



LAS MEDIDAS CAUTELARES Y PREJUDICIALES PRECAUTORIAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TDLC

Daniela Severin H. y Rodrigo Gil L.

Las medidas cautelares y prejudiciales precautorias en la jurisprudencia del TDLC

Enero 2022



Daniela Severin H.

Abogada, Universidad de Chile. Actualmente candidata a Magíster de la Universidad de Chile. Con más de diez años de experiencia en libre competencia, se ha desempeñado en la práctica privada y en diversas divisiones de la Fiscalía Nacional Económica. Es abogada senior en Bofill, Mir & Álvarez Jana Abogados, miembro de la Red ProCompetencia e integra el directorio de expertas del Colegio de Abogados de Chile.



Rodrigo Gil L.

Abogado, Universidad de Chile. Socio y colíder del área de Resolución de Conflictos de Bofill Mir & Álvarez Jana Abogados. Es profesor de derecho de contratos y experto en disputas contractuales con más de 20 años de experiencia en resolución de conflictos bajo reglas de arbitraje comercial internacional, arbitrajes ad-hoc, y arbitrajes nacionales (Chile). Participa además en disputas de libre competencia, conflictos civiles complejos y en litigios de apoyo a los arbitrajes.

A lo largo del funcionamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC o “Tribunal”) en el régimen chileno, se le han presentado diversas solicitudes relacionadas con la protección de la libre competencia en el período anterior a la dictación de la sentencia o resolución respectiva; incluso, antes de que la demanda correspondiente haya sido presentada por el actor.

En esta investigación se analiza qué peticiones de este tipo se han efectuado al TDLC, cómo ha resuelto éste, cuál es la regulación legal aplicable, su procedencia en las causas contenciosas y no contenciosas, y presentamos nuestras sugerencias en relación a su otorgamiento o rechazo.

Considerando que la legislación chilena contempla la existencia de procesos contenciosos y no contenciosos, que tienen distintos fines, y que la misma regula las medidas cautelares expresamente sólo respecto de los primeros, el análisis que debe efectuarse respecto de la procedencia de estas medidas debe ser particular.

Luego de revisar la jurisprudencia del TDLC y la regulación a nivel comparado respecto a las *interim measures*, se concluye que resulta recomendable que el Tribunal incorpore en sus resoluciones un análisis de los efectos negativos que se generarían en el mercado de no aceptarse una solicitud de medida cautelar, y limite la posibilidad de terceros ajenos a los actos o contratos sometidos a consulta de pedir este tipo de medidas, aclarando a su vez, cuáles son los antecedentes graves que justifican la adopción de estas medidas en casos en que los efectos en el mercado no se han producido.

I. QUÉ SON LAS MEDIDAS CAUTELARES Y PREJUDICIALES PRECAUTORIAS

Las medidas precautorias y las medidas prejudiciales corresponden a lo que se suele denominar “tutela cautelar”. Si bien el objeto perseguido por estas medidas puede ser de diversa naturaleza, en esta investigación nos centramos únicamente en aquellas que buscan permitir que el juicio se desarrolle de manera tal que lo resuelto pueda ser ejecutado.

En concreto, las medidas que analizaremos se justifican –principalmente– en la demora inherente a la resolución de conflictos. Algunas de ellas son prejudiciales, en tanto se solicitan antes de que se dé inicio al

procedimiento (correspondiendo, por tanto, a las medidas prejudiciales precautorias); otras son coetáneas con la solicitud de intervención del TDLC (denominadas medidas precautorias).

Así, las medidas precautorias se han definido como “*los medios que la ley franquea al demandante para que asegure el resultado de la acción que ha interpuesto*”¹. Las medidas prejudiciales, por su parte, “*son las providencias que puede o debe adoptar el tribunal, a petición de parte, para hacer posible o facilitar a quien será demandante o demandado el ejercicio de sus futuras acciones o reacciones*”².

En cuanto a las medidas prejudiciales precautorias, el legislador no estableció un listado cerrado de cuáles pueden ser decretadas por un tribunal; en ese sentido, son ilimitadas. Así, al menos desde el año 2015, el TDLC ha debido resolver sobre peticiones de suspensión de concursos públicos³, prohibición de celebrar actos o contratos⁴, suspensión de adquirir y la retención de peces⁵.

Ahora bien, ¿por qué un tribunal adelantaría la protección al interés del demandante por la vía de estas medidas? Porque el solicitante logra acreditar la existencia del *peligro en la demora*, lo que justifica con el humo del buen derecho que exige el art. 298 del Código de Procedimiento Civil (CPC) al pedir que se acompañen comprobantes que constituyan al menos presunción grave del derecho que se reclama⁶ y que, como veremos, también es exigido por el TDLC.

De todas maneras, estas medidas son del todo excepcionales y su procedencia es limitada en el Derecho chileno⁷.

II. APLICABILIDAD EN PROCESOS CONTENCIOSOS Y NO CONTENCIOSOS

La regulación de las medidas cautelares en el D.L. N°211 se encuentra únicamente respecto del procedimiento contencioso:

Artículo 25°.- “El Tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá decretar **en cualquier estado del juicio o antes de su iniciación**, y por el plazo que estime conveniente, **todas las medidas cautelares que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el interés común**. Estas medidas serán decretadas con citación, y en caso de generarse incidente, éste se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada.

*Las medidas decretadas serán esencialmente provisionales y se podrán modificar o dejar sin efecto en cualquier estado de la causa. Para decretarlas, **el requirente deberá acompañar antecedentes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho***

1 Mario Casarino Viterbo, *Manual de Derecho Procesal, Tomo III* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012), 190.

2 Juan Agustín Figueroa Yávar y Erika Morgado San Martín, *Procedimientos civiles e incidentes. Colección Tratados y Manuales* (Santiago: LegalPublishing, 2013), 7.

3 Como en las causas C-431.2021 o la causa C-408-2020.

4 Como en la causa C-394-2020.

5 En la causa C-401-2020.

6 Salvo en casos graves y urgentes, en que pueden ser concedidas por un término no superior a 10 días, rindiéndose caución (art. 299 del CPC).

7 Incluso en algunas legislaciones comparadas, su extensión temporal está limitada por ley.

que se reclama o de los hechos denunciados. El Tribunal, cuando lo estime necesario, podrá exigir caución al actor particular para responder de los perjuicios que se originen.

La resolución que conceda o deniegue una medida cautelar se notificará por carta certificada, a menos que el Tribunal, por razones fundadas, ordene que se notifique por cédula.

*En caso de que la medida se haya concedido **prejudicialmente, el Fiscal o el solicitante deberá formalizar el requerimiento o la demanda en el plazo de veinte días hábiles o en el término mayor que fije el Tribunal**, contado desde la notificación de aquélla. En caso contrario, quedará sin efecto de pleno derecho.*

*Sin embargo, **las medidas podrán llevarse a efecto antes de notificar a la persona contra quien se dictan siempre que existieren motivos graves** para ello y el Tribunal así lo ordenare. En este caso, transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El Tribunal podrá ampliar este plazo por motivo fundado.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos precedentes, no regirá respecto de las medidas prejudiciales y precautorias que dicte el Tribunal lo establecido en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil, salvo lo señalado en los artículos 273, 274, 275, 276, 277, 278, 284, 285, 286, 294, 296 y 297 de dicho cuerpo legal, **en cuanto resultaren aplicables.***

Nada dice el D.L. N°211 sobre la aplicación de medidas cautelares en los procedimientos no contenciosos. Sin embargo, el Auto Acordado N°5 de 2004, dictado por el TDLC el 22 de julio de 2004, regula la tramitación de consultas e indica que:

*Atendido que el procedimiento no contencioso tiene precisamente por objeto obtener de este Tribunal un pronunciamiento orientado a otorgar o a denegar a la parte consultante la certeza jurídica que establece el artículo 32 del DL 211, pues es consustancial a la naturaleza de la consulta esperar a dicho pronunciamiento, **en todos los casos a que se refiere este número** [relativo a hechos, actos o contratos que no han sido celebrados, ejecutados o concluidos a la fecha de ingreso de la consulta], y **desde la fecha de ingreso de la consulta, los hechos, actos o contratos consultados 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 éste.***

Más allá de la discusión que pudiera surgir respecto de la legalidad de que hechos, actos o contratos se suspendan por lo dispuesto en un Auto Acordado, queda claro que aquello está circunscrito al período posterior a la presentación de la consulta. En causas no contenciosas no existe, por tanto, la prejudicialidad⁸.

III. CUÁL ES SU RELEVANCIA EN MATERIAS DE LIBRE COMPETENCIA

Al igual que en materias civiles, la dictación de una sentencia o resolución por el TDLC requiere un procedimiento previo. Ello es consecuencia de la aplicación del debido proceso, entendido como “e/

⁸ Hacemos presente que, para efectos de esta investigación, asumimos que las medidas que se declaran en un procedimiento no contencioso responden al sentido lato de “medida cautelar”, y no específicamente a la definición del CPC.

derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera”⁹.

Esto genera necesariamente una demora, la que puede conllevar a que los actos, hechos o convenciones sometidos al conocimiento del TDLC generen efectos en el mercado antes de que éste pueda pronunciarse sobre los mismos (es decir, el peligro en la demora). En efecto, según información estadística publicada por el Tribunal, el promedio de días que dura un procedimiento contencioso ante el TDLC es de 230 días, contabilizando las causas ingresadas desde el año 2015 al 2020¹⁰.

Entonces, se debe sopesar la necesidad de celeridad en la resolución de un asunto que puede generar efectos en la libre competencia con el derecho al debido proceso que rige en todo procedimiento judicial¹¹.

En ese contexto, las medidas precautorias juegan un importante rol. El propósito de las mismas es –en palabras de la División Antimonopolios del Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ)– permitir al tribunal tomar una decisión significativa al término íntegro del juicio¹². En efecto, se instruye a los funcionarios del DOJ a solicitar medidas precautorias cuando sea que su ausencia hará que lo resuelto por el tribunal no sea suficiente para restaurar de manera efectiva la competencia en el mercado afectado, o cuando es probable que existan efectos anticompetitivos en el intertanto¹³.

A mayor abundamiento, el bien jurídico protegido por el derecho de la libre competencia hace que se agregue un elemento adicional al análisis.

La libre competencia se protege *“para preservar el derecho a participar en los mercados, promover la eficiencia y por esa vía el bienestar de los consumidores”*¹⁴. Las leyes de protección a la libre competencia defienden, precisamente, la competencia en los mercados. Con ello, *“se beneficia a los consumidores, asegurándoles precios más bajos y productos mejores. En un mercado libremente competitivo, cada negocio competidor generalmente intentará atraer consumidores rebajando sus precios y aumentando la calidad de sus productos o servicios. La competencia y las oportunidades de obtener ganancias que trae, también estimulan a los negocios a encontrar métodos de producción nuevos, innovadores y más eficientes”*¹⁵.

En consecuencia, el retraso que genera la tramitación de los procesos afecta (directa o indirectamente) a los consumidores.

9 Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

10 Información disponible en: <https://www.tdlc.cl/estadisticas-causas-2020/>.

11 Por lo demás, el mismo TDLC ha señalado que se rige íntegramente por dicho principio, y la Excm. Corte Suprema también se ha pronunciado en ese sentido en la sentencia de 7 de septiembre de 2012, dictada en autos rol N° 2578-2012, considerando septuagésimo quinto.

12 US Department of Justice, *Antitrust Division Manual, Fifth edition* (2019) IV-7, <https://www.justice.gov/atr/file/761166/download>.

13 US Department of Justice, *Antitrust Division Manual*, IV-7.

14 Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N°19.911*, 6, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5814/>.

15 US Department of Justice, *Antitrust enforcement and the Consumer* (2015), <https://www.justice.gov/atr/file/800691/download#:~:text=Antitrust%20laws%20protect%20competition,.of%20its%20products%20or%20services>.

IV. ¿CÓMO HA RESUELTO EL TDLC?

A continuación presentamos un breve resumen de las causas en que el TDLC ha debido pronunciarse sobre medidas precautorias, sean prejudiciales o no, sea en causas contenciosas o no contenciosas.

a) Causas Contenciosas

Desde el año 2015 a la fecha el TDLC ha conocido 32 solicitudes relacionadas con medidas precautorias:



De la figura anterior se desprende que el TDLC tiene altos estándares de exigencia en cuanto a la demostración de la necesidad de las medidas cautelares. Veamos ahora los requisitos que el Tribunal ha exigido para concederlas.

En cuanto a las **medidas prejudiciales de suspensión del acto**, el TDLC ha exigido que se demuestre que *“la medida cautelar solicitada es necesaria para impedir los eventuales efectos negativos de la conducta y para resguardar el interés común”*¹⁶; o sólo por cuanto se requiere para impedir los efectos negativos de la conducta¹⁷; que la solicitud sea oportuna¹⁸; o que los antecedentes acompañados constituyan presunción grave del derecho que se reclama¹⁹.

En cuanto a **medidas prejudiciales de prohibición de celebrar actos**, el TDLC sostuvo que éstas proceden si se acredita que las mismas son necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas

16 Resolución de 24 de septiembre de 2015, dictada en autos rol C-298-15; resolución de 21 de noviembre de 2019, en autos rol C-385-19; resolución de 18 de octubre de 2021 en causa rol C431-21; resolución de 28 de octubre de 2021 dictada en causa rol C-432-21.

17 Resolución de 25 de enero de 2018, en autos rol C-342-18.

18 En la causa rol 340-17, la solicitud de medida fue rechazada por haber perdido ésta oportunidad, considerando que se pedía la suspensión de una licitación antes del 26 de diciembre de 2017 y el solicitante cumplió lo ordenado compareciendo en forma el día 28 de diciembre. Resolución de 2 de enero de 2018. En la causa rol C-408-20, el 13 de noviembre de 2020, el TDLC rechazó la medida prejudicial solicitada debido a que a esa fecha existía una causa no contenciosa sobre los mismos hechos.

19 Resoluciones de 21 de noviembre y 18 de diciembre de 2019, en autos rol C-385-19; resolución de 11 de agosto de 2020, en causa rol C-401-20; resolución de 8 de noviembre de 2018, en autos rol C-362-18; resolución de 23 de diciembre de 2020; resolución de 18 de octubre de 2021 en causa rol C431-21; resolución de 28 de octubre de 2021 dictada en causa rol C-432-21.

a su conocimiento y para resguardar el bien común²⁰ y presunción grave del derecho que se reclama²¹.

Asimismo, el TDLC ha resuelto solicitudes de **medidas prejudiciales de retención de bienes determinados**, indicando que se debe acompañar antecedentes que constituyan al menos presunción grave del derecho que se reclama²².

Respecto a las **medidas precautorias de prohibición de ejecutar actos**, el TDLC ha señalado que se requiere probar la existencia de una presunción grave de lo alegado²³, la necesidad de la medida para impedir los efectos negativos de la conducta que se alegan y resguardar el interés común²⁴; que los antecedentes presentados hagan presumir que los hechos denunciados afectan la libre competencia²⁵.

El TDLC también se pronunció sobre solicitudes de **medidas precautorias de cese de conducta**, indicando que se requieren para su otorgamiento que concurra una presunción grave de las conductas imputadas y de la necesidad de la medida para impedir sus efectos negativos o para resguardar el interés común²⁶.

El Tribunal ha dictado diversas resoluciones que permiten definir lo que debe entenderse por “**presunción grave del derecho que se reclama**”.

Así, en una causa contenciosa, indicó que ésta viene dada por la posibilidad de **apreciar los eventuales efectos negativos en el mercado** en que se despliegan las conductas sometidas a su conocimiento²⁷. Por su parte, en el contexto de una medida prejudicial²⁸, el TDLC revocó su resolución original que concedía la medida, debido a que la contraparte presentó una oposición en la que presentó argumentos que justificarían jurídicamente su actuar. Con ello, el Tribunal sostuvo que no concurría presunción grave del derecho que se reclamaba.

En consecuencia, en los últimos dos años, el TDLC ha sido consistente en exigir copulativamente que (i) exista la presunción grave del derecho; y (ii) la necesidad de la medida para impedir los efectos negativos o proteger el interés común, según señala el art. 25 del DL N°211. Estos requisitos son aplicables para las medidas precautorias, prejudiciales o no.

20 Resolución de 20 de abril de 2020 en causa rol C-394-20.

21 Resolución de 28 de enero de 2021 dictada en causa rol C-419-21. En esta ocasión, el TDLC sostuvo que se requería comprobar tanto presunción grave del derecho como la necesidad de la medida para impedir los efectos negativos de la conducta y para resguardar el bien común.

22 Resolución de 11 de agosto de 2020, en causa rol C-401-20.

23 Resolución de 8 de julio de 2016, dictada en autos rol C-311-2016; resolución de 6 de diciembre de 2017, en autos rol C-335-17; resolución de 12 de diciembre de 2017, en autos C-339-17; resolución de 9 de mayo de 2018, de autos ROL C-351-2018; resolución de 14 de mayo de 2018, en autos rol C-352-18.

24 Resolución de 8 de julio de 2016, dictada en autos rol C-311-2016; resolución de 26 de marzo de 2018, en autos rol C-344-18; resolución de 27 de septiembre de 2018, en autos rol C-360-18.

25 Resolución de 14 de mayo de 2018, en autos rol C-352-18.

26 Resolución de 16 de diciembre de 2021, dictada en autos rol C-435-2021; resolución de 28 de junio de 2019, de autos rol C-376-19; resoluciones de 2 y 14 de diciembre de 2020, en causa rol C-410-20.

27 Resolución de 8 de noviembre de 2018, en autos rol C-362-18.

28 Resolución de 18 de diciembre de 2019, en autos rol C-385-19.

b) Causas no contenciosas

Si bien –como señalamos previamente– el DL N°211 no contempla expresamente la posibilidad de solicitar medidas precautorias, el Tribunal se ha pronunciado –desde 2015 a la fecha– en 13²⁹ oportunidades respecto de solicitudes que en sus efectos resultan asimilables a las mismas, en tanto corresponden la suspensión de licitaciones³⁰, de concursos o subastas³¹, la emisión de informe³², una reorganización societaria³³, y a la autorización para notificar operación de concentración a la FNE³⁴, o para participar en concurso público³⁵.



En esta sede, los requisitos que deben concurrir para que se acoja una solicitud precautoria no son tan claros como en las causas contenciosas. En efecto, el Tribunal se ha limitado a acoger las peticiones de manera simple³⁶, o las ha rechazado indicando que los antecedentes acompañados no son suficientes para concederla³⁷.

Sin embargo, el Tribunal sí ha señalado que *“en los casos que la consulta la promueve un tercero con interés legítimo, la suspensión del hecho, acto o contrato consultado debe fundarse en antecedentes que constituyan al menos una presunción grave de que se afectará la libre competencia en el o los mercados concernidos”*³⁸. En un sentido parecido, el TDLC sostuvo que deben entregarse antecedentes que justifiquen la medida

29 Hacemos presente que en este análisis no se incluyen las medidas que el Tribunal ha adoptado de oficio, como en la causa rol NC-496-21.

30 NC-493-2021, NC-486-2021 y NC-462-2020.

31 NC-488-2021, NC-481-2020 y NC-450-2018.

32 NC-475-2020.

33 NC-443-2017.

34 NC-501-2021.

35 NC-494-2021, NC-452-2019 y NC-447-2018.

36 Resolución de 26 de junio de 2018, dictada en autos NC-447-18; resolución de 31 de enero de 2019, dictada en autos rol NC-452-19; resolución de 17 de abril de 2020, en autos rol NC-462-20; resolución de 10 de mayo de 2021, en autos rol NC-494-21.

37 Resolución de 13 de diciembre de 2018, en autos rol NC-450-18.

38 Resolución de 18 de diciembre de 2018, en autos rol NC-450-18.

cuando quien formula la consulta no es quien se propone ejecutar el acto consultado³⁹ y que se requieren “antecedentes graves” que den cuenta de los efectos del acto⁴⁰.

Respecto a qué debe entenderse por “antecedentes graves”, éstos comprenderían –pero no se encontrarían limitados a– antecedentes graves que den cuenta de los eventuales efectos negativos del acto⁴¹.

Así, la necesidad de que se cumplan requisitos parece haberse reconducido únicamente a aquellos casos en que el solicitante no es quien pretende ejecutar el hecho, acto o contrato consultado. Ello –en nuestra opinión– se justifica por cuanto impide que terceros puedan bloquear actuaciones por agentes de mercado, lo que a la postre significaría una barrera a la entrada artificial.

V. ESTÁNDARES UTILIZADOS EN DERECHO COMPARADO

En los Estados Unidos, las medidas precautorias prejudiciales suelen ser otorgadas con la sola presentación de documentos y de declaraciones juradas, sin que sea necesario efectuar audiencias de rendición de evidencia⁴². La Sección 7A (f) de la *Clayton Act* establece que la solicitud de estas medidas efectuada por la FTC debe certificar que el interés público requiere su dictación⁴³. Por su parte, el estándar que las Cortes han exigido se relaciona con (i) la posibilidad de éxito de la demanda; (ii) la posibilidad de que el demandante sufra daño irreparable si no se concede la medida; (iii) la ponderación de perjuicios o dificultades que surgen de la negación o la aprobación de la misma; (iv) el efecto de la medida sobre el interés general⁴⁴.

El estándar para conceder medidas precautorias en el Reino Unido es, esencialmente, semejante al que se ha utilizado en Chile. En efecto, recientemente la *High Court* señaló que se requiere “*that the plaintiff has any real prospect of succeeding in his claim for a permanent injunction at the trial, the court should go on to consider whether the balance of convenience lies in favor of granting or refusing the interlocutory relief that is sought*”⁴⁵.

Este –en un caso de abuso de posición dominante– corresponde a aquel en que se estudia “*if without interim relief the claimant would be adequately compensated in damages if he succeeded at trial and the defendant had the ability to pay them, no interim injunction should normally be granted. Only if damages would not be an adequate remedy should the court consider the contrary hypothesis of the claimant being granted an injunction and the defendant succeeding at trial and ask whether the defendant would be adequately compensated on the claimant’s cross-undertaking in damages*”⁴⁶.

39 Resolución de 28 de enero de 2021, en autos rol NC-486-21.

40 Resolución de 4 de febrero de 2021, en autos rol NC-486-21; resolución de 9 de febrero de 2021, en autos rol NC-488-21; resolución de 6 de mayo de 2021, en autos rol NC-493-20.

41 Resolución de 6 de mayo de 2021, dictada en autos rol NC-493-21.

42 Federal Trade Commission, Antitrust Division Manual, Fifth edition, p. IV-12.

43 Federal Trade Commission, Antitrust Division Manual, Fifth edition, p. III-29.

44 Mel Marquis, “Interim Measures”, *Global Dictionary of Competition Law Concurrences*, <https://www.concurrences.com/en/dictionary/Interim-measures>.

45 Case N°: CP-2020-000011, *Preventx Limited v Royal Mail Group Limited*, párr. 64.

46 Case N°: CP-2020-000011, *Preventx Limited v Royal Mail Group Limited*, párr. 65.

Por su parte, en la Unión Europea, las medidas cautelares pueden adoptarse *“en caso de urgencia justificada por el riesgo de que se produzca perjuicio grave e irreparable a la competencia [...] sobre la base de la declaración de la existencia prima facie de una infracción”*⁴⁷.

Adicionalmente, la *European Competition Network* (ECN) ha recomendado que las autoridades puedan adoptar medidas precautorias cuando se cumplan los siguientes requisitos copulativos:

Exista urgencia debido al riesgo de daño a la competencia, serio e irreparable:
*“the need to act immediately in order to hinder any possible harm to the public interest/ competition, otherwise the adverse effects of an alleged infringement could not be effectively addressed in a decision of the respective Authority at the conclusion of proceedings”*⁴⁸.

Existan causas justificables para sospechar que ha ocurrido un ilícito.

Es la recomendación de la ECN que se sopesa el requisito sustantivo de la probabilidad de infracción con el de la urgencia⁴⁹.

VI. ¿CUÁL DEBIERA SER EL ESTÁNDAR DEL TDLC?

La utilización y necesidad de medidas precautorias en el derecho de la libre competencia es evidente. Por lo demás, queda demostrada por el sólo hecho de que en la Unión Europea existe lo que se conoce como un “resurgimiento” de las mismas a partir del año 2019⁵⁰. En efecto, desde el año 2001 (en *IMS Health*) fue la última vez en que la Comisión había impuesto medidas precautorias hasta el 16 de octubre de 2019 (*Broadcom*). En efecto, en el 2018, se dictó la Directiva (UE) 2019/1, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, en la que se ordena a los estados miembros a velar por que las autoridades de competencia puedan imponer medidas cautelares⁵¹.

Asumiendo, por tanto, la utilidad de las medidas, no debe olvidarse que su aplicación debe ser limitada. ¿Por qué? Porque pueden utilizarse como herramienta anticompetitiva, logrando bloquear acciones -ejecutadas o por ejecutarse- de competidores u otros agentes de la cadena productiva.

En consecuencia, deben existir requisitos de procedencia de las medidas precautorias, sean estas prejudiciales o no.

El Tribunal exige la concurrencia de dos requisitos para acoger medidas precautorias en causas contenciosas, esto es, que (i) exista la presunción grave del derecho; y (ii) la necesidad de la medida para impedir los

47 Artículo 8 del Reglamento (CE) N°1/2002 del Consejo, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 92 del Tratado, de 16 de diciembre de 2002.

48 European Competition Network, ECN Recommendation on the Power to Adopt Interim Measures, p. 3. Consulta en línea: https://ec.europa.eu/competition/ecn/recommendation_interim_measures_09122013_en.pdf.

49 European Competition Network, ECN Recommendation on the Power to Adopt Interim Measures, p. 4.

50 Marquis, Mel. Author Definition of Interim Measures. Concurrences. On line: <https://www.concurrences.com/en/dictionary/Interim-measures>.

51 Artículo 11.

efectos negativos o proteger el interés común, según señala el art. 25 del DL N°211. Estos requisitos son aplicables para las medidas precautorias, prejudiciales o no.

Por su parte, en causas no contenciosas, el Tribunal ha sido mucho menos explícito en cuanto a cuándo procede una medida precautoria. En efecto, se ha concentrado en hacer explícito su parecer sólo respecto de consultas iniciadas por terceros, exigiendo que se entreguen antecedentes que justifiquen la medida y “antecedentes graves” que den cuenta de los efectos del acto.

Debido a las diferencias señaladas, analizaremos separadamente ambos tipos de procedimiento.

a) Medidas precautorias en procedimientos contenciosos

Estimamos que el TDLC ha sido claro en el establecimiento de su interpretación de los requisitos señalados en el art. 25 del DL N°211 para la procedencia de las medidas cautelares.

Sin embargo, lo que no queda claro es qué rol juega en su análisis –si es que juega algún papel– la magnitud del daño que se pretende evitar con las medidas precautorias que dicte. En efecto, el Tribunal no se ha pronunciado sobre aquellas situaciones en que, establecida la presunción grave del derecho que se invoca y la necesidad de la medida para evitar los efectos, la medida resulte más onerosa que el pago de la multa que se podría imponer al término del procedimiento, o la sanción que sea que se imponga.

En ese sentido, sería conveniente que el Tribunal efectuara un “*balance of convenience*” –usando el término de la legislación del Reino Unido– por medio de una definición de “necesaria” que incorpore la irreparabilidad del daño que ocasionaría de no concederse la medida.

b) Medidas precautorias en procedimientos no contenciosos

Respecto a las consultas presentadas por quienes pretenden ejecutar el acto, parece sensato y de sentido común que las mismas no lo hagan en tanto el Tribunal no se haya pronunciado sobre la misma, según señala el Auto Acordado citado.

En cuanto a aquellas consultas interpuestas por terceros distintos a aquellos que pretenden ejecutar un hecho, acto o convención, es de toda lógica precisamente lo contrario. En efecto, las medidas precautorias deben, en este caso, ser estrictas por cuanto pueden convertirse en herramientas que se utilicen con fines distintos a los que fundan a las mismas. Podrían incluso constituirse en barreras a la entrada. Al respecto, estimamos que la jurisprudencia del Tribunal ha sido clara y consistente en este sentido.

Sin embargo, sería recomendable respecto de ambos casos, que el Tribunal aclare qué debe entenderse por antecedentes graves. Ello considerando que las consultas pueden recaer sobre hechos, actos o contratos que no se han materializado al tiempo de su interposición, de manera que aún no han generado efectos en el mercado.

Anexo
Tabla N°1 Medidas cautelares en procedimientos contenciosos

Rol	Carátula	Medida prejudicial	Resolución
C-435-2021	Demanda de Eléctrica Puntilla S.A. e Hidromaule S.A. contra la Comisión Nacional de Energía		Revocada*
C-432-2021	Medida prejudicial precautoria solicitada por la Asociación Gremial de dueños de Taxibuses Antofagasta, DUTAX A.G. y otro respecto del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones	Medida prejudicial de Suspensión de concurso público	Rechazada
C-431-2021	Medida prejudicial precautoria solicitada por Casino de Juegos Valdivia S.A. y otros respecto de la Superintendencia de Casinos de Juego	Medida prejudicial de Suspensión de concurso público	Rechazada
C-419-2021	Medida prejudicial preparatoria y precautoria presentada por Tierra de Campeones S.A.D.P. en contra de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional	Suspensión de aplicación de Tabla Ponderada 60/40	Rechazada
C-414-2020	Solicitud de medida prejudicial precautoria de Vessi SpA contra Transbank S.A.	Prohibición de prestación de servicios	Rechazada
C-412-2020	Demanda de Distal S.A. contra Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas	Suspensión de licitación	Revocada*
C-410-2020	Demanda de Okane Capital SpA en contra de Banco Bice	Continuidad de productos bancarios	Rechazada
C-408-2020	Medida prejudicial cautelar solicitada por Telefónica Móviles Chile S.A. en contra de Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones	Suspensión de licitación	Rechazada***
C-401-2020	Medida prejudicial precautoria solicitada por Sociedad Pesquera Galeb Limitada en contra de Corpesca S.A.	Suspensión de adquisición y retención de peces	Rechazada

C-394-2020	Solicitud de medidas cautelares prejudiciales de Comercial La Caserita Limitada en contra de Unilever Chile Limitada.	Prohibición de celebración de actos o contratos	Rechazada
C-385-2019	Medida prejudicial cautelar solicitada por ARCADI SpA., en contra de BANCO SANTANDER-CHILE	Continuidad de productos bancarios	Revocada*
C-376-2019	Demanda de Nelson R. Osorio Carvajal en contra de WOM S.A.	Cesar oferta y comercialización de producto prepago	Rechazada
C-372-2019	Medida cautelar prejudicial solicitada por Pronova Technologies S.A. en contra de Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud	Suspensión de efectos de resolución, suspensión de procedimiento convenio marco	Rechazada***
C-368-2019	Demanda de Obrascón Huarte Lain S.A. en contra de la Corporación Administrativa del Poder Judicial.	Suspender efectos de resolución que declaró desierta licitación	Rechazada**
C-366-2018	Demanda de Sonapesca y otros en contra de Subsecretaría de Pesca y Acuicultura	Suspensión de licitación	Rechazada
C-362-2018	Demanda de OPTIMIXPLUS Ltda. en contra de Uber Chile SpA	Prohibición de prestación de servicios	Rechazada
C-360-2018	Medida cautelar prejudicial solicitada por Servicios de Taxis Colectivos SpA respecto de la I. Municipalidad de San Bernardo y otro	Suspensión de modificaciones a recorridos de taxis, suspensión de obligación de prestación de servicios	Rechazada
C-354-2018	Demanda de ORIONX SpA contra Banco del Estado de Chile y otros	Continuidad de productos bancarios	Acogida
C-352-2018	Medida cautelar prejudicial solicitada por ISATEC en contra de Ministerio de Salud	Medida prejudicial de Suspensión de licitación pública	Rechazada
C-351-2018	Medida cautelar prejudicial solicitada por ASOARPES respecto de SERNAPESCA	Medida prejudicial de Suspensión de efectos de resolución	Rechazada

C-350-2018	Demanda de CRYPTOMKT SpA contra Banco del Estado de Chile y otros.	Continuidad de productos bancarios	Acogida
C-349-2018	Demanda de SURBTC SpA contra Banco del Estado de Chile y otros.	Continuidad de productos bancarios	Acogida
C-344-2018	Medida cautelar prejudicial solicitada por Minera Salar Blanco S.A. respecto del Ministerio de Minería y otros	Medida prejudicial de Suspensión de efectos de contrato	Rechazada
C-342-2018	Demanda Transportes Santín y Cía. Ltda. contra Fisco de Chile y otro.	Dejar sin efecto proceso de licitación	Acogida
C-340-2017	Medida Prejudicial de Sociedad Transportes, Inversiones, Inmobiliaria y Servicios Transanber S.A., contra el Ministerio de Transportes.	Medida prejudicial de Suspensión de licitación pública	Rechazada
C-339-2017	Demanda de Constructora Capreva S.A. contra Corporación Administrativa del Poder Judicial	Suspensión de licitación	Rechazada
C-336-2017	Demanda de Patricio Pineda Nalli contra Codelco	Actualización de registro	Rechazada***
C-335-2017	Demanda de Constructora LN SpA. Contra I. Municipalidad de San José de la Mariquina	Suspensión de licitación	Rechazada
C-332-2017	Demanda de Constructora DENCO Ltda. contra Servicio de Salud de Osorno	Suspensión de licitación	Acogida
C-329-2017	Demanda de Constructora LN SpA contra Ministerio de Salud.	Suspensión de licitación	Acogida
C-326-2017	Demanda de Club Deportivo Barnechea S.A.D.P. contra ANFP y otro	Medida prejudicial de Suspender cobro de dinero para participar en torneo, y permitir participación	Acogida
C-311-2016	Demanda de TVI contra VTR Comunicaciones SpA.	Prohibición de término de transmisión	Rechazada

C-298-2015	Solicitud de medida prejudicial cautelar de Celeo Redes Chile Ltda.	Suspensión de licitación	Acogida
------------	---	--------------------------	---------

*Se trata de solicitudes acogidas originalmente, pero que luego de la oposición de la afectada fueron revocadas.

**El TDLC no se pronunció sobre la medida, sino que no acogió a tramitación la demanda.

***Rechazada por incompetencia del TDLC.

Tabla N°2 Medidas cautelares en procedimientos no contenciosos

Rol	Carátula	Medida cautelar	Resolución
NC-505-2021	Consulta de Compañía Minera Salares del Norte SpA sobre bases de licitación para suscripción de contrato especial de operación para la exploración, explotación y beneficio de yacimientos de litio	Suspensión de licitación	Rechazada*
NC-501-2021	Consulta de SMU S.A. y CorpGroup Holding Inversiones Ltda. sobre el alzamiento, modificación y/o revocación de las condiciones tercera y sexta impuestas por la Resolución N° 43	Autorización para notificar concentración a FNE	Rechazada**
NC-494-2021	Consulta de Iberoamericana Radio Chile S.A. y otra sobre su participación en concursos públicos para la renovación de concesiones de radiodifusión que indica, cuyos plazos expiran el año 2022	Autorización para participar en concursos de la SUBTEL	Acogida
NC-493-2021	Consulta de General Electric International INC. sobre resoluciones afectas N°10 y N°11 del Servicio de Salud de Talcahuano	Suspensión de licitación pública	Rechazada

NC-488-2021	Consulta de Escuela de Conductores Automóvil Club de Chile sobre las bases de licitación del SENCE para la ejecución del Curso Especial con Simulador de Inmersión Total Conduciente a Licencia de Conductor Profesional CLASE A-3 Y A-5	Suspensión de concurso público	Rechazada
NC-486-2021	Consulta de Microsoft Chile Limitada sobre Convenio Marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática de la Dirección de Compras y Contratación Pública	Suspensión de licitación pública	Rechazada
NC-481-2020	Consulta de Telefónica Móviles Chile S.A. sobre las Bases de Licitación de los denominados "Concursos públicos 5G"	Suspensión de concurso público	Rechazada
NC-475-2020	Consulta de Parque Solar Fotovoltaico Luz del Norte SpA sobre el Informe de Servicios Complementarios Año 2020 emitido por el Coordinador Eléctrico Nacional	Suspensión de informe	Rechazada***
NC-462-2020	Consulta de la Fiscalía Nacional Económica sobre las Bases de Licitación para asignar la concesión de la estación intermodal metropolitana en la comuna de Pedro Aguirre Cerda	Suspensión de licitación pública	Acogida



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Daniela Severin H. y Rodrigo Gil L., "Las medidas cautelares y prejudiciales precautorias en la jurisprudencia del TDLC", *Investigaciones CeCo* (enero, 2022),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile