



PROCEDIMIENTOS DE LIBRE COMPETENCIA (I)

Felipe Rocha O.

El particular sistema de Libre Competencia chileno

- Nuestro Derecho de la Libre Competencia reviste ciertas particularidades que lo hacen distinto al que puede encontrarse en otros ordenamientos. Dichas peculiaridades son:
 1. Su estructura *dual*.
 2. La *naturaleza mixta* de los asuntos que conoce el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “TDLC”).
 3. Los *objetivos del procedimiento* que conoce el TDLC.

An illustration depicting a diverse group of people in various settings, symbolizing economic activity and competition. In the foreground, a large hand in a brown leather glove holds a rolled-up document. Behind it, a line of people is shown: a man in a suit, a man in a red cap and vest, a man in a green shirt and cap, a man in a brown sweater, a man in a dark suit, a man in a white shirt carrying a large sack, a woman in a green top, a woman in a brown top, a man in a dark suit carrying a basket of red produce, and a woman in a brown top. The background is a light blue with white arrows pointing in different directions, suggesting movement and flow. A dark grey semi-transparent box with a white L-shaped corner is overlaid on the left side of the image, containing the text.

(i) La estructura *dual* institucional del Derecho de la Libre Competencia chileno

(i) La estructura *dual* institucional del Derecho de la Libre Competencia chileno

- Existen pocos sistemas en el mundo que posean un *sistema judicializado*.
- La regla general es que los encargados de resolver los conflictos sean *órganos administrativos integrados*.
- La situación antes de la Ley N°19.911 (2004).
 - *La Comisión Preventiva*
 - *La Comisión Resolutiva*
 - *La Fiscalía Nacional Económica*

(i) La estructura *dual* institucional del Derecho de la Libre Competencia chileno

- La situación después de la Ley N°19.911 (2004)
- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Artículo 5°. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un *órgano jurisdiccional especial e independiente*, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia.

(i) La estructura *dual* institucional del Derecho de la Libre Competencia chileno

■ La *facultad contenciosa* del TDLC.

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

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

■ La *facultad consultiva* del TDLC.

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

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

(i) La estructura *dual* institucional del Derecho de la Libre Competencia chileno

- El *esquema institucional dual*: FNE (órgano administrativo) y el TDLC (órgano jurisdiccional).
- Análisis comparado.
 - *España*: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), único órgano administrativo integrado. Sala de Competencia y Sala de Supervisión.

(i) La estructura *dual* institucional del Derecho de la Libre Competencia chileno

- Análisis comparado (continuación)
 - *Estados Unidos*: Dualidad de agencias de competencia. Por un lado, la *Federal Trade Commission (FTC)* y la *Antitrust Division* del Departamento de Justicia.
 - Ambas actúan en coordinación.
 - La *Antitrust Division* posee competencia exclusiva para conocer de carteles que den cuenta de un *criminal enforcement*.
 - La *FTC* se encuentra especializada en la *Clayton Act* y la *Federal Trade Commission Act*, ambas de 1914, referida a otras infracciones a la Libre Competencia (abuso de posición dominante, competencia desleal, etc.), que dan cuenta de *civil lawsuits*.
 - ¿Es eficiente la existencia de dos agencias de competencia?

(i) La estructura *dual* institucional del Derecho de la Libre Competencia chileno

- Análisis comparado (continuación)
 - *Reino Unido*: Una única agencia de competencia, la *Competition and Markets Authority* (CMA), la cual colabora con otras 9 agencias reguladoras sectoriales.
 - Análisis de competencia para conocer de los asuntos.
 - Sentencias administrativas.

(i) La estructura *dual* institucional del Derecho de la Libre Competencia chileno

- Análisis comparado (continuación)
 - *Unión Europea*: La regulación emana del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), cuyo *enforcement* descansa principalmente en la Comisión Europea (CE).
 - La CE posee variados poderes, como:
 - *Poderes de investigación*.
 - *Poderes ejecutivos*.



(ii) *La naturaleza mixta* de los asuntos que conoce el TDLC

(ii) La *naturaleza mixta* de los asuntos que conoce el TDLC

- El TDLC, a pesar de ser un órgano jurisdiccional, ejerce dos tipos de funciones:
 - Una *función jurisdiccional en sentido estricto*, esto es, la resolución de casos concretos con miras a su potestad contenciosa.
 - Una *función de elaboración de políticas públicas*, pues vela por la prevención y corrección de la Libre Competencia (art. 5°)

(ii) La *naturaleza mixta* de los asuntos que conoce el TDLC

- La problemática de este asunto.



(ii) La *naturaleza mixta* de los asuntos que conoce el TDLC

- ¿Cómo conciliar que un organismo posea facultades tan contradictorias?
 - La *limitación* del rol de formulación de políticas públicas.
 - Las *instrucciones de carácter general*. Jerarquía de ley y foco particularizado.
 - La *facultad de proposición normativa*. El denominado *deber recepticio débil*.

An illustration depicting a diverse group of people engaged in trade and commerce. In the foreground, a large hand in a white shirt is shaking hands with another hand in a brown sleeve. Behind them, a line of people is shown carrying various goods: a man in a suit carries a briefcase, a man in a red cap carries a stack of boxes, a man in a white shirt carries a large sack, a woman carries a basket of red produce, and a man in a dark suit carries a large basket of red produce. The background is a light blue sky with white arrows pointing in different directions, suggesting movement and trade. The overall scene is a metaphor for free competition and trade.

(iii) Los objetivos del
procedimiento de Libre
Competencia

(iii) Los *objetivos* del procedimiento de Libre Competencia.

- En donde sí existe una marcada discrepancia entre la *función jurisdiccional* y la *función de formulación de políticas públicas* es en la arista procedimental.
- La tesis tradicional del *objetivo del procedimiento* (protección del caso concreto).
- La antítesis: las *decisiones consecuencialistas* (la utilidad o bienestar de la sociedad).

(iii) Los *objetivos* del procedimiento de Libre Competencia.

- El razonamiento del TDLC en materia contenciosa, desde el año 2012, pareciera adoptar un enfoque consecuencialista:
 - Por ejemplo, en la Sentencia 122-2012, el TDLC señaló: *“de este modo, dada la naturaleza del ilícito cometido, que es considerado por la doctrina internacional y la jurisprudencia nacional como el más grave atentado a la libre competencia, es necesaria la imposición de una multa que efectivamente constituya una disuasión de este tipo de conductas”.* (Cons. 124°)

(iii) Los *objetivos* del procedimiento de Libre Competencia.

- Este planteamiento ha sido seguido por las peticiones de la FNE, como consta, por ejemplo, en el reciente requerimiento por interlocking en contra de Hernán Büchi y otros, al pedir que:
 - “De este modo, la cuantía de la multa que se establezca en este caso debe disuadir eficazmente a los acusados de incumplir la prohibición de interlocking horizontal en el futuro”. (Párrafo 77)

(iii) Los *objetivos* del procedimiento de Libre Competencia.

- Sin embargo, en donde mayormente podemos encontrar una discrepancia entre el *objetivo procedimental* de protección del caso concreto y la *función consecuencialista* es en los llamados **procedimientos no contenciosos**, en donde no rige el *principio de congruencia* y el TDLC, al momento de resolver un asunto, cuenta con las más amplísimas atribuciones.

The background features a large, stylized logo for the Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) in shades of blue and white. The letters 'TDLC' are prominent, with the 'D' being particularly large. To the right, there is a silhouette of a person walking, and below it, the text 'Tribunal de Defensa de la Libre Competencia' is written in a smaller font. A dark rectangular box with a white L-shaped corner is positioned on the left side of the image, framing the main title.

La estructura orgánica del TDLC

Tribunal de Defensa de
la Libre Competencia

La estructura orgánica del TDLC

- La integración del TDLC se encuentra dada por el artículo 6° del DL N°211, precepto que da cuenta de su *composición mixta*.

Artículo 6°.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia estará integrado por las personas que se indican a continuación:

- a) Un abogado, que lo presidirá, designado por el Presidente de la República de una nómina de cinco postulantes confeccionada por la Corte Suprema mediante concurso público de antecedentes. Sólo podrán participar en el concurso quienes tengan una destacada actividad profesional o académica especializada en materias de libre competencia o en Derecho Comercial o Económico, y acrediten a lo menos 10 años de ejercicio profesional.
- b) Cuatro profesionales universitarios expertos en materias de libre competencia, dos de los cuales deberán ser abogados y dos licenciados o con post grados en ciencias económicas. Dos integrantes, uno de cada área profesional, serán designados por el Consejo del Banco Central previo concurso público de antecedentes. Los otros dos integrantes, también uno de cada área profesional, serán designados por el Presidente de la República, a partir de dos nóminas de tres postulantes, una para cada designación, confeccionadas por el Consejo del Banco Central, también mediante concurso público de antecedentes.

La estructura orgánica del TDLC

- La composición actual del TDLC es la siguiente:

Presidente	Nicolás Rojas C.	Abogado
Ministra Titular	Daniela Gorab S.	Abogada
Ministro Titular	Jaime Barahona U.	Abogado
Ministra Titular	María de la Luz Domper R.	Economista
Ministro Titular	Ricardo Paredes M.	Economista
Ministro Suplente	Rafael Pastor B.	Abogado
Ministro Suplente	Pablo García G.	Economista

Los órganos que intervienen en el proceso de Libre Competencia

- Como ya hemos señalado, nuestro sistema de Libre Competencia es *dual y judicializado*, por lo que encontramos un órgano administrativo que investiga (la FNE) y un órgano jurisdiccional especializado (el TDLC).
- Sin embargo, que tengamos un órgano jurisdiccional especializado no implica que sus sentencias no puedan ser conocidas por un tribunal superior. A este respecto, como bien señala el artículo 5° del DL N°211, “*el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema*”.

¿Es favorable que exista un tribunal de segunda instancia?

- La doctrina se ha preguntado si, existiendo un tribunal especializado, acaso es o no favorable que exista un órgano jurisdiccional de segunda instancia. En efecto, en nuestro sistema, el procedimiento contencioso, el procedimiento no contencioso, las instrucciones generales y las facultades propositivas, son recusables a través de un *recurso de reclamación* ante la Corte Suprema.
- El *ego* o *sesgo especializado* y la problemática del costo del error de las posiciones contrarias.

The background features a large, stylized 'TDLC' logo in a light blue color against a dark blue background. To the right, there is a silhouette of a person walking, and below it, the text 'Tribunal de Defensa de la Libre Competencia' is visible in a white, sans-serif font. A white L-shaped graphic element is positioned in the upper left corner of the text box.

Las funciones del TDLC

Tribunal de Defensa de
la Libre Competencia

Las *funciones jurisdiccionales*

Las *funciones jurisdiccionales* del TDLC son las siguientes:

1) Conocer del *procedimiento contencioso*, esto es, situaciones que constituyen una vulneración a la Libre Competencia y a las normas del DL N°211, persiguiendo un *fin sancionatorio*.

La característica esencial del procedimiento contencioso es, precisamente, la aplicación de sanciones, siendo aquella por excelencia la multa en beneficio fiscal.

Las *funciones jurisdiccionales*

2) Conocer del *procedimiento no contencioso*, en donde lo discutido son *antijuridicidades* respecto a la normativa del Derecho de la Libre Competencia, relativa a los efectos de hechos, actos o convenciones.

En contraste al procedimiento contencioso, en el no contencioso solamente existe una discusión de antijuridicidad, de suerte que no existe un juicio de reproche y, por tanto, no es posible la imposición de multas.

Las *funciones jurisdiccionales*

3) Conocer del *recurso de revisión especial* relativo a materias de operaciones de concentración.

Como sabemos, cuando la FNE examina una posible operación de concentración, puede: (i) *aprobarla* pura y simplemente; (ii) aprobarla con reservas, esto es, bajo condiciones y medidas; y (iii) rechazar la operación de concentración, caso en el cual existe un derecho para las partes notificantes de acudir al TDLC para impugnar la decisión administrativa de la FNE (por ejemplo, el caso Ideal y Nutrabilien).

Las funciones de políticas públicas

El TDLC, además de su función jurisdiccional, puede regular ciertos mercados cuando detecta ciertas fallas que limiten la Libre Competencia, entre las cuales encontramos:

- 1) La *facultad de dictar instrucciones de carácter general*, la cual debe ser focalizada y concentrada en un determinado mercado, siempre que digan relación con beneficios vinculados con la Libre Competencia.
- 2) La *facultad propositiva*, pudiendo proponer al Presidente de la República, a través de sus Ministros de Estado que corresponda, la modificación o derogación de ciertos preceptos legales que sean contrarios a la Libre Competencia.