



POTESTADES DEL H. TRIBUNAL
DE DEFENSA DE LA LIBRE
COMPETENCIA

Felipe Rocha O.

An isometric illustration on a blue background. A series of white rectangular blocks are arranged in a stepped, staircase-like pattern. At the top of this structure is a single, larger pink block. Several stylized human figures are interacting with the blocks: one is on a ladder reaching for the pink block, another is standing next to a block on the left, a third is sitting on a block on the right using a laptop, and a fourth is standing at the base of the structure. A dark grey rectangular area is overlaid on the left side of the image, containing the text.

Libre Competencia y orden público económico

¿Qué es el orden público económico?

- Según CEA EGAÑA, el concepto del orden público económico puede ser entendido como aquel “conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”.
- Para FERMANDOIS, el orden público económico consiste en “el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana”.

¿Qué es el orden público económico?

- En palabras de AVILÉS, el orden público económico comprende “la recta disposición de los diferentes elementos sociales que integran la comunidad –públicos y privados– en su dimensión económica, de la manera que la colectividad estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre”.
- Para BARROS, “el orden público económico está referido al conjunto de reglas que rigen la economía y que se imponen a los particulares. Cumple dos funciones primordiales, como son: (a) cautelar a través de sus normas el cumplimiento de ciertos fines sociales y; (b) brindar protección a determinados grupos de personas”.

¿Qué es el orden público económico?

- De las definiciones anteriores, pueden extraerse tres *elementos esenciales* que configuran el orden público económico:
 1. *Contenido estructural*: El orden público económico se encuentra conformado por un conjunto de principios y normas jurídicas de naturaleza económica.
 2. *Propósito*: El orden público económico vela por el interés general o el bien común de la Nación en materia económica.
 3. *Restictivo*: El orden público económico se impone como un límite a la libertad de comportamiento de todos los individuos de la Nación.

El Derecho de la Libre Competencia es parte del orden público económico

- En la Sentencia N°105/2010, el H. TDLC señaló que: *“Decimoctavo. (...) las normas que buscan proteger y promover la libre competencia en los mercados son una parte esencial del orden público económico, en tanto están destinadas a tutelar derechos garantizados por la propia Constitución que deben ser respetados por los privados, por el Estado y sus organismos, pues concurren a fundamentar el sistema económico consagrado en nuestra Carta Fundamental”*.
- ¿Cuál es el derecho fundamental que esencialmente pretende garantizar la Libre Competencia?

El Derecho de la Libre Competencia es parte del orden público económico

- Sentencia H. TDLC N°132/2013: *“Decimosexto. (...) Al respecto, no debe olvidarse que las atribuciones de este Tribunal de Defensa de la Libre Competencia surgen del D.L. N° 211 y se basan en la tutela constitucional de la libertad económica y la existencia de un orden público económico (artículo 19°, N° 21 de la Constitución Política de la República), e incluyen el resguardo de la libre competencia en los mercados”.*
- Artículo 19 N°21 CPR: La Constitución asegura a todas las personas *“El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”*.

El Derecho de la Libre Competencia es parte del orden público económico

■ Sentencia Excma. Corte Suprema, rol N°2.578-2012 (*caso Farmacias*):

“Septuagésimo Cuarto. (...) Diferentes normas constitucionales desarrollan lo que se ha denominado la “Constitución Económica”, que busca precisar y resguardar a las personas su derecho a planificar, desarrollar y ejecutar sus proyectos de vida personal y de realización material, para concretar y llevar adelante su capacidad de emprendimiento. Los artículos 1°, 3°, 8°, 19 N° 2, 21, 22, 23, 24, 25 y 26; 20, 21, 38 y 108 de la Constitución Política de la República dar origen a un abanico de disposiciones en que las personas encuentran seguridad en los enunciados anteriores”.

El Derecho de la Libre Competencia es parte del orden público económico

“Septuagésimo Cuarto. (continuación). En el campo del derecho económico se estructuraron las nociones de orden público económico, libre competencia y competencia desleal, en que se asocia la libre competencia con el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, por consignar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita (...) Es por ello que respecto de la garantía en referencia el profesor Evans ha señalado que “si la Constitución asegura a todas las personas el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica (...) es contraria a la libertad, y la vulnera, el empleo por otros empresarios de arbitrios, como pactos, acuerdos, acciones y toda clase de operaciones que tengan por objeto o den o puedan dar como resultado dejar al margen de la vida de los negocios a quien esté cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país”.

El Derecho de la Libre Competencia es parte del orden público económico

“Septuagésimo Cuarto. (continuación). “Por ello existe una legislación protectora de la libre competencia que sanciona esos actos y protege el pleno ejercicio de la libertad que estamos analizando. Es el Decreto Ley 211, de 1973, cuyo texto definitivo lo fijó el Decreto 511 del ministerio de economía Fomento y Reconstrucción, de 27 de octubre de 1980”.

El Derecho de la Libre Competencia es parte del orden público económico

■ Sentencia Excma. Corte Suprema, rol N°21.536-2014 (*caso Buses-Caldera*):

“Tercero. Que el derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica de un orden basado en que la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación. Así, la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N° 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico, que tiene distintas funciones respecto de la garantía en estudio, puesto que por una parte vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado y, además, desde otra perspectiva limita el ejercicio de tal derecho ya que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado sino también de particulares que esgrimiendo su propia libertad pretenden alcanzar y ejercer poder en el mercado.”

El Derecho de la Libre Competencia es parte del orden público económico

“Tercero (continuación). (...) Así, la protección institucional de la libre competencia sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales, pretende mantener el orden económico en el mercado, reprimiendo los abusos o el mal uso de las libertades por cualquier agente económico que participa en el mercado, toda vez que no es posible que aquél, en el ejercicio del derecho de la libre iniciativa económica, afecte la libre competencia que le permite actuar. Esta doble vía que considera la libertad y el abuso permite explicar la limitación que impone la institucionalidad en orden a no desarrollar acciones que restrinjan de manera antijurídica la competencia, la cual corresponde proteger “no sólo cuando es lesionada, sino que también cuando es puesta en peligro”.

El Derecho de la Libre Competencia es parte del orden público económico

- De los criterios jurisprudenciales señalados, puede señalarse concluirse que:
 1. Las normas de defensa de la Libre Competencia son parte del orden público económico y tutelan, en esencia, el derecho fundamental de la libertad de emprender cualquier actividad económica lícita.
 2. Esta protección institucional de orden público sobrepasa el resguardo de intereses meramente individuales en juego, limitando, a su vez, el ejercicio de la libertad económica en protección del interés general de la Nación y el bien común.

El Derecho de la Libre Competencia es parte del orden público económico

- El órgano jurisdiccional llamado a velar por la defensa de la Libre Competencia es el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “H. TDLC”).

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

Artículo 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.

An illustration depicting a diverse group of people in various professions and settings, all moving in a line from left to right. In the foreground, a large hand is shown holding a rolled-up document. The background features a blue sky with white arrows pointing in different directions, suggesting movement and progress. The overall scene conveys a sense of global interconnectedness and economic activity.

Nuestro particular
sistema de Libre
Competencia

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 H. TDLC.
 3. Los *objetivos del procedimiento* que conoce el H. TDLC.

An illustration depicting a diverse group of people in various settings, symbolizing trade and competition. In the foreground, a large hand in a white 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.

(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 H. TDLC:

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 *potestad contenciosa* del H. 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 *potestad consultiva* del H. 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*.

An illustration depicting a diverse group of people walking across a globe. In the foreground, a large hand is shown holding a rolled-up document. The background shows various individuals: a man in a suit carrying a briefcase, a man in a hard hat carrying boxes, a man carrying a large sack, a woman carrying a basket of produce, and a man carrying a large box. The scene is set against a blue background with white arrows pointing in different directions, suggesting movement and a global context.

(ii) *La naturaleza mixta* de los asuntos que conoce el H. 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 e imposición de sanciones a casos concretos, con miras en 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 *potestad propositiva*. El denominado *deber recepticio débil*.

An illustration depicting a diverse group of people in various attire (business suits, work clothes, traditional clothing) carrying different types of goods (boxes, bags, baskets of produce). The scene is set against a blue background with white arrows pointing in different directions, suggesting movement and trade. In the foreground, a large hand is shown holding a rolled-up document, symbolizing agreement or a treaty. The overall theme is international trade and cooperation.

(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 en pos del *bien común* o el *interés general de la Nación*).

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

- El razonamiento del H. 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.

- Sentencia Excma. Corte Suprema, rol N°34.849-2016: “*Décimo sexto. (...) El TDLC cuenta con facultades para ir más allá de la actividad probatoria de las partes, de modo que no se encuentra inerte ante la omisión en que éstas puedan incurrir en este específico ámbito (...) Dada su naturaleza y el objeto con el que fue establecido, que se refiere a la prevención, corrección y sanción de los atentados a la libre competencia, lo esperable es que el TDLC, teniendo noticia de hechos que podrían afectar el orden público, disponga la práctica de las medidas probatorias que fueren necesarias a fin de verificar la efectividad de hechos de público conocimiento o de simple y directa comprobación por sus miembros mediante”*

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

- *“Décimo sexto (continuación) En efecto, de acuerdo a las atribuciones que le son propias y desde que se interponga la respectiva acción, el Tribunal se encuentra facultado para decretar proactivamente la realización de aquellas diligencias idóneas para verificar la efectividad de hechos tan graves como los descritos por la actora, sin que deba limitarse, pasivamente, a esperar la actividad de las partes en este ámbito, considerando, en especial, la negligencia de la demandante en la satisfacción de la carga probatoria que le correspondía.*”

(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 H. TDLC, al momento de resolver un asunto, cuenta con las más amplísimas atribuciones.



La estructura
orgánica del
H. TDLC

Tribunal de Defensa de
la Libre Competencia

La estructura orgánica del TDLC

- La integración del H. 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 H. 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

Órganos que
intervienen en los
procedimientos de
Libre Competencia

Tribunal de Defensa de
la Libre Competencia

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 H. 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.



Las potestades del
H. TDLC

Tribunal de Defensa de
la Libre Competencia

Las *potestades jurisdiccionales*

Las *potestades jurisdiccionales* del H. 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* (art. 18 N°1)

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

Las *potestades 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 (art. 18 N°2).

En contraste al procedimiento contencioso, en el de naturaleza 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 potestades jurisdiccionales

3) Conocer del *recurso de revisión especial* relativo a materias de operaciones de concentración (art. 18 N°5).

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 H. TDLC para impugnar la decisión administrativa de la FNE (por ejemplo: (i) el caso Ideal y Nutrabilien; y (ii) el caso Isapre Más Vida e Isapre Colmena).

Las potestades de políticas públicas

El H. 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 *potestad de dictar instrucciones de carácter general*, la cual debe ser **focalizada** en un determinado mercado para mejorar sus condiciones competitivas, siempre que digan relación con beneficios vinculados con la Libre Competencia. Su rango es *reglamentario*, no legal (**art. 18 N°3**).
- 2) La *potestad propositiva*, pudiendo proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de ciertos preceptos legales que sean contrarios a la Libre Competencia. El Ministro decidirá si acepta o no la proposición y sus fundamentos (**art. 18 N°4**).