



Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Derecho

**DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SEGÚN
LEY 19.911**

ASPECTOS CONCEPTUALES Y ÓRGANO JURISDICCIONAL

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

Autor:

Rubén Henríquez Núñez

Profesor Guía:

Sr. José Luis Guerrero Becar

Valparaíso, Julio 2006

INTRODUCCIÓN

La Libre Competencia como elemento esencial en una economía de mercado, representa un medio para la organización de la actividad económica, que desde la perspectiva de las libertades, se traduce en un pilar fundamental de la libertad de empresa.

Esta concepción comienza a configurarse en nuestro ordenamiento jurídico a partir del año 1959, al dictarse la ley 13.305, la cual entre otras materias constituye la primera iniciativa en materia de Libre Competencia, estableciendo la Comisión Antimonopolios y sancionando conductas anticompetitivas.

Con el Decreto Ley 211 del año 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado, fue fijado mediante el Decreto Supremo N° 511 de 1980 se consolida en nuestro país un sistema de promoción y defensa en materia de Libre Competencia. A través de esta regulación se produce un avance sustantivo en cuanto a los órganos encargados de prevenir, corregir y sancionar los atentados a la Libre Competencia.

Sin embargo, esta regulación con los años fue evidenciando falencias que exigían modificaciones, especialmente referido a la necesaria independencia, especialidad, dedicación y dotación de recursos que debe existir en los órganos encargados de velar por la promoción y defensa de la Libre Competencia.

La ley 19.911 del año 2003, publicada en el Diario Oficial el 14 de Noviembre de 2003, cuya entrada en vigencia data de 12 de febrero de 2004, tiene por objeto continuar el proceso de perfeccionamiento en materia de promoción y defensa de la Libre Competencia, modificando las normas contenidas en el DL 211.

En el mensaje de la ley 19.911 se señala la necesidad de una modificación en la materia, ante los profundos cambios en la estructura económica del país, dando lugar a la participación privada en casi todos los sectores productivos y a la inserción de Chile en la economía global, producto de lo cual se ha producido una modificación sustancial en el escenario en el cual corresponde funcionar a la institucionalidad de defensa de la Libre Competencia, circunstancia que impide seguir descansando en organismos débilmente constituidos.

El establecimiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, es una de las ideas centrales de la ley 19.111, objeto principal de este trabajo, el cual se encuentra en funcionamiento desde el día 12 de mayo de 2004, reemplazando las Comisiones Preventivas y Resolutiva del DL 211.

En síntesis el presente trabajo expone de manera actualizada, tanto los aspectos conceptuales relativos a la promoción y defensa de la Libre Competencia en nuestro ordenamiento jurídico, como los órganos a los cuales se encomienda dicha labor conforme al texto de la ley 19.911 que modifica el DL 211.

CAPITULO I

ASPECTOS DEL DERECHO A LA LIBRE

COMPETENCIA A PARTIR DE LA LEY 19.911

I.- El mercado como presupuesto de la libre competencia.

1.1.- Reconocimiento legal al mercado.

El artículo 1 de la ley 19.911 consagra que “*La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados*”, cabe destacar esta última expresión, por cuanto constituye un reconocimiento expreso al marco o ámbito en que ha de tener aplicación la normativa legal. En nuestra Constitución Política de la República, ninguna de sus disposiciones de contenido económico utiliza el vocablo “mercado”, pese a ello, a nuestro entender subyace dicho concepto en nuestra carta fundamental, a partir de la conexión de ciertas disposiciones constitucionales.

Sin embargo, antes de formular cualquier construcción en torno al concepto de mercado a nivel constitucional, planteamos un concepto doctrinario de lo que ha de significar dicha expresión “aquél ámbito en el cual los compradores y los vendedores de un bien interactúan para determinar su cantidad y precio de venta¹”. Es decir, constituye un mecanismo de coordinación de la actividad económica y de los agentes que en él intervienen, en definitiva, de los oferentes y demandantes, noción que la ley alude hoy de manera expresa, bajo la expresión mercado, situación no prevista en la regulación anterior del DL 211.

¹ BOFILL GENSCH, ÁLVARO y GUERRERO BECAR, JOSE LUIS “*Acerca del concepto Constitucional y legal de competencia*” en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVI (1995) p. 193

Del texto constitucional se desprende lo que en doctrina se reconoce como Constitución Económica, vale decir, de acuerdo a un concepto del profesor José Luis Guerrero² “aquel conjunto de normas de rango constitucional que regulan los actores y los límites dentro de los cuales debe desenvolverse la actividad económica de un país, ello como manifestación del conjunto de principios de carácter económico y jurídico que lo inspiran”. Tales normas constitucionales en definitiva establecen parámetros a la regulación legal, ello en virtud de la supremacía del texto constitucional y en lo que respecta al mercado, se extrae de manera tácita un reconocimiento a él, en cuanto mecanismo de coordinación de la actividad económica.

El profesor José Luis Guerrero, distingue las normas económicas constitucionales y algunas de rango legal en dos; por un lado “las normas que dicen relación con el sistema de propiedad, y por otro, las normas que determinan la funcionalidad económica y principalmente el rol del Estado en la economía³”. De acuerdo a su planteamiento, la Constitución Política de la República, consagra y protege el régimen de propiedad privada con limitaciones en cuanto a la función social de la propiedad y excepciones en materia minera. Respecto de las normas de funcionalidad económica, consideramos relevante referirnos a tres de ellas, que nos permiten advertir un reconocimiento tácito al mercado en nuestro texto constitucional.

a) Principio de subsidiariedad económica.

El principio de subsidiariedad consagrado en el artículo primero inciso tercero de la Constitución Política de la República, en los siguientes términos “*El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la*

² GUERRERO BECAR, JOSE LUIS *Regulación Constitucional del orden económico. La experiencia chilena: Constitución Política de la República de 1980* (Valparaíso, 1991). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Valparaíso, p.108

³ Véase *Ibíd.*, p.110

sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”. Aquí podemos advertir una primera intención por parte del constituyente en cuanto a definir como han de intervenir en la actividad económica los diversos agentes, Estado y particulares.

No obstante, teniendo presente el alcance mucho más amplio que se le atribuye a esta disposición, nos limitamos a comentarla desde la perspectiva de la gestión que han de asumir en torno a la actividad económica los distintos agentes que en ella intervengan , constatando un reconocimiento a la libre iniciativa de los particulares en materia económica cuando estos tienen la capacidad de ejecutarla, por ende, limitando al Estado o circunscribiendo su rol a ser garante de la autonomía necesaria para los particulares en el desempeño de tales fines.

Lo anterior es concordante con el planteamiento de Guerrero del Río⁴, quien afirma encontrar en el principio de subsidiariedad la determinación de cuál es el grado de regulación o intervención que debe autorizarse al Estado en materia económica y en que forma debe canalizarse. Afirma el autor, “que la subsidiariedad económica a grandes rasgos significa que el Estado sólo puede asumir aquellas decisiones y funciones que no pueden realizar los particulares en forma individual u organizada”.

En este sentido encontramos un primer reconocimiento al mercado, en cuanto mecanismo de coordinación para los agentes económicos en el desarrollo de la actividad económica con una mínima intervención de la autoridad, esencialmente limitada a resguardar y garantizar el desarrollo de las actividades económicas de aquellos.

b) Principio de Libertad en materia económica.

⁴ GUERRERO DEL RIO, ROBERTO *La Constitución Económica, Revista Chilena de Derecho, Volumen VI* , pp.79-94, citado en FERNANDOIS VÖHRINGER, ARTURO *Derecho Constitucional Económico, Tomo I*, (Santiago,2001) Ed. Universidad Católica de Chile, p.44

Desde la perspectiva de las normas de funcionalidad económica, este principio se estructura en nuestra carta fundamental en el número 21 del artículo 19, el cual dispone en su inciso primero “*El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen*”. Por su parte el inciso segundo de la misma disposición señala que “*El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser asimismo, de quórum calificado*”.

La disposición transcrita establece claramente la intención por parte del constituyente de incentivar la iniciativa privada en el desarrollo de cualquier actividad económica. Con dicho reconocimiento en definitiva se está protegiendo la participación de los particulares, personas naturales o jurídicas, como actores o agentes económicos en los mercados, lo cual nos aproxima claramente a la idea de libre acceso a ellos, al consagrar el derecho a la libre iniciativa en materia económica.

Junto con la eliminación de barreras en el acceso a los mercados, también se protege el derecho a desarrollar una determinada actividad económica, es decir, subyace la idea de garantizar la existencia de ciertas condiciones en los mercados. Todo ello no obstante, bajo dos condiciones, que la actividad a realizar no sea considerada en sí misma ilícita, y lo son sólo las que la Constitución Política de la República menciona genéricamente, esto es, las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, y en segundo término, que la actividad económica a realizar se ajuste a las normas legales que la regulen⁵.

⁵ BERTELSEN REPETTO, RAÚL Comisión de estudio de la nueva Constitución Política de la República, citado en Rol 280-98 del Tribunal Constitucional, considerando 22, en Biblioteca Congreso Nacional.

Fernandois Vöhringer⁶, señala que la moral, orden público y la seguridad nacional, constituyen los límites extrínsecos de la libertad económica, en contraposición de los límites intrínsecos, entendiendo por tal, aquellos inmanentes al ejercicio de la actividad misma, pero que se caracterizan por constituir un límite a los actos, que sin comprometer en lo inmediato los referidos límites constitucionales del inciso primero del n° 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, atentan paradójicamente contra el mismo derecho a desarrollar una actividad en forma libre. Se cita por el autor el propio DL 211 como ejemplo de límite intrínseco previsto normativamente.

En cuanto al inciso segundo de la disposición en comento, se contempla la posibilidad para el Estado, a través de las empresas estatales propiamente tal o aquellas en las cuales tenga participación, acceder a los mercados, desarrollando alguna actividad económica. Sin embargo, se establecen barreras para dicho acceso, derivando de ello la correspondiente garantía para los particulares, de que el Estado y sus organismos concurrirán al desarrollo de actividades económicas por excepción, tan sólo en el supuesto que, y como indica la norma en comento, se otorgue la correspondiente autorización legal.

En cuanto a la permanencia del Estado en el desarrollo de actividades económicas, se consagra su sometimiento a la legislación común aplicable para los particulares, despojándose del cúmulo de potestades públicas, no obstante la posibilidad de establecer excepciones legales en virtud de motivos justificados.

c) Principio de la no discriminación en materia económica.

El artículo 19 número 22, de la Constitución Política de la República consagra, “*la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica*”. Dicha norma establece una restricción al actuar del Estado y sus organismos en relación al trato que han de brindar a los distintos agentes que intervienen en la actividad económica.

⁶ FERNANDOIS VÖHRINGER, ARTURO cit (n°4) p.93

En consecuencia, nada obsta a la posibilidad de dispensar tratos diversos, pero se prohíben bajo criterios injustificados, de carácter subjetivo o simplemente ilegítimo. Es en este aspecto donde un trato discriminatorio se torna arbitrario, como expresión de una distinción ilegítima o injustificada. Dicho de otro modo, no toda distinción en el trato conlleva una vulneración al principio jurídico de igualdad, sino tan sólo cuando dicha actuación u omisión encuentra en su base una arbitrariedad.

En su sentido gramatical este término consiste en “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, autoridad que se ejerce sin otra regla que el capricho⁷”. En opinión del profesor Eduardo Aldunate Lizana “se está ante un trato discriminatorio de carácter arbitrario cuando en dicho trato no se expresa o distingue criterio alguno que haga comprensible la discriminación, con lo cual aparece como una cuestión puramente subjetiva, o bien cuando existe un elemento objetivo diferenciador, pero este es no razonable”.

Esto justifica el contenido del principio citado, el cual es complemento del principio de subsidiariedad económica desde la perspectiva del rol asignado al Estado y sus organismos. Y en lo que respecta al mercado y sus agentes económicos, el Estado y sus organismos no pueden dar un trato que signifique discriminación arbitraria, es decir, que conceda beneficios o imponga gravámenes que no beneficien o no afecten de la misma manera a quienes sean considerados iguales, a saber, aquellos que gozan de la misma cualidad esencial, de acuerdo a un juicio discriminatorio no arbitrario.

d) Confluencia de los tres principios enunciados. Reconocimiento tácito al mercado.

Es posible establecer una conexión entre los tres principios comentados, de modo tal que su confluencia nos permita afirmar la existencia de un reconocimiento tácito al mercado, en cuanto mecanismo de funcionalidad económica, a nivel constitucional.

Ello nos lleva a sostener que nuestra Constitución Política de la República establece los cimientos de una economía libre, con escasa intervención del Estado, en definitiva, una

⁷ Diccionario de la Real Academia Española Tomo I. Vigésima Primera Edición p.118

economía que encuentra su funcionalidad en el mercado, pese a que no se señale expresamente en el texto constitucional. Es decir, tácitamente se consagra en la Constitución Política de la República, el libre juego de la oferta y la demanda, como mecanismo de funcionalidad económica, configurando un mercado sin distorsiones y con libre entrada, lo cual incentiva la iniciativa privada⁸.

Advertimos en este punto la consideración que se debe tener respecto al concepto de mercado relevante para aproximarnos al tema en concreto, ya que por sí solo, el concepto de mercado nos mantiene en un plano abstracto, y se define por tanto al mercado relevante como “aquel mercado preciso, concreto y determinado para cada situación que se juzga, lo que permite situarnos en un ámbito de análisis concreto⁹”.

1.2.- Estructura de los mercados.

La funcionalidad del mercado como mecanismo de coordinación de la actividad económica exige en sí la participación de agentes económicos, oferentes y demandantes de bienes y servicios, quienes determinan precio y cantidad.

Si bien la noción de mercados admite una serie de clasificaciones, la principal y determinante para establecer las estructuras de ellos, es aquella que los distingue en mercados de competencia perfecta y mercados de competencia imperfecta, siendo el

⁸ DOMPER RODRIGUEZ, MARIA DE LA LUZ “*Análisis económico de la sentencia del Tribunal de la Libre Competencia respecto del comportamiento de los supermercados. Sentencia 9-2004*”. Sentencias destacadas 2004. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas .(Santiago, 2004). Libertad y Desarrollo, p.268

⁹ JORQUERA LOYOLA, MAURICIO *Tratamiento de la libre competencia en Chile: El DL 211*. (Talca, 1999). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, p.61

criterio de distinción la concurrencia de los siguientes factores o elementos¹⁰, atomicidad del mercado, homogeneidad del producto, transparencia del mercado, libre entrada y salida del mercado y total movilidad de los factores productivos, lo cual determina un mercado de competencia perfecta. La ausencia de uno o más de dichos factores, se traduce en configurar un mercado de competencia imperfecta. A objeto de plantear de manera genérica en lo que ha de consistir cada una de estas estructuras, sin ser nuestro objeto de estudio, recogemos el planteamiento sostenido por Pía Maturana Vásquez¹¹, obra en la cual se desarrolla este tema.

1.2.1.- Mercados de competencia perfecta.

Se señala que ésta estructura parece constituir el paradigma del buen funcionamiento de los mercados, pero hoy, en la teoría económica es indiscutible la imposibilidad de su concreción. Sin embargo, es relevante determinar su contenido, el cual básicamente alude a la posibilidad de que ningún agente económico cuente con un poder de mercado tal, que le permita ejercer una influencia en la determinación del precio de un bien o servicio. Y tal situación se configura como señaláramos anteriormente por la concurrencia de los siguientes factores:

- .- Atomicidad del mercado.
- .- Homogeneidad del producto.
- .- Información transparente.
- .- Libre acceso y salida del mercado.

¹⁰ VALDES PRIETO, DOMINGO *La discriminación arbitraria en el derecho económico y en especial en la legislación antimonopolica* (Santiago, 1992).Ed. Jurídica Conosur p.210

¹¹ MATURANA VASQUEZ, PIA *Las marcas propias en marco del derecho de la competencia. Estudio, análisis y propuestas.* (Valparaíso, 2003).Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp. 8 y ss.

.- Movilidad de factores productivos.

Por ende, cada uno de los agentes aparece como un mero tomador de precios del mercado, sin que sea capaz de influir en este¹². El supuesto de un mercado en las condiciones antes descritas evidentemente no es reproducible, ni naturalmente, ni aún a partir de la concreción de la normativa objeto de estudio. No obstante, y sin pretender aún plantear la cuestión en torno a qué es lo efectivamente objeto de promoción y defensa en el texto de la ley, descartamos desde ya que sea la existencia de mercados de competencia perfecta, por cuanto no resulta viable.

Carlos Concha sostiene respecto de los mercados de competencia perfecta, que “este paradigma no se defiende económicamente por la pluralidad de participantes en sí, sino porque en condiciones de competencia perfecta, esa pluralidad es condición y efecto de la eficiencia productiva y conduce a través del intercambio a la eficiente asignación de recursos en los mercados como un conjunto¹³”.

1.2.2.- Mercado de competencia imperfecta.

Un mercado competencia imperfecta es aquel mercado que carece de uno o más de los elementos que corresponden y caracterizan un mercado de competencia perfecta y en consecuencia, los agentes que en el intervienen cuentan con una capacidad para influir en la determinación del precio del producto.

¹² GUERRA ARAYA, PEDRO *Derecho de la Competencia en el mercado del gas licuado* (Valparaíso, 2003). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p.7

¹³ CONCHA, CARLOS *Informe en Derecho sobre el Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y modifica el texto actual del Decreto Ley 211 de 1973, sobre Protección de la Libre Competencia*, presentado ante la Comisión de Economía del Senado con fecha 11 de julio de 2002 en Biblioteca Congreso Nacional p.24

Distinguimos tres figuras bajo la estructura de mercados de competencia imperfecta y por ende, en los cuales se vislumbra la capacidad de sus participantes para influir en la determinación del precio, vale decir, la existencia de un poder de mercado significativo. Monopolios, oligopolios y competencia monopolística, figuras respecto de las cuales tan sólo hacemos referencia por no ser objetivo primordial de nuestro trabajo ¹⁴.

a) Monopolios:

Un mercado monopolístico es aquel mercado en que la oferta esta determinada por un solo agente económico, un solo oferente, y en tal evento se sitúa en una posición que le permite determinar unilateralmente el precio. “En la medida de ser inferior dicho precio, la demanda del monopolista se ve incrementada, por lo tanto la curva de demanda de dicho mercado coincide con la curva de demanda del monopolista¹⁵”. Si esta misma situación se plantea desde la perspectiva del demandante, el cual siendo el único demandante controla la demanda de un bien o servicio, tal situación se denominada monopsonio.

b) Oligopolios:

Bajo esta estructura, el mercado se configura por unos pocos agentes económicos, los cuales se encuentran bajo una interdependencia, dado que a diferencia del monopolista, no tienen un control absoluto sobre el precio, sino que cada uno cuenta con una capacidad en sí relevante para influir en las decisiones de lo demás agentes y viceversa. Un reducido número de agentes económicos que interviene en el mercado los coloca en una situación que les permitiría actuar concertada o colusivamente, y así afectar las condiciones de Libre Competencia que la ley pretende impregnar en los mercados.

c) Competencia monopolística:

Las estructuras descritas precedentemente se determinan a partir del número de agentes que en él intervienen, dando lugar a la formación de monopolios u oligopolios, según sea el

¹⁴ Véase MOCHON, FRANCISCO *Economía Básica* (Madrid, 1992).Ed. Mc Graw-Hill p. 124

¹⁵ Véase MATORANA VASQUEZ, PIA cit (nº 11) p.14

caso. Pues bien, un mercado de competencia monopolística si bien exige la concurrencia de agentes económicos en un número mayor que en un oligopolio, no llega al punto de configurar un mercado de competencia perfecta, y la causa de ello es la falta de otro factor de los que caracterizan un mercado como perfecto, a saber, la exigencia de homogeneidad del producto.

En un mercado de competencia monopolística no se da dicha característica, y es esta ausencia de homogeneidad del producto, lo que define un mercado de competencia monopolística, por cuanto cada agente económico intentará diferenciar su producto de los demás, pese a ser sustitutos entre sí, y en consecuencia generar un esquema de monopolio para sí mismo a mayor distinción de los productos¹⁶.

II.- Determinación del bien jurídico tutelado en los mercados.

Determinar el bien jurídico tutelado implica resolver cuál es el propósito de la ley, definir clara y operativamente que persigue la ley, en otros términos, “definir cuál es el bien jurídico que se protege, es el primer desafío que Chile y cualquier país debieran resolver antes de formular una ley Antimonopolios¹⁷”.

Tal delimitación en la discusión parlamentaria de la ley 19.911 no fue del todo clara. El texto original del artículo 1 del proyecto de ley señalaba que el objeto de la ley es “*promover y defender la libre competencia en los mercados*”, agregando, “*como medio para desarrollar y preservar el derecho a participar en las actividades económicas, promover la eficiencia y, por esta vía, el bienestar de los consumidores*”.

La redacción definitiva y actual del artículo 1 del DL 211 tan sólo expresa que “*la presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados*”, lo cual

¹⁶ *Ibíd.* p.21

¹⁷ PAREDES MOLINA, RICARDO “*Desafíos para la institucionalidad antimonopolios en Chile*” (Santiago, 2001) ¿Qué hacer ahora? Propuestas para el desarrollo, Centro de Estudios Públicos, p.216

deja en claro la existencia de un bien jurídico único, determinado, “la Libre Competencia”. Sin embargo, la ley no señala que ha de entenderse por tal.

Carlos Concha afirma que “en la literatura económica hoy existe cierto consenso a entender la competencia como un medio y no un fin y agrega que prácticamente todos los centros académicos importantes en lo jurídico y económico concuerdan en ello¹⁸”. De acuerdo con lo anterior, para efectos de nuestro trabajo, distinguimos dos aspectos referidos al bien jurídico tutelado en el DL 211. Un primer aspecto referido al contenido mismo de la expresión “Libre Competencia” y en segundo término, la finalidad que se persigue al tutelar la “Libre Competencia”.

2.1.- Contenido del bien jurídico tutelado.

La pretensión de Libre Competencia en los mercados sin más, nos lleva a predecir que se esta aludiendo al libre juego de la oferta y la demanda al interior de los mercados. Con tal propósito, se establece una regulación con la cual se aspira a prevenir y sancionar comportamientos que afecten este libre juego. Para el profesor Jorge Streeter Prieto, el contenido del bien jurídico protegido, el contenido de la expresión “Libre Competencia”, no es otra cosa que “la eficacia defendida dentro de un ámbito determinado y en un mercado relevante¹⁹”.

En este sentido, la referencia a los mercados en el texto de la ley es la base para su determinación, en cuanto es el ámbito de aplicación del DL 211, ámbito donde el legislador pretende el debido resguardo de la Libre Competencia. Este planteamiento es el que se recoge en la ley 19.911, y pese a ser admisible la existencia de objetivos complementarios e indirectos, claramente en la ley se opta por hacer prevalecer un bien jurídico determinado, a saber, la Libre Competencia.

¹⁸ CONCHA, CARLOS cit (nº 13)p.24

¹⁹ STREETER PRIETO, JORGE citado en VALDÉS PRIETO, DOMINGO cit (nº10) p. 218

En consecuencia, toda situación que nos aleje de la eficiencia derivada de la libre oferta y demanda de bienes y servicios, no son deseados para el buen desempeño de los mercados y por consiguiente, es deber de los órganos que señala la ley, Fiscalía Nacional Económica y Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, velar por el resguardo del bien jurídico en los diversos mercados.

Sin embargo, con este criterio se nos plantea la interrogante respecto de cómo ha de responder la ley al hecho de que la eficiencia económica no se obtenga por medio de una libre concurrencia de oferta y demanda, y por el contrario, la tendencia a la concentración sea la causa de ella, por ejemplo, véase lo ocurrido en los mercados de telefonía móvil o de televisión por cable.

Pese a que hemos sostenido que la ley aspira a proteger la existencia de un estadio de Libre Competencia, en los términos señalados, es decir, promover y defender el libre juego de la oferta y la demanda de bienes y servicios al interior de los mercados, creemos que en aquellos casos en que la concentración de poder de mercado conlleva eficiencia económica, dicha conducta no ha de ser sancionada de antemano, ya que la finalidad de la ley es lograda de igual modo.

Ricardo Paredes afirma que no se debe sancionar *per se* una determinada conducta en materia de Libre Competencia, ya que la aplicación de la legislación chilena toma como base la teoría económica según la cual “las conductas que deben ser sancionadas son aquellas que reducen el bienestar de la sociedad, el que se debe medir por la disposición de bienes, por la eficiencia económica²⁰”.

Es posible afirmar, que bajo situaciones de concentración de poder de mercado, la vía jurisdiccional debe ser el mecanismo para responder a tales hechos, permitiendo al órgano jurisdiccional de acuerdo a sus facultades, es decir, a solicitud de parte interesada, adoptar medidas que permitan afirmar que el bien jurídico no se ha afectado, o bien, adoptar

²⁰ PAREDES MOLINA, RICARDO citado en WITKER, JORGE *Derecho de Competencia en América*, (Santiago, 2000). Fondo de Cultura Económica p.107

medidas tendientes a corregir o sancionar las conductas que estime contrarias a la Libre Competencia.

2.2.- Finalidad del bien jurídico tutelado.

Una finalidad única, un objetivo único, nos permite observar y definir con mayor precisión el contenido del bien jurídico tutelado. En el mismo sentido se pronunció el profesor Jorge Streeter Prieto, quien señaló “la conveniencia de delimitar el bien jurídico protegido y separarlo de los ámbitos de la protección del consumidor, de la competencia desleal y prácticas restrictivas en el comercio internacional, que cautelan bienes jurídicos distintos y cuentan con procedimientos, jurisdicciones y sanciones propias de cada uno de ellos²¹”.

Según Carlos Concha²², promover y defender la Libre Competencia en los mercados tiene por finalidad la existencia de una mayor disposición de bienes para la sociedad, lo cual se ha definido como eficiencia económica y es la finalidad a que debe aspirar la ley a través de la tutela que otorga a los agentes económicos en su actuar al interior de los mercados. Agrega que “la libre competencia es el medio idóneo para su consecución, por cuanto el juego de la oferta y la demanda permite maximizar la cantidad de bienes y servicios al menor precio, conjugando dos variables para tal objetivo, eficiencia productiva, es decir, producción al menor costo y en segundo término, una asignación eficiente de recursos, o sea el mejor uso de los recursos que debería hacerse para que la comunidad éste económicamente mejor²³”.

²¹ STREETER PRIETO, JORGE Opinión recogida en Informe de la Comisión de Economía del Senado recaído en el proyecto de ley que crea el Tribunal de la Libre Competencia. Diario de Sesiones del Senado, Sesión 22. Biblioteca del Congreso Nacional.

²² CONCHA, CARLOS cit(nº 13) p.24

²³ *Ibíd.*,p.24

Jorge Witker en un sentido similar, distingue tres intereses que han de constituir la finalidad de proteger la Libre Competencia en los mercados²⁴. Un primer aspecto según el autor es el bienestar del consumidor, el cual “se refleja a través de la mayor variedad, mayor calidad y precios bajos. Este estado es eficaz en la medida en que los consumidores no paguen ni más ni menos del costo”.

Un segundo aspecto para Jorge Witker es fomentar la eficiencia en los mercados, referido tanto a la asignación de recursos como a la eficacia productiva, es decir, asegurar que un nivel dado de rendimiento sea logrado al costo más bajo. Para ello distingue la eficiencia en estática y dinámica. Por eficiencia estática se entiende “la utilización óptima de los recursos existentes en una sociedad con el fin de satisfacer las demandas de los consumidores (eficiencia en la asignación de recursos) al menor costo posible (eficacia productiva). En tanto, la eficiencia dinámica significa “la introducción óptima de nuevos productos, procesos de producción más eficaces y mejores tecnologías²⁵”.

Por último, Jorge Witker agrega “la protección del proceso competitivo”, es decir, “no se busca proteger como tal a alguno de los participantes del proceso competitivo, sino que por el contrario se busca hacer eficiente el proceso productivo, impidiendo que en alguna parte de la cadena productiva existan conductas de los agentes económicos que entorpezcan el desempeño y actividad del resto de los agentes productivos²⁶”.

En síntesis, el bien jurídico protegido en el DL 211 es “*la Libre Competencia en los mercados*”. Sin embargo, como señalamos la ley no define su contenido, tan sólo se limita a enunciarlo. Sin perjuicio de lo anterior, la idea que subyace en el DL 211 respecto al bien jurídico protegido, en cuanto a su contenido y finalidad, es “que la competencia entre las empresas que operan en los mercados es un proceso que disciplina su actuación y reasigna los recursos productivos a favor de los operadores o las técnicas más eficaces. Con ello, se

²⁴ Véase WITKER, JORGE cit (nº20) p.61

²⁵ Ibíd. p.63

²⁶ Ibíd. p.63

dispone de los incentivos necesarios para que las empresas reduzcan sus costos y aumenten su eficiencia técnica, lo que en definitiva, promueve la productividad. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de productos, de su variedad y calidad, lo que beneficia al conjunto de la sociedad²⁷.”

III.- Conductas contrarias a la libre competencia conforme a la ley 19.911

3.1.- Conducta genérica.

El artículo 3 actual, establece en su inciso primero, *“el que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.”*

La redacción del artículo 3 es muy similar al contenido en el inciso primero del artículo 1 del texto primitivo del DL 211, por lo tanto, en cuanto a la tipificación de los hechos o actos contrarios a la Libre Competencia, se mantiene una tipificación de carácter abierta y amplia, en el sentido de extender la aplicación de la ley a todo posible atentado contra la competencia²⁸. Es decir, como señala el profesor Depolo, “mientras más amplia sea la tipificación, menor será la posibilidad de que queden fuera restricciones competitivas desconocidas al momento de dictarse la ley”. En conclusión, para el profesor Depolo,

²⁷ Cuenta anual de actividades del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia año 2005 en página web del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia www.tdlc.cl

²⁸ DEPOLO RAZMILIC, RADOSLAV “*El régimen jurídico de defensa de la competencia en Chile. Algunas proposiciones para su despenalización*” en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVIII (1997) p. 436

“puede afirmarse que es procedente incluir dentro de la tipificación analizada, a todas las restricciones posibles, conocidas y por conocer, sin distinción alguna de entidad, magnitud o forma”.

Cabe agregar que el contenido de la norma se dirige a toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, y respecto de conductas ejecutadas dentro o fuera del territorio nacional, en cuanto produzca como resultado una afectación a la Libre Competencia o tienda a producir tales consecuencias.

Ponemos atención en la expresión, “*que tienda a producir dichos efectos*”, por cuanto se desprende que la ley no busca tan sólo que se sancionen determinados comportamientos, conductas, en la medida que produzcan alteraciones a la Libre Competencia en los mercados, vale decir, no exige que se verifique materialmente un impedimento, restricción o entorpecimiento a la Libre Competencia, sino que basta el mero peligro de afectar el bien jurídico para que sea procedente la aplicación de una o más de las medidas contempladas por la ley, para efectos de corregir o prohibir dichos hechos, actos o convenciones.

Al respecto, cabe tener presente lo señalado por el profesor Domingo Valdés Prieto²⁹, quien señala que el término “convención” alude a todas las modalidades tanto de contratación privada, como las de contratación pública o administrativa. La palabra “acto” en su opinión, engloba tanto a los actos jurídicos del Derecho Privado, como las varias especies de actos administrativos que emanan de la Administración Central y de entes autónomos. Finalmente, el vocablo “hecho” a su juicio, se refiere a delitos y cuasidelitos civiles y penales, e incluye toda actuación de autoridad pública excedida de los límites demarcados por la Constitución y las leyes. También alcanza, por fin, todo acto anulable, nulo y aún aquellos que el Derecho Privado califica de inexistentes.

Para los casos en que se trate de un hecho, acto o convención que tienda a producir los efectos contrarios a la Libre Competencia, sin haberse verificado íntegramente y que es un

²⁹ VALDÉS PRIETO, DOMINGO cit (nº 10) p.187 y p. 191

criterio a tener presente por el órgano llamado a pronunciarse en esta materia. Para el autor citado, es menester que se cumplan los siguientes requisitos:

- a.- Que el riesgo se encuentre debidamente acreditado.
- b.- Que exista un nexo causal suficiente por sí mismo entre el hecho, acto o convención y el riesgo provocado.
- c.- Que el riesgo en cuestión sea relevante en relación con el mercado al cual afecta.
- d.- Debe tratarse de un riesgo que probablemente cause en un futuro inminente o próximo un daño efectivo si no se detiene.
- e.- Debe ser imputable al sujeto activo, es decir, debe existir dolo o culpa en su actuar.

En la regulación anterior a la ley 19.911, en materia de Libre Competencia, se contemplaba un tipo penal, sancionado con una pena corporal, que podía variar, desde los 61 días hasta los 10 años de presidio. Sin embargo, se señalaba al respecto que “el hecho de que el DL 211 se asiente sobre un principio de imputación penal no quiere decir que la aplicación de la ley deba fundarse siempre y exclusivamente en la existencia de un delito³⁰”.

Se justificaba el planteamiento anterior sobre la base de la existencia de una instancia administrativa destinada a prevenir la existencia de restricciones competitivas, a saber, las Comisiones Preventivas, y en segundo término, una instancia cuya función era la corrección y sanción de aquellas restricciones que se hubiesen producido en el mercado, la Comisión Resolutiva. Y sólo en último lugar, podía abrirse un proceso penal en contra de los infractores mediante denuncia o querrela presentada por la Fiscalía Nacional Económica ante la justicia ordinaria y siempre que así lo requiriera la Comisión Resolutiva.

En la redacción actual del DL 211 no se contemplan penas corporales, lo cual nos parece correcto, y nos apoyamos en la opinión del profesor Jorge Streeter, quien durante la

³⁰ DEPOLO RAZMILIC, RADOSLAV cit (nº 28) p. 437

discusión parlamentaria³¹, en su calidad de invitado, expuso, refiriéndose al carácter delictual de las conductas monopólicas “que el llamado delito de monopolio ha sido enteramente ineficaz y nunca nadie ha sido castigado por cometerlo”. En el mismo sentido, el profesor Radoslav Depolo, planteaba un dato empírico³², que la acción penal contemplada en el DL 211, sólo ha sido ejercida en dos ocasiones, en ninguna de las cuales llegó a prosperar.

A partir de la eliminación de penas corporales, y por ende, de la acción penal contemplada en el texto primitivo, surge inmediatamente la interrogante de si efectivamente se ha producido o no una despenalización del DL 211.

En el propio mensaje de la ley 19.911 se sostiene la aseveración de una despenalización del DL 211, a partir de la eliminación de la acción penal destinada a la aplicación de penas corporales. Sin embargo, el artículo 26 en su letra c) contempla como medida posible de adoptar por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la aplicación de multas, hasta una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales, lo cual ha movido a plantear que no se ha producido efectivamente la despenalización.

Carlos Concha³³, sostiene que “no basta que una ley diga que una infracción y su pena pecuniaria no constituyen un delito penal para que dejen de serlo”, por tanto, señala que el carácter de delito penal de una conducta no se establece por la naturaleza de la pena³⁴, no siendo posible sostener a su juicio, la pretendida despenalización del DL 211.

³¹ Informe de las Comisiones unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo recaído en el proyecto de ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. (Boletín n° 2944 – 03) en pagina web Biblioteca Congreso Nacional www.bcn.cl

³² DEPOLO RAZMILIC, RADOSLAV cit (n° 28) p. 439

³³ CONCHA, CARLOS cit (n° 13) p.36.

³⁴ *Ibíd.*, p.37

En nuestra opinión, la multa es una sanción que lleva implícita la idea de castigo o reacción frente a una conducta que se considera indeseable, incluso, definirla como una pena, en su sentido jurídico, no es obstáculo para sostener la despenalización del DL 211, que a nuestro juicio si se ha producido con la ley 19.911. El argumento para nuestra posición radica no sólo en que hoy se eliminaron las penas corporales, sino que fundamentalmente en la eliminación de la acción penal a que daban lugar las conductas contrarias a la Libre Competencia. Pretender señalar que aún estamos frente a un delito, por la existencia de sanciones, específicamente por la existencia de multas resulta impropio.

La intención de definirle como delito, conlleva un segundo aspecto, el criterio genérico utilizado en la ley para describir las conductas contrarias a la Libre Competencia. Lo cual ha llevado a plantear la configuración de una ley penal en blanco, que a la luz del texto constitucional, sería contrario a lo establecido en el artículo 19 número 3 inciso octavo, norma que dispone lo siguiente, “ninguna ley podrá establecer penas, sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”, que consagraría lo que en doctrina se reconoce como el principio de reserva o legalidad, de acuerdo con el cual, sólo una ley, puede crear un delito y establecer una pena para él³⁵.

De acuerdo al planteamiento del profesor Rodríguez Collao, ley penal en blanco, en un concepto amplio³⁶, “es aquella disposición emanada del Poder Legislativo, para crear un delito, en la cual falta la hipótesis o la sanción, o una parte de ellas, y que por este motivo, precisa de otra disposición que la complete³⁷”. Bajo tales conceptos, si sostenemos que subsiste una sanción penal en el DL 211, entonces nos enfrentamos a priori, a una ley penal en blanco, que conforme al criterio de clasificación que realiza de ellas el profesor Rodríguez Collao, se encontraría en pugna con la Constitución.

³⁵ RODRIGUEZ COLLAO, LUIS, “Constitucionalidad de las leyes penales en blanco” en Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso VIII (1984) p.232

³⁶ *Ibíd.*, p. 233

³⁷ Véase *Ibíd.*, p.234

La opinión de Carlos Concha³⁸, es que la afirmación de despenalizar la infracción a la Libre Competencia, consciente o inconscientemente, se hace con el pretendido efecto de no dar cumplimiento al principio de reserva o legalidad.

Como señaláramos, pretender afirmar que aún estamos frente a un delito, por la existencia de multas como posibles sanciones a aplicar por el Tribunal, para luego sostener que el carácter genérico en la descripción de las conductas contrarias a la Libre Competencia configura una ley penal en blanco, por ende, inconstitucional, resulta claramente llevar a un extremo el estado actual de las cosas respecto al DL 211, lo cual nos parece imposible de sustentar.

La multa desde un punto de vista jurídico, constituye una pena pecuniaria, no obstante su carácter de pena en sentido jurídico, no modifica nuestro parecer acerca de la despenalización del DL 211. De acuerdo al profesor Rodríguez Collao “en el ordenamiento jurídico nacional el término pena no sólo incluye a las sanciones contempladas en el Código Penal, o en leyes especiales de esa índole, sino que también comprende a cualquier castigo impuesto por un órgano estatal³⁹”.

Desde la perspectiva del DL 211, la multa es una sanción económica, una pena pecuniaria, que debe soportar quien incurre en una conducta contraria a la Libre Competencia, impuesta por un órgano jurisdiccional especial, conforme a la potestad atribuida por ley y al procedimiento especial establecido para ello, que en nada altera la despenalización del DL 211.

³⁸ CONCHA, CARLOS cit (nº 13) p.37

³⁹ RODRIGUEZ COLLAO, LUIS “*Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas*” en Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso XI (1987) p. 123

3.2.- Conductas a vía ejemplar.

El inciso segundo del artículo 3, establece tres supuestos de hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la Libre Competencia o que tienden a producir dichos efectos. En una interpretación armónica de este inciso con relación al inciso primero, se comprende que tan sólo son a vía ejemplar las conductas contempladas en el inciso segundo, quedando siempre la descripción genérica de la conducta en el inciso primero respecto de todo hecho, acto o convención que no tenga cabida bajo las figuras descritas por el inciso segundo.

3.2.1.- Acuerdos y prácticas concertadas.

Se señala en la ley, que los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran, serán considerados como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la Libre Competencia, por ende susceptibles de las sanciones que establece la ley.

En un primer aspecto, se destaca que bajo esta figura la ley se refiere a los agentes económicos como sujetos que han de ejecutar las conductas descritas, y por ende, respecto de quienes se aplicarían las sanciones que correspondiere, referencia no efectuada en el inciso primero del artículo 3. Carlos Concha⁴⁰, señala que esta expresión es claramente más amplia que el concepto de empresa o grupos de empresa utilizado en la letra b) del mismo artículo, por lo tanto es comprensivo de toda persona natural o jurídica, estas últimas tanto de derecho público y privado, como de cualquier entidad de origen nacional o extranjero sin personalidad jurídica que concurra a los mercados actuando como oferente o demandante y respecto de las cuales responderían las personas naturales que hayan actuado por ellas. Sin embargo, estimamos que nada aporta esta última complementación, por cuanto de ello responderán de igual modo personas naturales ante la inexistencia de personalidad jurídica.

⁴⁰ CONCHA, CARLOS cit (n°13) p.43

Respecto a la conducta ejecutada por los agentes económicos, la ley no rechaza ni desconoce la existencia de acuerdos, sea de manera expresa o tácita, entre los agentes económicos e incluso con las finalidades descritas en la propia norma. Ello no envuelve una infracción a la Libre Competencia per se, sí constituye un atentado a la Libre Competencia el abuso de poder de mercado que dichos acuerdos o prácticas le otorgan a los agentes, y ello debe evitarse en los mercados, por cuanto se produce una vulneración al bien jurídico protegido. En este sentido, es posible afirmar que la ley no sanciona conductas a priori, sino más bien el resultado de ellas, en la medida que provoquen una alteración en las condiciones de libre competencia al interior del mercado a partir de las conductas ejecutadas que tengan por finalidad fijar precios de ventas o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que les confieren dichos acuerdos o prácticas.

Los acuerdos entre agentes económicos que persiguen ésta alteración de las condiciones de Libre Competencia existentes en un determinado mercado, es posible distinguirlos entre acuerdos horizontales y verticales⁴¹, según la ubicación de sus partícipes en los procesos de producción y comercialización de bienes y servicios. Los acuerdos horizontales, son aquellos entre agentes competidores, es decir, situados en un mismo nivel de la cadena de producción y comercialización, como ejemplo, reparto de mercado o cuotas de producción. En tanto los acuerdos verticales, son aquellos entre agentes situados en diferentes instancias de la cadena de producción y comercialización⁴², como ejemplo, señalamos la fijación de precios de reventa o contratos de distribución.

En cuanto a las prácticas concertadas, no hay elementos que lo distingan claramente de la noción de un acuerdo tácito, tan sólo podemos establecer la diferencia señalando que en las

⁴¹ Véase MATURANA VASQUEZ, PIA cit (nº 11) p. 51

⁴² Sobre el particular, véase WITKER, JORGE cit (nº 20) pp. 109 y ss. En el mismo sentido ZEGERS RUIZ TAGLE, MATIAS *Aspectos del Derecho a la Libre Competencia* (Santiago, 1994). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile pp.86 y ss.

prácticas concertadas no existiría una voluntad exteriorizada por parte de los agentes económicos, sino que a partir de ciertos hechos conocidos es posible establecer la existencia de estas prácticas concertadas. Constituye en consecuencia una verdadera presunción respecto de la conducta de los agentes y es en definitiva una figura residual de aquellos supuestos en que no resulte posible acreditar la existencia de un acuerdo expreso, y por ello afirmamos no ser clara la distinción de las prácticas concertadas con aquellos casos de acuerdos tácitos, ya que en ambos casos, será necesario acreditar o establecer otros elementos que permitan configurar la conducta de los agentes económicos que les brinda un poder de mercado que altera las condiciones de Libre Competencia imperantes en un mercado relevante.

No obstante, la norma transcrita deja de lado otros objetivos que puedan buscarse a través de estos acuerdos o prácticas, lo cual nos lleva definitivamente a tener que recurrir a la aplicación del inciso primero, como criterio general, con lo cual empieza a reflejarse el carácter inoficioso de establecer figuras a vía de ejemplo, toda vez que ya se estableció un marco genérico de conducta ilícita.

3.2.2.- Abuso de posición dominante

El segundo ejemplo establecido por la ley se contempla en la letra b) del artículo 3, el cual describe como hecho, acto o convención que impide, restringe o entorpece la libre competencia, *“la explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, 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.”*

Se refiere a la conducta efectuada por un agente económico, aún cuando la ley hable de empresa o conjunto de empresas que tengan un controlador común, debe entenderse el concepto de empresa en una acepción amplia, equivalente a lo señalado bajo la noción de agentes económicos.

En cuanto a la conducta en sí, ésta corresponde a los casos en que un agente económico se ubique en una situación privilegiada al interior del mercado, es decir, en una posición de

control que le permite incidir en el mercado, ello constituye una posición dominante. Jorge Witker, recurre a la definición contenida en el “Conjunto de principios y normas equitativas convenidas multilateralmente para el control de las prácticas restrictivas”, suscrito en el contexto de la ONU, para efectos del Comercio Internacional, y el cual sirve para comprender mejor esta figura. Define posición dominante en el mercado como *“aquella situación en que una empresa, por sí sola o actuando conjuntamente con algunas otras empresas, esté en condiciones de controlar el mercado pertinente de un bien o servicio o de un determinado grupo de bienes o servicios”*⁴³.

En la medida que se abuse de dicha posición con el objeto de alterar las condiciones del mercado en beneficio propio, la ley reacciona señalando que dicho caso constituye una infracción a la Libre Competencia⁴⁴, como ocurriría en casos de precios abusivos, denegación de compra o venta de bienes o servicios, imposición de precios, entre otras conductas. Álvaro Bofill Genzch⁴⁵, señala que “esta restricción competitiva por aprovechamiento de las estructuras se basa en la mayoría de las legislaciones en las conductas lesivas que puedan llevar a cabo aquellos que dominan los mercados, sean empresas solas o en accionar paralelo con los demás partícipes del mercado, exigiéndose en uno y otro caso una porción determinada de mercado, lo que habilita para hablar de posición dominante”.

Se reitera el criterio señalado en la figura anterior, en el sentido de no sancionar la conducta a priori, no siendo ilícita la posición dominante con que cuenta un agente económico al

⁴³ Conjunto de principios y normas equitativas convenidos multilateralmente para el control de las prácticas restrictivas, Capítulo B, sección D, párrafo 1, citado en WITKER, JORGE cit (nº20) p. 59

⁴⁴ Véase MATORANA VASQUEZ, PIA cit (nº 11) p.40

⁴⁵ Véase BOFILL GENZCH, ÁLVARO *El abuso de la posición dominante* (Valparaíso, 1991). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Valparaíso, pp. 67 y ss.

interior del mercado, sino en cuanto se abuse de ella. Por consiguiente, cabe la posibilidad de obtener una posición dominante en el mercado e incluso mantenerla, pero ello siempre bajo condición de eficiencia, vale decir, bajo el empleo de medios lícitos.

Y a diferencia de la figura anterior, en el caso del abuso de posición dominante no se restringe para determinadas finalidades, al incluirse en ella la expresión “otros abusos semejantes”, con lo cual presenta un carácter mucho más amplio que la figura descrita precedentemente. Pese a ello, se reiteran los elementos señalados, en el sentido de describir supuestos en que un agente económico se encuentre con un poder de mercado tal, que le permite obtener beneficios por sobre los demás partícipes, poder desarrollado o mantenido por medios ilícitos, con la sola diferencia de no existir la concurrencia de más de un agente económico en el logro de la posición de mercado, que le permite influir en los precios, sin embargo vemos como hay reiteración de elementos en las figuras señaladas por la ley.

3.2.3.- Conductas predatorias o de competencia desleal.

La última figura a vía de ejemplo contemplada por la ley en artículo 3 señala que constituyen hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o tienden a producir dichos efectos, *“las prácticas predatorias o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.”*

No se da un concepto de lo que ha de constituir una práctica predatoria o de competencia desleal, sin embargo, se señala que ellas buscan similar finalidad que las descritas bajo las figuras anteriores, a saber, alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. De un modo general, se trata de conductas ejecutadas por los agentes económicos con el objeto directo de obtener beneficios derivados del poder de mercado, e indirectamente, con el objeto de causar un perjuicio a los demás agentes económicos que intervienen en el mercado, llegando incluso eventualmente a desplazarlos de dicho mercado.

La única distinción entre esta figura y las anteriores, se nos presenta en el sentido de dilucidar a lo que ha de corresponder aquellas prácticas predatorias o de competencia desleal efectuadas con la finalidad antes mencionada, y las cuales no son definidas por el

legislador, quedando en consecuencia su concepto entregado a la definición que haga el órgano jurisdiccional al conocer de los casos que sean sometidos a su conocimiento⁴⁶.

En la actualidad se tramita en el Congreso Nacional un proyecto de ley que regula la competencia desleal⁴⁷, y dispone en su artículo 3 que *“se considera acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles o a la práctica honesta en materia industrial o comercial, que tenga por objeto desviar clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos.”*

La existencia de una ley específica sobre competencia desleal “permitirá trazar con claridad el límite entre la sanción de los actos de competencia desleal por parte de la jurisdicción

⁴⁶ De la jurisprudencia de las Comisiones Preventiva Central y de la Comisión Resolutiva, a modo ejemplo, citamos en torno al concepto de competencia desleal. Resolución 649, Comisión Resolutiva: “Se sostiene que la venta conjunta de dos productos de café instantáneo (nescafé y café unimarc), uno de los cuales estaba siendo lanzado al mercado, sin permitir al público consumidor poder comprar los mismos en forma separada, constituye un acto reprobable desde el punto de vista de la legislación de defensa de la competencia, considerando, además, que existen indicios suficientes para acreditar que los productos que Unimarc vendió en forma conjunta, no estaban disponibles para ser adquiridos en forma separada”. Dictamen 641, Comisión Preventiva: “La publicidad comparativa, en opinión de los organismos antimonopolios, debe ser veraz, objetiva, verificable, no engañosa y que no tenga por finalidad menoscabar al competidor, estimándose que la que cumple con tales exigencias, es útil para la libre competencia, ya que admite la incorporación de nuevos productos al mercado, permitiendo al usuario una mejor elección”. En página web de la Fiscalía Nacional Económica www.fne.cl

⁴⁷ Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados sobre el proyecto de ley que regula la competencia desleal. Boletín n° 3356-03 en www.bcn.cl

que corresponda, por una parte y la defensa de la libre competencia que compete al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por la otra⁴⁸”.

De acuerdo a Francisco Fernández⁴⁹, “son contrarias a la libre competencia las prácticas predatorias o de competencia desleal, que tienen por finalidad alcanzar, retener o incrementar una posición dominante en el mercado y, en ese caso, pasan a ser materia de juzgamiento por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En cambio, los demás casos de competencia desleal son -en rigor- delitos civiles. Es decir, son conductas llevadas a cabo con dolo que tienen por propósito inferir o provocar un daño o menoscabo en el patrimonio de otro (de un competidor) y, por consiguiente, deben ser sancionadas con las reacciones que el ordenamiento jurídico prevé para ese tipo de conductas (los delitos civiles), que son la compensación o el resarcimiento de los daños provocados”.

Es pertinente señalar el criterio establecido al respecto en la legislación española. Se establece en el artículo 7 de la Ley 16/1989⁵⁰ que *“el Tribunal de Defensa de la competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal siempre y cuando concurran las siguientes circunstancias: a) Que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado, b) Que esa grave distorsión afecte al interés público”*.

Es decir conforme a lo señalado, prácticas predatorias y conductas de competencia desleal, desde la perspectiva del DL 211, a nuestro entender son aquellas conductas contrarias a la

⁴⁸ Cuenta anual de actividades del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia año 2005 en página web del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia www.tdlc.cl

⁴⁹ Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Honorable Cámara de Diputados sobre el proyecto de ley que regula la competencia desleal. Boletín n° 3356-03 en www.bcn.cl

⁵⁰ Véase texto de la ley 16/1989 en página web del Tribunal de Defensa de la Competencia de España en www.tdcompetencia.es

buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles o a la práctica honesta en materia industrial o comercial, que tienen por objeto alcanzar, retener o incrementar una posición dominante en el mercado, distorsionándolo gravemente, y afectando el interés público.

IV.- Órganos de Defensa de la Libre Competencia.

4.1. Antecedentes inmediatos de los órganos de la ley 19.911. Breve referencia.

Previo al estudio de las normas que establecen y regulan los órganos encargados de promover y defender la Libre Competencia conforme a la ley 19.911, hacemos una breve revisión del texto primitivo del DL 211 en cuanto a los órganos establecidos en él, constatando algunos de sus aspectos más relevantes, principalmente desde el prisma del texto de la ley 19.911, refiriéndonos a ciertas atribuciones u órganos que no encontramos en la regulación actual.

La regulación del DL 211 del año 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado mediante Decreto Supremo N° 511 de 1980, estaba dividida en cinco títulos⁵¹., que establecían sus disposiciones generales, estructura y facultades de las Comisiones Preventivas Regionales y Central, de la Comisión Resolutiva y de la Fiscalía Nacional Económica, así como disposiciones relativas al proceso penal.

⁵¹ Para un mayor análisis Véase ZEGERS RUIZ TAGLE, MATIAS cit (n° 42) pp. 56 y ss. En el mismo sentido ZAMBRANO VILCHES, EMILIO *Tribunales y Procedimiento de la ley antimonopolios* (Santiago, 1986). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Finalmente, Véase VEGA SANCHEZ, AARON Y VERGES CASTILLO, MAURICIO *Atribuciones de la Comisión Resolutiva Antimonopolios en materia de modificación de los contratos entre particulares* (Santiago, 2002). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile pp. 40 y ss.

Se señala que “este cuerpo legal respondió a la necesidad del país de adecuarse de una economía con importantes grados de intervención pública, hacia un esquema más abierto, en el cual el mercado sería el principal asignador de recursos⁵²”. En consecuencia se destaca el buen desempeño de los organismos encargados de dar aplicación al DL 211.

No obstante, con el paso del tiempo, falencias estructurales, reclamaron la revisión de sus normas, lo cual derivó en la promulgación de la ley 19.911 que modifica el DL 211. En cuanto a los órganos, se mantiene en el DL 211 la Fiscalía Nacional Económica y junto a ella, se establece a partir de la ley 19.911 un nuevo órgano jurisdiccional. Previo a continuar con el contenido de la ley 19.911, hacemos una breve referencia a los órganos existentes antes de la modificación al DL 211⁵³.

4.1.1.- Fiscalía Nacional Económica.

La Fiscalía Nacional Económica subsiste en la regulación actual establecida con la ley 19.911. En el texto primitivo su regulación estaba contenida en el Título IV del DL 211, normas que básicamente se mantienen con algunas modificaciones.

Por ello, tan sólo señalamos los aspectos más relevantes de dicha normativa y que hoy no se recogen en la ley 19.911 y son los siguientes:

1.- Se eliminó la existencia de Fiscalías Regionales contempladas en el texto anterior, órganos encargados de desempeñar las funciones propias del servicio dentro del territorio de la respectiva región.

2.- Se contemplaba entre las funciones del servicio, el carácter de secretaría técnica de la Comisión Preventiva Central.

⁵² Mensaje Proyecto de ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 17 de Mayo de 2002. Biblioteca Congreso Nacional.

⁵³ Véase WITKER, JORGE cit (n° 20) pp.139 y ss.

3.- Además le correspondía el ejercicio de la acción penal, previo requerimiento de la Comisión Resolutiva, derivado de un atentado a la Libre Competencia.

4.1.2.- Comisiones Preventivas Regionales.

Existía para cada Región con sede en su capital una Comisión Preventiva. Se integraba por cuatro miembros, a saber, el Secretario Regional de Economía, quien presidía y junto a él, un representante del Intendente Regional, un profesional universitario designado por el Consejo de Regional y un representante de las Juntas de Vecinos, elegido por los Presidentes de Juntas de Vecino de la ciudad capital de Región.

El artículo 8 del texto primitivo del DL 211 establecía una serie de atribuciones y deberes de las Comisiones Preventivas Regionales, que de modo general, podemos señalar que su labor se traducía en absolver las consultas relativo a actos o contratos en cuanto pudieren atentar contra la Libre Competencia, además de la posibilidad de adoptar ciertas medidas provisionales de carácter preventivo.

4.1.3.- Comisión Preventiva Central.

Constituía la Comisión Preventiva para la Región Metropolitana, sin embargo su relevancia estaba dada, porque le correspondía conocer de toda situación de carácter nacional o referido a más de una región. En cuanto a su integración, era bastante similar a las Comisiones Preventivas Regionales, a saber, un representante del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, dos profesores universitarios y un representante de la Junta de Vecinos.

Las decisiones y medidas adoptadas por la Comisión Preventiva Central y por las Comisiones Preventivas Regionales, eran susceptible de impugnar ante la Comisión Resolutiva.

4.1.4.- Comisión Resolutiva.

Se integraba por un Ministro de la Corte Suprema, designado por dicho Tribunal, un jefe de servicio, designado por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, un jefe de

servicio, designado por el Ministerio de Hacienda, un Decano de una Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de una Universidad con sede en Santiago y un Decano de una Facultad de Ciencias Económicas, de una Universidad con sede en Santiago. Además tiene el carácter de superior jerárquico de las Comisiones Preventivas.

La Comisión Resolutiva tenía facultades para conocer de oficio o a requerimiento del Fiscal Nacional Económico de aquellas situaciones que se estimaran contrarias a la Libre Competencia. Los particulares y Comisiones Preventivas denunciaban ante la Fiscalía Nacional Económica.

En cuanto a sus atribuciones, destaca las amplias facultades para investigar infracciones a la Libre Competencia, pudiendo adoptar en sus resoluciones, una o más de las siguientes medidas:

- .- modificar o poner término a los actos, contratos contrarios a las disposiciones del DL 211
- .- ordenar la modificación o disolución de personas jurídicas que intervinieren en los actos o contratos contrarios a las disposiciones del DL 211;
- .- declarar la inhabilidad temporal de los responsables para ocupar cargos directivos en colegios profesionales o instituciones gremiales;
- .- aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a las diez mil unidades tributarias;
- .- ordenar al Fiscal Nacional Económico el ejercicio de la acción penal que pudiere derivar de una conducta contraria a la Libre Competencia.

Sólo eran reclamables las resoluciones que modificaban o disolvían la personalidad jurídica, las que declaraban la inhabilidad para ocupar determinados cargos en determinadas instituciones y la aplicación de multas. El recurso se interponía ante la Comisión Resolutiva o por intermedio de las Comisiones Preventivas, y conocía de él una de las salas de la Corte Suprema.

Además, la Comisión Resolutiva tenía facultad para dictar instrucciones de carácter general a las cuales debían ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieran atentar contra la Libre Competencia. Así mismo, tenía facultad para requerir la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios que versarían sobre la materia y le correspondía conocer de la reclamación de las medidas y decisiones de las Comisiones Preventivas Regionales y Central.

4.2.- Órganos de Defensa de la Libre Competencia, en particular la Fiscalía Nacional Económica.

A partir de la modificación al DL 211 en virtud de la ley 19.911, la defensa de la Libre Competencia se establece sobre la base de dos instituciones, El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, órgano instaurado con la propia ley 19.911 y junto a él se mantiene la Fiscalía Nacional Económica. El artículo 2 del DL 211 establece que *“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.”* En este punto sólo nos referiremos a la Fiscalía Nacional Económica, dejando el contenido relativo al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para el segundo capítulo del presente trabajo, por cuanto su instauración es precisamente el objetivo central de nuestro estudio.

4.2.1.- La Fiscalía Nacional Económica.

Conforme a las modificaciones introducidas por la ley 19.911, nos hacemos cargo de dar una visión actualizada de la Fiscalía Nacional Económica⁵⁴, el cual se define conforme al artículo 33 como *“Un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción”*. A partir de dicha definición intentamos señalar los caracteres de la Fiscalía.

⁵⁴ En adelante Fiscalía

a) Servicio Público:

En conformidad al artículo 28 de la Ley 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, los servicios públicos “*son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua*”.

b) Descentralizado:

En conformidad a lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, los servicios públicos descentralizados *son aquellos que actuarán con la personalidad jurídica y el patrimonio propio que la ley les asigne*⁵⁵. Ello significa, que pueden asignarse competencias exclusivas en una determinada materia a un órgano, que tenga personalidad jurídica propia, y sin que tenga que acatar órdenes o instrucciones para su cumplimiento, por parte de un superior. Si el criterio para establecer este órgano es únicamente la materia, hablamos de descentralización funcional, en la especie, la Fiscalía, si es en función del territorio, hablamos de descentralización territorial.

c) Independiente:

Se manifiesta en la ausencia de sometimiento a cualquier otra autoridad en el desempeño de sus funciones, derivado del carácter de servicio descentralizado. No obstante, es limitada, por cuanto, queda sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio respectivo, en el caso de la Fiscalía, a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Esta supervigilancia, en general, respecto de los órganos descentralizados, se concreta a través de diferentes manifestaciones de su vida⁵⁶, designación, calidad de exclusiva confianza, entre otras. Como señala Silva Cimma, la

⁵⁵ SILVA CIMMA, ENRIQUE *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público* (Santiago, 1995). Ed. Jurídica de Chile, 1º edición p.163

⁵⁶ SILVA CIMMA, ENRIQUE cit (nº55) p.165

supervigilancia, en conclusión, “se traduce en una precisa intervención del Poder Central en la marcha de estos órganos⁵⁷”.

En síntesis, es un servicio público descentralizado funcionalmente y sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, creado para el cumplimiento de la función que el propio artículo 2 de la ley 19.911 le encomienda “*el resguardo de la Libre Competencia en los mercados, en la esfera de sus respectivas atribuciones*”.

A nuestro entender, es un servicio público de aquellos que señala el artículo 28 inciso segundo de la ley 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, norma en la cual se establece que “*La ley podrá excepcionalmente, crear servicios públicos bajo la dependencia o supervigilancia directa del Presidente de la República*”, lo cual nos lleva a sostener la aplicación de las normas contenidas en dicha ley, en todo cuanto no le fuere incompatible.

4.2.2.- El Fiscal Nacional Económico.

El Fiscal Nacional Económico es el jefe del servicio, cargo de exclusiva confianza del Presidente de la República. Se impone para tal designación, además de los requisitos generales para ingresar a la Administración Pública, contar con título de abogado y diez años de ejercicio profesional o tres años de antigüedad en el servicio. Es el funcionario de más alta jerarquía dentro del organismo y le corresponde ejercer tanto la jefatura superior como la representación judicial y extrajudicial del servicio.

El artículo 39, reafirma la independencia del servicio estableciendo respecto del Fiscal Nacional Económico, su independencia de toda otra autoridad y tribunal, ante los cuales actúe en el ejercicio de sus funciones.

4.2.2.1.- Facultades del Fiscal Nacional Económico.

⁵⁷ *Ibíd.*, p.165

a.- Le corresponde ejercer tanto la jefatura superior, como la representación judicial y extrajudicial del servicio. En el mismo sentido, el artículo 40 contempla la facultad de asumir por sí o por delegado, la representación de la Fiscalía en cualquier proceso e intervenir, de igual manera, en cualquier instancia, trámite o actuación determinada ante los tribunales de justicia o autoridad administrativa.

b.- Defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones, de acuerdo a lo señalado en el artículo 39. Relacionando aquello, con la letra b) del mismo artículo 39, es el interés general de la colectividad en el orden económico ante los tribunales de justicia. Se excluyen expresamente por ley las investigaciones criminales.

c.- La función esencial de la Fiscalía es investigar todo hecho, acto o convención que pueda constituir una infracción a la libre competencia, se expresa tanto en el artículo 41 y en el artículo 39 letra a) , ambos de la ley 19.911, facultad que puede ejercer de oficio o a solicitud de parte. Con relación a esta función dejamos su análisis para el punto siguiente al constituir la función primordial del servicio.

d.- El actual artículo 34 consagra el principio de delegación, toda vez que el Fiscal Nacional Económico podrá designar Fiscales Adjuntos, quienes en virtud de la correspondiente delegación de poder tienen las facultades que el Fiscal Nacional les delegue para actuar en cualquier ámbito territorial cuando la especialidad y complejidad o urgencia de una investigación así lo requiera. Respecto de las investigaciones practicadas por los Fiscales Adjuntos y de los cargos formulados por estos, rige como contrapeso a la delegación, el principio de avocación, en virtud del cual, el Fiscal Nacional Económico podrá hacer suya alguna investigación o acusación realizada por un Fiscal Adjunto, ejerciendo sus funciones acusadoras ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o desestimar la investigación o acusación, con informe fundado ante el mismo órgano, consagrado en el artículo 39 letra b), inciso tercero de la ley 19.911

En virtud de la delegación se suple la ausencia de las Fiscalías Regionales contempladas en el texto primitivo. Dichos órganos desempeñaban las funciones propias del servicio dentro del territorio de cada región. Hoy en cambio sólo atendida la especialidad, complejidad o

urgencia de una investigación se designa para tal efecto un fiscal adjunto. Considerando que conforme se señala en el inciso segundo del artículo 33 de la ley 19.911, la Fiscalía tiene su sede en Santiago, resulta al menos dudoso el efectivo acceso con que cuentan los particulares para recurrir ha dicho servicio.

Esto último se intenta superar en el actual inciso primero del artículo 45 de la ley⁵⁸, sin embargo, considerando que a la Fiscalía Nacional Económica le compete recibir e investigar las denuncias que formulen los particulares respecto de actos que puedan importar atentados a la Libre Competencia, de acuerdo lo establecido en el actual artículo 41 de la ley⁵⁹, no parece acertada la centralización planteada por la ley 19.911, eliminando las Fiscalías Regionales.

4.2.3.- Facultad de Investigar de la Fiscalía Nacional Económica.

A continuación señalaremos las distintas atribuciones y deberes que se corresponden a la Fiscalía para llevar a adelante una investigación en virtud de hechos, actos o convenciones contrarias a la libre competencia.

4.2.3.1.- Facultad de instruir investigación.

⁵⁸ Artículo 45 ley 19.911: Las presentaciones de los particulares dirigidas a la Fiscalía Nacional Económica, podrán ingresarse a través de las Intendencias Regionales o Gobernaciones Provinciales respectivas, cuando el domicilio del peticionario se encontrare ubicado fuera de la ciudad de asiento de este organismo. Si se tratare de presentaciones que deban hacerse dentro de determinado plazo, se entenderán efectuadas desde la fecha de presentación en la respectiva Intendencia o Gobernación.

⁵⁹ Artículo 41 ley 19.911: La Fiscalía deberá recibir e investigar, según corresponda, las denuncias que formulen particulares respecto de actos que puedan importar infracción a las normas de la presente ley, sin perjuicio de remitir a las autoridades competentes aquellas que deban ser conocidas por otros organismos en razón de su naturaleza.

El núcleo de las atribuciones para efectos de una investigación se contempla en el artículo 39 inciso segundo letra a), el cual dispone que “*Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico: a) Instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esta ley.*” Se complementa con lo dispuesto en el artículo 41, norma en la cual se establece el deber de recibir e investigar toda denuncia que formulen los particulares respecto de actos que puedan importar una infracción a la Libre Competencia.

Como señaláramos, toda investigación que se instruya tendrá lugar en virtud de la actuación de oficio del servicio o a partir de denuncia formulada para tal efecto por particular, en ambos casos con inmediata noticia de su inicio al afectado. No obstante, el Fiscal Nacional Económico con autorización del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia podrá disponer que no se dé noticia del inicio de una investigación al afectado. Esto último se complementa con la facultad del Fiscal Nacional Económico para disponer con conocimiento del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que las investigaciones que se instruyan tengan carácter reservado.

4.2.3.2.- Facultad de solicitar antecedentes.

Se faculta al servicio para solicitar a los particulares los antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique. Sin embargo, tal facultad no es absoluta, por cuanto la ley consagra una garantía para los particulares frente a una solicitud de información o antecedentes requerida por la Fiscalía. En efecto, se establece que el afectado podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que deje sin efecto total o parcialmente el requerimiento, en cuanto dicha entrega pudiere irrogar perjuicios a sus intereses o a los de terceros.

Para el ejercicio de esta garantía, corresponderá al afectado presentar solicitud fundada ante la Fiscalía dentro del plazo de cinco días contados desde la comunicación del requerimiento. En virtud de la sola presentación se suspenderán los efectos del requerimiento, debiendo el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conocer y resolver dicha solicitud en su sesión más próxima, y para tal efecto contará con informe

verbal o escrito del Fiscal Nacional Económico, no siendo su pronunciamiento susceptible de recurso alguno.

4.2.3.3.- Facultad de llamar a declarar o solicitar declaración por escrito.

Vinculado a lo anterior, la actual letra j) del artículo 39 de la ley 19.911, establece la facultad de la Fiscalía de llamar a declarar, o pedir declaración por escrito, respecto de personas que pudieren tener conocimiento de hechos relativos a una investigación, sea de manera directa o indirecta.

La negativa a declarar podría eventualmente estimarse un serio entorpecimiento a las investigaciones que instruya el servicio, y en tal caso, según lo dispone el artículo 42 inciso primero, dichas personas podrían ser apremiadas con arresto hasta por 15 días⁶⁰. En este supuesto la orden de arresto será decretada por juez competente en lo criminal a requerimiento del Fiscal Nacional Económico, previa autorización del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Domper y Buchheister, sostienen que “la facultad de llamar a declarar por parte de la Fiscalía claramente no es una facultad propia del servicio, por cuanto dicha facultad ha de ser de competencia del órgano jurisdiccional⁶¹”. A nuestro entender, es de la naturaleza del servicio la facultad de solicitar declaraciones, sin embargo, a objeto de salvaguardar las garantías del afectado, consideramos que debió establecerse su procedencia previa autorización del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y con ello se evita dejar al órgano encargado de la investigación, y que posteriormente va a sustentar la acción ante el

⁶⁰ Artículo 42 inciso primero Ley 19.911: Las personas que entorpezcan las investigaciones que instruya la Fiscalía Nacional Económica en el ámbito de sus funciones, podrán ser apremiadas con arresto hasta por 15 días.

⁶¹ DOMPER, MARIA DE LA LUZ Y BUCHHEISTER, AXEL “*Tribunal de la competencia: Modificaciones a la institucionalidad antimonopolio.*” Serie Informe Económico N° 133. Libertad y Desarrollo p.40

Tribunal en contra de un particular, en una posición privilegiada, es decir, en una desigualdad con el sujeto objeto de la investigación.

4.2.3.4.- Facultades accesorias para la investigación.

Como normas complementarias para el desarrollo de una investigación podemos agrupar las señaladas en la letra f), g) y k), del artículo 39 de la ley 19.911. Ellas, en general, aluden a la facultad para solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos y servicios públicos, como de requerir que se ponga a su disposición por parte de estos los antecedentes que estime necesarios. Ello no exclusivamente en el desarrollo de una investigación, sino también en virtud de denuncias o querellas en que le corresponda intervenir. Expresamente se le faculta para recabar y examinar por medio de los funcionarios que corresponda, toda documentación, elementos contables y otros que estime necesarios. Finalmente, se contempla la facultad para requerir los informe técnicos que estime necesarios de los organismos técnicos del Estado, así como la posibilidad de contratar los servicios de peritos o técnicos.

4.2.3.5.- Facultades ante el órgano jurisdiccional y ante otros órganos.

Son aquellas atribuciones que dicen relación con actuaciones ante el órgano jurisdiccional. El artículo 40 establece el criterio general relativo a las actuaciones judiciales y administrativas del organismo al señalar que: *“el Fiscal Nacional Económico podrá cuando lo estime necesario, asumir, por sí o por delegado, la representación de la Fiscalía en cualquier proceso e intervenir, de igual manera, en cualquier instancia, tramite o actuación determinada ante los tribunales de justicia o autoridades administrativas o municipales.”*

Estrictamente, en lo que se refiere a su intervención jurisdiccional, queda establecido a partir de la ley 19.911 que su función consiste en representar el interés de la colectividad en el orden económico, actuando como parte ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y ante los tribunales de justicia. Expresamente se refiere a su comparecencia ante la Corte Suprema, disponiéndose, que el Fiscal Nacional Económico, por sí o por

delegado, podrá defender o impugnar los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

En consecuencia, le cabe defender tales intereses en la forma que estime arreglada a derecho según sus propias apreciaciones, pudiendo requerir del Tribunal de la Libre Competencia el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones, ya sea en virtud de una investigación, o en el desarrollo mismo de un juicio, instancia en la cual es el órgano llamado a sostener la acción en los casos de infracciones a la libre competencia, exceptuándose los casos en que éste sea iniciado por demanda de algún particular, situación en la cual sin embargo la ley señala que dicha demanda deberá ser puesta en inmediato conocimiento de la Fiscalía.

Junto a la función señalada, la Fiscalía asume un rol auxiliar frente al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y ello se refleja por cuanto a dicho órgano la ley le encomienda el deber de velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicte el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los tribunales de justicia en las materias propias que la ley le asigna. Una segunda manifestación es la letra e) del artículo 39 de la ley 19.911, norma en la cual se contempla el deber de emitir los informes que solicite el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en los casos en que el servicio no tenga la calidad de parte⁶².

4.2.3.6.- Facultades generales.

Son atribuciones generales y que dicen relación con el buen desarrollo de sus funciones, como lo es la de ejecutar y celebrar toda clase de actos y contratos y en especial las contempladas en las letras l) y m) del artículo 39 de la ley 19.911 tienen dicho objeto.

⁶² Véase a modo de ejemplo en página web de la Fiscalía Nacional Económica www.fne.cl , Informe sobre compañías pisqueras de fecha 21.10.2005

Se contempla la facultad del organismo para celebrar convenios o memorándum de entendimiento con agencias u organismos extranjeros que persigan similar objetivo⁶³, vale decir, promover y defender la libre competencia en las actividades económicas.

Se establece la facultad de convenir con otros servicios públicos y organismos del Estado la transferencia electrónica de información que no tenga el carácter de secreta o reservada de acuerdo a la ley.

Por último se contempla la facultad de convenir previa resolución fundada del Fiscal Nacional Económico, la interconexión electrónica con organismos o instituciones privadas e incluso con organismos públicos extranjeros u organizaciones internacionales, en estos casos siempre que se haya celebrado convenios o memorándum de entendimiento.

⁶³ Véase a modo de ejemplo, en página web de la Fiscalía Nacional Económica www.fne.cl
1) Acuerdo entre la Comisión Federal de Competencia de los Estados Unidos Mexicanos y la Fiscalía Nacional Económica de Chile sobre la aplicación de su legislación en materia de competencia. 2) Memorándum de Entendimiento en materia de defensa de la competencia entre el Ministerio de Economía, Industria y Comercio de la República de Costa Rica y la Fiscalía Nacional Económica de Chile.

CAPITULO II

EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

I.- Configuración del órgano jurisdiccional.

La principal innovación al DL 211 incorporado por la ley 19.911, en materia de promoción y defensa de la libre competencia es la instauración de un nuevo órgano jurisdiccional, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el cual es definido en la ley, en su artículo 5, como “*órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia*”. Por ello, y siendo el objetivo central de nuestro trabajo, destinamos el presente capítulo a dar una visión de los aspectos más relevantes de este nuevo órgano jurisdiccional.

1.1.- Consagración legal del órgano jurisdiccional.

Con la entrada en vigencia de la ley 19.911, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia⁶⁴, junto a la Fiscalía, son los órganos encargados de velar por el resguardo de la Libre Competencia en los mercados en la esfera de sus respectivas atribuciones. El tenor del artículo 5 del DL 211 es claro al definir al Tribunal, no obstante lo cual a objeto de ilustrar su concepto legal señalamos sus principales características.

a.- Órgano jurisdiccional.

⁶⁴ En adelante el Tribunal.

Esto significa que el Tribunal es un órgano llamado a ejercer la función jurisdiccional. Para definir jurisdicción adoptamos el concepto del profesor Mario Mosquera⁶⁵, que le define como “poder-deber del Estado, que se radica preferentemente en los tribunales de justicia, para que estos como órganos imparciales e independientes, resuelvan de manera definitiva e inalterable, con posibilidad de ejecución, los conflictos de relevancia jurídica, que se susciten entre partes, en el orden temporal y dentro del territorio nacional, y con efecto de cosa juzgada.”

Si bien reconocemos tanto en la doctrina extranjera como nacional, una multiplicidad de definiciones⁶⁶, y más allá del concepto que adoptemos, lo relevante es que en virtud de la jurisdicción atribuida por ley, el órgano se encuentra revestido de las facultades de conocer, juzgar y hacer cumplir lo juzgado⁶⁷.

b.- Especial.

De acuerdo al artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales, norma que distingue los distintos tribunales de justicia de la República, el órgano jurisdiccional del DL 211, es de aquellos especiales que no forman parte del Poder Judicial, en contraposición de aquellos

⁶⁵ MOSQUERA, MARIO citado por ORELLANA TORRES, FERNANDO *Manual de Derecho Procesal Tomo I* (Santiago, 2005). Ed. Librotecnia p.103

⁶⁶ Para COUTURE, EDUARDO J., Jurisdicción es “aquella función pública realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por el acto de juicio, se determina el derecho de las partes con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, 1958) p. 40. Véase también COLOMBO CAMPBELL, JUAN *La Jurisdicción* (Santiago, 1968). Ed. Jurídica de Chile pp.15 y ss.

⁶⁷ Artículo 73 Constitución Política de la República: La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley. Véase artículo 1 Código Orgánico de Tribunales.

que si forman parte del Poder Judicial, contemplados en el inciso tercero del mismo artículo.

En consecuencia, sostener tratarse de un Tribunal especial se traduce en que “subsiste al margen de la jerarquía ordinaria de tribunales”⁶⁸, en el sentido de que los tribunales ordinarios están constituidos u organizados a base de jerarquías, de relación de dependencia o subordinación, unos respecto de los otros.

Los tribunales especiales en general, “son aquellos creados por leyes especiales para la resolución de determinados asuntos que ya sea por su especialidad o importancia se ha querido sustraer del conocimiento de la jurisdicción ordinaria”, concepto aplicable al órgano jurisdiccional de la ley 19.911

Por lo tanto, el Tribunal es de aquellos que se rigen por la propia ley que los establece, vale decir, en el caso en particular, conforme al texto actual del DL 211, sin perjuicio de quedar sujeto a las disposiciones generales que establece el Código Orgánico de Tribunales.

c.- Independiente.

Recurrimos al planteamiento del profesor Eduardo Aldunate⁶⁹, para identificar la noción de independencia del Tribunal. A su juicio, es posible advertir una triple manifestación bajo la idea de independencia judicial: la independencia del juez, la independencia del Poder Judicial y la independencia de la función jurisdiccional.

La independencia del Poder Judicial, se funda en la teoría de la separación de Poderes. En cuanto a la idea de independencia relativa al juez, “se entiende por aquella situación en que,

⁶⁸ LE ROY BARRIA, ALICIA *Dificultades en la aplicación de los conceptos de Jurisdicción y Competencia en los Tribunales especiales* (Valparaíso, 1980). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Católica de Valparaíso p. 5

⁶⁹ Sobre el particular Véase ALDUNATE LIZANA, EDUARDO “*La Independencia judicial. Aproximación Teórica. Consagración Constitucional y Crítica*” en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVI (1995) pp. 11 y ss.

situado el juez, no puede prever ni pueden derivarse para él consecuencias favorables ni desfavorables, ya sean materiales o morales, de su decisión judicial⁷⁰. Respecto a la función jurisdiccional, señala que esta debe encontrarse disociada tanto material como orgánicamente de las demás funciones y órganos⁷¹”.

d.- Sujeto a la Superintendencia de la Corte Suprema.

El artículo 82 de la Constitución Política de la República atribuye a la Corte Suprema la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación. Luego, la ley 19.911 reitera la idea y consagra expresamente la sujeción del Tribunal a la superintendencia de la Corte Suprema en su artículo 5. De manera genérica, la Superintendencia directiva, correccional y económica se traduce en la facultad de mantener la unidad, disciplina y buena marcha de la administración de justicia⁷². En particular, respecto del Tribunal, la procedencia del recurso de queja, el ejercicio de facultades disciplinarias de oficio por la Corte Suprema, son manifestación de dicha Superintendencia.

e.- Finalidad múltiple.

El actual artículo 5 del DL 211 establece o distingue tres funciones encomendadas al órgano jurisdiccional, a saber, prevenir, corregir y sancionar los atentados a la Libre Competencia, de acuerdo a las facultades que la propia ley le otorga.

⁷⁰ *Ibíd.*, p.12

⁷¹ *Ibíd.*, p.17

⁷² Sobre el particular Véase YANEZ ALCAINO, LUIS *Control y Facultades de la Corte Suprema sobre los Tribunales Especiales* (Santiago, 1962). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile pp.49 y ss.

1.2.- Composición del órgano jurisdiccional.

1.2.1.- Designación de sus miembros.

El Tribunal se integra por cinco ministros titulares, siendo uno de ellos su Presidente, y cuatro ministros suplentes. A continuación exponemos en particular los requisitos para los miembros que han de integrar el Tribunal y su forma de designación.

1.- Presidente del Tribunal.

Corresponde al Presidente de la República su designación a partir de una nómina de cinco postulantes confeccionada por la Corte Suprema mediante concurso público de antecedentes. En la ley se establecen exigencias o limitaciones para este concurso de antecedentes. La designación sólo puede recaer en un abogado y se imponen como requisitos el haber tenido una destacada actividad profesional o académica en materias de Libre Competencia o Derecho Comercial o Económico, y junto a ello, acreditar a lo menos 10 años de ejercicio profesional.

2.- Miembros Titulares.

Complementan la integración del Tribunal, cuatro profesionales universitarios expertos en materia de Libre Competencia. Se establece que dos de ellos han de ser abogados, y respecto de los otros dos se exige que sean licenciados o con post grados en ciencias económicas.

Respecto a la designación de estos cuatro miembros, la ley señala que dos de ellos, uno de cada área profesional, serán designados por el Consejo del Banco Central, por medio de concurso público de antecedentes. En cuanto a los otros dos integrantes, serán designados por el Presidente de la República, a partir de dos nóminas de tres postulantes confeccionadas por el Consejo del Banco Central mediante concurso público de antecedentes.

3.- Miembros Suplentes.

Finalmente, la ley contempla la integración de cuatro miembros en calidad de suplentes y con similares exigencias que respecto de los cuatro miembros titulares, es decir, dos abogados y dos licenciados o con post grados en ciencias económicas. Para su designación se recurre al mecanismo establecido para los cuatro miembros titulares, siendo designados dos de ellos, uno de cada área profesional por el Consejo del Banco Central y los otros dos por el Presidente de la República a propuesta del Consejo del Banco Central conforme al sistema establecido para los miembros titulares.

Sí a las designaciones radicadas de manera exclusiva en el Presidente de la República se agregan las designaciones encomendadas al Banco Central de dos miembros titulares y dos suplentes, teniendo en consideración el hecho de que el Presidente de la República interviene en la designación de los Consejeros del Banco Central, aún cuando sea previo acuerdo del Senado, observamos una participación gravitante del Presidente de la República en la conformación del Tribunal, de manera directa, en la designación de su Presidente, dos miembros titulares y dos suplentes, y de manera indirecta, en las designaciones entregadas al Banco Central, todo lo cual, claramente puede afectar la imparcialidad e independencia del Tribunal, otorgando un cierto carácter político, lo cual no es propio de un órgano llamado a ejercer jurisdicción⁷³.

En cuanto a la intervención del Consejo del Banco Central, estimamos que el carácter técnico de las materias que le competen y su carácter autónomo, no implica que deba intervenir en la configuración del órgano jurisdiccional de la ley 19.911.

Nuestra opción. Consideramos que las designaciones de todos los miembros del Tribunal han de efectuarse por el Presidente de la República y su proposición a la Excm. Corte Suprema, debiendo esta última formar las nominas respectivas de cinco candidatos, para el cargo de Presidente del Tribunal y de tres candidatos para los demás miembros, previo concurso público de antecedentes, según las exigencias legales para proveer cada cargo. El mecanismo propuesto nos parece más acorde con la función misma del Tribunal, el ejercicio de facultades jurisdiccionales. Por lo demás, la Superintendencia que le

⁷³ Véase DOMPER, MARIA DE LA LUZ y BUCHHEISTER, AXEL cit (nº 61) p.28

corresponde a la Corte Suprema sobre el Tribunal, en nuestra opinión, exige una mayor intervención de aquélla en la designación de los miembros que componen el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

1.2.2.- Permanencia en el cargo.

En lo que respecta a la permanencia en el cargo de los miembros del Tribunal, la ley señala que tanto titulares como suplentes permanecerán en sus cargos por un plazo de 6 años, pudiendo ser designados por nuevos periodos sucesivos, conforme al procedimiento de designación tanto de sus miembros titulares como suplentes contemplado en la ley y detallado en el punto anterior. La renovación se efectuará por parcialidades cada dos años⁷⁴.

La existencia de un plazo de permanencia en el cargo vinculado con la posibilidad de ser designados para periodos sucesivos, puede condicionar el desempeño de sus miembros con la intención, válida por lo demás, de ser designados por un nuevo período.

Se señala que los miembros permanecerán en sus cargos por un plazo de seis años, es decir, permanencia definida, sin embargo, deja abierta la posibilidad de ser designados para nuevos periodos, es decir, nos podría llevar a una situación muy similar a la de la inamovilidad, pero de manera impropia, por cuanto requiere ser designado nuevamente si la intención es permanecer en el cargo. Esto puede provocar, como señaláramos, que el actuar de sus miembros este incentivado por la designación de un nuevo periodo, incentivo claramente nocivo en un órgano llamado a ejercer jurisdicción.

A nuestro juicio, debió limitarse la posibilidad de designaciones por nuevos periodos, estableciendo que sus miembros en ningún caso podrán permanecer por más de dos periodos consecutivos, si la intención es permitir la renovación de sus miembros, o derechamente garantizar la inamovilidad de sus miembros durante su buen comportamiento

⁷⁴ Véase disposición cuarta transitoria ley 19.911 respecto al periodo inicial de vigencia de nombramiento de cada uno de los primeros integrantes titulares y suplentes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

con las limitaciones señaladas en la Constitución Política de la República en su artículo 80, inciso segundo.

1.2.3.- Incompatibilidades e Inhabilidades.

Las incompatibilidades son prohibiciones establecidas por la ley para que una misma persona pueda desempeñar, a la vez, dos o más cargos⁷⁵ Podemos afirmar entonces que las incompatibilidades en consecuencia son *ab initio*, al momento de su designación, al momento de ser investidos con la calidad de Ministros del Tribunal, afectando la concurrencia de aquellas la designación efectuada, por cuanto quien asume el cargo debe necesariamente dejar todo cargo que se excluya por ley para el desempeño de la función que ha sido designado.

La ley 19.991 señala como incompatible el cargo de integrante titular del Tribunal con la condición de funcionario público, como también con la de administrador, gerente o trabajador dependiente de sociedades anónimas abiertas o sometidas a las reglas de estas sociedades, como asimismo, de su matrices, filiales, coligantes o coligadas. En el evento de ostentar cualquiera de dichas condiciones al momento de su nombramiento, deberán renunciar a ella.

La finalidad de las incompatibilidades es clara, evitando así una doble vinculación de los integrantes del Tribunal, tanto con la administración del Estado, como respecto de quienes intervienen en la actividad económica. Dichas incompatibilidades sólo afectan a los miembros titulares del Tribunal, no así a sus miembros suplentes de acuerdo al artículo 6 del DL 211.

La distinción es inevitable, la labor de los miembros titulares del Tribunal es de dedicación sustancial, a diferencia de los miembros suplentes, de intervención excepcional, tan sólo en virtud de las sesiones que asistan, ante la ausencia del Ministro titular. Además, la distinción de remuneraciones establecidas para unos y otros, justifica no aplicar a los

⁷⁵ CASARINO VITERBO, MARIO “*Manual de Derecho Procesal. Tomo II*” (Santiago, 1997). Ed. Jurídica de Chile p. 75

miembros suplentes, las incompatibilidades señaladas. No obstante, en caso de conflicto de intereses de un miembro suplente al integrar el Tribunal, ellas serán reconducidas por la vía de las inhabilidades. Referido al ejercicio de funciones docentes, no hay distinción entre miembros titulares y suplentes, disponiéndose en consecuencia la compatibilidad de funciones entre el desempeño como integrante del Tribunal, sea titular o suplente, con los cargos docentes.

Los casos de incompatibilidades, a nuestro entender son de derecho estricto y no cabe por lo tanto su extensión por analogía. De este modo, cualquier otra función no señalada en la ley es compatible con la función de integrante titular del Tribunal. De acuerdo al proyecto original, se contemplaba la incompatibilidad de sus integrantes titulares con el cargo de director o asesor permanente de sociedades anónimas abiertas o sometidas a las reglas de estas sociedades, como asimismo, de su matrices, filiales, coligantes o coligadas. Estas causales fueron eliminadas por la Comisión Mixta⁷⁶ y en definitiva no incluidas en el texto vigente de la ley 19.911, siendo un argumento que reafirma lo señalado precedentemente.

Se complementa nuestro planteamiento con lo dispuesto en el inciso final del artículo 11 del texto actual del DL 211, el cual dispone la aplicación de los artículos 319 a 331 del Código Orgánico de Tribunales con excepción de lo dispuesto en el artículo 322 del mismo Código a los miembros del Tribunal. Las normas remitidas están contenidas en “*los deberes y prohibiciones a que están sujetos los jueces*” y “*de la responsabilidad de los jueces*”, párrafos VII y VIII del Título X del Código Orgánico de Tribunales.

Lo relevante para nuestro planteamiento, es que precisamente el legislador de la ley 19.911, dejó fuera el artículo 316 del Código Orgánico de Tribunales⁷⁷ respecto de los

⁷⁶ Informe Comisiones unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo respecto del proyecto de ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Boletín 2944-03 en página web Biblioteca Congreso Nacional www.bcn.cl

⁷⁷ Artículo 316 Código Orgánico de Tribunales: Es prohibido a los jueces ejercer la abogacía; y sólo podrán defender causas personales o de sus cónyuges, ascendientes,

miembros del Tribunal, norma que establece la prohibición de ejercer la abogacía a los jueces, salvo excepciones, confirmando nuestro parecer, que las incompatibilidades son de derecho estricto y no cabe su extensión analógica, y específicamente respecto de sus miembros abogados, estos quedan habilitados para el ejercicio particular de la profesión, en cuanto asesores permanentes o de manera esporádica. No obstante en los casos de conflicto de interés, ellos podrán ser reconducidos a través de las causales de inhabilidad para el caso en concreto y que exponemos en lo siguiente.

En cuanto a las inhabilidades para el desempeño del cargo de integrantes del Tribunal estamos a lo dispuesto por el artículo 11, el cual señala, *“los miembros del Tribunal podrán perder su competencia para conocer determinados negocios por implicancia o recusación declaradas, en virtud de las causales contempladas en los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales.”*

Las implicancias y las recusaciones son causas legales que, una vez constatadas y declaradas, hacen que un juez con competencia suficiente para conocer de un determinado negocio judicial deje de tenerla, en razón de carecer de la imparcialidad necesaria para intervenir en él⁷⁸.

Se reitera el criterio ya establecido en nuestro ordenamiento jurídico, garantizando la debida independencia e imparcialidad respecto de las partes que intervienen en juicio por parte de los jueces que conocen de un determinado asunto sometido a su resolución.

Las inhabilidades se distinguen, como señala la ley, en implicancias y recusaciones y recurriendo a la doctrina procesal, se advierte las diferencias entre unas y otras, a lo cual se agrega las particularidades que establece la propia ley 19.911 respecto del Tribunal. Así, se sostiene que en caso de implicancia, esta es conocida y resulta por el propio juez, en

descendientes, hermanos o pupilos. Inc 2º: Les es igualmente prohibido representar en juicio a otras personas que las mencionadas en el precedente inciso.

⁷⁸ CASARINO VITERBO, MARIO, *“Manual de Derecho Procesal Tomo I”*(Santiago, 2000). Ed. Jurídica de Chile p.281

cambio, la recusación es conocida por el tribunal inmediatamente superior al juez que se trata de inhabilitar.

En el caso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se desprende que unas y otras han de ser invocadas por la parte que se considere afectada por ella y nada dice para el caso que los mismos jueces se consideren comprendidos en algunas de las causales y deban declararse inhabilitados para continuar conociendo del asunto judicial o pedir que el propio Tribunal haga esta declaración.

Invocada que sea alguna de las causales de inhabilidad, esta podrá ser aceptada por el integrante afectado y en caso contrario, será fallada de plano por el Tribunal, con exclusión del afectado. Es decir se adopta la regla establecida para los tribunales colegiados al conocer de causales de implicancia, establecida en el artículo 203 del Código Orgánico de Tribunales⁷⁹ y se le extiende para los casos de recusación, apartándose del criterio establecido para los tribunales ordinarios, en que conoce el tribunal inmediatamente superior.

Para el caso del Tribunal estimamos que hubiese sido posible someter los casos de recusación a la tramitación señalada para los miembros de las Cortes de Apelaciones, es decir, debiendo conocer de ella la Corte Suprema, sin embargo la ley optó por un mismo procedimiento sin distinción de la causal invocada, debiendo en ambos casos resolver el mismo Tribunal al cual pertenece el afectado por la inhabilidad.

El inciso segundo del artículo 11 de la ley, establece una inhabilidad especial para los Ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, presumiendo de derecho su inhabilidad por presentar interés en ella personas bajo vínculo de parentesco, o a través de entidades en las cuales intervengan o tengan participación directa o indirectamente.

⁷⁹ Artículo 203 Código Orgánico de Tribunales: De la implicancia de jueces que sirven en tribunales colegiados conocerá el tribunal mismo con exclusión del miembro de cuya implicancia se trata.

Para el caso de ser desestimada la impugnación o recusación por unanimidad, se establece una multa a beneficio fiscal de hasta veinte unidades tributarias mensuales al incidentista. “La imposición a todo evento de la multa no es apropiada por cuanto una causal puede desecharse por unanimidad, no obstante, haber tenido un fundamento plausible⁸⁰”. En consecuencia, hubiese sido preferible establecerse con carácter facultativo para el Tribunal pudiendo a su juicio, aplicar o no la multa y de aplicarse, determinar su cuantía, hasta cierta cantidad, no obstante haber sido desestimada por la unanimidad de sus miembros.

1.2.4.- Subrogación e Integración.

Doctrinalmente se define la subrogación como “el reemplazo que se hace, por el solo ministerio de la ley, de un juez por otro que, por cualquier causa, no puede ejercer sus funciones”. La integración, en cambio es “el llamamiento, que también se hace por el sólo ministerio de la ley, de una persona que no forma parte ordinariamente de un tribunal colegiado, con el objeto de que desempeñe funciones judiciales dentro de ese tribunal, cuando alguno de sus miembros ordinarios, por cualquier causa, no puede ejercerlas⁸¹ “En la ley 19.911 se reconoce ambas instituciones con algunas particularidades.

El primer supuesto de subrogación se establece en el artículo 6 de la ley, para el caso de ausencia o impedimento del Presidente del Tribunal, estableciendo que en tal evento el Tribunal sesionará bajo la presidencia de uno de los restantes miembros titulares de acuerdo al orden de precedencia que se establezca mediante Auto Acordado del Tribunal⁸². La

⁸⁰ SCHMIDT, RODRIGO *Libre Competencia y modificaciones del DL 211 mediante la creación de un nuevo Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (Santiago, 2004). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile p.37

⁸¹ CASARINO VITERBO, MARIO, cit (nº 78) p.303

⁸² Auto Acordado número 1 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en página web del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia www.tdlc.cl

disposición citada señala además que mediante Auto Acordado⁸³ se determinará el orden en que los suplentes reemplazarán a los integrantes titulares.

El artículo 11 inciso cuarto y quinto del DL 211 conjuga un mecanismo de subrogación e integración. Para los casos de ausencia o inhabilidad de alguno de los miembros titulares del Tribunal, se dispone que en esos casos el miembro titular sea reemplazado preferentemente por el suplente que corresponda de la misma área profesional, es decir, se establece en primer término una subrogación. Si no es posible aquella subrogación, se complementa vía integración, señalándose que si por cualquier impedimento, el Tribunal careciere de integrantes titulares y suplentes para formar quórum, se procederá a la integración - aún cuando la ley utiliza la expresión subrogación, entendemos tratarse de un caso de integración de carácter transitorio, de acuerdo a los conceptos antes señalados - por Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, de acuerdo a las normas contenidas en el Código Orgánico de Tribunales.

Advertimos que el primer supuesto corresponde a una subrogación propiamente tal, no así para el evento de ausencia o inhabilidades de los miembros titulares, caso en el cual se establece una regla mixta que combina tanto la subrogación a través de los miembros suplentes, o en caso de impedimento para formar quórum, tanto con miembros titulares y suplentes, se establece el mecanismo de integración, integración provisoria, a través de Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago.

El último supuesto y que se trata de un supuesto de integración propiamente tal, es aquél establecido en el artículo 12 para el evento del cese de funciones de alguno de los miembros del Tribunal. En este caso, la ley señala que producida la cesación del cargo deberá procederse al nombramiento del reemplazante de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 6 de la ley, si el tiempo que le restare fuere superior a ciento ochenta días.

En los casos de cesación anticipada de funciones, es decir, renuncia, destitución por notable abandono de deberes e incapacidad sobreviniente sin haberse cumplido el término del

⁸³ *Ibíd.*

período legal, si el plazo fuere inferior a ciento ochenta días, el reemplazante durará en el cargo el tiempo que restare del respectivo período.

1.2.5.- Cesación en el cargo o funciones.

El artículo 12 de la ley establece cuatro causales de cesación en sus funciones respecto de los integrantes del Tribunal, término del período legal de su designación; renuncia voluntaria; destitución por notable abandono de deberes; incapacidad sobreviniente.

En cuanto a las consecuencias producidas en virtud del cese de funciones, nos remitimos a lo señalado en el punto anterior relativo a las reglas de subrogación e integración. De igual modo, ya nos referimos respecto de la primera causal contemplada en el artículo 12, a saber, el término del período legal.

Referido a la destitución por notable abandono de deberes y respecto de la posibilidad de incapacidad sobreviniente, la ley establece que en el caso de estas dos causales se harán efectivas por la Corte Suprema y agrega que se procederá a ellas a petición del Presidente del Tribunal o de dos de sus miembros, sin distinguir entre titulares o suplentes, sin perjuicio de las facultades disciplinarias de la Corte Suprema. En cuanto a la resolución que haga efectiva la destitución, deberá señalar los hechos en que se funda, determinando de este modo, en que ha consistido el notable abandono de deberes o la incapacidad sobreviniente.

Silva Bascuñan define el notable abandono de deberes, como causal de una acusación constitucional en contra de los magistrados de los tribunales superiores de justicia, concepto que traspasamos al DL 211 para comprender la causal de cesación en el cargo de los miembros del Tribunal del DL 211. No obstante, debemos señalar que un supuesto de notable abandono de deberes de uno de los miembros del Tribunal, tan sólo da lugar al procedimiento de destitución que contempla el DL 211 y en caso alguno da origen a una acusación constitucional conforme a lo dispuesto por la Constitución Política de la República. El autor entiende por “notable abandono de deberes, aquellas circunstancias de suma gravedad que demuestran por actos u omisiones, la torcida intención, el inexplicable

descuido o la sorprendente ineptitud con que se abandonan, olvidando o infringiendo, los deberes inherentes a la función pública ejercida⁸⁴”.

Respecto a la incapacidad sobreviniente, la ley se limita a señalar que se entiende por tal, aquella que impide al integrante ejercer el cargo por un período de tres meses consecutivos o de seis meses en un año, por ende será la resolución la que determine en que ha consistido dicha limitación por el período que se señala.

1.2.6.- Remuneración de sus integrantes.

Por constituir un aspecto novedoso en lo que respecta a la defensa de la Libre Competencia, resaltamos el carácter remunerado de los miembros que integran el Tribunal, novedoso por cuanto no se establecía bajo la vigencia de la regulación anterior. Hoy el artículo 10 establece un sistema de remuneración para los integrantes del Tribunal equivalente a la suma de ochenta unidades tributarias mensuales, agregándose a ello la suma de diez unidades tributarias mensuales por cada sesión adicional a las obligatorias a la que asistan, establecidas en el artículo 9. De todos modos la suma total percibida no podrá en ningún caso exceder las ciento veinte unidades tributarias mensuales.

Lo anterior es respecto de los miembros titulares, en cuanto a los suplentes, recibirán la suma de diez unidades tributarias mensuales por cada sesión a la que asistan en la que no concurra el titular correspondiente, con un máximo de cuarenta unidades tributarias mensuales, cualquiera que sea el número de sesiones a las que haya asistido. En esta última situación se encontraría el fundamento de la distinción entre miembros titulares y suplentes en lo relativo a incompatibilidades de funciones, las cuales únicamente se aplican a los miembros titulares y no así respecto de los suplentes, precisamente por el carácter remunerado de los miembros titulares.

En cuanto a los miembros suplentes si bien reciben un honorario por asistir a las sesiones, ello no tiene un carácter permanente, por tanto establecer incompatibilidades para sus

⁸⁴ SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO *Tratado de Derecho Constitucional Tomo VI* (Santiago, 2000) 2ª. Edición. Ed Jurídica de Chile p.173

funciones llevaría a la inexistencia de personas dispuestas a ejercer el cargo. De todos modos, de existir un supuesto de incompatibilidad de funciones respecto de un miembro suplente al momento de integrar el Tribunal, ellas se reconducirán por la vía de las inhabilidades, excluyendo su posibilidad de intervenir al conocer de un determinado asunto o negocio.

1.3.-Funcionamiento del órgano jurisdiccional.

1.3.1.- Competencia del Tribunal.

La competencia⁸⁵ del Tribunal, viene determinada en virtud de la materia, es decir, por la naturaleza del asunto. Se le atribuye una competencia especial, para el conocimiento y resolución de todo hecho, acto o convención que afecte a la Libre Competencia.

Respecto a su competencia territorial, se extiende a todo el territorio nacional, y en atención a que la ley no establece excepción, es competente para conocer de todos aquellos actos contrarios a la Libre Competencia que han de producir efectos dentro del territorio nacional sin atender el lugar de ejecución de la conducta que sea sometida su conocimiento y resolución.

1.3.2.- Lugar y Forma de Funcionamiento.

De acuerdo al artículo 8, el Tribunal tendrá su sede en Santiago. No compartimos el argumento que señala la escasa ocurrencia de hechos contrarios a la Libre Competencia justifica la existencia de un solo órgano jurisdiccional y que de ello se siga que el Tribunal deba estar radicado en la ciudad de Santiago. Esperamos que el creciente desarrollo de la actividad económica en las distintas regiones del país y el fortalecimiento de esta jurisdicción especial conlleve la creación de al menos otros dos tribunales, que tengan su sede por ejemplo en las ciudades de Puerto Montt y Antofagasta respectivamente,

⁸⁵ En su sentido jurídico procesal, definida en el artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales: 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.

produciéndose una división tripartita del territorio jurisdiccional, entre estos tribunales y el ya existente.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 9 del DL 211, el Tribunal funcionará en forma permanente, fijando días y horarios de sesión. Se agrega en esta última norma que en todo caso deberá sesionar en sala legalmente constituida para la resolución de las causas, como mínimo dos días a la semana.

En lo que respecta a las sesiones del Tribunal, la ley establece un quórum para sesionar de a lo menos tres miembros, y respecto de los acuerdos del Tribunal, establece que estos serán acordados por simple mayoría, dirimiendo en caso de empate quien presida. Debemos observar que, por general, preside el Presidente del Tribunal, no obstante, puede ocurrir que ante ausencia o impedimento del Presidente del Tribunal, sesione bajo la presidencia de alguno de sus miembros titulares, según orden de precedencia⁸⁶. En definitiva, quien dirime en caso de empate es quien preside, sea este su Presidente u otro miembro titular, en ausencia de aquél.

Respecto a los quórum de sesión vislumbramos un alto grado de flexibilidad en cuanto a su funcionamiento, principalmente teniendo a la vista que el Tribunal se conforma por 5 miembros titulares, siendo uno de ellos su Presidente y cuatro suplentes. En este sentido Domper y Buchheister⁸⁷, sostienen “que la existencia de suplentes es cuestionable, porque en ausencias específicas el Tribunal puede funcionar con menos integrantes y está previsto que así sea”.

⁸⁶ Artículo 6 letra b) inciso quinto ley 19.911: En caso de ausencia o impedimento del Presidente del Tribunal, éste sesionará bajo la presidencia de uno de los restantes miembros titulares de acuerdo al orden de precedencia que se establezca, mediante auto acordado del Tribunal. Véase también Auto Acordado número 1 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en página web del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia www.tdlc.cl

⁸⁷ DOMPER, MARIA DE LA LUZ Y BUCHHEISTER, AXEL cit (nº 61) p.16

Finalmente agrega el artículo 9, que en lo demás se estará a lo dispuesto en el párrafo segundo del Título V del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto le fuere aplicable. El Título V citado, regula las Cortes de Apelaciones y su párrafo segundo establece las normas relativas a los acuerdos de aquellos tribunales colegiados, de ahí su remisión, en atención al carácter colegiado del Tribunal.

De la revisión de aquellas normas supletorias, constatamos que el DL 211 establece norma especial para el caso de empate o discordia de votos. Como señaláramos, en el Tribunal en caso de empate, dirime quien preside. En cambio en el título V del Código Orgánico de Tribunales, se establece un mecanismo distinto, regulado por los artículos 86 y 87 de dicho Código.

II.- Atribuciones del órgano jurisdiccional.

El artículo 18 establece de manera no taxativa las atribuciones del Tribunal, las cuales presentan un contenido muy similar a las atribuciones contempladas en el texto primitivo del DL 211 respecto de la Comisión Resolutiva.

En relación a las atribuciones que se contemplan en el artículo 18, cabe hacer presente que en ellas se envuelve un doble contenido. Comprende la facultad del órgano jurisdiccional para conocer y resolver todo asunto sometido a su conocimiento, es decir, la competencia misma del Tribunal. Y junto a ello, se consagran facultades que la ley expresamente ha señalado u otorgado al órgano para la consecución de los objetivos propios de la ley. A continuación revisamos cada una de ellas.

2.1.- Conocer de las situaciones que constituyen infracciones a la Libre Competencia.

Se establece en el número 1 del artículo 18, que corresponde al Tribunal “*conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que puedan infringir las disposiciones de la presente ley*”.

En consecuencia, el Tribunal, ante la ocurrencia de algún hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la Libre Competencia o tienda a producir tales efectos, sólo podrá conocer y pronunciarse en torno a ellas, a partir de la acción ejercida por la Fiscalía Nacional Económica o por algún particular, a través del respectivo requerimiento o demanda, según corresponda en cada caso. Y en tal evento, el Tribunal podrá pronunciarse sobre si ha existido o no una infracción a las normas que protegen la Libre Competencia, por ende una vulneración al bien jurídico, debiendo en este caso adoptar las medidas y sanciones pertinentes que señala la ley. No procede de manera alguna que el Tribunal de oficio entre a conocer de algún hecho, acto o contrato contrario a la Libre Competencia.

Para el conocimiento y resolución de estos asuntos, la ley contempla un procedimiento de lato conocimiento, el cual como señaláramos, es impulsado a petición de parte, tanto en virtud de requerimiento por parte de la Fiscalía Nacional Económica, o bien en virtud de demanda deducida por algún particular.

De acuerdo al profesor Farren Cornejo, “hoy es posible advertir ciertos procesos, denominados procesos civiles inquisitorios, en que una vez presentada la pretensión procesal, el juez tiene facultades mucho más amplias para descubrir la verdad que las que tiene en los procesos civiles y que puede ejercerlas aún contra la voluntad de las partes y que responden a simulaciones que las partes puedan hacer para violar materias de orden público”.

Nos parece que la descripción anterior es aplicable al Tribunal, y aún cuando oportunamente nos referiremos al procedimiento, adelantamos en este punto dos aspectos que recogen este planteamiento y que lo identifican como “un procedimiento civil inquisitorio”. En primer lugar, la facultad para no llamar a las partes a conciliación, contemplado en el artículo 22 del DL 211, y una segunda manifestación es “*la admisibilidad de los medios de pruebas contemplados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil y de todo indicio u otro antecedente que, en concepto del Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes*”, según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 22 del DL 211.

2.2.- Conocer de los asuntos de carácter no contenciosos que puedan infringir las disposiciones de la ley.

Al igual que en la situación anterior, esta facultad sólo será ejercida a partir de solicitud de quien tenga interés legítimo, en el caso de algún particular, o del Fiscal Nacional Económico. Los supuestos para el procedimiento no contencioso son:

a.- La existencia de hechos, actos y contratos ejecutados o existentes, que pueden afectar a la Libre Competencia y;

b.- Actos o contratos que le presenten quienes se propongan ejecutarlos o celebrarlos.

En ambos casos el objetivo es el mismo, que el Tribunal pueda fijar condiciones a ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos. Esta atribución es una manifestación de la función preventiva que la ley encomienda al Tribunal, la cual antes de la vigencia de la ley 19.911 estaba radicada en las Comisiones Preventivas, tanto regionales como Central.

Sin embargo, estimamos que la existencia o no de controversia, no es algo que venga determinado por quien activa el procedimiento, tal definición le corresponde al Tribunal, y justamente ante oposición legítima en un asunto no contencioso es menester su transformación en contencioso. La ley no contempló esta situación, y dio lugar a que el Tribunal se negara a modificar el procedimiento, por ende, excluyendo el carácter de parte a quienes manifestaran su oposición⁸⁸.

⁸⁸ Esta situación fue la ocurrida en el caso de Telefónica Móvil S.A, quien recurrió a este procedimiento para consultar si afectaba o no a la Libre Competencia la operación d eventual toma de control de Bellsouth Comunicaciones S.A. Procedimiento en el cual no pudieron intervenir como parte otros agentes que intervienen en el mercado de telefonía móvil, en particular Smartcom S.A. Véase Resolución número 2 de 04 de Enero de 2005 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en página web del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia www.tdlc.cl

Este vacío legal fue subsanado mediante el Auto Acordado número 5 del Tribunal⁸⁹, situación común en nuestro ordenamiento jurídico, respecto de la tramitación de ciertos procedimientos, a pesar de la inconstitucionalidad que conlleva por ser materia de ley. No obstante, dicho texto se hace cargo de la posibilidad de que se presenten consultas, demandas o requerimientos referidos a unos mismos hechos, actos o convenciones, y a fin de evitar procedimientos paralelos y decisiones contradictorias establece los siguientes criterios:

1.- En caso de demanda o requerimiento por infracción a la Libre Competencia, no puede iniciarse posteriormente por las partes o terceros, respecto de la misma conducta, el procedimiento no contencioso.

2.- En caso del procedimiento no contencioso iniciado por hechos, actos o contratos, existentes o ejecutados, la oposición por legítimo contradictor o la presentación de demanda o requerimiento, referida a los mismos hechos, transforma el procedimiento en contencioso.

3.- Presentada la consulta relativa a hechos, actos o contratos no ejecutados o celebrados a la fecha de ingreso de la misma, no cabrá posteriormente la interposición de demanda o requerimiento en relación a los mismos hechos. En consecuencia, de interponerse demanda o requerimiento, se agregará a autos y se tendrá como antecedente.

Se justifica el procedimiento no contencioso en este último caso y la denegación de su transformación en contencioso, por cuanto está pensado para una resolución breve, destinada a otorgar certeza jurídica a quien recurre al Tribunal, cuestión que se vería entrampada con múltiples partes. Sin embargo, aquella justificación se confronta con la

⁸⁹ Véase Auto Acordado número 5 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en página web del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia www.tdlc.cl

convertibilidad en virtud de oposición legítima, principio esencial a todo procedimiento no contencioso⁹⁰.

2.3.- 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.

Se establece la atribución de dicta instrucciones en el número 3) del artículo 18 de la ley 19.911. No obstante, debemos señalar que su contenido no es del todo extraño en materia de defensa de la Libre Competencia, ya que en la redacción anterior del DL 211, se contemplaba similar facultad respecto de la Comisión Resolutiva.

La relevancia jurídica de esta atribución se traduce en el hecho de estar ante un Tribunal, ante un órgano llamado a ejercer jurisdicción, y frente a ello se nos presenta una potestad normativa, “dictar instrucciones de carácter general”, y referido a materias económicas, situación que no parece en principio ajustada a la Constitución Política.

El cuestionamiento anterior derivó en una presentación durante la tramitación del proyecto ante el Tribunal Constitucional, sosteniéndose una manifiesta inconstitucionalidad de la norma⁹¹. En lo siguiente, intentamos exponer el planteamiento del Tribunal Constitucional, en virtud de la presentación efectuada y junto a ello, recurrimos a dos opiniones doctrinarias que han abordado el tema.

El Tribunal Constitucional desestimó la inconstitucionalidad planteada y estuvo por señalar en su considerando decimotercero del fallo recaído en la materia “*Que la aludida norma no*

⁹⁰ Boletín legal Diciembre 2004 Carey y Cia. Abogados en página web Carey y Cia. Abogados www.carey.cl

⁹¹ Véase Rol N° 391-2003 en página web del Tribunal Constitucional www.tribunalconstitucional.cl

contiene, propiamente una potestad normativa de índole legislativa o reglamentaria que la Constitución Política confiere a otros órganos del Estado de modo exclusivo, sino de una atribución del Tribunal necesaria para el cumplimiento de su misión de promoción y defensa de la Libre Competencia en los mercados, cuyo ejercicio, además se encuentra detalladamente reglado en el artículo 18 del proyecto de ley⁹², el que garantiza la audiencia de los agentes económicos a los que se aplicarán tales instrucciones y a los que se da oportunidad de aportar antecedentes y manifestar su opinión”.

Nos parece insuficiente lo sostenido por el Tribunal Constitucional, para poder dilucidar el contenido propio de la facultad de dictar instrucciones otorgada al órgano jurisdiccional. Con el propósito de dar una visión más integral sobre el particular, recurrimos a los trabajos publicados por Grunberg Pilowsky y Valdés Prieto, quienes exponen sobre el tema y a los cuales nos avocamos a continuación de manera sucinta.

Grunberg Pilowsky inicia su planteamiento señalando que debemos entender que en el artículo 19 número 21 de la Constitución Política de la República consagra una reserva legal relativa⁹³, esto es, “admite la concurrencia de la ley y del reglamento de ejecución en la regulación del derecho a desarrollar cualquier actividad económica⁹⁴”. Luego, centrado en la norma del DL 211, establece a su juicio, que ella contiene una “potestad normativa pública de un órgano autónomo del Estado, más específicamente todavía, corresponde a una potestad reglamentaria de un Tribunal de la República”. Agrega, que se trata de una

⁹² Actual artículo 31 ley 19.911

⁹³ Cfr. FARIAS KANACRI, ALEJANDRO “*El Derecho a Desarrollar actividades económicas y su regulación*” en Revista Persona y Sociedad Vol. XIV (2000), Universidad Alberto Hurtado pp.157 y ss.

⁹⁴ GRUNBERG PILOWSKY, JORGE “*La Potestad Reglamentaria del Tribunal de Defensa de la Competencia: Un tema conflictivo en la reforma al DL 211*” (Santiago, 2004) Revista de Derecho Público V.66, Universidad de Chile pp.225 y ss.

potestad reglamentaria de ejecución de la ley, específicamente de la ley de Defensa de la Libre Competencia.

Finalmente, el autor se hace cargo de plantear la constitucionalidad de la facultad otorgada al Tribunal, destacando la expresión “de conformidad a la ley” contenida en el artículo 18 número 3 del DL 211, lo cual refleja según Grunberg Pilowsky, que la potestad atribuida tan sólo puede complementar la ley en lo indispensable para su ejecución, jamás podrá excederla o contravenirla. Y comparte finalmente el planteamiento del Tribunal Constitucional, sosteniéndose que el ejercicio de esta potestad se encuentra detalladamente reglado, como garantía para sus destinatarios, siendo complementado con la posibilidad de impugnarla a través de las acciones que con tal objeto el sistema jurídico les franquea, mencionando, la acción de protección, de nulidad de derecho público y el amparo económico, a nivel constitucional y a nivel legal, el recurso de reposición ante el propio Tribunal y el de reclamación para ante la Corte Suprema, contemplados en el DL 211.

Para el profesor Valdés Prieto⁹⁵, el tema encuentra su origen en la omisión legislativa de definir el Tribunal como órgano jurisdiccional, sin considerar su calidad de ente administrativo, por cuanto ostenta una potestad reglamentaria que la propia ley reconoce. Así las cosas, en su opinión, la autonomía del Tribunal puede ser analizada desde la óptica de un órgano jurisdiccional o bien desde la perspectiva de un ente administrativo, centrando su análisis en este último aspecto.

De acuerdo a su planteamiento, es posible de examinar la autonomía de la potestad reglamentaria del Tribunal, en cuanto ente administrativo, desde dos perspectivas. En un primer sentido, en cuanto a si tiene por objeto dar ejecución al DL 211, concluyendo que de manera alguna se quiere indicar que esa potestad reglamentaria tiene por objeto poner en ejecución determinados preceptos de la legislación antimonopólica. Y en un segundo aspecto, en cuanto a si es independiente de la potestad reglamentaria autónoma

⁹⁵ VALDES PRIETO, DOMINGO “¿Es Constitucional la potestad reglamentaria externa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia?” (Santiago, 2004) Ius Publicaciones n° 13 Revista Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás. pp. 95 y ss.

presidencial, afirmando que del DL 211 se desprende no ser derivativa ni subordinada a dicha potestad.

Desde su enfoque, toda regulación que ha de ordenar la actividad económica, por mandato constitucional corresponde al Legislador, y por lo tanto, sólo podrán ser reguladas por él, y funda su planteamiento tanto en el tenor literal del artículo 19 número 21 de la Constitución Política, como a partir de una interpretación sistemática del texto constitucional. Por ende, añade, que no es admisible efectuar distinciones entre una reserva absoluta y una reserva relativa⁹⁶, respecto al artículo 19 número 21 de la Constitución Política, toda vez que no encuentra sustento ni en el texto ni en su historia fidedigna.

Sin embargo, estima que la potestad contenida en el artículo 18 número 3 de la ley 19.911, sí constituye una potestad normativa, de carácter autónoma, atribuida expresamente por ley y que permite al Tribunal, en cuanto ente administrativo, o en su faz administrativa, tratar asuntos meramente operativos o accidentales, es decir, reglamentar, dar forma operativa o meramente ejecutiva a aquello que la ley ya ha determinado, y que ello no entraña ninguna forma de reserva relativa, porque la reserva sigue siendo privativa del legislador ; lo que acontece es que éste siempre puede autorizar o requerir complementos limitados a desarrollar la regulación legal, sin alterarla o vulnerarla.

Creemos que es un tema no resuelto, que a todas luces desborda nuestro intento de brindar una presentación exegética del Tribunal y conlleva un pronunciamiento más profundo desde otras ramas del Derecho. Sin embargo, hemos considerado relevante exponer en alguna medida la percepción desde la doctrina frente al tema y no restringirnos de manera exclusiva al criterio otorgado por el Tribunal Constitucional. No obstante, evidenciamos no

⁹⁶ GRUNBERG PILOWSKY, JORGE cit (nº94). La tesis de la “reserva absoluta” señala que nuestra Constitución exige a la ley una regulación exhaustiva, de modo que el espacio no llene el reglamento. La tesis de la “reserva relativa”, en tanto, señala que en nuestra Constitución la ley sólo debe abordar las materias que la Constitución expresamente le encargó abordar. Y dentro de esas, sólo debe regular las bases esenciales del ordenamiento jurídico, lo demás, queda entregado al reglamento p.230

existir un criterio unívoco en torno al tema y más aún, advertimos que toda explicación o justificación necesariamente pasa por asumir ciertos supuestos jurídicos, que en definitiva llevan a establecer una multiplicidad de visiones en torno al tema.

2.4.- Proponer al Presidente de la República la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios en materia de libre competencia.

El Tribunal podrá proponer al Presidente de la República dictar, modificar o derogar, preceptos legales o reglamentarios, según lo estime necesario para fomentar la Libre Competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presenten en condiciones no competitivas o bien se estimen contrarias a la Libre Competencia.

Esta facultad es reflejo de la independencia atribuida al Tribunal, por cuanto lo desvincula de la Corte Suprema para efectos de proponer al Poder Ejecutivo la dictación, modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios en materia de Libre Competencia en los mercados.

III.- Procedimientos ante el órgano jurisdiccional.

En materia de defensa de la Libre Competencia se contemplan dos procedimientos en el texto actual del DL 211 que permiten al Tribunal pronunciarse respecto de actos que atentan o puedan atentar contra la Libre Competencia. Con el objetivo de revisar el contenido propio de cada uno de los procedimientos contemplados por la ley 19.911, denominados procedimiento no contencioso y procedimiento contencioso, destinamos este capítulo a los aspectos más relevantes de cada uno de ellos.

Resulta importante desde ya señalar el contenido del artículo 32 de la ley 19.911, norma de contenido general, aplicable a ambos procedimientos, la cual dispone que *“los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no acarrearán responsabilidad alguna en 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”.

3.1.- Procedimiento no contencioso.

El Código de Procedimiento Civil en su artículo 817, define los actos judiciales no contenciosos como *“aquellos que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre partes”*, no pretendemos con esto identificar el mecanismo de gestión voluntaria del DL 211, con aquellos supuestos del Código de Procedimiento Civil. No obstante, consideramos que la definición transcrita por su carácter amplio es aplicable al procedimiento del DL 211 y por lo demás nos resulta útil para objeto del estudio y comentario que exponemos a continuación.

3.1.1.- Asuntos susceptibles de ser sometidos a un procedimiento no contencioso.

De acuerdo al artículo 31 del texto vigente del DL 211, el procedimiento no contencioso procede en cuatro supuestos:

- 1.- En aquellos casos en que a solicitud de quien tenga interés legítimo o del Fiscal Nacional Económico se recurra a este procedimiento, sobre hechos, actos o contratos existentes.
- 2.- Es el procedimiento aplicable para casos de consulta, es decir, respecto de actos o contratos que no han sido ejecutados o celebrados, por parte de quienes se proponen ejecutarlos o celebrarlos.
- 3.- Se aplica también en el ejercicio de la facultad de dictar instrucciones que la ley otorga al Tribunal y;
- 4.- Finalmente, es el procedimiento al que se sujeta el Tribunal al emitir informes que le sean encomendados.

3.1.2.- Tramitación del procedimiento no contencioso en la ley.

El procedimiento no contencioso por regla general, se iniciará a solicitud de parte, la excepción será su iniciación de oficio, para los casos en que el Tribunal pretenda dictar instrucciones, siendo por lo demás, el único supuesto en que el Tribunal puede dar inicio a un procedimiento de oficio.

Presentada que sea la solicitud o en el caso que actúe de oficio, el Tribunal dictará un decreto que ordene la iniciación del procedimiento, el que para efectos de publicidad y conocimiento, la ley dispone que tal resolución se publicará en el Diario Oficial y en un diario de circulación nacional y se notificará por oficio a la Fiscalía Nacional Económica, a las autoridades que estén directamente concernidas y a los agentes económicos que a juicio exclusivo del Tribunal estén relacionados con la materia.

Con tales actuaciones se busca que, en un plazo no inferior a quince días hábiles quienes hayan sido notificados y quienes tengan interés legítimo en el asunto puedan aportar antecedentes. En cuanto al plazo, el Tribunal deberá determinar en el decreto de iniciación del procedimiento la extensión que se fije a dicho plazo, el cual con todo, no puede ser inferior a quince días hábiles.

Vencido el plazo anterior, el Tribunal deberá citar a una audiencia pública, que será notificada mediante aviso publicado en el Diario Oficial y si la materia se refiere a una situación de carácter regional, la notificación también se practicará mediante otro aviso que se publicará en un periódico local.

La audiencia tendrá lugar dentro del plazo fatal de treinta días contados desde la notificación mediante aviso que ordena la citación a la audiencia y en dicha audiencia, quienes hubiesen aportado antecedentes, podrán manifestar su opinión.

La ley faculta al Tribunal para recabar y recibir los antecedentes que estime pertinentes, de oficio o a solicitud de interesado. De igual modo, faculta al Tribunal para prescindir de todo informe que no sea puesto en su conocimiento en los plazos que les fijare a las autoridades, organismos o quienes tengan interés legítimo.

Finalmente se señala que las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en estas materias, serán susceptibles del recurso de reposición y aquellas que fijen condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos podrán además ser objeto del recurso de reclamación.

3.1.3.- Consideraciones en torno al procedimiento no contencioso.

A continuación señalamos ciertas consideraciones en torno al procedimiento no contencioso para casos de actos o contratos que afecten o puedan afectar a la Libre Competencia. Un primer aspecto dice relación con la determinación del legitimado activo en estos procedimientos, debiendo distinguir entre actos o contratos ejecutados o concluidos y actos y contratos aún no concluidos, y un segundo aspecto relevante, es determinar las consecuencias que se siguen en el evento de oposición por legítimo contradictor, tanto en el caso de actos o contratos existentes, como en el caso de actos o contratos no ejecutados.

1.- Determinación del legitimado activo para iniciar el procedimiento no contencioso. Se distingue:

a) Actos o contratos concluidos o existentes: En estos casos el legitimado para iniciar un procedimiento no contencioso es todo aquél que tenga un “interés legítimo”, como también, el Fiscal Nacional Económico, en cuanto recae en él, representar el interés general de la colectividad en el orden económico, conforme señala el artículo 39 letra b) del DL 211.

b) Actos o contratos no concluidos o celebrados: En estos casos, la ley es clara, corresponde tan sólo a quienes pretenden ejecutar o celebrar dichos actos o contratos a objeto de obtener un pronunciamiento por parte del Tribunal.

Complementamos lo anterior de acuerdo a lo señalado por la Excma. Corte Suprema al conocer del Recurso de Reclamación deducido en contra de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que aprobó la Fusión de Metrópolis S.A y VTR S.A,

conforme al procedimiento no contencioso, señalando lo siguiente ⁹⁷, y con ello intentamos una aproximación a la expresión “interés legítimo”, *“Los comparecientes, carecen del derecho a intervenir, por no tener comprometido, para poder hacerlo, un interés legítimo, real y actual que los habilitara. Fundan su demanda en situaciones futuras e hipotéticas basadas en hechos que podrían ocurrir de concretarse la fusión pretendida, lo que no configura el interés requerido por la ley para admitir su comparecencia”*.

Al contrario de lo señalado por la Excma. Corte Suprema, consideramos que sí se configura un interés legítimo para intervenir y nos basamos en el propio artículo 3 del DL 211, por cuanto bajo la expresión *“que tienda a producir dichos efectos”* reconoce que basta el mero peligro de afectar el bien jurídico para que sea procedente la aplicación de una o más de las medidas. Cuestión distinta es que no se de lugar a dichas medidas, si se estima que el bien jurídico no se ve afectado.

2.- Un segundo aspecto relevante, es determinar las consecuencias que se siguen a partir de la oposición por legítimo contradictor en un procedimiento no contencioso, distinguiéndose:

a) Respecto de actos o contratos existentes: En estos casos, la solución viene dada en virtud del Auto Acordado número 5 del Tribunal, y al cual hemos hecho referencia con antelación. Se establece por el Tribunal, que la oposición por legítimo contradictor, en virtud de demanda o requerimiento, sobre los mismos hechos que el Tribunal conoce conforme a un procedimiento no contencioso, referido a actos o contratos existentes o ya ejecutados, acarrea la convertibilidad del procedimiento, transformando el asunto en contencioso.

b) Respecto de actos o contratos no concluidos: La situación no es la misma, no hay transformación del procedimiento, conforme se señala en el Auto Acordado número 5. Lo anterior viene a significar, que ante cualquier acto o contrato que se pretenda ejecutar o celebrar, la oposición a dicho acto o contrato, se limita a la posibilidad de acompañar

⁹⁷ Considerando noveno, Recurso de Reclamación Rol 5298-2004 Excma. Corte Suprema. Texto completo del fallo en www.lexisnexus.cl

antecedentes para ser considerados por el Tribunal en su resolución. Y se complementa su intervención, a condición de haber acompañado antecedentes, con la posibilidad de manifestar su opinión en la audiencia pública, “la cual marca la etapa en que la causa queda en estado de ser fallado⁹⁸”.

3.2.- Procedimiento contencioso.

El procedimiento contencioso previsto en los artículos 18 y siguientes de la ley 19.911 es el núcleo del sistema de defensa de la Libre Competencia. La ley reconoce el derecho a accionar ante el Tribunal tanto al Fiscal Nacional Económico, en virtud de requerimiento presentado para tal efecto, como a cualquier particular, en virtud de demanda deducida ante el órgano jurisdiccional.

Con la ley 19.911 se permite que personas distintas al Fiscal, por propia iniciativa, puedan activar el ejercicio de las funciones jurisdiccionales del Tribunal para conocer de hechos o actos que afecten a la Libre Competencia⁹⁹. En la regulación anterior del DL 211, los particulares tan sólo podían accionar ante la Comisión Resolutiva a través de la Fiscalía Nacional mediante denuncia¹⁰⁰.

3.2.1.- Características o principios del procedimiento contencioso.

a.- Contradictorio:

Es una manifestación de la igualdad procesal de las partes y de la legalidad del proceso y se traduce en que toda petición formulada por una de las partes en el proceso debe ser comunicada a la contraria, para que pueda aprobar o formular su oposición. El Juez no procede de plano, sino en aquellas situaciones en que la ley lo autoriza expresamente.

⁹⁸ Boletín legal Diciembre 2004 Carey y Cia. Abogados en página web Carey y Cia. Abogados www.carey.cl

⁹⁹ CONCHA, CARLOS cit (nº13) p.57

¹⁰⁰ WITKER, JORGE cit (nº 20) p. 143

b.- Inquisitivo:

Se entrega el impulso procesal al Tribunal, en quien recae el deber de asegurar la continuidad de los actos procesales hacia la obtención de la sentencia definitiva. La atenuación de este principio se produce respecto a la iniciativa del proceso, toda vez que sin iniciativa de parte, Fiscal Nacional Económico o algún particular, no hay demanda y en consecuencia, proceso, siendo la única manifestación del principio de disposición. El carácter inquisitivo se justifica en el interés público comprometido en el proceso.

c.- Esencialmente Escrito:

El procedimiento será escrito, de acuerdo a lo que se señala el artículo 20. Sin embargo, la propia norma hace referencia a la oralidad del procedimiento, en cuanto a la vista de la causa, lo cual atenúa el carácter escrito del procedimiento.

Hacemos referencia en este punto al Auto Acordado número 7 del Tribunal¹⁰¹ que regula la presentación de instrumentos en formato electrónico y básicamente establece que las partes en un procedimiento contencioso y solicitantes en un procedimiento no contencioso, sustanciados conforme a las normas del DL 211, deberán acompañar, la versión en formato electrónico de su escrito o informe económico. En los procedimientos contenciosos los instrumentos que se deberán acompañar son: el requerimiento o la demanda, sus respectivas contestaciones, las observaciones a la prueba y los informes técnicos- económicos que presenten las partes en apoyo de sus alegaciones o defensas. En los procedimientos no contenciosos, los instrumentos que se deberán acompañar son: la solicitud o consulta y los informes técnicos-económicos que se presenten por el solicitante o consultante, en su caso, o por intervinientes.

d.- Publicidad:

¹⁰¹ Véase Auto Acordado número 7 en página web del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia www.tdlc.cl

Este principio excluye la existencia de actuaciones procesales secretas y es concordante con el artículo 9 del Código Orgánico de Tribunales, al disponer que “*los actos de los Tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley.*” Ello permite el acceso a todas las actuaciones del proceso, en la especie, exhibición de expediente, publicidad de la vista de la causa, etc.

e.- **Apreciación de la prueba conforme a la sana crítica:**

Se establece en el artículo 22, que el Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Por ahora tan sólo señalamos la definición de don Eduardo Couture¹⁰² para quien esta característica se traduce en que “las decisiones del Tribunal han de ser debidamente fundamentadas, vale decir, sujeto a las reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”

f.- **De doble instancia:**

Se establece un mecanismo para que de las decisiones fundamentales del Tribunal, es decir la sentencia definitiva, pueda ser revisada por una segunda instancia, conociendo de ella la Corte Suprema de acuerdo a lo establecido en la ley 19.911

3.2.2.- Tramitación del procedimiento contencioso.

De acuerdo al artículo 29 del Código de Procedimiento Civil “*se formará el proceso con los escritos, documentos y actuaciones de toda especie que se presenten o verifiquen en el juicio.*” y que en definitiva han de configurar la relación jurídica procesal. Exponemos a continuación las distintas actuaciones que han de tener lugar entre las partes del juicio y el Tribunal.

3.2.2.1.- Requerimiento o Demanda.

¹⁰² COUTURE, EDUARDO J. *Vocabulario Jurídico* (Buenos Aires, 1988) Ed. Depalma p. 544

En conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 el Tribunal conoce de un asunto conforme al procedimiento contencioso tan sólo a requerimiento del Fiscal Nacional Económico o por demanda de algún particular. A lo anterior cabe agregar aquellos casos en que previo al requerimiento o demanda se solicite una medida cautelar prejudicialmente, teniendo presente que de igual modo habrá de formalizarse el requerimiento o demanda en el plazo de veinte días hábiles o en el término mayor que fije el Tribunal.

Finalmente, conforme al Auto Acordado número 5 del Tribunal, se debe tener presente la posibilidad de transformación del procedimiento no contencioso en contencioso, en virtud de oposición por legítimo contradictor respecto de hechos, actos o contratos existentes o concluidos. De todos modos, dicha oposición ha de concretarse en una demanda o requerimiento.

Al respecto es pertinente señalar que conforme al artículo 29 de la ley 19.911, las normas del Libro I y II del Código de Procedimiento Civil, se aplican supletoriamente a este procedimiento en todo aquello que no le sea incompatible. De ello se sigue que tanto el requerimiento, como la demanda han de cumplir con los requisitos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. El cumplimiento de dichos requisitos conlleva la admisibilidad de la demanda o requerimiento a tramitación y el Tribunal deberá conferir traslado de ella para que el demandado conteste.

Las partes han de comparecer conforme al artículo 1 de la ley 18.120, es decir por medio de patrocinio de abogado legalmente habilitado. Un segundo aspecto a considerar, es que en caso de demanda deducida por particular, ella deberá ser puesta en inmediato conocimiento de la Fiscalía, siendo otro rasgo que lo distingue de una controversia privada, en cuanto existe un interés público comprometido, lo que deriva en la necesaria intervención de dicho órgano en el proceso.

3.2.2.2.- Emplazamiento al demandado.

Dispone el artículo 20 *“Admitido el requerimiento o demanda a tramitación, se conferirá traslado a quienes afecte, para contestar dentro del plazo de quince días o el término mayor que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días.”*

De acuerdo a la ley 19.911 la notificación de la demanda, con su respectiva resolución, se hará personalmente por un ministro de fe, entregando copia íntegra de la resolución y de los antecedentes que la motivan, pudiendo el Tribunal disponer que se entregue sólo un extracto de estos documentos. Según lo dispuesto por el artículo 21 inciso final de la ley, tendrán el carácter de ministro de fe, el Secretario Abogado del Tribunal, y las personas a quienes el Presidente del Tribunal designe para desempeñar esa función.

Antes de continuar, nos referiremos brevemente a las notificaciones. La notificación por carta certificada es la regla general en materia de notificaciones en el procedimiento contencioso del DL 211, la cual se entenderá practicada el quinto día hábil contado desde la fecha de recepción de la misma por el respectivo servicio de correos. No obstante, la ley contempla la posibilidad de que las partes de común acuerdo, fijen otros medios seguros para practicar la notificación de dichas resoluciones. La referencia, básicamente alude a la posibilidad de adoptar medios electrónicos, respecto de la cual la ley exige que se suscriba mediante firma electrónica avanzada¹⁰³.

El Auto Acordado número 8 del Tribunal¹⁰⁴ se refiere a las notificaciones por medios electrónicos y dispone básicamente, que siendo el envío de carta certificada la forma general de practicar las notificaciones de las resoluciones que dicte el Tribunal de acuerdo al DL 211, y pudiendo las partes, de común acuerdo, fijar otros medios seguros para practicar la notificación, y en el caso que las partes opten por medios electrónicos, dicha notificación deberá suscribirse mediante firma electrónica avanzada. Para tal efecto, se

¹⁰³ Artículo 2 letra g) ley 19.799 Sobre documentos electrónicos. Se entiende por Firma electrónica avanzada: Aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría.

¹⁰⁴ Véase Auto Acordado número 8 en página web del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia www.tdlc.cl

establece que tanto en los procedimientos contenciosos y no contenciosos, se efectuará una audiencia ante el Secretario Abogado del Tribunal para que de común acuerdo puedan reemplazar la forma de practicar las notificaciones por carta certificada por otro medio seguro de notificación. Dicha audiencia tendrá lugar en los procedimientos contenciosos, con posterioridad a la providencia que recaiga sobre la última contestación del traslado conferido del requerimiento o demanda interpuesta y en los procedimientos no contenciosos, una vez presentada la respectiva consulta o solicitud.

La notificación legal de la demanda o requerimiento y el transcurso de plazo señalado, que puede ir de quince a treinta días, según lo estime el Tribunal, constituye el emplazamiento del demandado o demandados para contestar. El demandado en el plazo que señala la ley puede adoptar cualquiera de las actitudes que se reconocen en general en un procedimiento civil, esto es:

1.- Aceptar lisa y llanamente la demanda o no contradecir en forma substancial y pertinente los hechos que le sirven de fundamento;

2.- Una segunda posibilidad es no hacer nada, esto es asumiendo una actitud de completa pasividad;

3.- Por último, que será el caso de más ordinaria ocurrencia, defenderse, distinguiéndose dos posibilidades:

a.- Plantear la negativa de los elementos de la demanda, desconociendo las afirmaciones del contradictor, sin colocar frente a ellas circunstancias distintas.

b.- Plantear su oposición, la cual conlleva una verdadera afirmación contraria, introduciendo en el procedimiento datos nuevos que el Tribunal ha de tener en cuenta. Respecto a la oposición a la pretensión, es posible distinguir:

i.- Aquellas oposiciones en que se niega, contradice u objeta un elemento de la pretensión sea por ausencia de un hecho básico constitutivo de la pretensión del actor, sea por un hecho impeditivo, modificativo o extintivo, que de modo genérico han de constituir las denominadas excepciones perentorias.

ii.- Paralelamente, es posible que la oposición tenga un contenido más provisional, referido al sujeto, al objeto o a la actividad a que la pretensión se refiere, privándole de eficacia actual, denominadas excepciones dilatorias y que normalmente versan sobre el proceso, a objeto de subsanar defectos formales del mismo y no sobre el derecho material alegado por el actor, como es el caso de las excepciones perentorias.

De producirse la contestación, esta cumplirá con los requisitos del artículo 309 del Código de Procedimiento Civil en cuanto a su contenido.

En cuanto a las excepciones dilatorias, se tramitarán conforme a lo dispuesto por los artículos 303 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en cuanto le fuere aplicable, a partir de lo dispuesto en el artículo 29 del texto actual del DL 211, norma que consagra la aplicación supletoria de las normas del Libro I y II del Código de Procedimiento Civil. Por lo tanto, han de oponerse todas en un mismo escrito y dentro del término para contestar la demanda, que puede ir de quince a treinta días, según lo señalado anteriormente.

Dichas excepciones se tramitarán como incidentes¹⁰⁵. Sin embargo, es menester tener presente al respecto el artículo 24 del DL 211, conforme al cual, las cuestiones accesorias al asunto principal, con la salvedad de las medidas cautelares que se decreten, serán resueltas de plano, pudiendo el Tribunal dejar su resolución para definitiva.

A partir de lo señalado en el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil y de acuerdo a las normas del DL 211, podemos sostener que las denominadas por la doctrina como excepciones perentorias anómalas, podrán oponerse en cualquier estado de la causa¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Véase a modo de ejemplo, resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que rechaza excepciones dilatorias de incompetencia del tribunal, y en subsidio corrección del procedimiento interpuestas por la parte demandada, Rol 73-2005 en página web Tribunal de Defensa de la Libre Competencia www.tdlc.cl

¹⁰⁶ Véase a modo de ejemplo, resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia referida a excepción de prescripción, Rol 77-2005 en página web Tribunal de Defensa de la Libre Competencia www.tdlc.cl

Debemos entender que las exigencias para ello difieren de las señaladas en el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, por la naturaleza misma del procedimiento regulado en el DL 211, por ende, será requisito a nuestro entender para poder deducirlas: que se alegue por escrito y que se alegue antes de la vista de la causa¹⁰⁷.

3.2.2.3.- Posibilidad de Conciliación en el procedimiento contencioso.

Vencido el plazo para contestar, sea que se hubiere evacuado o no el traslado por los interesados, el Tribunal podrá llamar a las partes a conciliación. Es facultativo para el Tribunal llamar a las partes a conciliación, debiendo en caso de no considerarlo pertinente recibir la causa a prueba.

El Código de Procedimiento Civil establece la conciliación en los artículos 262 y siguientes. En doctrina se señalan distintas definiciones de ella¹⁰⁸, quedándonos con el concepto propuesto por Denise Mangel Santander, en el cual se define la conciliación como “una actuación procesal que tiene por objeto el llamamiento del juez a las partes, para que en base a propuestas de arreglo proporcionadas por él, los litigantes lleguen a un acuerdo poniendo fin al litigio, sea total o parcial.”

Sin embargo, el artículo 22 de la ley 19.911 difiere en algunos aspectos de la concepción civilista de conciliación, en cuanto mecanismo de autocomposición de carácter judicial¹⁰⁹. Desde luego, no se establece como un trámite esencial del procedimiento, sino tan sólo como una posibilidad para el Tribunal a fin de dirimir el conflicto de un modo anticipado,

¹⁰⁷ Cfr. GONZALEZ ALDUNATE, TOMAS *Tribunal de la libre Competencia: Aspectos Procesales* (Santiago, 2002). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile p. 55

¹⁰⁸ Véase MANGEL SANTANDER, DENISE *La Conciliación en el Juicio Ordinario* (Viña del Mar, 1999). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Adolfo Ibáñez pp. 11 y ss.

¹⁰⁹ COLOMBO CAMPBELL, JUAN citado en MANGEL SANTANDER, DENISE cit (n° 108) p.17

debiendo recibir la causa a prueba en todos aquellos casos en que no estime pertinente la conclusión del juicio por medio de conciliación, sin señalarse por la ley las consideraciones que se estiman procedentes para una u otra, quedando entregado en definitiva a la absoluta discrecionalidad del Tribunal.

Efectuado el llamado a conciliación, subsiste la posibilidad de que esta sea desechada. Ello puede ocurrir por haber fracasado el acuerdo entre las partes, debiendo proseguir el juicio, y también puede ser desechada, por no contar con la aprobación del Tribunal, en cuanto estime que dicho acuerdo atenta contra la Libre Competencia.

Es decir, el Tribunal determina la procedencia o no de la conciliación, de estimarla procedente no sólo propone las bases del acuerdo sino también concurre a su aprobación, pudiendo desecharla si estima que atenta contra la Libre Competencia. Esto último se justifica por la posibilidad de que las partes hayan introducido elementos posteriores al acuerdo originalmente propuesto por el Tribunal que lo alteran sustancialmente.

En un juicio sobre Libre Competencia no se discuten intereses meramente particulares, sino asuntos de orden público¹¹⁰, por ello se justifica que ante la posibilidad de resolver la contienda por la vía de la autocomposición, como lo es la conciliación, la ley 19.911 establezca no sólo la posibilidad de ser desestimada por el Tribunal, sino que además se permite deducir en contra de la resolución que la apruebe recurso de reclamación por personas admitidas a litigar que no hubieren sido parte en ella.

La posibilidad de impugnar la conciliación por medio del recurso de reclamación, es permitir principalmente a la Fiscalía Nacional Económica, órgano que representa el interés general de la colectividad en el orden económico intervenir en aquellos casos que estime un determinado acuerdo como perjudicial para la promoción de la Libre Competencia.

¹¹⁰ CONCHA, CARLOS cit (nº 13) p. 62

Sobre el particular consideramos relevante hacer referencia a la demanda de AES Gener S.A. y Norgener S.A en contra de Electroandina S.A., causa rol 66-2005¹¹¹, en la cual el Tribunal aprobó la conciliación de las partes, quedando por resolver aspectos que no afectan la Libre Competencia y respecto de los cuales ha de pronunciarse el Tribunal.

3.2.2.3.- La Prueba en el procedimiento contencioso.

Se señala que la doctrina en general atribuye a la palabra prueba, desde un punto de vista jurídico, “la demostración de la verdad de un hecho realizada por los medios legales o más brevemente, demostración de la verdad legal de un hecho¹¹²”.

Fracasada la conciliación o si ella no es pertinente, el Tribunal ha de recibir la causa a prueba por un término fatal y común de veinte días hábiles. Compete al Tribunal fijar los hechos, substanciales, pertinentes y controvertidos que han de ser probados¹¹³.

Es apropiado desde ya señalar que el Tribunal en cualquier estado del juicio y aún después de su vista, podrá decretar la práctica de las diligencias probatorias que estime convenientes e indispensables a objeto de aclarar aquellos hechos que aún parezcan oscuros y dudosos. En otras palabras se faculta al Tribunal para objeto de establecer la verdad de los hechos y es reflejo del carácter inquisitivo del procedimiento, en virtud del interés público que envuelve.

a.- Notificación de la Resolución que recibe la causa a prueba.

¹¹¹ Véase resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que aprueba conciliación Causa 66-2005 en página web del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia www.tdlc.cl

¹¹² CARNELUTTI, FRANCESCO *La Prueba Civil* (Buenos Aires, 1955). Ediciones Acayú p.44

¹¹³ Véase a modo de ejemplo, resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que recibe la causa a prueba Causa Rol 77-2005 en página web del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia www.tdlc.cl

Conforme al inciso segundo del artículo 21 del DL 211, la resolución que recibe la causa a prueba ha de notificarse personalmente o por cédula. La notificación por cédula consiste en entregar por un ministro de fe, a cualquiera persona adulta que se encuentre en el domicilio del notificado, una cédula que contenga copia íntegra de la resolución y los datos necesarios para su acertada inteligencia¹¹⁴.

b.- Reposición en contra de la resolución que recibe la causa a prueba.

Procede reposición en contra de la resolución que recibe la causa a prueba conforme al artículo 27 del DL 211 y en virtud de la aplicación supletoria de las normas del Juicio Ordinario de Mayor Cuantía. Al tenor de esto último, y según lo dispuesto en el artículo 319 del Código de Procedimiento Civil, las partes podrán pedir reposición dentro de tercero día de la resolución que recibe la causa a prueba, solicitando que se modifiquen los hechos controvertidos fijados, que se eliminen algunos o que se agreguen otros¹¹⁵.

El Tribunal se pronunciará de plano sobre la reposición o la tramitará como incidente. Cabe señalar que en ningún caso procederá apelación en subsidio, en cuanto es incompatible con el procedimiento del DL 211

c.- Término Probatorio.

La ley señala ser un término fatal y común, el plazo de veinte días hábiles. El carácter de término fatal de acuerdo al artículo 64 del Código de Procedimiento Civil, conlleva que la oportunidad para ejercer el derecho o ejecutar el acto, se extingue al vencimiento del plazo.

¹¹⁴ QUEZADA MELENDEZ, JOSE *Disposiciones Comunes a todo Procedimiento* (Santiago, 1999). Ed. Digesto p. 271

¹¹⁵ Véase a modo de ejemplo, resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que resuelve reposición que recibe la causa a prueba Causa Rol 74-2005. En el mismo sentido véase Causa Rol 77-2005 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en página web del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia www.tdlc.cl

En tanto, el carácter de común, ha de significar al tenor del artículo 327 y 65, ambos del Código de Procedimiento Civil, que se contará desde la última notificación.

Sin embargo, debemos tener presente la aplicación supletoria de las normas del Juicio Ordinario de Mayor Cuantía, lo cual significa principalmente, la posibilidad de concederse un término especial de prueba, como así mismo la posibilidad de un término extraordinario, como también la suspensión del término probatorio¹¹⁶, todo ello en conformidad a lo dispuesto en los artículos 327 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

d.- Medios Probatorios.

El inciso segundo del artículo 22 del DL 211 dispone que *“serán admisibles los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil y todo indicio o antecedente que, en concepto del Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes.”*

Es decir, a los medios de prueba tradicionales, vale decir, instrumentos, testigos, confesión de parte, inspección personal del tribunal, informe de peritos y presunciones, se agrega todo otro indicio o antecedente que, a juicio del Tribunal sea apto para establecer los hechos pertinentes, situación contemplada en el texto anterior del DL 211 y que hoy se mantiene respecto del Tribunal con la ley 19.911¹¹⁷.

Concordamos con la opinión que sostiene que “las partes podrán probar los hechos de cualquier forma, a través de los medios de prueba tradicionales como a través de antecedentes o indicios que en concepto de la Comisión Resolutiva¹¹⁸ sean idóneos para

¹¹⁶ Véase a modo de ejemplo, resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que ha lugar a la solicitud de suspensión del término probatorio de común acuerdo por las partes, Causa Rol 60-2005 en página web del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia www.tdlc.cl

¹¹⁷ Véase GONZALEZ ALDUNATE, TOMAS cit (nº 107) pp. 55 y ss.

¹¹⁸ Hoy referido al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

establecer los hechos pertinentes, los cuales deben ser ofrecidos dentro de su oportunidad procesal, esto es, dentro del término probatorio¹¹⁹”.

Nos parece pertinente reproducir el considerando decimotercero contenido en la sentencia definitiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia recaída en Causa Rol 63-2005¹²⁰ de fecha 08 de Noviembre de 2005 a objeto de hacer explícito el alcance respecto de los medios probatorios que pueden recurrir las partes, y con ello dar una visión actual del asunto. Se señala en dicho considerando que *“Una segunda cuestión de carácter general que debe dilucidarse es el valor probatorio que tendrían las actas en las que la Fiscalía Nacional Económica funda su requerimiento. Si bien dichas actas no constituyen instrumentos públicos y los funcionarios de dicho organismo no son Ministros de Fe, a juicio de este Tribunal, el contenido de tales actas, ponderadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica, constituyen indicios importantes que pueden servir de base a las conclusiones a que arribe.”*

En relación a la prueba testimonial, las partes deberán presentar una lista de testigos dentro del quinto día hábil contado desde que la resolución que recibe la causa a prueba quede ejecutoriada.

Toda diligencia probatoria a que dé lugar la prueba testimonial, la absolución de posiciones o la inspección personal del Tribunal, serán practicadas ante el miembro del Tribunal que se designe en cada caso, lo cual es manifestación del principio de inmediatez que rige para

¹¹⁹ GONZALEZ ALDUNATE, TOMAS cit (nº 107) p.55

¹²⁰ Requerimiento del Fiscal Nacional Económico en contra de Abbott Laboratorios de Chile Ltda. y otros. Causa Rol 63-2005, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en página web Tribunal de Defensa de la Libre Competencia www.tdlc.cl

el órgano jurisdiccional, como así mismo, aplicación del artículo 325 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto tribunal colegiado¹²¹.

Si las actuaciones han de practicarse fuera del territorio de la Región Metropolitana de Santiago, podrán ser conducidas a través del juez de letras correspondiente, garantizando su fidelidad y rápida expedición por cualquier medio idóneo. En cuanto a las demás actuaciones, serán practicadas a través del funcionario de planta del Tribunal designado para tal efecto.

e.- Apreciación de la prueba conforma a las reglas de la sana crítica.

En general, se suele distinguir en doctrina tres criterios de valoración o apreciación de la prueba, a saber, sistema de prueba legal o tasada, sistema de libre convicción y por último el sistema basado en la sana crítica.

A modo general, señalamos que el sistema de prueba legal o tasada, se caracteriza en cuanto la ley regula los medios de prueba, la forma de rendirla y el valor de cada medio. Este es el criterio adoptado por nuestro Código de Procedimiento Civil. En cuanto al sistema de libre convicción, se señala que faculta al juez para aceptar cualquier medio de prueba y para valorarlo libremente¹²².

Respecto a la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, y el cual nos convoca en este punto, cabe tener presente la definición de ella señalada en las características del procedimiento contencioso de este trabajo, y formulada por el profesor Eduardo Couture, quien le define como “reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”,

¹²¹ Artículo 325 Código de Procedimiento Civil: En los tribunales colegiados podrán practicarse las diligencias probatorias ante uno solo de sus miembros comisionado al efecto por el tribunal.

¹²² QUEZADA MELÉNDEZ, JOSÉ cit (nº 114) p.92

siguiendo con el planteamiento de Couture, “en ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de experiencia del juez¹²³”.

Como criterio complementario, señalado en nuestro ordenamiento jurídico, respecto de lo que ha de significar la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, es valido tener presente lo dispuesto en materia de procedimiento laboral, por cuanto, en dicho procedimiento, el legislador también establece la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, señalando en su artículo 456 del Código del Trabajo¹²⁴, que “*al apreciar las pruebas según la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud les designe valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador*”. Si bien, el concepto se establece en otro texto normativo y para una materia específica, nos parece que su contenido es un criterio a tener presente por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Reconocemos la amplitud del tema, señalando la existencia de una variedad de conceptos, como teorías en torno a ella¹²⁵, no siendo nuestro objetivo efectuar un cabal análisis de ella, tan sólo hemos hecho una referencia a él, a objeto de comprender el sistema de apreciación de la prueba establecido en el DL 211, el cual, tomando las palabras del profesor Rodríguez

¹²³ COUTURE, EDUARDO J *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* p.207 citado en QUEZADA MELENDEZ JOSE cit (nº 114) p.92

¹²⁴ El artículo 14 inciso segundo de la ley 18.287 que establece el procedimiento ante los juzgados de Policía Local, se establece el mismo contenido.

¹²⁵ Véase LIRA ORPHANOPOULOS, CRISTOBAL *La Sana Crítica como criterio de valoración de la prueba en el Proceso Civil* (Viña del Mar, 2002). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Adolfo Ibáñez pp. 15 y ss.

Papic¹²⁶, “no tiene ni la excesiva rigidez de la prueba legal ni la excesiva incertidumbre de la libre convicción”, lo que justifica su aplicación en materia de defensa de la Libre Competencia, precisamente, por el interés público comprometido, así como el carácter técnico de la materia que conoce el Tribunal. En definitiva, el criterio de apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica por parte del Tribunal, se traduce en la observancia de los principios de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

3.2.2.4.- Vista de la causa.

Vencido el término probatorio, el Tribunal así lo declarará y ordenará traer los autos en relación, fijando día y hora para la vista, debiendo oír alegatos de los abogados de las partes cuando alguna de éstas lo solicite, de acuerdo a lo que dispone el artículo 23 del DL 211.

La vista de la causa implica necesariamente el cumplimiento de las siguientes formalidades: notificación del decreto autos en relación, colocación de la causa en tabla, relación de la misma y alegatos¹²⁷.

La resolución que ordena traer los autos en relación, tiene el carácter de un decreto, es decir, de acuerdo al artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, “*de aquellas que tienen sólo por objeto determinar o arreglar la substanciación del proceso*” y las cuales según lo dispuesto por el artículo 168 del mismo Código “podrán dictarse por uno solo de sus miembros”. El criterio legal se reitera en el Auto Acordado número 3 del Tribunal¹²⁸,

¹²⁶ RODRIGUEZ PAPIC, IGNACIO *Procedimiento Civil, Juicio Ordinario de Mayor Cuantía* citado en LIRA ORPHANOPOULOS, CRISTOBAL cit (nº 125) p.27

¹²⁷ CASARINO VITERBO MARIO cit (nº 78) p.174

¹²⁸ Véase Auto Acordado número 3 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, “Forma de expedición de resoluciones de mera sustanciación; forma de acompañar documentos a los procesos” en página web Tribunal de Defensa de la Libre Competencia www.tdlc.cl

en el cual se señala que *“los decretos o providencias de mera substanciación o que tengan por objeto dar curso progresivo a los autos, sin decidir ni prejuzgar sobre alguna cuestión debatida en ellos, podrán ser dictados por el Presidente del Tribunal o por aquél miembro que corresponda reemplazarlo, y en ambos casos autorizados por el Secretario.”*

En cuanto a su notificación, de acuerdo al artículo 21 del DL 211, no siendo de aquellas resoluciones expresamente exceptuadas, su notificación ha de efectuarse por carta certificada enviada al domicilio de la persona a quien se deba notificar. Y conforme al inciso tercero de la misma norma, toda notificación por carta certificada, se entenderá practicada el quinto día hábil contado desde la fecha de recepción de la misma por el respectivo servicio de correos.

Respecto de la vista de la causa propiamente tal, está se llevará a efecto el día y hora señalado en la resolución que ordena traer los autos en relación, siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 165 del Código de Procedimiento Civil, que autoriza a suspender o retardar la vista de la causa por las circunstancias señaladas en la norma¹²⁹.

En cuanto a los actos que configuran la vista de la causa, relación y alegatos, es menester dar un concepto de ellos¹³⁰. Se define la relación *“como la exposición razonada y metódica que hace el relator al tribunal del asunto sometido a su decisión. En tanto los alegatos son definidos como “la exposición verbal que hacen los abogados en defensa de los derechos de sus clientes ante los tribunales colegiados.”*

A partir del artículo 223 del Código de Procedimiento Civil, señalamos que la vista de la causa se iniciará con la relación, la que se efectuará en presencia de los abogados de las partes que hayan asistido y se hubieren anunciado para alegar. Concluida la relación, se

¹²⁹ Véase a modo de ejemplo, resolución que da lugar a solicitud de suspensión de la vista presentada por Demarco S.A. y fija nueva fecha para la audiencia de 21 de marzo de 2006. Causa Rol C n° 45-2004 en página web Tribunal de Defensa de la Libre Competencia www.tdlc.cl

¹³⁰ CASARINO VITERBO MARIO, cit (n° 78) p.180

procederá a escuchar, en audiencia pública, los alegatos de los abogados que se hubieren anunciado. Al término de la audiencia, los abogados podrán dejar a disposición del tribunal una minuta de sus alegatos.

Finalizada la vista de la causa, queda cerrado el debate y el juicio en estado de dictarse resolución¹³¹. Por aplicación supletoria es procedente que se decrete alguna medida para mejor resolver, de acuerdo al artículo 227 del Código de Procedimiento Civil. Se debe recordar que por tratarse de un tribunal colegiado, sus resoluciones, salvo las de mera substanciación¹³², se someten a las reglas de los acuerdos de las Cortes de Apelaciones, regulado en el párrafo 2 del Título V, del Código Orgánico de Tribunales. No obstante, en caso de empate, no se sigue el criterio de dichas normas, estableciéndose expresamente que en tal evento dirime quien preside¹³³.

3.2.2.5.- Sentencia Definitiva

La sentencia definitiva, de acuerdo al artículo 158 del Código de Procedimiento Civil “*es aquella que pone fin a la instancia resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio*”. De acuerdo al artículo 26 del DL 211, en el procedimiento contencioso deberá dictarse dentro del plazo de cuarenta y cinco días, contado desde que el proceso se encuentre en estado de fallo, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y de carácter económico con arreglo a los cuales se pronuncia y señalar los fundamentos de los votos de minoría, si los hubiere.

¹³¹ Artículo 227 inciso primero Código de Procedimiento Civil: Vista la causa, queda cerrado el debate y el juicio en estado de dictarse resolución.

¹³² Véase Auto Acordado número 3 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en página web del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia www.tdlc.cl

¹³³ Véase artículo 9 inciso segundo ley 19.911

En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las medidas que a continuación exponemos, que en su conjunto tienen por finalidad resguardar la Libre Competencia en los mercados y sancionar las conductas que atenten o tiendan a atentar contra ella:

- 1.- Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la ley.
- 2.- Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la medida anterior.
- 3.- Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales.

María de la Luz Domper, señala que “el rol del Tribunal debiera ser penalizar conductas que atentan contra la Libre Competencia ex post y no establecer limitaciones a la actividad económica ex ante¹³⁴”. Su afirmación alude a la atribución otorgada al Tribunal para modificar o poner término a actos o contratos en cuanto sean contrarios a la Libre Competencia en virtud de sentencia definitiva pronunciada en un procedimiento contencioso, privando de eficacia a dichos actos o contratos, pero en caso alguno, de acuerdo a su parecer, la sentencia definitiva ha de conllevar otras medidas que se traduzcan en limitaciones a la libre iniciativa en materia económica de los agentes económicos¹³⁵.

En el caso analizado por María de la Luz Domper, respecto de la sentencia 9-2004 “AGIP-D&S” señala que “no es correcto que el Tribunal imponga como medida que los controladores de las cadenas de supermercados deban consultar en forma previa, cualquier negociación, operación, pacto, acuerdo de actuación conjunta, acto o contrato que implique

¹³⁴ DOMPER RODRIGUEZ, MARIA DE LA LUZ cit (n° 8) p.303

¹³⁵ *Ibíd.*, p.302. En cuanto a la sentencia 9-2004 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, véase en página web del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia www.tdlc.cl

directa o indirectamente su integración o fusión con empresas del mismo rubro o la adquisición de las mismas¹³⁶”.

Posterior al trabajo de María de la Luz Domper, la Excma. Corte Suprema tuvo que conocer precisamente del Recurso de Reclamación en el caso que comentamos, dejando sin efecto la medida impuesta de *“consultar al Tribunal, en forma previa, cualquier negociación, operación, pacto, acuerdo de actuación conjunta, acto o contrato que implique directa o indirectamente su integración o fusión con empresas del mismo rubro o la adquisición de las mismas*¹³⁷”.

Ambos argumentos se orientan en sostener que el rol que ha de corresponder al Tribunal al adoptar medidas que tienen por objeto modificar actos o contratos que afecten a la Libre Competencia, en virtud de sentencia definitiva recaída en un procedimiento contencioso, ha de limitarse a privar de efectos a dichos actos o contratos, pero en caso alguno puede imponer comportamientos a seguir, que puedan conllevar una limitación a la libre iniciativa en materia económica, garantía fundamental en el desarrollo de cualquier actividad económica.

En cuanto a la facultad del Tribunal de modificar o disolver personas jurídicas que incurren en conductas contrarias a la Libre Competencia, sólo planteamos la interrogante de saber si el lucro en cuanto fin, es un elemento esencial para estimar que una entidad puede incurrir o no en conductas contrarias a la Libre Competencia. Optamos por pensar que no es un elemento determinante, por lo tanto, podrán ser objeto de dichas sanciones tanto entidades con fines de lucro, como sin fines de lucro, en cuanto sus conductas sean contrarias a las disposiciones del DL 211.

Respecto de las multas, se señala en la letra c) del artículo 26 del DL 211, que ellas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a

¹³⁶ *Ibíd.*, pp.267 y ss.

¹³⁷ Sentencia recaída en Recurso de Reclamación de fecha 26 de Mayo de 2005.Excma. Corte Suprema.

toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. En el caso de las multas impuestas a personas jurídicas, se establece la responsabilidad solidaria de su pago, tanto de sus directores, administradores como de aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, en cuanto hayan participado en la ejecución del mismo. En consecuencia, se puede interpretar que al no concurrir la ejecución con el beneficio de manera copulativa se exime de responsabilidad en el pago de la multa a quien ha participado en la ejecución de la conducta exclusivamente sin haberse beneficiado con su resultado o viceversa.

Para la determinación de las multas, el Tribunal debe considerar entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor. En cuanto a la última circunstancia señalada nos queda la posibilidad de dar una interpretación amplia en los casos de las personas jurídicas, incluyendo en ellas a quienes la representan, con lo cual, la calidad de reincidente es posible de establecer en las personas naturales que por ellas actúan, al incurrir en dichas conductas bajo otra persona jurídica.

Las multas deberán pagarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que quede ejecutoriada la respectiva resolución. Lo anterior dice relación con la posibilidad de impugnar la resolución a través del recurso de reclamación. Sin embargo, aún cuando se interponga dicho recurso existe un principio de pago de la multa impuesta, dado que la interposición de dicho recurso sólo será admisible si la parte sancionada, en el caso de haberse impuesto una multa, haya consignado una suma equivalente al diez por ciento de la multa decretada, lo cual podría ser una suma importante, considerando que hoy la ley permite la aplicación de multas hasta la suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales. En el caso de incumplimiento del pago en el plazo señalado, el Tribunal de oficio o a petición de parte, y sin forma de juicio, deberá apremiarlo del modo establecido en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil.

En este punto agregamos, que la ley establece que al Tribunal corresponde la ejecución de las resoluciones pronunciadas en virtud de este procedimiento para lo cual contará con todas las facultades propias de un tribunal de justicia, es decir, podrán requerir el auxilio de la fuerza pública.

3.2.2.6.- Medidas Cautelares.

El artículo 24 de la ley 19.911 establece, “*las cuestiones accesorias al asunto principal, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente, serán resueltas de plano, pudiendo el Tribunal dejar su resolución para definitiva*”. El artículo 25 de la ley 19.911, establece una regulación especial para efectos de decretarse alguna medida cautelar en el procedimiento contencioso, contenido que revisamos a continuación

A partir de lo señalado en el artículo 25 de la ley 19.911 ensayamos un concepto de medidas cautelares para efectos del DL 211, son actos jurídicos procesales, anteriores o coetáneos al juicio, esencialmente provisionales, decretados de oficio o a petición de parte, que tienen por objeto impedir los efectos negativos de las conductas contrarias a la Libre Competencia que correspondiere conocer al Tribunal, resguardando el interés común.

Respecto de las medidas cautelares decretadas a solicitud de parte, sea de manera previa al juicio o durante su sustanciación, es requisito para que se conceda “*que se acompañen antecedentes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados*”.

Se agrega a lo anterior, que el Tribunal cuando lo estime necesario, podrá exigir caución al actor particular para responder de los perjuicios que se originen. Debe ponerse atención en la expresión “actor particular”, con lo cual queda excluido directamente el Fiscal Nacional Económico.

Si se concede una medida cautelar prejudicialmente, el Fiscal o el solicitante particular, deberá formalizar el requerimiento o la demanda en el plazo de veinte días hábiles o en el término mayor que fije el Tribunal, contado desde la notificación de aquélla. En caso contrario, quedará sin efecto de pleno derecho.

En cuanto a su tramitación, ellas serán decretadas con citación, esto es, de acuerdo al artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, “*que no podrá llevarse a efecto sino pasados tres días después de la notificación de la parte contraria, la cual tendrá derecho de oponerse o deducir observaciones dentro de dicho plazo, suspendiéndose en tal caso la diligencia hasta que se resuelva el incidente*”.

Para el caso de generarse incidente, la ley señala que este se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada¹³⁸. Es decir, en este caso, se aplica la norma supletoria contenida en el Código de Procedimiento Civil, en particular a los artículos 89, 90 y 91, de los cuales se desprende, un plazo de tres días para contestar el incidente, pudiendo abrirse un término probatorio, vencido el cual, resolverá inmediatamente o, a más tardar, dentro de tercer día. Luego, que la ley señale que se tramitará por cuerda separada, de acuerdo al artículo 87 del Código de Procedimiento Civil, significa que es un incidente de no previo y especial pronunciamiento.

La resolución que conceda o deniegue una medida cautelar se notificará por carta certificada, que es la regla general en el procedimiento contencioso del DL 211, sin embargo, la ley establece la posibilidad para que el Tribunal, por razones fundadas, ordene que se notifique por cédula¹³⁹.

No obstante, cabe la posibilidad de llevar a efecto alguna medida decretada antes de notificar a la persona contra quien se dicten, siempre que existieren motivos graves para ello y el Tribunal así lo ordene. En estos casos, la ley limita su vigencia, señalando que *“transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas, plazo que podrá ampliar el Tribunal por motivos fundados”¹⁴⁰*.

¹³⁸ Artículo 302 inciso primero Código de Procedimiento Civil: El incidente a que den lugar las medidas de que trata este Título se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada.

¹³⁹ Artículo 48 inciso segundo Código de Procedimiento Civil: Estas cédulas se entregarán por un ministro de fe en el domicilio del notificado, en la forma establecida en el inciso segundo del artículo 44.

¹⁴⁰ Artículo 302 inciso segundo Código de Procedimiento Civil: Podrán, sin embargo, llevarse a efecto dichas medidas antes de notificarse a la persona contra quien se dictan, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene. Transcurridos cinco

El inciso segundo del artículo 25 del texto actual del DL 211, señala que las medidas serán esencialmente provisionales y se podrán modificar o dejar sin efecto en cualquier estado de la causa.

No obstante todo lo anterior, el inciso final del artículo 25 del texto actual del DL 211 excluye la aplicación de las disposiciones de los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil, que tratan de las medidas prejudiciales y precautorias¹⁴¹, salvo las disposiciones que expresamente se señalan en la norma en cuanto resultaren aplicable. Sintetizando, son aplicables en el procedimiento contencioso del DL 211, las siguientes normas relativas a las medidas prejudiciales y precautorias contenidas en el Código de Procedimiento Civil:

.- Son aplicables según lo dispuesto en el artículo 25 del DL 211, los artículos 273 a 278 del Código de Procedimiento Civil, normas que regulan lo que en doctrina se denomina como “medidas prejudiciales preparatorias¹⁴²” y que tienen por objeto preparar la entrada al juicio.

.- Así mismo es aplicable lo dispuesto en los artículos 284, 285 y 286 del Código de Procedimiento Civil. Se trata de “medidas prejudiciales probatorias”, entendidas como “actos jurídicos procesales realizados con anterioridad al juicio, consistentes en obtener la producción de pruebas que puedan fácilmente desaparecer o no puedan rendirse en el juicio

días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El tribunal podrá ampliar este plazo por motivos fundados.

¹⁴¹ ORELLANA TORRES, FERNANDO cit (nº 65) Según el autor las medidas prejudiciales, “son aquellas que tienen por objeto preparar la entrada al juicio, asegurar la rendición de alguna prueba que pueda desaparecer, o bien asegurar el resultado mismo de la pretensión futura. En tanto, las medidas precautorias “son aquellas que tiene por objeto asegurar el resultado de la acción deducida o pretensión hecha valer en éste, p.161.

¹⁴² Véase *Ibíd.* p. 162

definitivo¹⁴³”. En consecuencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 25 del DL 211 proceden como medida prejudicial probatoria en los términos señalados por aquellas normas, la absolución de posiciones, la constitución de apoderado que represente en juicio a aquel cuya ausencia se teme y el examen de testigos.

.- En cuanto a las normas contenidas en el Título V “De las medidas precautorias” del Libro II del Código de Procedimiento Civil, se aplican en el procedimiento contencioso, de acuerdo al artículo 25 del DL 211, los artículos 294, referido a las facultades del interventor judicial y los artículos 296 y 297 referidos a la prohibición de celebrar actos y contratos.

3.2.2.7.- Prescripción de las acciones.

De acuerdo al artículo 20 actual del DL 211, las acciones contempladas en la ley prescriben en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria contra la Libre Competencia en que se fundan¹⁴⁴. Se establece la interrupción de esta prescripción por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular.

¹⁴³ *Ibíd.* p.168

¹⁴⁴ En los casos de ejecución permanente de la conducta, podemos señalar como criterio para el cómputo del plazo de prescripción de la acción, sin perjuicio de las diferencias propias, lo establecido a propósito del Recurso de Protección. Según Lautaro Ríos Álvarez, hoy en la jurisprudencia tiende a primar la teoría del “conocimiento cierto de los hechos”, es decir, el cómputo del plazo de prescripción para interponer la acción se cuenta desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto del acto u omisión, cuando no ha llegado de inmediato al conocimiento del afectado. Es decir, en nuestra opinión, para los casos de ejecución permanente de conductas contrarias a la libre competencia, el plazo de prescripción de las acciones será de dos años, contados desde el conocimiento efectivo que tenga el afectado, situación que se hará constar en autos. Véase Ríos Álvarez, Lautaro “*El Recurso de Protección y sus Innovaciones Procesales*” en *Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XCI n° 1, 1994 pp.8 y ss.*

En cuanto a las medidas adoptadas por el Tribunal, para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la Libre Competencia, prescriben en dos años, contados desde que se encuentre firme la sentencia definitiva que las imponga. Esta prescripción se interrumpe por actos cautelares o compulsivos del Tribunal, del Fiscal Nacional Económico o del demandante particular.

En cuanto a la posibilidad de suspensión de la prescripción, se establece que la prescripción de las acciones como de las medidas adoptadas por el Tribunal para prevenir, corregir o sancionar atentados a la Libre Competencia, no se suspende a favor de ninguna persona.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no es competente para conocer de la acción indemnizatoria derivada de un atentado a la Libre Competencia, el DL 211 establece en su artículo 30, que la acción de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante el tribunal civil competente de conformidad a las reglas generales, y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario. Agrega la norma, que el tribunal civil competente, al resolver sobre la indemnización de perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

En tanto el inciso final del artículo 20 de la ley 19.911, dispone que las acciones civiles derivadas de un atentado a la Libre Competencia prescriben en el plazo de cuatro años, contado desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva, ello sin perjuicio de las disposiciones generales.

IV.- Recursos en contra de las resoluciones del Tribunal.

Los recursos, son los medios que concede la ley a la parte que se cree perjudicada por una resolución judicial para obtener que sea modificada o dejada sin efecto¹⁴⁵.

¹⁴⁵ CASARINO VITERBO, MARIO *Manual de Derecho Procesal Tomo IV* (Santiago, 2000). Ed. Jurídica de Chile p.229

Conforme a la ley 19.911 se distingue la existencia de dos medios de impugnación de las resoluciones, recurso de reposición y recurso de reclamación, y a los cuales hacemos referencia a continuación.

4.1.- Recurso de Reposición.

Se define el recurso de reposición, como “aquel que tiene por objeto obtener que el mismo tribunal que dictó la resolución la modifique o la deje sin efecto¹⁴⁶”.

En la ley 19.911, se establece en su artículo 27, que “*las resoluciones pronunciadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, salvo la sentencia definitiva, serán susceptibles del recurso de reposición*”. Para el evento de reposición, la ley señala que el Tribunal podrá darle tramitación incidental o ser resuelto de plano.

Se distingue de acuerdo al Código de Procedimiento Civil, específicamente en su artículo 181, la reposición con nuevos antecedentes, la cual no tiene plazo para ser deducido y la reposición sin nuevos antecedentes, la cual debe deducirse dentro del plazo fatal de cinco días después de la notificación. En caso de la reposición en contra de la resolución que recibe la causa a prueba, se estará a lo dispuesto en el artículo 319 del mismo cuerpo legal, en consecuencia, las partes podrán pedir reposición en contra de ella dentro de tercero día contados desde su notificación.

A los supuestos de reposición en un procedimiento contencioso, debemos agregar la posibilidad de reposición en contra de las resoluciones o informes que se dicte o emita en virtud de un procedimiento no contencioso, en las materias que se refiere el artículo 31 de la ley 19.911

¹⁴⁶ QUEZADA MELÉNDEZ, JOSÉ cit (nº 114) p.243

4.2.- Recurso de Reclamación.

Podemos señalar que el recurso de reclamación es el medio que la ley concede a quien se estime perjudicado, en contra de ciertas resoluciones del Tribunal para obtener que se modifique o deje sin efecto, por el tribunal competente.

Debemos hacer una distinción en cuanto al procedimiento en que se deduzca recurso de reclamación:

1.- En el Procedimiento no contencioso, se contempla la procedencia del recurso de reclamación en aquellos casos que la resolución del Tribunal fije condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos¹⁴⁷.

2.- En el procedimiento contencioso se establecen dos supuestos:

a.- Para el caso de que el Tribunal apruebe una conciliación. Se establece la posibilidad de impugnar dicha resolución por toda persona admitida a litigar, razón por la cual hemos definido el recurso de reclamación como un medio de impugnar ciertas resoluciones del Tribunal, por quien se estime perjudicado, ya que se extiende a personas que no han intervenido en juicio y que pueden estimarse afectadas por la conciliación producida en juicio.

b.- El segundo supuesto en un procedimiento contencioso y de más común ocurrencia, es la procedencia del recurso de reclamación en contra de la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 26 del DL 211, como también para el caso que absuelva de la aplicación de dichas medidas.

Puede interponer el recurso de reclamación, el Fiscal Nacional Económico o cualquiera de las partes, nuevamente se reitera lo señalado de no interpretarse como un medio establecido

¹⁴⁷ Véase Recurso de Reclamación en contra de la resolución 1-2004 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia “consulta de Telefónica Móviles S.A. sobre aprobación de toma de control de Bellsouth Comunicaciones S.A. en www.lexisnexus.cl

a favor exclusivo de las partes, ya que procede su interposición por el Fiscal Nacional Económico, porque existe un interés público comprometido.

El recurso de reclamación se interpone ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días hábiles para ante la Excma. Corte Suprema. El plazo se cuenta desde la respectiva notificación, la cual se debe efectuar al igual que la resolución que recibe la causa a prueba, personalmente o por cédula. Si el afectado tuviere su domicilio fuera del lugar que sirve de sede al Tribunal, el plazo se ampliará con la tabla a que se refiere el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil.

Si a través de la sentencia definitiva recurrida se hubiese impuesto una multa, es necesario para la interposición del recurso que la parte sancionada consigne una suma equivalente al diez por ciento de la multa decretada.

La interposición del recurso no suspenderá el cumplimiento del fallo, con la salvedad señalada para las multas. Sin embargo, a petición de parte y mediante resolución fundada la Sala que conozca del recurso podrá suspender los efectos de la sentencia, total o parcialmente.

Para seguir el recurso interpuesto no será necesaria la comparecencia de las partes y se conocerá con preferencia a otros asuntos, no siendo procedente la suspensión de la vista de la causa por solicitarlo alguna de las partes o ambas de común acuerdo.

4.3.- Recurso de Queja.

El recurso de queja se describe conforme al artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, como “un instrumento especialísimo contemplado en la ley, con el exclusivo fin de corregir las faltas o abusos graves, cometidos por los jueces en la dictación de resoluciones jurisdiccionales y de hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria que por tal razón les asiste¹⁴⁸”.

¹⁴⁸ Véase TAVOLARI OLIVEROS, RAUL Nuevo Régimen de los Recursos de Casación y Queja pp.10 y ss.

Sólo procederá cuando la falta o abuso se cometa en sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o en sentencia definitiva, y que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario, sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinarias¹⁴⁹.

El fallo que acoge el recurso de queja contendrá las consideraciones precisas que demuestren la falta o abuso, así como los errores u omisiones manifiestos y graves que los constituyan y que existan en la resolución que motiva el recurso, debiendo determinar las medidas conducentes a remediar tal falta o abuso¹⁵⁰.

En caso de que la Corte Suprema, haciendo uso de sus facultades disciplinarias, invalide una resolución jurisdiccional, deberá aplicar las medidas disciplinarias que estime pertinentes, disponiendo para tal efecto, que se dé cuenta al tribunal pleno de los antecedentes para los efectos de aplicar las medidas disciplinarias que procedan, atendida la naturaleza de las faltas o abusos, la que no podrá ser inferior a amonestación privada¹⁵¹.

La procedencia del recurso de queja en contra de resoluciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se justifica en la Superintendencia directiva, correccional y económica que compete a la Corte Suprema de acuerdo al artículo 82 de la Constitución Política de la República, no obstante en el DL 211 a partir de la ley 19.911, se ha producido una extensión del recurso de reclamación, lo cual deja un ámbito reducido al

¹⁴⁹ En cuanto a su tramitación, véase artículos 548 y 549, ambos del Código Orgánico de Tribunales.

¹⁵⁰ Véase a modo de ejemplo, fallo de la Excm. Corte Suprema recaído en la causa rol 4429-1988 de fecha 13 de septiembre de 1988, que acoge recurso de queja en contra de la sentencia definitiva de la Comisión Resolutiva y en la cual los jueces recurridos se excedieron en sus atribuciones en su dictación, en www.lexisnexus.cl, número identificador Lexisnexus 10574

¹⁵¹ Véase inciso tercero artículo 545 Código Orgánico de Tribunales.

recurso de queja conforme a lo dispuesto por el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

CONSIDERACIÓN FINAL

Antes de concluir nuestro trabajo, comentamos brevemente, la iniciativa del Poder Ejecutivo referido al proyecto de ley que modifica el *DFL N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2004 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL 211 de 1973*¹⁵².

Dicho proyecto de ley fue enviado al Congreso Nacional durante el mes de junio de 2006, y busca introducir modificaciones en materia de Libre Competencia con el objeto de avanzar en el fortalecimiento del sistema¹⁵³. Se señala en el mensaje del proyecto de ley, nueve ideas matrices o fundamentales, que se traducen en incorporar nuevas disposiciones al texto del DL 211, o bien, en la adecuación de algunas normas vigentes. A continuación exponemos de manera sucinta los principales aspectos de ella.

1.- Disposiciones específicas orientadas a garantizar la independencia de los integrantes del Tribunal.

Se propone la sustitución del actual inciso séptimo del artículo 6 del DL 211, con el objetivo de incorporar dos nuevas incompatibilidades, cuyo contenido es el siguiente:

a.- *La condición de asesor o prestador de servicios profesionales en materias que digan relación con la Libre Competencia, considerándose también que asesora o presta servicios profesionales, si percibe cualquier clase de remuneración, honorario o regalía de personas naturales o jurídicas que asesoran o prestan servicios profesionales en dichas materias.*

¹⁵² En adelante, proyecto de ley.

¹⁵³ Véase texto del proyecto de ley contenido en el Boletín N° 4234-03 de fecha 20 de junio de 2006 en www.bcn.cl

b.- *La de haber desempeñado el cargo de Fiscal Nacional Económico o cualquier cargo directivo en la Fiscalía Nacional Económica en el año anterior al inicio del concurso público de antecedentes.*

Con ello, se busca evitar posibles conflictos de interés que puedan afectar a alguno de sus integrantes, resguardando *ab initio* la independencia que se espera de los Ministros del Tribunal. No obstante la modificación, en nuestra opinión se mantiene el carácter restrictivo de las incompatibilidades, es decir, y a modo de ejemplo, nada obsta a asesorar, lo que no se permite es que dicha asesoría se refiera a materias de Libre Competencia, situación que nos parece correcta.

Otro aspecto relevante es la intención de modificar el artículo 7 del DL 211, relativo a la renovación de los integrantes titulares y suplentes del Tribunal. EL proyecto de ley establece que “*al término del periodo legal de permanencia en el cargo de sus miembros, estos tan sólo podrán ser designados por un nuevo período sucesivo*”. Se debe tener presente que bajo la redacción actual del DL 211, los integrantes pueden ser designados por períodos sucesivos de manera indefinida, situación que abordamos al referirnos a la permanencia en el cargo de los miembros del Tribunal¹⁵⁴.

En tanto, se agrega al artículo 11 del DL 211 como causales de inhabilidad de los integrantes del Tribunal, presumiendo de derecho que el Ministro esta inhabilitado cuando:

a.- *Asesore o preste servicios profesionales, en cualquier clase de materias a personas naturales o jurídica que tengan la calidad de parte en esa causa, o lo haya hecho en los dos años anteriores a la fecha de ingreso de aquélla”.*

b.- *Además será causal de recusación, respecto de los integrantes titulares o suplentes, la existencia de relaciones laborales, comerciales, societarias o en comunidades de carácter profesional, con los abogados o asesores de algunas de las partes, en términos tales que permitan presumir que su imparcialidad se encuentra comprometida.*

¹⁵⁴ Véase supr. p.54

Por último, referido a las incompatibilidades de los integrantes del Tribunal, se propone incorporar al texto del DL 211, el artículo 11bis, el cual regula estrictas prohibiciones para los integrantes del Tribunal. Se señala en el mensaje del proyecto de ley, que “ello permite reforzar la independencia no sólo en la etapa previa a su designación o en el conocimiento particular de una causa, sino también en el ejercicio de sus funciones”.

El texto propuesto establece que *“los integrantes titulares y suplentes del Tribunal no podrán ser administradores, gerentes o trabajadores dependientes, ni asesorar o prestar servicios profesionales, en toda clase de materias, a personas naturales o jurídicas que tengan la calidad de parte en alguna causa que haya conocido el respectivo Ministro hasta un año contado desde que se dicte sentencia por el Tribunal, aún cuando el integrante haya cesado en su cargo”*.

El inciso segundo de la disposición señala que *“se considerará también que un integrante asesora o presta servicios profesionales, si percibe cualquier clase de remuneración, honorario o regalía de personas naturales o jurídicas que asesoran o prestan servicios profesionales a una parte en alguna causa que haya conocido el respectivo Ministro, sin haber empleado la diligencia y cuidado debido en razón de su cargo”*.

Agrega el inciso tercero de la norma propuesta que *“la infracción de esta prohibición constituirá notable abandono de deberes o, en caso que el integrante del Tribunal haya cesado en su cargo, la sanción será de inhabilitación absoluta para desempeñar cargos públicos por el periodo de cinco años, la que será aplicada por la Corte Suprema a requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica”*.

Se advierte en consecuencia, una incompatibilidad especial en el artículo 11 bis del proyecto de ley, por cuanto, tratándose de personas naturales o jurídicas que tengan la calidad de parte en alguna causa que haya conocido el Tribunal, sus miembros, tanto titulares como suplentes, quedan imposibilitados de asesorar, no sólo en materias que digan relación con la Libre Competencia, sino que en toda clase de materias y por el plazo de un año, contados desde que se dicte sentencia por el Tribunal. A priori, nos parece excesiva la incompatibilidad respecto de materias que no digan relación con la Libre Competencia.

Sin perjuicio de lo anterior, en general, compartimos la incorporación de nuevas causales de incompatibilidad e inhabilidad respecto de los miembros del Tribunal, lo cual perfecciona un aspecto en que la ley 19.911 fue deficiente, y en definitiva se avanza en la necesaria independencia que se le exige a un órgano llamado a ejercer jurisdicción.

2.- Aumento del número de sesiones del Tribunal.

El proyecto de ley propone aumentar el número de sesiones del Tribunal a un mínimo de tres semanales y con incentivos para dos sesiones mensuales adicionales. Actualmente el DL 211 establece que el Tribunal deberá sesionar como mínimo dos días a la semana.

No concordamos con la existencia de incentivos para sesiones adicionales, estas últimas simplemente son parte de la labor de los miembros del Tribunal, y menos acertado nos parece, que dichos incentivos sean de carácter económico, considerando que los miembros del Tribunal, perciben una remuneración sustantiva, aspecto al cual nos referimos en el número siguiente.

3.- Modificaciones a las remuneraciones del Presidente del Tribunal y de sus integrantes titulares y suplentes.

En el mensaje del proyecto de ley se sostiene que “con motivo del aumento de sesiones y las estrictas restricciones que imponen las incompatibilidades, prohibiciones e inhabilidades para los integrantes del Tribunal, a efectos de ejercer actividades complementarias para obtener ingresos compatibles con su excelencia profesional y académica” se propone en el proyecto de ley, “retribuir con una mayor remuneración al Presidente del Tribunal y la posibilidad que el resto de los Ministros accedan a la misma remuneración del Presidente en caso que sesionen dos veces más por mes, que las mínimas obligatorias”.

En particular, respecto del Presidente del Tribunal, se propone aumentar su remuneración mensual a ciento cuarenta unidades tributarias mensuales y respecto de los demás miembros titulares, se propone aumentar su remuneración mensual a ciento veinte unidades tributarias mensuales, pudiendo incrementarse en diez unidades tributarias mensuales por cada sesión a la que asistan, adicional a las obligatorias, y señaladas en el número anterior.

No obstante, se establece una limitación, la suma total que perciban los miembros titulares, no podrá superar la remuneración mensual del Presidente del Tribunal.

En cuanto a los miembros suplentes, la redacción actual del DL 211, establece en su artículo 10 *“los integrantes suplentes, en su caso, recibirán la suma de diez unidades tributarias mensuales por cada sesión a la que asistan en la que no concurra el titular correspondiente, con un máximo de cuarenta unidades tributarias mensuales, cualquiera que sea el número de sesiones a las que hayan asistido”*.

Se propone en el proyecto de ley, respecto de los integrantes suplentes, una remuneración mensual equivalente a treinta unidades tributarias mensuales, y además, la suma de diez unidades tributarias mensuales por cada sesión a la que asistan en la que no concurra el titular correspondiente, con un máximo de sesenta unidades tributarias mensuales, cualquiera sea el número de sesiones a las que hayan asistido.

4.- Adecuaciones relativas al número de integrantes suplentes del Tribunal.

Actualmente el Tribunal cuenta con cuatro miembros o integrantes suplentes. El proyecto de ley contempla reducir su número a tan sólo dos integrantes suplentes, uno de cada área profesional, es decir, un abogado y un licenciado o con post grado en ciencias económicas, con ello se busca como efecto deseado que los titulares tengan una dedicación sustantiva en el ejercicio de sus funciones.

5.- Aumento de la multa.

Respecto de las multas que puede imponer el Tribunal a quienes incurran en conductas contrarias a la Libre Competencia, se pretende aumentar la multa máxima a imponer, de veinte mil unidades tributarias anuales a treinta mil unidades tributarias anuales.

Se propone modificar la letra c) del artículo 26 del DL 211, cuya redacción, de aprobarse el texto propuesto, pasaría a ser la siguiente: *“Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. En el caso de las*

multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de la mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26 bis”.

En el mensaje del proyecto de ley se señala que las nuevas atribuciones que se confieren a la Fiscalía Nacional Económica y la introducción de la “delación compensada”, figura contemplada en el artículo 26 bis propuesto, y al cual nos referiremos en el numeral 7, permitirán el descubrimiento de conductas que causan grandes daños al sistema de mercado del país, lo cual justifica el incremento de las multas.

Entendemos que el aumento de la multa máxima que puede imponer el Tribunal tiene por objeto disuadir a los agentes económicos de incurrir en conductas contrarias a la Libre Competencia, es decir, evitar el incentivo de que los beneficios o utilidades obtenidos en virtud de conductas contrarias a la Libre Competencia sean mayores que las multas aplicadas. No obstante, el Tribunal no ha sancionado a la fecha con multas equivalentes al máximo establecido en el DL 211, lo cual nos hace dudar de la necesidad de su incremento. Por lo demás, su eficacia disuasiva no es absoluta, toda vez que siempre existe el incentivo de no ser descubierto o de no ser sancionado.

6.- Incorporación del daño como circunstancia para determinar la multa.

Para la determinación de la multa a imponer se pretende incorporar al DL 211, “el daño causado a la Libre Competencia”, como circunstancia a considerar. Debemos recordar que de acuerdo al texto actual del DL 211, el artículo 26 establece como elementos a considerar para su determinación: el beneficio económico obtenido, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente.

7.- Disposición específica en virtud de la cual se introduce la “delación compensada”.

El proyecto de ley, propone incorporar al DL 211 entre otras normas, el artículo 26 bis. Dicha disposición establece lo que en doctrina se conoce como “delación compensada”, siendo el aspecto más novedoso del proyecto de ley.

Antes de cualquier referencia al proyecto de ley relativo a la “delación compensada”, señalamos que los cárteles son una modalidad de concentración horizontal, un acuerdo entre agentes económicos para no competir, cuyo objeto es la fijación de precios, división de los mercados, reparto de clientes, entre otros. Según Jorge Witker, “mediante este tipo de acuerdos se monopolizan cadenas productivas completas, evitando cualquier tipo de competencia¹⁵⁵” y agrega que “sus efectos son siempre nocivos tanto para el proceso económico como para los consumidores, ya que suelen eliminar la eficiencia económica, manipulando los precios de venta y la calidad del producto¹⁵⁶”. Tal situación ha llevado en el derecho comparado a elaborar programas de inmunidad o clemencia o dispensa del pago de multas, a modo de ejemplo, el “leniency program” del sistema norteamericano¹⁵⁷, para la detección de cárteles.

Santiago Ilundáin Fantova¹⁵⁸, señala que en general los programas de inmunidad o clemencia o dispensa del pago de multas, para la detección de cárteles, “recogen una serie de requisitos que deben satisfacer las empresas partícipes de un cártel que informen de la existencia del cártel y que cooperen con las autoridades de competencia a lo largo de la investigación. La contrapartida para la empresa denunciante será la no imputación del delito, la no imposición de la multa o la reducción de la misma”.

Similar pretensión se establece en el proyecto de ley con la incorporación del mecanismo de “delación compensada” o leniency, utilizando la denominación del derecho comparado. Para tal efecto, se propone incorporar al DL 211 el artículo 26 bis. A continuación,

¹⁵⁵ WITKER, JORGE cit (nº20) p.60

¹⁵⁶ *Ibíd.*, p.60

¹⁵⁷ Véase ILUNDAIN FANTOVA, SANTIAGO *Leniency: La política de exoneración de pago de multas en derecho de la competencia Nº 2-2002* (Madrid, 2002) Serie de documentos de trabajo del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de San Pablo-CEU p.1 en www.ide.ceu.es

¹⁵⁸ *Ibíd.* p.1

señalamos sintéticamente el contenido de la norma, a efectos de explicar el mecanismo de la “delación compensada” contenido en el proyecto de ley:

a.- El Tribunal, deberá reducir, o eximir en casos calificados, el monto de la multa que le aplique en forma individual a quien haya revelado a la Fiscalía Nacional Económica, hechos que configuren una conducta prevista en la letra a) del artículo 3 del DL 211¹⁵⁹ o que la acrediten, mediante el suministro de informaciones precisas, verídicas y comprobables, que conduzcan a la determinación de los demás responsables, o sirvan para prevenir o impedir su ejecución. Para evitar toda duda, quien revela los hechos, y pretende obtener la reducción de la multa o su exención, es un partícipe de la misma, y el mecanismo para ello es a través de la Fiscalía Nacional Económica para ante el Tribunal.

b.- El Tribunal se pronunciará en la sentencia definitiva sobre la eficacia de la revelación aportada.

c.- En el caso que la Fiscalía Nacional Económica haya recibido las declaraciones y antecedentes proporcionados, en el contexto de una investigación, deberá solicitar en el requerimiento, la reducción de la multa que estime adecuada o su exención. La solicitud ha de considerar tres elementos, a saber, la eficacia que las declaraciones y antecedentes proporcionen a la investigación; la oportunidad en que se aportaron; y que emanen de un partícipe en la conducta que no sea su promotor. En todo caso, el Tribunal podrá imponer una multa mayor a la propuesta, si del mérito de la prueba aportada al proceso, se comprobare que las circunstancias y efectos de la conducta son más graves que las determinadas en el requerimiento.

¹⁵⁹ Artículo 3 inciso segundo, letra a) DL 211: Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes: letra a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos o prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.

d.- Las declaraciones y antecedentes aportados, según lo dispuesto en la norma, tendrán el carácter de secreto desde que se den o entreguen a la Fiscalía Nacional Económica, la que deberá formar un expediente administrativo especial y separado con tales declaraciones y antecedentes, al cual sólo tendrá acceso el Tribunal.

e.- Los afectados, tendrán acceso únicamente a las piezas pertinentes de este cuaderno, cuando tales declaraciones o antecedentes se hagan valer en su contra por la Fiscalía Nacional Económica, o sean calificados como hechos a acreditar en los puntos de prueba o en una medida para mejor resolver decretada por el Tribunal.

8.- Adecuaciones relativas a los procedimientos contencioso y no contencioso del Tribunal.

a.- Regulación de la prueba en el procedimiento contencioso.

El proyecto de ley establece para la prueba testimonial rendida en los procedimientos contenciosos, *“un máximo de dos testigos que declararán por cada parte por punto de prueba, que no hayan sido inhabilitados, pudiendo el Tribunal ampliar dicho número, a petición fundada efectuada en la lista de testigos que presentaren las partes, resguardando el derecho a la bilateralidad de la audiencia y el derecho de defensa”*.

En la redacción actual del DL 211, el número de testigos admitidos a declarar, es el que señala el inciso primero del artículo 372 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria¹⁶⁰. A través de esta modificación se busca evitar declaraciones ajenas, redundantes e inoficiosas para el proceso, que entorpezcan la debida apreciación de los antecedentes por parte del Tribunal.

Un segundo aspecto, es en cuanto a las diligencias probatorias de inspección personal del Tribunal, absolución de posiciones y rendición de prueba de testigos, el proyecto de ley modifica el inciso cuarto del artículo 22 del DL 211, facultando al Tribunal para que *“pueda efectuar las preguntas que estime convenientes, impedir que las declaraciones y las*

¹⁶⁰ Artículo 372 Código de Procedimiento Civil: Serán admitidos a declarar solamente hasta seis testigos, por cada parte, sobre cada uno de los hechos que deban acreditarse.

preguntas de las partes se desvíen hacia aspectos irrelevantes o inadmisibles y resolver de plano las objeciones que le fuesen formuladas”.

b.-Procedimientos no contenciosos.

En los procedimientos no contenciosos, el proyecto de ley busca simplificar los trámites de notificación y los medios a emplear en estos y de esta forma, sin afectar el derecho de cualquier afectado para conocer y aportar antecedentes en un procedimiento no contencioso, se resguarda el legítimo interés de quien se somete a este procedimiento de tener respuesta, en un plazo razonable, sobre el acto que se propone realizar. Es pertinente señalar que de acuerdo al artículo 31 del DL 211, dichas notificaciones se efectúan mediante aviso publicado en el Diario Oficial.

La razón de su simplificación según se señala en el propio mensaje del proyecto de ley, obedece a la positiva recepción de este procedimiento por parte de los agentes económicos, siendo una de las herramientas más eficaces para prevenir posibles atentados a la Libre Competencia.

9.- Nuevas Facultades de la Fiscalía Nacional Económica.

a.- Facultades para investigar sujetas a control jurisdiccional preventivo.

Se pretende otorgar facultades al Fiscal Nacional Económico para solicitar a Carabineros o Investigaciones, allanar, descerrajar y registrar recintos públicos o privados; incautar documentos y antecedentes; y para intervenir comunicaciones. Estas atribuciones serán ejercidas contando siempre con autorización del Tribunal. Claramente las facultades señaladas, constituyen un aspecto complejo desde la perspectiva de las garantías constitucionales, y sin duda será objeto de cuestionamientos durante la tramitación del proyecto de ley.

b.- Modificación de la ley de Prensa.

Finalmente respecto al Tribunal se contempla una modificación a la ley 19.733, *“ley sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo”*. En el artículo 38 de la ley 19.733, se dispone que *“cualquier hecho o acto relevante relativo a la modificación o*

cambio en la propiedad o control de un medio de comunicación social deberá ser informado a la respectiva Comisión Preventiva Regional o a la Comisión Preventiva Central, según corresponda, dentro de treinta días de ejecutado". La referencia a las Comisiones se entiende a partir de la ley 19.911 que modifica el DL 211, efectuada al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Lo interesante en definitiva es que se pretende traspasar la función encomendada al Tribunal en el artículo 38 de la ley 19.733 a la Fiscalía Nacional Económica, el cual si estima que existe un atentado a la Libre Competencia deberá llevar los antecedentes ante el órgano jurisdiccional.

A nuestro juicio, dicha función compete de manera esencial y exclusiva al Tribunal, toda vez que le corresponde, no sólo sancionar, sino también prevenir la ocurrencia de conductas contrarias a la Libre Competencia. La modificación propuesta, a nuestro entender, significa un retroceso en la labor de distinguir y separar claramente las funciones de cada uno de los órganos a los cuales se encomienda velar por la Libre Competencia en los mercados.

10.- Comentario general al proyecto de ley.

Es indudable que toda modificación orientada a fortalecer el sistema de defensa de la Libre Competencia constituye *per se* una iniciativa positiva, y sin perjuicio de lo sostenido en particular respecto de las distintas ideas fundamentales o matrices del proyecto de ley comentado, este último va en dicho sentido.

Uno de los aspectos relevantes del proyecto de ley, es el fortalecimiento de la debida independencia de los integrantes del Tribunal, no obstante reiteramos nuestro parecer de no llevar en extremo las cosas, específicamente, en lo que dice relación con la posibilidad para los integrantes del Tribunal de asesorar en materias que no tengan relación con la Libre Competencia.

En cuanto al incremento del máximo de la multa que puede imponer el Tribunal y el mecanismo de la "delación compensada", consideramos de mayor eficacia esta última herramienta, para efectos de disuadir a los agentes económicos de incurrir en conductas contrarias a la Libre Competencia. Creemos que una mayor eficacia del incremento de las

multas, pasa porque en definitiva el Tribunal imponga sanciones elevadas en los casos que se sometan a su conocimiento y constituyan un atentado a la Libre Competencia, situación que a la fecha de este trabajo no ha sucedido, lo cual en definitiva diluye el carácter disuasivo de la multas.

En definitiva, existe la posibilidad de concretar un nuevo avance en el fortalecimiento de la institucionalidad de la defensa de la Libre Competencia, sin embargo, ello exige legislar con una clara orientación, promover y defender la Libre Competencia en los mercados.

CONCLUSIÓN

Con la dictación de la ley 19.911, se crea un nuevo órgano jurisdiccional para la defensa de la Libre Competencia en nuestro país: el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que viene a reemplazar a las antiguas Comisiones Preventivas y Resolutiva.

Si bien, el eje central de la ley es el fortalecimiento del órgano jurisdiccional, la modificación legal en la materia se extiende a otros aspectos relevantes para los fines de la misma.

Un primer aspecto, es la clarificación del bien jurídico protegido, señalándose expresamente que el objeto de la ley es promover y defender la Libre Competencia en los mercados. A ello se agrega, la eliminación del carácter penal atribuido al DL 211, estableciendo como contrapartida, el aumento de las multas y la responsabilidad solidaria de los representantes de las personas jurídicas que incurran en conductas anticompetitivas.

En cuanto a los órganos en sí mismo, resulta de especial importancia la claridad en la separación e independencia de las funciones atribuidas a éstos. A la Fiscalía Nacional Económica corresponde la facultad de investigar actos contrarios a la Libre Competencia y junto con ello, representar el interés general de la colectividad en el orden económico ante los tribunales de justicia. Al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a su vez, le corresponde prevenir, corregir y sancionar los atentados a la Libre Competencia.

La pretensión legislativa de fortalecer el órgano jurisdiccional, núcleo de la ley 19.911, a nuestro juicio es esencialmente lograda. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es, en términos generales, un tribunal especial, de aquellos que no se encuentran dentro del Poder Judicial; un órgano técnico, integrado a partir de criterios objetivos - sin perjuicio de lo señalado en el siguiente párrafo - sujeto a incompatibilidades para el ejercicio de la función; independiente de toda otra autoridad en el ejercicio de sus funciones; sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema; remunerado, lo cual permite una dedicación significativa de sus integrantes; cuya función es prevenir,

corregir y sancionar los atentados a la Libre Competencia; y con personal y presupuesto propio.

Sin embargo, nos parece cuestionable, el estrecho vínculo existente entre la autoridad política y el Tribunal, en el proceso de designación de los Ministros; lo que eventualmente podría traducirse en una politización de estos cargos, debiendo primar siempre el carácter técnico de su función.

En cuanto a las facultades del Tribunal, nos parece que la atribución de dictar instrucciones de carácter general, es susceptible de un cuestionamiento de carácter constitucional, al tratarse de materias de reserva legal, que inciden sin lugar a dudas en las libertades económicas garantizadas en la Carta fundamental.

En el ámbito netamente procesal, que la ley no haya considerado la convertibilidad del procedimiento a partir de la oposición de legítimo contradictor, en el procedimiento no contencioso, es una grave deficiencia que exige su corrección legal, no siendo suficiente la existencia de un Auto Acordado al respecto.

Con relación al procedimiento contencioso, consideramos una innovación positiva, la posibilidad de conciliación en los juicios, bajo condición de no afectar a la libre competencia. Igual opinión nos merece que la ley establezca la sana crítica como mecanismo de valoración de la prueba rendida en juicio.

Finalmente, constatamos la extensión del recurso de reclamación para los casos en que el tribunal imponga alguna medida o sanción, cualquiera sea el procedimiento a través del cual se adopte.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, es un avance en el perfeccionamiento del sistema de promoción y defensa de la Libre Competencia, el cual en el ejercicio de sus distintas atribuciones, deberá poner especial cuidado de no atentar contra la libertad económica y la libertad de empresa, buscando el justo equilibrio entre el interés público comprometido y el interés privado, protegido a su vez en nuestra Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

Textos

Bofill Gensch, Álvaro *El abuso de la posición dominante* (Valparaíso, 1991). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Valparaíso, 238p.

Bonacic Almarza, Cristián *Responsabilidad que surge de los atentados a la libre competencia: Elementos y características principales* (Santiago, 2004). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile, 202p.

Carnelutti, Francesco *La Prueba Civil* (Buenos Aires, 1955). Ediciones Acayú. 273p.

Casarino Viterbo, Mario *Manual de Derecho Procesal Tomo I, III y IV* Ed. Jurídica de Chile.

Colombo Campbell, Juan *La Jurisdicción* (Santiago, 1968) Ed. Jurídica de Chile 49p.

Couture, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, 1958). Ed. Depalma 524p.

Couture, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico* (Buenos Aires, 1988). Ed. Depalma 585p.

Elgueta, Eduardo *Abuso de Posición dominante en el DL 211* (Viña del Mar, 2001). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Adolfo Ibáñez, 149p.

Espinosa Marty, Rodrigo *Ley antimonopolios. Análisis y estudio crítico* (Santiago, 1980). Ed. Jurídica de Chile, 167p.

Fernandois Vöhringer, Arturo *Derecho Constitucional Económico, Tomo I*, (Santiago, 2001). Ed. Universidad Católica de Chile.

Fiscalía Nacional Económica *Funciones que cumplen los organismos antimonopolios* (Santiago, 1992) 128p.

González Aldunate, Tomás *Tribunal de la libre competencia. Aspectos Procesales* (Santiago, 2002). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile, 76p.

Guerra Araya, Pedro *Derecho de la Competencia en el mercado del gas licuado* (Valparaíso, 2003). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 54p.

Guerrero Becar, José Luis *Regulación Constitucional del orden económico: La experiencia chilena. Constitución Política de la República de 1980.* (Valparaíso, 1991). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Valparaíso, 214p.

Jorquera Loyola, Mauricio *Tratamiento de la libre competencia en Chile: El DL 211* (Talca, 1999). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, 111p.

Le Roy Barría, Alicia *Dificultades en la aplicación de los conceptos de Jurisdicción y Competencia en los Tribunales especiales* (Valparaíso, 1980). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Católica de Valparaíso, 48p.

Lira Orphanopoulos, Cristóbal *La Sana Crítica como criterio de valoración de la prueba en el Proceso Civil* (Viña del Mar, 2002). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Adolfo Ibáñez, 105p.

Mangel Santander, Denise *La Conciliación en el Juicio Ordinario* (Viña del Mar, 1999). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Adolfo Ibáñez, 175p.

Marín González Juan Carlos *Las medidas Cautelares en el Proceso Civil Chileno* (Santiago, 2004). Ed. Jurídica de Chile, 197p.

Maturana Vásquez, Pía *Las marcas propias en marco del derecho de la competencia. Estudio, análisis y propuestas* (Valparaíso, 2003). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Mochón, Francisco *Economía Básica* (Madrid, 1992). Ed. Mc Graw-Hill, 375p.

Nebreda Le Roy, Alfredo *Regulación Constitucional del orden público económico* (Valparaíso, 2000). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Valparaíso, 113p.

Opazo Brull, Ernesto *La Comisión Antimonopolios y estudio del título V de la ley 13.305* (Santiago, 1962). Ed. Jurídica de Chile, 129p.

Orellana Torres, Fernando *Manual de Derecho Procesal Tomo I* (Santiago, 2005). Ed. Librotecnia.

Quezada Meléndez, José *Disposiciones Comunes a todo Procedimiento* (Santiago, 1999). Ed. Digesto, 354p.

Sagredo Ormazabal, René *Análisis del proyecto que modifica el DL 211 sobre libre competencia y su relación con el sistema vigente* (Santiago, 2003). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile, 79p.

Schmidt, Rodrigo *Libre Competencia y modificaciones del DL 211 mediante la creación de un nuevo Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (Santiago, 2004). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile, 111p.

Silva Bascuñan, Alejandro *Tratado de Derecho Constitucional Tomo VI* (Santiago, 2000). Ed. Jurídica de Chile.

Silva Cimma, Enrique *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público* (Santiago, 1995). Ed. Jurídica de Chile, 323p.

Valdés Prieto, Domingo, “*La discriminación arbitraria en el Derecho Económico y en especial en la legislación antimonopolica.*” (Santiago, 1992). Ed. Jurídica Conosur, 419p.

Vega Sánchez, Aarón y Vergés Castillo, Mauricio *Atribuciones de la comisión resolutive antimonopolios en materia de modificación de los contratos entre particulares* (Santiago, 2002). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile, 255p.

Witker, Jorge *Derecho de la competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos, México* (Santiago, 2000). Fondo de Cultura Económica, 329p.

Witker, Jorge *La investigación jurídica* (México, 1994). Ed. Mc Graw-Hill, 94p.

Yáñez Alcaíno, Luis *Control y Facultades de la Corte Suprema sobre los Tribunales Especiales* (Santiago, 1962). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 96p.

Zambrano Vilches, Emilio *Tribunales y Procedimiento de la ley antimonopolios* (Santiago, 1986). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 85p.

Zegers Ruiz-Tagle, Matías *Aspectos del derecho a la libre competencia* (Santiago, 1994). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile, 146p.

Otros Documentos

Aldunate Lizana, Eduardo “*La Independencia judicial. Aproximación Teórica. Consagración Constitucional y Crítica*” en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVI (1995) pp.11-26

Aldunate Lizana, Eduardo Apuntes de Derecho Constitucional II, Universidad Católica de Valparaíso, año 2000.

Bofill Gensch, Álvaro y Guerrero Becar, José Luis, “*Acerca del concepto Constitucional y legal de competencia.*” en Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso XVI (1995) pp.193-206

Concha, Carlos, *Informe en Derecho sobre el Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y modifica el texto actual del Decreto Ley 211 de 1973, sobre Protección de la Libre Competencia* presentado ante la Comisión de Economía del Senado en Biblioteca Congreso Nacional.

Depolo Razmilic, Radoslav “*El régimen jurídico de defensa de la competencia en Chile. Algunas proposiciones para su despenalización*” en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVIII (1997) pp. 435-441

Domper Rodríguez, María de la Luz “*Análisis económico de la sentencia del Tribunal de la Libre Competencia respecto del comportamiento de los supermercados. Sentencia 9-2004*”. Sentencias destacadas 2004. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas. Libertad y Desarrollo, 2004, pp.267-303

Domper, María de la Luz, Buchheister, Axel, “*Tribunal de la competencia: Modificaciones a la institucionalidad antimonopolio.*” Serie Informe Económico n° 133, Instituto Libertad y Desarrollo, 2002, 41p.

Farías Kanacri, Alejandro “*El Derecho a Desarrollar actividades económicas y su regulación*” en Revista Persona y Sociedad Vol. XIV año 2000, Universidad Alberto Hurtado pp.157- 171.

Farren Cornejo, Fernando Apuntes de Derecho Procesal I, II y III, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso años 2001 a 2003.

Feliú Segovia, Olga “*El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios*” en Revista Actualidad Jurídica N° 1 Universidad del Desarrollo, Enero, 2000 pp.71-87

Guerrero Becar, José Luis Apuntes de Derecho Económico 1, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Grunberg Pilowsky, Jorge “*La Potestad Reglamentaria del Tribunal de Defensa de la Competencia: Un tema conflictivo en la reforma al DL 211*” en Revista de Derecho Público V.66, Universidad de Chile, 2004 pp.235-250

Informe de la Comisión de Economía del Senado recaído en el proyecto de ley que crea el Tribunal de la libre competencia. Diario de Sesiones del Senado, sesión 22 en Biblioteca del Congreso Nacional.

Informe de las Comisiones unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo recaído en el proyecto de ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en Biblioteca Congreso Nacional.

Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados sobre el proyecto de ley que regula la competencia desleal. Boletín n° 3356-03 en Biblioteca Congreso Nacional.

Navarro Beltrán, Enrique “*Libertad económica y su protección*” en Revista Chilena de Derecho, v 28 n° 2, Abr-Jun 2001, pp.299-310.

Ortúzar Latapiat, Waldo “*Derecho a la competencia*” en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, tomo LXXXVI n° 1, Ene-Abr, 1989, pp.17-22.

Paredes Molina, Ricardo: “*Desafíos para la institucionalidad antimonopolios en Chile*”, *¿Qué hacer ahora? Propuestas para el desarrollo*. Centro de estudios públicos, 2001 pp. 209-232

Philippi, Yrarrazaval, Pulido & Brunner LTDA. Abogados. “*Modificaciones de la Ley de defensa de la competencia.*” Seminario realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (2002) 98p.

Rodríguez Collao, Luis “*Constitucionalidad de las leyes penales en blanco*” en Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso VIII (1984) pp.231-245

Rodríguez Collao, Luis “*Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas*” en Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso XI (1987) pp.117-135

Valdés Prieto, Domingo “¿Es Constitucional la potestad reglamentaria externa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia?” en Ius Publicaciones nº 13, Revista Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás (2004) pp.95-115

Páginas web

Página web Tribunal de Defensa de la Libre Competencia www.tdlc.cl

Página web Fiscalía Nacional Económica www.fne.cl

Página web Tribunal Constitucional www.tribunalconstitucional.cl

Página web Biblioteca Congreso Nacional www.bcn.cl

Página web Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso www.derecho.ucv.cl

Página web Lexisnexis www.lexisnexis.cl

Página web Prieto y Cia. www.prieto.cl

Página web Carey y Cia. Abogados www.carey.cl

Página web Tribunal de Defensa de la Competencia www.tdcompetencia.es

Página web Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de San Pablo-CEU www.ide.ceu.es