

ARTÍCULOS

Un análisis del rol de la Corte Suprema en el sistema chileno de libre competencia a partir del recurso de reclamación

*An analysis of the role of the Supreme Court in the Chilean
competition law system from the claim resource*

Camilo Rojas Castillo 

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Chile

Antonia Silva Rius 

Estudiante de Derecho, Chile

RESUMEN El rol de la Corte Suprema en el sistema jurisdiccional de libre competencia ha tenido una creciente trascendencia en los últimos años, principalmente por medio del conocimiento del recurso de reclamación. En virtud de esto, este trabajo busca analizar algunas facetas clave para un efectivo diseño jurídico-institucional en la materia, planteando ciertas preguntas: ¿cuál es la naturaleza jurídica del recurso de reclamación?, ¿cómo diseñamos un sistema que balancee las potestades del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con las de la Corte Suprema? Finalmente, se hace una propuesta *de lege ferenda* que diferencia el recurso si se trata de un procedimiento contencioso o no contencioso.

PALABRAS CLAVE Recurso de reclamación, libre competencia, Corte Suprema, diseño institucional, análisis económico del derecho.

ABSTRACT The role of the Supreme Court in the Chilean competition law system has had a growing significance in recent years, mainly through the review of appeals (*recurso de reclamación*). Due to this, this article seeks to analyze some of the key facets for an effective legal-institutional design on the matter, raising certain questions: What is the legal nature of the *recurso de reclamación*? How should the knowledge of a specialized body—the Competition Court—be balanced with that of a generalist court—the Supreme Court—? Finally, a *lege ferenda* proposal is made, suggesting a different recourse depending on if a case is a contentious or non-contentious dispute.

KEYWORDS Appeal, competition law, Supreme Court, institutional design, economic analysis of law.

Introducción

La normativa en materia de libre competencia en Chile ha tenido una creciente relevancia en el contexto de cambios económicos traídos por nuevos mercados, lo cual ha generado una creciente afluencia de interés social y político en la materia debido, entre otros factores, a la potencial influencia que esta puede tener en la economía del país.

Dentro de este contexto, toma aún mayor relevancia la necesidad de contar con un diseño normativo e institucional que proporcione una eficiente y efectiva administración de justicia. En libre competencia, esto supone ciertos desafíos. Para efectos de este trabajo, nos preguntaremos cómo balancear los beneficios que trae la existencia de un órgano jurisdiccional especializado en la materia con la necesidad de considerar una mirada global en la aplicación del derecho. Esto, debido a que la libre competencia atraviesa diversos mercados y, con ello, una variedad de normativas adyacentes aplicables. También se hace conveniente analizar cómo establecer un sistema recursivo eficiente y efectivo que se haga cargo de la interrogante mencionada que, a la vez, respete los ámbitos de competencia jurisdiccionales y técnicos de otras instituciones y autoridades, dándole eficacia a un diseño institucional que contempla órganos especializados. Así, este documento abarca una cara del diseño institucional del derecho de la competencia, cuya importancia, especialmente analizada desde las responsabilidades y límites de las instituciones que lo implementan ha sido recalcada por la literatura (Mufdi, 2020: 258).

La Corte Suprema y su relación con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Antes de analizar la relación de nuestro máximo tribunal con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, específicamente en lo que respecta al recurso de reclamación, conviene tener en consideración las características de ambos órganos, tanto individualmente como en el contexto del diseño de nuestro sistema judicial.

Una de las principales distinciones que podemos hacer entre el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en su calidad de primer órgano decisor, y la Corte Suprema, como órgano revisor, es que el primero es un tribunal especialista, mientras que la segunda es uno de competencia general.

Si bien no existe una distinción inequívoca sobre dónde está la línea entre un tribunal especialista y uno generalista, a nuestro juicio una aproximación adecuada

es la propuesta de Tapia y Montt (2012: 141-157). Ellos, al calificar distintos tipos de órganos decisores y revisores en el contexto del derecho de la competencia, distinguen según su composición entre tribunales especializados o generales, y según su jurisdicción o diseño institucional, tribunales especiales o de jurisdicción general. Así, al conceptualizar *especialización*, indican que esta existe cuando convergen tres facetas de la misma: i) un mayor conocimiento en el área sustantiva a conocerse por medio de las decisiones; ii) experiencia, o sea, una acumulación de conocimiento o habilidad en el tiempo, por ejemplo, mediante el conocimiento de una gran cantidad de casos provenientes de una misma agencia o primer decisor; y iii) especificación de objeto, como finalidad específica de introducir coherencia lógica o proteger uno o múltiples objetivos de cierta parte del sistema jurídico. En caso de que cualquiera de estas facetas falte, nos encontraríamos frente a un tribunal generalista.

La Corte Suprema, en el contexto del derecho de la competencia, no posee ninguna de estas características. No cuenta con expertos en derecho de la competencia, especialmente en lo que involucra el análisis técnico-económico, en contraste al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que, en su composición, tiene ministros especializados en las ciencias económicas. Respecto a la experiencia, si bien la Corte Suprema resuelve cierta cantidad de casos de libre competencia mediante el recurso de reclamación, estos representan un porcentaje ínfimo del total de causas bajo su conocimiento, incluso considerando la división por salas de nuestro máximo tribunal.¹

A mayor abundamiento, si distinguimos respecto a la cantidad de causas que podrían haber sido objeto de recursos de reclamación y, por ende, sujetas a la revisión de la Corte Suprema, al 31 de diciembre de 2021 y según las estadísticas publicadas por el propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia,² complementadas con información pública para los años 2020 y 2021, aproximadamente un 68,4% del total de causas contenciosas fueron objeto de ese recurso, pero respecto a las causas no contenciosas que, como se ahondará, tienen una arista técnica particularmente relevante en contraste a las contenciosas, solo alrededor de un tercio de las mismas fueron alzadas al tribunal superior. En contraste, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conoce la totalidad de los casos judicializados en materia de competencia, además de usar otras potestades no jurisdiccionales relacionadas con la libre competencia (como atribuciones normativas, consultivas o propositivas, entre otras).

1. Considerando que la tercera sala —que resuelve las causas de libre competencia— también conoce lo que involucra contencioso administrativo, incluyendo abundantes casos de apelación de recursos de protección, acciones de responsabilidad del Estado, reclamaciones en materia ambiental, etcétera. Además de considerar la rotación en los integrantes de las salas, pues una de las vías por la cual la experiencia permite la especialización es la del aprendizaje, lo que implica que la repetición se dé no solo a nivel institucional, sino que también personal, es decir, que los ministros se vean enfrentados a una cantidad de casos significativos.

2. Disponible en <https://bit.ly/39DojBR>.

Por último, respecto a la especificación de objeto, la Corte Suprema tiene como labor el conocimiento de cualquier asunto, lo que podemos llamar un rol sistémico, consistente en velar por la unidad y coherencia del sistema jurídico y judicial en su conjunto, tarea que debe cumplir a través del desarrollo de jurisprudencia, que establezca cuál es —a su juicio— la correcta interpretación y aplicación del derecho. Ese rol tiene valor orientador (más no vinculante) y coordinador de la actividad jurisdiccional de todos los demás órganos del sistema, lo cual se traduce en que la Corte Suprema se encuentra en una posición privilegiada para velar por la aplicación del derecho en general y de forma holística, lo que es necesario en todas las áreas del derecho, incluyendo la competencia. Sin embargo, ello también implica un refuerzo a la idea de que se trata de un tribunal de carácter generalista. Comparativamente, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el ejercicio de sus potestades tiene como objetivo la prevención, corrección y sanción de los atentados a la libre competencia en Chile.³

Relación entre la Corte Suprema y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: recurso de reclamación

Además de la superintendencia que ostenta la Corte Suprema sobre el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la principal forma en que ambos tribunales se relacionan entre sí es mediante el recurso de reclamación procedente contra decisiones del segundo

El artículo 27 del Decreto Ley 211 en su inciso segundo, refiriéndose a aquellas causas sobre infracciones al mismo cuerpo legal, indica que sólo es susceptible de recurso de reclamación ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 26, como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas.

Otros preceptos aluden a esta norma, haciendo además susceptibles de este recurso a i) las resoluciones que aprueben una conciliación (artículo 22); ii) las sentencias definitivas en procedimientos sobre indemnización de perjuicios dictada con motivo de una sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, conocida por el mismo tribunal (artículo 30); iii) las resoluciones de término en procedimientos de consulta, dictación de instrucciones de carácter general o recomendaciones normativas (artículo 31); y iv) las sentencias definitivas en recursos de revisión especial de operaciones de concentración en las que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia hubiere condicionado la aprobación de la operación al cumplimiento de medidas distintas de las contempladas en la última propuesta realizada por las partes (artículo 31 *bis*).

Como es posible observar, la amplia mayoría de las sentencias definitivas o resolu-

3. Artículo 5 del Decreto Ley 211.

ciones de término que puede emitir el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pueden impugnarse mediante este recurso, sin embargo, el Decreto Ley 211 no aclara su naturaleza o características, por lo que en la siguiente sección se analizará la historia de la ley y jurisprudencia del recurso de reclamación en materia de libre competencia.

El recurso de reclamación: *lege data*, historia de la ley y jurisprudencia relevante.

Como indicamos, el recurso de reclamación en materia de libre competencia se encuentra regulado principalmente en el artículo 27 del Decreto Ley 211, al que luego se remiten otros preceptos.⁴

Sin embargo, el Decreto Ley 211 no hace referencia alguna a la esfera de conocimiento o grado de competencia que entrega a la Corte Suprema. Del mismo modo, no existe una definición doctrinaria clara que lo conceptualice. Es importante tener presente que en el análisis que prosigue, si bien se hacen referencias a otros recursos existentes en nuestro ordenamiento, el sistema de libre competencia es eminentemente especial y muchas veces administrativo —especialmente en el ejercicio de las facultades consultiva, normativa o propositiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia—, por lo que estas referencias deben, a nuestro juicio, tomarse primeramente de forma ilustrativa.

Historia de la Ley 19.911, de 2003, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

En lo que nos interesa, el proyecto original contemplaba la existencia de un recurso de reclamación en los mismos términos existentes en el antiguo Decreto Ley 211,⁵ pero ampliándolo a todas las sentencias definitivas que dicte el Tribunal. Ya en el primer trámite constitucional es posible identificar opiniones divergentes sobre la nomenclatura y naturaleza del recurso: el senador Parra hace una indicación, respecto a modificar la propuesta y suplir el recurso por un recurso de apelación, en atención a que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sería un órgano jurisdiccional y no administrativo. Respecto a ello, representantes del Ejecutivo consideraron que el recurso debía tener una naturaleza distinta de la apelación para que siga siendo conocido por la Corte Suprema, en el sentido de limitarse a revisar solamente el derecho aplicable. Esto, sin perjuicio de que la tramitación siguiera adelante con la propuesta de un recurso de naturaleza apelativa.

En el segundo trámite constitucional, por medio de una indicación del Ejecutivo se

4. Si bien, existe una variedad de causales que hacen procedente este recurso, no ahondaremos en el desarrollo ni historia de estas por extenderse más allá del objetivo de este trabajo.

5. El recurso de reclamación había sido, anteriormente, creado por la Ley 13.305 de 1959, incluso, anterior al original Decreto Ley 211, que data de 1973.

cambia este recurso por un recurso de nulidad, por la causal de aplicación errónea del derecho que influya sustancialmente en la parte dispositiva del fallo, o sea, un recurso de nulidad de carácter extraordinario. Luego, la Comisión Mixta retorna al término reclamación, sugiriendo la siguiente redacción: «Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 17 K, como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas». Dentro de este trámite, los diputados Burgos y Bustos hacen intervenciones respecto a la naturaleza del recurso. El primero indica que debido a que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sería un tribunal especialista y la Corte Suprema una generalista y de casación, cambiar el recurso de nulidad por el recurso de reclamación sin configurar sus causales, sería un retroceso. El segundo se opone a esto, argumentando que la Corte debería tener un amplio conocimiento tanto del derecho como de los aspectos económicos, y que al establecer el recurso de apelación se daría tal amplitud al poder analizar y revisar la sentencia de primera instancia, pero sin ser propiamente una apelación. Una tercera intervención, del diputado Luksic, apunta al temor de que la Corte Suprema sea la que resuelva de «todos los temas» a pesar de no tener especialización al respecto, instando a especificar la naturaleza del recurso. La Fiscalía Nacional Económica respondiendo a ello indicó que, tanto la historia previa del recurso como su aplicación demostraban que, a pesar de las previas discusiones en la tramitación de este proyecto, este se encontraría debidamente acotado.

Como es posible observar, durante la tramitación parlamentaria inicial del recurso de reclamación en el nuevo sistema de libre competencia hubo una variedad de opiniones opuestas, y si bien la redacción final sobre el recurso opta por la nomenclatura *reclamación*, la historia de la ley no nos da mayores luces sobre su naturaleza jurídica. Si bien la opinión del diputado Bustos indicaría que no sería propiamente una apelación, continúa hablando de la existencia de *instancias* y de una revisión más allá del derecho. Y, a pesar de la intervención final de la Fiscalía Nacional Económica, en la práctica sí se habían dado discusiones sobre su alcance y naturaleza. Surgió, entonces, la pregunta de si la reclamación sería una especie de apelación, y dónde estaría la línea entre los hechos que la Corte Suprema sería competente de conocer y los que no.

Historia de la Ley 20.361 de 2009, que modifica el Decreto Ley 211

En la discusión de esta modificación no existen mayores referencias a la naturaleza del recurso, fuera de insistencias de ciertos ministros y senadores de cambiar el recurso por el recurso de casación o nulidad por infracción a la ley, sugerencias que no prosperaron. De todas formas, mediante esta ley se ampliaron las causales para recurrir de reclamación en procesos de consulta, además de poder —cualquiera de los partícipes del procedimiento— ser legitimado activo para recurrir.

Historia de la Ley 20.945 de 2016, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia

El cambio más relevante introducido por esta ley respecto al recurso de reclamación es que incorpora el artículo 31 *bis*, que hace procedente ese recurso respecto de sentencias definitivas dictadas con motivo de recursos de revisión especial de operaciones de concentración, en las cuales el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia condicione la aprobación al cumplimiento de medidas distintas a la última propuesta de las partes.

Durante la discusión de esta ley, hubo un sinnúmero de referencias al recurso de reclamación, más allá de que, en la ley misma, solo se incorporó una nueva causal. Existió un breve debate acerca de la procedencia del recurso contra acuerdos extra-judiciales. También se exhibieron opiniones respecto al fortalecimiento del rol de uniformador de la Corte Suprema,⁶ mas no se encontraron mayores arreglos que permitan dilucidar la naturaleza del mismo, como sí existió en las tramitaciones previas de las modificaciones al Decreto Ley 211.

Sí es posible encontrar una discusión interesante acerca de que el proyecto proponía, explícitamente, que se incorporase como una nueva causal de procedencia del recurso de reclamación el agravio en el contexto de la emisión de algún informe por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Respecto a ello, la Corte Suprema respondió en un oficio que la procedencia de tal medio impugnatorio contra informes ya se encuentra incorporado en el artículo 31, al ser un procedimiento no contencioso. Sin perjuicio de ello, también advierte que ese alto tribunal se encuentra disconforme con que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tenga esta competencia, que sería netamente administrativa, siendo que ese foro especial debiera enmarcar sus decisiones en el ámbito puramente jurisdiccional. A modo de conclusión, sobre este punto, la Corte Suprema planteó que «En tales condiciones, no resulta coherente la satisfacción de una exigencia legal, de carácter técnico, con establecer un medio de impugnación respecto del contenido de ese presupuesto habilitante, para ante un tribunal superior, estrictamente jurisdiccional». No obstante, la Corte Suprema había emitido anteriormente fallos respecto a recursos de hecho y de reclamación deducidos contra otros procedimientos referidos a facultades no jurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Si bien este análisis de la historia de la ley nos da ciertas luces sobre los motivos del legislador al crear el recurso de reclamación, la variedad de opiniones emitidas y la falta de acuerdo respecto al tema hace difícil llegar conclusiones inequívocas. En la práctica, la interpretación y aplicación que le ha dado la Corte Suprema reviste mayor relevancia a la hora de dilucidar su naturaleza, siendo incluso posible detectar inconsistencias de ese máximo tribunal en las opiniones que emitió dentro de las

6. Véase el Primer Informe de la Comisión de Economía, punto 2.2.

tramitaciones de estos proyectos de ley y los razonamientos plasmados en sus fallos, respecto de su rol, en el sistema de libre competencia.

Jurisprudencia relevante sobre el recurso de reclamación y el rol de la Corte Suprema

No limitaremos el análisis jurisprudencial del conocimiento de la Corte Suprema sobre recursos de reclamación, sino que también las opiniones emitidas por la Corte, respecto de los recursos de hecho, nos asistirán en el examen de su criterio global sobre el sistema recursivo en esta materia. Asimismo, el análisis jurisprudencial se hará de forma cronológica, a fin de estudiar el cambio de criterio desde un punto de vista cualitativo, para en una sección posterior ver cómo el cambio de criterio pudiera haber influido en la cantidad de recursos de reclamación acogidos por ese máximo tribunal, que importan una modificación de las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Adicionalmente, la jurisprudencia seleccionada no es azarosa en tanto incorpora una selección de casos no contenciosos que representan la variedad de facultades no jurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, incluyendo consultas, instrucciones de carácter general y expedientes de recomendación normativa.

*a) Consulta de la Subtel sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de Telefonía Móvil Digital Avanzado (Caso 3G)*⁷

En este caso la Corte Suprema señaló que el artículo 31 del Decreto Ley 211 no precisa la naturaleza jurídica del recurso al establecer su procedencia contra resoluciones que impongan condiciones o medidas en procedimiento no contenciosos ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pero afirma que se hace necesario fijar su alcance como medio de impugnación.

Analizando la historia fidedigna de la ley, la Corte Suprema indica que «puede en virtud de este medio de impugnación revisar íntegramente los fundamentos que tuvo en cuenta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para arribar a su decisión, incluyendo el análisis jurídico y económico que ha permitido arribar a la resolución del asunto de que dicho tribunal conoce».

Agrega:

puede examinar entonces no sólo las condiciones impuestas en el proceso, sino también la globalidad de la materia del asunto resuelto, y ello en razón tanto de la estrecha vinculación existente entre dicha materia y las condiciones que se determinen o que puedan determinarse, como de las situaciones de influencia recíproca que pueden producirse entre ellas;

7. Corte Suprema, causa rol 4.797-2008; Tribunal de Defensa de la Libre Competencia rol NC-198-2007.

Y concluye:

en concordancia con lo antes dicho, del texto del artículo 31 del Decreto Ley N° 211 no se advierte la imposición de limitaciones a la actividad jurisdiccional de esta Corte que ha sido puesta en movimiento a través del recurso de reclamación. El citado precepto legal sólo restringe su procedencia en relación a las resoluciones que son susceptibles del mismo, pero no establece limitaciones que pudiesen afectar a la Corte Suprema en el conocimiento y decisión del recurso. De tal manera, requerida su intervención, ésta puede conocer del asunto en su integridad.

A nuestro juicio, estas dos últimas ideas son clave para comprender el inicio de la creciente tendencia de la Corte Suprema de entender el recurso de reclamación de forma amplia. Esto, al indicar que la única limitación presente en la ley sería respecto de las resoluciones susceptibles a ser impugnadas mediante ese recurso, sin existir limitaciones respecto de su conocimiento, pudiendo analizar el asunto de forma integral.

Podríamos entender la idea de *integral*, de distintas formas: como abarcar tanto el derecho como materias de hecho (asimilable a un recurso de naturaleza apelativa), o de comprender tanto lo presente en la sentencia como en el expediente. Sin embargo, como veremos, la Corte, en fallos posteriores, ha especificado qué entiende por esta capacidad de conocer ampliamente del recurso de reclamación.

*b) Recurso de hecho de Empresa Portuaria Valparaíso en solicitud de la Empresa Portuaria Valparaíso sobre licitación de concesión portuaria del frente de atraque número 2 del Puerto de Valparaíso*⁸

Entre los casos no contenciosos que son de conocimiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se encuentran aquellas solicitudes para emitir informes que fijen condiciones para licitaciones de frentes de atraque en esquemas mono-operador.⁹ En este supuesto, la Sociedad Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A. interpuso un recurso de hecho en contra de la resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que declaró la improcedencia de un recurso de reclamación deducido en contra del Informe 5/2009. En esa resolución, el Tribunal indicó que tal recurso era improcedente debido a que respecto de informes solo procedería el recurso de reposición y no el de reclamación.

La Corte Suprema rechazó el recurso de hecho, indicando que ese tipo de medios de impugnación «es (...) un recurso de carácter extraordinario que procede sólo en los casos expresamente señalados en la ley respecto de un recurso de apelación, por lo que resulta improcedente su interposición en contra de la resolución que deniega un recurso de reclamación, toda vez que no ha sido contemplado para tales efectos».

8. Corte Suprema, causa rol 7.467-2009; Tribunal de Defensa de la Libre Competencia rol NC-313-2008.

9. Artículo 23 Ley 19.543 en relación con el artículo 18 números 7, 31 y 32 del Decreto Ley 211.

Así, podemos ver cómo hasta ese momento la Corte Suprema separaba el recurso de reclamación del recurso de apelación, al establecer que el recurso de hecho es propio de aquellas resoluciones que se pronuncian sobre la procedencia de este último, sin perjuicio que anteriormente se haya manifestado respecto de la amplitud de la reclamación de una forma asimilable a la apelación.

*c) Recurso de reclamación en la consulta de Conadecus sobre operación de concentración LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A. (Caso LAN-TAM)*¹⁰

Los recursos de reclamación fueron deducidos en contra de la resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que aprobó la operación de concentración entre las aerolíneas LAN y TAM, imponiendo una serie de medidas de mitigación, las cuales fueron el objeto del recurso.

Mientras que la Corte Suprema no se pronunció sobre la naturaleza del recurso de reclamación en su fallo, sí es interesante poner de relieve que al rechazar las reclamaciones, y confirmar así lo resuelto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la Corte indica que la ley ha entregado a ese tribunal especial amplias facultades y atribuciones para «conocer y evaluar todos los aspectos de la actividad económica sometida a su conocimiento» y para imponer medidas de mitigación no predeterminadas por el legislador, optando por una norma abierta.¹¹

Podemos observar, así, una actitud deferente por parte de la Corte Suprema ante el análisis económico hecho por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, optando por no conocer su detalle. Esto difiere de lo previamente expresado por la Corte en el *Caso 3G*, en el que expresamente se expresó favorable a su competencia para conocer aspectos jurídicos y económicos. Sin embargo, es probable que esta actitud deferente sea debido a la naturaleza del caso particular y a que el análisis económico se refiera específicamente a medidas de mitigación, lo cual se excedería de las capacidades de la Corte en su calidad de órgano generalista.

*d) Recurso de hecho en el procedimiento para la dictación de Instrucción General sobre los efectos en la libre competencia de la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía «Tarifas on-net/off-net» y de las ofertas conjuntas de servicios de telecomunicaciones (ICG número 2 o caso Tarifas on-net/off-net)*¹²

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia rechazó la procedencia de un re-

10. Corte Suprema, causa rol 31.502-2008; Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, rol NC-388-2011.

11. Ver considerandos octavo, décimo y duodécimo de la sentencia aludida.

12. Corte Suprema, causa rol 10.557-2014; Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, rol NC-386-2010.

curso de reclamación contra la Instrucción de Carácter General número 2, indicando que mediante tales instrucciones ese órgano hacía uso de potestades distintas a aquellas contenidas en el artículo 18 número 2 del Decreto Ley 211, que harían procedente este recurso. A su entender, dicha potestad normativa no sería susceptible de impugnación a través del recurso de reclamación, pues sería una función que la ley encomienda, que no es propiamente jurisdiccional.

La Corte Suprema, conociendo de este recurso de hecho, cambia el criterio que previamente había expresado respecto a la procedencia de este tipo de recursos en contra de ciertas resoluciones, acogiéndolo.

En lo que se refiere a las resoluciones contra las cuales se puede deducir el recurso de reclamación indica:

Que este último inciso del artículo 31 establece una única distinción entre las resoluciones que no son de término e informes, respecto de las cuales solo procede el recurso de reposición, y aquellas resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, a las que el legislador reserva el recurso de reclamación. Cabe, entonces, dejar anotado desde ya que del tenor literal de esta norma no es posible inferir que la utilización de la expresión «resoluciones» se refiera únicamente a los pronunciamientos dictados al amparo del numeral 2 del artículo 18, pues el aludido precepto no formuló tal diferenciación.

Podemos notar, así, un acercamiento a una posición que considera el recurso de reclamación como una especie de apelación, o al menos una figura asimilable, pero en el ámbito administrativo.¹³

*e) Expediente de recomendación normativa artículo 18 número 4 del Decreto Ley 211, sobre la competencia en la negociación de tarifas por el uso de derechos de autor, conexos y otros (ERN Anatel)*¹⁴

El presente caso se refiere a la solicitud de la Asociación Nacional de Televisión A.G. (Anatel) hecha al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para que este, en ejercicio de su facultad propositiva, proponga al Ejecutivo la dictación de normas para promover la competencia en la determinación de las tarifas cobradas por el uso de derechos de autor, derechos conexos, y derechos intelectuales particulares.

Una primera decisión emitida por el Tribunal de Defensa de la Libre Competen-

13. Estos criterios fueron repetidos, posteriormente, en otras causas. Véase, por ejemplo, el recurso de hecho deducido en la causa *Solicitud de la FNE sobre modificación del Dictamen número 757 de la H. Comisión Preventiva Central* (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia rol NC-418-2013) con sentencia de 9 de abril de 2015, en causa rol 21.791-2014). Luego, la Corte Suprema acogió las reclamaciones de las que posteriormente conoció. Véase Corte Suprema, rol 2.506-2013.

14. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia rol ERN-25-2018.

cia fue la de no hacer ejercicio de su facultad propositiva, bajo el argumento de que no se cumplirían las hipótesis para que este ejercicio procediera. Específicamente, no habría una regulación contraria a la libre competencia que debiera ser objeto de modificación, ni antecedentes suficientes, en autos, que determinarían la necesidad de dictar normas nuevas.

1. *Recursos de hecho*.¹⁵ Ante la negativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, una serie de aportantes dedujeron recursos de reclamación, los cuales fueron considerados improcedentes por ese Tribunal, debido a que su facultad propositiva sería de carácter discrecional y carecería de naturaleza jurisdiccional. Los mismos aportantes dedujeron recursos de hecho ante la Corte Suprema en contra de la resolución que se pronunció sobre la improcedencia de los recursos de reclamación, argumentando que, a partir de las modificaciones introducidas por la Ley 20.945, el procedimiento indicado en el artículo 31 del Decreto Ley 211 (y por ende también el artículo 27) sería aplicable respecto de la facultad propositiva del Tribunal.

La Corte Suprema acogió estos recursos de hecho, replicando el mismo argumento que en los casos de recursos de hecho en el caso de la *Instrucción de Carácter General sobre tarifas on-net/off-net*, pero esta vez respecto a la facultad propositiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Fue la primera vez que se pronunció sobre esto desde las modificaciones introducidas por la Ley 20.945.¹⁶

2. *Recurso de reclamación*.¹⁷ Respecto de los recursos de reclamación específicamente, la Corte Suprema decidió rechazarlos. La relevancia de este fallo recae en que es la primera vez que la Corte se refiere al fondo de un caso referido a la facultad propositiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. También es interesante analizar no solo el voto de mayoría, sino también los votos de minoría emitidos por los ministros Muñoz Gajardo y Vivanco. Los argumentos esgrimidos en las distintas partes del fallo se relacionan con el rol de un tribunal especialista versus una corte generalista en un sistema jurídico de libre competencia, la deferencia que debería (o no) tener la Corte Suprema con los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia —especialmente en el ejercicio de sus facultades no jurisdiccionales— y el rol del sistema legislativo de libre competencia y su influencia en la política pública sobre los mercados.

Más allá de una revisión pormenorizada de los votos de mayoría y de minoría (Centro de Competencia, 2020), lo interesante de este fallo es aquel elemento que tienen en común: en ambos planteamientos la Corte Suprema no se limita a la revisión

15. Corte Suprema, causas roles 25.009-2019; 25.012-2019; 25.013-2019; 24.014-2019; y 25.015-2019

16. Previamente, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia había rechazado recursos de reclamación contra decisiones en Expedientes de Recomendación Normativa. Véase la resolución del 26 de diciembre de 2013 en ERN 16-2013, Expediente de Recomendación Normativa artículo 18 número 4 del Decreto Ley 211, sobre procedimiento para la determinación de tarifas contenidas en el arancel Fonasa.

17. Corte Suprema, causa rol 34.013-2019.

de cuestiones de forma, sino que hace un análisis del mercado mismo y de la necesidad de la emisión de una propuesta normativa (o falta de esta). Si bien el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no es la única institución de libre competencia con facultades propositivas, en tanto el Decreto Ley 211 le entrega a la Fiscalía Nacional Económica una facultad similar mediante su artículo 39 letra q), estos dos organismos se caracterizan por ser especialistas y técnicos en la materia (ya sea en su composición o naturaleza), razón por la cual el legislador les otorgó esta atribución no propiamente jurisdiccional. La Corte Suprema a pesar de ser un tribunal de carácter generalista, amplía aún más el ámbito de conocimiento del recurso de reclamación que previamente había demarcado al conocer de cosas de fondo de la facultad propositiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en contraste a, por ejemplo, pronunciarse sobre materias económicas en asuntos contenciosos).

Análisis estadístico del conocimiento del recurso de reclamación por la Corte Suprema

De forma introductoria a la siguiente sección, nos parece útil hacer un análisis de la aplicación práctica del recurso de reclamación, la forma en que la Corte Suprema ha fallado estos, y la evolución de tal conocimiento en el tiempo. Para ello, presentaremos primero la metodología de análisis y las limitaciones de este, para pasar así a una presentación general de resultados.

Metodología de análisis

Con el objetivo de realizar un análisis detallado de las sentencias de la Corte Suprema que se pronuncian sobre fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, las sentencias analizadas, a propósito de las estadísticas presentadas a continuación, se refieren a aquellas pronunciadas por la Corte a partir del año 2011 y hasta el año 2021 en casos contenciosos y no contenciosos. De esta forma, excluimos de las estadísticas presentadas aquellos recursos de reclamación conocidos en causas de Expedientes de Recomendación Normativa, Contenciosos de Indemnización de Perjuicios y demás procedimientos que se encuentren actualmente fallados o pendientes ante el tribunal superior.

La limitación temporal a aquellas causas en que el recurso de reclamación fue fallado por la Corte Suprema entre enero de 2011 y diciembre de 2021 se debe principalmente a tres razones. Primero, esta limitación temporal permite incorporar un período similar antes y después de la reforma de agosto 2016 al Decreto Ley 211 (aproximadamente cinco años y medio), incluyendo además el último año calendario completo. Segundo, es un período que, a nuestro juicio, permite observar el cambio de criterio de la Corte Suprema respecto a la forma de resolver el fondo de las de-

cisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de manera simultánea al cambio jurisprudencial sobre la naturaleza del recurso de reclamación ya descrito. Por último, toma en consideración la existencia de trabajos académicos anteriores que abarcan en su propio estudio el período comprendido entre la entrada en vigencia del nuevo sistema de libre competencia hasta el año 2010 (Duce, 2007; Tapia y Montt, 2012 y Wigodski, 2010), dando paso a que el presente trabajo construya su análisis de forma independiente sobre el período posterior a esa literatura y, así, permita comparar las consideraciones y conclusiones expuestas previamente con las obtenidas en este estudio.

Adicionalmente, no se incluyen dentro de las estadísticas aquellos recursos de reclamación deducidos ante resoluciones que no correspondan a la sentencia o resolución definitiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (o sea, se excluirán aquellos en que el Tribunal no se manifiesta sobre el fondo del asunto). Sin perjuicio de esto, se mencionarán algunos de estos casos en el análisis sustantivo del criterio ocupado por la Corte Suprema respecto de la interpretación del recurso de reclamación, el ámbito de competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la naturaleza de los diversos procedimientos existentes en sede de derecho de la competencia.

Entre los datos analizados, y cuyos resultados se presentan en la siguiente sección se tomaron en consideración: a) si el recurso de reclamación deducido contra la decisión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fue rechazado o acogido por la Corte Suprema; b) los/as ministros/as que concurren al fallo; c) los/as ministros/as que disienten del fallo y emitieron un voto de minoría; y d) el tipo de procedimiento, distinguiendo entre contencioso y no contencioso. Además, para las causas contenciosas se examinó: i) si la causa correspondía a una demanda o a un requerimiento; y ii) la parte o partes que interpusieron el recurso de reclamación.¹⁸

Con el fin de simplificar el análisis cuantitativo, las causas en las que se indica que el recurso de reclamación ha sido acogido se refiere a que, al menos uno de los recursos lo fue, ya sea de forma total o parcial, importando ya una modificación del fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, o una revocación. Este criterio es, además, consistente con el valor que tiene en un ámbito técnicamente complejo la fundamentación y contenido de una decisión, más allá de lo que se decida respecto de cada una de las pretensiones.

Resultados

Tomando en consideración las limitaciones temporales y cualitativas mencionadas, el universo de datos analizados en esta sección es de 56 causas en total, 47 son con-

18. Véase más adelante la sección «¿Cuánta Corte Suprema y cuánto Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

tenciosas y nueve no contenciosas, en un período de 11 años. En todas ellas fueron deducidos recursos de reclamación contra la sentencia o resolución definitiva, los que fueron fallados por la Corte Suprema entre 2011 y 2021. Excluyendo aquellos procedimientos desistidos o las terminadas mediante conciliación, existen 52 causas

Tabla 1. Decisiones de la Corte Suprema en el conocimiento de recursos de reclamación en causas contenciosas y no contenciosas (2011-2021)

	Corte Suprema acoge recurso(s) de reclamación (revoca o modifica decisión del Tribunal)	Corte Suprema rechaza recurso(s) de reclamación (confirma decisión del Tribunal)	Otros (desistimientos, conciliaciones)	Total
Contenciosas	23	21	3	47
No contenciosas	5	3	1	9
Total	28	24	4	56

Fuente: Elaboración propia en base a datos públicos de las páginas del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y Poder Judicial.

falladas por la Corte en este período, como lo muestra la **tabla 1**.

Respecto al porcentaje de recursos de reclamación acogidos y tomando en consideración solo aquellas causas que no fueron desistidas o conciliadas, de un total de 44 causas contenciosas, en aproximadamente un 52% de ellas la Corte Suprema acogió, al menos parcialmente un recurso de reclamación, en contraste con un 63% de las ocho causas no contenciosas.

En la **figura 1** se puede observar por año la proporción de causas en que la Corte modificó o revocó la decisión del Tribunal, mediante el acogimiento de al menos un recurso

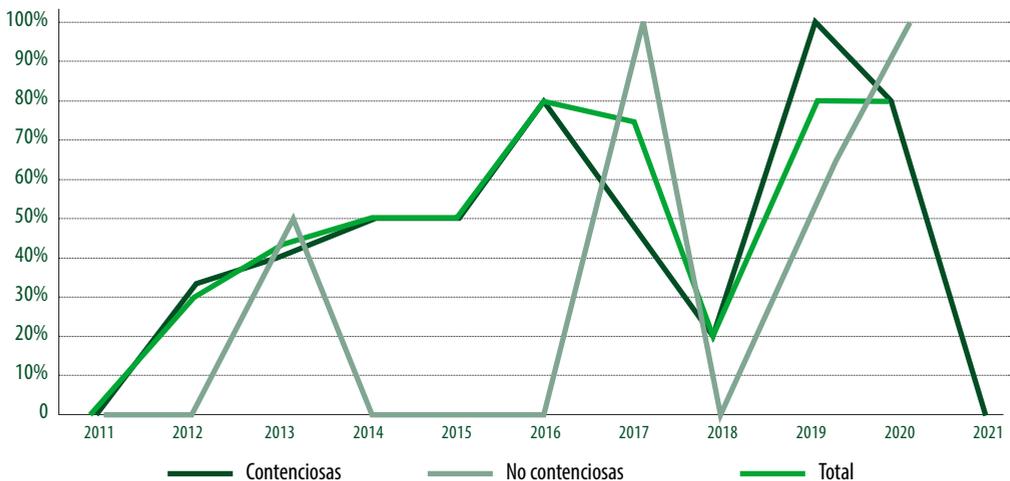
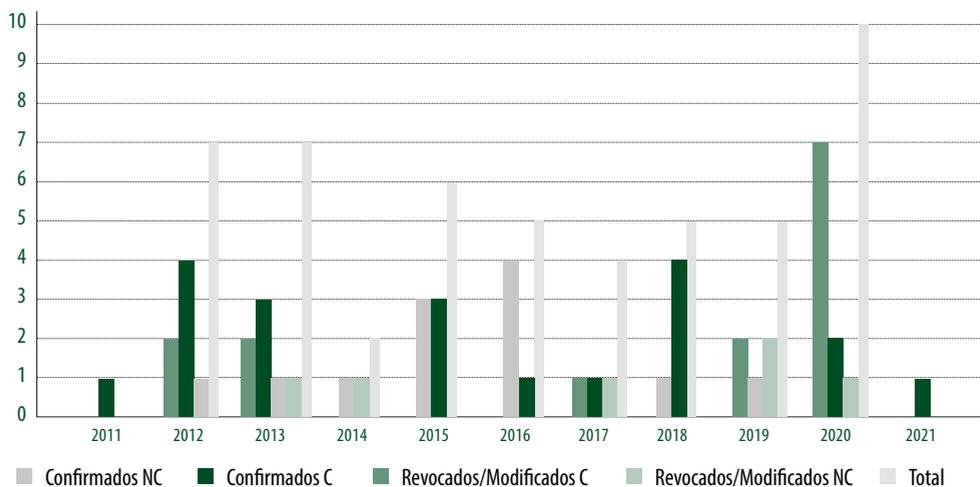


Figura 1. Porcentaje de fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia revocados o modificados por la Corte Suprema, por año (2011-2021)

de reclamación, distinguiendo entre el tipo de causa y el promedio total ponderado:

Mientras que en la figura 2 se puede apreciar el número total de causas conocidas, clasificadas por su naturaleza contenciosa (C) o no contenciosa (NC), y si el fallo de



Fuente: elaboración propia en base a datos públicos de las páginas del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y el Poder Judicial.

Figura 2. Fallos en sede libre competencia de la Corte Suprema según su efecto en la decisión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por año (2011-2021).

la Corte Suprema confirmó la decisión del Tribunal, lo revocó o modificó:

Por último, y dentro de las causas contenciosas, una revisión de la decisión de la Corte según la parte reclamante y el tipo de procedimiento entrega los resultados que

Tabla 2. Recursos de reclamación y decisión de la Corte Suprema según reclamante y tipo de procedimiento contencioso (2011-2021)

Reclamante	Corte revoca o modifica	Corte confirma	Desistido / Conciliación	Total
Demanda	9	13	2	24
Demandante	5	11	2	18
Demandado	3	1	0	4
Ambos	1	1	0	2
Requerimiento	14	8	1	24
FNE* / FNE y 3° coadyuvante	1	2	0	3
Requerido	5	2	1	9
Ambos	8	4	0	12
Total	23	21	3	47

* Fiscalía Nacional Económica

Fuente: Elaboración propia en base a datos públicos de las páginas del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y Poder Judicial.

se ven en la **tabla 2**.

Análisis de los resultados¹⁹

Si bien creemos que los datos recién expuestos pueden ser analizados desde diversas ópticas para extraer distintas conclusiones, razón por la cual consideramos útil su recopilación, para el objeto de este trabajo llaman la atención principalmente cuatro cuestiones: i) más de la mitad de las causas contenciosas y no contenciosas sometidas a revisión por la vía del recurso de reclamación son modificadas o revocadas por la Corte Suprema; ii) la tendencia a modificar o revocar tiene una tendencia creciente en el tiempo, mas no lineal; iii) existe un mayor porcentaje de causas no contenciosas en que la Corte modifique o revoque la decisión del tribunal, en comparación a las causas contenciosas —sin perjuicio de que la cantidad de casos sometidos al conocimiento de la Corte Suprema haya sido considerablemente menor—; y iv) en los procedimientos contenciosos, la Corte tiene una mayor tendencia a modificar o revocar cuando se trata de causas iniciadas vía requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica (aproximadamente un 64% de las causas reclamadas no desistidas ni conciliadas), en contraposición a los casos iniciados mediante demanda (aproximadamente 41% de estas).

Para este trabajo, nos parece particularmente importante el punto iii). Debido a que es llamativo porque en las causas no contenciosas del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en términos amplios, se concentran una serie de facultades del Tribunal que no son todas propiamente jurisdiccionales (por ejemplo, la facultad normativa del tribunal). La Corte, como ya hemos mostrado, ha emitido opiniones en las que expresa reticencia a inmiscuirse en las facultades no jurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia,²⁰ a pesar de lo cual ha incrementalmente conocido y fallado directamente sobre las mismas —como vimos en los casos del Expediente de Recomendación Normativa Anatel o la Instrucción de Carácter General número 2—. Además, es en los casos no contenciosos en los cuales la intervención de organismos técnicos en el proceso se vuelve especialmente importante. Si bien la relevancia del aspecto técnico (en contraste con el meramente económico) se desarrollará con mayor detenimiento en la siguiente sección, vale la pena mencionar que en cuatro de los ocho casos no contenciosos analizados (se excluye aquel que fue desistido) hubo intervención de órganos técnicos —ya sea ante el Tribunal

19. Para el análisis es importante notar que cualquier mención sobre una evaluación de tendencia sobre la forma de fallar de la Corte Suprema o eventuales proyecciones a futuro toman en consideración que solo existe un fallo del año 2021, por lo que para efectos estadísticos este año no representa mayor relevancia producto de la baja muestra en comparación a años anteriores.

20. Véase en la sección Historia de la Ley 20.945 las menciones al oficio emitido por la Corte Suprema.

de Defensa de la Libre Competencia, ante la Corte Suprema, o en ambos—. ²¹ En dos de estos cuatro casos la Corte acogió las reclamaciones deducidas. ²²

En otro aspecto, y atendiendo este aumento tanto en la cantidad de recursos de reclamación acogidos como en la mayor amplitud para conocer que se ha atribuido la Corte Suprema, creemos que una revisión de las composiciones de la Tercera Sala al momento de conocer y fallar los casos incluidos en nuestro análisis estadístico puede darnos luces respecto de las razones de este cambio en el criterio manifestado por nuestro tribunal superior.

Los votos de los abogados (ministros, ministros suplentes y abogados integrantes) que más veces han integrado la tercera sala de la Corte Suprema, así como aquellos que no habiendo integrado tantas veces son parte de la actual conformación de esta, lo que se resumen en la **tabla 3**. ²³

De su análisis podemos ver cómo ciertos ministros tienen una clara inclinación a rechazar los recursos de reclamación que conocen (Sandoval, Carreño y Pierry, por ejemplo), mientras que otros, por ejemplo, el ministro Muñoz, tienen una clara tendencia a acogerlos. Un tercer grupo es conformado por aquellos ministros que no muestran ninguna tendencia muy marcada (excluyendo a aquellos que tienen un universo limitado de fallos que analizar, podemos mencionar a las/os ministras/os Egnem, Vivanco, Llanos, Prado y Aránguiz).

Cabe señalar que los ministros que integran la actual composición de la Tercera Sala, al momento de redacción de este trabajo, son Sergio Muñoz (presidente), Adelita Ravanales, Mario Carroza y Jean Pierre Matus.

Por un sistema coherente y efectivo de libre competencia: problemáticas actuales

A continuación, nuestro objetivo es pasar de la descripción a la evaluación crítica y la propuesta —modesta— de algunos criterios que creemos se debieran considerar en la materia.

Análisis económico del sistema recursivo en libre competencia

21. En tres de los casos restantes no hubo intervención, y en un caso el expediente no se encontraba disponible para su visualización remota.

22. Véase la *Consulta de la Subtel sobre el límite máximo de tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico* (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia rol NC-448-2018, Corte Suprema rol 181-2020) y *Consulta de Asilfa sobre la resolución número 272, que contiene las Bases Administrativas Tipo que rigen los procesos de licitación pública de compras de medicamentos* (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia rol NC-432-2015, Corte Suprema rol 11.779-2017).

23. La cantidad de causas en que han participado es aproximada pues no considera pronunciamientos sobre desistimientos o conciliaciones, ni otras cuestiones como control de medidas intrusivas.

Tabla 3. Resumen de votos de abogados recurrentes en la Corte Suprema

Ministros / casos contenciosos	Por confirmar sentencia del Tribunal	Por modificar o revocar sentencia del Tribunal	Ministros / casos no contenciosos	Por confirmar resolución del Tribunal	Por modificar o revocar resolución del Tribunal
Héctor Carreño	11	2	Héctor Carreño	2	1
Pedro Pierry	14	6	Pedro Pierry	2	1
María Eugenia Sandoval	21	11	María Eugenia Sandoval	3	4
Sergio Muñoz	5	11	Sergio Muñoz	1	4
Rosa Egnem	8	6	Rosa Egnem	0	1
Arturo Prado (A.I.)	7	3	Arturo Prado (A.I.)	0	3
Carlos Aránguiz	10	6	Carlos Aránguiz	0	0
Ángela Vivanco	4	4	Ángela Vivanco	1	2
Leopoldo Llanos	1	1	Leopoldo Llanos	0	1
Adelita Ravanales	0	1	Adelita Ravanales	0	0

Fuente: Elaboración propia en base a datos públicos del Poder Judicial.

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, para ponderar la conveniencia de establecer un recurso (y para evaluar la conveniencia de ampliar o reducir la extensión y amplitud con que se puede revisar la decisión inicial) podemos utilizar el llamado *enfoque del costo del error*, que Arndt Christiansen y Wolfgang Kerber explican señalando que la idea básica es minimizar la suma de los costes de bienestar causados por los errores de decisión de tipo I (falsos positivos) y de tipo II (falsos negativos), así como los costes de aplicación de las normas (2005: 2).²⁴ Los costos del error pueden entenderse como los daños que provocaría una decisión errónea, ya sea por falso positivo o por falso negativo. Los costos administrativos, por su parte, incluyen todos aquellos costos necesarios para que sea conocido el recurso, tanto en términos de tiempo como de capital humano, de oportunidad, de elementos materiales, entre otros (Carrasco, 2021: 5).

Aplicando dicha aproximación al derecho procesal, Shavell plantea que el proceso de apelación será socialmente deseable de establecer si y solo si el daño social de un error determinado supera el costo social de una apelación más el daño esperado de no revertir el error, siendo este último la probabilidad de no revertir el error multi-

24. Traducción propia. Una aproximación similar es utilizada también en Easterbrook (1992), Becker y Salop (1999), Arthur (2000), Joskow (2002), Evans y Padilla (2005) y Voigt y Schmidt (2005).

plicada por el daño del error (2004: 460).²⁵

De lo anterior se puede desprender que los factores a considerar para determinar la deseabilidad de un recurso, así como para graduar su amplitud, son: 1) el costo social del error en la decisión inicial; 2) la probabilidad de que ese error sea detectado y revertido por el tribunal revisor (lo que llamaremos *adecuada revocación*), y, a *contrario sensu*, la probabilidad de que una decisión correcta sea erróneamente revocada o incluso una incorrecta sea modificada pero no corregida (lo que podemos llamar *errónea revocación*); 3) el costo social del error en la decisión final; y 4) el costo administrativo que implica el recurso. De manera que, con toda otra variable constante, un nivel de costo del error inicial por sobre el costo administrativo del recurso justifica la existencia de un recurso en la medida que la probabilidad de detección y corrección del error sea superior a cero, y, a medida que dicha probabilidad aumenta, es posible justificar la existencia de un recurso incluso ante niveles más bajos de costo del error y/o más altos de costos administrativos.

A lo dicho podemos agregar un quinto factor a considerar, que consiste en el beneficio social que pueden producir las decisiones en cuanto a jurisprudencia, ya sea del primer decisor o del órgano revisor, entendiéndola como un bien público que produce certeza jurídica y predictibilidad, con lo que puede tener la habilidad de prevenir conflictos futuros al orientar a los particulares en un determinado sentido, o al otorgar criterios claros a los órganos decisores que hagan más sencilla la aplicación del derecho en casos análogos. Del mismo modo, una decisión erróneamente fundamentada puede tener un efecto equivalente en sentido contrario, entregando pautas de comportamiento que generen perjuicios sociales, o que creen un ambiente de mayor incertidumbre jurídica. Estas cuestiones se deben sopesar con los posibles beneficios que pudo haber generado una decisión correcta en cuanto al resultado, pero errónea en cuanto a sus fundamentos. Un diseño institucional adecuado, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, debe maximizar la probabilidad de una decisión adecuada tanto en cuanto a su resultado, como en cuanto a sus fundamentos.

Si bien escapa con creces el alcance de este trabajo determinar los niveles de cada una de esas variables y diseñar un sistema recursivo eficiente, hay ciertas consideraciones particularmente relevantes que podemos comentar a la luz del caso particular del sistema de derecho de la competencia en Chile.

En primer lugar, el carácter de especialista del órgano primer decisor (el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia) y generalista del órgano revisor (la Corte Suprema) hacen que sea razonable pensar que la probabilidad de una errónea revocación sea mayor en aquellos ámbitos que se corresponden con la especialidad del primer

25. Cabe hacer presente que en el mundo anglosajón la expresión *apelación* se usa de forma más bien genérica para toda acción recursiva, con cada ordenamiento jurídico específico teniendo sus propias interpretaciones y límites a ella.

decisor, y menor en los ámbitos que no se relacionan con dicha especialidad.

Ahora, podría creerse que el carácter generalista de la Corte Suprema y especialista del Tribunal automáticamente implica que el segundo está en mejores condiciones para resolver todos y cada uno de los conflictos que se susciten en materia de libre competencia, y que la probabilidad de que la Corte pueda identificar los errores cometidos y revertirlos es muy escasa, lo que los llevaría a concluir sin más que el recurso de reclamación debería ser tremendamente excepcional (si acaso existente). Dicha conclusión sería apresurada y errónea, pues en una causa de libre competencia pueden existir múltiples asuntos involucrados y ciertamente no es lo mismo evaluar la idoneidad de la Corte Suprema para revocar o modificar un error en materias como reglas de debido proceso, delimitación de ámbitos de competencia de órganos especializados distintos al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, calificaciones jurídicas de conductas, apego a normas reguladoras de la prueba, etcétera, que evaluar su idoneidad para revocar o modificar un error en materias propias de la economía de la libre competencia. Como ejemplos de estas materias podemos mencionar la determinación del mercado relevante en un caso de prácticas exclusorias, o la evaluación de la existencia de poder de mercado en un mercado oligopólico en que existen paralelismos conscientes, el impacto que puede tener cierta norma en un mercado regulado, las reglas que deben aplicarse para promover la competencia en un caso concreto, el grado, magnitud e impacto de determinada circunstancia que puede configurar una barrera a la entrada, la disciplina competitiva que puede ejercer determinado entrante potencial a un mercado actualmente altamente concentrado, entre muchos otros. Pero, entonces, la pregunta es ¿cómo —y por qué— distinguir?

En segundo lugar, también resulta razonable indicar que mientras más extensa sea la competencia del órgano revisor en el conocimiento del recurso, mayores serán los costos administrativos de dicho recurso, ya que al aumentar las cuestiones objeto de la revisión aumentarán también los puntos sobre los que versará la discusión de las partes, el aporte de argumentos, antecedentes y pruebas, generalmente también aumentarán las instancias y etapas del proceso, así como el tiempo que este implica, y, finalmente, aumentarán también los tiempos de deliberación y decisión del órgano revisor.

En tercer lugar, la especialidad de uno y otro órgano también impacta en la probabilidad de que la justificación de sus decisiones sea adecuada. Es aquí donde vuelve a cobrar tremenda relevancia todo lo comentado sobre las características de cada uno de los órganos de nuestro sistema, pues incluso en el supuesto de que las decisiones de la Corte Suprema no aumentaran la tasa de errores en cuanto a lo que decide en cada caso, si sus fundamentos no son adecuados, existe la posibilidad de que la tasa de error aumente de todas formas en el mediano o largo plazo, acrecentando la ineficiencia del sistema. Es a este respecto que —creemos— más claramente se puede notar la diferencia entre un órgano generalista y un órgano especialista. Ciertamente es posible que un tribunal generalista por medio del procedimiento

en que conoce un recurso adquiera una convicción en el sentido adecuado que le permita decidir correctamente un conflicto, ya sea porque se le presentaron buenos alegatos, informes, o en general buena evidencia.²⁶ Sin embargo, algo muy distinto es que ese tribunal generalista sea capaz de fundamentar con un nivel de precisión y corrección adecuado para conflictos tan complejos como los que se ventilan en materia de competencia.

Creemos que, no obstante, es necesario un análisis más profundo. Hay buenas razones para, desde una perspectiva sistémica del diseño institucional a la luz del análisis económico del derecho, cuestionar seriamente la amplitud que se ha dado al rol de la Corte Suprema en cuanto al recurso de reclamación, en tanto un sistema eficiente debiera limitar su competencia a las materias en que tiene mayor probabilidad de una adecuada revocación, minimizando la probabilidad de una decisión errada que genere costos sociales, así como los costos administrativos del recurso, que potencie los beneficios de la creación de una jurisprudencia, entregando pautas correctas en las materias para las que está en mejores condiciones de resolver y respetando el valor de las decisiones del Tribunal de Defensa de Libre Competencia en los asuntos en que este es especialista.

¿Cuánta Corte Suprema y cuánto Tribunal de Defensa de la Libre Competencia?

Como señalamos en la sección anterior, para que un recurso se justifique desde el punto de vista del análisis económico del derecho, es decir, para que su existencia aumente el bienestar producido por la actividad jurisdiccional, se requiere que quien conoce del recurso tenga una alta probabilidad de lograr una correcta decisión, lo que implica que si revoca o modifica lo haga solo (o mayoritariamente) cuando ello sea correcto. A la hora de definir un sistema recursivo para el derecho de la libre competencia chileno, creemos que resulta esencial identificar las áreas o materias en las que uno u otro tribunal está en mejor posición para resolver adecuadamente, con el fin de determinar cuál es la extensión y calificación que se debe dar al recurso

26. Vale la pena mencionar que, aunque podría argumentarse que en los casos en que la Fiscalía Nacional Económica se encuentra involucrada esta podría llegar a convencer a la Corte Suprema de sus argumentos técnicos, esta no es capaz de razonar con el mismo nivel de habilidad técnica que la Fiscalía Nacional Económica o el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por sí misma. En el caso en que existiera algún error en la argumentación técnica de la Fiscalía Nacional Económica, al menos abstractamente sería el Tribunal el que se encontraría en la mejor posición para identificar tal error y decidir de acuerdo con ello.

En el mismo sentido, es particularmente interesante la existencia de ordenamientos jurídicos en que el órgano primer decisor y la autoridad administrativa de libre competencia son un mismo organismo, y cómo otros países han desarrollado sistemas recursivos en esos casos. Para un análisis de algunos ejemplos, véase Tapia y Montt, 2012: 147-148.

de reclamación (o el o los recursos con el que eventualmente se reemplace), con una mirada holística del diseño institucional en sede libre competencia.

La idoneidad de la Corte Suprema para lograr ese objetivo en virtud del diseño de nuestro sistema de libre competencia varía según la materia de que se trate, y algunos de los criterios que proponemos que se debieran tomar en cuenta para distinguir entonces los casos en que la Corte debiera conocer con más amplias facultades de aquellos en los que debiera ser más deferente son los que se desarrollan a continuación.

En materia contenciosa, dada la naturaleza de imputación de responsabilidad que se realiza a los requeridos o demandados existen una serie de materias involucradas relativas a garantías constitucionales y/o procesales en las que ciertamente la Corte Suprema está en una excelente posición para detectar y modificar errores que pudiera cometer el Tribunal.²⁷ Al contrario, en materia no contenciosa ciertamente el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es el ente que, en términos generales, está en mejores condiciones para resolver adecuadamente los conflictos, pues bajo este procedimiento se conocen un conjunto de materias que se entregan a ese tribunal, precisamente, en atención a su carácter técnico y especializado. Sin embargo, como mostramos más arriba, en materia no contenciosa existe un preocupante 63% de causas en que se han acogido los recursos de reclamación y modificado las decisiones. Ciertamente el criterio anterior no puede ser extremado, pues en libre competencia muchas veces las causas contenciosas están tan plagadas de aspectos técnicos como las no contenciosas, e incluso en las causas no contenciosas ha habido controversia sobre si se cumplen o no garantías de debido proceso, pero como criterio orientador, nuestro planteamiento general puede ser útil.

Del mismo modo, un criterio que creemos debiera aplicarse mucho más estrictamente es el que distingue entre materias estrictamente jurídicas y materias estrictamente económicas, debiendo la Corte Suprema abstenerse de modificar consideraciones económicas que haya adoptado el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sin embargo, reconocemos que este criterio resulta tremendamente complejo de concretar, sobre todo por la recepción que hacen las normas de competencia de conceptos y criterios económicos a través de, por ejemplo, expresiones de textura abierta. Igual de complejo resulta el criterio que distingue entre materias de hecho y de derecho, dada —entre otras cosas— la necesaria calificación jurídica que se debe realizar de los hechos. Esta dificultad para distinguir entre materias de hecho y de derecho en materia de libre competencia es la razón por la que somos reticentes a caracterizar la naturaleza del recurso de reclamación a partir de otros recursos ya existentes en sede civil. Decir, por ejemplo, que es una especie de apelación sería ignorar la dificultad de enmarcar de forma cierta conceptos económicos ya sea en la clasificación hecho o

27. De hecho, al respecto es más especializada que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia considerando las materias que son de competencia de la tercera sala.

en la de derecho: es ambas a la vez. Sin perjuicio de ello, dicha distinción es más fácil de apreciar, aunque no inequívocamente, respecto de los elementos técnicos del caso.

Adelantándonos a la última sección de este trabajo y a la propuesta de este, creemos que una aproximación aceptable que evitaría este problema sería distinguir el recurso aplicable a los fallos de término según si se trata de una causa contenciosa o no contenciosa.

Para terminar con nuestra investigación queremos señalar algunos grupos de casos de aquellos fallados en los últimos once años en los cuales la Corte Suprema ha resuelto cuestiones que son coherentes con el rol que debiera tener. No pretendemos señalar que este tipo de casos agotan el universo de cuestiones que nuestro máximo tribunal debería conocer y resolver a través del recurso de reclamación, pero sirven para ejemplificar de qué forma podría éste cumplir con sus mandatos institucionales y contribuir positivamente al derecho de competencia nacional.

Uno de los grupos de casos que se pueden formar incluye a todos aquellos en que se está en los límites del derecho de competencia con otras ramas del derecho o áreas regulatorias y/o con otros órganos con competencia especial. En concreto, se trata de situaciones que integran aspectos de competencia al igual que aspectos de, por ejemplo, propiedad intelectual y/o industrial, contratación administrativa, derecho medioambiental, regulación sectorial específica, derecho civil, entre otros. Dentro de esta categoría podemos mencionar, como ejemplos, los siguientes casos:

Primero, la revocación que realizó la Corte Suprema de la sentencia 164/2018 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia,²⁸ en que la Corte estimó que el Tribunal excedió su ámbito de competencia, inmiscuyéndose en asuntos que corresponden al Tribunal de Propiedad Industrial. Segundo, podemos observar el criterio utilizado por la Corte Suprema cuando conoció los recursos de reclamación interpuestos en contra de la sentencia 169/2019 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia,²⁹ ocasión en la cual si bien confirmó la decisión del Tribunal, se dedicó a señalar específicamente que, a su entender, el Tribunal no tiene competencia para pronunciarse sobre los conflictos que puedan surgir durante el periodo de aprobación y adjudicación de bases de licitación, los cuales son competencia exclusiva del Tribunal de Contratación Pública.

También podemos considerar como parte de este grupo de decisiones a todas aquellas que se refieren al procedimiento no contencioso establecido en el Decreto Ley 211, en que nuestro máximo tribunal ha mostrado su preferencia por adoptar los criterios técnicos que los órganos sectoriales han establecido.³⁰

28. Corte Suprema rol 26.525-2018.

29. Corte Suprema rol 8.843-2019.

30. Véase, por ejemplo, la resolución 59/2019 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y el subsiguiente fallo de la Corte Suprema que acoge las reclamaciones y se pronuncia sobre las medidas propuestas por la Subtel en su solicitud original ante el Tribunal, rol 181-2020.

Otro grupo de decisiones que es posible identificar es aquel referido a los casos en que la Corte se ha encargado de delimitar las condiciones y formas en que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debe conocer de un asunto, ya sea ordenando seguir tramitando un caso —como sucedió en la sentencia rol 1181-2020, relativa a la indemnización de perjuicios del llamado *Caso Pollos*—, ya sea anulando de oficio una decisión del Tribunal, en que este había considerado imposible seguir conociendo en virtud de ciertos desistimientos que se habían producido en la causa, instancia en la que la Corte Suprema en la sentencia rol 16.604-2018 (*Caso Doggis*)³¹ anuló de oficio la decisión del tribunal, devolviendo los autos y ordenando a este que se pronuncie sobre el fondo del asunto. Lo mismo puede observarse en la causa rol C-275-2014 (Demanda de Conadecus por exceso límites concurso 700 MHz)³² en la cual el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no conoció sobre el fondo del asunto por acoger una excepción de falta de legitimación activa. Ante esa decisión, la Corte Suprema, conociendo de un recurso de reclamación, revocó lo resuelto por el Tribunal y le ordenó conocer del fondo del asunto, al rechazar la excepción de falta de legitimación activa.³³

Un tercer grupo corresponde a aquellas causas en que la Corte, luego de revisar los recursos correspondientes, devolvió los antecedentes al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ordenando dar lugar al procedimiento de consulta y que se emita un pronunciamiento sobre el fondo. Entre ellas podemos mencionar las causas rol NC-471-2020 (Consulta de Hidromaule),³⁴ rol NC-490-2021 (Consulta Socofar)³⁵ y rol NC-478-2020 (Consulta Retail).³⁶

Más allá del análisis pormenorizado de estas decisiones, que por interesante que sea escapa del alcance de este trabajo, se pueden mencionar dos aspectos a propósito de estas que resultan importantes de destacar. Por un lado, se trata de situaciones en las que el carácter generalista de la Corte Suprema resulta ser una ventaja con respecto al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, desde una perspectiva orgánica, pues le permite juzgar la cuestión con una mirada global del sistema jurídico y una óptica más amplia que la que puede tener un tribunal que, desde su concepción, está diseñado para hacerse cargo de un ámbito muy específico de conflictos. Sin embargo, y en contrapartida a ello, no debe de perderse de vista que estos mismos conflictos

31. Demanda de *Alimentos Bio Bio Ltda. y otros contra Alimentos y Frutos S.A. y otros*.

32. Demanda de Conadecus contra Telefónica Móviles Chile S.A. y otros.

33. Corte Suprema, rol 11.363-15.

34. *Consulta de Hidromaule S.A. y otras sobre la Condición de Inflexibilidad contenida en la Norma Técnica para la Programación y Coordinación de la operación de unidades que utilicen GNL regasificado*.

35. *Consulta de Socofar S.A. sobre condiciones de comercialización de productos de los laboratorios farmacéuticos a sus clientes*.

36. *Consulta de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. sobre contratos de arriendo de locales con operadores de centros comerciales y los efectos de la integración vertical existente en ese mercado*.

siguen teniendo elementos que son propios de un análisis de competencia, en el cual ciertamente el órgano técnico está en mejores condiciones de evaluar los antecedentes y arribar a una decisión correcta. Y esta diferencia es valiosa de hacerla notar pues, en nuestro entender, nos puede entregar pistas sobre cuál es el rol que debe asumir cada uno de los órganos involucrados en controversias, que, por la propia naturaleza del derecho de competencia, son complejas y altamente interdisciplinarias.

Una posible propuesta para el sistema recursivo del derecho de la competencia chileno

Ahora, respecto a cómo debería estructurarse un sistema recursivo de *lege ferenda*, en atención a lo desarrollado en las secciones anteriores, nos parece que dado el diseño institucional de nuestros órganos en materia de competencia resulta deseable, en primer lugar, la diferenciación del recurso procedente en los casos contenciosos y no contenciosos, y, en segundo lugar, la aplicación un recurso más restringido que otorgue una competencia y atribuciones más acotadas a la Corte Suprema, especialmente en los casos no contenciosos.

Sobre el primer punto, consideramos que dado que el legislador encomendó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia potestades no jurisdiccionales (consultiva, propositiva, normativa, entre otras) en atención a su calidad de órgano técnico, resulta lógico que una revisión de sus decisiones por parte de la Corte Suprema se limite a materias de derecho. En caso contrario —como sucede actualmente— pierde sentido la constitución de un órgano técnico para el ejercicio de tales facultades, cuando un órgano generalista tiene la posibilidad de revocar —en el fondo— tales decisiones, estando menos preparada técnicamente para ello. Como fue explicado con detalles en la sección anterior, la Corte no se encuentra en una buena posición para corregir errores de tal categoría.

En contraste, en los casos contenciosos una parte importante de la decisión de fondo se basa en actividades en las que un tribunal de las características de la Corte Suprema tiene gran *expertise*, tales como el control de reglas de debido proceso, el respeto a las normas reguladoras de la prueba, la calificación jurídica de conductas, la determinación de deberes de acción u omisión para casos concretos, la valoración del comportamiento concreto contrastado con el ideal de conducta exigible, la determinación de la forma correcta de aplicar normas de prescripción y de contabilizar sus plazos, la determinación de la normativa aplicable en atención a la temporalidad de los hechos, el ejercicio de jurisdicción dentro del ámbito de competencia que corresponde a cada tribunal sea ordinario o especial, etcétera. Cuestiones que, al presentarse en causas de libre competencia, ciertamente también incorporan conceptos de las ciencias económicas que puede ser necesario tomar en cuenta para adoptar una decisión jurídica. Sin embargo, si se respeta y se es deferente con el órgano técnico,

son conceptos que deben ser comprendidos y aplicados más no definidos y delimitados por la Corte, ni mucho menos redefinidos o redelimitados, cuando el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ya se ha pronunciado al respecto.

En el mismo sentido, Fuchs indica que

dato que el principal valor del diseño chileno es la especialización, ello debería repercutir en el rol de la Corte Suprema y su ámbito de control. Por lo mismo, debido a la carencia de conocimiento experto en libre competencia por parte de esta última, uno esperaría que ella no examine todos los aspectos de la decisión previa, sino que su examen se circunscriba a los aspectos procesales y a verificar que no existan vulneraciones flagrantes del derecho. Eso es lo que habría hecho un diseño regulatorio consciente de la interrelación que debe existir entre el carácter especializado y general de los tribunales por un lado, y el ámbito de revisión que se le otorga al revisor por otro (2017: 594).

Esto nos lleva a concluir que sería razonable que existieran recursos distintos para la revisión de materias contenciosas y no contenciosas que decide el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pues la capacidad revisora del órgano actualmente encargado de ello no es la misma en cada caso. Debido a esta peor situación en la que se encontraría la Corte Suprema para revisar las decisiones del Tribunal en el ejercicio de sus facultades no jurisdiccionales, nos parece razonable que el recurso que se diseñe para la revisión de tales decisiones sea más acotado en su alcance que el que exista en materia contenciosa. Asimismo, sugerimos que cualquier nuevo sistema recursivo en materia de libre competencia haga referencia a los estándares de recursos tradicionales en materia procesal, con el fin de evitar se repita la inseguridad jurídica ya explicada durante el desarrollo de esta investigación respecto al recurso de reclamación.

De todas formas, e independiente de la opinión que se sostenga respecto al diseño del sistema recursivo en materia de derecho de la competencia, parece ser clara la necesidad de un ajuste regulatorio con la finalidad de, al menos, aclarar la naturaleza y alcance del recurso de reclamación. Como es posible observar en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en pocos años la opinión de esta respecto a la naturaleza del recurso ha cambiado radicalmente, pasando de un rechazo explícito de una naturaleza apelativa a la aceptación de esta por medio de los recursos de hecho, cada vez más prolíferos. Estos bruscos cambios jurisprudenciales, y la incertidumbre especialmente en materia de reclamaciones en causas no contenciosas y en otras materias en las que, por el momento, hay poca o ninguna jurisprudencia (por ejemplo, en los contenciosos de indemnización de perjuicios), generan una creciente incertidumbre jurídica. Este problema no es novedoso; la literatura de hace una década indicaba los inicios de la problemática causada por el actuar *contradictorio* que la Corte Suprema demostraba en sus fallos de recursos de reclamación (Tapia y Montt, 2012: 155), y como fue mostrado, la cuestión aún no ha sido resuelta.

En nuestra opinión, la vía idónea para ello sería la legislativa, por cuanto la misma permitiría una revisión holística del sistema judicial de derecho de la competencia chileno, de forma de diseñar un sistema recursivo que tome en consideración las características propias de cada tribunal y procedimientos involucrados, además de brindar certeza respecto de la aplicación de la opción adoptada. No obstante, creemos que esto no significa que en el intertanto la Corte Suprema esté exenta de responsabilidad —en el sentido coloquial de la palabra— en su interpretación del alcance del recurso, considerando que, a nuestro entender, la mejor forma de cumplir el rol que nuestro constituyente y legislador le ha dado, así como de respetar el rol que han dado al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en lo que a recurso de reclamación se refiere, es reconocer sus limitaciones y las ventajas del Tribunal. Tal como lo ha hecho, especialmente a partir del año 2009, y como la jurisprudencia expuesta muestra, la Corte ha moldeado el recurso de reclamación al definir su ámbito de competencia y, de esa forma, ha determinado la manera en la que se juzga la realización de ilícitos anticompetitivos y que se regulan de mercados por la vía no contenciosa, prescindiendo de un texto legal que la autorice, *ergo*, nada le impide volver sobre sus pasos, es más, a nuestro juicio, lo contrario es cierto, el espíritu de nuestra legislación, el uso eficiente de recursos públicos, la persecución del bien común —a través de los beneficios económicos de las decisiones correctas en materia de competencia—, y el propio diseño institucional que incluye la existencia de un órgano especializado, la deberían llevar a auto restringirse y limitar su propia competencia en los términos que hemos señalado en este trabajo.

Conclusiones

Luego de revisar someramente las características tanto del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como de la Corte Suprema y de comentar la forma en que la ley regula la relación entre ambos tribunales —principalmente a través del recurso de reclamación— concluimos que la normativa vigente es insuficiente para determinar el rol que cabe a cada órgano en el sistema chileno de competencia.

Por ello perseguimos buscar una respuesta en la historia de las leyes que moldearon el texto actual del Decreto Ley 211 en lo pertinente, esfuerzo que fue en vano. En virtud de lo anterior decidimos pasar del análisis normativo a uno descriptivo, abordando la pregunta original de cuál debe ser el rol de la Corte Suprema en nuestro sistema de derecho de libre competencia a partir del análisis de cuál ha sido el rol que este tribunal ha tomado en la práctica. Hacia el final de este trabajo pretendimos volver al análisis normativo, pero, esta vez, buscando el *deber ser* no en un texto legal vigente sino en razones de análisis económico del derecho, política pública y diseño institucional.

Al analizar cuál ha sido el rol de la Corte Suprema en el derecho de competencia,

a través del recurso de reclamación, primero a través del examen de su jurisprudencia reciente, y luego a través del análisis estadístico de su conducta, dimos cuenta de una comprensión crecientemente expansiva de parte de ese máximo tribunal de su papel en los casos de libre competencia, tanto contenciosos como no contenciosos. Con lo anterior en mente, realizamos una evaluación empleando ciertas ideas extraídas del análisis económico del derecho, que permiten sostener que, desde un punto de vista normativo, la Corte no debiera tener un papel tan protagónico en materias de competencia. Lo que comentamos es especialmente cierto respecto de las facultades no jurisdiccionales que la judicatura especializada ejerce. Finalmente, propusimos, algunos criterios para diferenciar aquellas materias en que la intervención amplia de la Corte Suprema sí puede contribuir al bienestar de aquellas cuestiones en que debiera confiar más en el órgano especialista que nuestro sistema ha elegido para su resolución.

Sea cual sea la vía por la que se escoja, es fundamental que se adopte una decisión clara al respecto, que sea coherente con el diseño institucional de nuestro sistema, y permita aprovechar las ventajas que cada uno de nuestros tribunales posee, pues de esta forma será posible lograr tanto una administración de justicia más eficiente, como también una resolución de conflictos con una menor probabilidad de error y, por lo tanto, que tenga la capacidad de otorgar mejores soluciones a las partes involucradas en cada caso.

Además, considerando el importante rol que cumple la libre competencia, no solo en nuestro sistema jurídico, sino que también en nuestro sistema económico, la necesidad de decisiones adecuadas es aún más patente, pues los costos del error en esta sede son altos al influir en una gran cantidad de áreas. Así, brindar mejores soluciones, con un sistema recursivo coherente con el diseño institucional permite que se cumpla de manera más adecuada el rol sistémico de la Corte Suprema y que se produzcan los beneficios de aumento permanente de la seguridad jurídica por medio de la creación de precedentes que sean correctos, tanto en la decisión como en sus razones. Mejorar el sistema es, en definitiva, mejorar nuestra economía.

Referencias

- ARTHUR, Thomas (2000). «A Workable Rule of Reason: A Less Ambitious Antitrust Role for The Federal Courts». *Antitrust Law Journal*, 68 (2): 337-389.
- BECKNER, Frederick y Stephen C. Salop (1999). «Decision Theory and Antitrust Rules». *Antitrust Law Journal* 67 (1): 41-76.
- CARRASCO, Nicolás (2021). «¿Pueden equivocarse los especialistas? Una aproximación a los costos procesales y del error en el recurso de reclamación de libre competencia a propósito de una infracción al principio de inexcusabilidad. Comentario a la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, de 5 de diciembre de 2019,

- Ingreso de Corte No 16.604-2018». En Cristián Lepin (director), *Anuario Chileno de Jurisprudencia 2019*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CENTRO DE COMPETENCIA (2020) *La Suprema asume rol propositivo del TDLC: El caso del ERN de ANATEL*. Disponible en: <https://bit.ly/3tQS88D>.
- CHRISTIANSEN, Arndt y Wolfgang Kerber (2005). *Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of 'Per Se Rules vs. Rule of Reason*. DOI: 10.2139/ssrn.872694
- DUCE, Mauricio (2007). *Informe en derecho: El estándar de convicción y los alcances del recurso de reclamación en el derecho de defensa de la libre competencia en Chile*. Informe solicitado por la Fiscalía Nacional Económica, autorizado para su publicación.
- EASTERBROOK, Frank H. (1992). «Ignorance and Antitrust». En Thomas M. Jorde y David J. Teece (editores), *Antitrust, Innovation and Competitiveness* (pp. 119-136). Nueva York: Oxford University Press.
- EVANS, David S. y Jorge A. Padilla (2005). «Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules». *Journal of Competition Law and Economics*, 1 (1): 97-122.
- FUCHS, Andrés (2017). «Sistema recursivo en materia de libre competencia». En Diego Palomo (director), *Recursos Procesales: Problemas Actuales* (pp. 567-599). Santiago: DER.
- JOSKOW, Paul L. (2002). «Transaction Cost Economics, Antitrust Rules, and Remedies». *Journal of Law, Economics, & Organization*, 18 (1): 95-116.
- MUFDI, Nader (2020). «El rol del diseño institucional en la aplicación de *responsive regulation* frente al abuso de posición dominante». *Themis*, 78: 257-277.
- SHAVELL, Steven (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- TAPIA, Javier y Santiago Montt (2012). «Judicial Scrutiny and Competition Authorities: The Institutional Limits of Antitrust». En Daniel Sokol y Ioannis Lianos (editores), *The Global Limits of Competition Law* (141-157). Stanford: Stanford University Press.
- VOIGT, Stefan y André Schmidt (2005). *Making European Merger Control More Predictable*. Dordrecht: Springer.
- WIGODSKI, Teodoro (2010). *Regularidades en los fallos de la Corte Suprema sobre libre competencia*. Serie Gestión, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile.

Agradecimientos

El autor y la autora agradecen a la profesora Nicole Nehme Zalaquett y a los profesores Nicolás Carrasco Delgado, Andrés Fuchs Nissim y Nader Mufdi Guerra por su

guía y sugerencias en el proceso de redacción de este trabajo.

Sobre el autor y la autora

CAMILO ROJAS CASTILLO es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es camilo.rojas@derecho.uchile.cl.

 <https://orcid.org/0000-0001-6839-9757>.

ANTONIA SILVA RIUS es egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es antonia.silvar@derecho.uchile.cl.  <https://orcid.org/0000-0003-4485-3542>.

La *Revista de Derecho Económico* es un esfuerzo editorial de profesores del Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile y de juristas externos que presentan ideas y reflexiones surgidas de sus investigaciones. La revista publica artículos sobre aspectos jurídicos relacionados con microeconomía, macroeconomía, políticas económicas, orden público económico, libre competencia, regulación de servicios públicos, derecho del consumidor, derecho bancario, derecho del mercado de valores, derecho tributario, contabilidad, comercio y finanzas internacionales, derecho del medioambiente y recursos naturales, derecho minero, derecho de aguas, derecho de la energía, derecho internacional económico, análisis económico del derecho y otras temáticas afines.

DIRECTOR

Rafael Plaza Reveco

EDITOR GENERAL

Jaime Gallegos Zúñiga

COMITÉ EDITORIAL

José Manuel Almudí Cid, Universidad Complutense, España
Luciane Klein Vieira, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil
Rodrigo Polanco Lazo, Universidad de Berna, Suiza

COLABORADORES

Octavio Aguayo Gajardo
Macarena González Born

SITIO WEB

revistaderechoeconomico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

jgallegos@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io).