

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

## Algunas sentencias de la Corte Suprema que abordan conceptualmente el Derecho de la Libre Competencia

*Some decisions of the Chilean Supreme Court that address the conceptual framework of Free Competition Law*

Crispulo Marmolejo 

crispulo.marmolejo@pucv.cl

*Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile*

**RESUMEN** En el diseño institucional chileno, la Corte Suprema desempeña un rol destacado en el proceso de revisión de las sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). El objetivo de este trabajo consiste en analizar brevemente ciertas opciones conceptuales empleadas por la Corte Suprema de Chile, en la fundamentación de algunas de sus sentencias, respecto de la disciplina del Derecho de la Libre Competencia. Para lograr este objetivo, se han analizado 105 sentencias pronunciadas por el máximo tribunal chileno, contenidas en el repositorio de jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pronunciadas entre los años 2005 y 2021. En 73 de esas sentencias, no se han hallado propuestas de alguna conceptualización sobre la disciplina del derecho de la Competencia; vale decir, el juzgador no ha estimado conveniente citar una definición de esta área del derecho, particularmente en la parte considerativa de dichas decisiones, al contextualizar el ámbito de aplicación del derecho de la competencia. Sin embargo, en las 32 sentencias restantes, la Corte Suprema optó por incluir en su fundamentación algunas propuestas de conceptualización sobre la disciplina, o bien esclarecer nociones técnicas propias de esta área del derecho. En la evolución de sus fallos, parti



Este trabajo está sujeto a una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional Creative Commons (CC BY 4.0).

cularmente desde 2012, se observa que la Corte Suprema ha ido complejizando su razonamiento jurídico en materias de esta disciplina, desarrollando fundamentaciones más extensas, clarificando conceptos técnicos y optando por establecer ciertas definiciones acerca de la disciplina del Derecho de la Libre Competencia.

**PALABRAS CLAVE** Competencia; Derecho de la Competencia; Corte Suprema de Chile; Mercado; Derecho de la Libre Competencia.

**ABSTRACT** In the architecture of Chilean legal institutions, the Supreme Court plays a prominent role in the review of judgments made by the Court for the Defense of Free Competition (TDLC, Spanish acronym). The object of this paper is to analyze briefly certain conceptual options used by the Chilean Supreme Court in the foundation of some of its sentences, with respect to the discipline of Free Competition Law. To achieve this object 105 sentences pronounced by the Chilean Supreme Court have been analyzed, contained in the jurisprudence records of the Court for the Defense of Free Competition, from between 2005 and 2021. In 73 of these sentences, no proposals appear for any conceptual approach to the discipline of competition law; that is to say, the judge has not deemed it appropriate to cite a definition of this area of law, particularly in the consideration part of the decisions, by contextualizing the scope of its application. In the remaining 32 sentences, however, the Supreme Court chose to include in its justification some conceptualization proposals on discipline, or to clarify technical notions specific to this area of law. In the evolution of the Court's rulings, it is observed that the Supreme Court, especially since 2012, has been making its legal reasoning more complex in matters of this discipline, developing more extensive foundations, clarifying technical concepts, and choosing to establish certain definitions about the discipline of Free Competition Law.

**KEYWORDS** Competition; Competition Law; Supreme Court of Chile; Market; Free Competition Law.

## 1. La Corte Suprema en el modelo de jurisdicción de Libre Competencia chileno

El modelo chileno de defensa de la libre competencia comprende una dimensión administrativa y una dimensión jurisdiccional. Está integrado por una agencia especializada en el monitoreo y persecución de conductas anticompetitivas (Fiscalía Nacional Económica), un órgano jurisdiccional, también especializado, creado por la Ley N.º19.911 del año 2003 e integrado por juristas y economistas (Tribunal de Defensa

de la Libre Competencia, más adelante TDLC) y la Excelentísima Corte Suprema (en referencias, C.S.) como órgano revisor de las sentencias del juzgador económico a través del conocimiento del recurso de reclamación.

En la historia de la referida Ley N.º 19.911 el mensaje con que el Presidente de la República, Ricardo Lagos Escobar fundamentaba la iniciativa legislativa que creaba este tribunal especializado, sostenía que “(...) el eje central del presente proyecto de ley es el fortalecimiento del órgano jurisdiccional encargado de resolver los conflictos en esta materia, el que pasa a denominarse Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. El proyecto crea las condiciones necesarias para que las personas llamadas a analizar y decidir los posibles atentados a la libre competencia reúnan requisitos de excelencia profesional y alta dedicación, bajo un esquema de separación de funciones e independencia.” Al mismo tiempo, dicho Mensaje explicitaba, como objetivos generales, la elección de los integrantes del tribunal mediante concurso público de antecedentes; que sus integrantes fueran remunerados y con una dedicación preferente a esa función; una separación de funciones entre el tribunal y la Fiscalía Nacional Económica (FNE); una mayor independencia del TDLC frente al ejecutivo y la clarificación del bien jurídico protegido, entre otros<sup>1</sup>.

El establecimiento de tribunales especializados en Chile ha recibido un interesante tratamiento por parte de la doctrina, dando cuenta que “(...) el concepto y desarrollo de la especialización judicial está fuertemente ligado al desarrollo paralelo de la administración moderna del Estado y constituye uno de los problemas centrales desde el establecimiento del modelo liberal de estado de derecho”<sup>2</sup>.

Tanto en el Mensaje de la Ley N.º 19.911, como en el texto vigente del D.L.211 -fuente legal del Derecho de la Competencia chileno - se estableció que las sentencias dictadas por el órgano jurisdiccional especializado pueden ser impugnadas a través del recurso de reclamación interpuesto ante la Excelentísima Corte Suprema de Justicia. Este Tribunal superior conoce del recurso en su Tercera Sala, especializada en las causas de Derecho Público<sup>3</sup>. Este recurso, cuya naturaleza ha sido vastamente estudiada y debatida<sup>4</sup> pero que no será objeto central de este trabajo, está contemplado en los artículos 27, 30 y 31 del D.L.211.

---

1. Mensaje de S.E el Presidente de la Republica con el que se inicia un proyecto de ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 17 de Mayo de 2002. [Disponible en : <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5814> (Consulta: 23 Septiembre 2022).

2. TAPIA y CORDERO (2015) p. 18.

3. Mensaje de S.E el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 17 de Mayo de 2002. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5814> (Consulta: 23 Septiembre 2022).

4. ROJAS y SILVA (2022); ROMERO (2019); CARRASCO (2021); FUCHS (2017).

Sin embargo, es conveniente señalar que, aunque la especificidad jurisdiccional técnica en el ámbito del Derecho de la Competencia<sup>5</sup> se encuentra radicada en el TDLC (que como se ha dicho, es integrado por juristas y economistas) la Excelentísima Corte Suprema cumple un rol significativo en el modelo recursivo chileno en materia de libre competencia.

Aun cuando, en opinión de algunos autores, “el ámbito de revisión no debiera permitirle al revisor ir más allá de cuestiones de derecho, pues de lo contrario el resultado podría resultar dañino para los objetivos que el sistema regulatorio persigue”<sup>6</sup>, lo cierto es que la función de la Excm. Corte Suprema constituye un factor destacado en este proceso de revisión, confirmando, en unos casos, y en otros construyendo -a veces con vehemencia- una apreciación distinta a la del TDLC.

El objetivo de este trabajo consiste en reseñar y analizar brevemente algunas opciones conceptuales empleadas por la Excm. Corte Suprema de Chile, respecto de la disciplina del Derecho de la Libre Competencia, en la fundamentación de sus sentencias, al conocer recursos de reclamación interpuestos en contra de los fallos del TDLC.

Para lograr este objetivo, se han analizado aproximadamente 105 sentencias pronunciadas por la Corte Suprema de Chile. En 73 de esas sentencias, por regla general, no se han hallado propuestas de alguna conceptualización sobre la disciplina del Derecho de la Libre Competencia; es decir, el juzgador no ha estimado conveniente citar una definición de esta área del derecho, particularmente en la parte considerativa de dichas decisiones, al contextualizar el ámbito de aplicación del derecho de la libre competencia. Sin embargo, en las 32 sentencias restantes, la Corte Suprema opta por incluir en su fundamentación algunas propuestas de conceptualización directa sobre la disciplina, o bien esclarecer nociones técnicas propias de esta área del derecho. De esta forma, en la evolución de sus fallos, se observa que la Corte Suprema paulatinamente ha ido complejizando su razonamiento jurídico sobre materias de esta disciplina, desarrollando fundamentaciones más extensas, clarificando conceptos técnicos y optando por establecer ciertas definiciones acerca de la disciplina del Derecho de la Libre Competencia. A partir del estudio de estas decisiones jurisdiccionales, se aprecia que, en general, en los primeros considerandos (normalmente cuarto, quinto

---

5. La terminología en la mayoría de los ordenamientos jurídicos trata la disciplina como “Derecho de la Competencia”. En el Derecho chileno, la identificación es “Derecho de la Libre Competencia”, pues el D.L.211 “fija normas para la defensa de la libre competencia”; la denominación de su diseño institucional incluye un “Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, y una Fiscalía Nacional Económica que cumple su rol “liderando la defensa y promoción de la Libre Competencia en Chile”. La literatura estadounidense emplea las expresiones “Antitrust Law” y “Competition Policy”, mientras que en Europa, es más usual “Competition Law”. En China, existe una “Anti-Monopoly Law” de 2007. En este trabajo, enfocado en el sistema chileno, se uniformará la expresión “Derecho de la Libre Competencia.”

6. FUCHS (2017) p. 569.

o sexto) se cita a autores específicos y sus respectivos conceptos; y en otras también avanza con mayor extensión y profundidad en un análisis más detallado de dichas nociones.

Este ejercicio conceptual de la Corte Suprema resulta interesante, dado que el derecho de la competencia es un área de práctica y estudio jurídico – económico relativamente reciente en el Derecho chileno. Si bien el análisis de estas materias puede entenderse iniciado con la dictación del título V de la Ley N.º 13.305 del año 1959<sup>7</sup>, posteriormente con el trabajo generado por el modelo de comisiones (preventivas regionales, Preventiva Central y Resolutiva) del texto original del D.L.211 de 1973, se ha asentado la idea de que la creación del TDLC fue el hito que inauguró una etapa de importante progreso en el estudio y práctica de esta disciplina en Chile.

Desde luego, no es una función específica de los tribunales profundizar respecto de la naturaleza o la conceptualización de una disciplina jurídica, pero resulta de interés examinar la perspectiva que ha elaborado la Corte Suprema -como tribunal general, revisor de decisiones técnicas- respecto de la manera en que comprende el sustrato disciplinario de un área particularmente singular, pero dinámica, como es el Derecho de la Libre Competencia.

## **2. La problemática de conceptualizar el Derecho de la Competencia en otras jurisdicciones, y el Derecho de la Libre Competencia, en Chile**

La construcción de un concepto que trate la entidad de una disciplina jurídica implica una tarea compleja. Desde luego, la cuestión disciplinar en sí misma es dificultosa<sup>8</sup> y en el caso del Derecho de la Competencia -en ordenamientos jurídicos extranjeros- la tarea se vuelve aún más ardua, pues debe recurrirse no sólo a elementos de la teoría del derecho, sino que también a la identificación de los contenidos económicos del mismo<sup>9</sup>. Se trata, entonces, de un área que se caracteriza por la evidente confluencia entre cierta infraestructura conceptual microeconómica (particularmente de Organización Industrial, pero también finanzas y economía conductual<sup>10</sup>) y categorías jurídicas<sup>11</sup>.

7. ABARCA (2021) pp. 91-109.

8. COLOMA (2016) pp. 253 – 298.

9. FAULL *et al.* (edits.) (2014) *The EU law of Competition*. (Oxford, Oxford University Press) 1.04–1.05. Estos autores señalan que hoy en día, existe una clara conciencia entre los legisladores de competencia, los abogados especialistas en esta materia y en los jueces, sobre la importancia de la economía para su trabajo diario. En la UE, en Estados Unidos y otras jurisdicciones, es una práctica normal discutir los casos de competencia en términos de conceptos económicos como el poder de mercado, las barreras de entrada y los costos hundidos, y evaluar esos casos de acuerdo con sus efectos en la economía. Según estos autores, la política de competencia es una parte de la política económica relacionada con las estructuras económicas, la conducta y los efectos económicos.

10. NIELS *et al.* (2016).

11. Mensaje de la Ley N.º 20.945. En lo pertinente, expresamente señala: “(...) La defensa de la libre competencia es esencial para el desarrollo de Chile. Ella garantiza la existencia de mercados en

Sobre el particular, la pregunta que interroga por el concepto e identidad del Derecho de la Competencia debiese ser “(...) de aquellas que cualquier libro especializado en la materia debiera responder”<sup>12</sup> y que puede ser abordada, por una parte, en la enseñanza y cultivo de la disciplina, y por otra, a partir del análisis de diferentes fuentes del Derecho, ya sea la doctrina, la ley o la jurisprudencia.

Desde el punto de vista de la enseñanza de la disciplina, en el contexto chileno, el Derecho de la libre Competencia, constituye -en algunas escuelas- un curso en el ciclo de pregrado de la cátedra de Derecho Económico. En otros casos, comprende sólo un capítulo del mismo, sin perjuicio de la existencia de programas electivos sobre la materia. En el ámbito de postgrados, la oferta se ha expandido en varios cursos o módulos de programas de magister. En cuanto a iniciativas institucionales dedicadas a un cultivo más específico de la disciplina, se han creado centros y programas sobre la misma<sup>13</sup>.

Desde el punto de vista doctrinario, tanto nacional como extranjero, es posible hallar propuestas conceptuales caracterizadas por una pluralidad de orientaciones; unas que enfatizan el contenido jurídico y otras que acentúan la perspectiva económica. Algunas se enfocan en la realidad misma de la competencia (como la piedra fundamental de la economía de mercado<sup>14</sup>, como rivalidad<sup>15</sup>, y en una más reciente se apunta a la competencia como una realidad aún más compleja<sup>16</sup>); otras apuntan hacia al derecho que vela por la competencia, y en no pocas, el núcleo se encuentra en la protección de ciertos objetivos de dicha disciplina.

---

los cuales impere una competencia basada en los méritos, que permita que las empresas ofrezcan bienes y servicios de mejor calidad, mayor variedad, innovadores y al menor precio posible. Asimismo, propicia una sociedad más justa y democrática, en la cual exista confianza en los mercados y en que quienes cuenten con poder económico no se aprovechen del mismo para cometer abusos que generan serios daños a todos los chilenos”.

12. JONES *et al.* (2019).

13. En Chile han surgido el Programa de Libre Competencia de la Pontificia Universidad Católica de Chile (<https://librecompetencia.uc.cl>); el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (<http://www.derecho.uchile.cl/centro-de-regulacion-y-competencia>); y el Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez (<https://centrocompetencia.com>) (Consulta: 23 Septiembre 2022).

14. WHISH y BAILEY (2019) p. 2.

15. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2022). Guía para el Análisis de Operaciones de concentración horizontales. El texto explica que: “La FNE entiende la competencia como un proceso de rivalidad entre agentes económicos que persiguen capturar la preferencia de los consumidores. Dicha rivalidad crea incentivos para que los agentes reduzcan sus precios, aumenten su producción, mejoren la calidad y/o para que introduzcan nuevos productos o servicios”.

16. PETIT y SCHREPEL (2022).

El examen de la literatura revela una dispersión de conceptos en los que -como se ha indicado- se distinguen énfasis tanto económicos como jurídicos. Asimismo, es posible reconocer en la estructura sustantiva de esas propuestas conceptuales, la adscripción a un determinado sistema legal, ya que se puede encontrar un tipo de definiciones construido a partir de la realidad europea, estadounidense, una combinación de ambas. En esta gama de diversos planteamientos, algunos autores exponen que “(...) el derecho de la competencia existe para regular la competencia en una economía de libre mercado. Los términos política de competencia y derecho de la competencia a menudo se usan como sinónimos, pero para nuestros propósitos, el derecho de la competencia puede describirse como el medio por el cual se implementa la política de competencia con respecto a las empresas que operan en el mercado”<sup>17</sup>. Gerber, en tanto, sostiene que “(...) el derecho de la competencia está destinado a proteger el proceso competitivo de las restricciones que pueden afectar su funcionamiento y reducir sus beneficios. Cuando se implementan de manera efectiva, pueden desempeñar un papel importante en el apoyo al proceso competitivo y, por lo tanto, en la maximización de los beneficios que puede brindar”<sup>18</sup>. En un trabajo más reciente, el mismo autor precisa y sintetiza su definición al referirse a derecho de la competencia como: “(...) un dominio general del derecho cuyo objeto es disuadir las restricciones privadas sobre la conducta competitiva”<sup>19</sup>.

Adicionalmente, optando por una estructura más detallada se afirma que “(...) el derecho de la competencia se ocupa de prevenir acuerdos restrictivos entre empresas, vigilar mercados oligopólicos, prevenir las consecuencias anticompetitivas del ejercicio de un poder sustancial de mercado y prevenir fusiones que conduzcan a concentraciones de poder de mercado con consecuencias anticompetitivas. El derecho de la competencia en la Unión Europea también se refiere a las ayudas estatales, en virtud de las cuales los Estados miembros dan un trato favorable a determinadas empresas”<sup>20</sup>.

---

17. JONES *et al.* (2019).

18. GERBER (2010) Este autor sostiene que: “En cuanto a sus objetivos, el derecho de la competencia puede contribuir tanto a la eficiencia de los mercados como a la integración de los mismos en la sociedad. Al mismo tiempo, puede contribuir a la eficiencia aumentando los incentivos para competir y eliminando los obstáculos a la innovación y la expansión. Puede generar apoyo para los mercados relacionando la conducta del mercado con los afectados por ella. Crea, simboliza y encarna los lazos entre los mercados y las sociedades en las que operan. En particular, puede promover la competencia como valor y puede influir en la distribución de las ganancias económicas fomentando o desalentando determinadas formas de competencia.” La referencia al proceso competitivo se encuentra también en Richard Whish, David Bailey o en Eleanor Fox.

19. GERBER (2020).

20. JONES *et al.* (2019).

En el derecho español, se ha argumentado que “(...) la legislación de defensa de la competencia juega un papel clave en las economías de mercado ya que impide que las empresas distorsionen la competencia de manera perjudicial para la eficiencia económica. Para asegurar que las leyes de competencia se cumplen las autoridades cuentan con diversos instrumentos, entre los que destaca la capacidad de imponer sanciones a las empresas que infrinjan la normativa de competencia”<sup>21</sup>.

Asimismo, otros especialistas afirman que “(...) [l]as conductas anticompetitivas prohibidas en la legislación de defensa de la competencia comprenden acuerdos, actuaciones y decisiones de los agentes económicos en el mercado que falsean y distorsionan su libre funcionamiento, eliminando o reduciendo la competencia, y perjudicando el bienestar del consumidor. Con el propósito de prevenir, evitar esas conductas y corregir sus efectos, cuando detecten y acrediten la comisión de una infracción, las autoridades administrativas encargadas de la aplicación de las prohibiciones pueden adoptar diversas medidas reactivas”<sup>22</sup>.

Debe agregarse que este derecho se caracteriza por algunas dicotomías que se presentan al momento de elegir la mejor herramienta<sup>23</sup> y, además por determinadas reglas de razonamiento propias de esta disciplina, como las denominadas *per se* y *rule of reason*<sup>24</sup>.

### **3. Ejemplos de sentencias de la Corte Suprema de Chile que abordan conceptualmente el Derecho de la libre Competencia**

El problema acerca de cómo los tribunales, o los jueces en particular, examinan el Derecho de la Libre Competencia, es un tema tratado en la literatura especializada<sup>25</sup>. Desde la perspectiva del juzgador revisor, se presentan los desafíos y dificultades que genera la comprensión de la propia disciplina; desde la perspectiva del diseño

---

21. PADILLA y ZOIDO (2008). El papel disuasorio de las sanciones: Una reflexión motivada por las nuevas directrices comunitarias. EN: Martínez, Santiago y A. Petitibo, Amadeo (Directores) (2008). Remedios y Sanciones en el derecho de la Competencia. Marcial Pons- Fundación Rafael del Pino, Madrid; pp. 37 -55.

22. MARCOS (2018).

23. DIEZ ESTELLA (2008). Estas dicotomías se mueven entre “(...) remedios estructurales vs. remedios de conducta; remedios de carácter regulatorio vs. remedios de carácter económico; concepto legal y económico de remedios, etc”.

24. ZINK (2021); ARTAZA *et al.* (2018); VALDÉS (2008); GAVIL *et al.* (2017). Estos últimos autores explican, que la regla *per se*, es una estándar de prueba, aplicable a aquellos casos en que los efectos anticompetitivos de una conducta son relativamente obvios, y a partir de los cuales se puede construir cierta presunción de que el acto, muy probablemente, será dañino. En el caso de *rule of reason*, estos autores reseñan que se trata de evaluar los casos en que una misma conducta puede ser restrictiva, pero en otros puede suprimir la competencia. En el caso chileno, con la reforma de la ley N.º 20.945 se incorporó la aplicación de la regla *per se* a los casos de conductas colusorias, y se contempló un tipo penal de la misma, en el título V, y el art. 62 del D.L.211.

25. BAYE y WRIGHT (2011); CRANE (2013); PASTOR (2018).

institucional, se hace necesario establecer el lugar en que se sitúa la jurisdicción dentro de los modelos de defensa o enforcement de la competencia, en los diversos ordenamientos jurídicos. En algunos casos la judicatura que se ocupa de los asuntos de competencia se sitúa más próxima al Derecho Administrativo, en algunas al derecho mercantil, y en otras, como un tribunal general superior. Así, por ejemplo, se ha planteado que el derecho de la competencia estadounidense comenzó a cobrar forma sólo cuando la Corte Suprema empezó a construir un marco analítico básico y específico sobre esta materia al momento de la elaboración de sus sentencias<sup>26</sup>, cuestión que algunas jurisdicciones latinoamericanas también han acometido<sup>27</sup>.

---

26. PATE (2014). También está el caso del Tribunal Supremo de la Federación Rusa (2021). Guía de aplicación uniforme del Derecho de la Competencia [Disponible en: <http://supcourt.ru/documents/own/29742/>] (Consulta: 23 de Septiembre 2022).

27. Recientemente, la Corte Suprema de Colombia, en la Sentencia SC 5473-2021, conociendo un recurso de casación en el fondo ha sostenido, en el caso "*Inalambria Internacional con Colombia Telecomunicaciones S.A*" que: "La Corte ha identificado los contenidos del derecho a la libre competencia, señalando que la libre competencia, por su parte, consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones. Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros." "1.1. Por la variedad de temas involucrados, el estudio del derecho de la competencia se ha dividido, tradicionalmente, en dos grandes segmentos, a saber, por una parte, las denominadas prácticas comerciales restrictivas, que incluyen actualmente el estudio de los abusos de posición dominante así como el análisis de algunas integraciones empresariales, y por la otra, los actos de competencia desleal» vertientes que tienen una finalidad propia, como lo ha sostenido esta Corporación". En un fallo anterior, del año 2013, la Corte Colombiana cita a Joaquín Garrigues, de la siguiente forma: "En ese sentido, la doctrina foránea ha señalado que "el ordenamiento jurídico establece normas relativas a la competencia en un doble sentido. Por una parte, las normas sobre restricciones a la competencia, que presuponen la falta de libre competencia y tratan de restaurarla, eliminando los obstáculos que la anulan o la perturban. De otra parte, las normas sobre competencia ilícita, que presuponen, por el contrario, que la libre competencia existe, y tratan de encauzarla por el camino de la ética y del derecho" (J.G., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Bogotá: Temis, 1987, pág. 219)". La Corte Suprema de Uruguay, en Sentencia N.º 513/2021 de 26 de Octubre de 2021, señala: "(...) el derecho de la competencia se ocupa principalmente de: (i) la detección, investigación y sanción de prácticas anticompetitivas, resultando de aplicación 'ex post' respecto de las mismas, esto es, como un mecanismo de control de conductas ya verificadas; y (ii) el control de operaciones de concentración económica, que generalmente opera 'ex ante', es decir, de carácter previo a la concreción de transacciones que representen un cambio de control conforme a los umbrales correspondientes. Adicionalmente, concierne a esta disciplina la actividad de promoción y 'abogacía' de la competencia" (Derecho de la Competencia, FCU, Montevideo, 2020, pág. 125)".

Como ya se ha indicado, la Corte Suprema de Chile es el tribunal que conoce de los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a través de la interposición del recurso de reclamación, y es en ese contexto en el que se ha recogido el examen de aproximadamente 105 sentencias dictadas por el máximo órgano jurisdiccional, entre los años 2005 a 2021. El estudio de esas decisiones permite concluir que en 73 de ellas no hay intentos de conceptualización o referencias de autores que planteen una definición acerca del derecho de la libre Competencia, en cuanto disciplina. Sin embargo, en las 32 sentencias restantes, en los primeros considerandos (generalmente cuarto, quinto o sexto) la Corte Suprema incorporó una fundamentación más extensa y profunda acerca del funcionamiento y aplicación del Derecho de la libre Competencia, una noción sobre la disciplina o algunos de sus conceptos más básicos. En estos casos, la Corte consideró relevante la cita de algunos autores y sus respectivos conceptos, en tanto que en otras avanzó con mayor extensión y profundidad en un análisis más detallado de dichas nociones. De esas 32 sentencias, se ha seleccionado aquellas en que, a nuestro juicio, son más representativas de ese esfuerzo conceptual.

Las consideraciones doctrinarias acerca del Derecho de la libre Competencia que la Corte Suprema ha incluido en estas sentencias, se han vuelto más frecuentes en la medida en que la Tercera Sala de dicho tribunal empezó a conocer casos de mayor complejidad, fruto de un incremento en la litigación y una mayor formación por parte de litigantes, jueces y profesionales que se desempeñan en esta institucionalidad técnica.

De esta forma, la Corte Suprema comenzó a expandir el acopio doctrinario de sus considerandos, por ejemplo, destacando el sentido técnico de la disciplina<sup>28</sup>; clarificando el bien jurídicamente protegido<sup>29</sup>; o formulando propuestas conceptuales tales como el resguardo de la “pureza del Orden Público Económico”. Esa tendencia se

---

28. En “*Ricardo Rodríguez con Epson*” (Sentencia 58 -2007 TDLC; Sentencia de la C.S. de 26 de diciembre de 2007, redactada por el Ministro Carreño) la Corte sostiene: “9o. Que, sin perjuicio de lo anterior, cabe tener presente que tratándose de materias técnicas como las analizadas, que presentan aspectos económicos y de derecho que el tribunal especialista en la materia debe ponderar, resulta necesario que frente a una denuncia como la de autos, para poder adoptar una decisión correcta, deba efectuarse un estudio de mercado que permita luego de ello situar a aquel que se estima como relevante para la litis, lo que sólo puede hacerse con un conocimiento amplio de todos los elementos que inciden en ese mercado. De allí que se justifique la posición del tribunal de haber requerido a las partes la aportación de pruebas de todo el mercado en cuestión, para luego determinar si ameritaba reducirlo a sólo el de cartuchos de tinta original marca Epson, lo que no fue posible precisamente por la falta de pruebas”.

29. En “*Nutripo con Puerto Terrestre Los Andes*” (Sentencia 100-2010 TDLC; Sentencia de la C.S. de 28 de enero de 2011) razonó sobre asuntos de incompetencia procesal, pero estableciendo que: “(...) las normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto estas concurran al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción” o bien; “Séptimo: Que a fin de resolver sobre las situaciones de fondo en que se funda la reclamación, es necesario precisar que el D.L. N°211 tiene como bien jurídico pro-

muestra con mayor frecuencia desde 2012, particularmente con el Caso Farmacias<sup>30</sup> y la influencia del ministro Sergio Muñoz. Al tratarse de uno de los ministros de dicha sala, que tiene un elevado protagonismo en la revocación de sentencias del TDLC, es probable que la construcción de esa argumentación se extienda con más acento hacia cuestiones disciplinarias más fundamentales<sup>31</sup>. Por ello, en esta etapa de la jurisprudencia la Corte Suprema se ha pronunciado respecto del funcionamiento y aplicación, noción disciplinaria y algunos conceptos propios del Derecho de la Libre Competencia. A partir del análisis de las sentencias de la Excm. Corte Suprema que mencionan algún concepto sobre la disciplina del Derecho de la Competencia, es posible clasificar esas nociones en ciertas categorías.

### **3.1. Normas de libre competencia como integrantes del Orden Público Económico**

#### **3.1.1. Libre Competencia y Orden Público Económico**

La Corte Suprema chilena ha sostenido que las reglas sobre Libre Competencia forman parte del Orden Público Económico<sup>32</sup>, el cual -en su criterio- a su vez constituye una noción propia del Derecho Económico. Para fundar este razonamiento, la Corte distingue dos facetas del Orden Público Económico en las que debe situarse la normativa que resguarda la competencia: (a) Una faceta de resguardo de la libertad

---

tegido la libre competencia, la que puede entenderse como la posibilidad que tienen las personas para participar en cualquiera actividad económica, como oferente o demandante, pudiendo decidir libremente cuándo entrar o salir de un mercado, sin que exista ninguna persona o entidad que le pueda imponer condiciones en las relaciones de intercambio que interfieran en el flujo natural de los bienes y servicios.”

30. “*FNE con Farmacias Ahumada y otros*” (Sentencia 119-2012 / TDLC). Fallo de la C.S de 7 de Septiembre de 2012, redactado por el ministro Sergio Muñoz.

31. CENTRO DE COMPETENCIA, Universidad Adolfo Ibañez (2022). Patrones de votos de los ministros de la Corte Suprema en Libre Competencia. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/05/CeCo-2022-Patrones-de-votos-de-los-Ministros-de-la-Corte-Suprema-en-Libre-Competencia-3.pdf>). Respecto del comportamiento de la integración de dicha sala, y aunque este trabajo no estudia dicha materia, vale la pena destacar lo que el informe, en lo pertinente, señala: “(...) La ministra Egnem, en segundo lugar, pese a presentar una participación relativamente más baja, aparece como la principal ministra disidente en la Tercera Sala en cuanto a casos de libre competencia, con alta tendencia a votar para revocar las sentencias del Tribunal reclamadas en la Corte Suprema con objeto de absolver a las partes implicadas. En tercer lugar, destaca también el comportamiento del ministro Muñoz quien, pese a tener una participación más reciente, se ha posicionado en el grupo de ministros de la mayoría que más revoca las decisiones del TDLC para condenar, siendo además el ministro con mayor porcentaje de condena (en casos contenciosos) o rechazo (en casos contenciosos) (65 %). En cuanto al resto de los ministros, no fue posible encontrar un patrón de comportamiento evidente, dada la baja participación relativa en las sentencias y la heterogeneidad de sus interacciones con el resto de los ministros”.

32. En “*FNE con ANFP*” (Sentencia 173 -2020 TDLC) la C.S. en fallo de 6 Septiembre de 2021 rechazando el recurso de reclamación de esta entidad, establece: “CUARTO: Que, previo al análisis de los puntos identificados en el motivo precedente, resulta relevante dejar asentado que la legislación

económica a la que llama “de emprendimiento”, cuyos destinatarios son agentes privados y también el Estado; (b) una faceta de limitación de esa libertad, situando al poder de mercado como un factor determinante en la afectación del bienestar individual y social.

En este sentido, el tribunal superior chileno entiende que las normas de defensa de la libre competencia forman parte del Derecho Económico, pues esta disciplina contemplaría, a su juicio, tres nociones fundamentales que complementan la implementación del artículo 19, N.º 21 de la actual Constitución Política de la República: Orden Público Económico, Libre competencia y competencia desleal. Conforme a este razonamiento, la Corte concluye que el Derecho Económico se vincula con la noción de “Constitución Económica”, recurriendo en varias ocasiones a las explicaciones del profesor Víctor Manuel Avilés<sup>33</sup>.

---

sobre libre competencia, y en particular el Decreto Ley N.º 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico que cumple distintas funciones, puesto que, por una parte, vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sean respetados, tanto por los particulares como por el Estado y, además, desde otra perspectiva, limita y acota el ejercicio de tal derecho, ya que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado, sino también de particulares quienes, esgrimiendo su propia libertad, pretendan alcanzar y ejercer poder en el mercado, violentando no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en que se desenvuelven, sino que afectando los intereses de los consumidores, situación que, en último término, se traduce en la afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la sociedad”.

33. En “*TVI con VTR Comunicaciones*” (Sentencia 161 – 2018 TDLC) la C.S. en fallo de 15 de Mayo de 2019, estableció: “Cuarto: Que en el análisis de la reclamación es indispensable tener presente ciertas consideraciones relacionadas con la naturaleza de la legislación que regula la materia de autos. En este aspecto, tal como se ha señalado en otros fallos, la materia puesta en conocimiento de esta Corte está regulada en el Decreto Ley N.º 211, que tiene un carácter económico, entre cuyos objetivos se encuentra la regulación y cautela de la libre competencia, como asimismo, de un modo más general, la pureza del orden público económico del país. Es así como el Constituyente ha desarrollado una especial profundización de las normas que integran este marco regulatorio, tanto al establecer la competencia del Estado, como al referirse a las garantías individuales. Así, diferentes normas constitucionales desarrollan lo que se ha denominado la “Constitución Económica”, que busca precisar y resguardar a las personas su derecho a planificar, desarrollar y ejecutar sus proyectos de vida personal y de realización material, para concretar y llevar adelante su capacidad de emprendimiento. Los artículos 1º, 3º, 8º, 19 números 2, 21, 22, 23, 24, 25 y 26; 20, 21, 38 y 108 de la Constitución Política de la República dan origen a un abanico de disposiciones en que las personas encuentran seguridad en los enunciados anteriores. En el campo del derecho económico se estructuraron las nociones de orden público económico, libre competencia y competencia desleal, en que se asocia la libre competencia con el artículo 19 N.º 21 de la Constitución Política, por consignar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, al cual se unen la reserva legal en materia de regulación económica, igualdad ante la ley, ante la justicia y ante las cargas tributarias, proscribiendo cualquier discriminación, que comprende la de igualdad de trato económico que debe entregar el Estado y sus órganos, la libre apropiación de los bienes, la consagración del derecho de propiedad en las distintas especies que contempla la Constitución y ciertamente la garantía de

Esta ubicación del Derecho de la libre Competencia dentro del Orden Público Económico también estuvo planteada en el considerando sexto de la Resolución N.º 368 de la Comisión Resolutiva, de 7 de Abril de 1992, y a la que la Corte suele referirse con frecuencia, y que se explica a continuación.

### 3.1.2. Resoluciones de la Comisión Resolutiva

Las resoluciones de la Comisión Resolutiva –órgano jurisdiccional que antecedió al TDLC y que estaba contemplado en diseño original del D.L.211- también forman parte de las propuestas conceptuales que ha construido la Corte Suprema en el periodo indicado<sup>34</sup>. Tal es el caso de la Resolución N.º 368 de 7 de abril de 1992<sup>35</sup>.

---

las garantías, esto es, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Conjuntamente con lo anterior debe considerarse la estructura económica basada en la autoridad reguladora del Banco Central, para luego desarrollar toda una institucionalidad en materia de orden público económico, sustentado en un conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución (José Luis Cea Egaña) o “la recta disposición de los diferentes elementos sociales que integran la comunidad –públicos y privados– en su dimensión económica, de la manera que la colectividad estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre” (Avilés Hernández, citado por Sebastián Vollmer, *Derechos Fundamentales y Colusión*, Universidad de Chile). VOLLMER, Sebastián (2009) *Derechos Fundamentales y Colusión*. Tesis de grado, Universidad de Chile. [Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/106939>]” El contenido de este considerando N.º4 se reitera en la sentencia de la Corte Suprema de 13 de Julio de 2020, acerca de la Resolución N.º59-2019 del TDLC.

34. Ortuzar, Waldo (1978) (Recopilador) *Ley Antimonopolios*. Decreto Ley N.º 211, de 1973. Jurisprudencia de la Comisión Resolutiva. 1974 – 1977. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). Este órgano estaba contemplado en el Título III del texto original del D.L.211, de 1973 y se mantuvo hasta la dictación de la Ley N.º19.911, de 2003, que creó el TDLC. En ese texto original, el artículo 16 establecía que la Comisión Resolutiva estaría integrada por un ministro de la Corte Suprema; el Director Nacional de Industria y Comercio; el superintendente de compañías de seguros, sociedades anónimas y bolsas de comercio; el superintendente de bancos; el director del servicio nacional de Impuestos Internos y el síndico general de Quiebras. Posteriormente, dicha integración se modificaría, manteniendo a un ministro de la Corte Suprema, pero incorporando a decanos de facultades de Derecho y Economía.

35. En “*FNE con CCNI y otros*” (Sentencia 171 – 2019 TDLC) la Corte Suprema, en un fallo del 14 de Agosto de 2020, establece: “La libre competencia comprende, principalmente, los derechos y libertades de los productores de bienes y servicios, pero sin desconocer el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado de conservar un mercado altamente competitivo. Así, se ha dicho: “Que la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado, no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios

Se trata de una decisión pronunciada por dicha entidad, respecto del caso de participación accionaria de Telefónica España S.A, tanto en Compañía de Teléfonos de Chile y en Empresa Nacional de Telecomunicaciones. La decisión está suscrita por los integrantes de la Comisión, Enrique Zurita Campos (entonces ministro de la Corte Suprema), Hugo Lavados Montes (Superintendente de Valores y Seguros de la época), Sergio Gaete Rojas (Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Bernardo O'Higgins); Abraham Dueñas Strugo (subrogante del entonces Director del Instituto Nacional de Estadísticas) y Alberto Villate Galarce (subrogante del entonces decano de Economía y Administración de la Universidad Andrés Bello). En once considerandos, la Resolución N.º 368 efectúa una extensa reflexión acerca del contenido y aplicación del D.L.211 vinculándola al Orden Público Económico. En efecto, la Comisión, en el considerando 6 de dicha decisión sostiene "(...) que una de las normas de mayor importancia que regulan esta garantía constitucional y que forman parte del llamado Orden Público Económico, es precisamente, el D.L.211, ya que sus disposiciones tienen por objeto evitar la distorsión de la economía, a que puede conducir la manipulación de la oferta y la demanda en el mercado".

### 3.1.3. La pureza del Orden Público Económico

En varias sentencias de la Tercera Sala de la Corte Suprema se constata el interés del máximo sentenciador por destacar la noción de "pureza del orden público económico"<sup>36</sup>. En un sentido gramatical, la palabra "puro" denota la idea de "libre y exento de toda mezcla de otra cosa", y pureza es la "cualidad de lo puro". Desde esta perspectiva, cabría pensar que la expresión que emplea la Corte significa que el Orden Público Económico puede ser concebido como una entidad auténtica e íntegra, a la

---

más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado. (Resolución N.º 368, considerando 2º, Comisión Resolutiva, citada por Domingo Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, 2006, página 190)". La misma referencia se ha empleado en otros casos, tales como: "*Constructora LN SpA con I. Municipalidad de San José de la Mariquina*" (Sentencia 169 – 2019 TDLC; Sentencia de la C.S. de 5 de octubre de 2020); "*Oscar Morales con Trefimet S.A*" (Sentencia 164 -2018 TDLC; Sentencia de la C.S. de 8 de Junio de 2020); "*FNE con Asfaltos*" (Sentencia 148-2015 TDLC; Sentencia de la C.S. de 12 octubre de 2016); "FNE con AGGOÑ", denominado "*Caso Médicos de Ñuble*" (Sentencia 145–2015 TDLC; Sentencia de la C.S. de 7 Enero 2016); y, en "*FNE con Farmacias Ahumada y otros*" (Sentencia 119-2012 / TDLC; Sentencia de la C.S. de 7 de Septiembre de 2012).

36. Por ejemplo, en "*TVI con VTR Comunicaciones*" (Sentencia 161 – 2018 TDLC; Sentencia de la C.S. de 15 de Mayo de 2019); "*Conadecus con Cencosud S.A*" (Sentencia 159 -2017 TDLC; Sentencia de la C.S. de 24 de Febrero de 2020); "*Telestar Móvil con Entel PCS*" (Sentencia 158 – 2017 TDLC; Sentencia de la C.S. de 11 de Diciembre de 2018); "*Netline Mobile con Entel PCS*" (Sentencia 156–2017/TDLC; Sentencia de la C.S. de 11 de Diciembre de 2018); "*FNE con Farmacias Ahumada y otros*" (Sentencia 119-2012 / TDLC; Sentencia de la C.S., de 7 de Septiembre de 2012), redactada por el ministro Sergio Muñoz.

cual se debe proteger y aislar de cualquier distorsión, pues ello supondría una pérdida de bienestar para la sociedad. El D.L.211, en este sentido, constituiría una herramienta que busca regular y cautelar la libre competencia, para preservar ese orden económico puro y prístino. Aunque se trata de una expresión de origen fundamentalmente jurisprudencial, en la doctrina nacional se encuentra una expresión semejante, como es la “pureza del mercado” en el ámbito penal, a propósito del tratamiento del uso indebido de la información privilegiada en la legislación de mercado de valores<sup>37</sup>.

### 3.2. Conceptos de autores

Como se ha anticipado, el trabajo busca explorar algunas propuestas doctrinarias a las que recurre la Tercera Sala de la Corte Suprema, con el fin de aproximarse a la noción de Derecho de la Competencia. En este sentido, se aprecia que el máximo tribunal cita con frecuencia las explicaciones contenidas en la obra del profesor titular de Derecho Económico de la Universidad de Chile, Domingo Valdés Prieto<sup>38</sup>. La propuesta del profesor Valdés discute acerca del bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico –“la libre competencia”– el cual es de carácter público, y que está inserto en un determinado sistema económico. Conforme al planteamiento de este autor, entonces la libre competencia sería la expresión pública de un principio que está presente en un sistema económico determinado –mercado– y en el cual los ciudadanos ejercen o practican actividades económicas en un contexto de libertad de competencia mercantil, que aparece como una manifestación de carácter privada. La Corte Suprema también ha citado al jurista español Joaquín Garrigues, cuyo concepto sobre la disciplina en comento recoge algunas características: (a) que desde el punto de vista económico, la competencia es una lucha o disputa por el cliente; b) que los competidores buscan ser los primeros en un mercado; c) la competencia es un concepto jurídico, aunque los fines sean económicos, estructurado sobre la igualdad jurídica de los competidores<sup>39</sup>. Adicionalmente, la Corte Suprema ha citado una definición sobre el derecho de la competencia propuesta por Robert Merkin, autor

---

37. GARCÍA (2015) p. 148.

38. Por ejemplo, en “*FNE con ANFP*” (Sentencia 173 -2020 TDLC) la C.S. en fallo de 6 Septiembre de 2021, rechazando el recurso de reclamación de la entidad gremial establece: “CUARTO: (...) En este aspecto, se ha dicho que “la libre competencia es un bien jurídico protegido de aquellos denominados públicos, que dice relación con el funcionamiento de un sistema que promueve una forma de orden social mediante la cual se armoniza el ejercicio de la libertad de competencia mercantil por parte de todos los ciudadanos que la ostentan. Esta armonización se logra por la vía de limitar estas libertades según explicaremos y de esta forma se tutela que todos y cada uno de los ciudadanos interesados en ello puedan ejercitar adecuadamente su libertad de competencia mercantil” (Domingo Valdés Prieto, “Libre Competencia y Monopolio”. Editorial Jurídica de Chile, primera edición, junio de 2006; pág. 188).

39. También en “*FNE con ANFP*” (Sentencia 173 -2020 TDLC) en fallo de 6 Septiembre de 2021, la Corte reseña: “(...) También, se ha sostenido que en “economía esta lucha[la competencia] es por

que es referido en un documentado trabajo de los profesores colombianos Alfonso Miranda y Juan David Gutiérrez, y en la que el tribunal supremo reitera la noción de un derecho que busca controlar el poder de mercado en razón del interés público<sup>40</sup>.

De igual modo, la Corte ha citado en una ocasión al profesor chileno, avecindado en México, Jorge Witker<sup>41</sup>, quien considera al derecho de la competencia como una rama del Derecho Económico. En similar sentido, la Corte Suprema cita a los autores españoles Juan I. Signes, Isabel Fernández y Mónica Fuentes, esta vez enfocando la importancia de la competencia en la generación de precios más bajos que beneficien a los consumidores<sup>42</sup>. Asimismo, en el caso “*FNE con Asfaltos Moldeables*” el máximo tribunal citó textos de los autores argentinos Germán Coloma y Mariano Carbajales.

---

la conquista del cliente. El competidor se propone apartar a los demás para ser el primero. En los países civilizados tal lucha no ha sido jamás libre en el sentido de ilimitada, arbitraria o desenfrenada. Pues si toda forma de convivencia humana está sometida al Derecho, es claro que las relaciones económicas están sometidas también a él. La competencia es, pues, un fenómeno jurídico, aunque los móviles sean económicos”, añadiendo el autor que “libre competencia en sentido jurídico, significa igualdad jurídica de los competidores” (Joaquín Garrigues, “La defensa de la competencia mercantil”. Temas de Derecho Vivo, Editorial Tecnos, 1977. Página 142).

40. En “*TVT*”, considerando Octavo, la Corte explica: “Que el sistema jurídico establecido en nuestro ordenamiento jurídico corresponde a los aspectos orgánicos y substanciales destinados a resguardar el mercado, propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, permitiendo de esta forma que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica, en que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado. Es por ello que el Derecho de la Competencia se ha definido como “el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público” (Robert Merkin, citado por Alfonso Miranda Londoño y Juan Gutiérrez Rodríguez, “Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia”, Revista de Derecho de la Competencia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia). Es así como “el derecho de la competencia prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la competencia, la adquisición de una posición de dominio en el mercado a través de la realización de dichas prácticas y el abuso de la posición dominante.”

41. En “*Naviera Valdivia y otros con Ministerio de Obras Públicas*” (Sentencia 121-2012 TDLC) la C.S. en fallo de 30 de Enero de 2013 sostuvo: “Octavo: Que al respecto útil resulta considerar para estos efectos que el derecho de la competencia ha sido definido como “aquella rama del derecho económico que tiene por objeto la ordenación de los mercados, tutelando la competencia como sistema en el que se protegen los intereses de los competidores, consumidores y los del interés público” (Derecho de la Competencia en América, autor Jorge Witker Velásquez, publicado por el Fondo de Cultura Económica, primera edición Chile año 2000, página 21.)”

42. En “*FNE con Agrícola Agrosuper y otros*”(“*Caso Pollos I*”) (Sentencia 139-2014 TDLC) la C.S. en fallo de 29 Octubre de 2015 señaló en su parte pertinente: “Trigésimo séptimo: (...) En el mismo sentido, se ha postulado que: “De acuerdo con la teoría económica, la competencia entre las empresas hace que los precios de los productos y servicios sean lo más bajos posibles en el mercado y sirve, además, como estímulo constante para su innovación y mejora, así como medio para que los recursos de que dispone una sociedad sean asignados de manera eficiente. Por ello, se considera que ha de procurarse que la sociedad, en general, y los consumidores, en particular, no se vean pri-

### 3.3. El control del poder de mercado

Dentro del abanico de opciones conceptuales a las que la Corte Suprema adhiere, ha insistido en la idea de que el derecho de la Competencia busca principalmente controlar el poder de mercado. Por ejemplo en “FNE con ANFP” (Sentencia 173-2020 TDLC) en fallo de 6 Septiembre de 2021 ha establecido que la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica deben ser respetados y cautelados, tanto por los particulares como por el Estado, pero que los límites de este derecho buscan evitar que los agentes económicos o el Estado, “(...) pretendan alcanzar y ejercer poder en el mercado, violentando no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en que se desenvuelven, sino que afectando los intereses de los consumidores, situación que, en último término, se traduce en la afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la sociedad.” De igual forma, en las referencias a Merkin, ya mencionadas, la Corte insiste en este punto relevante de la disciplina, igualmente como lo hace en el considerando septuagésimo sexto del fallo “Farmacias” citando al profesor argentino German Coloma.

### 3.4. La fundamentación de la sentencia en el caso “Farmacias”

En el llamado caso “Farmacias”, la Corte Suprema en las 340 páginas de su fallo de 7 de septiembre de 2012 -redactado por el Ministro Muñoz- expone un esquema de conceptos extenso y diverso acerca de la disciplina del Derecho de la Competencia. Por ejemplo, en el considerando sexagésimo séptimo, la Corte se impone el deber de reiterar los fundamentos económicos de la rivalidad en mercados, tales como la competencia perfecta, elasticidad de demandas y obrar autónomo de agentes, que permite un orden económico sano y competitivo<sup>43</sup>. En ese esfuerzo, explica el concepto de colusión tomando como base a los profesores Joaquín Morales y José Luis Zavala, en su obra “Derecho Económico”, al tiempo que vuelve a citar a Domingo Valdés, a propósito del paralelismo consciente; más adelante lo hace con el economista argentino Germán Coloma, y a los profesores chilenos Cristóbal Eyzaguirre, Jorge Grunberg, Tomás Menchaca y al economista chileno Aldo González. En el considerando Septuagésimo Tercero, la Corte expone una extensa evolución del régimen normativo de la colusión en Chile, fundada en la historia fidedigna de su establecimiento, declarando posteriormente la pertenencia de la disciplina al orden público económico, y su valor como instrumento para lograr la pureza del mismo.

---

vados de los beneficios que la competencia entre las empresas debiera proporcionar”. (“Derecho de la Competencia”. Juan Ignacio Signes de Mesa, Isabel Fernández Torres, Mónica Fuentes Navarro. Editorial Thomson Reuters. 2013, página 29).

43. Por ejemplo, la Corte argumenta: “4.- Las reglas de la libre competencia imponen a los competidores un obrar autónomo e independiente que implica que se llevará a cabo una lucha competitiva en pos de alcanzar los mejores resultados económicos posibles. Uno de sus pilares es la libertad de

Sin embargo, en el considerando Septuagésimo Quinto, la Corte avanza en un desarrollo argumental que liga las categorías de Orden Público Económico y libre competencia con el Derecho Administrativo sancionador, advirtiendo que “(...) existen principios generales que corresponde tener presente en todo el derecho sancionador y, sin duda, en el que regula la libre competencia, tanto en sus aspectos substanciales o materiales, como en los procesales o adjetivos”. Sobre el particular, la Corte sostiene que el Derecho que regula la libre competencia sería el derecho administrativo sancionador, aunque emplea en el considerando 76 la expresión “derecho económico sancionador”.

Si bien en los planos prácticos dichas disciplinas tienen puntos de confluencia bastante estrechos, la pertenencia disciplinaria es menos pacífica, dado que “(...) el derecho de la competencia no es sólo derecho administrativo sancionador y es, además, un derecho sancionador que no tiene fácil acomodo en las estructuras jurídico formales del derecho administrativo general, porque su eficacia en la defensa del orden público económico constitucionalizado exige que en su diseño y aplicación se atienda antes a la realidad económica que a las formas jurídicas creadas por los operadores económicos para operar en el mercado. Esta circunstancia exige reconocer al derecho de la competencia una cierta autonomía conceptual respecto de las disciplinas en las que tradicionalmente se incardina, el derecho mercantil y el derecho administrativo”<sup>44</sup>.

#### 4. Conclusiones

4.1. El Derecho de la libre Competencia es una disciplina jurídica que, en Chile, ha ido cobrando una creciente importancia, tanto en el ámbito teórico como jurisprudencial. Aun cuando la primera ley de defensa de la competencia chilena data de 1959, y el esquema orgánico -Comisiones- contemplado en el texto original del D.L.211 de 1973 funcionó por tres décadas, ha sido la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia -como órgano jurisdiccional especializado- la sofisticación de potestades de la Fiscalía Nacional Económica, y la función revisora de la Corte Suprema, los factores que han incidido en el progreso de la disciplina, tanto desde el punto de vista profesional, jurisprudencial y académico.

---

elección para el consumidor como para el productor y de ella depende la asignación eficiente de recursos en la economía. Es por ello que la Carta Política ha desarrollado un conjunto de garantías destinadas a permitir el libre emprendimiento de acciones económicas y, como se ha indicado, se pretende obtener un orden público económico sano y competitivo, determinado principalmente por la oferta y la demanda”.

44. XINEBRA (2015).

4.2. En el ejercicio de su función revisora, la Corte Suprema -en su calidad de tribunal general- ha cumplido un rol importante en la modelación del Derecho de la libre Competencia, a través de la fundamentación de sus sentencias, al conocer recursos de reclamación interpuestos en contra de los fallos del TDLC, órgano jurisdiccional especial.

4.3. El estudio y análisis de aproximadamente 105 sentencias pronunciadas por la Corte Suprema de Chile, entre 2005 y 2021, en materia de derecho de la libre competencia, se ha concentrado en identificar las consideraciones propuestas por máximo tribunal acerca de la aplicación de esta rama del derecho, algunos conceptos que se emplean usualmente en estas materias, y ciertas definiciones específicas sobre la disciplina, propiamente tal.

4.4. A partir de dicha revisión, se ha observado una creciente sofisticación –en el tiempo– del razonamiento jurídico del máximo tribunal, incorporando categorías jurídico–económicas, y además proponiendo construcciones conceptuales, tanto respecto de la disciplina como tal, como de su tratamiento normativo sustantivo.

4.5. A partir de este examen jurisprudencial, se concluye que en 32 sentencias pronunciadas por la Corte Suprema, en materia de libre competencia, este tribunal ha optado por incluir en su fundamentación algunas propuestas de conceptualización directa sobre la disciplina del derecho de la competencia, o bien esclarecer nociones técnicas propias de esta área del derecho. En los 73 restantes, por regla general, no se han hallado propuestas de alguna conceptualización sobre la disciplina del derecho de la Competencia; es decir, el juzgador no ha estimado conveniente citar una definición de esta área del derecho, particularmente en la parte considerativa de dichas decisiones, al contextualizar el ámbito de aplicación del derecho de la competencia.

4.6. La razón de esa ausencia de propuestas conceptuales puede deberse a un acento más procedimental y menos sustantivo que la Corte Suprema, en los primeros años del funcionamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, quiso destacar en sus sentencias. Con la complejidad de los casos que fueron ingresando al sistema de libre competencia, dicha tendencia fue variando.

4.7. ¿Ha acometido la Corte Suprema la tarea de construir un marco analítico básico y específico sobre esta materia, que se desprenda de la evolución de su jurisprudencia? La respuesta puede construirse en base a tres elementos: (a) Respecto de las opciones conceptuales a las que ha adherido la Corte Suprema, el máximo tribunal considera que las normas de defensa de la competencia forman parte integrante de la noción de Orden Público Económico. En tal sentido, la Corte Suprema estima que el derecho de la libre competencia constituye una herramienta para preservar la “pureza del orden público económico”, expresión que se reitera desde el año 2012 en adelante. (b) La tendencia al aumento de consideraciones conceptuales sobre el derecho de la Libre Competencia se aprecia con la presencia más relevante del ministro Sergio Muñoz en la resolución de dichas causas. (c) En cuanto a los autores citados, respecto de

la conceptualización disciplinar, la Tercera Sala del máximo tribunal ha recurrido frecuentemente a las explicaciones del profesor chileno Domingo Valdés, en otras ha citado al jurista español Joaquín Garrigues, a Robert Merkin; y en una ocasión al profesor Jorge Witker, y a los autores Signes, Fernández y Fuentes.

4.8. En términos generales, la Corte Suprema se inclina a establecer que el Derecho de la libre Competencia es un área del Derecho Económico, con la sola excepción del fallo sobre el caso “Farmacias”, en cuya fundamentación el máximo tribunal estima que la regulación de la libre competencia forma parte del Derecho Administrativo, aunque en el considerando 76 emplea la expresión “derecho económico sancionador”, sin precisar la entidad de tal denominación.

### **Sobre el autor**

Crispulo Marmolejo es Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Económico, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Areas de interes: Derecho Económico; Derecho de la Libre Competencia; Análisis Económico del Derecho; Política Económica Internacional.

### **Referencias bibliográficas**

- ABARCA, Manuel (2021): “Breve historia de la primera ley de competencia chilena (1959 – 1973)”. *Revista de Derecho Económico*, Vol. 78, N°2; pp. 91-109.
- ARTAZA, Osvaldo; BELMONTE, Matías; ACEVEDO, German (2018): “El delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo”. *Ius et Praxis*, año 24, N°2; pp. 549 – 592.
- BAYE, Michael y WRIGHT, Joshua (2011): “Is antitrust too complicated for generalist judges? The Impact of Economic Complexity and Judicial Training on Appeals.” En: *The Journal of Law and Economics*, Volumen 54, N°1.
- CARRASCO, Nicolas (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 Excelentísima Corte Suprema, de 5 de Diciembre de 2019, Ingreso de Corte N.º 16.604-2018; EN: LEPIN, Cristian (2021) ( Director) Anuario Chileno de Jurisprudencia 2019. (Santiago, Tirant Lo Blanch) pp. 545-558.
- CENTRO DE COMPETENCIA, Universidad Adolfo Ibañez (2022): Patrones de votos de los ministros de la Corte Suprema en Libre Competencia. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/05/CeCo-2022-Patrones-de-votos-de-los-Ministros-de-la-Corte-Suprema-en-Libre-Competencia-3.pdf> [Fecha de consulta: 15 de octubre].

- COLOMA, Rodrigo (2016): “Las disciplinas jurídicas y su reinención”. En: *Ius et Praxis*, Año 22, N°2, pp. 253 -298.
- CRANE, Daniel (2013): “Antitrust and Judicial Virtues”. En: *Columbia Business Law Review*. N°1, pp. 1-27.
- DIEZ ESTELLA, Fernando (2008): “Remedios, condiciones y obligaciones impuestas al término de un expediente sancionador”. EN: MARTINEZ, Santiago y PETITBO, Amadeo (Directores)(2008). Remedios y Sanciones en el derecho de la Competencia. (Madrid, Marcial Pons- Fundación Rafael del Pino) pp.103 – 134.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2022): Guía para el Análisis de Operaciones de concentración horizontales. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/05/20220531.-Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-version-final-en-castellano.pdf> [Fecha de consulta: 15 de Octubre de 2022].
- FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali y TAYLOR, Deirdre (Edits.) (2014): *The EU law of Competition* (Oxford, Oxford University Press).
- FUCHS, Andrés (2017): Sistema Recursivo en materia de libre competencia. Análisis dogmático y jurisprudencial del recurso de reclamación. EN: PALOMO, Diego (2017) ( Director), DELGADO, Jordi y NUÑEZ, Raúl (Coordinadores). *Recursos Procesales. Problemas actuales*. (Ediciones DER; Santiago), pp. 567–600.
- GARCÍA, Gonzalo (2015): La idealización y administrativización de la punibilidad del uso de información privilegiada. Un análisis de los discursos penales en la doctrina chilena. En: *Política Criminal*, N°19. Vol. 10, pp. 119-158.
- GAVIL, Andrew; KOVACIC, William; BAKER, Jonathan y WRIGHT, Joshua (2017): *Antitrust Law in Perspective. Cases, concepts and problems in Competition Policy*. (St. Paul, West Academic Publishing).
- GERBER, David (2010): *Global Competition: Law, Markets, Globalization*. (Oxford, Oxford University Press).
- GERBER, David (2020): *Competition Law and Antitrust. A Global Guide*. (Oxford, Oxford University Press) p. 14.
- JONES, Alison; SUFRIN, Brenda y DUNNE, Niamh (2019): *EU Competition Law. Text, cases, and Material*. (Oxford; Oxford Competition Law).
- MARCOS, Francisco (2018): Remedios y obligaciones impuestos por las autoridades de defensa de la competencia. En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, N°1, pp. 331–371.

- NIELS, Gunnar; JENKINS, Helen; KAVANAGH, James (2016): *Economics for Competition Lawyers* (2a edición) Oxford; Oxford University Press.
- ORTUZAR, Waldo (1978) ( Recopilador): *Ley Antimonopolios. Decreto Ley N° 211, de 1973. Jurisprudencia de la Comisión Resolutiva. 1974–1977.* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PADILLA, Jorge y ZOIDO, Elena (2008): El papel disuasorio de las sanciones: Una reflexión motivada por las nuevas directrices comunitarias. EN: MARTINEZ, Santiago y PETITBO, Amadeo (Directores)( 2008). *Remedios y Sanciones en el derecho de la Competencia.* (Madrid, Marcial Pons- Fundación Rafael del Pino) pp. 37 -55.
- PASTOR, Eduardo (2018): Jueces de Competencia. En: *Almacén de Derecho*, 23 Noviembre 2018. Disponible en: <https://almacenederecho.org/jueces-de-competencia>. [Fecha de consulta: 15 de Octubre de 2022].
- PATE, Hewitt (2014): “Antitrust Law in the U.S. Supreme Court”. En: British Institute of International and Comparative Law Conference. Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-law-us-supreme-court>. [Fecha de consulta: 15 de octubre de 2022].
- PETIT, Nicolas y SCHREPEL, Thibault (2022): “Complexity–Minded Antitrust.” Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=4050536> [Fecha de consulta: 15 de octubre de 2022].
- ROMERO, Sophia (2019): Sobre los efectos de las decisiones de la Corte Suprema en asuntos jurisdiccionales con objeto conexo. En: *Ius et Praxis* , Año 25, No 3, pp. 427–442.
- ROJAS, Camilo y SILVA, Antonia (2022): Un análisis del rol de la Corte Suprema en el sistema chileno de libre competencia a partir del recurso de reclamación. En: *Revista de Derecho Económico*, Vol. 79, N°1. pp.27-58.
- TAPIA, Javier y CORDERO, Luis (2015): La revisión judicial de las decisiones regulatorias. Una mirada institucional. En: *Estudios Públicos*,139; pp. 7-65.
- VALDÉS, Domingo (2008): “Tipicidad y regla per se en las colusiones monopólicas horizontales”. En: *Revista Anales de Derecho UC*. Temas de Libre Competencia.
- WISH, Richard y BAILEY, David (2019): *Competition Law.* (Oxford, University Press).
- XINEBRA, Javier. (2015): El juez frente al Derecho Económico, en especial ante el derecho de la competencia. En: *Revista de la Judicatura federal*, N°39. Ciudad de México; p. 88.

ZINK, Manfred (2021): ¿Tienen cabida las defensas de eficiencia en relación a las variables competitivas del artículo 3, letra a) del Decreto Ley Número 211? Una lectura de compatibilidad con la regla per se. En: *Ius et Praxis*, Año 27, N°2. pp. 94 -113.

### **Jurisprudencia Nacional**

“Ricardo Rodríguez con Epson”: Corte Suprema, Rol 4862-2007; 26 de diciembre de 2007.

“NutriPO con Puerto Terrestre Los Andes”: Corte Suprema, Rol 6100-2010; 28 de enero de 2011.

“FNE con Farmacias Ahumada y otros”: Corte Suprema, Rol 2578-2012; 7 de Septiembre de 2012.

“Naviera Valdivia y otros con Min. de Obras Públicas”: Corte Suprema, Rol 4470-2012; 30 de Enero de 2013.

“FNE con Agrícola Agrosuper y otros” (“Caso Pollos I”): Corte Suprema, Rol 27.181-2014; 29 Octubre de 2015.

“FNE con AGGON”, denominado “Caso Médicos de Ñuble”: Corte Suprema, Rol 5609-2015; 7 Enero 2016.

“FNE con Asfaltos”: Corte Suprema, Rol 5128-2016; 12 octubre de 2016.

“Telestar Móvil con Entel PCS”: Corte Suprema, Rol 41.181-2017; 11 de Diciembre de 2018.

“Netline Mobile con Entel PCS”: Corte Suprema, Rol 15.389-2017; 11 de Diciembre de 2018.

“TVI con VTR Comunicaciones”: Corte Suprema, Rol 8313- 2018; 15 de Mayo de 2019.

“Conadecus con Cencosud S.A”: Corte Suprema, Rol 44.266-2017; 24 de Febrero de 2020.

“Oscar Morales con Trefimet S.A”: Corte Suprema, Rol 26.525-2018; 8 de Junio de 2020.

“FNE con CCNI y otros”: Corte Suprema, Rol 15.005-2019; 14 de Agosto de 2020.

“Constructora LN SpA con I. Municipalidad de San José de la Mariquina”: Corte Suprema, Rol 8843-2019; 5 de octubre de 2020.

“FNE con ANFP”: Corte Suprema, Rol 94.189-2020; 6 Septiembre de 2021.

### **Jurisprudencia Extranjera**

“Inalambria Internacional con Colombia Telecomunicaciones S.A”: Corte Suprema de Colombia, Sentencia SC 5473-2021; 16 Diciembre 2021.