



ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA COMO TRIBUNAL CONSECUENCIALISTA.

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

Autora:

Gabriela Pereira González

Profesor Guía:

Nicolás Carrasco Delgado

Santiago, Chile.

2024

Índice

Introducción	5
Capítulo I:.....	8
El procedimiento contencioso de libre competencia.....	8
1. Breve síntesis de la discusión respecto a la naturaleza del procedimiento.....	10
1.1. La doctrina mayoritaria: Tesis de la naturaleza penal.	13
1.1.2 La doctrina minoritaria: Tesis civilista.....	14
1.1.3 La tesis del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: La naturaleza infraccional o sancionatoria.	18
1.2. Principios formativos del procedimiento contencioso.	18
1.2.1. Principio dispositivo.....	19
1.2.2. Principio dirección formal.....	20
1.2.3. Dirección material del tribunal.....	21
1.2.4. Principio de escrituración.....	23
1.3. El inicio del procedimiento contencioso.....	23
1.3.1. La demanda o requerimiento. Requisitos y admisibilidad en sentido estricto.....	23
1.3.2. Las medidas prejudiciales.....	25
1.4. La contestación de la demanda: excepciones procesales y materiales.	26
1.4.1. Ineptitud del líbello.....	27
1.4.2. Incompetencia del tribunal.	29
1.4.3. Cosa Juzgada.	31
1.4.4. Legitimación pasiva.....	33
1.5. Incidentes en la tramitación del juicio.	35
1.5.1. Abandono del procedimiento.	35
1.5.2. Desistimiento.....	35
1.6. La conciliación.....	37

1.6.1.	El criterio jurisprudencial para aprobar acuerdos conciliatorios.	38
1.7.	El término probatorio y el estándar de prueba.	39
1.8.	Sentencia. Recursos en libre competencia.	41
1.8.1.	La multa a beneficio fiscal.	42
1.8.2.	Recursos.	43
Capítulo II:	44
El consecuencialismo de Amartya Sen.		44
2.1.	La teoría de la justicia de Amartya Sen.	44
2.2.	El consecuencialismo.	47
2.3.	El consecuencialismo y el funcionamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 49	
Capítulo III: EL TDLC como tribunal consecuencialista.		56
3.1.	El carácter consecuencialista de la misión institucional del TDLC y sus implicancias.	57
3.1.1.	La potestad consultiva.	59
3.1.2.	La dictación de instrucciones de carácter general.	60
3.1.3.	La proposición normativa.	61
3.1.4.	La función jurisdiccional.	62
3.2.	El carácter consecuencialista del bien jurídico libre competencia y su influencia en la función jurisdiccional y en el procedimiento contencioso.	62
3.3.	La influencia del consecuencialismo en el procedimiento contencioso de libre competencia. 67	
3.3.1.	Los principios rectores del procedimiento contencioso de libre competencia.	67
3.3.2.	La cosa juzgada.	69
3.3.3.	Legitimación pasiva.	74
3.3.4.	Formas de término del procedimiento: desistimiento, abandono del procedimiento y conciliación.	76
3.3.5.	La sanción en procedimientos contenciosos.	80

Conclusiones	82
Bibliografía	87

Introducción

El artículo 160° del Código de Procedimiento Civil señala que las sentencias “*se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio.*”¹

De la lectura del artículo anterior, podría sostenerse que los Tribunales deben emitir sus decisiones en base a las pruebas que aportan las partes de las afirmaciones de los hechos que han ocurrido en el pasado, sin atender a otras cuestiones, como las consecuencias que podría tener la interpretación o la aplicación del precepto legal en el medio. Sin embargo, ¿realmente todos los Tribunales se sujetan irrestrictamente a esta interpretación?

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante “TDLC”, “Tribunal” o “H.TDLC”) es un órgano relativamente moderno en la regulación de libre competencia de nuestro país. Creado en el año 2003 a través de la ley N°19.911, el Tribunal se caracteriza por tener una misión que lo diferencia profundamente de los demás tribunales de nuestro ordenamiento jurídico: el prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia.

Más allá del hecho de avocarse a la revisión una materia específica, lo que llama la atención de la misión del Tribunal consagrada en el Decreto Ley N°211 (en adelante, “DL”, “DL N°211” o “Decreto Ley”) es el que, además de conocer causas en las que podrían existir prácticas anticompetitivas y sancionarlas en caso de probarse su existencia, puede expresamente *prevenir* en la realización de dichas prácticas.²

Esta misión general de prevención se ve manifestada, por ejemplo, en las facultades consultivas y de proposición normativa del TDLC, establecidas en el artículo 18° del mencionado cuerpo normativo. Si sumamos a estas facultades la circunstancia de que el Decreto Ley es una norma con escasa regulación sustantiva, puede llegarse a la conclusión de que en realidad el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debe ser entendido como un verdadero “ente regulador del comercio” encargado no solo

¹ Artículo 160°, Código de Procedimiento Civil.

² Artículo 5°, Decreto Ley N°211

de la resolución de conflictos en materia de competencia, sino que de la definición de la política de competencia a nivel país.³

Es de esperarse entonces que este Tribunal, producto del rol que se la ha asignado por ley, no tome sus decisiones o racione de la misma manera en la que lo haría un tribunal común y corriente, ya que en el cumplimiento de sus deberes tendrá no únicamente que velar por la defensa del orden público económico en un mercado en particular, sino que deberá además orientar sus decisiones a prevenir y promover la libre competencia. Es decir, el Tribunal tendrá que actuar tomando en consideración no solamente el caso concreto y los hechos que constan en el proceso, sino que también las consecuencias que su decisión podrá acarrear para la competencia en el mercado.

Si bien esta vocación puede ser sin duda apreciada en los procedimientos no contenciosos que se sustancian ante el Tribunal, como fusiones, proposiciones normativas y consultas, en nuestra opinión este espíritu consecuencialista se manifiesta incluso en la sustanciación misma del procedimiento contencioso de libre competencia y en las decisiones que el propio Tribunal toma en este procedimiento.

El presente trabajo tiene como objeto explorar el procedimiento contencioso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a través de la mirada del consecuencialismo del filósofo hindú Amartya Sen, con el objeto de demostrar que la misión de previsión y protección de la libre competencia consagrada en el DL N°211 no solo encuentra una manifestación en las funciones no jurisdiccionales del Tribunal, sino que también influencia profundamente el procedimiento contencioso.

En un primer capítulo, nos dedicaremos a delimitar cuales son las funciones del H. TDLC y especialmente, la manera en la que el procedimiento contencioso funciona. Para ello, analizaremos su naturaleza, las discusiones que se han dado sobre ella, los principios que rigen el proceso y especialmente, la manera en que algunas instituciones procesales han sido entendidas en materia de libre competencia, centrándonos especialmente en aquellas que debido a las diferencias entre los objetivos del procedimiento civil con el de libre competencia, sufren modificaciones.

En una segunda parte, explicaremos muy brevemente la filosofía de Amartya Sen con respecto a su forma de entender a la justicia, vital a su vez para entender el consecuencialismo del autor, que desarrollaremos posteriormente. Una vez que hayamos delimitado su manera de entender el consecuencialismo, enunciaremos las razones por las cuales este principio no puede ser aplicado, como

³ MONTT, Santiago. *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: Una mirada desde las políticas públicas*. Documento de Trabajo. Santiago. p.7

regla general, a los tribunales de nuestro país, y a su vez, las razones por las cuales el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es una excepción a esta afirmación.

Ya en un último capítulo, analizaremos al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a la luz del principio consecuencialista. Comenzaremos esta tarea describiendo brevemente cómo el consecuencialismo se manifiesta en procedimientos no contenciosos sustanciados ante el Tribunal, para acto seguido dedicarnos a examinar los principios e instituciones ya mencionados en el primer y cómo en ellos se puede apreciar el razonamiento consecuencialista del Tribunal.

Capítulo I: El procedimiento contencioso de libre competencia.

El 20 de octubre de 2003 se promulga la Ley N°19.911, la cual cambia de manera drástica la estructura orgánica de la libre competencia en nuestro país, reemplazando a la antigua Comisión Resolutiva por el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, un tribunal colegiado, de naturaleza mixta (integrado tanto por ministros economistas como abogados), y especial, que se encuentra sujeto a la superintendencia de la Excelentísima Corte Suprema (“Corte Suprema”)

De acuerdo con el Artículo 5° del Decreto Ley N°211, el Tribunal de Competencia tiene como función el *“prevenir, corregir y sancionar los atentados a la Libre Competencia”*⁴. A fin de lograr sus objetivos, el Tribunal cuenta con una serie de facultades establecidas expresamente en el Decreto Ley.

Ahora, si bien el H. TDLC es efectivamente un Tribunal, ejerce algunas funciones que ciertamente se apartan a las ejercidas por un órgano jurisdiccional ordinario. En este sentido, las atribuciones o deberes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se encuentran establecidas en el artículo 18° del DL, siendo las siguientes:

“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;

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;

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;

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. (...)

⁴ Artículo 5° DL N°211

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;*

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

7) *Las demás que le señalen las leyes.*”⁵

De todas las funciones del TDLC establecidas en el artículo mencionado, solo la enunciada en el numeral 1° puede ser considerada como propiamente jurisdiccional, mientras que las funciones restantes, de los numerales 2° a 6°, corresponden a potestades administrativas que tradicionalmente son asignadas a órganos de esta misma naturaleza.⁶

Si bien los tribunales ordinarios y especiales también pueden ejercer potestades administrativas, por ejemplo, a través de la dictación de auto acordados, lo cierto es que las facultades otorgadas al TDLC por el Decreto Ley van más allá de esto, ya que en conjunto permiten al Tribunal ser un verdadero *ente regulador del comercio* de nuestro país.⁷

En efecto, la única norma sustantiva del DL 211 corresponde al artículo 3°, que no posee mucha densidad normativa, sino que únicamente se limita a dar algunos ejemplos de lo que se considerará como atentatorio contra la libre competencia. De esta manera, queda entregado al TDLC la facultad de dotar de contenido al Decreto Ley, ya sea a través de su función jurisdiccional, a través de consultas, o incluso, mediante la dictación de instrucciones de carácter general destinadas a ser seguidas por todos los particulares de un determinado mercado, lo que en definitiva le permite moldear la competencia de los mercados chilenos.⁸

Según ha señalado el Tribunal de Defensa de Libre Competencia, su función más importante corresponde a la jurisdiccional, es decir, el conocer y juzgar los conflictos que surgen de atentados a la libre competencia⁹. Esta función se ejerce en el marco del procedimiento contencioso de libre competencia (“procedimiento contencioso”), el cual será el objeto de análisis de este capítulo.

⁵ Artículo 18° DL N°211

⁶ AGÜERO, Francisco. *Alcance y Límites de la Potestad Normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. Santiago, 2011. p.8. [Disponible en: <https://derecho.uchile.cl/dam/jcr:e1833b44-9ce7-45ad-9699-0e987e719afb/7.pdf>]

⁷ En este sentido: MONTT, S. Ob cit. n°3, p.7

⁸Ibid. pp.1-8

⁹ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. *Anuario Mayo 2016/Mayo 2017*. Santiago, 2017, p.5

Aun cuando el propio Tribunal reconoce la importancia de esta función, el procedimiento mediante el cual se sustancia este deber del tribunal se encuentra regulado en tan solo once artículos del DL N°211 (artículos 19° a 29°), número que podría parecer insuficiente para la regulación de un proceso tan complejo. Sin embargo, esta falta de regulación procesal se resuelve con la remisión que el propio Decreto Ley realiza al Código de Procedimiento Civil (en adelante “CPC”) en su artículo 29°, estableciendo la supletoriedad de los libros I y II del mencionado cuerpo normativo, siempre y cuando dichas normas que no sean incompatibles con el espíritu del DL N°211.

Esta condición impuesta por el legislador no es de poca importancia, ya que nos entrega una pauta para analizar que preceptos pueden o no ser aplicables al procedimiento contencioso. El examen de compatibilidad es tarea del TDLC y de la Corte Suprema, siendo aquellos los encargados de dilucidar el ajuste de cada una de las normas del CPC a este procedimiento¹⁰, ejercicio cuyo resultado no es siempre de compatibilidad, tal como veremos más adelante.

Teniendo en mente la aplicación supletoria del CPC al procedimiento contencioso de libre competencia, podemos iniciar su análisis. En primer lugar, nos centraremos en definir la naturaleza del procedimiento como tal, luego, repasaremos brevemente algunos de los principios rectores del procedimiento, los que son necesarios para tener una visión completa del procedimiento. Posteriormente, nos dedicaremos a describir el funcionamiento del procedimiento contencioso como tal, desde las distintas formas mediante las cuales es posible darle inicio, siguiendo por las respuestas de los demandados, algunos de los incidentes que pueden presentarse en el procedimiento, hasta la dictación de la sentencia misma. El análisis será especialmente detallado en aquellos aspectos del procedimiento en los cuales puede evidenciarse un carácter consecuencialista.

1. Breve síntesis de la discusión respecto a la naturaleza del procedimiento.

Antes de entrar a realizar una descripción del procedimiento propiamente tal, resulta útil preguntarnos cuál es la naturaleza de este procedimiento, tema que se discute tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario.

La respuesta que se plantee a esta interrogante no tiene una importancia puramente conceptual, sino que influenciará una serie de características del procedimiento, tales como las garantías involucradas, el

¹⁰ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 de diciembre de 2017, Sentencia N°160/2017 en la causa Rol C N°299-2015 p.90. [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_160_2017_.pdf]

estándar de prueba aplicable, los derechos de las partes e incluso los principios formativos que corresponden al mismo. Como veremos en el capítulo III, además, la naturaleza del procedimiento contencioso estará relacionada con el carácter que se propone que este posee, uno consecuencialista.

Para contextualizar esta discusión, resulta necesario dejar claro en primer lugar las diferencias entre el procedimiento civil y el procedimiento penal, es decir, aquel que se identifica con el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Las diferencias, como veremos, vienen dadas en su mayoría por la preocupación que existe de parte del legislador en el caso del proceso penal por las consecuencias que tendrá la aplicación de la sanción privativa de libertad sobre el imputado.

Una primera diferencia está dada por la naturaleza de la sanción. En el procedimiento civil la sanción tiene naturaleza sustituible y transferible. Es sustituible en cuanto a que en el mal impuesto mediante un procedimiento civil es negociable, puede pactarse que sea cumplida por un sujeto distinto de aquel a quien se le ha impuesto la sanción, e incluso, puede estipularse que esta sea cumplida bajo una modalidad distinta a la establecida originalmente. Por otro lado, la sanción civil es transferible en cuanto a que la deuda puede ser satisfecha por alguien distinto al deudor, existiendo incluso la institución de la cesión de los créditos litigiosos.¹¹

Estos dos aspectos de la sanción civil no son concebibles en el ámbito penal, toda vez que la sanción impuesta al condenado no podrá ser jamás cumplida por una persona de un modo distinto al establecido, o soportada por otra persona.¹² Aquí puede evidenciarse el carácter retributivo de la sanción penal, toda vez que lo que interesa es que el sujeto pasivo del juicio, a quien se le realiza un reproche, sea quien cumpla con la sanción.

Fruto de la magnitud de las sanciones impuestas en el ámbito penal del derecho, en las que están en juego derechos fundamentales de las personas, es que este también se caracteriza por poseer una clara distribución de garantías en favor del imputado. Una de las áreas en las que más se puede apreciar la existencia de las garantías corresponde a la prueba en el proceso penal, como, por ejemplo, la prohibición de condenar al imputado con el sólo mérito de su propia declaración (artículo 340, inciso 3° CPP).¹³

¹¹ CARRASCO, Nicolás, *Procedimiento contencioso de libre competencia* N/P pp.1-2

¹² MAÑALICH, Juan, *Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva*, InDret p.2. [Disponible en: En: <http://www.indret.com/pdf/1126.pdf>.]

¹³ CARRASCO, N. Ob.cit. (n°11), p.2

El imputado también se ve favorecido dentro del procedimiento penal con respecto al estándar probatorio aplicable en el procedimiento. En términos simples, puede definirse al estándar probatorio como aquel criterio que nos señala “cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuando está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe”.¹⁴ En sede penal, el estándar probatorio está determinado previamente por la ley, siendo la única área del derecho en la cual es el legislador se encarga expresamente de preestablecerlo.

Según el artículo 340 del Código Procesal Penal, el estándar probatorio corresponde al denominado “más allá de toda duda razonable”, siendo la duda razonable aquella duda que “llevaría a las personas prudentes a dudar antes de actuar en materias de importancias para ellos mismos”¹⁵. Este es el estándar más estricto que contempla nuestra legislación, siendo necesario que el grado de convicción que alcance al juez respecto del hecho sea cercano o superior al 90% para que pueda condenar al imputado.¹⁶

En el ámbito civil en cambio, la magnitud de la sanción a aplicar no es tan grande, por lo que la preocupación del legislador por errores tipo I, es decir, de condena a un inocente, no es tan grande. De esta manera, en el ámbito civil se contempla un estándar de prueba más laxo, de “prueba preponderante”, o de “probabilidad mayor o prevaleciente”, en el que la probabilidad de ocurrencia del hecho a probar oscila de un 50,1% a un 60%¹⁷. En este tipo de procedimientos, no se contempla un estándar de garantías en favor de alguna de las partes, al contrario, se asume que ellos están en igualdad jurídica.

Así las cosas, cabe preguntarse con cuál de estas dos naturalezas se puede identificar el procedimiento contencioso de libre competencia. Podemos identificar tres posturas:

Una primera tesis define al procedimiento contencioso de libre competencia como uno en el que rige el *ius puniendi* estatal, es decir, que asemeja este procedimiento a uno de naturaleza penal. Una segunda postura corresponde a la defendida por el propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, correspondiente a la tesis que denominaremos de “naturaleza infraccional”. Finalmente, un tercer postulado defiende la naturaleza civil del procedimiento.

¹⁴ GASCÓN, Marina. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Doxa Cuadernos de Filosofía de Derecho, Madrid, 2008. p.129.

¹⁵ HORVITZ, María y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

¹⁶ MATORANA, Cristián, y MONTERO, Raúl. *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Santiago, 2012. pp. 993.

¹⁷ *Ibid.* pp.993-995

1.1. La doctrina mayoritaria: Tesis de la naturaleza penal.

La tesis de la naturaleza penal del procedimiento contencioso de libre competencia es defendida por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia de nuestro país. Para esta postura, las sanciones aplicadas en libre competencia son el “(...) *reflejo de la acción punitiva del Estado*”.¹⁸

Si bien la tesis tiene sustento, creemos que no define correctamente al procedimiento contencioso. A continuación, se presentará un resumen de los argumentos otorgados por esta parte de la doctrina, seguidos de las razones por las cuales consideramos que estos fundamentos no son correctos.

i) Las sanciones de multa que establece el artículo 26° del DL 211 tienen naturaleza penal en virtud del artículo 25° del Código Penal.

Al respecto, podemos señalar que no necesariamente es efectivo que esta norma sea la que determine la naturaleza de la multa. En el caso del ámbito penal la multa asume esta naturaleza por ser una pena accesoria, que se establece por fines de retribución o disuasión. Sin embargo, ello no impide que, en caso de usarse en otras sedes, tales como libre competencia, ella no pueda tener un carácter diferente. En este caso, la multa tiene como fin los propios de la libre competencia, es decir la adecuación de los agentes económicos a las normas.¹⁹

ii) La multa no es disponible en sede de libre competencia.

Un segundo argumento dado por esta parte de la doctrina, cita al artículo 26°, letra c) del Decreto Ley N°211. El mencionado precepto dispone “*las multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma*”.²⁰ Es decir, la multa no es disponible por sustitución, cuestión que no es compatible con la sanción civil, que como hemos señalado precedentemente, si es transferible.²¹

Sobre este punto, puede sostenerse que tampoco es de la esencia de la sanción penal que ella no sea disponible, toda vez que la pena no sustituible es el presidio, sin embargo, no existe norma que no permita la sustitución en el caso de la multa. Por otro lado, el carácter de no sustituible de la multa

¹⁸ ROMERO, Juan. *Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?*, Documento de Trabajo, Centro de Libre Competencia UC, 2007, p.35

¹⁹ CARRASCO, N. Ob.cit. (n°11) pp.4-5

²⁰ Artículo 26° DL N°211

²¹ CARRASCO, N. Ob.cit. (n°11) p.5

aplicada a personas naturales en sede de libre competencia es excepcional y obedece únicamente a razones circunstanciales, ya que a partir de esta prohibición se busca asegurar la efectividad de la multa.²²

iii) **La participación de órganos de la administración del estado en el procedimiento.**

El tercer argumento se refiere a la participación de la Fiscalía Nacional Económica como parte del procedimiento, un órgano investigador y persecutor que puede asociarse la Fiscalía Nacional. En este caso el argumento también es incorrecto, ya que la Fiscalía no es el único organismo que puede iniciar el procedimiento contencioso, también puede ser iniciado por particulares.²³

1.1.2 La doctrina minoritaria: Tesis civilista

Esta tesis se desarrolla con mayor sustento en la prevención realizada por los ahora ex ministros del TDLC Javier Tapia Canales y Jaime Arancibia Mattar, en la sentencia dictada a propósito del requerimiento interpuesto por la FNE en contra de CMPC *Tissue* y SCA, respecto a la popularmente denominada “Colusión del *Confort*”.

En la prevención, los ministros exponen argumentos de tipo dogmáticos, de eficiencia y orgánicos para sostener que el estándar de prueba aplicable en estos casos corresponde al del procedimiento civil, aplicándose lo que ellos denominan un estándar de “balance de probabilidades”.²⁴

Los ministros inician la exposición de su postura contextualizando la problemática, señalando que en Chile no existen normas que consagren los estándares de prueba, a excepción del ámbito penal, que cuenta con el artículo 340° del Código Procesal Penal. El derecho de libre competencia no es excepción a esta omisión del legislador, contando únicamente con la remisión realizada en el artículo 29° del DL 211. En todo caso, esta norma no sería suficiente, ya que, (i) el CPC no consagra un estándar probatorio, y (ii) incluso si lo estableciera explícitamente, sería necesario dilucidar si es compatible con el espíritu del Decreto Ley,²⁵ razón por la cual correspondería a la doctrina y jurisprudencia hacerse cargo de esta interrogante.

La primera arista desde la cual se analiza la interrogante es de carácter dogmática. Desde este punto de vista, para saber qué estándar de prueba aplicar, será necesario determinar la naturaleza de la responsabilidad imputada, la cual podrá ser civil o penal. Ya que la responsabilidad penal envuelve un

²²Ibid. pp.5-6

²³ Ibid. p.6

²⁴ H. TDLC. Ob. Cit (n°10), p.89

²⁵ Ibid, p.9

reproche social mayor por atentar contra intereses públicos de gran importancia, el estándar de prueba es altísimo, exigiéndose al juez un nivel de convicción más allá de toda duda razonable para poder condenar al imputado, en vista de que la retribución y la imputación son de mayor entidad. La responsabilidad civil, en cambio, se vincula con intereses de carácter patrimonial, por lo que cuenta con un estándar de prueba menos exigente.²⁶

Siguiendo este orden de ideas, se plantea que el derecho de libre competencia es parte de la regulación económica, el cual impone cargas públicas predeterminadas que son avaluables pecuniariamente, consistentes en obligaciones de dar, hacer o no hacer, y por ende “su incumplimiento genera necesariamente una responsabilidad patrimonial infraccional y, sólo eventualmente, en el caso de infracciones particularmente graves para el interés social, una responsabilidad penal o retributiva”²⁷.

El TDLC sería el organismo encargado, a través de su función jurisdiccional, de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial infraccional, según se infiere de los artículos 3° y 26° del Decreto Ley, los cuales imponen precisamente obligaciones de dar, hacer o no hacer, destinadas tanto a corregir infracciones a las obligaciones establecidas en la regulación, así como a prevenir eventuales vulneraciones futuras. Por lo tanto, las únicas diferencias con la responsabilidad contractual privada, corresponderían a la fuente de la obligación, que en el caso de la libre competencia sería de carácter legal y al interés que se afecta con la infracción, que es público. De esta manera, el estándar probatorio correspondería al civil.²⁸

El problema respecto al estándar probatorio y, por ende, de la naturaleza del procedimiento, también puede ser abordado desde el prisma de los argumentos económicos. Para dar una mayor claridad a sus argumentos, los ministros explican que desde el punto de vista del análisis económico del derecho, resultará deseable que los sistemas judiciales sean eficientes, lo que implica minimizar la posibilidad de que ellos cometan errores al momento de juzgar las conductas que se les presenten, debiendo intentar evitarse tanto los errores de Tipo I, es decir, dar por probado algo que en realidad no ha ocurrido, por ejemplo, sancionando un hecho lícito, así como de Tipo II, o sea, no teniendo por acreditado algo que efectivamente ha ocurrido.

²⁶ Ibid, p.92.

²⁷ Ibid, p.93 (el subrayado es propio)

²⁸ Ibid, p.93

En el ámbito penal, el error de Tipo I, es decir, la condena de un inocente es considerado mucho más dañino, precisamente por todas las garantías que están en juego. En cambio, en el área civil la probabilidad de cometer errores de Tipo I o Tipo II se distribuye de manera igualitaria.

En el voto de prevención los ministros declaran que el derecho de libre competencia no puede preferir un tipo de error por sobre otro y, por lo tanto, no puede asemejarse al estándar de prueba penal, ya que tiene por objeto el moldeamiento del comportamiento de agentes económicos en base obligaciones civiles. Su objetivo principal es el hacer coercible estos deberes y disuadir a los destinatarios de la norma de cometer infracciones, por lo que ambos tipos de errores serán desaconsejables.²⁹

Finalmente, los ministros toman en cuenta los aspectos de la estructura del Tribunal de Competencia que ya hemos revisado. Desde esta perspectiva, para determinar el estándar probatorio aplicable debemos revisar al órgano encargado de atribuir la responsabilidad. Al ser el TDLC un órgano independiente, imparcial, colegiado y especializado, que decide además en el contexto de un procedimiento en el que la entidad acusatoria no goza de privilegios al momento de ponderarse la prueba, resulta improbable que exista una tendencia a cometer más errores de Tipo I o que de Tipo II, o viceversa, por lo que no sería necesario el aplicar un estándar de convicción mayor.

Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que las decisiones del TDLC son revisadas por su superior jerárquico, la Corte Suprema, que revisa los hechos, el derecho e incluso la política de competencia, por lo que la posibilidad de cometer errores Tipo I o II disminuye aún más.³⁰

Debido a los argumentos expuestos anteriormente, los ministros concluyen que el estándar probatorio es el de balance de probabilidades, siendo por ende la naturaleza del procedimiento, de tipo civil.

La idea de que la naturaleza del procedimiento contencioso es de carácter civil no ha sido avalada únicamente por este voto de prevención, sino que también ha sido desarrollada en jurisprudencia más reciente, a propósito de la absolución de posiciones.

En el caso de Buses Valdivia, la Fiscalía Nacional Económica solicitó citar a absolver posiciones, entre otros, a don Claudio Azar Albornoz, en representación de la requerida, Sociedad de Transportes Avenida Alemania, solicitud a la cual el TDLC dio lugar.

²⁹ Ibid, pp.95-96

³⁰ Ibid, pp.96-98

Con fecha 30 de septiembre de 2019, la Sociedad de Transportes Avenida Alemania, una de las empresas requeridas por la Fiscalía, interpuso un recurso de reposición en contra de la aludida resolución, solicitando dejarla sin efecto . Según se expuso, no sería procedente la absolución de posiciones de don Claudio Azar, ya que, en virtud del nuevo tipo penal establecido en la ley N°20.945, la Fiscalía podría eventualmente interponer una querrela por los hechos sobre los cuales versa la causa. En ese caso, la absolución de posiciones tendría el carácter de confesión provocada, vulnerándose los principios de no-autoincriminación y el derecho a guardar silencio del imputado.³¹ De la lectura del recurso interpuesto por la requerida, puede inferirse que en él se pretendía otorgar al procedimiento de libre competencia un carácter penal.

Con fecha 9 de octubre de 2019, el Tribunal rechazó el recurso de reposición intentado, exponiendo que el procedimiento del DL 211 y el eventual procedimiento penal no tienen un carácter único y continuo, sino que constituyen dos instancias diferentes. Además, se señaló que los procedimientos tienen distinta naturaleza jurídica, y por ende, un régimen de garantías distinto. En el caso del procedimiento contencioso, señala que a este se le aplica de forma supletoria los Libros I y II del CPC, y por ende que el régimen de garantías es el de las propias del procedimiento civil.³² De esta manera, el Tribunal reconoce la naturaleza civil del procedimiento.

³¹ Recurso de reposición de Sociedad de Transportes Avda Alemania-P y otros, de fecha 30 de septiembre de 2019, presentado en la causa C N°361-2019 TDLC, pp.3-7

³² H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 9 de octubre de 2019, en la causa C N°361-2019, p.1

1.1.3 La tesis del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: La naturaleza infraccional o sancionatoria.

Una tercera postura es la sostenida por el TDLC en algunas sentencias en las que define al proceso contencioso como uno de naturaleza “infraccional”³³ o “sancionatoria”³⁴, término que prefiere a partir del 2009 y que también ha sido usado por la Corte Suprema.³⁵

Consideramos que esta definición no puede ser correcta al definir la naturaleza del procedimiento contencioso, toda vez que subsiste la pregunta de si las sanciones serán de naturaleza civil o penal, no siendo suficiente la mención a que nos encontramos frente a un procedimiento en el que se imponen sanciones.³⁶

1.2. Principios formativos del procedimiento contencioso.

Aclarada la naturaleza del procedimiento contencioso de libre competencia, se hace necesario revisar los principios que lo rigen. Al respecto, debemos tener en cuenta que los principios formativos corresponden a mandatos de optimización que sirven de base para la construcción del sistema procesal, de los instrumentos esenciales de la función jurisdiccional y para el conjunto de normas jurídicas consagradas en los procedimientos señalados.³⁷ Es el legislador quien decide qué principios escoger para formar el procedimiento, ya que estos deben adaptarse a las finalidades que se persiguen en él.

Tradicionalmente, los principios formativos se encuentran en la forma de binomios, existiendo para cada principio su contrapuesto. La circunstancia que el legislador haya escogido a uno de estos principios en favor del otro no quiere decir que este tenga una aplicación exclusiva en el procedimiento,

³³ Véase H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 26 de junio de 2018, Sentencia N°69/2008, en la causa C N°112-06, p.14. [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_69_2008.pdf]; H. TDLC, 4 de noviembre de 2008, Sentencia N°77/2008, en la causa C N°137-07, p.11. [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_77_2008.pdf] y H. TDLC, 22 de enero de 2009, Sentencia N°82/2009, en la causa C N°140-07, p.15. [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_82_2009.pdf]

³⁴ Véase, H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dos de julio de 2009, Sentencia N°85/2009, en la causa C N°79-05, p.72 Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/07/sent_85_2009.pdf ; y H. TDLC, 22 de junio de 2011, Sentencia N°112/2011, en la causa C N°194-09, p.21 [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_112_2011.pdf]

³⁵ Excelentísima Corte Suprema, Sentencia de fecha 29 de octubre de 2015, en la causa N°27.181-2014, p.85 [Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2015/10/secs_27_181-14.pdf]

³⁶ CARRASCO, N. Ob.cit. (n°11), p.13

³⁷ MATURANA, Cristián. *Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Derecho procesal orgánico*. Editorial Librotecnia, Sexta Edición, Santiago, 2018. p.161.

sino que es preferente en relación al otro principio en la situación jurídica en cuestión.³⁸ Por ejemplo, el procedimiento ordinario de mayor cuantía en materia civil es predominantemente escrito, pero ello no obsta a que la audiencia de conciliación sea llevada de manera verbal. De esta manera, queda en evidencia que los principios únicamente son normas que nos ordenan que algo sea realizado en la medida de lo posible y, por lo tanto, pueden ser satisfechos en grados.³⁹

Los principios formativos están fuertemente vinculados con los fines del procedimiento, por lo que su análisis resultará muy útil para entender los objetivos y la lógica del procedimiento mismo. Bajo esta premisa, en este subapartado nos dedicaremos a analizar algunos de los principios más importantes.

1.2.1. Principio dispositivo.

El primer principio formativo que revisaremos corresponde al principio dispositivo, que se encuentra en contraposición al principio de oficialidad. En los procedimientos guiados por el principio dispositivo corresponde a las partes disponer sobre la controversia jurídica, es decir, son ellas las que deben dar inicio al procedimiento y definir su contenido, limitándose el juez a la dirección formal del procedimiento.⁴⁰

Este principio se encuentra consagrado en los artículos 18° numeral 1° y en el inciso segundo del artículo 20° del Decreto Ley, correspondiendo, por lo tanto, a la Fiscalía Nacional Económica o a los particulares dar inicio al procedimiento, ya sea a través de una demanda o de un requerimiento y definir a través de este escrito las acciones sobre las que versará la causa. A *contrario sensu*, puede señalarse que el Tribunal no está facultado para iniciar este procedimiento.

El TDLC ha afirmado anteriormente que el principio dispositivo no resulta aplicable en este procedimiento en vista del interés público involucrado en las causas de las que conoce, razón por la cual se encuentra habilitado para ejercer facultades que resultan, a su juicio, contrarias a este principio, tales como (i) impulsar de oficio el procedimiento; (ii) decretar en cualquier estado de la causa las diligencias probatorias que estime pertinentes; y (iii) decretar de oficio medidas cautelares.⁴¹ Si bien compartimos

³⁸ NÚÑEZ, René y CORTÉS, Mauricio. *Derecho procesal de familia*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2012, pp. 82-83

³⁹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa, Segunda Edición, Barcelona, 2004, p. 162.

⁴⁰ SELAMÉ, Jorge. *Manual de Derecho Procesal para Examen de Grado*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Sexta Edición, Santiago, 2022, p.124

⁴¹ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 25 de octubre de 2013, Sentencia N°132/2013, en la causa C N°242-12, p.34

el argumento de que las facultades mencionadas son muestra de la influencia que tiene en el procedimiento el interés público que se ve comprometido en casos de libre competencia, consideramos que estas facultades no son contrarias al principio dispositivo, por lo menos no en su sentido estricto.

En su razonamiento, el Tribunal parece recoger la acepción en sentido amplio del principio dispositivo, es decir, aquella que incluye dos principios formativos distintos: En primer lugar, el principio dispositivo en sentido estricto, que se relaciona con la capacidad que tienen las partes de disponer de la acción y acudir al órgano jurisdiccional, y en segundo lugar, el principio de aportación de parte, que engloba el monopolio que tienen las partes para aportar al procedimiento hechos y pruebas.⁴²

Si consideramos al principio dispositivo únicamente en su sentido estricto, entonces si puede tener aplicación en el procedimiento contencioso de libre competencia. Como explica el profesor Raúl Núñez, debemos distinguir entre aquellos hechos que singularizan la causa de pedir, por un lado, y aquellos que sirven de justificación o motivación de ella, por el otro. La exclusividad para determinar los hechos que especifican la causa a pedir descansa en el principio dispositivo, mientras que la facultad exclusiva para establecer los hechos que sirven de justificación a la causa de pedir descansa en un principio diferente, en el principio de aportación de parte, por lo que en la medida de que los hechos sobre los cuales el tribunal ejerza las facultades conferidas por la ley sea en los segundos, que son precisamente sobre los cuales la ley le faculta para actuar, no habrá infracción alguna al principio dispositivo en su sentido estricto.⁴³

1.2.2. Principio dirección formal

Si bien el procedimiento contencioso no puede ser iniciado de oficio por el Tribunal, de acuerdo al principio de dirección formal, el Tribunal puede - y debe - dar impulso a la tramitación del procedimiento, desde la presentación de la demanda, requerimiento o medida prejudicial, hasta la dictación de la sentencia. Este principio puede evidenciarse en varias de las disposiciones del Decreto Ley, y aparece especificado en el artículo 20°, que establece “*El procedimiento será escrito, salvo la vista de la causa, público e impulsado de oficio por el Tribunal hasta su resolución definitiva. (...)*”⁴⁴

⁴² MONTERO, Juan; GÓMEZ, Juan y BARONA, Silvia. *Derecho Jurisdiccional*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 355

⁴³ NÚÑEZ, Raúl. *Libre competencia y debido proceso* En: *Reflexiones Sobre el Derecho de la Libre Competencia*, Santiago, 2017, pp.246-258. [Disponible en: <http://transparencia.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/FNE-Libro.pdf>]

⁴⁴ Artículo 20°, Decreto Ley N°211 (el subrayado es propio)

Un ejemplo de aplicación de este principio en la ley corresponde a la notificación de la resolución que recibe la causa a prueba. Al respecto, el artículo 21° del DL 211 establece que en caso de no notificarse la resolución por cédula en un plazo de 30 días hábiles, el propio tribunal procederá a notificarla por estado diario.

Asimismo, puede mencionarse el artículo 22°, en el cual se señala que, vencido el plazo para contestar la demanda, sea que se haya evacuado o no traslado, el tribunal podrá llamar a las partes a conciliación si lo considera necesario.

El principio de dirección formal del Tribunal es un claro ejemplo del interés público que está comprometido en este procedimiento. Ya que la supuesta vulneración a la libre competencia que se denuncia en la causa concierne no solo a las partes, sino que eventualmente podría afectar a consumidores u otros participantes del mercado en el que se desarrolla el conflicto, el Tribunal está expresamente habilitado para impulsar el procedimiento y asegurar el resguardo de la libre competencia, lo que va en línea con su misión institucional.

1.2.3. Dirección material del tribunal.

Otro binomio que debemos analizar corresponde al compuesto por el principio de aportación de parte y el principio de investigación de oficio. En el caso del principio de aportación de parte, propio de los procedimientos civiles, serán éstas quienes tengan que cumplir con la carga probatoria y las que estén a cargo de iniciar los actos de producción de la prueba. Por otro lado, en caso de imperar el principio de investigación de oficio, será el tribunal quien investigue los hechos de la causa y produzca pruebas, no estando vinculado únicamente a las pruebas que aporten las partes al proceso.

El procedimiento contencioso se caracteriza por la presencia del principio de dirección material del Tribunal. Si bien las partes aportan y producen pruebas, el TDLC también está facultado para inmiscuirse y solicitar las diligencias probatorias que estime pertinentes, imperando en este sentido el principio de investigación de oficio⁴⁵. Este principio se encuentra consagrado en el inciso segundo del artículo 22° del DL 211, el cual señala “(...) *El Tribunal podrá decretar, en cualquier estado de la causa y aun después de su vista, cuando resulte indispensable para aclarar aquellos hechos que aún parezcan oscuros y dudosos la práctica de las diligencias probatorias que estime convenientes*”.⁴⁶

La aplicación de este principio ha sido objeto de controversia jurídica en el pasado. En el recurso de reclamación presentado por Cruz Verde en el caso Farmacias, el reclamante alegó que la producción

⁴⁵ Nuñez. R. Ob. cit (n°44) p.275

⁴⁶ Artículo 22° DL N°211

de prueba de oficio por parte del Tribunal atentaría en contra de la garantía de debido proceso y de imparcialidad del juzgador, ya que a través de estas diligencias el TDLC adoptaría un rol investigador e inquisitivo que no le corresponde.⁴⁷

La Corte Suprema desestimó tales argumentos, expresando que el uso de las facultades de dirección material del procedimiento no importan una afectación al debido proceso y no ponen en riesgo su imparcialidad. En específico, señaló que *“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se encuentra expresamente facultado para decretar de oficio diligencias probatorias, por lo que no puede inferirse que pierda la imparcialidad por este motivo”*⁴⁸

El tribunal profundizó su argumento señalando que la prueba no importa únicamente a las partes, sino que también al juez. En este sentido, la prueba tendría como finalidad lograr la convicción del juez respecto de determinados hechos, siendo lo relevante, para fines de evitar una vulneración al principio de imparcialidad del tribunal, que el juez no anule la prueba producida por alguna de las partes, cuestión que no aconteció en el caso de autos.⁴⁹

En cuanto a la doctrina, resulta relevante la opinión del profesor Raúl Núñez emitida en un informe solicitado por la Fiscalía Nacional Económica a propósito de la causa en comento. En su informe, Núñez señaló que es erróneo afirmar que la investigación de oficio de parte del Tribunal pueda suponer una vulneración al debido proceso, en términos de que los ministros dejarían de ser imparciales. En efecto, no se podría considerar que exista una vulneración a la garantía de contar con un juez imparcial que decida sobre la controversia en razón de que: (i) diversas legislaciones europeas cuentan con sistemas en los que los jueces pueden -y deben- producir pruebas de oficio, por lo tanto, de concluirse que en este caso se vulnera el debido proceso, deberíamos entender que en todas las legislaciones europeas existe una vulneración similar; (ii) los jueces adoptan una posición a favor de una de las partes en todas las etapas del proceso cada vez que deciden sobre alguna cuestión en él, sin perder su imparcialidad, por lo tanto, el ordenar una diligencia probatoria que eventualmente pudiese favorecer a una de las partes tampoco los convertiría en parciales; y (iii) la función social del proceso, que corresponde a la reducción del error en los juicios de hecho, se ve satisfecha y es coherente con la dictación de diligencias probatorias

⁴⁷ Excelentísima Corte Suprema, Sentencia de fecha 7 de septiembre de 2012, en la causa N°2578-2018, pp.113-115.

⁴⁸ Ibid. p.116

⁴⁹Ibid, pp.116-118

por parte del Tribunal, toda vez que ellas solo buscan aumentar las posibilidades de resolver el conflicto de acuerdo a derecho, esclareciendo los hechos.⁵⁰

Al igual que el principio de dirección formal, el principio de dirección material es una manifestación de la influencia que ejerce el interés público involucrado en este tipo causas en la configuración de la forma en la que se sustancia el procedimiento de libre competencia.

1.2.4. Principio de escrituración.

Finalmente, y solo para tener claridad respecto a la forma en la que se sustancia este procedimiento, resulta relevante señalar que según el artículo 20° del DL 211, el procedimiento contencioso es escrito, con excepción de la vista de la causa y ciertas diligencias de prueba que pueden ser orales.

1.3. El inicio del procedimiento contencioso.

El procedimiento contencioso puede iniciarse mediante un requerimiento realizado por el Fiscal Nacional Económico, por medio de una demanda efectuada por un particular, o también a través de la interposición de medidas prejudiciales. Revisaremos cada uno de los supuestos de inicio.

1.3.1. La demanda o requerimiento. Requisitos y admisibilidad en sentido estricto.

El requerimiento y la demanda se entienden sujetos a los mismos requisitos, señalados en inciso segundo del artículo 20° del Decreto Ley. Además de cumplir con los requisitos comunes a toda demanda exigidos en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, la ley nos señala que el requerimiento o demanda realizado en esta sede debe cumplir con dos exigencias especiales, correspondientes a: (i) la exposición clara y determinada de los hechos, actos o convenciones que infringirían la Ley de Competencia y además; (ii) la indicación de los mercados en los que incidiría esta infracción.

Al momento de presentarse una demanda ante el TDLC, el Tribunal procederá a constatar que se cumplen los requisitos de admisibilidad de la demanda, esto es, verificará el cumplimiento de los números 1), 2) y 3) del artículo 254 del CPC y además de los requisitos especiales en sede de libre competencia. Denominaremos a estos requisitos como requisitos de admisibilidad *en sentido estricto*, es decir, aquellos en virtud de los cuales la demanda puede considerarse como apta, y por ende ser aceptada para su tramitación ante el TDLC.

⁵⁰ NÚÑEZ, R. Ob. cit. (n°44), pp.275-277.

No debemos confundir los requisitos de admisibilidad en sentido estricto con los de *sentido amplio*, objeto de la excepción dilatoria de ineptitud del libelo. Estos requisitos tienen un estándar de exigencia ligeramente más alto, agregando nuevos criterios a la revisión de la demanda. Ante la interposición de la excepción de ineptitud del libelo, el tribunal desde hace ya varios años ha entendido que la demanda o requerimiento cumplirá los requisitos del artículo 20° del Decreto Ley (y por tanto, no se acogerá la excepción presentada) cuando este contiene: “(i) la descripción suficientemente clara de los antecedentes del caso, de las conductas imputadas y de la época en que éstas tuvieron lugar; (ii) la indicación del mercado relevante en que dichas conductas incidirían; y (iii) la enunciación de las razones por las cuales los hechos imputados impedirían, restringirían o entorpecerían la libre competencia, o tenderían a ello”⁵¹

A los requisitos de admisibilidad en sentido amplio puede sumarse un cuarto, reconocido por el propio TDLC en el caso Cines. A juicio del Tribunal, las peticiones de la demanda o requerimiento deben contener necesariamente la mención de las sanciones pretendidas por el requirente o demandante, no siendo suficiente la enunciación de pretensiones meramente declarativas.⁵² Lo anterior correspondería a una aplicación del numeral 5) del artículo 254 del CPC, por lo que simplemente sería una profundización de los requisitos ya enunciados en el artículo 20° del DL 211.

Volviendo a los requisitos de admisibilidad en sentido estricto, cabe señalar que en el caso Cirujanos I el Tribunal dio a entender que existiría requisito adicional a tener en cuenta al momento de presentar un demanda o requerimiento por colusión: la necesidad de que en este se acuse a dos o más sujetos.

Según el TDLC, el ilícito de colusión, en su calidad de conducta coordinada, exige para su juzgamiento el que la imputación se realice a dos o más competidores. En el caso Cirujanos I, la FNE requirió únicamente a la Asociación Gremial de Cirujanos de la V Región (“AGC”), por lo que el Tribunal juzgó que el requerimiento no estaba planteado de una manera que permitiese conocer y juzgar el supuesto acuerdo colusorio. En su fundamentación, el TDLC afirmó que el rechazo del requerimiento no se fundó en consideraciones del fondo, al contrario, únicamente sería la aplicación del requisito

⁵¹ Véase, entre otros, H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de 8 de julio de 2021, Rol C N° 406-20; H. TDLC, resolución de 5 de enero de 2022, Rol C N° 433-21; H. TDLC, resolución de 3 de mayo de 2022, Rol C N° 439-22; H. TDLC, resolución de 29 de septiembre de 2022, Rol C N° 454-22; H. TDLC, resolución de 13 de octubre de 2022, Rol C N° 453-22; H. TDLC, resolución de 9 de diciembre de 2022, Rol C N° 464-22, y H. TDLC, resolución de 3 de enero de 2023, Rol C N° 466-22.

⁵² H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 11 de septiembre de 2012, Rol C N° 240-12, p.3 [Disponible en: <https://consultas.tdlc.cl/download/daf64a62349fd0324b92201763fe1196?inlineifpossible=true>]

especial de libre competencia de exposición clara y determinada de los hechos, expresado en el artículo 20 del Decreto Ley, que ya mencionamos precedentemente.⁵³

En nuestra opinión, el análisis realizado por el tribunal es erróneo, toda vez que en los hechos agrega un nuevo requisito de admisibilidad en sentido estricto para considerar al requerimiento por colusión como apto, en circunstancias de que este no puede ser un requisito de admisibilidad, ya que se refiere a cuestiones sobre la legitimación pasiva en el requerimiento, un elemento de fondo que debiese ser resuelto en la sentencia definitiva, a fin de poder ser susceptible a su vez de un recurso de reclamación.⁵⁴

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la decisión del tribunal implica establecer como requisito para requerir por colusión el que la acción se dirija a más de un solo sujeto, por ende, en una hipotética situación en la que únicamente subsista una de las empresas integrantes de un cartel no podría requerirse por la conducta al autor sobreviviente, por más contraria a la normativa de libre competencia que pudiese resultar.⁵⁵

1.3.2. Las medidas prejudiciales

Como hemos señalado precedentemente, el Decreto Ley establece la supletoriedad de los libros I y II del Código de Procedimiento Civil, por lo tanto, son perfectamente aplicables al procedimiento contencioso las medidas prejudiciales establecidas en dicho código, siendo esta la segunda forma de dar inicio al procedimiento.

A modo de contextualización, podemos definir a las medidas prejudiciales como “*medios que franquea la ley a las partes litigantes para preparar su entrada al juicio*”⁵⁶. Podemos clasificar las medidas prejudiciales según su función, de esta manera, podremos encontrar: (i) medidas prejudiciales destinadas a preparar la demanda; (ii) medidas prejudiciales destinadas a procurarse pruebas que podrían desaparecer y (iii) medidas prejudiciales destinadas a asegurar el resultado de la acción que se pretende entablar.⁵⁷

En sede de libre competencia las medidas prejudiciales adquieren importancia por dos motivos especiales. En primer lugar, de acuerdo con la jurisprudencia del H. TDLC, con su interposición se

⁵³ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 20 de julio de 2017, en la causa C N° 322-17, p.1

⁵⁴ CARRASCO, Nicolás. *Apuntes de Clase, Procedimientos de Libre Competencia*, N/P p.40

⁵⁵ *Ibid.* p.40

⁵⁶ CASARINO, Mario. *Manual de Derecho Procesal, Tomo III*. Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición, Santiago, 2012, p.202

⁵⁷ *Ibid.* p.203

interrumpe el plazo de prescripción, ya que la interposición de estas medidas busca preparar la entrada a un juicio que tiene por objetivo el resguardo de la libre competencia.⁵⁸ Lo anterior representa una marcada diferencia con el procedimiento civil, en el cual el plazo de prescripción se interrumpe con la mera presentación de la demanda, siendo la notificación de ella una condición para alegar la prescripción.⁵⁹ También, y por otro lado, las medidas prejudiciales adquieren importancia ya que son un buen instrumento para recabar información que podría ser necesaria para la presentación de la demanda y que de otro modo sería sensible o confidencial.

1.4. La contestación de la demanda: excepciones procesales y materiales.

Presentada la demanda o requerimiento, se conferirá traslado a los demandados por el plazo de 15 días hábiles, o por un plazo máximo de 30 días, en caso de que el Tribunal así lo señale⁶⁰. El o los demandados podrán (i) no hacer nada, siendo declarados en rebeldía; (ii) contestar la demanda; (iii) reconvenir o; (iv) interponer excepciones. En este trabajo no analizaremos las tres primeras opciones, ya que a un nivel estrictamente procesal estas respuestas no revisten de mayores diferencias que las propias del procedimiento civil. En su lugar, nos dedicaremos a tratar las excepciones procesales y materiales, ya que varias de ellas poseen ciertas particularidades en el procedimiento contencioso de libre competencia, las cuales posteriormente podremos ver que están íntimamente relacionadas con los fines y la lógica propia de este procedimiento.

A modo de introducción, debemos definir que entenderemos por excepciones. Respecto a las excepciones procesales o dilatorias, estas corresponden a *“aquellas que se fundan en la ausencia de presupuestos de carácter procesal, que estimados por el tribunal, impiden emitir un pronunciamiento sobre el fondo”*.⁶¹ Estas excepciones buscan corregir errores de forma que pueda presentar la demanda, sin pronunciarse sobre cuestiones de fondo. Dado su objetivo, ellas deben interponerse antes de contestar la demanda. Al respecto, el artículo 305° del CPC señala que ellas deberán oponerse todas en un mismo escrito, dentro del término de emplazamiento y antes de contestar la demanda. Corresponden a esta

⁵⁸ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 19 de junio de 2018, Sentencia N°163/2018, en la causa C N°305-16, p.28 [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_163_2018.pdf]

⁵⁹ Al respecto, véase Excelentísima Corte Suprema, Sentencia de fecha 3 de agosto de 2021, en la causa Rol N°4310-2021, pp.12-13; E.CS, Sentencia de fecha 31 de mayo de 2016, en la causa Rol N° 6.900-2015, p.6 y E.CS Sentencia de fecha 25 de julio de 2018, en la causa Rol N° 43.450-2017, p.7

⁶⁰ Decreto Ley N°211, Artículo 20° inciso segundo.

⁶¹ ROMERO, Alejandro. *Curso de Derecho Procesal Civil. La acción y la protección de los derechos. Tomo I.* Editorial Thomson Reuters, Tercera Edición, Santiago, 2017, p.155

categoría, por nombrar algunas, la excepción de incompetencia del tribunal, la litis pendencia, ineptitud del líbello, beneficio de excusión, entre otras.

Por otro lado, entenderemos a las excepciones materiales como aquellas que “*se sustentan en cuestiones de derecho sustantivo y su fin es enervar la acción*”.⁶² Ellas atacan al fondo del asunto y tal como señala la definición, tiene por objeto frustrar la acción entablada, por lo tanto, en caso de ser aceptadas por el tribunal, hacen fracasar la petición del demandante.

Por regla general, las excepciones materiales deben interponerse en el escrito de contestación de la demanda, en cuyo caso las denominaremos excepciones perentorias. Sin embargo, algunas excepciones de este tipo son de tal importancia que el legislador permite que ellas se interpongan en cualquiera estado del juicio, hasta la citación a oír sentencia o antes de la vista de la causa. Estas excepciones materiales son las llamadas excepciones anómalas.

Las excepciones materiales que puedan interponerse dependerán de los derechos que se deduzcan, sin embargo, generalmente suelen identificarse con los modos de extinguir las obligaciones. Algunos ejemplos son la excepción de pago, de cosa juzgada o de prescripción.⁶³

El Decreto Ley N°211 no regula ninguna de las excepciones que puede interponer el demandado o requerido, ya sean materiales o procesales, por lo que su procedencia en esta sede se da por aplicación de los preceptos del Código de Procedimiento Civil a los procedimientos de libre competencia, en su calidad de norma supletoria.

Por este motivo, estructuraremos nuestro estudio de las excepciones que pueden interponerse en el procedimiento contencioso de libre competencia comenzando con un repaso a nivel de normativa general de cada excepción, con jurisprudencia o doctrina complementaria en caso de que ella fuese necesaria, para posteriormente revisar las particularidades de la excepción en comento, a la luz de lo resuelto por los tribunales en sede de libre competencia.

1.4.1. Ineptitud del líbello.

Iniciaremos nuestro análisis con una excepción que ya hemos mencionado: la ineptitud del líbello. Esta excepción corresponde a una de las señaladas expresamente por el legislador como excepción dilatoria en número 3) del artículo 303 del CPC. En el ámbito civil, la ineptitud del líbello o de la demanda se dará cuando ella no cumpla con alguno de los requisitos comunes a toda demanda señalados el artículo

⁶² Ibid. p.156

⁶³ SELAMÉ, J. Ob.cit. (n°41), pp.280-281

254° del CPC. Especialmente, ella podrá estar fundada en los numerales 4) y 5), que son aquellos por los que el juez no puede hacer uso de su facultad de no dar curso a la demanda.⁶⁴

El criterio de los tribunales civiles para acoger esta excepción es bastante estricto. Se ha señalado que para que la excepción pueda ser procedente es necesario que el requisito legal ausente en la demanda *“sea de aquellos que la haga inepta, o sea, mal formulada, ininteligible o vaga respecto de las personas o de la causa a pedir o cosa pedida”*.⁶⁵

En sede de libre competencia, el criterio para aceptar la excepción en comento es ligeramente más amplio. Tal como se señaló en un apartado precedente, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha debido conocer en varias oportunidades de esta excepción, identificando los presupuestos que deben darse para que una demanda no pueda ser atacada por esta excepción. Resumidamente, se ha señalado:

- i) Que la demanda debe contener una descripción apropiada de las conductas imputadas. No es necesario que la ineptitud sea tal que la descripción sea contradictoria o ininteligible;
- ii) Deben señalarse los hechos que configuran las conductas contrarias a la libre competencia, en cumplimiento del artículo 20° del Decreto Ley;
- iii) Es necesario identificar la fecha en la que las conductas o hechos habrían ocurrido;
- iv) Deben identificarse los mercados supuestamente afectados, también en cumplimiento del artículo 20°;
- v) La demanda debe contener las razones por las cuales los hechos imputados atentan en contra de la libre competencia o tienden a ello en el mercado afectado;

Como ya se ha mencionado, estos requisitos han sido identificados consistentemente por el Tribunal en varias resoluciones, sin embargo, a ellos deben agregarse dos más que han sido tenidos en cuenta por el Tribunal al momento de conocer de la excepción de ineptitud del líbello:

- vi) Dentro del petitorio deben enunciarse las sanciones que se solicita aplicar al Tribunal, ya que este no puede dictar sentencias meramente declarativas,⁶⁶ y;
- vii) Debe existir congruencia entre la acción ejercida y el petitorio.

Este último requisito del Tribunal para valorar la aptitud de las demandas se evidenció en el caso CDF, en el cual la requerida opuso la excepción en comento alegando que el requerimiento interpuesto

⁶⁴ CASARINO, M. Ob.cit (n°56), p.32

⁶⁵ Excelentísima Corte Suprema, Sentencia de fecha 17 de octubre de 2019, en la causa Rol N°16693-2019, pp.1-2

⁶⁶ Véase, H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 11 de septiembre de 2012, Rol C-240-12, p.3

por la FNE infringiría los números 4 °y 5° del Código de Procedimiento Civil, es decir, que ella no contendría una exposición clara de los hechos y que tampoco enunciaría de forma clara las peticiones concretas al Tribunal.

El Tribunal acogió la acción, afirmando que no existiría claridad con respecto a si la acusación es por la realización de una única conducta anticompetitiva, esto es, el “modelo de negocios lesivo” de CDF, o si por el contrario, todas y cada una de las conductas imputadas (control de promociones de los cableoperadores, precios mínimos de reventa, etc) corresponderían a distintos ilícitos anticompetitivos.⁶⁷ En el fallo se evidencia el criterio laxo que tiene el TDLC para admitir la excepción, ya que su fallo no niega a que el requerimiento es claro e inteligible, sin embargo, acoge la excepción de todas maneras alegando que la aclaración de los hechos imputados es necesario para la correcta defensa de la requerida y además para resolver las defensas que ella formule.

1.4.2. Incompetencia del tribunal.

La incompetencia del tribunal es una de las excepciones en las que probablemente se presenta mayor diferencia con respecto a su uso en el procedimiento civil.

En sede civil, esta excepción se encuentra profundamente ligada a las reglas de competencia de los tribunales. Resulta clave recordar que la competencia se encuentra definida en el artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales, que señala “*La competencia es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones*”⁶⁸. Por lo tanto, la competencia es la esfera dentro de la cual el tribunal ejerce su facultad de jurisdicción, es decir, de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Podremos decir que un tribunal es competente analizando los factores de competencia; fuero, materia, cuantía y territorio. Los tres primeros corresponden a normas de orden público, que determinan la competencia absoluta de un tribunal, sobre las cuales las partes no podrán disponer, mientras que el último es una norma de competencia relativa, de carácter renunciable, y por lo tanto, disponible por las partes.⁶⁹

⁶⁷ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 4 de febrero de 2021, en la causa C N°411-20, pp-4-5

⁶⁸ Artículo 108, Código Orgánico de Tribunales.

⁶⁹ STOEHRER, Carlos. *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y los incidentes*, Editorial Jurídica de Chile, Séptima Edición, Santiago, 2020, pp.165-167

De esta manera, al presentarse una demanda civil, el demandado podrá oponer, si procede, la excepción de incompetencia del tribunal alegando ya sea su incompetencia absoluta, fundada en cuestiones de fuero, materia o cuantía, o su incompetencia relativa.⁷⁰

En sede de libre competencia, las inquietudes que ha planteado esta excepción se alejan de esta perspectiva típica, y en su lugar se centran en discusiones respecto a: (i) la competencia del tribunal para pronunciarse respecto de acuerdos celebrados en el extranjero o por agentes extranjeros, que producen efectos en Chile y (ii) si el tribunal tiene competencia para ejercer su función de jurisdicción en asuntos de naturaleza típicamente civil o comercial, pero de los cuales podrían derivarse problemas de competencia. Analizaremos cada una de estas discusiones en apartados separados.

1.4.2.1. Hechos o actos ejecutados en el extranjero con efecto en Chile.

Una de las interrogantes sobre la cual el Tribunal ha debido pronunciarse expresamente en cuanto a cuestiones de competencia corresponde a si se encuentra facultado para conocer de actos o contratos ya sean entre extranjeros o celebrados en el extranjero. Esta discusión se dio a propósito de la causa Rol C-207-2010, en la que la requerida argumentó que el TDLC carecería de competencia para conocer de las conductas que se le imputaban, ya que estas se habrían cometido fuera del territorio nacional.

El Tribunal señaló que de los artículos 1° y 3° del Decreto Ley N°211 se desprende que lo que activa su competencia es la supuesta lesión de la competencia en los mercados mediante algún hecho, acto o convención que haya producido tal efecto o que tienda a producirlo, por lo que lo relevante es el lugar donde se producen o pueden producirse estos efectos. Esta interpretación sería lógica, ya que de otra manera no sería posible pronunciarse respecto de los acuerdos celebrados en el extranjero, lo que generaría incentivos para celebrar tales acuerdos fuera del país.⁷¹

1.4.2.2. Asuntos de naturaleza civil o comercial con efectos en libre competencia.

Una de las instancias en las que se discutió de la competencia del TDLC para conocer de conflictos comerciales fue en el caso de Alimentos Bio-Bio. En esta oportunidad, uno de los demandados alegó que el Tribunal no estaría facultado para conocer de los asuntos comerciales entre las empresas, ya que ellas son de competencia de los tribunales civiles.

⁷⁰ CASARINO, Mario. *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil, tomo IV*. Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición, Santiago, 2020, p.30.

⁷¹ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 16 de diciembre de 2010, en la causa C N°207-10, pp.3-4

Sin embargo, el tribunal rechazó la excepción y fue categórico en reafirmar su competencia para conocer de estos asuntos, siempre y cuando de los contratos o actos celebrados en el marco de una relación comercial se originen problemas de libre competencia. El amplio carácter del Tribunal para conocer de estos actos se encontraría fundado en el artículo 3° del D.L 211, norma que no restringe los hechos, actos o convenciones respecto de los cuales el TDLC pueda pronunciarse, sino que le da competencia para conocer de ellos en general.⁷²

El pronunciamiento del TDLC en esta ocasión es consistente con fallos anteriores. En la sentencia N°53/2007, el Tribunal se declaró competente para conocer de las condiciones del contrato de franquicia entre Shell y su franquiciado, rechazando la excepción de incompetencia opuesta por Shell, que afirmaba que los asuntos discutidos eran de carácter comercial. La competencia del Tribunal para conocer del asunto vendría dada por la facultad que le otorga el DL N°211 para conocer de cualquier situación que pueda resultar en una infracción a la libre competencia, y por el carácter de norma de orden público del Decreto Ley que rige en todos los mercados y sobre todos los actos y contratos que celebren los agentes que participen en ellos, especialmente cuando dentro de los contratos puedan encontrarse cláusulas que puedan afectar el interés colectivo.⁷³ Así las cosas, queda claro que el Tribunal se encuentra facultado para conocer de hechos, actos o convenciones que tengan una naturaleza civil o comercial en cuanto ellas vulneren o puedan tender a vulnerar la libre competencia, dado el carácter de bien público que esta posee. En este sentido, este tipo de asuntos pueden tener un sentido dual, ya que nada impide que se conozca de las cuestiones civiles en la sede apropiada, mientras el Tribunal conoce de los asuntos de libre competencia del caso.

1.4.3. Cosa Juzgada.

La cosa juzgada es una de las excepciones en las que tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen la aplicación parcial del Código de Procedimiento Civil. La diferencia no es por mero capricho, sino que viene dada por el carácter de norma de orden público del Decreto Ley N°211 y por el interés público que existe en la protección de la libre competencia.

En este sentido, en materia civil, al interponerse la cosa juzgada como acción o excepción, los tribunales pasarán a verificar el cumplimiento de cuatro requisitos, que se desprenden del artículo 177°

⁷² H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 19 de junio de 2018, Sentencia 163/2018, en la causa C N°305-15, pp.26-27. [Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/12/Sentencia_163_2018.pdf]

⁷³ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 7 de junio de 2007, Sentencia N°53/2007, en la causa C N°87-06, p.15. [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_53_2007.pdf]

del CPC, a saber: (i) la existencia de un fallo firme anterior; (ii) que la cosa a pedir sea la misma; (iii) que la causa a pedir en ambos juicios sea la misma y; (iv) que exista identidad entre las partes del juicio.⁷⁴

Según la jurisprudencia del TDLC (que revisaremos con mayor detalle en el capítulo III) en sede de libre competencia no es necesario que se cumpla el último requisito, bastando con examinar la concurrencia de un juzgamiento previo y que existe identidad objetiva⁷⁵ entre el proceso anterior y el actual, es decir, debe existir identidad de la cosa pedida e identidad de la causa a pedir.⁷⁶

Antes de continuar con nuestra descripción del procedimiento contencioso es necesario aclarar un asunto sobre el cual volveremos posteriormente al momento de estudiar este procedimiento a la luz de los postulados del consecuencialismo: La cosa juzgada en este ámbito del derecho no es tan estricta como puede ser en otras materias. Ello se manifiesta en que lo juzgado por el tribunal puede ser discutido nuevamente en caso de que aparezcan nuevos antecedentes. Al respecto, el artículo 32° del DL 211, señala:

“ Artículo 32°.- Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, o de acuerdo con las resoluciones de la Fiscalía Nacional Económica para el caso de las operaciones de concentración, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación. (...)”

De la lectura de este artículo, podemos afirmar que, en caso de aparecer nuevos antecedentes, los afectados podrán reclamar su existencia y el TDLC podrá revisar la decisión ya tomada, perdiendo la sentencia su autoridad de cosa juzgada.

La doctrina ha entendido la voz “nuevos antecedentes” como aquellos hechos jurídicos que no han sido conocidos por el TDLC al tiempo de dictar sentencia o resolución antimonopólica⁷⁷. Para que los

⁷⁴ Excma. Corte Suprema, Sentencia de fecha 2 de noviembre de 2017, en la causa N°3962-2017, pp.3-5

⁷⁵ Respecto a la identidad objetiva de la cosa juzgada, véase ROMERO, Alejandro, *La cosa juzgada en el proceso civil chileno: doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, ISBN 9561013991.

⁷⁶ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 29 de diciembre de 2022, Sentencia N°184/2022, pp.18-19 [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2023/01/Sentencia_184_2022.pdf]; y Excma. Corte Suprema, Sentencia de 7 de septiembre de 2012, en la causa Rol N° 2578-2012, pp.29-30

⁷⁷ VALDÉS, Domingo. *Informe en Derecho Acerca de la Cosa Juzgada en el Orden Antimonopólico*. En “*Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia*”, Santiago, 2017, p.661. [Disponible en: <http://transparencia.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/FNE-Libro.pdf>]

hechos que se reclaman puedan calificar como nuevos antecedentes, deben cumplir con los siguientes requisitos copulativos:

- (i) **Ser antecedentes reales:** Los nuevos hechos deben existir y deben ser susceptibles de ser probados.
- (ii) **Ser antecedentes distintos:** Deben ser diferentes a los ya invocados en el proceso. No basta con que el hecho no haya sido conocido en autos, sino que no debe haber sido tenido en cuenta en procedimientos anteriores ante el TDLC.
- (iii) **Ser antecedentes sobrevinientes:** Según la doctrina, el tribunal interpreta la noción de sobreviniencia objetivamente, es decir, se consideran como nuevos antecedentes aquellos que se generan con posterioridad a la sentencia.
- (iv) **Debe tratarse de antecedentes directos:** Los antecedentes deben tener incidencia inmediata y directa en la decisión del Tribunal.
- (v) **Los antecedentes deben estar vinculados:** Tanto a la identidad subjetiva como objetiva del proceso. La identidad subjetiva se refiere a las personas que realizan el hecho, mientras que la objetiva se refiere al acto que presuntamente ha vulnerado la libre competencia.
- (vi) **Antecedentes substantivos o de entidad suficiente:** Las antecedentes deben ser de tal entidad que esta sea capaz de modificar lo ya resuelto por el Tribunal.⁷⁸

Así las cosas, siempre y cuando nos encontremos con antecedentes jurídicos reales, distintos a los ya revisados en el proceso, sobrevinientes, directos, que tengan vinculación con el proceso y finalmente que sean de una entidad suficiente como para cambiar el criterio del tribunal en la decisión ya tomada, el TDLC podrá volver a conocer de la causa, no estando obligado a respetar lo resuelto previamente.

Se ha discutido respecto de la aplicación de este artículo a decisiones adoptadas al procedimiento no contencioso, señalándose que únicamente procedería su aplicación a propósito de las decisiones del Tribunal en uso de sus facultades administrativas. Abordaremos esta discusión en el tercer capítulo de este trabajo.

1.4.4. Legitimación pasiva.

La última excepción que analizaremos corresponde a la excepción perentoria de legitimación pasiva. A modo general, entenderemos como legitimación “*el hecho de determinar a los sujetos de una relación*

⁷⁸Ibid. pp.664-670

jurídico procesal concreta.”⁷⁹. Es decir, es la forma de identificar quienes pueden ser los demandantes y quienes los demandados dentro de un procedimiento, por tener una vinculación con la relación jurídica sustantiva subyacente.

Por otro lado, definiremos legitimación pasiva como “*la posesión que determina que, en juicio, efectivamente se encuentra la persona titular del derecho u obligación que se demanda*”⁸⁰.

En sede de libre competencia la excepción de falta de legitimación pasiva implica alegar que no concurre la capacidad para ser demandado en un determinado procedimiento. Ello ha sido esgrimido por ciertas matrices que afirman ser distintas de sus filiales que formalmente han incurrido en conductas presuntamente anticompetitivas, razón por la que las demandas o requerimientos deberían ser dirigidas a las filiales.

El TDLC ha rechazado esta argumentación utilizando la doctrina de la unidad económica o *single economic entity*, que postula que puede entenderse a distintas entidades legales como una sola unidad económica si ellas ejercen una única fuerza competitiva en el mercado. Según el Tribunal, las filiales y matrices deben ser entendidas de esta manera, razón por la cual las decisiones adoptadas por estas entidades deben ser tratadas como una mera distribución de funciones al interior del grupo empresarial. En consecuencia, las acciones en contra de dichas decisiones podrán ser dirigidas indistintamente en contra de cualquier de las empresas que formen parte de la unidad.⁸¹

Por lo demás, el TDLC ha esgrimido un segundo argumento para rechazar este tipo de excepciones que analizaremos especialmente en el tercer capítulo de este documento: El uso de un criterio distinto al anterior, podría incentivar a las empresas a realizar acciones anticompetitivas a través de sus filiales, lo que facilitaría la elusión de la responsabilidad por infracción del Decreto Ley N°211 a través de la constitución de sociedades filiales que ejecuten actos que podrían ser anticompetitivos.⁸²

⁷⁹ CORTEZ, Gonzalo; y PALOMO, Diego. *Proceso Civil, normas comunes a todo procedimiento, colección de tratados y manuales*. Thomson Reuter, Santiago, 2018, p.120.

⁸⁰ Ibid. p.121.

⁸¹ En esta línea, H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 15 de marzo de 2021, Sentencia N°176/2021, en la causa C N°319-17, pp.25-28. [Disponible en: https://tdlc.cl/wp-content/uploads/2021/03/Sentencia_176_2021.pdf]

⁸² H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 8 de septiembre de 2010, Sentencia N°103/2010, en causa C N°151-08, p.37. [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_103_2010.pdf]

1.5. Incidentes en la tramitación del juicio.

Dada la cantidad de incidentes que pueden generarse en los procesos, nos dedicaremos a analizar el desistimiento y el abandono del procedimiento, ya que ellos son un ejemplo de cómo el bien jurídico protegido por el DL N°211 afecta la lógica del procedimiento contencioso y la forma de razonamiento del TDLC.

1.5.1. Abandono del procedimiento.

Es muy difícil que en el área de la libre competencia pueda presentarse un incidente de abandono del procedimiento, ya que el principio de dirección formal del Tribunal le permite impulsar el juicio de oficio. De esta manera, este incidente solo se podrá presentar a propósito de las diligencias que el Tribunal no pueda llevar a cabo, las que en los hechos se reducen a la notificación de la demanda.

Puede observarse entonces que el legislador tiene un gran interés porque las causas que involucran una presunta vulneración de la libre competencia sean falladas.

1.5.2. Desistimiento.

El desistimiento es uno de los incidentes en los que se evidencia con mayor fuerza el carácter de bien jurídico protegido que tiene la libre competencia y como el procedimiento edificado en el DL N°211 tiene como propósito servir a su protección.

Tradicionalmente, el desistimiento ha sido definido por la doctrina como aquel “*acto procesal en cuya virtud el demandante manifiesta su propósito de no continuar ejercitando la acción una vez que la demanda ha sido notificada al demandado*”⁸³. Al igual que muchas otras instituciones procesales, el desistimiento no está regulado especialmente en el DL N°211, sino tiene cabida en el procedimiento contencioso de libre competencia a propósito de la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil.

Al igual que en los procedimientos de carácter civil, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debe pronunciarse respecto de las solicitudes de desistimiento elevadas por las partes, pudiendo rechazarlas en caso de que lo considere pertinente. Sin embargo, existe una gran diferencia entre ambos tipos de desistimiento: En libre competencia existe un interés público comprometido.

⁸³ CHÁVEZ, Eric. *Normas comunes a todo procedimiento. Práctica forense*, Tofulex Ediciones Jurídicas, Quinta Edición, Santiago, 2022, p.319

Esta diferencia se evidenció a propósito del caso de Alimentos Bío-Bío. Para contextualizar, tal caso trató sobre la demanda iniciada por los franquiciados de las cadenas de Doggis, Juan Maestro, Mamut y Bob's, es decir, Alimentos Bío-Bo y otros, en contra del franquiciante ("G&N") y los proveedores designados por el franquiciante (Alifrut, Andina, Embonor y Ariztía) por considerar que ellas habrían abusado de su posición dominante en el mercado por (i) cobrarles precios muy superiores a los de mercado en los insumos vendidos por los proveedores (a los cuales debían comprar obligadamente, por las restricciones impuestas en el contrato de franquicia), y (ii) por los pagos efectuados por los proveedores a G&N a título de *rebates*, *rappel* u otros similares.⁸⁴

En medio del juicio los demandantes se desistieron de la demanda con respecto a G&N, Alifrut y Ariztía, subsistiendo la demanda solamente respecto de los proveedores Embonor y Andina. Así las cosas, el Tribunal procedió a pronunciarse respecto de las pretensiones que aún subsistían, sin embargo, al analizarlas declaró que no era posible emitir un juicio sobre las conductas, incluso aunque estas pudiesen resultar anticompetitivas, toda vez que no era posible pronunciarse respecto de estos hechos sin emitir a su vez un pronunciamiento respecto de la eventual responsabilidad del franquiciante, lo que no era posible, dado que los demandantes se habían desistido de la demanda hecha valer en su contra. Según el Tribunal, un eventual pronunciamiento respecto de estas conductas, podría significar una vulneración al principio dispositivo.⁸⁵

La Corte Suprema y la doctrina⁸⁶ han señalado que la fundamentación utilizada por el TDLC resulta completamente errada y que su decisión supone una vulneración al principio de inexcusabilidad de los tribunales. Según la Corte Suprema, el desistimiento solamente afecta la calidad de las partes en el proceso, pero no el vigor de los hechos denunciados. Al tratarse de circunstancias que pueden afectar a la libre competencia, un bien jurídico tutelado, estas trascienden la disputa entre los franquiciados y el franquiciante, siendo el objeto del procedimiento en este caso la tutela de este bien jurídico y no solamente la resolución de la disputa entre las partes, por lo que el no pronunciarse sobre estos hechos importaría una infracción al principio de inexcusabilidad de los tribunales de justicia.

Un segundo argumento entregado por la Corte, ya de carácter procesal, se da respecto del litis consorcio pasivo necesario existente entre los demandados. Que algunas de las pretensiones hayan

⁸⁴ H.TDLC. Ob. cit. (n°73), pp.1-2

⁸⁵ Ibid. pp.33-36

⁸⁶ Al respecto, véase CARRASCO, Nicolás. *¿Pueden equivocarse los especialistas? Una aproximación a los costos procesales y del error en el recurso de reclamación de libre competencia a propósito de una infracción al principio de inexcusabilidad. Comentario a la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, de 5 de diciembre de 2019, Ingreso de Corte N° 16.604-2018* En "Anuario Chileno de Jurisprudencia 2019", Editorial Tirant Lo Blanch, Santiago, 2021, pp.545-574

terminado para algunos sujetos pasivos, pero subsistan para otros, no cambia el hecho de que todos los hechos denunciados deben ser resueltos a través de una única sentencia, por lo que no corresponde negar el pronunciamiento respecto de relaciones jurídico-procesales aún existentes. Bajo estas consideraciones, la Corte Suprema decidió anular de oficio la sentencia dictada por el Tribunal.⁸⁷

En conclusión, el caso de Alimentos Bío-Bío es una muestra de cómo la naturaleza del procedimiento contencioso de libre competencia puede verse afectada por el carácter de orden público de las normas que tutela.

1.6. La conciliación.

La conciliación es una de las pocas instituciones procesales a las que el DL N°211 se refiere especialmente. De acuerdo con su artículo 22°, una vez vencido el plazo para contestar la demanda o requerimiento, el Tribunal, haya sido o no evacuado el traslado por lo interesados, podrá llamar a las partes a conciliación, si así lo estima necesario.

De la lectura del mismo artículo puede concluirse que éste se diferencia de la conciliación en el área civil en dos aspectos: Primero, en sede de libre competencia la conciliación es un trámite facultativo; si el Tribunal no lo estima conveniente, puede prescindir del trámite. En segundo lugar, la norma en comento contempla un criterio para la evaluación del acuerdo alcanzado por las partes; el Tribunal deberá aprobar la conciliación siempre y cuando esta cumpla con un único requisito: no atentar contra la libre competencia.

El legislador no define expresamente lo que se considera como atentatorio contra la libre competencia, por lo que la doctrina ha entendido que debemos recurrir al artículo 3° del Decreto Ley. De esta manera, serán contrarias al bien jurídico protegido por el DL N°211 todas aquellas que puedan enmarcarse dentro de las conductas descritas por el artículo 3°.⁸⁸ A modo de ejemplo, el TDLC no podrá aprobar un acuerdo entre competidores en el cual todos acuerden fijar el precio de sus productos en un determinado monto.

En este mismo orden de ideas, la doctrina ha identificado dos principios que el Tribunal debe seguir al momento de aprobar un acta de conciliación:

⁸⁷ Excma. Corte Suprema, Sentencia de fecha 5 de diciembre de 2019, Rol N°16.604-2018, considerandos 7° y 8°.

⁸⁸ NÚÑEZ, Raúl; y CARRASCO, Nicolás. *Acerca de la Homologación del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en las Conciliaciones sobre Libre Competencia de Chile* En “*Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el Actual Paradigma de Justicia*”, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp.380-381.

- (i) **Principio de la conciliación no óptima:** No es necesario que el acuerdo contemple mecanismos pro-competitivos que puedan mejorar la eficiencia del mercado sobre el cual se enmarca.
- (ii) **Principio de no congruencia de la conciliación:** No se requiere que lo pactado en el acuerdo conciliatorio sea congruente con las pretensiones y defensas formuladas por las partes.⁸⁹

Como puede observarse, el TDLC no tiene muchas herramientas para negarse a aprobar acuerdos conciliatorios, incluso aunque éstos no supongan una mejoría para los mercados sobre los cuales se ha identificado un problema de competencia. Ahora, si bien el Decreto Ley ha dispuesto esta única condición para tener por aprobada un acta de conciliación presentada ante el Tribunal, en los hechos el criterio del TDLC ha sido mucho más estricto.

1.6.1. El criterio jurisprudencial para aprobar acuerdos conciliatorios.

El TDLC ha ido en contra de los principios señalados en una serie de casos. En la causa Rol C N°273-14, el Tribunal aprobó el acuerdo conciliatorio presentado por las partes, estableciendo que este no era contrario a libre competencia y que además presentaba compromisos que reestablecerían las condiciones de competencia exigidas por una instrucción de carácter general dictada por el mismo. Adicionalmente, al aprobarlo también se pronunció respecto de algunos los puntos del acuerdo, estableciendo condiciones adicionales.⁹⁰

El pronunciamiento del TDLC respecto a los acuerdos pro competitivos alcanzados por las partes sumado a que se haya afirmado que estos son suficientes para reestablecer las condiciones de competencia, da cuenta de una infracción al principio de conciliación no óptima, en términos de que no es necesario para el Tribunal pronunciarse con respecto a ninguna otra materia que no sea el que el acuerdo no sea contrario a las normas de libre competencia.

Por otro lado, el TDLC también ha tenido como criterio para la aprobación de los acuerdos conciliatorios su idoneidad para resolver los hechos que causaron la demanda o requerimiento. En la causa C N°215-2010, el Tribunal dio su aprobación al acuerdo de conciliación presentado argumentando que este no era contrario a la libre competencia y que además la propuesta representaba “(...) *un medio*

⁸⁹ Ibid. pp.380-384.

⁹⁰ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de 22 de julio de 2014, en la causa C N°273-14, p.3

*adecuado para corregir posibles efectos lesivos a la libre competencia que pudieran haberse producido*⁹¹.

Así las cosas, puede señalarse que el criterio del TDLC ha sido en ocasiones más estricto para aprobar acuerdos conciliatorios, exigiéndose en ciertos casos que los acuerdos sean pro competitivos, o que ellos sean congruentes con las pretensiones alegadas en juicio.⁹²

1.7. El término probatorio y el estándar de prueba.

Una vez contestada (o no) la demanda y tras haber fallado la conciliación, en caso de que el Tribunal haya llamado a ella, se dictará la resolución que recibe la causa a prueba y una vez notificada se iniciará el término probatorio, por un plazo de 20 días hábiles. Es importante señalar que este plazo es fatal para la petición de la prueba, pero no para su rendición, y que, además, no aplica para la presentación de prueba instrumental, la que puede presentarse hasta diez días antes de la vista de la causa, de conformidad al inciso noveno del artículo 22°.

También es posible decretar un término probatorio extraordinario para casos en los que se requiera rendir prueba fuera de la Región Metropolitana, siempre y cuando el Tribunal declare que existe motivo fundado para ello.⁹³

En cuanto a los medios de prueba, el Decreto Ley N°211 admite todos los indicados en el artículo 341° del CPC (es decir, instrumentos, testigos, absolución de posiciones, inspección personal del tribunal, informes de peritos y presunciones) y además acepta todos aquellos indicios o antecedentes que según el Tribunal puedan ser aptos para probar hechos pertinentes. Este punto es de especial importancia, ya que da cuenta de que en libre competencia (i) las presunciones no tienen un tratamiento tan estricto, bastando solamente antecedentes que sean indicio de una infracción a la libre competencia para probar hechos; y (ii) nos demuestra la amplia libertad probatoria de la que gozan las partes en el procedimiento.

El legislador no solamente regula los medios de prueba con amplia libertad, sino que también es bastante laxo en cuanto al sistema de valoración de la prueba aplicable en libre competencia. Antes de describir el sistema de valoración de prueba, conviene señalar que este consiste en *“el proceso mediante el que se determina el apoyo o grado de confirmación que aportan los elementos de juicio a las hipótesis*

⁹¹ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución del 7 de junio de 2011, en la causa C N°215-10, p.2

⁹²Para mayor información sobre los criterios utilizados por el Tribunal, Véase: NÚÑEZ, R; y CARRASCO, N. Ob.cit. (n°89), pp.384-388.

⁹³ Decreto Ley N°211. artículo 22, inciso 5°.

planteadas en el proceso”⁹⁴. Es decir, a la manera mediante la cual el juez examinará el valor probatorio de las pruebas que se le presenten.

El inciso final del artículo 22° del Decreto Ley N°211 establece expresamente que la prueba se valora mediante el sistema de la sana crítica, que ha sido definido por la doctrina como “*aquel sistema de valoración de la prueba, en que el juez aprecia libremente la prueba rendida en autos atendiendo a criterios objetivos y sujeto al respeto de parámetros racionales como los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia, debiendo fundamentar su valoración exponiendo las razones tenidas en consideración para estimar o desestimar todas las pruebas.*”⁹⁵ La valoración de la prueba mediante la sana crítica se ve confirmada, además, en el artículo 26° de la ley en comento, que señala que la sentencia deberá enunciar los fundamentos de hecho, de derecho, y las consideraciones económicas que sirven para su pronunciamiento.

La sana crítica es considerada como un sistema intermedio, no tan rígido como el sistema de prueba tasada, en el que hay criterios preestablecidos por el legislador que guían la valoración de la prueba, y a su vez menos liberal que el de íntima convicción del juez, en el que este tiene libertad absoluta para apreciar la prueba.⁹⁶ En este sentido, la adopción de este criterio amplio permitiría al Tribunal tener en cuenta los fundamentos económicos que consideren relevantes para resolver el caso, lo que toma aún más sentido si tenemos en cuenta el alto grado técnico que tiene el Tribunal y su calidad como ente regulador del comercio, que tiene a su cargo la definición en el caso concreto de lo que se considera como contrario a la libre competencia.

La laxitud apreciada tanto los medios probatorios como en el sistema de valoración de prueba se repite también en el estándar probatorio del Tribunal, del cual ya hemos hablado y definido previamente como uno de “balance de probabilidades”, que se asemeja más al proceso civil que al penal. Al respecto, debe señalarse que ese estándar está en línea con la misión del propio tribunal, que no solo debe conocer y fallar de los casos en los cuales se estime pueda estarse atentando contra el bien jurídico protegido de libre competencia, sino que, además, debe prevenirlos.

⁹⁴ MONTERO, Raúl. *Necesidad de Establecer un Estándar de Prueba en el Nuevo Proceso Civil Chileno*, Librotecnia., Santiago, 2017. p.54.

⁹⁵ MATURANA, Javier. *Sana crítica*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, p.107.

⁹⁶ HAMILTON, María. *Estándar probatorio en los procesos sancionatorios en libre competencia, y rol de la Corte Suprema*. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 2018. p.34. [Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/159454>]

Vencido el término probatorio fijado por el Tribunal, éste deberá dictar una resolución que lo declare y que fije día y hora para la vista de la causa, en la que se deberán oír los alegatos de las partes en caso de que ellas lo soliciten.

1.8. Sentencia. Recursos en libre competencia.

Una vez que la causa se encuentre en estado de fallo, el tribunal tendrá un plazo de 45 días para dictar la sentencia. Dicho fallo deberá cumplir con los requisitos comunes a toda sentencia establecidos en el artículo 170° del Código de Procedimiento Civil y con un requisito adicional señalado en el artículo 26° del DL 211: además de contener las consideraciones de hecho y de derecho que den lugar a la decisión del tribunal, la sentencia deberá incluir los fundamentos económicos en los que se sustenta, requisito que da cuenta del alto grado técnico de las materias a resolver por el Tribunal y que evidencia la necesidad de composición mixta del mismo.

Por lo demás, la jurisprudencia del TDLC ha establecido un requisito adicional: la sentencia definitiva no puede ser meramente declarativa, sino que debe imponer alguno de los remedios contemplados en el DL 211 en caso de que acoja alguna de las acciones interpuestas por la FNE o los demandantes.⁹⁷

Los remedios que puede aplicar el Tribunal se encuentran en el ya mencionado artículo 26° y corresponden a los siguientes:

- a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones del DL N°211.
- b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hayan intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos contrarios al DL N°211:
- c) Multas a beneficio fiscal.

Por lo demás, el mismo artículo contiene en sus letras d) y e) dos sanciones aplicables a casos especiales, siendo la letra d) contemplada especialmente para los casos de colusión y la letra e) aplicable en caso de infracción al artículo 3° bis, relacionado con los deberes de los particulares en cuanto a operaciones de concentración. Las sanciones serían las siguientes:

⁹⁷ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 11 de septiembre de 2012, Rol C-240-12, p.3

- d) Prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, y prohibición de adjudicarse concesiones otorgadas por el estado, por el plazo de hasta 5 años desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.
- e) Multa a beneficio fiscal de hasta veinte unidades tributarias anuales por cada día de retador contado desde el perfeccionamiento de la operación de concentración.

1.8.1. La multa a beneficio fiscal.

La multa ha sido considerada como la principal forma de sanción en la legislación chilena de libre competencia.⁹⁸ Según la letra c) del artículo 26°, puede ser calculada de dos formas. Una alternativa es calcularla en base a las ventas del infractor en la línea de productos o servicios asociados a la infracción durante el periodo en el cual esta haya ocurrido, en cuyo caso el monto no podrá exceder al 30% de esas ventas, mientras que la segunda opción es determinar la multa en base al beneficio económico obtenido por el actor, situación en la que el tope de la multa será el doble del beneficio económico obtenido. Finalmente, a modo de clausura, el DL N°211 señala que de no ser posible el cálculo de la multa de ninguna de estas dos maneras, el Tribunal podrá aplicar multas de hasta sesenta mil unidades tributarias anuales.

Para determinar la cantidad exacta de la multa, el Tribunal tiene a su disposición una serie de parámetros mencionados en el DL N°211, entre los cuales se encuentran el beneficio económico obtenido, la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo de las multas y otros. El Decreto Ley no es taxativo, por lo que el Tribunal podría tener en consideración otros factores al momento de determinar la cuantía de la multa.

En cuanto a los fines de la multa y su forma de cálculo, cabe destacar que el TDLC ha indicado que la multa cumple funciones tanto retributivas como disuasorias⁹⁹. El efecto disuasivo se vincula especialmente con el factor del beneficio económico obtenido por el infractor, según ha señalado el

⁹⁸ ROMERO, Juan. *Enforcement, sanciones y multas en el sistema de Libre Competencia Chileno*. En “*La libre competencia en el Chile del Bicentenario*”, p. 520.

⁹⁹ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 15 de octubre de 2009, Sentencia N°88/2009, en la causa C N°126-07, pp.77-78. [Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/sent_0088_2009.pdf]

TDLC, para que la multa pueda cumplir con su fin disuasor, es necesario que la pérdida asociada a la multa sea mayor al beneficio que se espera obtener del mismo.¹⁰⁰

1.8.2. Recursos.

En cuanto a los recursos a interponer, nos limitaremos a señalar que el artículo 27° del Decreto Ley, señala que la sentencia definitiva solo será susceptible de recurso de reclamación, el cual será conocido por la Excelentísima Corte Suprema en su calidad de superior jerárquico del TDLC. Asimismo, de conformidad al artículo 31° del mismo cuerpo normativo, también podrá interponerse el recurso de reclamación contra cualquier resolución que de término al procedimiento.

El recurso de reclamación deberá ser fundado y podrá ser interpuesto tanto por Fiscal Nacional Económico como cualquiera de las partes del proceso, dentro del plazo de 10 días hábiles contados desde la notificación a la parte.

El resto de las resoluciones dictadas por el H. TDLC solo serán susceptibles de recurso de reposición, el cual deberá ser interpuesto dentro del plazo de 3 días hábiles desde notificada dicha resolución, de conformidad a las reglas generales.

¹⁰⁰ Idem, y H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 26 de enero de 2022, Sentencia N°179/2022, en la causa C N°358-2018, p.188 [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2022/01/Sentencia_179-2022.pdf]

Capítulo II: El consecuencialismo de Amartya Sen.

Como ya se planteó en la introducción de este trabajo, el propósito de esta memoria consiste en analizar el procedimiento contencioso de libre competencia bajo la mirada del consecuencialismo del autor hindú Amartya Sen. Sin embargo, antes de enfocarnos por completo en dicha tarea, resulta esencial definir en qué consisten estos postulados y comprender el contexto en que ellos surgen, cuestión que realizaremos en este segundo capítulo.

2.1. La teoría de la justicia de Amartya Sen.

La teoría de la justicia de Amartya Sen está explicada latamente en su libro *“La idea de la justicia”*. Este capítulo no pretende realizar un estudio exhaustivo de las ideas de Sen y tampoco ser un resumen de sus postulados, sino que simplemente tiene por objeto repasar algunas de las características claves de su concepción de justicia con miras a lograr una mejor comprensión de la forma de razonamiento consecuencialista por el que aboga el autor.

La primera idea que debemos destacar de la teoría de la justicia de Amartya Sen es su propósito. En palabras del autor, su objetivo principal es *“esclarecer como podemos plantearnos la cuestión del mejoramiento de la justicia y la superación de la injusticia, en lugar de ofrecer respuestas a las preguntas sobre la naturaleza de la justicia perfecta”*¹⁰¹.

Tal como se infiere de las palabras del autor, su enfoque se opone a una cierta forma de pensamiento, que él denomina en su obra como *“institucionalismo trascendental”* o *“transcendentalismo”*, una corriente de la época de la Ilustración que se destacaba por *“centrar su atención en lo que [se] identifica como justicia perfecta”*¹⁰² y, en la creación de instituciones justas o ideales, desviando su mirada del estudio de las sociedades reales y del comportamiento de los individuos que las componen.¹⁰³

El cambio de propósito propuesto por el autor, orientado a identificar maneras de promover en una sociedad real una mayor justicia, provoca tres diferencias vitales para la construcción de su teoría.

Por un lado, la teoría no propone lograr la caracterización de la sociedad perfecta, sino que, al ser la base para un razonamiento práctico de la búsqueda de la justicia, *“debe incluir maneras de juzgar cómo*

¹⁰¹ SEN, Amartya. *La idea de la justicia*. Traducción de Hernando Valencia, Villa.Taurus, p.13

¹⁰²SEN, Ibid p.37

¹⁰³ Ibid, p.38

se reduce la injusticia y se avanza hacia la justicia, en lugar de orientarse tan sólo a la caracterización de sociedades perfectamente justas”¹⁰⁴. En opinión del autor, las teorías trascendentalistas fallan en cumplir con este propósito, ya que no “*entrañarían la descripción alguna de cómo se compararían y graduarían diversos cambios de rumbo respecto de la impecabilidad*”¹⁰⁵ e incluso aunque lo ofreciesen, la caracterización de la sociedad perfectamente justa no sería necesaria para la comparación entre dos alternativas en la que intentemos identificar la opción más justa, ya que no es necesario tener en cuenta una alternativa suprema para juzgar al resto.¹⁰⁶

En segundo lugar, ya que el autor no propone un modelo de sociedad perfectamente justa, tampoco se compromete con un único argumento o principio guía de la justicia, sino que acepta y sostiene que pueden existir distintas razones por las que un hecho o situación pueda ser considerado como justo o injusto, fenómeno que se denomina en el libro como “*fundamentación plural*”, y que el autor define como “*el uso de diferentes argumentos para condenar, sin buscar una concordancia entre sus méritos relativos*”¹⁰⁷. Para Sen, es perfectamente posible argumentar sobre la misma situación en base a posturas con lógicas completamente distantes, sin que un argumento pueda caer frente al peso del otro, siendo en última instancia todos válidos.

El autor ejemplifica este fenómeno de manera muy clara a través del ejemplo de tres niños y una flauta. Cada uno de estos niños da argumentos de peso para obtener la única flauta disponible en el relato. Por un lado, Anne reclama la flauta bajo la premisa de que es la única que sabe tocarla. Otro de los niños, Bob, señala que es pobre, siendo, de los tres niños, quien menos juguetes posee. Finalmente, Carla, la tercera niña, argumenta que es ella quien debe quedarse con la flauta, ya que es ella la que la ha elaborado.

Sen empareja el argumento sostenido por cada niño con una corriente filosófica distinta. Por un lado, Anne será respaldada por los utilitaristas, Bob, en cambio, recibirá la simpatía de los igualitaristas económicos, mientras que Carla contará con el apoyo de los libertarios. Como puede apreciarse, los tres argumentos son imparciales, y no puede decirse a simple vista que alguno tenga más fuerza argumentativa, lo que respalda el postulado de Amartya Sen sobre la fundamentación plural.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Ibid, p.13

¹⁰⁵ Ibid, p.129

¹⁰⁶ Ibid, p.132

¹⁰⁷ Ibid, p.34.

¹⁰⁸ Ibid, pp.44-46

Finalmente, el autor señala que una tercera diferencia de su teoría sería que el foco de atención no recae en el examen de instituciones, como suele ser la práctica en las teorías trascendentalistas, sino que en el estudio del comportamiento de las personas que viven en la propia sociedad. Si bien no se desconoce que las instituciones de una sociedad puedan jugar un papel fundamental en la búsqueda de la justicia, el autor propone que en última instancia muchas de las injusticias que pueden observarse en las sociedades provienen del comportamiento propio de las personas que la componen.¹⁰⁹

La “*idea de la justicia*” de Amartya Sen no solo se destaca por su objetivo, sino que también por sus influencias. Tal como el propio autor admite, uno de los elementos “excéntricos” del libro es que se encuentra influenciado profundamente por el uso de corrientes de pensamiento distintas a las europeas, especialmente, pensamientos de filósofos hindúes.¹¹⁰ En ese sentido, una de las ideas que más utiliza el autor, son los conceptos de *niti* y *nyaya*.

Niti corresponde a una palabra hindú utilizada para referirse a lo que podemos entender como el “deber ser”, a la “idoneidad de las instituciones”, mientras que “*nyaya*” se refiere a lo que simplemente es, al como son las cosas en la vida de las personas y en la realidad.¹¹¹

Por otro lado, el autor también admite estar profundamente influenciado por las ideas de la Ilustración, pero no por aquellas identificadas como parte de la corriente del institucionalismo trascendental, dentro de las cuales el autor encasilla a las teorías de Thomas Hobbes, John Locke y John Rawls, entre otros, sino que por aquellas que el denomina como de “*enfoque comparativo*” o “*comparativistas*”, correspondientes a las desarrolladas, por ejemplo, por Karl Marx, John Stuart Mill y Adam Smith. Amartya Sen señala que su obra comparte el punto de partida con estas obras, ya que parte de la base de preguntas tales como “¿*Cómo debería promoverse la justicia?*” en vez de otras del tipo “¿*Qué instituciones serían perfectamente justas?*”.¹¹²

Por último, la tercera característica que debemos destacar la de teoría de la justicia de Sen, es que, al igual que las teorías de la justicia desarrolladas en la época de la Ilustración, tanto comparativistas como trascendentalitas, el autor tiene plena confianza en la razón como herramienta para descifrar las exigencias de la justicia. El autor no niega que en el mundo constantemente nos veamos expuestos a pensamientos “sinrazón” o a que muchas de las motivaciones detrás de ciertas actuaciones puedan

¹⁰⁹ Ibid, pp.15-16

¹¹⁰ Ibid, p.18

¹¹¹ Ibid, p.19

¹¹² Ibid, pp.39-42

provenir de las emociones, sin embargo, es del pensamiento de que detrás de las “sinrazones” y emociones se esconde un cierto pensamiento racional, que nos lleva a pensar de determinada manera. En el caso de los prejuicios, por ejemplo, el autor sostiene que ellos no serían más que razonamientos “primitivos y defectuosos”, pero razonamientos, al fin y al cabo, por lo que es posible combatirlos a través de un encuentro razonado.¹¹³

De esta manera, es posible caracterizar la teoría de la justicia de Amartya Sen como una teoría comparativista, cuyo propósito fundamental consiste en buscar formas que tiendan a la promoción de la justicia de la sociedad en la que vivimos.

2.2. El consecuencialismo.

Tal como señalamos, uno de los pilares de la teoría de la justicia de Sen es el supuesto de que el raciocinio es la llave mediante la cual podemos identificar las injusticias y sus respectivas soluciones. En el capítulo segundo de su libro, Sen nos explica diversas formas de razonamiento que pueden ser utilizadas para abordar esta tarea, siendo una de ellas el consecuencialismo.

Como ya hemos mencionado, la teoría de la justicia de Sen se encuentra inspirada en parte por el pensamiento intelectual de la India, por lo que no es sorprendente que el autor comience explicando su propia forma de ver el consecuencialismo a partir de una parte de la epopeya sánscrita “*Mahabharata*”, específicamente, concentrándose en el pasaje denominado “*Bhagavad Gita*” que narra una conversación entre Arjuna, guerrero y protagonista de la epopeya; y Krishna, su sabio consejero y además la encarnación de Dios.

El dialogo entre ambos personajes se centra en la indecisión de Arjuna, parte del clan de los *Pandavas*, de participar en la batalla que se librará contra el clan de sus primos, los *Kauvaras*, quienes han usurpado injustamente el reino. Si bien Arjuna entiende que su causa es justa y que es su deber ser parte de ella, de todas maneras, no puede evitar preguntarse por las consecuencias que el enfrentamiento traerá sobre él mismo y sobre la comunidad. Frente a esta indecisión, Krishna señala a Arjuna que participar en la batalla es su deber, y que, como tal, debe cumplirlo sin importar el precio.¹¹⁴

El poema se centra principalmente en la fuerza del argumento de Krishna, sin embargo, para Amartya Sen cobran mayor importancia los argumentos de Arjuna, en los que ve reflejado el pensamiento

¹¹³ Ibid, pp.21-23.

¹¹⁴ Ibid, pp.239-240

consecuencialista. El autor rescata tres de los argumentos dados por el protagonista para no participar en la batalla.

En primer lugar, Arjuna se refiere a lo que podemos calificar como la “relevancia del mundo real”. Arjuna no es indiferente a los efectos que traerá la guerra en sí, sino que está preocupado por la vida y muerte de la gente que será parte de ella, al punto de que incluso llega a pensar que podría ser más beneficioso rendirse y dejar el reino a manos de los *Kauvaras*, ya que así podría evitarse la matanza.¹¹⁵

Por otro lado, ya en una segunda línea argumental, el guerrero no puede dejar de lado el hecho de que, en caso de que decida participar en los acontecimientos venideros, el será responsable personalmente por la matanza de los inocentes que han sido arrastrados a pelear en la batalla por simpatías hacia un bando u otro, argumento que Amartya Sen identifica como la responsabilidad personal que acarrearán sus actos.

Finalmente, y como tercer argumento, se plantea el hecho de que, ante todo, la batalla que está por librarse lo llevará a enfrentarse a sus propios parientes, por lo que participar en ella podría implicar la muerte de sus seres queridos y, peor todavía, por sus propias manos.¹¹⁶

Como podemos apreciar, los tres argumentos planteados por Arjuna tienen como punto común su preocupación por los efectos que traería su participación en la batalla, es decir, se enfocan en las consecuencias que traerá su actuar, de ahí a que Arjuna pueda ser catalogado como “consecuencialista”. Sin embargo, el consecuencialismo que se encuentra contenido implícitamente en la postura de Arjuna, y que Sen se dedica a desarrollar, no puede ser catalogado como preocupado solamente por los efectos, o por lo menos no pensando en los efectos como los meros hechos o situaciones que trae una acción.

Amartya Sen define a los efectos como “*el estado de las cosas que resulta de cualquier variable relativa a la decisión en cuestión, como una acción, una regla o una disposición*”¹¹⁷ En su opinión, este estado de las cosas por las cuales puede guiarse la filosofía consecuencialista no debe incluir solamente al hecho o acto en sí, que es lo que él denomina como “*efectos de culminación*”, sino que además, debe comprender los denominados “*efectos comprensivos*”, es decir, “*las acciones emprendidas, la capacidad de acción implicada, los procesos empleados*”.¹¹⁸

¹¹⁵ Ibid, p.243

¹¹⁶ Ibid, pp.244-245

¹¹⁷ Ibid, p.246

¹¹⁸ Ibid, pp.246-250

Así las cosas, la primera preocupación de Arjuna podría ser catalogada dentro de lo que Amartya Sen define como efectos de culminación, mientras que el resto de los argumentos, relativos a su propia responsabilidad personal en la matanza de inocentes y respecto a la pérdida de la vida de sus seres queridos, cabrían dentro del análisis de los efectos comprensivos.

La lógica consecuencialista de Amartya Sen, entonces, tiene como característica que se ocupa no solo de las consecuencias que podemos entender como hechos o situaciones resultantes de nuestras acciones, sino que, además, tiene en cuenta los procesos a través de los cuales se gesta el hecho, es decir, incluye dentro de su análisis los “efectos comprensivos”.

Un ejemplo que nos da el autor para aterrizar estos conceptos es el de las hambrunas: será muy distinta una hambruna en la que miles de personas mueran de hambre, por causas que escapen del control humano, por ejemplo, por efecto un fenómeno climático, a una hambruna provocada por la decisión de alguien que buscó crear ese resultado.¹¹⁹ Para la teoría de la justicia de Sen, es fundamental que entendamos las consecuencias de nuestras acciones en el marco de ambos efectos (comprensivos y de culminación), ya que solo de esta manera podremos tomar decisiones sociales entendiendo la justicia no como un modelo perfecto, o deber ser de ella, sino como *nyaya*, es decir, como lo que realmente es.¹²⁰

2.3. El consecuencialismo y el funcionamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Como ya hemos visto, las ideas consecuencialistas de Amartya Sen se exploran como una forma de pensamiento razonado mediante el cual, a través de la comprensión de los efectos, tanto de culminación como comprensivos, podremos ser capaces de descubrir las demandas que debemos cubrir para avanzar hacia una sociedad más justa. Si bien esta forma de pensamiento ha sido planteada por el autor como una de las varias formas de razonamiento a través de las cuales podemos emplear la razón para la formación de instituciones o políticas de gobiernos más justas, la hipótesis de este trabajo consiste en que es posible aplicar este postulado para fundamentar el funcionamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de sus atribuciones tanto administrativas como en el procedimiento contencioso de libre competencia.

Ahora, antes de comenzar con el análisis en profundidad de las razones por las cuales sustentamos esta tesis, es importante aclarar que no todos los tribunales en nuestro país pueden calificarse como

¹¹⁹ Ibid, p.54

¹²⁰ Ibid, p.55

consecuencialistas. De hecho, la hipótesis de este trabajo es que, dadas las características especiales que tiene el TDLC como tribunal, este puede ser caracterizado de esta manera, en circunstancias de que la mayoría de los tribunales ordinarios y especiales - formen o no parte del Poder Judicial - no presentan características que les permitan actuar de manera consecuencialista.

¿Por qué la generalidad de los tribunales ordinarios y especiales no pueden ser calificados como consecuencialistas? Para responder a esta pregunta debemos a su vez entender las funciones que los tribunales ejercen en nuestro ordenamiento jurídico,

Una primera pista de su función nos la entrega la propia Constitución Política, que señala en su artículo 76°: *“La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.”*¹²¹

En base a este artículo, podemos afirmar que la función principal de los tribunales de justicia es la denominada función jurisdiccional, que ha sido definida tradicionalmente como *“el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir”*¹²²

Como puede apreciarse en la definición, los tribunales de nuestro país tienen como principal misión la de conocer y resolver conflictos relevantes en términos jurídicos, todo esto dentro de un proceso establecido previamente por la ley. Las decisiones de los tribunales respecto de las causas entregadas a su conocimiento quedan expresadas en sentencias judiciales, las cuales, a su vez, producen una serie de efectos, dentro de los cuales se encuentra la cosa juzgada, institución que ya hemos analizado en el capítulo primero.

Sin embargo, y respecto al efecto que las sentencias producen, es relevante tener en consideración el inciso segundo del artículo 3° del Código Civil, el cual señala *“Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.”*

Este artículo versa sobre el efecto relativo de las sentencias, el cual es indispensable para nuestro análisis sobre la aplicación del consecuencialismo. En este sentido, el dictar una sentencia, el juez es consciente de que ella solo afectará a las partes del litigio y no a terceros, excepto casos establecidos especialmente por la ley, por lo tanto, el juez no tendrá en consideración los efectos que ella pueda traer

¹²¹ Constitución Política de la República de Chile, artículo 76°

¹²² COLOMBO, Juan. *La Jurisdicción en el Derecho Chileno*. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1991, p. 41

a nadie más que a las partes involucradas, ya que la propia ley se encarga de delimitar el efecto que ella pueda traer.

Asimismo, el contenido de esa decisión viene configurado por los hechos y peticiones que fueron introducidos por las partes durante el proceso. Lo anterior puede inferirse de la lectura del artículo 160° del Código de Procedimiento Civil, que señala:

“Art. 160 (167). Las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio.”¹²³

Por tanto, no tan solo las sentencias tienen un efecto restringido desde una perspectiva subjetiva (a quienes les afectan las sentencias), sino que, también se encuentran limitadas desde el punto de vista del objeto de la decisión, o por el “mérito del proceso”, como lo denomina el Código de Procedimiento Civil. Al respecto, es importante considerar que el juez solo podrá pronunciarse respecto de los hechos introducidos por las partes, quedando a sujeto a aquellos que las partes aporten al proceso, de lo contrario, la sentencia podría ser invalidada por incurrir en el vicio de *ultra petita*, es decir, por extenderse a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, de conformidad al artículo 768° 4ª del mismo cuerpo normativo.

Las limitaciones anteriores son contrarias al pensamiento consecuencialista, ya que este precisamente se caracteriza por razonar en función de las consecuencias que puedan traer las decisiones que tomemos, no solo a la parte afectada, sino que también a nuestro entorno. En cambio, la sentencia dictada por tribunales produce efectos solo en consideración a las partes del litigio, no tomando en cuenta y tampoco pretendiendo extender sus decisiones a terceros, ni respecto de asuntos, materias u objetos diversos de aquellos que las partes han sometido a la decisión del tribunal.

Solo a modo ilustrativo, podemos visitar el ejemplo del dilema de Arjuna. El pensamiento propio del consecuencialismo lo obliga a tener en consideración los efectos que producirá la batalla no solo para él mismo, sino que también en la sociedad en la que está lucha se llevará a cabo. La sentencia dictada por el juez, en cambio, está destinada a resolver un conflicto en específico, y solo produce efectos a su respecto.

Queda de manifiesto entonces, que en el ejercicio de sus funciones la mayoría de los tribunales ordinarios y especiales no pueden ser catalogados como consecuencialistas, sino que todo lo contrario, su labor se enfoca específicamente en la resolución del caso concreto, para lo cual deben basarse

¹²³ Código de Procedimiento Civil, artículo 160°.

únicamente en las consideraciones de derecho y de los hechos que las partes hayan acreditado debidamente al interior del proceso, sin tener en mente fundamentos que se refieran, por ejemplo, a los posibles efectos de determinada decisión y a la conveniencia para la generalidad de la sociedad de la prevalencia de uno respecto de otro, cuestión que se encuentra respaldada, además, por el hecho de que la sentencia solo podrá producir efectos sobre las partes de la causa.

En esta línea, debe agregarse que la tendencia a resolver los conflictos centrada en las particularidades del caso concreto es propia de los tribunales adscritos al derecho continental o *civil law*. En contraste, los jueces del *common law*, cuyo derecho se caracteriza por la existencia del sistema del precedente, tienen una cierta tendencia a la categorización, es decir, buscan subsumir el caso concreto a una cierta tipología de casos, distinguiendo similitudes y diferencias con el tipo y los casos anteriores que se han clasificado en él.¹²⁴ Este ejercicio lleva a los jueces a excederse del caso concreto, ya que no se analiza exclusivamente el caso en específico, sino que se tiene en mente la búsqueda de “*la solución más justa en todas las circunstancias posibles que se subsumen en la cuestión tratada*”¹²⁵.

En este sentido, podría afirmarse que los tribunales ordinarios del *common law* funcionan bajo una lógica que sigue elementos consecuencialistas, ya que al momento de resolver los conflictos que les son entregados, buscan encontrar no una solución que mire únicamente al caso en específico, sino que también tenga en cuenta a las demás situaciones que han sido subsumidas en el tipo, de manera que todas ellas sean resueltas en conjunto de la manera más justa posible para todas, no necesariamente para el caso concreto.

Por el contrario, esta lógica no está presente en los tribunales ordinarios de nuestro país, ya que ellos, al ser parte de la tradición jurídica del derecho continental “*tiene[n] un respeto mayor por la idea de resolver el caso concreto sin que esa decisión tenga una fuerza, en algún sentido vinculante, para casos futuros.*”¹²⁶ De esta manera, en el derecho continental, - y por ende en los tribunales de nuestro país- el juez avocará su decisión exclusivamente a la aplicación del derecho en los hechos que han sido constatados por las partes, lo que puede, a su vez, y a diferencia del *common law*, dar soluciones distintas

¹²⁴ NÚÑEZ, Raúl y CARRASCO, Nicolás. *Derecho, proceso y economía. Una introducción al análisis económico del derecho procesal civil*. Ed Marcial Pons, 2022, pp. 118-121

¹²⁵ WHITTAKER, Simon. *El precedente en el Derecho Inglés: Una visión desde la ciudadela*. Santiago, Revista Chilena de Derecho, vol, 35 num. 1, 2008, p.74

¹²⁶ NÚÑEZ, Raúl y CARRASCO, Nicolás. Ob. Cit n°124 p.120

para casos similares, ya que las particularidades de cada situación podrán hacer variar sustancialmente la decisión del juez.¹²⁷

Sin embargo, el caso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es distinto. No corresponde a este capítulo la explicación exhaustiva de las razones por las cuales el TDLC puede ser catalogado como consecuencialista, tarea que realizaremos en el capítulo III, sin embargo, si es necesario enunciar las bases sobre las cuales desarrollaremos este análisis.

Como hemos señalado previamente en el capítulo I, el artículo 5° del DL N°211 encomienda al TDLC la función de “prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia”.¹²⁸ A estas funciones ya identificadas debe agregarse la lectura conjunta de los artículos 1°, 2° y 3° del mismo cuerpo normativo, que señalan, respectivamente:

Artículo 1°.- La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados. Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley.

Artículo 2°.- Corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados.

*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 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.*¹²⁹

De la lectura de los artículos precedentes puede inferirse que el TDLC cumple, por encargo de la propia ley, con tareas que van más allá de la mera resolución de los conflictos que puedan darse en el ámbito de la libre competencia. Su misión no se agota en el ejercicio de la función jurisdiccional, sino que, además, el Tribunal juega un papel activo en la defensa del bien jurídico de libre competencia, estando expresamente encargado de la prevención de conductas que puedan atentarse contra el mismo y

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Decreto Ley N°211 artículo 5°

¹²⁹ Decreto Ley N°211, artículos 1°, 2° y 3° (el subrayado es propio)

pudiendo, incluso, diseñar medidas distintas de las señaladas en la ley para salvaguardar a la libre competencia.

De esta manera, para cumplir correctamente con su misión resulta necesario para el TDLC adoptar una mirada consecuencialista, ya que sus decisiones deben encargarse no solo de resolver los posibles atentados a la libre competencia que puedan darse en los distintos mercados, sino que además deben estar orientadas a promover un mayor ambiente competitivo dentro de ellos y a prevenir futuras infracciones.

Por otro lado, el carácter consecuencialista del TDLC no se manifiesta únicamente en su misión, sino que, además, puede evidenciarse en el bien jurídico que debe proteger, y en la construcción de este mismo que se le ha encargado. Como ya hemos mencionado en el primer capítulo de este trabajo, ha sido reconocido por la doctrina que la misión esencial del TDLC es la aplicación del artículo 3º, el cual es de baja densidad normativa y que no es explícito en definir que específicamente que podrá entenderse como atentados a la libre competencia, sino que se limita a ejemplificar ciertos tipos de infracciones.¹³⁰

Tal como hemos afirmado precedentemente, corresponde al TDLC dotar de densidad normativa al concepto jurídico de libre competencia, en su carácter de ente regulador del comercio, y como tal, al conocer de las distintas causas que sean sometidas a su jurisdicción, *“debe tener una aproximación al caso que es casuística, pero a la vez sistémica: resuelve el caso no solo de cara a las partes, sino de cara a todos los demás miembros de la comunidad económica que leerán la decisión judicial como la regla en concreto que regula al comercio”*.¹³¹

El Tribunal no puede y tampoco debe limitar su análisis a la resolución concreta de un caso en específico, sino que, en su calidad de *policy maker*, *“debe resolver los casos pensando consecuencialmente qué reglas concretas maximizan el bienestar de la comunidad económica”*¹³² dicho de otra manera, el TDLC deberá tener siempre en cuenta los efectos que su decisión pueda provocar en el mercado en el cual se inserta el conflicto y también considerar cómo está decisión moldeará la regulación de libre competencia en nuestro país, la cual se le ha encomendado tácitamente al permitirle dotar de contenido al DL 211. Esta facultad definir que es lo que se entiende como objeto o bien jurídico protegido del Decreto Ley no es accidental, sino que ha sido intencional por parte del legislador.¹³³ Si

¹³⁰ MONTT, Santiago, Ob. Cit. (nº3), p.1

¹³¹ Ibid. pp.7-8

¹³² Ibid. p.9

¹³³ AGÜERO, Francisco. *Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia*. Boletín Latinoamericano de Competencia, N°19, (2004), p.10

bien la doctrina no ha llegado a un consenso respecto a cuál debe ser la guía del TDLC para dotar de contenido a este bien jurídico, nosotros seguiremos la postura del profesor Francisco Agüero, quien ha afirmado que este bien debería estar alineado con “[el] bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”.¹³⁴

En el siguiente capítulo nos dedicaremos a profundizar las ideas expuestas brevemente en este último apartado, específicamente en lo que respecta a cómo el bien jurídico protegido por el TDLC permite que este mismo adopte un carácter consecuencialista, y cómo este rol afecta el procedimiento contencioso de libre competencia. Por cuestiones de extensión, nos enfocaremos únicamente en el análisis de la manifestación del consecuencialismo en este procedimiento, dejando de lado el resto de los que se sustancian ante el Tribunal.

La decisión anterior no supone que los otros procedimientos estén desprovistos de una mirada consecuencialista, al contrario, puede que en ellos pueda evidenciarse con aún más fuerza su carácter, sin embargo, al ser la función jurisdiccional la más importante del TDLC, y también ser, quizás, en la que más se pueda refutar un supuesto carácter consecuencialista (porque parece más propia del ejercicio tradicional de los tribunales de justicia), es precisamente el procedimiento en el que el análisis a la luz del consecuencialismo puede ser más extenso e interesante, por lo que parece una buena idea centrar el estudio en esa área.

¹³⁴ Ibid. p.11

Capítulo III: EL TDLC como tribunal consecuencialista.

Como ya hemos adelantado, el propósito de este trabajo es demostrar que el TDLC puede ser catalogado como un tribunal consecuencialista y como dicho carácter se refleja tanto en las decisiones que toma el TDLC como en los procedimientos que ante él se sustancian, cuestión que analizaremos especialmente a propósito del ejercicio de su función jurisdiccional, es decir, a propósito del procedimiento contencioso de libre competencia.

En nuestra opinión, el carácter consecuencialista del Tribunal encuentra su fundamento en dos aspectos: (i) la misión encomendada a la institución por el legislador, que faculta expresamente al TDLC para resguardar la libre competencia, cuestión que obliga al Tribunal a tomar decisiones en consideración a las implicancias para el desarrollo futuro de las prácticas anticompetitivas, y (ii) su rol de *policy maker* encargado de la definición del bien jurídico de la libre competencia, tarea que debe cumplirse en consideración a la naturaleza de este bien jurídico, la cual ya hemos explicado previamente. Ambos puntos pueden ser considerados como la base del consecuencialismo en el Tribunal y son responsables del cambio que se evidencia en muchas de las instituciones procesales en los procedimientos de libre competencia, influencia que alcanza al procedimiento contencioso propio del TDLC.

Dividiremos este capítulo en tres secciones. En la primera, nos dedicaremos a reiterar y profundizar las cuestiones ya señaladas al final del capítulo segundo, respecto de cómo la construcción institucional del TDLC le otorga a este Tribunal el carácter de *policy maker*, convirtiéndolo en una de las dos grandes instituciones (siendo la otra la FNE), encargadas de moldear el contenido de la ley de libre competencia en nuestro país, tarea para la cual sus decisiones deben encargarse de perseguir y evitar vulneraciones al DL N°211 tanto presentes, como futuras.

Ya en una segunda sección, abordaremos el carácter consecuencialista propio del bien jurídico libre competencia. En nuestra opinión, la naturaleza misma de la libre competencia, entendida como la búsqueda de la eficiencia económica y del bienestar de los consumidores, exige tener un enfoque consecuencialista para su adecuado entendimiento y protección.

En efecto, para asegurar la eficiencia de los mercados no basta con tomar decisiones que consideren únicamente los hechos, o conductas que se desarrollan en él, sino que será necesario atender, entre otros, a quienes desarrollan las conductas, a la posición que tienen al interior de la industria y además ponderar los efectos en el presente y futuro que ellas tendrán en esta misma industria u otras adyacentes. Por ejemplo, en el caso de los ilícitos de abuso unilateral de posición dominante, no será correcta la sanción a una empresa por el hecho de tener poder de mercado, sino que será necesario atender, entre otros, a (i)

la forma en la que ha conseguido dicho poder en la industria, cuestión que, llevada al pensamiento consecuencialista, podemos asociar con efectos comprensivos, y (ii) las formas en las que su uso afecta o podría afectar al mercado, lo que puede identificarse como un claro efecto de culminación. Desarrollaremos el carácter consecuencialista que requiere el análisis del bien jurídico libre competencia en mayor detalle precisamente a propósito de este tipo de infracciones.

Finalmente, una vez que tengamos claro los orígenes del carácter consecuencialista del Tribunal, nos dedicaremos a analizar cómo influye este carácter en las instituciones del procedimiento contencioso, tales como la conciliación, la cosa juzgada, diversas formas de término del procedimiento, e incluso los factores que inciden en el TDLC y la Corte Suprema para determinar las medidas y multas a imponer.

3.1. El carácter consecuencialista de la misión institucional del TDLC y sus implicancias.

Como hemos señalado previamente, de la lectura de los artículos 1°, 2°, 3° y 5° del Decreto Ley N°211, puede concluirse que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tiene una misión distinta a la que se le ha asignado a los tribunales ordinarios, que corresponde al resguardo de la libre competencia en los mercados.

Esta tarea implica que el Tribunal actúe de manera consecuencialista, es decir, con una profunda deferencia a las consecuencias que sus decisiones puedan provocar en los mercados afectados, ya que su principal tarea no será necesariamente el encontrar una solución para el conflicto en particular que se le presente, sino que la búsqueda de la alternativa mediante la cual se pueda maximizar la defensa y promoción de la libre competencia dentro de dicho mercado.

Para cumplir con su misión institucional, el TDLC cuenta con características particulares, tales como su composición mixta, además de tener ciertas funciones que no podemos encontrar en otros tipos de tribunales. Basta con revisar el artículo 18° del DL N°211, que enumera las atribuciones y procedimientos del Tribunal, que insertamos a continuación:

“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;

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;

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;

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;

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;

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

7) Las demás que le señalen las leyes.”

Salta a la vista que, de las funciones enumeradas en la ley, no todas se encuadran con la función jurisdiccional entregada a nuestros tribunales ordinarios de justicia en el artículo 76° de la Constitución. Este punto ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, el cual, al pronunciarse sobre las facultades otorgadas al TDLC en este artículo, ha señalado:

“Que de la lectura de lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto Ley N°211 es posible concluir que —en principio— sólo el número uno dice relación con una atribución en que el órgano actúa propiamente como tribunal, ejerciendo jurisdicción, esto es, resolviendo conflictos externos de relevancia jurídica. Los demás numerales no establecen potestades propiamente jurisdiccionales, toda vez que en el ejercicio de ellas el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no conoce de pretensiones procesales originadas en un conflicto

de carácter jurídico, sino que por solicitud y no demanda de los interesados, se pronuncia sobre ciertas declaraciones y diligencias que (...) los particulares no pueden realizar por sí, requiriendo de la intervención de un tribunal al que expresamente se le han encomendado las atribuciones administrativas pertinentes."¹³⁵

El hecho de que el Tribunal cuente con funciones que van más allá de la jurisdiccional (las llamadas potestades no jurisdiccionales o de promoción de políticas públicas) puede explicarse en el hecho de que estas son necesarias para cumplir a cabalidad su propia misión institucional. Explicaremos el carácter consecuencialista de estas facultades brevemente, con la excepción del numeral 5) por considerar que el estudio del análisis de las operaciones de concentración se encuentra fuera de los límites de este trabajo, y del numeral 6), ya que este corresponde a una atribución propia de los tribunales de nuestro país y que refiere a cuestiones de la administración de justicia.

3.1.1. La potestad consultiva.

La potestad consultiva consagrada en el número 2) del artículo señalado, tendría, según el propio Tribunal *“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”*¹³⁶. Como podemos ver, esta facultad no jurisdiccional tiene un enfoque hacia futuro, estando pensada precisamente para evitar posibles lesiones a la libre competencia evaluando los riesgos de determinadas prácticas que podrían afectar al bien jurídico.

En este sentido, el análisis que el TDLC realiza al momento de abordar estos casos es de carácter prospectivo, ya que, si bien se analizan hechos, actos o contratos concretos, no se busca la evaluación efectos anticompetitivos que ya han acontecido, sino que de posibles riesgos que pueden derivarse de una situación concreta.

Un ejemplo del enfoque utilizado por el Tribunal para resolver las consultas puede encontrarse en el Informe N°14/2019, dictado a propósito de la consulta de la Empresa Portuaria Antofagasta por la procedencia la modificación de la regla de restricción a la integración vertical establecida en el Dictamen N° 1209/2002, que regía al Frente de Atraque N° 2 del puerto de Antofagasta.

¹³⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°1448-2009, c.16° (subrayado agregado)

¹³⁶ H. Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N°86/2009, en la causa C N°180-08, c.2° [Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/sent_0086_2009.pdf]

En este caso, el Tribunal indicó que “[p]ara analizar la Solicitud consistente en aumentar el límite permitido a la integración vertical en el Frente de Atraque N° 2 del puerto de Antofagasta, operado por ATI, es necesario determinar si ello permite resguardar la libre competencia en la provisión de los servicios portuarios en el mercado relevante. Para estos efectos, en primer lugar, se examinarán cuáles serían los potenciales riesgos que conlleva la integración vertical antes indicada y cuáles serían las condiciones para que estos se materialicen.”¹³⁷

Como se desprende del extracto, la tarea del Tribunal en estos casos será precisamente la proyección de los riesgos asociados a específicos hechos, actos o contratos que pueden producirse en un mercado en específico, para posteriormente dictaminar si ellas son acordes o no al DL N°211. Es decir, el Tribunal deberá examinar los hechos o conductas presentadas por los solicitantes en base a sus efectos de culminación, proyectando su política reguladora de la competencia hacia futuro, en un ejercicio que es claramente consecuencialista.

3.1.2. La dictación de instrucciones de carácter general.

De conformidad al numeral 3) del artículo 18° del DL N°211, el Tribunal cuenta con la facultad de dictar instrucciones de carácter general, obligatorias para los particulares en cuanto a los actos o contratos que ejecuten o celebren, y que se relacionen con temáticas de libre competencia.

A modo de caracterización de esta potestad, es menester señalar que la literatura nacional la ha catalogado como una facultad de carácter administrativo, equivalente a la potestad normativa de las superintendencias, al compartir con ellas cuatro características clave, a saber: (i) estar establecida por ley, (ii) ser obligatoria, pero solo con respecto a los sujetos regulados, (iii) tener una consagración legal amplia, que permite que el ámbito de competencia de estas normas se limite, a su vez, a la competencia del órgano que las dicta, y (iv) ser normas que tienen fuerza coercitiva. Asimismo, y siendo esto de especial importancia para definir el carácter consecuencialista de esta facultad, tanto las facultades de las superintendencias como del TDLC se encuentran sustentadas en la función de entes reguladores de la economía, -y en el caso específico del TDLC, de la competencia en los mercados- que se les encomienda a estas instituciones.¹³⁸

En línea con este rol, los objetivos que se buscan satisfacer con esta potestad son, por un lado, “la [maximización de] la efectividad de la institucionalidad de defensa de la libre competencia, generando un clima de seguridad y certeza jurídica para los agentes económicos que actúan en el mercado

¹³⁷ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Informe N°14/2019 párrafo 57, p.36 (el subrayado es propio)

¹³⁸ AGÜERO, Ob.cit. (n°6), pp.10-13.

concernido, coadyuvando a la prevención de conductas anticompetitivas y disminuyendo los costos de litigación asociados”¹³⁹, y por otro lado, “[la promoción] en forma activa [de] determinados actos o estipulaciones contractuales, con el objeto de incrementar la intensidad de la competencia en determinados mercado”¹⁴⁰

Ambos objetivos permiten concluir que las instrucciones de carácter general dictadas por el TDLC tienen un rol propiamente consecuencialista. El TDLC busca tutelar *ex ante* el bien jurídico de libre competencia, previniendo conductas anticompetitivas mediante el otorgamiento de certeza jurídica a los agentes que actúan en los mercados, los cuales deberán adecuar su conducta a esta instrucción, siendo, por lo tanto, de primera importancia para su dictación los efectos posteriores de la resolución, es decir, los efectos de culminación, - si nos remitimos a las tipologías de Amartya Sen-

De manera análoga, el impulso de conductas pro competitivas a través de las instrucciones se centra indudablemente en la búsqueda de un bienestar futuro, tanto de la comunidad como del mercado en particular que se verá afectado por ellas, siendo también este efecto uno de culminación.

3.1.3. La proposición normativa.

La última de las potestades a analizar del Tribunal corresponde a la facultad de proposición normativa, la cual permite al TDLC, a grandes rasgos, proponer al Presidente de la República la modificación o derogación de preceptos que estime contrarios a la libre competencia, o, asimismo, la dictación de normas que sean necesarias para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas.

Esta atribución, si bien previamente se catalogó como administrativa, es según la doctrina de nuestro país una atribución *sui generis*, dada al TDLC para ejercer su rol de promotor de la competencia.¹⁴¹ Precisamente, lo que se busca a través del ejercicio de esta facultad, es influir en la elaboración de las normas para corregir la falta de competencia en los mercados, siendo, por lo tanto no solo “una potestad meramente protectora de la competencia, si no que también [una que cumple] un rol creador o generador de la misma”.

¹³⁹ VELOZO, A. Y GONZÁLEZ, D. “Reflexiones en Torno a Algunas de las Facultades Extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia” en *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*, p.48. (el subrayado es propio)

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ Ibid. p.59

En cuanto a la lógica consecuencialista de esta institución, es claro que su uso se proyecta hacia el futuro y que al utilizarse debe tener en cuenta las condiciones actuales de los mercados en los que pretende incidir. Para su correcto uso, es imprescindible la mezcla de consideraciones relativas a efectos comprehensivos, -entendidos en este caso como el estado actual del mercado que se pretende regular, las interacciones y posiciones de sus agentes, así como las relaciones existentes ellos- y de efectos de culminación, que pueden traducirse como el impacto buscado en el campo de la economía que se pretende regular.

3.1.4. La función jurisdiccional.

Ahora, si bien el Tribunal cuenta con potestades diversas de las jurisdiccionales que le permiten tener un papel preponderante en la implementación de las políticas públicas en el área de la libre competencia, o bien, en otros ámbitos normativos, no por ello podemos afirmar que el Tribunal evidencia este rasgo únicamente en tales facultades, sino que ellas también pueden verse reflejadas al momento de ejercer jurisdicción.

La doctrina ha reconocido que la construcción del contenido de nuestra ley de libre competencia se lleva a cabo principalmente a través de la resolución jurisdiccional de conflictos litigiosos.¹⁴² En el ejercicio de jurisdicción, el Tribunal define y desarrolla el bien jurídico de libre competencia, explicitando las maneras en las que pueden cometerse infracciones contrarias a este bien, y los requisitos y aspectos a tener en cuenta al momento de analizar cada caso. En el ejercicio de esta atribución, el Tribunal se ve profundamente influenciado por consideraciones consecuencialistas, como explicaremos a continuación.

3.2. El carácter consecuencialista del bien jurídico libre competencia y su influencia en la función jurisdiccional y en el procedimiento contencioso.

A la misión institucional del Tribunal como uno de los fundamentos del consecuencialismo que rige al TDLC podemos agregar un segundo argumento: el propio bien jurídico de libre competencia exige un enfoque consecuencialista para su adecuada protección, que vele por la competencia actual y futura de los mercados y por el bienestar de ellos en consideración a los elementos particulares de cada uno de

¹⁴² AGÜERO, Ob. cit. (nº6), p.6

ellos. Esta necesidad influye tanto a las instituciones procesales del procedimiento contencioso y también en el modo en el que el Tribunal ejerce su función jurisdiccional.

Desarrollaremos esta última idea a propósito de la configuración de la conducta de abuso de posición dominante, conducta atentatoria a la libre competencia y que en atención al artículo 18 N°1 del DL N°211¹⁴³, debe ser tramitada siguiendo el procedimiento contencioso del Tribunal.

A modo de introducción, debemos señalar que el abuso de posición dominante corresponde a uno de los actos o conductas que se encuentran señalados por el Decreto Ley N°211 como ejemplos de actos contrarios a la libre competencia. Específicamente, en el artículo 3° letra b), que establece:

“Artículo 3°.- (...) Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.”¹⁴⁴

Como ya hemos afirmado, corresponde al Tribunal dotar de contenido al DL N°211 y, en este caso, definir las formas en las que podrá considerarse que un determinado hecho, acto o convención puede clasificarse como un abuso de posición dominante. Lo anterior, en atención a que las normas que configuran las prácticas anticompetitivas tienen un deslinde conceptual poco claro en la ley, adquiriendo la jurisprudencia un rol principal en esta materia.

Esta tarea ha sido realizada por el Tribunal, entre otras, en la sentencia N°176/2021, dictada a propósito de la demanda del Sindicato de Trabajadores Independientes Chile Taxis contra Cabify, Uber y Easy Taxi, en la que se acusó a los demandados de realizar conductas constitutivas de competencia desleal, precios predatorios y de abuso de posición dominante.¹⁴⁵ Esta sentencia resulta ilustrativa de los lineamientos que el Tribunal sigue para analizar este tipo de ilícitos, sin perjuicio de que existen otros casos en que también se ha apegado al análisis que describiremos a continuación.¹⁴⁶

¹⁴³ El artículo 18° numeral 1), establece que el Tribunal tendrá la facultad de conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que puedan constituir infracciones al Decreto Ley. N°211. A su vez, el artículo 3° del mismo cuerpo normativo, señala, que, *“se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, (...) b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado (...)”*

¹⁴⁴ Decreto Ley N°211, artículo 3° letra b)

¹⁴⁵ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Op. cit. (n°82), p.1

¹⁴⁶ Véase, H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N°174/2020, en la causa C N°323-17.

Al resolver el supuesto abuso de posición dominante ejercido por las demandadas, el Tribunal se refirió, en primera instancia, a los elementos necesarios para configurar la infracción:

“Que, para configurar una conducta anticompetitiva unilateral, como se ha resuelto en esta sede, es necesaria la concurrencia de dos elementos, uno estructural y otro conductual: El primer elemento es la posición de dominio. Esta posición supone que el comportamiento debe ser desplegado por un agente económico que tiene un poder de mercado sustantivo y que puede actuar con independencia de otros competidores, clientes y proveedores, porque no existe una presión competitiva eficaz que pueda ser ejercida contra él – esto es, un poder disciplinador por parte de los competidores actuales o potenciales o bien, de un eventual poder de contrapeso-, de modo que está en posición de fijar condiciones que no habrían podido ser obtenidas de no mediar la existencia de ese alto poder de mercado (...). Por su parte, el segundo elemento es el comportamiento abusivo por parte del agente dominante, en el mercado relevante previamente definido, que debe producir efectos anticompetitivos o tener la potencialidad de hacerlo (...)”¹⁴⁷

Posteriormente, el Tribunal reafirma la importancia del elemento estructural para la determinación del elemento conductual, indicando que las conductas presuntamente abusivas suelen ser *“prácticas normales de negocios que, prima facie, no merecen reproche desde la perspectiva de la libre competencia.”*¹⁴⁸

Analizaremos los elementos constitutivos de abuso de posición dominante tanto estructurales como conductuales, ya que en ambos podemos apreciar un razonamiento propio del consecuencialismo, pero que se expresa de maneras distintas.

Respecto del elemento estructural, a partir de los dichos del Tribunal podemos concluir que sería erróneo afirmar que una conducta de abuso de posición dominante realizada por cualquier participante del mercado sea anticompetitiva *per se*. Al contrario, para que la conducta exhibida alcance tal carácter es necesario responder a la pregunta de si el participante tiene un poder de mercado considerable, por lo que la calificación de la conducta como anticompetitiva dependerá en gran medida del posicionamiento de la firma en su medio y de las relaciones que tenga con el resto de las empresas competidoras, siendo solo de esta manera posible establecer que tiene la dominancia necesaria para ejecutar una conducta que pueda ser considerada como anticompetitiva.

¹⁴⁷ Ibid. c.74°

¹⁴⁸ Ibid c.75°

La protección de la libre competencia respecto de este tipo de conductas requiere de una mirada amplia, que no pondera únicamente a los hechos que se constatan en la causa -en este caso, la realización de actos constitutivos por parte de Uber, Cabify e Easy Taxi como fijación de precios-, sino que va más allá. Para determinar si la conducta del demandado es o no atentatoria a la libre competencia, o si puede tener efectos que eventualmente la lesionen, el Tribunal debe tener en consideración la posición de las actoras dentro del mercado en análisis.

Precisamente la aplicación de este criterio fue lo que finalmente llevó a desechar la demanda interpuesta, al considerarse que las empresas demandadas no contaban con una posición de dominio de la que pudiesen abusar. Es más, incluso en una de las diversas definiciones de mercado relevantes analizadas -en la que se consideró que Uber efectivamente detentaba una alta participación de mercado, de todas maneras- se descartó que ello pudiese significar que efectivamente la empresa ostentaba dicha posición, al no existir barreras de entrada al mercado que permitieran el abuso de ella.¹⁴⁹

Si extrapolamos este razonamiento a la lógica consecuencialista, podremos comprobar que el Tribunal tiene en cuenta en su decisión no solo los denominados *efectos de culminación*, de los que ya hemos hablado previamente, sino que, además, fundamenta su decisión de manera decisiva en los *efectos comprehensivos*, en este caso, en la capacidad de acción que tiene el actor de abusar de la posición en la que se encuentra, siendo relevante para su determinación el contexto en el que estas conductas se insertan, tal como su participación de mercado o existencia de barreras a la entrada.

A modo de comparación, podríamos pensar en el análisis de la posición de Uber, Cabify y Easy Taxi como una suerte de analogía al argumento de Arjuna respecto de su responsabilidad personal en la guerra de la epopeya. Del mismo modo que Arjuna se considera responsable de las muertes y posibles daños que sufrirá su pueblo producto de la guerra, dado su papel – posición– de general y su participación directa en la misma, las demandadas podrían haber sido, a su vez, responsables de los efectos lesivos a la libre competencia que pueda tener su conducta en el mercado. Arjuna, al igual que cualquier actor dominante de un mercado en particular, es especialmente responsable de las consecuencias en el pueblo Hindú (en casos de libre competencia, en los mercados) que puedan tener sus acciones, ya que su posición lo hace especialmente responsable de ellos, en el sentido de que sus actos tienen una influencia mucho mayor a la que podría tener la participación de cualquier soldado de la causa.

Resulta interesante también tener en cuenta que los efectos comprehensivos, entendidos como el contexto en el que se desarrollan los hechos analizados, no pueden ser analizados de manera aislada. Al

¹⁴⁹ Ibid c.96°- 99°

contrario, la inclusión de los efectos comprensivos en el estudio de las conductas permite al Tribunal tener no solo en cuenta el contexto actual de los mercados, sino que inevitablemente, lo llevará también a considerar hechos pasados, relativos a cómo se ha adquirido una posición de dominio. En este sentido, la tarea del Tribunal resulta compleja, ya que para una adecuada resolución de los casos debe conjugarse un correcto análisis de elementos pasados, referentes a cómo se ha llegado al estado actual del mercado, presentes, relativos al contexto en el que se desenvuelven las supuestas prácticas anticompetitivas, y futuros, concernientes a los efectos que las conductas puedan desencadenar.

El análisis que realiza el Tribunal de los efectos comprensivos desarrollado de esta manera no se desprende de los hechos pasados o presentes, sino que, al contrario, los incorpora y sirve como puente entre estos hechos y las consecuencias futuras. Es precisamente este rasgo del consecuencialismo planteado por Amartya Sen lo que lo distingue de otros tipos de filosofías o formas de pensamiento desarrolladas por otros autores, centrados únicamente en las consecuencias futuras de los actos o efectos de culminación.

Por lo anterior, consideramos que este es el tipo de consecuencialismo que rige al Tribunal, ya que precisamente esta inclusión de los hechos pasados y presentes - que se acreditan por las partes, en honor al principio dispositivo que rige al procedimiento- permite al Tribunal analizar las consecuencias futuras de los actos sin desviarse del mérito del proceso, respetando el artículo 160° del Código de Procedimiento Civil.

Por otro lado, con respecto al elemento conductual del ilícito de abuso de posición dominante, resulta necesario recalcar que el Tribunal se refiere expresamente a que el comportamiento desplegado por el agente dominante debe *producir efectos anticompetitivos o tener la potencialidad de hacerlo*. Por lo tanto, en ilícitos de abuso de posición dominante no se exige limitar el análisis del caso en cuestión a los efectos que realmente ha provocado la conducta de las actoras, sino que, al contrario, el examen de la conducta desplegada tenderá también hacia el futuro.

En base a lo anterior, podemos afirmar que el Tribunal no juzga únicamente a las conductas desplegadas por los actores en base a si estas han agredido o no a la competencia del mercado en específico, sino que además se preocupa de juzgar a dichas conductas desde su potencialidad para producir un efecto negativo en el mismo mercado.

En la medida de que se compruebe que un cierto hecho, acto o contrato puede llegar a tener efectos lesivos para la competencia, está será sancionada por el Tribunal. Lo anterior puede ser visto como una consideración basada en los efectos de culminación de las conductas sometidas a su tutela, lo cual, en suma, con las consideraciones basadas en efectos comprensivos ya demostradas en el párrafo anterior,

comprueban nuestra hipótesis del actuar consecuencialista del Tribunal en cuanto a la toma de decisiones de fondo.

Este análisis consecuencialista, como podemos inferir de la sentencia examinada, resulta intrínseco al bien jurídico de libre competencia, siendo necesario para su correcta tutela, y también está completamente alineado con la misión institucional del Tribunal.

3.3. La influencia del consecuencialismo en el procedimiento contencioso de libre competencia.

Como es natural, el consecuencialismo presente en la misión del Tribunal para salvaguardar la libre competencia afecta de manera profunda la forma en la que se configuran los procedimientos que se sustancian ante el TDLC, incluido el procedimiento contencioso. Estas influencias afectan, entre otros, a los principios que resultan aplicables en el procedimiento, a las instituciones que podemos encontrar en él, a las distintas formas de término del procedimiento, e incluso, y cómo ya hemos visto, a las razones de fondo de las decisiones que toma el Tribunal para resolver los casos sometidos a su conocimiento.

En esta última parte del trabajo analizaremos algunos de los principios e instituciones ya explicados en el capítulo I de esta memoria a la luz de los postulados consecuencialistas, a fin de poder demostrar como la lógica consecuencialista influye en las atribuciones conferidas por el legislador al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y también en la interpretación que el propio Tribunal realiza respecto de la aplicación de esas atribuciones, y de la forma de proceder dentro del procedimiento contencioso.

3.3.1. Los principios rectores del procedimiento contencioso de libre competencia.

Como ya hemos discutido en el primer capítulo, el procedimiento contencioso de libre competencia se rige por los siguientes principios formativos: (i) principio dispositivo, en virtud del cual serán las partes las que inicien el procedimiento y definan su objeto; (ii) principio de dirección formal del Tribunal, el cual permite y ordena al TDLC impulsar la continuación del procedimiento; y (iii) principio de dirección material del Tribunal, que faculta al tribunal para decretar que se realicen las diligencias probatorias que estime convenientes para la resolución de una causa.

La pregunta que debemos plantearnos respecto de estos principios es si su aplicación en el procedimiento de libre competencia obedece, en parte, a elementos consecuencialistas, que buscan una mejor protección del bien jurídico de libre competencia.

En nuestra opinión, la presencia de los principios de dirección formal y material del Tribunal se justifica en la misión consecuencialista que debe cumplir el Tribunal, ya que le otorgan herramientas que debe utilizar con el fin de salvaguardar la libre competencia y asegurar una correcta administración de la justicia en las causas relacionadas.

Ambos principios son necesarios para que el TDLC pueda actuar adecuadamente como un ente regulador del comercio. En el caso del principio de dirección formal, sería ilógico pensar que hechos ya expuestos al Tribunal, que potencialmente podrían significar una afectación a la libre competencia, puedan retrasar su decisión o incluso llegar a no ser conocidos únicamente por la inactividad de las partes o por un eventual desistimiento de las acciones entabladas. Es precisamente para evitar este tipo de situaciones, que el legislador otorga al TDLC la facultad y al mismo tiempo deber de impulsar de oficio el procedimiento. Al ser materias de orden público, que no afectan únicamente los intereses individuales y actuales de las partes, sino que los de la comunidad toda, el Tribunal debe velar por la protección de estos últimos, lo cual lo habilita para propulsar la continuidad de los procedimientos contenciosos con la finalidad de alcanzar una pronta, rápida y buena administración de la justicia en casos de libre competencia, exhibiéndose de esta manera la preocupación, independiente de la decisión que pueda tomarse en el caso particular, motivada precisamente por el impacto negativo que una falta de pronunciamiento en la materia podría significar para el medio.

Una lógica similar se sigue en el caso del principio de dirección material. Los hechos discutidos en los procedimientos contenciosos de libre competencia son de gran importancia para la sociedad, por lo que no parece descabellado permitir que el TDLC, un Tribunal bastante técnico, pueda solicitar los antecedentes que le parezcan pertinentes para una mejor resolución del caso, especialmente tomando en cuenta que las decisiones podrían no afectar únicamente a las partes del proceso, sino que al mercado en el que se desenvuelven.

El TDLC ha sido especialmente cauto en el uso de esta facultad, sin embargo, hay casos en los que se ha evidenciado el papel preponderante que puede tener para la toma de decisiones del Tribunal. Un buen ejemplo se da en la causa C N°220-11 en la cual, previo a la resolución de la solicitud de desistimiento presentada por las partes, se ofició a la FNE para que emitiera un informe pronunciándose respecto del acuerdo presentado a las partes y de las posibles vulneraciones a la libre competencia que podrían existir en el caso.¹⁵⁰ El informe aportado por la Fiscalía señaló que existían posibles riesgos anticompetitivos, motivo por el cual el TDLC rechazó la solicitud en cuestión.

¹⁵⁰ H. Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, resolución de 22 de marzo de 2012, en causa Rol c n.º220-11, c.1-3

3.3.2. La cosa juzgada.

Como adelantamos en el primer capítulo, la cosa juzgada es una de las instituciones en las que tanto la doctrina como la jurisprudencia no admiten la aplicación total del Código de Procedimiento Civil en materia de libre competencia, innovándose en este aspecto. Al respecto, ya hemos señalado que, según el Tribunal, para que proceda la acción o excepción de cosa juzgada, solo será necesario que se acredite la existencia de un juzgamiento previo e identidad objetiva (es decir, de la cosa pedida y la causa a pedir) entre el proceso anterior y el actual.¹⁵¹ De esta manera, no será necesario acreditar que la identidad de las partes en ambos procesos sea la misma.

Creemos que esta diferencia en los requisitos obedece, al igual que en todas las instituciones que hemos analizado en este apartado, a fundamentos consecuencialistas. Resulta lógico que para una correcta defensa de la libre competencia, el TDLC no tenga necesidad de pronunciarse de la identidad de las partes respecto de la acción o excepción de cosa juzgada, ya que, al ser los hechos discutidos de interés público, se reduce la importancia de atender a las partes que intervienen en las relaciones jurídicas sustantivas en comparación con la adopción de decisiones necesarias para salvaguardar la competencia del mercado, para lo que puede basar el análisis de los hechos que sirven de fundamento a la acción y la cosa pedida.

La resolución N°53/2018 del TDLC confirma esta aseveración, al afirmar:

“(…) lo relevante en la cosa juzgada en los procesos de libre competencia de interés público no son las partes, sino los hechos, de modo que sólo se vería infringida ante una revisión de los mismos hechos. Por tanto, la cosa juzgada no se vería afectada ante la revisión contenciosa o no contenciosa de nuevos hechos que involucren a las mismas partes, y la exigencia de que estas gocen de las garantías del debido proceso en el nuevo procedimiento de revisión no se funda en el efecto de cosa juzgada de la sentencia anterior, sino en la necesidad de oír a todos los interesados que podrían verse afectados por la nueva medida (…).

En relación a esto mismo, y para efectos de dar mayor certeza a los agentes del mercado respecto de los criterios procedimentales que sigue este Tribunal, resulta pertinente señalar que, dado que el TDLC tiene como una de sus misiones defender el interés público en libre competencia mediante actos regulatorios o de policía bajo una perspectiva estrictamente funcional o finalista, para distinguirlos de su naturaleza orgánica y procedimental, sus potestades sólo pueden tener por objeto la protección del interés público de modo prospectivo, esto es, ante una lesión presente o futura del mismo. Por esto es

¹⁵¹ H. TDLC, Ob. cit. (n°77), c.21°

que sus poderes son calificados únicamente como preventivos, correctivos, prohibitivos y disuasivos pues, a diferencia de aquellos punitivos, penales o represivos –de carácter retrospectivo–, estos se despliegan sobre atentados presentes o riesgos de atentados futuros. Lo anterior rige incluso respecto de hechos pasados, ante los cuales el Tribunal reacciona únicamente para evitar riesgos similares en el futuro por parte del hechor o terceros¹⁵²

Este mismo razonamiento fue repetido recientemente en la resolución de fecha 23 de mayo de 2024 dictada en la causa C N°487-2023, en la que el Tribunal reafirmó su postura, indicando que “(...) lo relevante en la cosa juzgada en procedimientos de libre competencia de interés público no son las partes, sino los hechos, de modo que sólo se vería infringida ante el conocimiento y revisión de los mismos hechos.”¹⁵³

Las aseveraciones del Tribunal dejan en claro que en sus decisiones -en tanto ellas tienen por objeto corregir atentados presentes y evitar los futuros- no importarán tanto las partes de un procedimiento, sino que los hechos sobre los cuales se conozca, no siendo entonces la principal tarea del Tribunal la solución del conflicto entre las partes, sino salvaguardar la libre competencia, tomando sus decisiones, tanto en el ámbito del procedimiento como en cuestiones de fondo, en consideración a como ellas afectarán la competencia en los mercados.

Sin embargo, debemos complementar las afirmaciones del Tribunal con dos precisiones; una dirigida a aclarar la falta de identidad de partes, y una segunda relacionada con la posible reducción del efecto relativo de las sentencias que podría originarse al llegar a estas conclusiones.

Primero, no podemos confundir la entidad de las partes con el *interés* que ellas pueden representar en la causa. Esta situación fue discutida por la FNE a propósito de la excepción dilatoria de litis pendencia presentada por la Compañía Chile de Tabacos S.A. (“Chile Tabacos”) respecto de la demanda deducida por su competidora Philip Morris, en el caso de Tabacos II, iniciado por un requerimiento de la Fiscalía.

En su contestación a la demanda interpuesta por Philip Morris, Chile Tabacos interpuso una excepción de litis pendencia y acusó que existiría una doble identidad entre el requerimiento ya presentado por la Fiscalía y la demanda intentada por su competidora. La Fiscalía renegó de lo anterior,

¹⁵² H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N°53/2018, en la causa NC N°435-16, c.121 (el subrayado es propio)

¹⁵³ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. resolución de fecha 23 de mayo de 2024, dictada en la causa C N°487-2024, c°5

señalando que, además de existir distintas conductas imputadas, los *intereses* de ambas partes- Philip Morris y la Fiscalía- eran diversos.¹⁵⁴

El interés de la demandante era claramente particular, mientras que, en el caso de la Fiscalía, ella cumple con el deber de representar el interés general de la colectividad en el orden económico, por lo que no puede ser confundida con otras partes. De seguirse la postura contraria, *“podría fácilmente alegarse en cualquier caso donde la Fiscalía Nacional Económica no se haya hecho parte, que un posterior requerimiento de sanción, presentado en un contencioso privado ya trabado, vulnera los principios que hacen procedente la litis pendencia, desde que la potestad sancionatoria, según Chile Tabacos, ya habría sido ejercida, en los mismos términos y con el mismo alcance que la ejercida por la Fiscalía, (...)”*¹⁵⁵

Por lo anterior, estimamos que a lo señalado por el Tribunal respecto de los requisitos necesarios para que se conjugue la cosa juzgada es necesario agregar que debe existir -por lo menos en causas en las que actúe la Fiscalía Nacional Económica- una identidad de *intereses*.

En segundo lugar, cabe advertir que las conclusiones extraídas de la sentencia y su análisis bajo la mirada consecuencialista no son menores, ya que implican la reducción del efecto relativo de las sentencias, consagrado en el artículo 3° inciso segundo del Código Civil, según el cual las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en las que se pronuncian.

Bajo el análisis anterior este principio pierde importancia, ya que esta interpretación permitiría que partes de un litigio distinto al que se ha pronunciado una sentencia, puedan, a pretexto de concurrir una identidad objetiva entre ambos procesos, interponer una excepción de cosa juzgada, lo que importaría que las sentencias pronunciadas en esta sede tengan un fuerte efecto reflejo, que puede eventualmente afectar no solo a las partes del conflicto, sino que a los competidores del mismo mercado sobre el que versa el litigio.

Otro punto a abordar relacionado a la cosa juzgada antimonopólica es la posibilidad de que ella puede ser considerada como menos estricta a la luz del artículo 32° del DL 211, que permite la revisión de las decisiones del TDLC en caso de existir nuevos antecedentes que cumplan con los requisitos doctrinales que ya hemos abordado.

¹⁵⁴ Fiscalía Nacional Económica en la causa C N°196-09, a fojas 284 a 289 p,4

¹⁵⁵ Idem.

Existe cierta postura doctrinal que plantea que esta disposición solo podrá ser aplicada a propósito de las decisiones no jurisdicciones del TDLC, descartando su aplicación en las sentencias dictadas por el Tribunal en el procedimiento contencioso, lo que se justificaría, entre otros, por estar el artículo 32° al final de las disposiciones que regulan los procedimientos no contenciosos y, en atención, que de otra forma se afectaría la cosa juzgada sustancial que indudablemente surge de los procedimientos contenciosos.

En nuestra opinión, esta interpretación es parcialmente correcta debiendo ser complementada y conciliada con la sostenida por el profesor Domingo Valdés¹⁵⁶ y por la propia jurisprudencia del TDLC¹⁵⁷, para quienes en el artículo 32° la voz “decisiones” permite la revisión de sentencias, resoluciones, reglamentos internos y externos, informes y propuestas normativas.

En efecto, creemos que la aplicación del artículo 32° a las sentencias del TDLC puede aceptarse para modificar las medidas correctivas impuestas por el Tribunal en sus decisiones sobre la base de nuevos antecedentes, lo cual cobra sentido si tenemos en cuenta que lo importante para el TDLC, en cuanto ente regulador del comercio encargado de la protección de la libre competencia, será el salvaguardar el correcto funcionamiento de los mercados, tarea que podrá realizar de manera mucho más eficiente si se permite la adaptación de las medidas correctivas producto de un cambio, a su vez, en las circunstancias que dieron motivo a ellas.

Al respecto, es necesario citar el propio razonamiento del Tribunal en esta materia, el cual ha señalado:

“La afirmación anterior [relativa a la misión de defender el interés público en libre competencia y la calificación de los poderes del TDLC como preventivos, correctivos, prohibitivos y disuasivos] es relevante para la vigencia de las decisiones del Tribunal en el tiempo, porque las medidas impuestas en virtud de potestades regulatorias y de policía son de carácter constitutivo en favor del bien común y, por tanto, se rigen por el principio rebus sic stantibus, que permite la mutabilidad de las medidas por cambio de circunstancias para favorecer su eficacia presente y futura (Cfr. Sentencia N°147/2015, c.105°). En consecuencia, este Tribunal siempre puede alterar las medidas impuestas con prescindencia del procedimiento en que hayan sido fijadas. La posibilidad de modificar las medidas no depende, entonces, del procedimiento en que hayan sido adoptadas sino de su vinculación inherente a las circunstancias vigentes al momento de su adopción. Si tales circunstancias o riesgos cambian, las

¹⁵⁶ VALDÉS, Ob cit. (n°78) p.628

¹⁵⁷ Al respecto, véase H. TDLC, Sentencia N°147/2015, en la causa C N°279-14 [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_147_2015.pdf]

medidas pueden ser modificadas para mantener el resguardo presente y futuro del interés público regulatorio."¹⁵⁸

De la lectura del extracto anterior, podemos concluir que para la resolución de la acción o excepción de cosa juzgada y el paso a la revisión de una decisión tomada por el TDLC, en caso de que se determine que no aplica la cosa juzgada, será de vital importancia el cambio de las circunstancias en las que ha sido tomada la decisión.

Sin embargo, debe advertirse que esta interpretación solo puede ser recogida en lo que respecta a la modificación de las medidas impuestas por el Tribunal para corregir o prevenir vulneraciones a la libre competencia, pero no puede ser utilizada a pretexto de modificar la calificación jurídica que el Tribunal ha realizado de hechos pasados en una decisión anterior y tampoco para volver a discutir las sanciones impuestas, así como tampoco puede dar paso a la modificación de la multa impuesta por el Tribunal.

Esta precisión permite que exista un equilibrio entre el raciocinio consecuencialista que permite al Tribunal modificar las medidas correctivas o preventivas adoptadas a la luz de nuevos antecedentes, y, por otro lado, de la necesidad otorgar certeza jurídica a los competidores de un mercado, que es precisamente la finalidad de la cosa juzgada.

El texto artículo 32° también se encuentra acorde a esta interpretación, ya que si bien permite modificaciones a las medidas decretadas por el Tribunal y también calificar a los actos o contratos celebrados de acuerdo con las decisiones del TDLC como contrarios al DL N°211, dicha calificación no tendrá incidencia alguna en los hechos pasados, sino que solo tendrá efecto una vez que se notifique a las partes de la resolución que cambia el criterio y solo acarreará responsabilidad sobre dichos actos desde la notificación, manteniéndose la calificación lícitud previa hasta ese momento.

La aplicación del principio *rebus sic stantibus* puede verse como una remisión a los efectos comprensivos de Amartya Sen, que nos enseñan que en nuestra decisión respecto a las consecuencias que ella traerá no basta únicamente el análisis desnudo de ellas, sino que es necesario analizar los procesos y situaciones en los que ellas pueden darse. La consideración de las nuevas circunstancias, sumado a la posibilidad de modificar las decisiones del TDLC para resguardar no solo la competencia en el presente de los mercados, sino que también en su futuro, evidencia un fuerte enfoque consecuencialista.

¹⁵⁸ H. TDLC. Ob. cit. (n°153), c.123

De todas maneras, antes de terminar la discusión con respecto a la cosa juzgada, es necesario mencionar que el artículo 32° también tiene como propósito el “*conferir certeza jurídica en el ámbito antimonopólico para quienes se han ceñido a las decisiones del TDLC*”¹⁵⁹. El artículo 32° se preocupa, a su vez, de garantizar a quienes se han ceñido a decisiones previas del Tribunal que el actuar en conformidad a la misma no les acarrearán responsabilidad en sede de libre competencia, sino desde que se les notifique o se publique la decisión del Tribunal que califica dicho actuar como contrario a la libre competencia. En este sentido, las decisiones del Tribunal tomadas en base a los nuevos antecedentes no tendrían efecto retroactivo.

3.3.3. Legitimación pasiva.

Ya hemos adelantado que la legitimación pasiva corresponde a una de las excepciones perentorias que pueden oponerse en caso de que quién ha sido demandado estime que no tiene la capacidad para serlo en un determinado procedimiento. En derecho de libre competencia, los pronunciamientos del TDLC en lo que respecta a esta excepción son bastantes especiales, ya que para la resolución de algunas de estas excepciones se utiliza una doctrina propia del derecho de competencia a nivel global: la doctrina *single economic entity*, o doctrina de la unidad económica.

De manera resumida, podemos señalar que esta doctrina postula que podemos tratar a dos entidades, jurídica y formalmente distintas, como una sola.¹⁶⁰ Para que podamos tratarlas de esa manera unitaria, se requerirá que las sociedades persigan un objetivo económico a largo plazo común. De esta manera, por ejemplo, las sociedades filiales de una compañía deberán entenderse como una unidad con su matriz en la medida de que no sean independientes para definir su conducta en el mercado. Dicha definición, podrá traer como consecuencia, entre otras, que la sociedad matriz sea responsable de las infracciones a la ley de libre competencia que realice alguna de sus filiales.¹⁶¹

Esta doctrina ha sido aplicada en varios fallos del TDLC, dentro de los que podemos contar la Sentencia N°103/2010, la Sentencia N°139/2014, la Sentencia N°167/2019 y Sentencia N°176/2021. El uso de esta doctrina, puede verse como una aplicación de los postulados consecuencialistas, en el sentido

¹⁵⁹ VALDÉS, Ob cit. (n°78) p.676

¹⁶⁰ PALMA, Nicolás. *Doctrina de la única unidad económica en el derecho de la competencia: aplicación y límites*. Santiago, 2022, p.1 [Disponible en: <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/08/Nicolas-Palma-2022-Doctrina-de-la-Unidad-Economica.pdf>]

¹⁶¹ Ibid. p.3

de que toma en cuenta efectos comprensivos como el estado o relación de los diversos actores del mercado para decidir sobre la posible responsabilidad de las empresas matrices.

Sin embargo, más allá de las consideraciones particulares a cada mercado que llevan al Tribunal a aplicar esta doctrina, nos interesa un segundo argumento, esgrimido por el TDLC en la causa C N°151-08, en la primera oportunidad en la que el Tribunal reconoció esta doctrina en nuestro país. Este argumento toma en cuenta no sólo los hechos que se han presentado en las diversas causas, sino que también se interesa por las posibles consecuencias de tomar una decisión en la que se decida no aplicar dicha doctrina:

“Cuadragésimo séptimo: Que si se aplicara un criterio distinto del establecido en la consideración anterior, cualquier instrucción relacionada con estrategias competitivas que emitiera una matriz para ser ejecutada por su filial podría constituir una coordinación anticompetitiva entre entidades autónomas y, además, se facilitaría la elusión de la responsabilidad por infracciones al D.L. N° 211 mediante el simple expediente de constituir sociedades filiales con el sólo propósito de encargarles la ejecución de actividades ilícitas que no podrían ser perseguidas respecto de la matriz;”¹⁶²

En el considerando extraído podemos ver que, además de las consideraciones económicas particulares al caso, el Tribunal pondera su rol de *policy maker*, encargado de velar por la aplicación e interpretación del DL N°211.

Este rol, encomendado al Tribunal en virtud de los artículos 2° y 5° del Decreto Ley, obliga al TDLC a tomar decisiones que sean favorables al resguardo de la libre competencia, lo que lo lleva a razonar consecuentemente, aplicando la doctrina de tal forma que ella pueda maximizar el bienestar de la libre competencia no solo en este mercado, sino que también en Chile. La toma de esta decisión en consideración a sus efectos futuros en el resguardo de la libre competencia, sumado al razonamiento, en base a efectos comprensivos, en cuanto al estado de la empresa filial respecto de su capacidad para tomar o no decisiones propias en el mercado, nos lleva a reconocer nuestra teoría acerca del TDLC como tribunal propiamente consecuencialista.

¹⁶² H. TDLC, Ob. cit (n°83), p.37

3.3.4. Formas de término del procedimiento: desistimiento, abandono del procedimiento y conciliación.

Otra de las áreas en las que podemos observar conductas consecuencialistas por parte del Tribunal es respecto a las formas de término del procedimiento distintas a la dictación de la sentencia. En concreto analizaremos el desistimiento, el abandono del procedimiento, y la conciliación.

3.3.4.1. La conciliación.

En cuanto a la conciliación, hemos definido previamente que es una de las pocas instituciones procesales que el legislador regula especialmente para el procedimiento contencioso de libre competencia, estableciendo dos diferencias muy importantes con el procedimiento civil.

Por un lado, en libre competencia, el TDLC tiene la facultad de llamar a las partes a conciliación, lo que a *contrario sensu*, nos lleva a concluir que podrán existir causas en las que el Tribunal decida prescindir de este trámite. Por otro lado, además de ser la conciliación un trámite facultativo, en caso de que las partes arriben a un acuerdo, este deberá ser aprobado por el Tribunal, el que deberá verificar para su aprobación que el acuerdo no atente contra la libre competencia.

Como ya hemos definido, la doctrina ha afirmado que el criterio para la aprobación de acuerdos conciliatorios señalado en la legislación es bastante laxo, bastando con que se cumplan los principios de conciliación no óptima, y de no congruencia de la conciliación.¹⁶³

Sin embargo, ya hemos revisado que, en los hechos, el Tribunal si se ha pronunciado de los acuerdos presentados por las partes teniendo en vista su mérito para alcanzar mejores condiciones competitivas en los mercados afectados, velando no solo por el mantenimiento o restablecimiento de la competencia en los mercados analizados, sino que también resguardando a los mismos mercados de posibles vulneraciones futuras.

Un ejemplo de acuerdo conciliatorio con enfoque claramente consecuencialista lo encontramos a propósito de la resolución que aprobó el acuerdo conciliatorio presentado en la causa C N°249-13. En este caso, la Fiscalía acusó a Unilever de haber abusado de su posición de dominio en el mercado de distribución y comercialización de detergentes en el canal tradicional y supermercadista. Posteriormente, más empresas presentaron demandas en contra de Unilever, las cuales fueron acumuladas al proceso inicial.

¹⁶³ Véase pp.37-38

Finalmente, todas las partes alcanzaron un acuerdo conciliatorio, el cual fue aprobado en su totalidad por el Tribunal. Lo interesante del caso son los criterios dados por el TDLC al momento de pronunciarse sobre la conciliación. Para su aprobación, el Tribunal tuvo en cuenta dos factores: En primer lugar, la circunstancia de que las conductas imputadas a la requerida podían ser calificadas como restricciones verticales, por lo que tenían potencialidad de generar tanto riesgos a la libre competencia como también posibles beneficios, por lo que su carácter para lesionar o no al bien jurídico dependería de la ponderación de las eficiencias y riesgos creados por ellas mismas,¹⁶⁴ y; (ii) el hecho de que “(...) *los compromisos presentados por las partes están orientados a prevenir los riesgos de las restricciones verticales, manteniendo al mismo tiempo los beneficios derivados de tales restricciones (...)*”¹⁶⁵

Como podemos evidenciar, la decisión del Tribunal aprueba la conciliación realizando un análisis típicamente consecuencialista, teniendo en cuenta tanto los efectos comprensivos del acuerdo alcanzado por las partes (en este caso, el hecho de que las restricciones verticales deben ser analizadas en el marco del contexto o situación en la que ellas se dan), así como los efectos de culminación (los acuerdos alcanzados por las partes tienen el mérito no solo de no ser contrarios a la libre competencia, sino que además pueden prevenir futuros riesgos).

Cabe hacer presente, además, que el Tribunal tiene en consideración no solo los efectos de los compromisos en el mercado de los detergentes, sobre el cual se presentaba el conflicto, sino que, además, la resolución que resuelve su aprobación también pondera la circunstancia de que ellos surtan efectos pro competitivos en otros mercados, concretamente en los que se comercialicen los denominadas “Categorías Relevantes”¹⁶⁶ por el propio acuerdo.

En nuestra opinión, el uso por el Tribunal de un criterio más estricto al establecido por la ley para aprobar acuerdos conciliatorios sería consecuencia del adecuado cumplimiento del TDLC de su

¹⁶⁴ H. Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 30 de abril de 2014, en causa Rol C N°249-13, c.7°

¹⁶⁵ Ibid, c.8°

¹⁶⁶ Para efectos del acuerdo conciliatorio, las denominadas “Categorías Relevantes” consisten en: categorías de productos fabricados, importados o comercializados por Unilever Chile S.A, en las que su participación en las ventas de la categoría a nivel nacional, medida en valor, sea igual o superior al: (a) en el caso de todas las categorías de productos distintos a detergentes: 60%, sin consideración a la participación de mercado de otros participantes. En caso de que la participación sea menor a dicho umbral pero mayor a 50%, se aplicará este umbral siempre que el segundo participante tenga menos de la mitad de la participación de mercado de Unilever Chile, y (b) en la categoría de detergentes: : 60%, sin consideración a la participación de mercado de otros participantes. En caso de que la participación sea menor a dicho umbral pero mayor a 50%, se aplicará este umbral siempre que el segundo participante tenga menos del 30% de participación de mercado. (véase: Acuerdo conciliatorio presentado en causa Rol C N°249-13, de fecha 2 de mayo de 2014, p.3. Disponible en: <https://consultas.tdlc.cl/download/9ebad0b3e18c18b3c05da4a6818d1778?inlineifpossible=true>)

misión institucional consecuencialista y de su rol de ente regulador del comercio, lo que explicaría la situación de hecho constatada por la doctrina respecto al incumplimiento por parte del Tribunal de los principios de conciliación no optima y de no congruencia de la conciliación.

3.3.4.2. El desistimiento y el abandono del procedimiento.

En materia de libre competencia, los términos del procedimiento por medios que no importan una solución del conflicto como tal, tales como el desistimiento y el abandono del procedimiento, encuentran una aplicación menor en comparación a la que reciben en los procedimientos de carácter civil.

En nuestra opinión, la causa de esta situación se encuentra en el interés público que subyace en los conflictos que pueden sustanciarse ante el Tribunal. Es en vista de este interés público, que el Tribunal se encuentra facultado para impulsar de oficio los procedimientos bajo su tutela, lo que impediría, salvo contadas hipótesis que ya hemos explicado en el primer capítulo, que el procedimiento pueda terminar por aplicación de la institución del abandono.

Por otro lado, la misma Corte Suprema ha asegurado, a propósito del desistimiento en libre competencia, que este no es suficiente para que el Tribunal se abstenga de conocer sobre hechos que puedan resultar ser anticompetitivos. En vista de que las normas de libre competencia pueden calificarse como normas de orden público, el desistimiento de las partes no debe ser un impedimento para el TDLC para pronunciarse sobre los hechos que se sometan a su conocimiento, *“ya que, al tratarse de materias de orden público, el objeto del procedimiento es la tutela de sus elementos esenciales”*¹⁶⁷, y no necesariamente de la resolución del conflicto entre las partes.

La idea de considerar el carácter de norma de orden público de las disposiciones que protegen la libre competencia en el DL N°211 para resolver las solicitudes de desistimiento presentadas por las partes no es ajena al TDLC. En efecto, en resoluciones pasadas el Tribunal ha exigido para la aceptación del desistimiento, que este afecte solamente al interés particular del demandante y no al interés público, ya que, al significar una renuncia de un derecho, solo podría ser aceptada en dichos términos, en concordancia con el artículo 12° del Código Civil. En línea con este razonamiento, en estos casos el Tribunal ha rechazado las solicitudes de desistimiento presentadas por las partes, alegando que podrían existir posibles vulneraciones a la libre competencia, y por ende, un interés público comprometido.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Corte Suprema Ob. cit (n°87), p.30

¹⁶⁸ H. Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N°61/2007, en causa Rol C n.°86-06, considerando 7°, p.17 y H.TDLC, Ob.cit. (n°151), c.1°-3°

Cabe mencionar, además, que la preocupación por la protección de la libre competencia en los mercados y no solo a nivel del conflicto suscitado entre las partes, es tan grande y esencial para las decisiones del Tribunal que ha exigido en el pasado, a propósito de la causa C N°220-11, para efectos de asegurarse de que no existirían posibles vulneraciones al bien jurídico protegido en las causas que presentan solicitudes de desistimiento, la presentación de un informe a la FNE, en el que la Fiscalía debió pronunciarse respecto del acuerdo presentado por las partes a propósito del desistimiento y de la existencia de eventuales infracciones a la libre competencia en el caso.¹⁶⁹

No puede negarse el enfoque consecuencialista que presentan este tipo de decisiones, en los que los argumentos para rechazar las solicitudes de desistimiento se centran en consideraciones que miran más allá del interés de las partes en el litigio o el cumplimiento de los requisitos formales para dar curso a la solicitud, cuestiones que revisaría un tribunal ordinario. Al contrario, el razonamiento del TDLC es mucho más amplio, siendo su principal enfoque el resguardo de la competencia en los mercados posiblemente afectados. La sola posibilidad de que exista un ilícito anticompetitivo cuya existencia las partes no puedan descartar en su solicitud lleva al Tribunal a rechazar los desistimientos presentados por las partes, ya que el objetivo del procedimiento en sí mismo no es tanto la tutela de los intereses particulares, sino precisamente la protección de un interés público comprometido, cuestión que necesariamente importa un enfoque preocupado en evitar las consecuencias negativas que traería el desistimiento, tales como el no uso de las facultades del TDLC para adoptar medidas destinadas al restablecimiento de la competencia en los mercados analizados.

Este mismo razonamiento puede aplicarse a la institución del abandono del procedimiento en libre competencia. Dado que los resultados del procedimiento no importan únicamente a las partes, sino que a la sociedad en general, es de suma importancia que ellos cuenten con un pronunciamiento del Tribunal respecto a los hechos que podrían constituir ilícitos anticompetitivos.

El que las instituciones de abandono del procedimiento y desistimiento encuentren menor aplicación en el ámbito de la libre competencia puede ser vinculada, además, con el principio de inexcusabilidad de los tribunales. Para el TDLC, este principio adquiere aún más importancia y una aplicación en un sentido más amplio, ya que no solamente no puede excusarse de conocer las causas que se someten a su conocimiento, en virtud del artículo 76° inciso segundo de la CPR, sino que además, por la inexcusabilidad y por el principio de dirección formal, que le otorga la facultad y deber de impulsar los procedimientos, el Tribunal se encuentra en una posición en la que le es imposible, en la mayor parte

¹⁶⁹ H. TDLC, Ob.cit. (n°151), c.1°-3°

de los casos, decretar un abandono del procedimiento, ya que el mismo es quien en ausencia de impulso de las partes, debe encargarse de que los procedimientos lleguen a término.

Este deber que asume el TDLC complementa perfectamente su rol de regulador del comercio, ya que impide que hechos que hayan sido sometidos a su conocimiento y que pueden eventualmente consistir en una vulneración a los intereses públicos comprometidos no cuenten con pronunciamientos del regulador únicamente por la negligencia, inactividad, o pérdida de interés de las partes que inicialmente promovieron su conocimiento.

3.3.5. La sanción en procedimientos contenciosos.

Ya hemos señalado que el DL N°211 considera expresamente el factor disuasorio como uno de los criterios a utilizar para determinar la cuantía de la multa que podrá imponerse por vulneraciones a la libre competencia. En nuestra opinión, el uso del factor disuasivo por parte del Tribunal evidencia una alineación de su razonamiento con el principio consecuencialista, por las razones que expondremos a continuación.

Es claro que al tener en consideración el efecto disuasivo que tendrá la multa, el Tribunal busca determinar un monto lo suficientemente alto como para asegurar el bienestar futuro de los mercados por la vía de desincentivar a los potenciales infractores de la norma de realizar conductas que puedan ser contrarias a ella. De este modo, el Tribunal no tendrá en cuenta únicamente los hechos del caso, sino que también el impacto futuro que su decisión pueda tener en la conducta de los actores de cada mercado. El TDLC se ha pronunciado en línea con este pensamiento, admitiendo que el monto de la multa debe disuadir a los actores, en la sentencia N°122/2012.¹⁷⁰

Llevado a los planteamientos consecuencialistas de Sen, la multa no se impone únicamente como sanción, sino que se fundamenta en base a los efectos de culminación, entendidos como el incentivo a los competidores del mercado a no cometer infracciones al DL N°211, así como también en los efectos comprensivos, que pueden evidenciarse en los factores a considerar para la determinación del monto de la multa. En este sentido, los factores del beneficio económico, gravedad de la conducta, reincidencia y colaboración con la Fiscalía antes o durante la investigación miran todos al contexto en el que se comete el ilícito más que al ilícito y a los hechos en sí mismos, siendo claros ejemplos de efectos comprensivos centrados en las relaciones de los sujetos.

¹⁷⁰ H. Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N°122/2012, en la causa C N°207-10, c.24

A modo ilustrativo del funcionamiento de estos efectos de culminación, debemos señalar que el factor disuasivo se ha tomado especialmente en consideración a propósito del cálculo de las multas en casos de colusión. Al ser el ilícito anticompetitivo que reviste de mayor gravedad, la cuantía de la multa asociada a este contemplará un efecto disuasivo. Al respecto, el TDLC ha sentenciado: *“Que, en relación con el efecto disuasivo, esta circunstancia está estrechamente relacionada con la gravedad de la conducta imputada en autos. En efecto, se trata de un acuerdo colusivo que se ejecutó por al menos 14 años sobre productos de vital importancia para el sistema público de salud”*.¹⁷¹

De manera similar se pronunció en la sentencia N°122/2012, que admite expresamente la necesidad de que la cuantía de la multa resulte ser disuasiva para casos de colusión:

*“Que es preciso señalar que el inciso final de la letra c) del artículo 26° del D.L. N° 211 establece que se deberá considerar, entre otras circunstancias, la gravedad de la conducta imputada para determinar el monto de la multa que se impondrá a las requeridas. De este modo, dada la naturaleza del ilícito cometido, que es considerado por la doctrina internacional y la jurisprudencia nacional –tanto de este Tribunal como de la Excm. Corte Suprema- como el más grave de los atentados a la libre competencia, es necesaria la imposición de una multa que efectivamente constituya una disuasión de este tipo de conductas;”*¹⁷²

Sin embargo, tampoco debemos concluir que el efecto disuasorio solo pueda ser considerado para efectos de la sanción de carteles, al contrario, el TDLC ha reconocido expresamente su procedencia para el cálculo de la multa a propósito de ilícitos de abuso unilateral de posición dominante y de competencia desleal, al establecer que *“si bien [el abuso de posición dominante y la competencia desleal] no son los atentados más graves en contra de la libre competencia (como es la colusión), son también perjudiciales para el correcto funcionamiento de los mercados, más aún en este caso en el que las conductas reprochadas han sido realizadas por una empresa dominante, lo que le impone un especial deber de cuidado en sus actos”*¹⁷³

¹⁷¹ H. Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N°165/2018, en la causa C N°312-2016 c.151

¹⁷² H. Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia. Ob. cit. (n°172), c.24

¹⁷³ H. Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N°178/2021, en la causa C N°359-18, c.170

Conclusiones

1. A lo largo de este trabajo se demostró que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional consecuencialista, naturaleza que se manifiesta en todas sus funciones, tanto jurisdiccionales como administrativas y sui generis entendiéndolas a las dos últimas como aquellas reguladas en los numerales 2° a 6° del artículo 18° del Decreto Ley N°211.
2. Estas funciones de carácter administrativo, sumadas a la poca densidad normativa del artículo 3°, permiten al Tribunal detentar un rol de ente regulador del comercio, que tiene a su cargo la definición del contenido del bien jurídico protegido de la libre competencia, ya sea a través de la dictación de instrucciones de carácter general, resolución de consultas no contenciosas, recomendaciones normativas al ejecutivo y, asimismo, resolviendo causas contenciosas.
3. El ejercicio de la función jurisdiccional, por parte del TDLC se sustancia a través de un procedimiento regulado escuetamente en el Decreto Ley, de naturaleza civil, lo que puede concluirse en atención al estándar probatorio imperante, de balance de probabilidades, y al régimen de garantías aplicable, ambos propios del procedimiento civil.
4. El procedimiento contencioso de libre competencia se caracteriza por la presencia de principios formativos que se encuentran fuertemente vinculados con los fines del procedimiento. Entre los más relevantes se encuentran el principio dispositivo, en su acepción estricta, y los principios de dirección formal y material. La presencia de estos principios, sumados a los fines del procedimiento en particular, traen como consecuencia la diferenciación del procedimiento contencioso seguido ante el TDLC del procedimiento ordinario regulado en el Código de Procedimiento Civil, el cual, si bien actúa como norma supletoria, cesa en esta función en el momento en el que sus disposiciones se tornan incompatibles con los fines del procedimiento especial.
5. Algunas instituciones que presentan diferencias con el procedimiento civil ordinario que se originan en los fines del procedimiento mismo son el incidente de incompetencia del tribunal, la cosa juzgada, la definición de la legitimación pasiva para actuar en el procedimiento, el abandono del procedimiento, el desistimiento de la demanda, la conciliación, el estándar de prueba utilizado e incluso la función que cumplen las sanciones impuestas por el Tribunal.
6. La teoría de la justicia de Amartya Sen se caracteriza por ser carácter práctico más que idealista, orientada hacia la búsqueda de mejoras las instituciones de la justicia ya existentes en la sociedad, ser comparativista, profundamente influenciada por ideas orientales de la filosofía Hindú, y además por utilizar como principal herramienta en su construcción a la razón.

7. El consecuencialismo, una de las formas de razonamiento utilizadas por Sen para la construcción de su teoría, consiste en la toma de decisiones en base a los efectos que pueden traer nuestras decisiones.
8. A diferencia de las teorías consecuencialistas clásicas, que únicamente se centran en el análisis de efectos de culminación, es decir, los hechos que se desencadenan de nuestras acciones, Sen incluye en su filosofía consecuencialista la comprensión de los denominados “efectos comprehensivos”, entendidos como los procesos, relaciones y en general, el contexto en el que se enmarca la decisión.
9. El funcionamiento de los tribunales ordinarios y de la mayoría de los tribunales especiales de nuestro sistema judicial no puede ser catalogado como consecuencialista. La función jurisdiccional encomendada a ellos en virtud del artículo 76° de la Constitución Política de la República, sumado al efecto relativo de las sentencias, permite concluir que la función jurisdiccional se avoca exclusivamente al conocimiento, resolución y ejecución al interior de una causa en específico, no permitiéndose a los tribunales tener consideraciones al momento de fallar que vayan más allá de los hechos sometidos a su conocimiento por las partes. Consideraciones tales como los efectos que pueda tener la aplicación de una determinada norma, o los efectos que el comportamiento de las partes pueda significar para la sociedad, así como cualquier otra que no se enmarque estrictamente dentro de los hechos sometidos a su conocimiento por las partes, podrá significar que la sentencia sea invalidada por incurrir en *ultra petita*.
10. La lógica de resolver los conflictos sometidos a conocimiento de los tribunales en base a las particularidades del mismo es característica de los sistemas judiciales pertenecientes al *civil law*, en los cuales, al no existir el sistema del precedente, casos similares podrán tener soluciones contrapuestas, ya que cada hecho puede y debe ser tomado en cuenta para la resolución del conflicto.
11. En contraposición a esta postura, los tribunales del *common law* buscarán adscribir el caso específico a una categoría de casos preexistente, respetando las decisiones contenidas en las sentencias anteriores. En esta búsqueda, el juez tendrá un enfoque consecuencialista, consciente de que la solución atingente al caso debe ser no solo la correcta para ese conflicto, sino que debe ser la más justa para todas las circunstancias análogas.
12. A diferencia de la mayoría de los tribunales, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia puede ser caracterizado como consecuencialista. El consecuencialismo del Tribunal se fundamenta en dos pilares esenciales. En primer lugar, en su misión institucional, encomendada al Tribunal por el DL N°211, que le exige no solo proteger la libre competencia a través del ejercicio de la jurisdicción, sino que además, le encarga la prevención de posibles infracciones en esta materia, obligando al órgano, de esta manera, a resolver los conflictos dentro de su esfera de competencia tomando en cuenta no solo los hechos de una causa en específico, sino también la manera en que su decisión repercutirá en el futuro en la competencia del mercado.

13. Fruto de su misión institucional, el Tribunal posee funciones adicionales que difieren de las jurisdiccionales propias de un tribunal común, orientadas hacia sus efectos futuros, y por ende consecuencialistas. Por un lado, la potestad consultiva del TDLC le permitirá proyectar los efectos que hechos, actos o contratos puedan tener en un futuro, y prevenir aquellos que puedan resultar nocivos. Por otro lado, la potestad normativa buscará también prevenir lesiones a la libre competencia y asimismo otorgar certeza jurídica a los actores de los mercados, orientando su comportamiento futuro. Finalmente, la facultad propositiva permitirá la intervención del Tribunal en políticas públicas, en línea con su rol promotor de la competencia.
14. El segundo pilar en el que se sustenta el consecuencialismo del TDLC es en la naturaleza misma el bien jurídico que debe proteger. La libre competencia, entendida como la búsqueda por el bienestar de los consumidores y de la eficiencia económica, tiene un carácter indeterminado, que exige al Tribunal el uso de un razonamiento consecuencialista para su adecuada configuración y determinación, que tome en cuenta tanto el contexto de los mercados, entendidos como efectos comprensivos bajo la teoría de Amartya Sen, así como las consecuencias de los hechos o actos, es decir, de los efectos de culminación.
15. Este análisis se ve ejemplificado en la evaluación que hace el Tribunal de los ilícitos relacionados con el abuso de posición dominante. Para configurar tal ilícito, no se requiere únicamente la comisión de algún hecho en específico, sino que, además, dicho hecho debe ir ligado a una determinada posición del actor en el mercado en el que se ejecuta y también a un efecto nocivo a presente o futuro a la competencia.
16. El análisis realizado por el Tribunal de las conductas anticompetitivas requiere de una evaluación de los efectos comprensivos relacionados a una conducta, análisis que se vincula con la evaluación de los hechos pasado o presentes del caso que constan en el mérito del proceso. Su evaluación sirve precisamente como puente para el posterior análisis de los efectos de culminación, es decir, de posibles efectos lesivos a la libre competencia de la conducta analizada, siendo la inclusión de los efectos comprensivos en el estudio del caso lo que diferencia al consecuencialismo propio del Tribunal de otros análisis utilitaristas enfocados únicamente en las consecuencias futuras de una decisión.
17. El naturaleza consecuencialista del Tribunal influye de manera determinante en la forma en la que se sustancia y se configura el procedimiento contencioso de Libre Competencia. Una primera aproximación a esta influencia se encuentra a propósito de la elección del legislador de los principios que informan a este procedimiento.
18. Tanto el principio de dirección formal y material del TDLC encuentran su justificación en la lógica consecuencialista. A fin de que el Tribunal pueda salvaguardar correctamente la libre competencia

y asegurar una correcta administración de la justicia en estos casos de interés público, es necesario que se encuentra habilitado para impulsar el procedimiento y además, solicitar los antecedentes que le parezcan necesarios para asegurar una correcta resolución del caso.

19. La cosa juzgada en materia de libre competencia requiere únicamente la acreditación de que ha existido un juzgamiento previo sobre la materia y una misma causa y cosa a pedir. La identidad de partes no será necesaria, ya que los hechos discutidos y las decisiones tomadas en los mercados son de interés público y conciernen a todos los partícipes de un mercado, creándose de esta manera una disminución del efecto relativo y de las sentencias y un aumento de los posibles efectos reflejo de las mismas.
20. Si bien no es necesaria la acreditación de la identidad de las partes, si es necesario que se compruebe que los intereses de las partes, - y especialmente el representado por la fiscalía- son diversos. De lo contrario, podría darse el supuesto de que causas y situaciones ya revisadas por el Tribunal a propósito de demandas de particulares no puedan ser examinadas por la propia Fiscalía, cuyo interés va más allá del particular y busca resguardar la libre competencia, entendida como un bien común, en los mercados.
21. El artículo 32° del Decreto Ley N°211 puede ser aplicado, en virtud del consecuencialismo que rige al Tribunal, para revisar las medidas correctivas impuestas en la sentencia y adaptarlas a las circunstancias actuales de los mercados. En ningún caso podrá ser interpretado como aplicable para modificar las multas o respecto de la licitud o ilicitud de hechos pasados.
22. Otra institución en la que se evidencia la naturaleza consecuencialista es en la legitimación pasiva del demandado. Al respecto, el rol de policy maker del TDLC lo ha llevado a implementar la doctrina de la unidad económica para la resolución de causas en sede contenciosa, en parte en atención a consideraciones consecuencialistas de la necesidad de implementar la doctrina para un adecuado resguardo de la libre competencia, en atención a los artículos 2° y 5° del DL N°211.
23. La conciliación también se ve afectada por el consecuencialismo. Si bien el artículo 22° únicamente exige para la aprobación de un acuerdo conciliatorio la aplicación de los principios de conciliación no óptima y de no congruencia de la conciliación, en la práctica, el estándar del TDLC ha demostrado ser más exigente, cuestión que obedece a su rol preventivo y promotor de la libre competencia, además de su posición como ente regulador del comercio.
24. La implicancia de bien jurídico protegido de libre competencia, de interés público, conlleva a que el TDLC mire con reticencia la acogida del incidente de desistimiento de la demanda presentado por las partes. En la medida de que exista un compromiso del interés público en la causa, el Tribunal, siguiendo una lógica consecuencialista, se negará a acoger el incidente, en cumplimiento con su rol protector de la libre competencia.

25. Una mismo razonamiento se sigue a propósito del abandono del procedimiento. El principio de dirección formal, sumado al principio de inexcusabilidad del tribunal, llevan a que el TDLC se vea imposibilitado de no conocer causas en que pueda existir una vulneración a la libre competencia, ejerciendo una vez más un rol vigilante del cumplimiento del DL N°211.
26. Las sanciones en libre competencia, y en particular, la multa, son impuestas en consideración a razonamientos consecuencialistas. Factores que se toman en cuenta para la determinación de la cuantía de la multa, tales como, la reincidencia, la gravedad de la conducta y la colaboración que se haya prestado en la investigación a la Fiscalía obedecen a efectos comprensivos, mientras que el factor disuasivo, puede ser visto como la consideración a los efectos de culminación propios de la aplicación de una multa.

Bibliografía

OBRAS CITADAS:

1. AGÜERO, Francisco. *Alcance y Límites de la Potestad Normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. Santiago, 2011. [Disponible en: <https://derecho.uchile.cl/dam/jcr:e1833b44-9ce7-45ad-9699-0e987e719afb/7.pdf>]
2. AGÜERO, Francisco. *Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia*. Boletín Latinoamericano de Competencia, N°19, 2004,
3. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona. Editorial Gedisa, Segunda Edición, 2004.
4. CHÁVEZ, Eric. *Normas comunes a todo procedimiento. Práctica forense*. Santiago, Tofulex Ediciones Jurídicas, Quinta Edición, 2022.
5. CARRASCO, Nicolás. *Apuntes de Clase, Procedimientos de Libre Competencia*. Obra Sin publicar.
6. CARRASCO, Nicolás. *Procedimiento contencioso de libre competencia*. Obra sin publicar.
7. CARRASCO, Nicolás. *¿Pueden equivocarse los especialistas? Una aproximación a los costos procesales y del error en el recurso de reclamación de libre competencia a propósito de una infracción al principio de inexcusabilidad. Comentario a la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, de 5 de diciembre de 2019, Ingreso de Corte N° 16.604-2018*. Santiago, en “Anuario Chileno de Jurisprudencia 2019”, Editorial Tirant Lo Blanch, 2021.
8. CASARINO, Mario. *Manual de Derecho Procesal, Tomo III*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición, 2012.
9. CASARINO, Mario. *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil, tomo IV*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición, 2020.
10. COLOMBO, Juan. *La Jurisdicción en el Derecho Chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991.
11. CORTÉZ, Gonzalo; y PALOMO, Diego. *Proceso Civil, normas comunes a todo procedimiento, colección de tratados y manuales*. Santiago, Thomson Reuters, 2018.
12. GASCÓN, Marina. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Madrid, Doxa Cuadernos de Filosofía de Derecho, 2008.
13. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. *Anuario Mayo 2016/Mayo 2017*. Santiago, 2017.

14. HAMILTON, María. *Estándar probatorio en los procesos sancionatorios en libre competencia, y rol de la Corte Suprema*. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 2018. [Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/159454>]
15. HORVITZ, María y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2008
16. MAÑALICH, Juan. *Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva*. Barcelona, Indret, Revista para el análisis del Derecho, 2015. [Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1126.pdf>]
17. MATURANA, Cristián. *Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Derecho procesal orgánico*. Santiago, Editorial Librotecnia, Sexta Edición, 2018.
18. MATURANA, Cristián, y MONTERO, Raúl. *Derecho Procesal Penal. Tomo I*. Santiago, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, 2012.
19. MATURANA, Javier. *Sana crítica*. Santiago, Thomson Reuters, 2014.
20. MONTT, Santiago. *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: Una mirada desde las políticas públicas*. Documento de Trabajo. Sin Publicar.
21. MONTERO, Juan; GÓMEZ, Juan y BARONA, Silvia. *Derecho Jurisdiccional*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998.
22. MONTERO, Raúl. *Necesidad de Establecer un Estándar de Prueba en el Nuevo Proceso Civil Chileno*. Santiago, Librotecnia, 2017.
23. NÚÑEZ, Raúl. *Libre competencia y debido proceso*. En: Reflexiones Sobre el Derecho de la Libre Competencia, Santiago, 2017. [Disponible en: <http://transparencia.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/FNE-Libro.pdf>]
24. NÚÑEZ, Raúl; y CARRASCO, Nicolás. *Acerca de la Homologación del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en las Conciliaciones sobre Libre Competencia de Chile*” En “*Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el Actual Paradigma de Justicia*, Santiago, Thomson Reuters, 2016.
25. NÚÑEZ, Raúl y CARRASCO, Nicolás. *Derecho, proceso y economía. Una introducción al análisis económico del derecho procesal civil*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2022.
26. NÚÑEZ, René y CORTÉS, Mauricio. *Derecho procesal de familia*. Santiago, Editorial Legal Publishing, 2012.
27. PALMA, Nicolás. *Doctrina de la única unidad económica en el derecho de la competencia: aplicación y límites*. Santiago, 2022. [Disponible en: <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/08/Nicolas-Palma-2022-Doctrina-de-la-Unidad-Economica.pdf>]

28. ROMERO, Alejandro. *Curso de Derecho Procesal Civil. La acción y la protección de los derechos. Tomo I.* Santiago, Editorial Thomson Reuters, Tercera Edición, 2017.
29. ROMERO, Alejandro, *La cosa juzgada en el proceso civil chileno: doctrina y jurisprudencia.* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
30. ROMERO, Juan. *Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?.* Documento de Trabajo, Santiago, Centro de Libre Competencia UC, 2007.
31. ROMERO, Juan. *Enforcement, sanciones y multas en el sistema de Libre Competencia Chileno.* En “*La libre competencia en el Chile del Bicentenario.* Santiago, Thomson Reuters, 2011.
32. SELAMÉ, Jorge. *Manual de Derecho Procesal para Examen de Grado.* Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, Sexta Edición, 2022.
33. SEN, Amartya. *La idea de la justicia.* Traducción de Hernando Valencia. Madrid, Editorial Villa.Taurus, 2010.
34. STOEHLER, Carlos. *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y los incidentes.* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Séptima Edición, 2020.
35. VALDÉS, Domingo. *Informe en Derecho Acerca de la Cosa Juzgada en el Orden Antimonopólico.* En “*Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia,* Santiago, 2017. [Disponible en: <http://transparencia.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/FNE-Libro.pdf>]
36. VELOZO, A. y GONZÁLEZ, D. “*Reflexiones en Torno a Algunas de las Facultades Extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*” en *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario;*
37. WHITTAKER, Simón. *El precedente en el Derecho Inglés: Una visión desde la ciudadela.* Santiago, Revista Chilena de Derecho, volumen, 35 N°1, 2008.

JURISPRUDENCIA DEL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA:

1. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 16 de diciembre de 2010, en la causa C N°207-10;
2. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 7 de junio de 2011, en la causa C N°215-10;
3. H. Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 22 de marzo de 2012, en la causa C N°220-11;
4. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 11 de septiembre de 2012, en la causa C N°240-12. [Disponible en:

<https://consultas.tdlc.cl/download/daf64a62349fd0324b92201763fe1196?inlineifpossible=true>

]

5. H. Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 30 de abril de 2014, en la causa Rol C N°249-13;
6. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 22 de julio de 2014, en la causa C N°273-14;
7. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 20 de julio de 2017, en la causa C N° 322-17;
8. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 9 de octubre de 2019, en la causa C N°361-2019;
9. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 4 de febrero de 2021, en la causa C N°411-20;
10. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 8 de julio de 2021, Rol C N° 406-20;
11. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 5 de enero de 2022, Rol C N° 433-21;
12. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 3 de mayo de 2022, en la causa C N° 439-22;
13. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 29 de septiembre de 2022, en la causa Rol C N° 454-22;
14. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 13 de octubre de 2022, en la causa Rol C N° 453-22;
15. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 9 de diciembre de 2022, en la causa Rol C N° 464-22;
16. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 3 de enero de 2023, en la causa Rol C N° 466-22;
17. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. resolución de fecha 23 de mayo de 2024, dictada en la causa C N°487-2024;
18. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 7 de junio de 2007, Sentencia N°53/2007, en la causa C N°87-06. [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_53_2007.pdf];
19. H. Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, 27 de diciembre de 2007, Sentencia N°61/2007, en causa Rol C N.°86-06. [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_61_2007.pdf];

20. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 26 de junio de 2008, Sentencia N°69/2008, en la causa C N°112-06. [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_69_2008.pdf]
21. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 4 de noviembre de 2008, Sentencia N°77/2008, en la causa C N°137-07. [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_77_2008.pdf];
22. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 22 de enero de 2009, Sentencia N°82/2009, en la causa C N°140-07. [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_82_2009.pdf]
23. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2 de julio de 2009, Sentencia N°85/2009, en la causa C N°79-05. [Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/07/sent_85_2009.pdf];
24. H. Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, 30 de julio de 2009, Sentencia N°86/2009, en la causa C N°180-08 [Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/sent_0086_2009.pdf];
25. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 15 de octubre de 2009, Sentencia N°88/2009, en la causa C N°126-07. [Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/sent_0088_2009.pdf];
26. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 8 de septiembre de 2010, Sentencia N°103/2010, en causa C N°151-08. [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_103_2010.pdf];
27. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 22 de junio de 2011, Sentencia N°112/2011, en la causa C N°194-09. [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_112_2011.pdf];
28. H. Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, 14 de junio de 2012, Sentencia N°122/2012, en la causa C N°207-10. [Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/sent_122_2012.pdf];
29. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 25 de octubre de 2013, Sentencia N°132/2013, en la causa C N°242-12. [Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2016/01/Sentencia_132_2013.pdf];
30. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 9 de diciembre de 2015, Sentencia N°147/2015, en la causa C N°279-14. [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_147_2015.pdf]

31. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 de diciembre de 2017, Sentencia N°160/2017 en la causa Rol C N°299-2015. [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_160_2017_.pdf];
32. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 19 de junio de 2018, Sentencia N°163/2018, en la causa C N°305-16. [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_163_2018.pdf];
33. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 5 de septiembre de 2018, Resolución N°53/2018, en causa NC N°435-16. [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/resoluciones/Resoluci%C3%B3n_53_2018.pdf];
34. H. Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, 8 de noviembre de 2018, Sentencia N°165/2018, en la causa C N°312-2016. [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_165_2018.pdf];
35. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 13 de febrero de 2019, Informe N°14/2019, en la causa NC N°440-17. [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/informes/Informe_14_2019.pdf];
36. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 15 de marzo de 2021, Sentencia N°176/2021, en la causa C N° 319-17. [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2021/03/Sentencia_176_2021.pdf];
37. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 21 de agosto de 2021, Sentencia N°174/2020, en la causa C N°323-17. [Disponible en: <https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/resoluciones/Fallo-C323-17-210820-5826-a-5905R-.doc.pdf>];
38. H. Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, 15 de noviembre de 2021, Sentencia N°178/2021, en la causa C N°359-18. [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2022/04/Sentencia_N_178_.pdf];
39. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 26 de enero de 2022, Sentencia N°179/2022, en la causa C N°358-2018. [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2022/01/Sentencia_179-2022.pdf];
40. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 29 de diciembre de 2022, Sentencia N°184/2022, en la causa C N°374-19 [Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2023/01/Sentencia_184_2022.pdf]

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA.

1. Excelentísima Corte Suprema, Sentencia de fecha 29 de octubre de 2015, en la causa rol N°27.181-2014. [Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2015/10/secs_27_181-14.pdf]
2. Excelentísima Corte Suprema, Sentencia de fecha 7 de septiembre de 2012, en la causa rol N°2578-2018.
3. Excelentísima Corte Suprema, Sentencia de fecha 31 de mayo de 2016, en la causa rol N° 6.900-2015;
4. Excelentísima Corte Suprema, Sentencia de fecha 2 de noviembre de 2017, en la causa rol N°3.962-2017;
5. Excelentísima Corte Suprema, Sentencia de fecha 25 de julio de 2018, en la causa rol N° 43.450-2017;
6. Excelentísima Corte Suprema, Sentencia de fecha 17 de octubre de 2019, en la causa rol N°16693-2019;
7. Excelentísima Corte Suprema, Sentencia de fecha 3 de agosto de 2021, en la causa rol N°4310-2021.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

1. Tribunal Constitucional, Sentencia de fecha 7 de septiembre de 2010, en la causa rol N°1448-2009.

OTROS:

1. Acuerdo conciliatorio de fecha 2 de mayo de 2014, presentado en la causa Rol C N°249-13, [Disponible en: <https://consultas.tdlc.cl/download/9ebad0b3e18c18b3c05da4a6818d1778?inlineifpossible=true>]
2. Escrito de la Fiscalía Nacional Económica en la causa C N°196-09, a fojas 284-289, de fecha 24 de mayo de 2010.