

## **OPINION LEGAL**

### **I.- ALCANCE DE LA OPINION SOLICITADA.**

#### **1. Antecedente Inmediato.**

A requerimiento de los abogados de “Transbank S.A.”, interesado consultante en el procedimiento no contencioso, en los autos Rol NC 463-20 caratulados “Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1º de abril de 2020” seguidos ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia –TDLC-, se ha solicitado mi opinión, con respecto a la legalidad de la resolución de fecha **2 de septiembre de 2020** que resuelve en lo pertinente:

***Aclarar la resolución en el sentido de explicitar que Transbank S.A. no puede ejecutar el Sistema Tarifario objeto de la consulta hasta que el Tribunal lo apruebe y, en su lugar, debe aplicar los Merchant Discounts calculados conforme lo dispone el PAR y las modificaciones que resulten pertinentes, según lo resuelto por la Excma. Corte Suprema***

Esta “aclaración” se refiere a la resolución de folio 158 que acogió parcialmente la reposición deducida por Walmart Chile S.A., ordenándose que se aplicara el inciso segundo del acuerdo tercero del Auto Acordado N° 5/2004 al Sistema Tarifario objeto de la consulta (folio 9), por cuanto se consideró que el acto consultado -el nuevo Sistema Tarifario de la consultante- es uno sólo, compuesto de dos etapas, cuya implementación no había concluido a la fecha de ingreso de la consulta.

#### **2.- Antecedentes Mediatos.**

2.1.- Que la Excma. Corte Suprema por sentencia de fecha 27 de diciembre de 2019, autos Rol N° 24.828-2018 acogió el recurso de reclamación presentado por Transbank en contra de la Resolución N°53/2018 (“Sentencia”), disponiendo que:

“Por no resultar compatible con la normativa de libre competencia, Transbank deberá adaptar el Plan de Autorregulación Tarifaria a las instrucciones contenidas en el presente fallo, conforme a las cuales habrá de establecer merchant discounts públicos, motivados, objetivos, razonables, de general aplicación, no discriminatorios y que respeten la garantía constitucional de igualdad ante la ley, respecto de los cuales, además, no podrá diferenciar por volúmenes de operaciones, montos totales en períodos predeterminados, categorías ni por rubros a los comercios que reciban pagos mediante tarjetas de crédito o de débito. **Esta determinación se adopta en tanto la autoridad**

**competente efectúe las regulaciones que sean pertinentes para un modelo de cuatro partes o sustituya integralmente la que se encuentra imperante.**

2.2.- Que la condición impuesta por la Excma Corte Suprema se cumplió puesto que la “autoridad competente”, es decir el Banco Central de Chile, reguló y permitió estructurar el funcionamiento del sistema cuatro partes o M4P como una de las modalidades elegibles para la operación de Tarjetas de Pago, lo anterior conforme obra del Título I del Capítulo III.J.2 del Compendio de Normas Financieras (“CNF”). La vigencia de tales normas fue confirmada mediante el Oficio Ord. N°507 del Banco Central de Chile de fecha 13 de marzo de 2020, y ratificado en su aporte de antecedentes en la causa a que se refiere esta consulta, folio 72.

2.3.- Que Transbank obrando de conformidad a lo ordenado por la Excma Corte Suprema y ajustándose a la reglamentación del M4P impartida por el Banco Central de Chile, a partir del día 31 de marzo de 2020 dejó de operar bajo el llamado sistema M3P dando paso a contar del 1 de abril de 2020 a la implementación del sistema M4P, elaborando un Sistema Tarifario Autorregulado en relación con comercios y emisores, por un lado, y por el otro, con proveedores de servicios para procesamiento de pagos (“PSP”) y operadores/*adquirentes* que voluntariamente desearan interconectarse con la Compañía.

2.4.- Que, a partir del 1 de abril de 2020, Transbank se encuentra operando bajo un M4P y dejó de operar el sistema M3P por obsolescencia, pues el PAR que lo regía perdió en los hechos todo sentido frente al nuevo sistema aprobado por la autoridad. Consecuente con ello adoptó entre otras acciones concretas, las siguientes: (i) dispuso de licencias directas de las Marcas, habiendo puesto fin a los contratos que mantenía con los emisores, siendo esas licencias propias e independientes de aquellas de los emisores nacionales, para operar como *adquirente* directo de las marcas internacionales de Tarjetas de Pago Mastercard International Incorporated (“MasterCard”), Visa International Service Association (“Visa”) y American Express Limited; (ii) puso término a la totalidad de los contratos de operación y mandatos de afiliación que mantenía con emisores locales en el contexto del funcionamiento anterior bajo el *modelo de tres partes* (“M3P”) y (iii) asimismo comunicó oportunamente a los comercios del paso a este nuevo sistema tarifario. Todo lo anterior fue acreditado a la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) en el contexto de las investigaciones que abrió al efecto, y constituye por lo demás un hecho que fue reconocido y ratificado por diversos intervinientes que comparecieron al proceso Rol AE N°17-20, incluida la propia FNE.

2.5. Que Transbank, intentando dar certeza y seguridad jurídica a su Sistema Tarifario bajo el M4P en operación a contar del 1 de abril de 2020, inició diversas gestiones ante el TDLC, las que por razones procedimentales fueron rechazadas: (i) presentó al H. Tribunal su Plan de Cumplimiento en el expediente Rol NC N°435-2016, con fecha 13 de febrero de 2020 dando por cumplido lo ordenado por la sentencia de la Excma Corte Suprema, lo cual fue

“CONSULTA DE TRANSBANK S.A. SOBRE EL SISTEMA TARIFARIO IMPLEMENTADO POR TRANSBANK  
DESDE EL 1° DE ABRIL DE 2020”, autos voluntarios Rol NC N° 463-2020  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

rechazado por resolución de fecha 25 de febrero de 2020, con base en la falta de idoneidad de esa vía, puesto que el TDLC declaró que debía cumplirse directamente con lo ordenado, al tiempo que, en la resolución que dictó de manera coetánea a propósito de una petición similar de la FNE, le indicó a ésta que debía vigilar el cumplimiento de la sentencia de la Excma Corte Suprema en base a sus facultades del artículo 39 d) del DL 211; (ii) acordó con la Fiscalía Nacional Económica un Acuerdo Extrajudicial que fue sometido a la aprobación del TDLC con base en el procedimiento del artículo 39 letra ñ) del DL 211, frustrándose nuevamente el propósito, al estimar dicho Tribunal que tal procedimiento tampoco era idóneo conforme lo señaló por Resolución de 29 de abril de 2020, autos Rol AE N°17-20, argumentando que la vía escogida no permitía evaluar en forma rigurosa y profunda si la adopción del nuevo Sistema Tarifario en los términos planteados por el Acuerdo Extrajudicial era acorde a la libre competencia.

2.6.- En definitiva, el nuevo Sistema Tarifario implementado a partir del 1 de abril de 2020, y en ese momento en pleno proceso de aplicación gradual, fue planteado a través de una consulta tramitada conforme al artículo 18 N°2 y 31 del DL 211, procedimiento actualmente en curso y en que incide la resolución sobre cuya legalidad se pide esta opinión legal.

2.7.- Presentada la Consulta al amparo del citado procedimiento, el TDLC actuando de conformidad a lo previsto en el literal 1) del artículo 31 del DL 211 y mediante resolución de fecha **19 de mayo de 2020** dio inicio favorablemente al proceso consultivo declarándolo admisible, señalando en lo pertinente: *Al folio 9: a lo principal, se da inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31 del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”) respecto de la consulta formulada por Transbank S.A. (“Transbank” o la “Consultante”) consistente en determinar la conformidad con la libre competencia del sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020.*

2.8.- Ninguno de los intervinientes en el proceso presentó recurso de reposición en contra de dicha resolución de 19 de mayo de 2020, con lo cual quedó a firme, con los efectos propios del desasimiento del TDLC a su respecto, con la sola excepción de la empresa Walmart Chile S.A. (“Walmart”) que, como se explicará, lo hizo de manera extemporánea.

2.9.- En efecto, Walmart solicitó al TDLC en su escrito de aporte de antecedentes, que declarara inadmisibile la consulta y, en subsidio, que se suspendieran los efectos del hecho consultado. Por Resolución de fecha 29 de julio de 2020, el TDLC rechazó tal solicitud por cuanto estimó que debió formularse mediante la interposición de un recurso de reposición y que el plazo para hacerlo estaba vencido a la fecha de su presentación; en punto a la suspensión de la aplicación del PAR ya implementado, señaló que: *(ii) no procedía suspender los efectos del Sistema Tarifario por cuanto “la naturaleza de la consulta se refiere a hechos, actos o contratos existentes respecto de los cuales el Tribunal determinará si infringen las disposiciones del D.L. N° 211, pudiendo, además, fijar las condiciones que*

“CONSULTA DE TRANSBANK S.A. SOBRE EL SISTEMA TARIFARIO IMPLEMENTADO POR TRANSBANK  
DESDE EL 1° DE ABRIL DE 2020”, autos voluntarios Rol NC N° 463-2020  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

*deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos, tal como dispone el artículo 18 N°2 de dicho decreto ley”.*

2.10.- No obstante, lo anterior, y reponiendo Walmart esta última resolución, el TDLC la acogió parcialmente señalando en lo pertinente que: *“Séptimo: Que, de esta forma, el Sistema Tarifario se plantea como una unidad que se compone de distintas etapas. En ese sentido, **el hecho consultado es de aquellos cuya ejecución no ha finalizado ni ha concluido.***

*En efecto, la consulta da cuenta de que aún se está ejecutando la primera etapa del Sistema Tarifario consultado y, por tanto, este no ha concluido a la fecha de ingreso de la consulta, procediendo, entonces, la aplicación de lo dispuesto en el acuerdo tercero del Auto Acordado N°5/2004; Octavo: Que, en consecuencia, el Sistema Tarifario de Transbank no podrá ejecutarse, celebrarse o concluirse, en cualquiera de sus etapas, sin que previamente haya sido aprobado por este Tribunal el cambio de circunstancias en que se funda y su contenido”.* Y en lo resolutivo, con atinencia al caso señala: *Al primer otrosí, ha lugar a lo solicitado solo en cuanto se aplica el inciso segundo del acuerdo tercero del Auto Acordado N° 5/ 2004 al Sistema Tarifario objeto de la Consulta.*

2.11.- Finalmente el TDLC expresó un nuevo criterio en su Resolución de 2 de septiembre de 2020, señalada al inicio de este Capítulo en que señalando que “aclara” la resolución referida en el párrafo anterior, explicita que Transbank S.A. **no puede ejecutar el Sistema Tarifario objeto de la consulta hasta que el Tribunal lo apruebe y, en su lugar, debe aplicar los Merchant Discounts calculados conforme lo dispone el PAR y las modificaciones que resulten pertinentes, según lo resuelto por la Excma. Corte Suprema.**

Esta última resolución es aquella respecto de cuya legalidad se consulta nuestra opinión, siendo no obstante indispensable extender además el análisis a las resoluciones que le sirven de antecedente que, como se verá, **merecen un serio cuestionamiento de legalidad procedimental, y que contribuyen a la nulidad de la consultada –sin perjuicio de su autónoma ineficacia- así como del procedimiento que ha conducido a su dictación.**

## II.- ANALISIS JURIDICO

1.- Marco jurídico de actuación del TDLC en materia de asuntos no contenciosos en el DL 211.-

1.1.- Orgánico. -

1.1.1. **Competencia General:** La Potestad Consultiva del artículo 18 N° 2) del DL 211 es una competencia no jurisdiccional que la ley otorga al TDLC denominada “voluntaria “ o “no contenciosa”, y que es habitual que legislador encomiende a los tribunales de justicia –

aunque no exclusivamente a estos-, con base en la norma del artículo 2° del Código Orgánico de Tribunales – COT- que señala: *También corresponde a los tribunales intervenir en todos aquellos actos no contenciosos en que una ley expresa requiera de su intervención.*

En el ejercicio de estas atribuciones, a diferencias de las materias contenciosas, no tiene aplicación el *principio de inexcusabilidad* que en materia jurisdiccional impera al Tribunal a resolver la controversia aun a falta de ley que la dirima (artículo 76 inciso 2° Constitución Política, artículo 10 inciso 2° del COT y artículo 170 N° 6 del Código de Procedimiento Civil – en adelante CPC-), rigiendo en este caso el principio inverso, pues los tribunales en estos **asuntos voluntarios sólo pueden intervenir cuando una ley los autoriza y exclusivamente sobre las materias y de la manera en que se faculta esa intervención**, ninguna otra.

En este caso esas competencias específicas, señaladas en el citado artículo 18, solo permiten al TDLC actuar ***a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse (...) o del Fiscal Nacional económico los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos.***

Y el propósito del interesado o legitimado para recabar la intervención del TDLC en el ámbito de esta competencia es muy claro y así lo señala el Artículo 32° del DL 211: *Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, o de acuerdo con las resoluciones de la Fiscalía Nacional Económica para el caso de las operaciones de concentración, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación.*

Por tanto, el interesado voluntariamente recurre al Tribunal por esta vía, para recabar la protección que le otorga la norma, inmunizándolo de responsabilidad anticompetitiva, a menos que esos mismos hechos, actos o contratos calificaren en el futuro de anticompetitivos a base de nuevos antecedentes.

1.1.2.- **Competencia específica u objeto del procedimiento voluntario:** Esa competencia general, se concreta en una competencia específica **que el Consultante otorga al TDLC**, configurada por la **solicitud precisa y determinada** y de su fundamento fáctico y jurídico, elementos ambos que conforman el objeto de este procedimiento no contencioso, teniendo amplitud el Tribunal para acceder o no a lo solicitado y, en caso de hacerlo, para

fijar las condiciones que deban ser cumplidas para que el solicitante resulte amparado por la liberación de responsabilidad antes referida.

## **1.2.- Funcional**

1.2.1.- Para el ejercicio de esta Potestad Consultiva, el artículo 31 del DL 211 contempla un procedimiento especial, que se inicia con la Consulta del solicitante y, en el caso de ser declarada admisible por corresponder a las hipótesis competenciales otorgadas por el legislador, contempla la dictación por parte del TDLC de una resolución o decreto de apertura: *El decreto que ordene la iniciación del procedimiento se publicará en el Diario Oficial y en el sitio de Internet del Tribunal y se notificará, por oficio, a la Fiscalía Nacional Económica, a las autoridades que estén directamente concernidas y a los agentes económicos que, a juicio exclusivo del Tribunal, estén relacionados con la materia, para que, en un plazo no inferior a quince días hábiles, éstos y quienes tengan interés legítimo puedan aportar antecedentes.*

**La solicitud del Consultante y la admisibilidad de ella por efectos del decreto de apertura son importantísimas en tanto determinan el objeto específico de este procedimiento especial**, el cual será sometido al escrutinio de las autoridades directamente concernidas y de los agentes económicos que, a juicio exclusivo del Tribunal estén relacionados con la materia, y de la FNE, contemplándose para ello una audiencia pública que deberá citarse especialmente. Con base en los aportes de antecedentes de los legitimados a intervenir, el Tribunal accederá o no a lo solicitado y, en la afirmativa, fijará las condiciones para que el solicitante resulte amparado por la inmunidad de responsabilidad prevista en la misma ley.

Se trata de un procedimiento especial, muy concentrado y escuetamente reglamentado, destacándose en el último inciso del artículo 31 que: **las resoluciones o informes que emita el TDLC, sin distinción, podrán ser objeto del recurso de reposición, a excepción de las resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, las que sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27 del DL 211.** Nótese que, dada la naturaleza no contenciosa de estos procedimientos, solo se habla de “resoluciones” salvo la conclusiva que se denomina de “término”, categorías que no admiten la conceptualización propia de los procedimientos contenciosos que contempla el artículo 158 del C.P.C.

1.2.2. El escueto régimen procedimental de estos asuntos voluntarios, hace indispensable integrarlo con estatutos homologables a la reconocida naturaleza administrativa de estas cuestiones, como bien puede ser la Ley 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos. Sin embargo, parece más apropiada esa integración con las normas del Título I del Libro IV del Código de Procedimiento Civil relativo a las

“Disposiciones Generales de los Actos Judiciales No Contenciosos”, integración que se presenta pacífica por aplicación de las Reglas Generales del Título I del Libro I del mismo código procesal que en su artículo 1° señala: *Las disposiciones de este Código rigen el procedimiento de las contiendas civiles entre partes y de los actos de jurisdicción no contenciosa cuyo conocimiento corresponda a los Tribunales de Justicia.* Inconcluso resulta que el TDLC es por antonomasia un tribunal de justicia, de manera que, sin necesidad de reenvío normativo, **le resultan aplicables las normas generales de los actos voluntarios** antes referidas, normas que complementan sin duda las normas procedimentales del DL 211 en el ámbito de la competencia voluntaria o no contenciosa.

1.2.3. En relación a la intangibilidad de las resoluciones que se dictan en los asuntos voluntarios, es claro que estas no producen cosa juzgada que es propia de los asuntos contenciosos, pero eso no quiere decir que, una vez dictadas, el mismo Tribunal pueda dejarlas sin efecto, pues en tal caso **opera el desasimiento del órgano judicial**, es decir, **una auténtica prohibición para que el propio tribunal oficiosamente modifique o altere sus propias resoluciones**, salvo con motivo del ejercicio del recurso de reposición.

En efecto, con base en lo reglamentado en el inciso final del artículo 31 del DL 211, la única vía por la cual el TDLC -dentro del procedimiento- **puede dejar sin efecto sus propias resoluciones, modificarlas o ampliarlas es por medio del recurso de reposición, interpuesto por el solicitante y/o los legitimados para actuar (sin perjuicio de las nulidades de procedimiento que por consecuencia puedan afectar esas resoluciones).** El legislador no ha otorgado al TDLC en estos asuntos ninguna facultad para actuar de oficio dejando sin efecto sus propias resoluciones. Tampoco cuenta el TDLC con las facultades rectificatorias oficiosas que otorga el artículo 184 del C.P.C. aplicables como en el caso anterior solamente a los asuntos contenciosos.

La estabilidad de las resoluciones en el ámbito no contencioso, salvo el ejercicio del recurso de reposición y obviamente el de reclamación ante la Excmá Corte Suprema, aparece garantizada por la normativa complementaria del C.P.C. específicamente el artículo 821, que señala: *Pueden los tribunales variando las circunstancias, y a solicitud del interesado, revocar o modificar las resoluciones negativas que hayan dictado, sin sujeción a los términos y formas establecidos para los asuntos contenciosos. Podrán también revocar o modificar las resoluciones afirmativas, con tal que esté pendiente su ejecución.*

Esta norma ratifica la misma impronta del artículo 31 DL 211 y deja en claro que, incluso en las hipótesis que permite la revocación de lo resuelto, esta es siempre **a solicitud del interesado**, pero **JAMAS DE OFICIO**. Además, esa eventual revocación de lo resuelto, no operará **jamás con efecto retroactivo**, como se confirma con lo expresado por los comentaristas en 1902, contemporáneos a la dictación del C.P.C., quienes a propósito del actual artículo 821 (en esa época artículo 993) señalan: **Como es natural, la variación nunca**

***producirá efecto retroactivo, o perjuicio de terceros. La fuerza de la cosa juzgada es peculiar de los negocios contenciosos.***<sup>1</sup>

Por consiguiente, es absolutamente claro que el TDLC, a propósito de su competencia en asuntos voluntarios o no contenciosos, **no tiene facultades para revocar o modificar sus propias resoluciones** y que solo podría hacerlo con motivo de un recurso de reposición deducido por el solicitante, o por los demás legitimados a intervenir en estas gestiones y, **aún en este caso, no puede hacerlo con efecto retroactivo.**

Como bien se advertirá, el procedimiento voluntario o no contencioso contemplado en la ley es, como señalamos, de derecho público, de orden público y de derecho estricto, de manera que el TDLC no tiene otorgada por el legislador ninguna facultad para dejar sin efecto sus propias resoluciones, **respecto de las cuales, una vez dictadas y notificadas a las partes, hace operar el desasimio del órgano judicial, es decir, la prohibición de alterarla o modificarla en manera alguna**, salvo por la vía del recurso de reposición.

Con la misma claridad queda en evidencia que la modificación o enmienda de una resolución ya dictada por el TDLC y en estado de firmeza, **es jurídicamente nula e ineficaz**, pues el Tribunal habría actuado fuera de sus facultades legales, y ello en abierta contravención a los principios de juridicidad y legalidad aplicables al accionar de todos los órganos del Estado sin excepción, de conformidad a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política.

### **III.- LEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN CONSULTADA.**

#### **1.- Planteamiento.**

Se ha consultado acerca de la legalidad de la resolución de fecha **2 de septiembre de 2020** referida en el Capítulo I de esta opinión legal, que aclara la resolución de folio 158 que acogió parcialmente la reposición deducida por Walmart Chile S.A., explicitando que Transbank S.A. no puede ejecutar el Sistema Tarifario objeto de la consulta hasta que el Tribunal lo apruebe y, en su lugar, debe aplicar los Merchant Discounts calculados conforme lo dispone el PAR y las modificaciones que resulten pertinentes, según lo resuelto por la Excma. Corte Suprema.

---

<sup>1</sup> David Toro Melo i Aníbal Echeverría i Reyes, Código de Procedimiento Civil Anotado, Edición Oficial, de 1902, página 774.



**La resolución en análisis, adolece de nulidad procesal por cuanto el TDLC ha actuado en su dictación excediendo sus atribuciones legales y en abierta contradicción con sus propias resoluciones previas, ya ejecutoriadas, respecto de las cuales había operado su desasimio, es decir, la prohibición de alterarlas o modificarlas en manera alguna.**

Sin embargo, esa resolución viene a ser el corolario de resoluciones previas igualmente ineficaces, las que requieren ser analizadas en su secuencia, pues la ritualidad de los actos jurídicos procesales del orden consecutivo legal impuesto por el legislador, determinan que unos actos sean consecuencia de aquellos que los anteceden, de manera, que viciados éstos de nulidad, generan y transmiten a los posteriores su propia ineficacia.

## **2.- Análisis secuencial de las resoluciones (en orden cronológico):**

**2.1.- Resolución de apertura de fecha 19 de mayo de 2020:** la resolución por la cual se da inicio al procedimiento de consulta iniciado por Transbank conforme al artículo 31 del DL 211, resolvió favorablemente lo solicitado, fijando como anticipamos el objeto de este procedimiento voluntario o no contencioso ***consistente en determinar la conformidad con la libre competencia del sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020.***

Esta resolución favorable a Transbank, adquirió la intangibilidad propia de los actos voluntarios del Tribunal, en la medida en que, como el mismo TDLC lo reconoce correctamente en su resolución siguiente, **precluyeron los plazos para solicitar su revocación por la única vía posible cual era la interposición por el solicitante y demás legitimados del expediente de impugnación que reconoce el citado artículo 31 del DL 211 consistente en la interposición del recurso de reposición.**

**2.2.- Resolución de 29 de julio de 2020:** por medio de esta resolución el TDLC se pronuncia respecto de la presentación de Walmart Chile S.A. que en lo principal solicita que se declare inadmisibile la Consulta de Transbank y, en subsidio de ello, solicita en su primer otrosí que se suspendan los efectos del hecho consultado.

La resolución que niega lugar a la pretensión de Transbank se ajusta perfectamente a derecho, por cuanto a lo principal, manifiesta que es improcedente pues ***la vía procesal idónea para modificar o dejar sin efecto la resolución del folio 11 es el recurso de reposición, cuyo plazo para interponerlo se encuentra vencido***, cuestión inobjetable por la simple constatación de la preclusión del derecho por el transcurso del plazo para ser ejercido.

También es correcta, en cuanto niega lugar, a la suspensión del hecho consultado, **por cuanto la naturaleza de la consulta se refiere a hechos, actos o contratos existentes, respecto de los cuales el Tribunal determinará si infringen las disposiciones del DL N° 211, pudiendo, además las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos actos o contratos, tal como lo dispone el artículo 18 N° 2 de dicho decreto ley.** Esta resolución se ajusta a derecho, aunque hubiera bastado que el TDLC negara lugar a esta petición subsidiaria a base del mismo argumento de lo principal, esto es, **en tanto lo peticionado entrañaba reponer la resolución de apertura que ha había adquirido plena intangibilidad por la preclusión de los plazos para impugnarla.**

Con todo, lo resuelto fue técnicamente correcto, desde que ratifica aquello que Transbank había fijado como objeto del proceso en la presentación de su consulta y que fuera acogido expresamente en el decreto de apertura, reconociendo que ello se correspondía con declarar la conformidad con la libre competencia **del sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020.**

Asimismo, el TDLC advirtió correctamente que la presentación de Walmart Chile S.A., más allá de la forma en que fue planteada, correspondía exactamente al ejercicio de un recurso de reposición – las cosas son en derecho lo que son y no lo que se dice ellas- aunque fuera ejercido de manera extemporánea.

**De esta forma las alegaciones de Walmart, operaron una doble preclusión, debiendo quedar fuera del debate procesal a partir de ese instante las cuestiones planteadas, que ya habían adquirido plena intangibilidad.** En efecto, por un lado, había precluido la oportunidad para deducir recurso de reposición –que es lo que verdaderamente había entablado- y por la otra, esa facultad procesal se había extinguido adicionalmente por preclusión basada esta vez en la consumación de la facultad procesal. Como enseñan los Profesores Mosquera y Maturana: *Por otra parte, debemos tener presente que en los recursos se expone otra modalidad muy importante de preclusión, como es aquella denominada de la consumación, consistente en que la facultad de recurrir se agota o extingue cuando ella se ha ejercido. En consecuencia, deducido que sea un recurso, se agota la posibilidad de ejercer este medio de impugnación, cualquiera fueren los motivos que se hubieren omitido en la interposición del recurso primitivamente deducido, o de efectuar modificaciones posteriores respecto de las causales invocadas por el recurrente al deducir el recurso.*<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Mario Mosquera Ruiz, Cristián Maturana Miquel, Los Recursos Procesales, página 60 Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile.

Quedan claras a estas alturas tres cuestiones capitales:

- (i) Que Walmart agotó sus únicas posibilidades de reclamación tanto de la admisibilidad de la consulta cuanto lo relativo a la suspensión del sistema tarifario, habiendo deducido su recurso de reposición, el cual fuera rechazado por extemporáneo;
- (ii) Que adicionalmente Walmart agotó sus facultades de renovar la discusión de estos extremos, habiendo operado la preclusión por consumación de su facultad procesal; y
- (iii) Que la resolución de apertura y sus explícitos términos que configuran el objeto de este proceso voluntario, adquirió una intangibilidad definitiva tanto respecto de Walmart y cualquier otro legitimado interviniente, y asimismo respecto del propio TDLC.

**2.3.- Resolución de 25 de agosto de 2020:** esta resolución, manifiestamente ilegal, abre paso a su vez a la flagrante ilegalidad de la resolución consultada. **En efecto, el TDLC de manera legalmente improcedente, acoge parcialmente el Recurso de Reposición de Walmart deducido en contra de la resolución que había resuelto su anterior Recurso de Reposición -asimismo cualificado de manera indirecta por el propio Tribunal- nuevo y doble recurso de reposición, en que solicita sustancialmente lo mismo:** la declaración de inadmisibilidad de la Consulta y la suspensión del Plan Tarifario imperante, ahora basado en un supuesto cambio de circunstancias.

Si bien el TDLC rechaza por segunda vez la petición de inadmisibilidad de la Consulta, acoge la reposición respecto de la suspensión del Plan Tarifario, basado esta vez en que este último, concebido por etapas, no habría finalizado ni concluido, pues se estaría en la primera etapa, resultado aplicable lo dispuesto en el Acuerdo Tercero del Auto Acordado N° 5/2004 del mismo Tribunal, conforme al cual *desde la fecha de ingreso de la consulta, los hechos, actos o contratos que no han sido celebrados, ejecutados o concluidos a la fecha de ingreso de la consulta ..... no podrán celebrarse, ejecutarse o concluirse por la parte consultante sin que previamente hayan sido aprobados por el Tribunal y en la forma establecida por este.*

De esta forma el TDLC hace lugar al segundo recurso de reposición de Walmart y refiriéndose de manera equívoca a lo peticionado en lo principal –la inadmisibilidad de la consulta- sustituye parcialmente su resolución de 29 de julio de 2020 y señala: *Al primero otrosí, ha lugar a lo solicitado solo en cuanto se aplica el inciso segundo del acuerdo tercero del Auto Acordado N° 5/2004 al Sistema Tarifario objeto de la Consulta.*

Esta resolución equívoca, en tanto resuelve de manera errada, confundiendo lo peticionado por Walmart en relación con la inadmisibilidad de la Consulta con lo relacionado al Sistema Tarifario, es manifiestamente contraria a derecho desde un triple punto de vista:

2.3.1.- **Reposición de Reposición:** con esta nueva resolución, el TDLC ha incurrido en una manifiesta ilegalidad al acoger –aunque fuera parcialmente- un recurso de reposición en contra de una resolución que había fallado otra reposición, fundamentada sustancialmente en los mismos hechos. **Es decir, ha tolerado de manera improcedente una reposición de reposición, habiéndose agotado preclusivamente por consumación,** el ejercicio de este derecho por parte de Walmart.

Rechazada la reposición original, no cabe en su contra recurso alguno, principio que se recoge por además de manera invariable en sede contenciosa a la que, la potestad consultiva no hace excepción alguna, pues el DL 211 no la contempla. El principio lo recoge el inciso segundo del artículo 181 del C.P.C. al señalar a propósito de esta vía impugnativa: *...El tribunal se pronunciará de plano y la resolución que niegue lugar a esta solicitud será inapelable, sin perjuicio de la apelación del fallo reclamado, si es procedente el recurso.* En esta sede voluntaria, las resoluciones que no sean las de término, solo son pasibles del recurso de reposición y no procede apelación ni otra vía de impugnación. De manera que habiéndose agotado por preclusión esta facultad, no cabe proceder de la manera que lo ha hecho el TDLC.

2.3.2. **Reposición con nuevos antecedentes:** esta figura alude al llamado “recurso de reposición extraordinario” reglamentado en el inciso 1° del artículo 181 del C.P.C. que, en referencia a los autos y decretos firmes, señala que su ejecución procede desde que adquieren ese carácter, *sin perjuicio de la facultad del tribunal que los haya pronunciado para modificarlos o dejarlos sin efecto, si se hacen valer nuevos antecedentes que así lo exijan.*

El caso es que este “recurso de reposición extraordinario” reconocido en sede contenciosa, no existe en el procedimiento del artículo 31° del C.P.C. de manera que se trata de una normativa extraña a este tipo de procedimientos, y por tanto se trata de un derecho y de la consiguiente competencia que este estatuto de derecho público y de orden público no contempla, lo que impide darle curso, tratándose del paradigma de una cuestión que impera en este ámbito, la de solo poder ejecutar aquello que se encuentra expresamente permitido.

Sin embargo y aún y cuando se estimare procedente este recurso en la vía procedimental voluntaria del DL 211, resulta que no concurren en la especie los presupuestos para su aplicación pues no se está resolviendo a base de “nuevos antecedentes”.

En efecto, no puede considerarse tal la circunstancia afirmada en el Considerando Séptimo de esta resolución, en cuanto a que haya advertido que el Sistema Tarifario es un hecho *cuya ejecución no ha finalizado ni concluido...* y que la consulta *da cuenta de que aún se está ejecutando la primera etapa... y, por tanto, este no ha concluido a la fecha de ingreso de la consulta.*

Es un hecho inconcuso que el Sistema Tarifario fue detalladamente descrito en sus dos etapas en el escrito de interposición de este asunto no contencioso, de manera que ha sido un antecedente plenamente conocido *ab initio* por el TDLC. Tanto lo fue que la resolución que declara su admisibilidad de fecha 19 de mayo de 2020, razona sobre la base de determinar la conformidad con la libre competencia *del sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020*, de manera que el Tribunal lo conoció ciertamente desde un inicio. No se trata entonces de un “nuevo antecedente”. **Dicha resolución, que admite el proceso consultivo de Transbank, como ya hemos señalado, se encuentra a firme y por tanto ha devenido en intangible para el Tribunal.** A lo anterior se suma el hecho que no puede considerarse como “nuevo antecedente” a los efectos descritos, las disposiciones del Auto Acordado N° 5/ 2004, vigente con más de tres lustros de anterioridad.

Lo que se señala queda evidenciado en la doctrina jurisprudencial invariable de nuestros tribunales de la cual es reflejo la sentencia de la Corte Suprema citada por los profesores Mosquera y Maturana: *Los nuevos antecedentes que se deben hacer valer al deducir la reposición extraordinaria es algún hecho que produce consecuencias jurídicas existentes pero desconocidas por el Tribunal al dictar el auto o decreto en contra del cual se deduce reposición.* El fallo agrega: *Un precepto legal vigente al momento de dictarse el auto o decreto contra el cual se deduce la reposición (léase el AA N°5) no constituye un nuevo antecedente que haga este procedente.*<sup>3</sup>. Huelga mayor comentario sobre el punto.

**2.3.3. Auto Acordado N° 5/ 2004:** La invocación a esta altura del procedimiento de lo dispuesto en el numeral 3° del AA relativo a entender suspendida la aplicación del Sistema Tarifario sometido a Consulta en tanto se trata de un Sistema Tarifario compuesto de distintas etapas, cuya ejecución no ha finalizado ni concluido, es impertinente. Desde luego la aplicación del AA, cualquiera sea su interpretación, no puede exceder a la ley.

En efecto, el N° 2 del artículo 18 del DL 211, se limita a distinguir entre *hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse* como categorías de referencia para los asuntos que pueden ser sometidos a la potestad consultiva. El AA a su vez establece una prohibición – no contemplada en la ley- de que los hechos, actos o contratos que no han sido celebrados al tiempo de ingreso de la Consulta, no podrán celebrarse, ejecutarse o concluirse por la

---

<sup>3</sup> Mario Mosquera Ruiz, Cristián Maturana Miquel, *ibídem*, página 110.

parte Consultante sin que hayan sido previamente aprobados por el Tribunal. Se trata de una disposición que no solamente excede lo establecido en el DL 211 sino que crea una norma procedimental sin que el TDLC tenga autoridad para ello, puesto que por mandato constitucional del artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política, solo corresponde al legislador *establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*, materias estas que el artículo 63 N°3 del estatuto constitucional ratifica que se encuentran siempre entregadas a regulación de ley.

De otra parte, aun asumiendo la regularidad constitucional del AA, resulta que no se dan en la especie los presupuestos para su aplicación. En efecto, el artículo 18 N° 2 del DL 211 discierne como dijimos entre *hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse*. El N° 3 del AA agrega impropia mente categorías no contempladas en la ley, aludiendo para invocar el efecto suspensivo que se trate de hechos, actos o contratos que *no han sido celebrados, ejecutados o concluidos a la fecha de la Consulta*. **Resulta que, en cualquiera de esas categorías, el nuevo Sistema Tarifario se encontraba vigente y en plena ejecución al tiempo de la Consulta, extremo que fue claramente explicitado en ella**, en cuanto a que se encuentra implementado a partir del 1° de abril de 2020. La circunstancia que se trate de un PAR aplicable por etapas, no le resta unicidad como no se la resta a una sentencia condenatoria de prestaciones futuras o de una ley aplicable por etapas, como lo fue la Ley 19.696 que estableció el Código Procesal Penal, por citar un ejemplo paradigmático.

**Como quiera sea el caso, el discernimiento de tales extremos ya fue efectuado por el TDLC con motivo de la dictación de su resolución de apertura y admisibilidad del proceso consultivo de fecha 19 de mayo de 2020, resolución firme y ejecutoriada por efectos de la preclusión de las vías impugnativas**, como se ha demostrado en los razonamientos anteriores, operando el desasimio del Tribunal, auténtica prohibición de alterar o modificar en manera alguna lo resuelto, atribución que a mayor abundamiento el legislador no le otorga a ese órgano público y que por tanto excede su ámbito competencial, generando con ello la ineficacia de la resolución contraventora.

**2.4.- Resolución de 02 de septiembre de 2020.** Esta resolución –objeto particular de la opinión legal solicitada- es, como señalamos, el corolario de resoluciones írritas de manera que, consistiendo en una aclaración de la Resolución de 25 de agosto de 2020 analizada en el párrafo 2.3 anterior, asimismo írrita, participa lógicamente y consecuentemente de la misma ineficacia. **A mayor abundamiento esta resolución es en sí misma jurídicamente nula por particulares razones que se expresan en los párrafos siguientes.**

**La resolución es de máxima gravedad en tanto por la vía de una “aclaración”, expresa una voluntad no manifestada anteriormente e impropia de una vía aclaratoria, en mérito de**

**la cual establece en los hechos una especie de “medida cautelar innovativa”**, que prohíbe a Transbank ejecutar el Sistema Tarifario objeto de la Consulta hasta que el Tribunal lo apruebe, atribuyéndose competencias y facultades de las que carece y actuando en contradicción con sus propias resoluciones que, como hemos venido señalando, se encontraban a firme y por tanto prohibidas de ser alteradas o modificadas en manera alguna por el órgano jurisdiccional.

**2.4.1.- Facultades de aclaración:** Desde luego huelga señalar que en la reglamentación del procedimiento no contencioso **del artículo 31 del DL 211 no se contempla la facultad del tribunal para “aclarar”** sus propias resoluciones no solo de oficio sino siquiera a petición del interesado o intervinientes legitimados. Tampoco se contempla en el estatuto general de los asuntos voluntarios o no contenciosos del Título I del Libro IV del C.P.C. Y no se trata de una cuestión menor, pues precisamente las “aclaraciones” de las resoluciones judiciales entrañan el enorme riesgo de que el tribunal altere la voluntad expresada que, una vez proferida y precluidas las vías de impugnación - por tanto, a firme- deviene en intangible para el órgano jurisdiccional, otorgando así a los interesados o justiciables en su caso la necesaria certeza y seguridad jurídica a que tienen derecho. Por consiguiente, **el TDLC no puede ejercer atribuciones que el legislador no le ha otorgado, y menos contraviniendo de manera sustancial una voluntad oportuna y preclusamente expresada.**

**2.4.2.- Alcance de la aclaración:** Lo que el Tribunal pretende “aclarar” no se condice con el sentido de este concepto que en el uso común de la palabra supone *Explicar algo, hacerlo fácil de comprender* (Diccionario RAE); y tampoco lo es en sentido jurídico, de *explicar el real contenido de la declaración de voluntad manifestada en el fallo, haciendo coincidir lo querido con lo expresado. Sólo se trata de corregir la expresión y no lograr que por este medio se pueda modificar el alcance o contenido de la sentencia*<sup>4</sup> ( a propósito del recurso de aclaración, rectificación o enmienda del artículo 182 del C.P.C.). **Lo que hace el TDLC en su resolución de 2 de septiembre de 2020 en análisis, es sustituir íntegramente lo resuelto en su resolución de 25 de agosto de 2020 basada en el AA N°5/2004**, es decir, dicta una nueva resolución con evidentes caracteres cautelares, improcedente desde luego en sede no contenciosa.

En efecto, en la írrita resolución de fecha 25 de agosto de 2020, el TDLC acogió parcialmente la reposición deducida por Walmart señalando en su parte resolutive que hace lugar a lo solicitado *solo en cuanto se aplica el inciso segundo del acuerdo tercero del Auto Acordado N°5/2004 al Sistema Tarifario objeto de la Consulta*. En la nueva resolución de 2 de septiembre de 2020, amplifica innovativamente lo indebidamente resuelto, estableciendo

---

<sup>4</sup> Mario Mosquera Ruiz, Cristián Maturana Miquel, *ibídem*, página 97.

una prohibición de *ejecutar el Sistema Tarifario objeto de la consulta hasta que el Tribunal los apruebe*, agregando una nueva expresión de voluntad consistente en que *debe aplicar los Merchant Discounts calculados conforme dispone el PAR y las modificaciones que resulten pertinentes, según lo resuelto por la Excma Corte Suprema*. No puede perderse de vista que si se pretende una aplicación analógica al caso de lo dispuesto en el artículo 182 del C.P.C. (*in fine*), la aclaración de un punto oscuro o dudoso se refiere a aquellos que *aparezcan de manifiesto en la misma sentencia*. Del tenor de la “aclaración” aparece una nueva expresión volitiva –desde luego que no aparece de manifiesto– que exorbita lo anteriormente resuelto y que incluso instruye la aplicación del Sistema Tarifario anterior a la vigencia del Sistema M4P aplicado por Transbank a partir del 1 de abril de 2020, cuestión asumida por el TDLC desde la dictación misma de la resolución de apertura y admisibilidad de este proceso consultivo.

**2.4.3.- Nueva Resolución y su naturaleza jurídica:** De esta forma y como se viene señalando, la “aclaración” que plantea la resolución de 2 de septiembre de 2020, es una **nueva resolución, una nueva expresión de voluntad que sustituye de manera radical lo resuelto anteriormente** por la írrita resolución 25 de agosto de 2020.

Esta **nueva manifestación de voluntad es nula** con base en lo expuesto en los párrafos 2.4.1 y 2.4.2 precedentes y además por cuanto, cabe reiterar: (i) **modifica o altera de manera improcedente la resolución de apertura de fecha 19 de mayo de 2020** que fijó el objeto de este procedimiento voluntario en referencia al *sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020*, resolución a firme, que el Tribunal no ha podido alterar por encontrarse prohibido legalmente de hacerlo conforme se ha explicado latamente y (ii) **no corresponde aclarar la resolución de fecha 25 de agosto de 2020**, pues ésta adolece de nulidad procesal, según se ha explicado, de manera que la aclaración de una resolución nula, participa naturalmente de la misma ineficacia.

Tanto o más grave es lo anterior, si se tiene presente que la “aclaración” en comentario, que en realidad importa una nueva expresión de voluntad, jurídicamente **supone una suerte de medida cautelar y aún una de carácter innovativo**, pues no de otra forma cabe entender la prohibición de ejecutar el Sistema Tarifario M4P en uso y la aplicación sustitutiva del PAR anterior.

Desde luego es improcedente la adopción de este tipo de medidas en los procedimientos no contenciosos, pues se trata de una potestad propia, exclusiva y excluyente de la jurisdicción, es decir, de los asuntos contenciosos. En ellos se trata de “asegurar” el resultado de la acción como refiere el artículo 290 del C.P.C. En sede voluntaria, no hay “acción” en el sentido dado por esa norma, ni nada que asegurar, puesto que la resolución que se pronuncia sobre la consulta no impone ninguna sanción, condena o declaración propia de la actividad jurisdiccional, ni obliga a desarrollar conducta alguna amparada en



un mandato directamente coercible. Se trata entonces de una potestad asociada a la jurisdicción y radicalmente incompatible en la función no jurisdiccional o meramente voluntaria.

A mayor abundamiento, la suspensión del Sistema Tarifario M4P en uso y la aplicación sustitutiva del PAR anterior constituiría en sede jurisdiccional una medida cautelar innovativa, es decir de aquellas que, de manera excepcional, tienden a alterar un estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del oficio en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a Derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor<sup>5</sup>. A través de dicha medida se altera un estado de hecho y de derecho existente al tiempo de formulación de la Consulta por Transbank, cual era la vigencia y aplicación del Sistema Tarifario M4P implementado desde el 1 de abril de 2020, es decir, con anterioridad a la formulación de la Consulta. **Tales medidas innovativas son inexistentes en el régimen cautelar general del C.P.C., pues en este, las medidas precautorias, solo tienen un carácter asegurativo y no innovativo**, lo que se constata a partir del tenor literal del citado artículo 290.

**Por consiguiente, la resolución de 2 de septiembre de 2020 en cuanto a la medida referida, importa de manera implícita el otorgamiento de una medida cautelar innovativa, absolutamente improcedente** pues estas no existen en los procedimientos voluntarios por ser incompatibles con su propósito, no existe disposición alguna del DL 211 que faculte al TDLC para decretarlas y además se trata de medidas inexistentes en el régimen cautelar general del derecho chileno.

Sólo a mayor abundamiento, cabe advertir que en caso alguno el AA N°5/2004 faculta al TDLC ni podría legalmente hacerlo, para que en el curso de un concreto procedimiento adopte una suerte de medida cautelar de suspensión de la ejecución de los actos consultados. Más grave aún resulta pretender afectar con ella los derechos preexistentes del solicitante atribuyéndole a tal suspensión efectos retroactivos, pues eso corresponde al ámbito de normas propias e inherentes a la jurisdicción y por ende al debido proceso jurisdiccional, que solo puede adoptar el legislador por disponerlo así la Constitución Política (Artículo 19 N°3 inciso 5°).

Finalmente debe tenerse presente que los AA son normas administrativas, generales y abstractas dictadas con motivo de las facultades económicas reconocidas a los tribunales

---

<sup>5</sup> Jorge W. Peyrano, La Medida Cautelar Innovativa: Una realidad, Una Esperanza, artículo inserto en: Jorge W. Peyrano Director, Edgar J. Baracat, Coordinador, “Medida Innovativa”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Editores, página 215.

de justicia en el artículo 3° del COT, cuya vocación y única finalidad es propender a un mejor servicio, administración y funcionamiento del órgano jurisdiccional. La utilización de estas atribuciones económicas como facultades procesales en el ámbito de las competencias contenciosas o no contenciosas, entraña un grave error conceptual, y excede las competencias que únicamente el legislador puede atribuir al órgano jurisdiccional.

La afectación de los derechos sustantivos y procesales de los justiciables con base en estas normas administrativas, no tiene sustento legal ni constitucional, generando actos y actuaciones nulas, con las responsabilidades consiguientes al tenor de lo establecido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política.

#### IV.- CONCLUSIONES.

**La resolución de fecha 2 de septiembre de 2020 adolece de nulidad procesal y, más ampliamente, de nulidad de derecho público contemplada en el artículo 7° de la Constitución Política, correspondiendo sea dejada sin efecto, desde luego por medio del recurso de reposición contemplado en el artículo 31 inciso final del DL 211, pero ello sin perjuicio de las vías propias a que diere origen la nulidad procesal del procedimiento de que dicho acto es resultante, así como la nulidad del acto y/o del procedimiento, con sustento constitucional.**

Lo anterior, por las siguientes razones, que se resumen:

1.- Ha sido dictada por el TDLC en abierta contradicción con la resolución de fecha **19 de mayo de 2010, que dio inicio a este proceso no contencioso, la que se encontraba firme o ejecutoriada, habiendo operado a su respecto el desasimiento del Tribunal**, es decir, la prohibición de alterarla o modificarla en manera alguna. Esta resolución fue asimismo **confirmada en todos sus extremos por el mismo Tribunal mediante Resolución de 29 de julio de 2020 que rechazó el recurso de reposición deducido por Walmart, estando precluido su derecho de impugnación** y precluyendo por consumación toda posibilidad de nueva impugnación.

2.- Que la resolución consultada, **es nula en tanto es el resultado o corolario de la Resolución de 25 de agosto de 2020 igualmente nula por sendos vicios procesales:**

(i) ha tolerado de manera improcedente una reposición de reposición, habiéndose agotado preclusivamente por consumación, el ejercicio de este derecho por parte de Walmart;

(ii) acoge un “recurso de reposición extraordinario” basado en nuevos antecedentes, medio de impugnación inexistente en el procedimiento del artículo 31° del C.P.C.;

(iii) aun así, no concurren los presupuestos para su aplicación pues no existen “nuevos antecedentes” conforme se ha entendido jurisprudencialmente;

(iv) no se dan los presupuestos de aplicación del Auto Acordado N° 5/ 2004 y,

(v) que el discernimiento a este último respecto, ya había sido efectuado por el TDLC con motivo de la dictación de su resolución de apertura y admisibilidad del proceso consultivo de fecha 19 de mayo de 2020, de manera que su firmeza e intangibilidad prohíbe al Tribunal a revisarla, enmendarla o dejarla sin efecto en manera alguna.

3.- **Que la “aclaración” es en realidad una nueva resolución, una nueva expresión de voluntad que sustituye de manera radical lo resuelto anteriormente** por la írrita resolución de 25 de agosto de 2020, y que mediatamente pretende alterar de manera indebida lo resuelto en grado de firmeza por la originaria resolución de 19 de mayo de 2010.

4.- Que tanto o más grave es lo anterior, si se tiene presente que la “aclaración” jurídicamente supone una **suerte de medida cautelar y aún una de carácter innovativo**, pues no de otra forma cabe entender la prohibición de ejecutar el Sistema Tarifario M4P en uso y la aplicación sustitutiva del PAR anterior, medida improcedente pues estas no existen en los procedimientos voluntarios por ser incompatibles con su propósito, no existe disposición alguna del DL 211 que faculte al TDLC para decretarlas y además se trataría de **medidas innovativas, inexistentes en el régimen cautelar general del derecho chileno**.

5.- Finalmente, cabe señalar que en caso alguno el AA N°5/2004 faculta al TDLC ni podría legalmente hacerlo, para que en el curso de un concreto procedimiento adopte una suerte de medida cautelar de suspensión de la ejecución de los actos consultados ni menos pretender afectar con ella los derechos preexistentes del solicitante atribuyéndole a tal suspensión efectos retroactivos, pues eso corresponde al ámbito de normas propias e inherentes a la jurisdicción y por ende al debido proceso jurisdiccional, que solo puede adoptar el legislador por disponerlo así la Constitución Política (Artículo 19 N°3 inciso 5°).

La utilización de estas atribuciones económicas como facultades procesales en el ámbito de las competencias contenciosas o no contenciosas, entraña un grave error conceptual, y excede las competencias que únicamente el legislador puede atribuir al órgano jurisdiccional, generando actos y actuaciones nulas, con las responsabilidades consiguientes al tenor de lo establecido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política.

JOSE PEDRO SILVA PRADO  
Firmado digitalmente por  
JOSE PEDRO SILVA PRADO  
Fecha: 2020.09.08 10:26:08  
-03'00'

Profesor de Derecho Procesal  
Facultad de Derecho

Pontificia Universidad Católica de Chile  
Director del Programa de Reformas a la Justicia UC

“CONSULTA DE TRANSBANK S.A. SOBRE EL SISTEMA TARIFARIO IMPLEMENTADO POR TRANSBANK  
DESDE EL 1° DE ABRIL DE 2020”, autos voluntarios Rol NC N° 463-2020  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA