

**Alejandro  
Romero  
Seguel**

Universidad de  
Los Andes, Chile

aromero@uandes.cl

**El carácter vinculante de los actos del Tribunal de la Libre Competencia que fija condiciones para la realización de actos o contratos por los agentes económicos (Sentencia N° 147, de 9 de diciembre de 2015)**

**The binding nature of the acts of the Court of Free Competition that sets conditions for the performance of acts or contracts by economic agents. (Sentencia N° 147, de 9 de diciembre de 2015)**

---

**Resumen:** El comentario sintetiza la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sobre la naturaleza de los actos de jurisdicción no contenciosa, a través de los que se fijan condiciones para la realización de actos o contratos por los agentes económicos. Se trata de actos administrativos que producen efectos vinculantes para los sujetos imperados y cuyo incumplimiento provoca varias consecuencias jurídicas.

**Palabras clave:** Libre competencia. Jurisdicción voluntaria. Actos administrativos.

**Abstract:** The comment summarizes the jurisprudential doctrine of the Court of Defense of the Free Competition on the nature of acts of non-contentious jurisdiction, through which conditions are established for the performance of acts or contracts by economic agents. These are administrative acts that produce binding effects for the subjects and whose non-compliance causes several legal consequences.

**Keywords:** Free competition. Voluntary jurisdiction. Administrative acts.

---

## 1. La jurisdicción no contenciosa en materia de libre competencia

La protección de los derechos y de los intereses legítimos en el campo del proceso de la libre competencia se realiza a través de la actuación de la jurisdicción contenciosa y no contenciosa; en el primer caso, ello se produce a través del ejercicio del derecho de acción que se promueve a través de un requerimiento del FNE o de una demanda, en el caso de los particulares; en la jurisdicción voluntaria, en cambio, se trata de una actividad jurídica para conseguir distintos efectos que la ley le ha encomendado.

La competencia del Tribunal de Defensa de Libre Competencia para el tema voluntario se contiene en el art. 18 del DL 211 de 1973, al señalar:

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.

La utilización en estos casos de la técnica de la jurisdicción no contenciosa se explica por varias razones. A través de esta actividad jurídica se logra, entre otros

finés, adoptar medidas de protección y prevenir que en la celebración o ejecución de ciertos hechos actos o contratos no se altere el correcto funcionamiento del mercado conforme a las conductas ilícitas que indica el art. 3 del DL 211 de 1973.

Como bien lo ha caracterizado el propio TDLC al explicar el alcance de esta competencia no contenciosa, en la sentencia N° 117, de 29 de diciembre de 2011:

Vigésimo primero. Que, así, el procedimiento contemplado en el artículo 31 para el ejercicio de la potestad descrita en el artículo 18 N° 2 —procedimiento que la ley denomina como “no contencioso”— tiene por propósito culminar en un pronunciamiento en el que se definan los requisitos que deben operar para que una determinada conducta que se autoriza no genere efectos nocivos o contrarios a la libre competencia, sin analizar la culpabilidad de los intervinientes en el mismo, cuestión que está reservada al procedimiento contradictorio, en el que podría realizarse por el Tribunal un juicio de reproche a este respecto. Las resoluciones en procedimientos “no contenciosos”, responden a un fin tutelar-preventivo que, en el caso de consultas sobre operaciones de concentración que no se han materializado, tiene como trasfondo la aplicación de un análisis prospectivo sobre las condiciones del mercado y el impacto que la operación consultada pueda tener en las mismas.

## 2. La jurisdicción no contenciosa y los actos administrativos

En nuestro derecho la caracterización de la jurisdicción voluntaria o no contenciosa se encuentra en el art. 817 CPC. Allí, siguiendo a la doctrina clásica, se declara que son actos judiciales no contenciosos aquellos que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre las partes<sup>1</sup>.

En el caso del TDLC estas atribuciones implica el ejercicio de una serie de competencias administrativas que superan el esquema clásico de la simple ausencia de contienda entre partes, para instalarse directamente dentro del ejercicio de las potestades públicas que la ley asigna a los diversos órganos que conforman la compleja

<sup>1</sup> El criterio de la ausencia de contradicción tiene su origen en un texto de Marciano, contenido en el Digesto (D. 1.16.2 Pr. 1). De ahí pasó a *Las Partidas*, sirviendo luego de inspiración al legislador del siglo XIX. Sin embargo, la doctrina no acepta pacíficamente este criterio, puntualizando que también en el proceso contencioso podría darse la falta de contradicción. Sobre el tema, entre la abundante bibliografía, Fernández de Buján, Antonio, *La jurisdicción voluntaria*, Madrid: Civitas, 2001, pp. 57-101.

realidad jurídica del Estado<sup>2</sup>.

Tanto en el plano teórico como en el jurisprudencial la calificación de la jurisdicción voluntaria como una manifestación de la actividad administrativa tiene plena aceptación en nuestro medio. Entre otras sintetiza esta doctrina el fallo de la Corte Suprema, de 26 de octubre de 2012, al señalar,

Cuarto: Que en el caso de los asuntos judiciales no contenciosos, por tener éstos un carácter administrativo, donde sólo existe el interesado y un asunto a resolver, no cabe hablar de excepción de cosa juzgada, toda vez que no existen propiamente partes, ni procedimiento que lleve a la resolución de un conflicto de relevancia jurídica, como sucede en los asuntos contenciosos de naturaleza jurisdiccional (...)<sup>3</sup>.

Ahora, la consecuencia que la actividad desempeñada por el TDLC, fijando condiciones a la ejecución de ciertos hechos, actos y contratos, sea calificada de un acto administrativo implica que estamos frente a un acto cuyos efectos jurídicos están amparados por el principio de juridicidad que en este tema introduce reglas de comportamiento para los distintos actores del mercado que participan en la actividad imperada por estas condiciones.

Como lo ha reconocido nuestra jurisprudencia constitucional,

entre los elementos propios del Estado de Derecho, se encuentra la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza legítima de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos vinculados a los actos realizados (TC, sentencia Rol N° 207, entre otras).

El carácter de acto administrativo de la actuación del TDLC imponiendo estas condiciones ha sido reconocido en su jurisprudencia y en la de la Corte Suprema, tal como lo establece la sentencia N° 117, de 29 de diciembre de

2011, al resolver:

Vigésimo cuarto. Que, a mayor abundamiento, el carácter consultivo y preventivo de las resoluciones dictadas conforme a los artículos 18 N° 2 y 31 —definido por la naturaleza no contenciosa que la propia ley atribuye a este procedimiento— ha sido expresamente reconocido por este mismo Tribunal en su Sentencia N° 86, al señalar que la potestad legal en que se originan “tiene una función preventiva ordenada a evitar o minimizar la posibilidad de que hechos, actos o convenciones determinados, proyectados, ejecutados o celebrados, puedan llegar a lesionar o poner en riesgo la libre competencia.

Por otra parte, la Excm. Corte Suprema, en su sentencia de fecha 27 de enero de 2009, recaída en causa Rol N° 4797-2008, ha establecido el carácter administrativo de dichas resoluciones, al declarar que “la atribución de fijar condiciones a hechos, actos o convenciones asociada a la potestad consultiva trae aparejados necesariamente límites para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el ejercicio de dicha potestad administrativa”. El Tribunal Constitucional, finalmente, se ha pronunciado en el mismo sentido al afirmar que, de la lectura del artículo 18 del DL N° 211, “es posible concluir que —en principio— sólo el número uno dice relación con una atribución en que el órgano actúa propiamente como tribunal, ejerciendo jurisdicción, esto es, resolviendo conflictos externos de relevancia jurídica” y que los

demás numerales no establecen potestades propiamente jurisdiccionales, toda vez que en el ejercicio de ellas el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no conoce de pretensiones procesales originadas en un conflicto de carácter jurídico, sino que [...] se pronuncia sobre ciertas declaraciones REPUBLICA DE CHILE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA 20 y diligencias que [...] los particulares no pueden realizar por sí, requiriendo de la intervención de un tribunal al que expresamente se le han encomendado las atribuciones administrativas pertinentes” (Tribunal Constitucional, Rol N° 1448-2009, 9 de septiembre de 2010).

<sup>2</sup> Un estudio del tema con en nuestro sistema, Valdés Prieto, Domingo, *Libre competencia y monopolio*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 585-700.

<sup>3</sup> Corte Suprema, de 26 de octubre de 2012. Rol N° 11497-11, MJ 33564, Soto Hergutt, Sergio. En igual orientación, CS, 28 de abril de 2014. Rol N° 2260/2013. VLex N° 78446; CS, 10 de julio de 1935, RDJ, t. 32, sec. 1ª, p. 427.

### 3. El carácter imperativo de las Resolución del TDLC

El carácter imperativo de las condiciones que impone el TDLC se explica al provenir del ejercicio de una actividad jurídica que no es meramente consultiva, sino imperativa. Esto se aprecia con toda nitidez por el hecho que en estos casos el tribunal indicado impone a la Fiscalía Nacional Económica controlar el cumplimiento de las condiciones, para cumplir con la tutela del interés general que dicho ente de litigación pública detenta en el sistema de protección de la defensa de la libre competencia.

Ha ratificado esta naturaleza vinculante el TDLC, entre otras, en la sentencia N° 117, de 29 de diciembre de 2011, al resolver:

Vigésimo tercero. Que, en suma, cuando este Tribunal resuelve una consulta de conformidad con el artículo 18 N° 2, imponiendo a los intervinientes involucrados determinadas condiciones a las que deben someterse para que el hecho, acto o contrato de que se trate pueda materializarse —condiciones que, por lo demás, pueden no tener efecto alguno, toda vez que dichos intervinientes siempre pueden optar por no llevarlo a cabo en caso que lo estimen

más beneficioso o conveniente para sus intereses— lo que está haciendo es —en ejercicio de una potestad que se ha denominado como consultiva— imponer a tales intervinientes determinadas obligaciones de hacer o no hacer, potestativas, no sancionatorias, limitadoras de derechos, pero que no resuelven un conflicto entre partes ni realizan un juicio de reproche frente a la existencia de una eventual vulneración a la competencia.

Ha vuelto sobre el tema el TDLC en la sentencia N° 147, de 9 de diciembre de 2015, señalando que el cambio de las “condiciones” que no cuentan con un plazo predeterminado se debe realizar mediante la intervención de dicho órgano jurisdiccional, al exponer:

Centésimo sexto. Que, en materia de libre competencia, la autorización legal necesaria para modificar las medidas de este Tribunal está contenida en el artículo 32° del D.L. N° 211, que permite el cambio de las medidas cuando nuevos antecedentes permitan variar la calificación de competitivos o anticompetitivos de los actos objeto de las mismas.

### 4. El carácter constitutivo de las “condiciones”

El carácter vinculante de estas condiciones se debe, además, a la naturaleza constitutiva que tiene la resolución que las fija. Efectivamente, el estado jurídico del que nace esta singular protección jurídica para el funcionamiento del mercado proviene del pronunciamiento de una sentencia constitutiva, que se caracteriza por crear un estado jurídico que no existía antes de dicha resolución. La Corte Suprema describe este tipo de sentencia indicando que, “(...) por medio de tal sentencia se está creando o interviniendo una situación jurídica que el Derecho no reconocía, por lo que le reserva a los tribunales este poder por consideraciones de seguridad jurídica, cuando una pretensión legítima ha sido infundadamente resistida” (Corte Suprema, 3 de marzo de 2015, Rol N° 8318-14, MJ 40506).

Los efectos constitutivos de este tipo de resoluciones

se proyectan en los planos jurídico y económico, produciendo una serie de consecuencias respecto de la situación las personas vinculadas a esas “condiciones”, sobre los contratos u obligaciones que se puedan ejecutar en relación al tema objeto de esta regulación y respecto del modo como debe cesar sus efectos mediante la intervención del TDLC.

Para los sujetos imperados por esa sentencia constitutiva surge un estado jurídico que se prolonga en el tiempo. Para que lo anterior cese debe intervenir el TDLC o el cumplimiento del plazo o condiciones fijadas para ellas. Sólo con la terminación de ese estado se debe entender que las condiciones dejan de producir sus efectos, atendido el carácter constitutivo que se les ha atribuido por el mismo TDLC.

Constituye un aporte en este tema la sentencia del TDLC N° 147, ya referida, al declarar:

Centésimo tercero. Que, en primer término, en lo que dice relación con la pretensión de SMU de alzamiento de la Condición Tercera y, en subsidio, de ampliación del plazo de cumplimiento, cabe señalar: (i) que se trata de pretensiones constitutivas de carácter extintivo y modificatorio; y (ii) que por tanto, de ser acogidas, sólo pueden producir efectos hacia futuro, por las razones que a continuación se detallan; Centésimo cuarto. Que las medidas solicitadas son de naturaleza constitutiva porque son de aquellas que tienen por objeto un cambio en el estado jurídico existente en virtud de una norma legal que autoriza al juez a crear dicho cambio si concurren los presupuestos establecidos en la norma. En este sentido, Zafra señala que la sentencia constitutiva que se pronuncia sobre esas pretensiones es aquella que produce “uno de los tres momentos existenciales en una determinada situación jurídica: su nacimiento –o constitución estricta–, su modificación

o su extinción” (Zafra Valverde, José, Sentencia Constitutiva y Sentencia Dispositiva, Rialp, Pamplona, 1962, p. 74);

Centésimo quinto. Que, por regla general, las pretensiones constitutivas modificatorias están regidas por el principio *rebus sic stantibus*, que permite la mutabilidad de las medidas por cambio de circunstancias para favorecer principalmente su eficacia y justicia. Según Zafra, la posibilidad de dictar una nueva sentencia en estos casos se debe a “[...] un cambio operado en las circunstancias de hecho que dieron base a la constitución jurisdiccional –en casos en que la persistencia del efecto constitutivo está justificada en tanto en cuanto se mantienen idénticas las expresadas circunstancias–, remueve el estado de cosas creado por la primera sentencia, restableciendo el que existía con anterioridad a la misma” (Zafra Valverde, ob. cit., 213) (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, N° 147).

## 5. La omisión al no solicitar el cambio de circunstancias por el sujeto imperado por el acto del TDLC

En términos generales, el incumplimiento de las condiciones fijadas por el TDLC configura una conducta antijurídica que queda sujeta a las diversas sanciones que contempla el ordenamiento jurídico.

La transgresión a este tipo de resoluciones determina la infracción a un deber de conducta fijado por la autoridad competente, que puede configurar un acto ilícito que puede sancionar el TDLC aplicando una multa al infractor.

A modo de esquema, el incumplimiento la infracción a estos deberes impuestos por una resolución jurisdiccional del TDLC se vincula con las siguientes instituciones jurídicas procesales.

### 5.1. El incumplimiento de una carga procesal

Al agente económico vinculado a cumplir estas condiciones se le impone la carga procesal de instar por el cambio o cesación de las mismas a través del procedimiento previstos para ello. Como lo ha declarado el TDLC en la sentencia N° 117, de 29 de diciembre de

2011, esas condiciones son permanentes, puntualizando que existen dos formas para que dejen de surtir sus efectos o se modifiquen:

(i) que el propio Tribunal les fije un plazo o fecha de término al dictarlas (así ha ocurrido, por ejemplo, en la propia Resolución N° 1/2004, y en las Resoluciones N°s 9/2005, 22/2007 y 37/2011); o, (ii) que el Tribunal, posteriormente y en virtud de lo dispuesto en el artículo 32, inciso 1°, del D.L. N° 211, las modifique, reemplace o declare extinguidas, mediante una nueva resolución, también dictada en ejercicio de las atribuciones contempladas en el artículo 18 N° 2 y mediante la tramitación del procedimiento especial del artículo 31. Dicho término, modificación o reemplazo puede estar también contemplado en la propia resolución que se dicte, al indicar ésta, por ejemplo, que la conducta prohibida por la condición respectiva podrá realizarse previa consulta al Tribunal en un nuevo procedimiento del artículo 31, como ha sido decidido –por ejemplo– en las Resoluciones N° 37/2011, sobre la operación de concentración entre Lan y Tam; N° 34/2011, sobre la operación de

concentración entre Terpel Colombia y Copec; y N° 20/2007, sobre la operación de concentración entre GLR e Iberoamerican Radio Chile, entre otras. Todo lo anterior, como se ha dicho, sin perjuicio de la eventual prescripción de la acción para perseguir la infracción a que dé lugar su incumplimiento (TDLC, N° 117, 29 de diciembre de 2011).

Como se puede apreciar de la propia doctrina del TDLC, el agente económico imperado por esas condiciones tiene la carga de instar por su cambio, utilizando la vía procesal prevista para ello.

Ahora, la omisión de solicitar dicho cambio, supone a lo menos la infracción a una carga procesal, cuya consecuencia desfavorable debe ser soportada por el que la incumplió.

Como se sabe, la carga procesal —entendida en la clásica definición de Goldschmidt como el “imperativo del propio interés” (Goldschmidt, 2010<sup>4</sup>—, es uno de los instrumentos jurídicos al que se acude para justificar los efectos jurídicos desfavorables por la no realización de una determinada conducta o por la omisión en el ejercicio de un derecho en el proceso.

## 5.2. El incumplimiento del deber de colaboración y coherencia procesal

La omisión en la petición de solicitar un cambio o cese de las condiciones impuestas por el TDLC puede configurar también una infracción al deber de colaboración y coherencia procesal.

El deber de colaboración en materia procesal ha sido definido como “el conjunto de reglas de conducta, gobernadas por el imperativo ético, a las cuales deben ajustarse todos los sujetos del proceso”, que “proscribe la malicia, la mala fe y la deshonestidad como instrumentos

inaceptables para ganar los pleitos” (Bustamante Rúa, 2010, p. 98).

Dicho de otra forma, el principio de colaboración se encamina a que el proceso sea efectivamente un mecanismo para conseguir la justicia, evitando las posibles maniobras de que puedan servirse las partes en el ámbito procesal, para obtener una ventaja jurídica a toda costa, como puede acontecer con los agentes económicos que prescinden de las condiciones que les fija en su actuar el TDLC actuando por las vías de hecho.

Como lo expone Aguirrezabal, “el principio de colaboración procesal coloca al justiciable en un rol de cooperación con el servicio judicial, y encuentra su fundamento en las cargas y deberes que se imponen a las partes y a los terceros para que el proceso llegue a su fin solucionando la controversia. Se desarrolla a partir de una visión solidaria del proceso, que se asienta e implementa a partir de la buena fe y probidad procesal, con la finalidad de afianzar el buen comportamiento en los intervinientes y el resultado útil de la jurisdicción (Aguirrezabal, 2016, p. 517).

En cuanto al deber de coherencia se trata de una tendencia que viene enfatizando la necesidad de asignar valor a las conductas procesales, especialmente cuando se constata de ellas se aprecia una falta de colaboración entre las mismas o revelan un actuar negligente en las conductas que debían desplegar (Carreta, 2008). De un modo concreto, el control de la coherencia cobra importancia, cuando se trata de determinar, por ejemplo, la existencia una renuncia tácita en el ejercicio de un derecho, o para repeler la defensa judicial de una parte que no ha cumplido previamente con los deberes que su situación jurídica le imponía, para evitar una utilización del proceso con fines dolosos o abusivos.

---

<sup>4</sup> Conforme a la explicación de Goldschmidt, “puede concebirse el Derecho como un conjunto de imperativos que han de seguir los sometidos a las reglas jurídicas, pero también como una serie de normas que han de ser aplicadas por el juez. Esta última concepción es la adecuada para el *Derecho justicial*, y, por consiguiente, para el Derecho procesal civil. Desde este punto de vista, las normas jurídicas constituyen, para los sometidos a ellas, las conminaciones de que el juez observará determinada conducta, y, en último término, de que dictará una sentencia de determinado alcance. Los vínculos jurídicos que nacen de aquí entre las partes no son propiamente «relaciones jurídicas» (consideración «estática» del Derecho), esto es, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino «situaciones jurídicas» (consideración dinámica del Derecho), es decir situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra: expectativas, posibilidades y cargas. Sólo aquéllas son derechos en sentido procesal —el mismo derecho a la tutela jurídica (acción procesal) no es, desde este punto de vista, más que una expectativa jurídicamente fundada—, y las últimas —las cargas—, «imperativos del propio interés», ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones. La situación jurídica se diferencia de la relación jurídica no sólo por su contenido, sino también porque depende, no de la «existencia», sino de la “evidencia” y muy especialmente de la prueba de sus presupuestos”.

Lo antes explicado en ningún caso conforma una novedad. Efectivamente el derecho histórico nos ha legado una serie de máximas que revelan que la falta de coherencia en el actuar permite aplicar sanciones jurídicas, tal como se aprecia de reglas ‘no será oído quien alega su propia torpeza’ (“*nemo auditur qui*

*propriam turpitudinem alegans*), en virtud de la cual nadie puede alegar la propia culpa en juicio. Y también de la que establece que “no puede uno actuar contra su propio error” (“*non potest quis venire contra errorem proprium*”) (Azón).

## 6. Conclusiones

El incumplimiento de una resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), que fija condiciones para ser cumplidas por determinados

agentes económicos, constituyen un acto imperativo y vinculante, cuya infracción por el sujeto imperado implica la comisión de un acto ilícito o antijurídico.

## Referencias

- Aguirrezábal Grünstein, M. (2016). Colaboración procesal y prueba en el procedimiento de reparación de los daños seguidos ante los tribunales ambientales. En J. Arancibia & A. Romero (Eds.), *La Prueba en la litigación pública* (pp. 247-285). Santiago: Librotecnia.
- Bustamante Rúa M. (2010). Principios del Derecho Procesal. En VV.AA., *Derecho Procesal Contemporáneo* (pp. 89-105). Medellín: Universidad De Medellín.
- Carretta Muñoz, F. (2008). Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia. En *Revista de Derecho*, Vol. XXI, 101-127.
- Domingo, R. & Rodríguez-Antolín B. (2000). *Reglas Jurídicas y Aforismos (con jurisprudencia actualizada y remisiones a la legislación vigente)*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Fernández De Buján, A. (2001). *La Jurisdicción Voluntaria*. Madrid: Civitas.
- Goldschmidt, J. (2010). *Derecho Procesal Civil* Tr. De La 2ª Ed. Alemana L. Prieto-Castro, (Nueva Edición A Cargo De J. López Barja De Quiroga). Madrid: Marcial Pons.
- Valdés Prieto, D. (2006). *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Corte Suprema de Justicia, 26 de octubre de 2012, rol N° 11497-11, MJ 33564.
- Corte Suprema de Justicia, 28 de abril De 2014, rol N° 2260/2013. Vlex N° 78446.
- Corte Suprema de Justicia, 10 de julio de 1935, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (RDJ), T. 32, sec. 1ª.
- Corte Suprema de Justicia, 3 de marzo de 2015, rol N° 8318-14, MJ 40506.
- Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 207.
- Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 1448-2009, 9 de septiembre de 2010.