplicarla a un caso concreto, en diferencias respecto a la valoración de la prueba, o incluso al estándar de revisión a aplicar respecto de determinadas resoluciones del TDLC, lo que evidencia una evolución progresiva hacia una revisión judicial más profunda, atendiendo a la globalidad del asunto, más que a aspectos de ilegalidad y arbitrariedad. Además, cabe indicar que tal evolución también manifiesta el mayor nivel de precisión de la Corte Suprema en materias de libre competencia.

Pareciera existir una relación entre el tipo de potestad que ejerce el TDLC, su vinculatoriedad, y el estándar de revisión que efectúa la Corte Suprema. Por un lado, en el ejercicio de potestades que implican algún grado de vinculatoriedad, como lo son la potestad jurisdiccional, la consultiva y la normativa, la Corte Suprema desea conocer tanto de los antecedentes de hecho, de derecho, económicos y de política pública de las resoluciones impugnadas. Pero, por otro lado, respecto de las potestades informativa y propositiva, que no poseen un grado de vinculatoriedad similar a las anteriores, la Corte Suprema – hasta ahora – no ha hecho procedente el recurso de reclamación.

En el capítulo 5, tratamos la deferencia como alternativa de revisión judicial. Para ello, comenzamos analizando el desajuste institucional que implica que un tribunal generalista realice una revisión global, completa de un asunto. Pues lo idóneo sería limitar la revisión judicial a aspectos de legalidad cuando la decisión proviene de una agencia especializada.

Luego, analizamos datos respecto a los niveles de confirmación y revocación de decisiones del TDLC por parte de la Corte Suprema, concluyendo que, si bien es mayor la confirmación de decisiones, cuando hay revocaciones, las tensiones entre criterios del TDLC

y de la Corte Suprema se hacen notar claramente, evidenciando resistencias producto de desajustes institucionales respecto al sistema recursivo imperante.

La falta de deferencia también tiene otras aristas: la tensión entre tribunal decisor especialista versus tribunal revisor generalista; el grado de legitimación de los órganos especializados ante la Corte Suprema; el funcionamiento en Salas de la Corte, entre otros.

Con el objeto de manifestar cómo se ha plasmado una solución a este problema, revisamos brevemente el caso Chevron, el cual estableció que el mandato del legislador sería mejor interpretado cuando es una agencia especializada la que realiza tal análisis. Si bien tiene ciertas desventajas, - como la dificultad de extraer el factor político de las decisiones y el establecimiento de pasos previos a su aplicación – sus ventajas son relevantes para solucionar la tensión entre tribunal generalista y agencia especializada, pues otorga una mayor valoración (que la actual) a la experticia de la agencia; se reconoce la limitada *political accountability* de los tribunales, se respeta la intención del legislador y también propende a un respeto del principio de separación de poderes.

Finalmente, se establecen ciertas propuestas de solución a este problema, tendientes a la generación de instancias con el objeto de construir una relación de confianza entre el TDLC y la Corte Suprema. Algunas de estas medidas guardan relación con la realización de reuniones periódicas de evaluación y promoción de la libre competencia; organizar seminarios y workshops; contribuir y continuar el debate respecto a los principios rectores del Derecho de la Competencia nacional, entre otros.

La Ley N° 20.945 significó un gran avance en lo relativo al fortalecimiento de la persecución y sanción de la colusión y a la creación de un nuevo procedimiento para la evaluación de las operaciones de concentración. Sin embargo, en materia recursiva, la nueva reforma presenta más desafíos que soluciones. En primer lugar, no resuelve la problemática respecto de la naturaleza jurídica del recurso de reclamación, dejando nuevamente en manos de la jurisprudencia su determinación. En segundo lugar, al someter la potestad propositiva al procedimiento no contencioso, posibilita la revisión judicial por parte de la Corte Suprema, de una potestad por definición extrajurisdiccional, tendiente a la creación de políticas públicas. En tercer lugar, se crea un nuevo recurso, denominado “especial de revisión”, para

el procedimiento de operaciones de concentración, el cual también puede ser impugnado excepcionalmente vía recurso de reclamación, complejizando aún más el sistema recursivo existente. En cuarto lugar, se amplió la procedencia del recurso de reclamación respecto de las acciones de indemnización interpuestas ante el TDLC, existiendo sutiles diferencias en su procedencia si tal acción se sujeta al juicio sumario o si se sujeta al procedimiento especial de la LPC.

Es decir, la procedencia – o improcedencia – del recurso de reclamación obedece a fundamentos orgánicos en ciertos casos, y a fundamentos funcionales en otros, no completamente armónicos entre sí.

Por todo lo anterior, la propuesta de solución más importante es realizar una modificación normativa del DL 211, reestructurando el sistema recursivo de libre competencia. Tal modificación, en lo relativo al recurso de reclamación, debe tener como ejes centrales: (i) que se determine su naturaleza jurídica, limitando la revisión judicial que puede realizar la Corte Suprema, en atención a su carácter generalista; (ii) que se establezca un sistema recursivo claro, en atención a cada una de las resoluciones que se dictan en ejercicio de las potestades del TDLC, tomando en especial atención el carácter extrajurisdiccional de algunas de ellas, e indicando la procedencia – o no – del recurso de reclamación respecto de cada una de tales potestades; y, (iii) que se disponga de una regla de deferencia a la que deba sujetarse la Corte Suprema y en base a la cual – de manera excepcional – pueda realizar una revisión de mérito sólo en aquellos casos en que la decisión del TDLC resulte arbitraria o ilegal al excederse del marco de actuación otorgado por el legislador.

BIBLIOGRAFÍA.

I. DOCTRINA.

- AGOSTINI, Claudio. *Institucionalidad e incentivos para la libre competencia*. En: En Foco N° 99. Disponible en: http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/07052007114142.pdf
- AGÜERO, Francisco. *Rol de las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar operaciones de concentración: un análisis aplicado al sector retail*. En: NEHME, Nicole; MONTT, Paulo. “*Libre Competencia y Retail*” Legal Publishing, Santiago, 2009. Disponible en <http://ssrn.com/abstract?=1491050>
- AGÜERO, Francisco; MONTT, Santiago. *Chile: The Competition Law System and the Country’s Norms*. En: *The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices* (Eleanor M. Fox & Michael J. Trebilcock, eds.). Oxford University Press. London. 2012.
- AREEDA, Phillip y HOVENKAMP, Herbert. *Fundamentals of Antitrust Law*. Volume 1. Aspen Law & Business, 2002.
- BAYE, Michael R.; WRIGHT, Joshua D., *Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity & Judicial Training on Appeals* En: *Journal of Law and Economics*, Forthcoming; George Mason Law & Economics Research Paper No. 09-07. 2009. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1319888>
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel; GONZÁLEZ, Julio. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2ª Edición. España. 2006.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N° 19.911 que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. 2003. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/2472/1/HL19911.pdf>
- _____. *Historia de la Ley N° 20.945, que Perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia*. 2016. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5311/>
- CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. Boletín N° 9950-03. Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10362

- CAVANAGH, Edward. *Antitrust Law and Economic Theory: Finding a Balance*. Loyola University Chicago Law Journal. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2253309>
- CENTRO DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA. *Prueba de la Colusión*. Informe en Derecho. 2010. Disponible en: <https://www.dropbox.com/s/7781ff6v7tuwc3w/Informe%20E2%80%9CPrueba%20de%20la%20Colusi%C3%B3n%E2%80%9D.pdf?dl=0>
- _____. *Alcances y límites de la potestad normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. Informe en Derecho. 2011. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/09-08-11%20INFORME%20EN%20DERECHO%20DE%20FRANCISCO%20AGUERO%20VARGAS%20VTR%20BANDA%20ANCH A%20CHILE%20.SA.pdf>
- _____. *Control jurisdiccional de la potestad normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en materia de Telecomunicaciones*. Informe en Derecho. 2013. Disponible en: https://www.u-cursos.cl/derecho/2013/0/DDPC/1/material_docente/objeto/757408
- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. *Ley tipo de Defensa de la Competencia (2010) – Capítulo IX Revisado*. Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia. 2011. Disponible en: http://unctad.org/es/Docs/ciclpL2_sp.pdf
- _____. *Ley Tipo de Defensa de la Competencia (2015) – Capítulo VIII Revisado*. Séptima Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas. 2015. Disponible en: http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/tdrbpconf813_es.pdf
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. *Defensa de la Libre Competencia*. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/defensa-de-la-libre-competencia/>
- _____. *Promoción de la Libre Competencia*. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/promocion-de-la-libre-competencia/>
- FOX, Eleanor; TREBILCOCK, Michael. *The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: The GAL Competition Project*. En: *The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices* (Eleanor M. Fox &

Michael J. Trebilcock, eds.) (Oxford University Press); NYU Law and Economics Research Paper No. 12-20. 2012. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2128913>

- GERSEN, Jacob. *Designing Agencies*. En: FARBER & A. O'CONNELL, eds., ELGAR, Edward “*Research Handbook in Public Law and Public Choice*” University of Chicago Law & Economics. 2010. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1750247>

- GRUNBERG, Jorge. *La Potestad Reglamentaria del Tribunal de Defensa de la Competencia: Un Tema Conflictivo en la Reforma al Decreto Ley 211*. En Revista de Derecho Público N° 66. Santiago, Chile. 2004.

- HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*. Harvard University Press. London. 2005.

- HICKMAN, Kristin, *The Need for Mead: Rejecting Tax Exceptionalism in Judicial Deference*, 90 MINN. L. REV. 1537, 1548 (2006) En: KUMAR, Sapna. *Expert Court, Expert Agency*. 44 U.C. Davis L. Rev. 2011. p. 1564. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1671592>

- HURWITZ, Justin. *Chevron and the Limits of Administrative Antitrust*. University of Pittsburgh Law Review. Vol. 76. 2014 Disponible en: <https://lawreview.law.pitt.edu/ojs/index.php/lawreview/article/view/324>

- HURWITZ, Mark. *Ideology and Deference in U.S. Courts of Appeals Decision Making on Administrative Law*. Buffalo Legal Studies Research Paper No. 2006-003. 2006. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=878353>

- HYMAN, David; KOVACIC, William. *Institutional Design, Agency Life Cycle, and the Goals of Competition Law*. Fordham Law Review, Vol. 81, 2013. Disponible en: http://fordhamlawreview.org/assets/pdfs/Vol_81/Hyman_April.pdf

- KOVACIC, William. *Competition agencies, independence, and the political process*. En: J. DREXL, W. KERBER y R. PODSZUN (eds.), “Competition policy and the economic approach”. Cheltenham, UK. Edward Elgar Publishing, 2011. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2014\)86&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2014)86&doclanguage=en)

- LIANOS, Ioannis, “‘Judging’ Economists: Economic Expertise in Competition Law Litigation - A European View” En: New Challenges In EC Competition Law Enforcement, 2009. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1468502>

- MENCHACA, Tomás. *Evolución del antiguo al nuevo sistema*. En: Revista Anales de Derecho UC. Temas de Libre Competencia. Volumen N° 2. Santiago. 2007.
- MERRIAM-WEBSTER DICTIONARY. Disponible en: <http://www.merriam-webster.com/dictionary>
- MILES, Thomas, SUNSTEIN, Cass., *Do Judges Make Regulatory Policy?: An Empirical Investigation of Chevron*. AEI-Brookings Joint Center Working Paper No. 06-15. 2006. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=988373>
- MONTT, Santiago. *El TDLC como ente regulador del comercio*. Documento de Trabajo N° 1. Centro de Regulación y Competencia (REGCOM).
- MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián. *Los Recursos Procesales*. 2ª Edición. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. 2010.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. *Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile*. Informe del Secretariado de la OCDE. 2014.
- POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México. 1998.
- SUNSTEIN, Cass, *Chevron Step Zero*. Virginia Law Review, Vol. 92, No. 2, April 2006. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=739129>
- TAPIA, María José. “FNE: ‘La Corte Suprema es necesaria en materia de libre competencia’”. Economía y Negocios Online. 14 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=100618>
- TAPIA, Javier y CORDERO, Luis. *La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional*. Centro de Estudios Públicos (CEP). Estudios Públicos N° 139. 2015. Disponible en: <http://www.cepchile.cl/la-revision-judicial-de-las-decisiones-regulatorias-una-mirada/cep/2016-03-04/101446.html>
- TAVOLARI, Raúl. *Recursos de Casación y Queja*. Nuevo Régimen. Ed. Jurídica Conosur. Santiago. 1996.
- TREBILCOCK, Michael J.; IACOBUCCI, Edward M., *Designing Competition Law Institutions*. En: World Competition 25(3): 361–394. 2002. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2064918>

- _____ . *Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate*, Loyola University Chicago Law Journal, Volume 41, Number 3, 2010. Disponible en: http://luc.edu/media/lucedu/law/students/publications/llj/pdfs/trebilcock_iacobucci.pdf
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Auto Acordado N° 15/2012. Disponible en <http://www.tdlc.cl/tdlc/DocumentosMultiples/Auto%20Acordado%20N%C2%B0%2015.pdf>
- _____ . *Bases de datos – Contenciosas*. 2016. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/2016/01/Base-de-Datos-Contenciosas.xls>
- _____ . *Bases de datos – No Contenciosas*. 2016. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/2016/01/Base-de-Datos-No-Contenciosas.xls>
- _____ . *Novena Cuenta Pública*. 2013. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/UserFiles/P0001/File/CUENTAS%20PUBLICAS%20TDLc/Cuenta%20Publica%202013.pdf>
- _____ . *Funciones y procedimientos*. Disponible en <http://www.tdlc.cl/tdlc/funciones-y-atribuciones/>
- VALDÉS, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Ed. Jurídica. Santiago. 2006.
- VELOZO, Javier; GONZÁLEZ, Daniela. *Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. En TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA “*La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*”. Ed. Thompson Reuters Puntolex. Santiago. 2010.
- YBAR, Mario. *Comprendiendo el abuso de posición de dominio: Revisión de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada sobre las principales conductas exclusorias*. En: Revista de Derecho Económico, N° 76. Universidad de Chile. 2014. Disponible en: <http://www.revistaderechoeconomico.uchile.cl/index.php/RDE/article/viewFile/39410/41016>
- ZÚÑIGA, Francisco. *Control de Constitucionalidad de Autos Acordados*. En: Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Año 9, N° 1, 2011. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art14.pdf>

II. FUENTES LEGALES.

- Constitución Política de la República (CPR).
- Código Orgánico de Tribunales (COT).
- Código de Procedimiento Civil (CPC).
- Código Procesal Penal (CPP).
- Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente. (LBMA).
- Ley N° 13.305, que reajusta las remuneraciones de todos los empleados que prestan servicios en Chile, suplementa el presupuesto de la Nación, establece nueva unidad monetaria, concede facultades extraordinarias al Presidente de la República y modifica las leyes que señala. (Texto original). Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=27399&tipoVersion=0>
- Ley N° 15.142, que consulta normas para favorecer la distribución, comercialización y transporte de productos y reprimir los monopolios a excepción de los artículos que indica. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28053>
- DL N° 211, que fija normas para la Defensa de la Libre Competencia (Texto original). Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5872&tipoVersion=0>
- Ley N° 19.911, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=217122>
- Ley N° 20.361, que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1004121>
- Ley N° 20.945, que perfecciona el Sistema de Defensa de Libre Competencia. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1094093>
- DL N° 211. Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el nuevo texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973. (DL 211). Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=236106&idVersion=>

III. JURISPRUDENCIA NACIONAL Y COMPARADA.

III.1. JURISPRUDENCIA NACIONAL.

Tribunal Constitucional.

- Sentencia Tribunal Constitucional. 07 de octubre de 2003. Rol N° 391.
- Sentencia Tribunal Constitucional. 04 de julio de 2006. Rol N° 481-2006.
- Sentencia Tribunal Constitucional. 11 de enero de 2007. Rol N° 591.
- Sentencia Tribunal Constitucional. 7 de septiembre de 2010. Rol N°1448-09-INA.

Corte Suprema.

1. Sentencias.

- Sentencia Corte Suprema. 15 de julio de 2005. Rol 396-2005.
- Sentencia Corte Suprema. 29 de noviembre de 2006. Rol 3449-2006.
- Sentencia Corte Suprema. 22 de enero de 2007. Rol 5057-2006
- Sentencia Corte Suprema. 28 de enero de 2008. Rol N° 4052-2007.
- Sentencia Corte Suprema. 27 de enero de 2009. Rol 4797-2009.
- Sentencia Corte Suprema. 23 de diciembre de 2011. Rol N° 7781-2010
- Sentencia Corte Suprema. 05 de abril de 2012. Rol N° 9843-2011.
- Sentencia Corte Suprema. 20 de septiembre de 2012. Rol 10945-2011.
- Sentencia Corte Suprema. 02 de enero de 2013. Rol N° 3993-2012.
- Sentencia Corte Suprema. 11 de abril de 2013. Rol N° 269-2013.
- Sentencia Corte Suprema. 17 de julio de 2013. Rol N° 2746-2012.
- Sentencia Corte Suprema. 17 de diciembre de 2013. Rol N° 2506-2013.
- Sentencia Corte Suprema, 17 de diciembre de 2015. Rol N° 8650-2015.
- Sentencia Corte Suprema. 14 de abril de 2016. Rol N° 8654-2015.

2. Otros.

- Oficio Corte Suprema. N° 923-2013. Rol N° 269-2013.
- Acta N° 233-2014 o Auto acordado que distribuye las materias de que conocen las salas especializadas de la Corte Suprema durante el funcionamiento ordinario y extraordinario.
- Acta N° 148-2016, que fija Ministros Visitadores de la Corte Suprema para el Bienio 2017-2018.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

1. Sentencias.

- Sentencia TDLC. 13 de junio de 2006. Rol N° 39/2006.
- Sentencia TDLC. 07 de septiembre de 2006. Rol N° 43/2006.
- Sentencia TDLC. 13 de septiembre de 2010. Rol N° 104/2010.
- Sentencia TDLC. 11 de octubre de 2011. Rol N° 113/2011.

2. Resoluciones.

- Resolución TDLC. 17 de julio de 2008. Rol N° 27/2008.
- Resolución TDLC. 26 de mayo de 2011. Rol N° 34/2011.
- Resolución TDLC. 21 de septiembre de 2011. Rol N° 37/2011.
- Resolución TDLC. 26 de abril de 2012. Rol N° 39/2012.

3. Instrucciones de Carácter General.

- Instrucciones de Carácter General. 08 de diciembre de 2012. Rol N° 2/2012
- Instrucciones de Carácter General. 04 de junio de 2015. Rol N° 4/2015.

4. Otros.

- Acuerdo conciliatorio TDLC. 22 de diciembre de 2015. Rol N° 295-15.
- Informe TDLC en respuesta a Oficio N° 923-2013 de la Corte Suprema. Rol N° 269-2013.

Otros organismos.

- **Contraloría General de la República.** Dictamen N° 2072.12 de enero de 2011.
- **Fiscalía Nacional Económica.** Informe de archivo de la Fiscalización del cumplimiento de las medidas de mitigación impuestas en la adquisición de activos de Petróleos Trasandinos y Operaciones y Servicios Terpel por parte de Quiñenco S.A. 02 de octubre de 2014. Rol F-14-2013, Disponible en: http://www.fne.cl/transparencia/libro/archivos/archivo/nuevos/informe_F14_2014.pdf

III.2. JURISPRUDENCIA COMPARADA.

- Skidmore v. Swift & Co., 323 U.S. 134 (1944).
- Chevron v. Natural Res. Def. Council, 467 U.S. 837, 842 (1984).
- Leegin Creative Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 914-15 (2007) (Breyer, J., dissenting).

ANEXO.

Tabla 10: Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes. Diseño institucional del organismo de la competencia.³⁸⁸

| Diseño institucional del organismo de la competencia. | |
|--|---|
| Modelo Judicial Bifurcado (<i>Bifurcated judicial model</i>). | |
| Australia | <p>La Comisión de Defensa de la Competencia y del Consumidor de Australia (ACCC) se encarga de investigar las infracciones de la Ley de prácticas comerciales de 1974 y puede iniciar acciones judiciales ante el Tribunal Federal contra las empresas de las cuales sospeche que han contravenido la ley.</p> <p>El Tribunal Federal está facultado para entender en los asuntos de competencia y resolverlos.</p> |
| Jamaica | <p>La Comisión de Comercio Justo de Jamaica está facultada para realizar investigaciones en relación con la conducta de los negocios en Jamaica a fin de determinar si una empresa se dedica a prácticas que contravienen la Ley de competencia leal.</p> <p>Previa solicitud de la Comisión de Comercio Justo, la Corte Suprema puede: a) ordenar que el infractor pague a la Corona, a manera de pena pecuniaria, una suma que no excederá de 1 millón de dólares en el caso de un particular, y que no excederá de 5 millones de dólares en el caso de una entidad que no sea un particular; o b) emitir un interdicto que impida al infractor persistir en su conducta anticompetitiva; véase el artículo 47 de la Ley de competencia leal.</p> |

³⁸⁸ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. *Ley tipo de Defensa de la Competencia (2010) – Capítulo IX Revisado*. Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia. 2011. pp. 4-6. Disponible en: http://unctad.org/es/Docs/ciclpL2_sp.pdf [Consulta: 31 de agosto de 2015].

Modelo de agencia bifurcada (*Bifurcated agency model*).

| | |
|------------------|--|
| Sudáfrica | <p>El sistema institucional sudafricano de aplicación de la Ley de competencia comprende tres órganos: la Comisión de Competencia, el Tribunal de Competencia y el Tribunal de Apelación en materia de Competencia.</p> <p>Entre las funciones de la Comisión de Competencia sudafricana, con arreglo al artículo 21 de la Ley de competencia (la ley), figuran la de investigar la conducta anticompetitiva en contravención del capítulo 2 de la ley; la evaluación de los efectos de las fusiones y adquisiciones en la competencia y la adopción de las medidas apropiadas; la vigilancia de los niveles de competencia y la transparencia del mercado en la economía; la detección de las trabas a la competencia; y la realización de una labor de promoción para combatir esas trabas.</p> <p>Según el artículo 27 de la ley, el Tribunal de Competencia sudafricano puede:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Entender en cualquier caso de presunta conducta prohibida por el capítulo 2, determinar si han tenido lugar o no actos prohibidos y, en caso afirmativo, imponer cualquier medida correctiva prevista en la presente ley;b) Resolver cualquier otro asunto que, de conformidad con lo dispuesto en la ley, pueda ser de su competencia y dictar cualquier orden según lo previsto en la presente ley;c) Entender en los recursos de apelación interpuestos por la Comisión de Competencia que puedan remitírsele en virtud de la presente ley; yd) Dictar cualquier resolución u orden necesaria o incidental para el desempeño de sus funciones de conformidad con la presente ley. <p>Las decisiones del Tribunal de Competencia pueden apelarse ante el Tribunal de Apelación en materia de Competencia.</p> |
| Chile | <p>La Fiscalía Nacional Económica (FNE) es el organismo chileno de aplicación de la ley de competencia. La FNE investiga las infracciones de la ley de competencia y presenta casos al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC o Tribunal de Competencia) u otros tribunales en calidad de demandante.</p> <p>El TDLC es un tribunal independiente facultado para entender en asuntos de la competencia, con atribuciones decisorias, sujetas a la supervisión de la Corte Suprema de Justicia.</p> |

| Modelo de agencia integrada (<i>Integrated agency model</i>). | |
|--|---|
| Unión Europea | <p>La Comisión Europea está facultada para investigar y resolver prácticas potencialmente anticompetitivas y fusiones que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la Unión Europea. Véanse el Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, y el Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.</p> |
| China | <p>El artículo 9 de la Ley antimonopolio de la República Popular China dispone que el Consejo de Estado establecerá una Comisión Antimonopolio, encargada de organizar, coordinar y guiar la labor de lucha contra los monopolios y que la composición y el reglamento del Comité Antimonopolio los decidirá el Consejo de Estado.</p> <p>Además, el artículo 10 estipula que el Organismo de Aplicación de la Ley Antimonopolio designado por el Consejo de Estado (en lo sucesivo, Organismo de Aplicación de la Ley Antimonopolio dependiente del Consejo de Estado) estará encargado de la labor de aplicación de la Ley antimonopolio. El Organismo de aplicación de la Ley antimonopolio dependiente del Consejo de Estado puede, según lo exija su labor, facultar a los organismos homólogos de los gobiernos populares de las provincias, regiones autónomas y municipios que dependen directamente del Gobierno central, para que se ocupen de la aplicación de la ley antimonopolio con arreglo a la presente ley.</p> |

Fuente: UNCTAD

Tabla 11: Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes. Organismos institucionales: Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor.³⁸⁹

| Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor. | | | | |
|---|----------------------|--|--|--------------------------------------|
| País o grupo de países por región. | | Legislación. | Aplicación. | |
| | | | <i>Defensa de la competencia.</i> | <i>Protección del consumidor.</i> |
| EUROPA. | Países Bajos | Ley de Defensa de la Competencia y Ley de Protección del Consumidor. | Organismo de Protección de los Consumidores y Vigilancia de los Mercados. | |
| | España | La legislación de defensa de la competencia es independiente de la legislación de protección del consumidor. | Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. | Instituto Nacional del Consumo. |
| | Unión Europea | La legislación de defensa de la competencia es independiente de la legislación de protección del consumidor. | Comisión Europea: Dirección General de Competencia y Dirección General de Justicia y Consumidores. | |
| AMÉRICA LATINA. | Chile | La legislación de defensa de la competencia es independiente de la legislación de protección del consumidor. | Fiscalía Nacional Económica y Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. | Servicio Nacional del Consumidor. |
| | México | La legislación de defensa de la competencia es independiente de la legislación de protección del consumidor. | Comisión Federal de Competencia Económica | Procuraduría Federal del Consumidor. |

³⁸⁹ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO 2015. *Ley Tipo de Defensa de la Competencia (2015) – Capítulo VIII Revisado*. Séptima Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas. 2015. pp. 11-13 Disponible en: http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/tdrbpconf813_es.pdf. [Consulta: 31 de agosto de 2015].

| | | | | |
|----------------------------|-----------------------|---|--|---|
| AMÉRICA DEL NORTE. | Canadá | La Ley de Defensa de la Competencia abarca tanto la defensa de la competencia como la protección del consumidor. | Oficina de Defensa de la Competencia. | |
| | Estados Unidos | La legislación de defensa de la competencia es independiente de la legislación de protección del consumidor. | Comisión Federal de Comercio. | |
| ÁFRICA. | Sudáfrica | La legislación de defensa de la competencia es independiente de la legislación de protección del consumidor. | Comisión de Defensa de la Competencia y Tribunal de la Competencia. | Comisión del Consumidor y Tribunal del Consumidor. |
| | Zambia | Antes de 2010, la Ley de Defensa de la Competencia era independiente de la legislación de protección del consumidor. El 2010, mediante la Ley de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor, N° 24, creó un organismo único encargado de ambas esferas. | Comisión de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor. | |
| ASIA Y EL PACÍFICO. | Australia | La Ley de Defensa de la Competencia y del Consumidor, de 2010, abarca tanto la defensa de la competencia como la protección del consumidor. | Comisión de Defensa de la Competencia y del Consumidor de Australia. | |
| | China | La legislación de defensa de la competencia es independiente de la legislación de protección del consumidor. | Administración Estatal de Industria y Comercio Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma Ministerio de Comercio. | |
| | India | La legislación de defensa de la competencia es independiente de la legislación de protección del consumidor. | Comisión de Defensa de la Competencia de la India y Tribunal de Apelación de la Competencia. | El Departamento de Asuntos del Consumidor y Comisión Nacional de Resolución de Litigios de Consumo. |

Fuente: UNCTAD.
