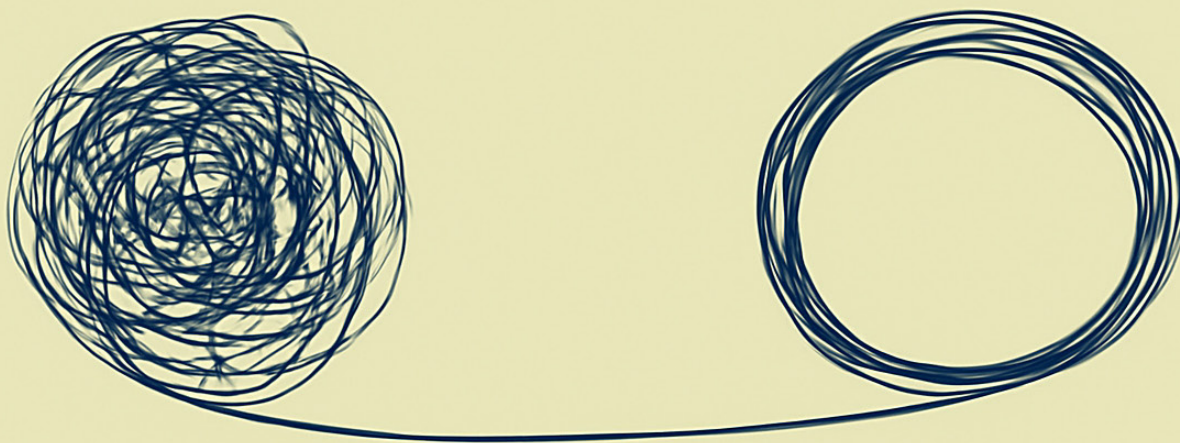




POR QUÉ DEROGAR LA FACULTAD DE RECOMENDACIÓN NORMATIVA DEL TDLC

Guillermo Namor K.

Por qué derogar la Facultad de Recomendación Normativa del TDLC

Mayo 2025



Guillermo Namor K.

Abogado de la Universidad de Chile y Diplomado en Derecho Público Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ex Convencional Constituyente.

Resumen: Este artículo tiene por objeto analizar la facultad de recomendación normativa del TDLC desde una óptica institucional y entregar una reflexión razonada del porqué de su eliminación desde la perspectiva de (1) la desnaturalización de la estructura jurisdiccional del tribunal y (2) la eficacia institucional. Para ello, se analiza su origen, la regularidad de esta atribución en nuestro ordenamiento jurídico y se conceptualiza su naturaleza jurídica, todo a partir del análisis del razonamiento vertido en el Expediente de Recomendación Normativa sobre el mercado de exploración, explotación y refinamiento del litio N°31-2023, caso en que se expresan dos formas de razonamiento que grafican la tensión que subyace a esta atribución.

I. INTRODUCCIÓN: EL EXPEDIENTE DE RECOMENDACIÓN NORMATIVO DEL MERCADO DEL LITIO¹²

El 14 de junio de 2023, la Fundación Pivotes y la Corporación para el Desarrollo de la Región de Atacama (“CORPROA”) dieron inicio al ERN-23, solicitando al TDLC que hiciera uso de su facultad propositiva, fundado en que (i) la falta de concesibilidad del litio ha impedido la entrada al mercado de nuevos actores y ha aumentado la discrecionalidad sobre la decisión de licitar contratos de explotación; (ii) la falta de neutralidad competitiva del Estado ha impedido la competencia; y, (iii) la Estrategia Nacional del Litio crea una situación monopólica estatal y genera problemas de intercambio de información y riesgos de coordinación. Por ello sugieren, en síntesis, que se someta al litio al régimen general de concesiones aplicable a los demás minerales y se establezca la licitación pública como el mecanismo obligatorio de asignación para contratos de explotación del litio reservado al Estado (entre otras).

El TDLC, con fecha 4 de julio de 2023, en una **votación dividida (3-2) decidió rechazar el inicio del procedimiento**, en una resolución pronunciada por los ministros Nicolás Rojas Covarrubias, Presidente, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sr. Jaime Barahona Urzúa, en contra; y, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez y el Sr. Ricardo Paredes Molina, a favor.

En una fundada resolución, el voto de mayoría sustenta su rechazo en las siguientes consideraciones:

1. Lo político como límite a lo jurisdiccional

El H. TDLC razona estableciendo una autolimitación fundada en que es la propia Constitución la que excluye al litio como un producto o servicio en el mercado. En ese marco:

1 Esta investigación corresponde a un texto complementado de la exposición titulada: “Facultad de recomendación normativa del TDLC: Razones de un cambio. Entre la eficacia y la desnaturalización de la función jurisdiccional” realizada en agosto del 2024, en el marco del seminario internacional sobre Libre Competencia organizado por el Departamento de Derecho Económico y el RegCom de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

2 El autor declara no tener conflictos de interés según los lineamientos de CeCo.

“(…) el ejercicio de la potestad propositiva supondría que este Tribunal actuase como un órgano de deliberación política, tanto en lo relativo al análisis de su carácter concesionable o no concesionable, como a la revisión de las reglas a las cuales debe someterse su exploración y explotación en caso de mantenerse el régimen actual de no concesibilidad, reglas que se encuentran actualmente consagradas en la propia Constitución, en su artículo 19 N° 24, inciso 10º”.

En esa línea, señala que las decisiones sobre el régimen de concesibilidad y la decisión estratégica sobre las licitaciones, corresponden al poder legislativo y ejecutivo, respectivamente:

“Que, respecto de los minerales, por mandato constitucional es el poder legislativo, como parte del Estado, el que determina “qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación” (Constitución, art. 19 N° 24, inciso 7º). En caso de que la ley determine que un mineral no es concesionable, la Constitución dispone que “la exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo (art. 19 N° 24, inciso 10º)”⁴ -destacado agregado-.

“Que el Estado, como propietario exclusivo de los salares, tiene la potestad de definir si éstos serán objeto de exploración o explotación y de qué modo esta se realizará. En ese contexto, en abril de 2023, el Poder Ejecutivo ha dado a conocer la “Estrategia Nacional del Litio”, que mantiene el carácter estratégico de este mineral, por su rol clave para el proceso de transición energética. (...) Así, en virtud de esta estrategia, el Poder Ejecutivo ha determinado que el Estado liderará el desarrollo de la industria y que “involucrará al sector privado como un socio estratégico en todo el proceso productivo, velando por altos estándares medioambientales, de transparencia y libre competencia””⁵ -destacado agregado-.

2. Ámbito de competencia del tribunal

Respecto de aquellos salares que sí son susceptibles de explotación, el TDLC sostiene que su competencia para pronunciarse es por medio de consultas sobre el diseño de licitaciones de los contratos especiales de operación de litio (“CEOL”) de exploración. Al respecto sostuvo que:

“en aquellos casos de que el poder ejecutivo decida licitar CEOL, y solo una vez que se cuente con las bases de licitación, este Tribunal puede pronunciarse a través de una consulta sobre el diseño de las licitaciones en cuestión, para asegurar que no se restrinja la libre competencia. Así se requirió, por ejemplo, en la causa rol NC N° 505-21, caratulada “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”, a la que se dio inicio por resolución de 15 de diciembre de 2021. En este caso, el Tribunal no pudo emitir un pronunciamiento sobre el fondo debido al desistimiento de la consultante, en vista de que la Excma. Corte Suprema dejó sin efecto las bases de licitación y la adjudicación”⁶ -destacado agregado-.

3. Naturaleza y procedencia

El Tribunal afirmó que el uso de esta atribución es una decisión privativa, discrecional y facultativa del TDLC, que debe tomar en consideración:

3 Consideración 14, ERN 23.

4 Consideración 6, ERN 23.

5 Consideración 10, Ibid.

6 Consideración 13, Ibid.

- i. los restantes efectos que pueda tener la proposición normativa en lo que respecta a los costos y beneficios asociados a la introducción de una nueva regulación⁷;
- ii. el efecto que la proposición normativa pueda tener en otros bienes jurídicos protegidos expresamente por el legislador⁸.

Dentro de estos podemos incluir, aunque no mencionado en esta resolución, el análisis de los objetivos de política pública y si pueden resolverse por medios menos lesivos para la competencia⁹.

4. Límites

Señala dos situaciones en que la facultad no debe ser ejercida, aun cuando la emisión de juicios o la convocatoria a emitirlos pudiere llegar a estimarse conveniente desde la perspectiva de la libre competencia:

- i. No habilita a este Tribunal para formular comentarios o recomendaciones a proyectos futuros: *"El artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211 no confiere una autorización para participar u opinar en la preparación de una futura modificación o derogación de normas reglamentarias o legales, sin que este Tribunal haya sido convocado para ello directamente por el Poder Ejecutivo o por el Poder Legislativo (quien está habilitado para hacerlo al tenor de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del H. Congreso Nacional)"*¹⁰.
2. La facultad se torna inoficiosa e inconducente *"si con anterioridad a la recomendación el Ejecutivo se pronuncia de algún modo favorable o desfavorable sobre la misma materia que es objeto de aquella (lo que equivale, en cierta forma, a una notificación de la eventual propuesta por parte del Tribunal)"*¹¹.

Ahora bien, por su parte el voto de minoría se puede sintetizar en las siguientes consideraciones:

1. El TDLC puede estudiar y emitir opinión de toda normativa y no corresponde excluirse por consideraciones ajenas al análisis de competencia¹².
2. No es una consideración política improcedente, ya que no es vinculante para el ejecutivo o legislativo¹³⁻¹⁴.
3. El espíritu del Legislador era establecerla con ese alcance amplio¹⁵.
4. Es necesario conocer el fondo para analizar la pertinencia de la normativa vigente¹⁶.

La finalidad de esta exposición no es evaluar la virtud o corrección de los votos¹⁷, sino que la traemos a colación porque da cuenta de dos razonamientos correctos en torno a premisas distintas,

(i) uno institucional, que resguarda el rol orgánico del tribunal dentro del orden constitucional, como ente que ejerce jurisdicción, y por tanto está sujeto a límites sustentados en dicha naturaleza y función. Argumento sostenido por los ministros abogados.

7 Consideración n°15 de la ERN 23.

8 Ídem.

9 Consideración n°12 de la resolución del 12 de marzo de 2020, a fojas 1013, en el Expediente de recomendación normativo sobre el reglamento para contrato de obras públicas, decreto supremo N°75 del MOP.

10 Consideración N°16 de la ERN 23.

11 Ídem. Sobre el punto, se alegó que el carácter estratégico del litio era una regulación desproporcionada y obsoleta dado que los riesgos fundados en el *"uso para la fabricación de material nuclear"* habrían perdido vigencia (consideración N°8 de la ERN 23). Frente a ello, tribunal sostuvo que -pese a lo plausible de la alegación-, el carácter estratégico y no concesionable fue mantenido por la Comisión Nacional del Litio convocada por el ejecutivo (consideración N°9 de la ERN 23).

12 Voto de minoría de la ministra Domper número 7

13 Voto de minoría de la ministra Domper número 8.

14 Voto de minoría del ministro Paredes número 6.

15 Voto de Minoría del ministro Paredes, número 4.

16 Ídem.

17 Y mucho menos de la política pública contenida en la Estrategia Nacional del Litio.

(ii) **uno funcionalista**, que pone el relieve el objetivo declarado por ley del TDLC, el cual se aviene más con una atribución administrativa, es decir, un ejercicio de competencias menos formalista y más propio de una organización llamada a cumplir un objetivo de política pública. Argumento sostenido por los ministros economistas.

Estos razonamientos dan cuenta de la tensión que subyace a una atribución administrativa impropia en órganos jurisdiccionales, que creemos derechamente debiese derogarse.

II. UN PANORAMA INSTITUCIONAL

a. De la Comisión Antimonopolios al TDLC

Para comprender la naturaleza de esta atribución debemos situarnos en el origen de los cambios introducidos en la institucionalidad de competencia chilena. Sobre esto, ilustrativo es lo que sostiene Enrique Vergara, quien lo sintetiza de la siguiente forma: “[l]a idea de reforzar la independencia de las funciones del órgano que resolviera los conflictos jurídicamente relevantes en materia de competencia fue la razón principal. Qué mejor que un tribunal que por esencia es independiente”¹⁸. La propia historia fidedigna de la ley da cuenta de esto como punto neurálgico del cambio institucional al explicitar la necesidad de mayor independencia del Tribunal frente al Poder Ejecutivo¹⁹.

En línea con ello, dicha historia señala que el mensaje presidencial recogió las necesidades más urgentes del cambio: (i) elegir a los miembros del Tribunal mediante concurso público de antecedentes; (ii) sus integrantes debían ser remunerados y tener una dedicación significativa²⁰; y (iii) debían separarse las funciones del Tribunal y de la FNE²¹. De este modo, pasamos de una institucionalidad que comprendía Comisiones Preventivas Regionales, una Comisión Preventiva Central, una Comisión Resolutiva y una Fiscalía, a un sistema bifurcado, como el que conocemos en la actualidad -todo ello, sin perjuicio, del rol de demandantes particulares o la especial relevancia que han adquirido las Asociaciones de Consumidores-.

Así, la integración cambio en el siguiente sentido (Cuadro 1):

18 Vergara, Enrique. *Testimonio de los principales hitos de la libre competencia en Chile (2000-2022)*. Centro de Competencia, sección Diálogos, 16. Véase en: <https://centrocompetencia.com/testimonio-hitos-libre-competencia-chile/>

19 Historia de la ley: “Un factor de independencia del Tribunal es la ya señalada separación de funciones entre Tribunal y Fiscalía. También se avanza en la independencia del Tribunal frente al Poder Ejecutivo, estableciéndose la incompatibilidad entre la condición de integrante del Tribunal y funcionario público, así como un mecanismo de destitución de los integrantes basado en criterios objetivos. El nombramiento de profesionales de excelencia, su mayor dedicación al Tribunal, la dotación de personal y presupuesto propios, y su duración temporal (tres años prorrogable previo concurso), sin duda aumentarán la solidez y prontitud de los pronunciamientos del Tribunal”.

20 En dicho momento dos de sus integrantes tenían cargos ad-honorem, en la actualidad los ministros tienen dedicación exclusiva y remuneración.

21 Vergara, Enrique. *Testimonio de los principales hitos de la libre competencia en Chile*, 16.

Comisión Resolutiva ²²	TDLC (vigente) ²³
Artículo 16°- La Comisión Resolutiva estará integrada por las siguientes personas: a) Un Ministro de la Corte Suprema b) Un Jefe de Servicio designado por el Ministro de Economía, c) Un Jefe de Servicio designado por el Ministro de Hacienda; d) Un Decano de una Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de una Universidad con sede en Santiago, y e) Un Decano de una Facultad de Ciencias Económicas de una Universidad con sede en Santiago.	Artículo 6°.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia estará integrado por las personas que se indican a continuación: a) Un abogado, que lo presidirá, designado por el Presidente de la República de una nómina de cinco postulantes confeccionada por la Corte Suprema mediante concurso público de antecedentes. Sólo podrán participar en el concurso quienes tengan una destacada actividad profesional o académica especializada en materias de libre competencia o en Derecho Comercial o Económico, y acrediten a lo menos 10 años de ejercicio profesional. b) Cuatro profesionales universitarios expertos en materias de libre competencia, dos de los cuales deberán ser abogados y dos licenciados o con post grados en ciencias económicas.

Cuadro 1

La interrogante que surge es si para solucionar la débil independencia de la Comisión Antimonopolios se debía transitar necesariamente a un tribunal en búsqueda de independencia judicial antes que fortalecer su autonomía regulatoria como órgano llamado a implementar la política de competencia. Esto, a la luz de que, por un lado, su diseño institucional mantuvo en lo medular las atribuciones de una agencia administrativa, y por otro, que la independencia judicial busca resguardar fines constitucionales distintos de la especialización técnica.

Tapia y Cordero sostienen que este cambio obedece a un proceso de *especialización judicial técnica*, en que existe una doble desconfianza, tanto en el actuar de la Administración y su capacidad de dar un uso adecuado a los espacios de discrecionalidad, como en las capacidades técnicas de los jueces tradicionales, generalistas, para controlar las capacidades supuestamente exorbitantes que la primera habría adquirido producto de la complejización de las relaciones económicas²⁴.

En ese contexto, la innovación en la composición y naturaleza de la antigua Comisión no supuso una mayor reforma en sus atribuciones, por lo que mantuvo una serie de competencias propias de un ente eminentemente administrativo. A modo ilustrativo (Cuadro 2):

22 Véase en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=5872>.

23 Véase en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=236106>.

24 Luis Cordero y Javier Tapia, *La revisión judicial de las decisiones regulatorias: Una mirada institucional*, (Estudios Públicos N°139, 2015), 29 - 30.

Atribuciones	
Artículo 17°- La Comisión Resolutiva supervigilará(...). Serán deberes y atribuciones de esta Comisión: a) Conocer, de oficio o a solicitud del Fiscal, las situaciones que pudieren constituir infracciones (...) b) Dictar instrucciones de carácter general (...) c) Informar de acuerdo con los artículos 4° y 5°; d) Requerir la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios a que se refiere el inciso final del artículo 5°; e) Conocer de la reclamación (...) Reafirmado en su artículo 5 inciso final, que señalaba: La Comisión Resolutiva podrá solicitar la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios, incluso los señalados en este artículo, en cuanto limitando o eliminando la libre competencia, los estime perjudiciales para el interés común	Artículo 18°.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 1) Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley; 2) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo (...), los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley (...) 3) Dictar instrucciones de carácter general (...); 4) Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos (...) 5) Substanciar, a solicitud exclusiva del notificante de una operación de concentración, el procedimiento de revisión especial de operaciones de concentración (...) 6) Dictar, de conformidad a la ley, los autos acordados que sean necesarios para una adecuada administración de justicia; 7) Las demás que le señalen las leyes.

Cuadro 2

Como se puede apreciar, se trata de facultades propias de una agencia administrativa que se han mantenido en lo medular desde el 2003²⁵ pese a ser un diseño completamente distinto, cuestión que fue destacada en su momento incluso por la Excelentísima Corte Suprema (ECS)²⁶. Sumado a ello, en el caso específico de la facultad de recomendación normativa, esta no se enmarca en el propósito que tuvo la mantención de las atribuciones no contenciosas -pese al cambio en la estructura organizativa-, esto es, entregar certeza jurídica y predictibilidad, objetivos que guiaron y determinaron la mantención en el entonces futuro tribunal de la calidad de órgano consultivo²⁷.

25 Resolución del TDLC de fecha 22 de agosto de 2019, en el ERN 25-18 a fojas 2203 – 2205.

26 En el oficio remitido por la Corte Suprema durante la tramitación del proyecto de ley que dio origen al TDLC, sostuvo a propósito de la incorporación de atribuciones no jurisdiccionales que: “Los tribunales están facultados para conocer y resolver contiendas judiciales, de modo que pronunciarse sobre materias preventivas que no le son propias va más allá de lo jurisdiccional, por lo que esta competencia debiera ser sustraída”. Ello en referencia a la asignación de funciones preventivas, consultivas y vinculantes, que eran propias de decisiones de las Comisiones Preventivas Regionales o Central (art. 14). En circunstancias que, según el entendimiento de la CS a un tribunal “por su naturaleza le corresponde fundamentalmente corregir y reprimir actos contrarios al orden establecido por la ley”.

27 Mensaje presidencial en la Historia Fidedigna de la Ley 19.911: “6. Supresión de la actual estructura organizativa. Consistente con el objetivo de aumentar la predictibilidad, se ha estimado pertinente eliminar las Comisiones Preventivas, traspasando al nuevo Tribunal la función de órgano consultivo. Un Tribunal fortalecido en la forma ya señalada, encargado tanto de responder consultas como de resolver conflictos, asegura una mayor consistencia de todos sus pronunciamientos”.

b. ¿Qué tan común es la facultad de recomendación normativa en nuestro ordenamiento jurídico?

La facultad de recomendar modificaciones o competencias similares es ajena a los tribunales ordinarios y extraordinarios que integran el Poder Judicial en un sentido orgánico. Esta ajenidad la podemos desprender de las reglas que inspiran nuestro Código Orgánico de Tribunales (COT), en el que se establecen, entre otras cosas, la excepcionalidad de las competencias no contenciosas²⁸, un entendimiento restringido de eventuales atribuciones administrativas -principalmente, derivadas de las facultades conexas económicas²⁹, la separación de funciones³⁰, y la irresponsabilidad propia de la garantía de independencia judicial³¹.

Ahora bien, descartada su existencia en dichos tribunales, ¿cuál es la situación de los denominados tribunales especializados? En este caso, el panorama no es muy distinto, como se puede observar (Cuadro 3):

Facultad Propositiva – Tribunales especializados	
TDL	Sí
Tribunal de Propiedad Intelectual	No
Tribunal Tributario y Aduanero	No
Tribunal de Contratación Pública	No
Tribunales Ambientales	No

Cuadro 3

Como se desprende del referido cuadro, no se trata de una técnica legislativa reiterada en las reformas recientes, ni tampoco de un elemento común de los denominados tribunales “especializados”.

Por último, más allá del porqué de su incorporación -o simple mantención-, lo cierto es que se trata de una atribución propia de superintendencias³² y otros órganos administrativos, donde sí es posible encontrarla regularmente, véase a modo de ejemplo (Cuadro 4):

28 Artículo 2 COT.

29 Artículo 3 COT.

30 Artículo 4 COT.

31 Artículo 13 COT.

32 A modo de ejemplo, la Superintendencia de Casinos de Juego no cuenta con una atribución de recomendación normativa, sin embargo, durante la tramitación del proyecto de ley que “Regula el desarrollo de plataformas de apuestas en línea”, boletín N°14838-03 iniciado por mensaje presidencial (aún en discusión), se propuso su incorporación en términos similares – aunque no idénticos- a la FNE: “20. Proponer fundadamente al Presidente de la República, a través del Ministerio de Hacienda, la modificación o derogación de los preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios al correcto funcionamiento de las actividades que supervigila y fiscaliza en virtud de esta u otras leyes. Este tipo de proposiciones tendrán siempre como antecedente una investigación o un estudio”.

Cuadro 4					
FNE ³³	Sí	Superintendencia de Electricidad y Combustible ³⁴	Sí	Subsecretaría de Telecomunicaciones	No
Comisión Nacional de Energía ³⁵	Sí	Superintendencia de Pensiones	No	Superintendencia de Servicios Sanitarios	No
SERNAC ³⁶	Sí	Comisión para el Mercado Financiero ³⁷	Sí	Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento ³⁸	Sí
Instituto Nacional de Propiedad Intelectual ³⁹	Sí	SII ⁴⁰	Sí	Dirección del Trabajo ⁴¹	Sí
Dirección de Compra y Contratación Pública	No	Superintendencia de Medio Ambiente	No	Superintendencia de Educación	No

III. UNA REFLEXIÓN SOBRE LA FACULTAD DE RECOMENDACIÓN NORMATIVA: RAZONES DE UN CAMBIO

a. Sobre la participación política de los tribunales: La desnaturalización de la estructura jurisdiccional

El proceso de “especialización judicial técnica”⁴² en virtud del cual surge el TDLC, dio lugar a un órgano que, a diferencia de otros tribunales generalistas⁴³ estaba llamado tanto a ejercer jurisdicción como a implementar la normativa de competencia – una especie de tribunal regulador.⁴⁴ Esta especialización, plantea un desafío a la luz del entendimiento clásico del principio de *separación de poderes o funciones públicas*, directriz constitutiva de nuestro Derecho y uno de los pilares básicos de nuestra democracia constitucional, cuya relevancia ha vuelto a la palestra de la mano de los recientes procesos constitucionales⁴⁵.

A la fecha, indudablemente el debate ha avanzado y la interpretación ha transmutado de la mano de la

33 Artículo 39 letra q) del DL 211.

34 Artículo 3 número 33) de la Ley 18410

35 Artículo 7 letra c) Decreto Ley N° 2.224.

36 Artículo 58 letra c) Ley 19496.

37 Artículo 5 número 24) Ley 21.000.

38 Artículo 337 letra 10) Ley 20720.

39 Artículo 3 letra b) y c) Ley 20.254.

40 Artículo 7 letra p) del Decreto Ley 3.409.

41 Artículo 5 letra o) DFL 2.

42 Javier Tapia y Luis Cordero. *La revisión judicial de las decisiones regulatorias*, 29.

43 En el sentido de tribunal sin especialización o tribunales ordinarios, véase al respecto Tapia y Cordero, Op. cit.

44 Si bien, la caracterización del TDLC excede el cometido y la extensión de este trabajo, en nuestro medio se ha sostenido que: “Este tribunal es un órgano peculiar, que sólo está encargado de la misión de promover la libre competencia y no está llamado a aplicar textos legales distintos del DL 211; por eso, su misión tiene un carácter instrumental o utilitario que normalmente resulta ajeno a la aplicación imparcial de la legalidad, de donde podría pensarse que bajo la forma jurisdiccional **se esconde una institución sustantivamente administrativa**”, en José Miguel Valdivia. *Manual de Derecho Administrativo*. Tirant Lo Blanch, 2018, 371.

Sobre el rol del TDLC, como regulador de comercio, véase en Santiago Montt, *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador de comercio: una mirada desde las políticas públicas*. Documento de trabajo RegCom, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2010, 8.

45 Por ejemplo, en la propuesta de la comisión de expertos al Consejo Constitucional, surgida en el segundo proceso constitucional, se propuso consagrar expresamente:

“Artículo 4

1. Chile adopta para su gobierno la república democrática, **con separación de poderes** y régimen presidencial. La soberanía reside en el pueblo y se ejerce por este a través de elecciones periódicas, referendos, plebiscitos, mecanismos de participación y también de las autoridades que esta Constitución establece. Ningún individuo o grupo puede atribuirse su ejercicio”.

comprensión moderna sobre los pesos y contrapesos (o *checks and balances*) y el surgimiento del denominado Estado Regulador⁴⁶. En este marco, el punto de discusión no es el clásico debate sobre si los tribunales ordinarios tienen competencia o no para conocer de actos administrativos, ni tampoco si los órganos de la Administración pueden ejercer o no jurisdicción. Lo que nos aboca en esta reflexión es la conveniencia o no de que un tribunal⁴⁷, en tanto, institución fundamentalmente organizada y reglada para el ejercicio de la jurisdicción, tenga una atribución administrativa *sui generis*, entendida esta, no en el sentido de gestión interna de sus recursos económicos, sino que en el sentido específico de promoción de política pública que le permite participar del proceso político de generación de normas al amparo del rol de co-legislador del ejecutivo.

La naturaleza *sui generis*⁴⁸ da cuenta de que no es una competencia jurisdiccional pero tampoco estrictamente una potestad administrativa, es decir, una facultad de actuación o decisión que se impone a un órgano administrativo⁴⁹ en calidad de poder-deber finalizado orientado a la satisfacción de un interés público⁵⁰.

Lo cierto es que esta atribución inserta en el rol de implementación de políticas públicas del tribunal, por un lado, atañe a un rol ajeno a los tribunales ordinarios que ejercen jurisdicción, y por otro, sin ser estrictamente administrativa contiene una lógica comisarial propia de entes de la Administración⁵¹. Entes en los cuales existe un mandato derivado del Ejecutivo, que ejerce de mandante, y en dicha calidad determina un programa de acción y asume la responsabilidad política de su implementación o falta de é⁵², mientras la Administración **ejerce el rol de brazo operativo de la política, en virtud del cual gestiona el interés general como mandataria**⁵³.

En este marco, la función que se ejerce determina la estructura de las instituciones y su relación con la ley. Así, mientras en la jurisdicción la ley es un fin y los órganos que la ejercen deben tener -idealmente- estructuras horizontales⁵⁴, en la Administración la ley opera como un instrumento, es decir, define los medios para el cumplimiento de ciertos fines instruidos por el mandatario y por ello existe prevalencia por estructuras piramidales/jerarquizadas orientadas a la consecución de dichos fines⁵⁵.

La relación con la ley marca el contraste entre el fundamento de la independencia judicial y la discrecionalidad administrativa, diferencia que expresa la contradicción inherente del TDLC entre su estructura como

46 Sobre el tema véase, C. Scott, "Regulation in the Age of Governance. The Rise of the Post-Regulatory State", en *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reform for the Age of Governance*, editado por J. Jordana & D. Levi-Faur (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2004).

47 Digo conveniencia porque se trata de una reflexión sobre un tema de grados o matices, no de una cuestión de blanco o negro. Sobre el punto se ha señalado: "El principio de separación de poderes en las complejas sociedades actuales no exige completa diferenciación entre los tradicionales tres poderes legislativo, ejecutivo y judicial, sino que exige un complejo sistema de frenos y contrapesos, donde el control entre los distintos órganos ocupa un lugar central. Control del que no escapa el TDLC en el ejercicio de sus potestades normativas, a pesar de no encontrarse sujeto al control de la Contraloría" en Francisco Agüero. *Informe en Derecho: Alcance y límites de la potestad normativa del Tribunal de defensa de la libre competencia*. RegCom (2011), 8.

48 Javier Vellozo y Daniela González. *Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. En *Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*. Thompson Reuters, Santiago, 2011, 59.

49 Claudio Moraga Klenner. *Tratado de Derecho Administrativo Tomo VII: La Actividad formal del Estado*, Abeledo Perrot- Legal Publishing, Santiago (2010), 26.

50 Juan Carlos Ferrada Bórquez. *Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno*. Revista de derecho (Valdivia), 20(2), <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000200004>, 2007, 70.

51 Fernando Atria. *La forma del Derecho*. Editorial Marcial Pons, 190. El autor conceptualiza comisarial, en el sentido de comisión o mandato específico.

52 Ídem.

53 José Miguel Valdivia. *Manual de Derecho Administrativo*, 377. Sectores de la doctrina distinguen entre la gestión del interés general, como administración; y adjudicación en el caso concreto, como jurisdicción, aunque ello admite una serie de matices.

54 Sobre el particular, el voto concurrente del Juez Eugenio Raúl Zaffaroni en Caso "*Urrutia Laubreaux vs. Chile*" sentencia de la CIDH del 27 de agosto de 2020, consideraciones 13 y 14, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_409_esp.pdf.

55 Andrés Bordalí, *Administración y Jurisdicción: Sobre la distinción entre la función administrativa y judicial*. En *El derecho y sus construcciones. Diálogos con La forma del derecho de Fernando Atria*, Javier Gallego (editor), Palestra, Lima, 2. El autor siguiendo a Atria sostiene que la diferencia estructural entre la administración y la jurisdicción es que mientras la primera es un poder en un doble sentido, "como parte del ejecutivo, y al menos directamente en su cúspide, ella tiene una legitimidad democrática directa y, por tanto, representa a sectores de la población. Por otra parte, tiene unidad de agencia para lograr fines públicos o generales. La Jurisdicción carece de ambos atributos. No representa a ningún sector de la sociedad y carece de unidad de agencia". En esa línea agrega que la primera actúa de oficio mientras los jueces son pasivos

tribunal y sus atribuciones o funciones administrativas. Al entregar a un tribunal un tipo de poder que las democracias normalmente reservan al legislativo o a agencias administrativas del ejecutivo, se dota a los jueces de ámbitos de discrecionalidad propositiva que les permiten incidir sobre qué valores debería propugnar la política de competencia, en circunstancias que estos no son árbitros de las visiones medianas de la ciudadanía y pueden reemplazar los valores de una sociedad por sus propias aproximaciones, sin estar investidos de legitimidad ni responsabilidad política por ello⁵⁶.

Si bien, el TDLC ha delimitado razonablemente en forma auto-restrictiva el uso de esta función, el problema no está en el entendimiento institucional, ni funcional que este tenga (al que aludimos *supra* sección I) sino en el diseño institucional creado por el legislador. Este aspecto no se resuelve simplemente modificando la forma de adopción de acuerdos (como sería, por ejemplo, establecer reglas de unanimidad y no de simple mayoría para propiciar que se proyecte de mejor manera el parecer institucional), sino que exige un cambio de fondo.

La importancia de esto radica en demarcar la línea entre lo jurisdiccional y lo político.

En este contexto, nos centraremos en dos cuestiones, primero, ¿es esta una atribución política? Y, en segundo lugar, ¿qué distingue a la política de la jurisdicción?

i. ¿Es una atribución política?

Sí, en el sentido que interviene en el proceso político. En palabras de la ECS (2020), en causa rol N°34.013-2019 sobre la reclamación contra la resolución que puso término ERN N° 25-2018: *“La facultad propositiva importa posesionar dentro de la agenda pública del ejecutivo, un tema que debe ser resultado a través de una serie de decisiones o acciones, intencionalmente coherentes a fin de resolver un problema políticamente definido como colectivo”*⁵⁷.

En la misma línea, la doctrina nacional ha reconocido que “el sentido de esta potestad es entonces, influir en el proceso político con el objeto de colaborar en la corrección de la falta de competencia en los mercados”⁵⁸. Entendimiento replicado por el voto de minoría redactado por los ministros Muñoz y Vivanco en la causa recién referida.

A mayor abundamiento, una decisión no deja de ser política por transferirse a un órgano jurisdiccional pues lo determinante no es el órgano sino el contenido de la decisión, por lo que la controversia en la elección de los objetivos de política pública no se resuelve (o diluye) en la procedimentalidad judicial, sino que lo único que se logra es politizar un órgano judicial y desnaturalizar su organización fundada en la aplicación imparcial de la ley⁵⁹.

De este modo, el TDLC, en virtud de la facultad en comento, incide en el proceso político, tanto, cuando se pronuncia y recomienda las qué reglas que deberían regir la economía, como cuando no lo hace y da una señal -a lo menos virtual- de conformidad con la normativa.

ii. Sobre el límite entre la política y jurisdicción

56 Ignacio Peralta. *El tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Una institución contradictoria*. Revista de Derecho Económico. Vol. 80, número 2, 2023, 263.

57 (Cita interna omitida: Cobb, Roger W. and Elder, Charles D. *The Politics of Agenda-Building: An Alternative Perspective for Modern Democratic Theory*, The Journal of Politics, Vol. 33, N°4. Nov. 1971, 892-915).

58 Velozo y González, *Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, 59.

59 Ignacio Peralta, op. cit, 265.

En ese marco, resta pronunciarnos sobre la conveniencia de establecer atribuciones administrativas que habiliten a un tribunal a influir en el proceso político.

En un Estado de Derecho la jurisdicción es donde se actualiza de modo institucionalmente verificable la pretensión fundamental del derecho de crear espacios de imparcialidad en un contexto de parcialidad, es decir, separar lo político de lo jurídico. Mientras lo político se resuelve mediante el ejercicio de la democracia representativa, lo jurídico, -como es imparcialmente adjudicable- puede ser decidido mediante la apelación al argumento⁶⁰.

Habermas sostiene que la legitimidad democrática del poder legislativo y del ejecutivo -en tanto colegislador- los autoriza a utilizar lo que denomina como *"discursos de justificación"*, esto es, uno en que se utilizan argumentos filosóficos, morales, económicos, de prudencia política, de análisis de costo-beneficio, y otros característicos del debate parlamentario. Mientras la legitimidad del poder jurisdiccional reside en el uso de lo que denomina *"discursos de aplicación"*, esto es, una racionalidad que aplica decisiones constitucionales y legislativas adoptadas por los representantes del pueblo. Es esta distinción lo constitutivo del Estado de Derecho⁶¹.

Por esto, existen resguardos institucionales y garantías para que los jueces puedan abocarse a fallar conforme a la ley. Es precisamente para esto último que son independientes, inamovibles e irresponsables (en el sentido de no reprochar las consecuencias de sus decisiones judiciales al aplicar la ley). Ya que, a diferencia de la administración, en que la ley fija una finalidad y le confiere medios de acción para legitimarse mediante la demostración del cumplimiento del programa político legitimado, en el caso de los tribunales, el contenido de sus decisiones se legitima en ser dictada mediante un procedimiento que asegura o hace probable su legitimación material⁶².

De ahí que *"en un estado Democrático de Derecho el juez no puede asumir iniciativas políticas en el sentido de definir, ni siquiera con un carácter relativo, que es lo exigible jurídicamente de una determinada situación"*⁶³. Dicho de otro modo, en la lógica de la separación de funciones dentro del Estado, quienes tienen por función aplicar la ley frente a conflictos de relevancia jurídica, y específicamente, resolver con efecto de cosa juzgada dichas controversias, no es conveniente que se pronuncien siquiera en forma no vinculante sobre la virtuosidad de una norma que pueden estar llamados a aplicar, esto por muy loable que sea el objetivo perseguido (i.e., la promoción de la competencia, la protección ambiental o el interés superior del niño).

Esto puede generar una problemática de existir un tribunal llamado a interpretar y aplicar normas que no comparte, mientras se pronuncia de oficio en un procedimiento paralelo a favor de su modificación o eliminación⁶⁴. Ello puede dar lugar a situaciones en que exista un pronunciamiento no jurisdiccional sobre la modificación de una norma legal o reglamentaria, que declara derechoamente la necesidad de su derogación (pronunciamiento que excede el ámbito normal de la decisión jurisdiccional sobre el alcance interpretativo de una norma) cuya declaración diluye materialmente la vigencia normativa y el cumplimiento ante otras sedes regulatorias, en el intertanto en que la norma se modifica o no⁶⁵.

En esa línea, en el derecho comparado Ginsburg y Elkins señalan que *"proponer normas fuera de los estrechos*

60 Fernando Atria y Flavia Carbonell, *La Constitución de la Jurisdicción*, en el libro *Judicatura y Nueva Constitución* (Editorial Tirant Lo Blanch, 2022), 72 – 74.

61 Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (MIT Press), 1992, 318. En Informe en Derecho presentado por Javier Couso en causa rol CS 34013 – 2019, caratulada "Expediente de recomendación normativa art.18 N°4 DL 211 (Anatel y otros)".

62 Atria y Carbonell, *La Constitución de la Jurisdicción*, 81.

63 Andrés Bordalí. *La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXX (2008), 206.

64 Velozo y González, *Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, 60. Cabe destacar que en nuestra institucionalidad de competencia no es posible tramitar conjuntamente en el mismo procedimiento una acción de naturaleza contenciosa y un expediente de recomendación normativo.

65 Más considerando la complejidad de la coordinación y que en otras sedes o ámbitos regulatorios tanto la interpretación, proposición normativa, y fiscalización de dichas decisiones está radicada en agencias administrativas sujetas a un contencioso administrativo ajeno al TDLC.

*límites de la función judicial es casi inaudito (...). Cuando los tribunales tienen un poder explícito para proponer normas, ya no pueden recurrir a la imagen de ser aplicadores neutrales de normas preexistentes. Su propia naturaleza jurisdiccional sería cuestionada si se les permitiera proponer leyes generales directamente, en lugar de indirectamente como ya lo hacen*⁶⁶.

Dicho todo lo anterior, la presencia de una facultad eminentemente administrativa de recomendación normativa en órganos llamados a ejercer jurisdicción es inconveniente:

Primero, porque radicaliza la importancia de la integración y el parecer individualmente considerado de los ministros al pronunciarse sobre asuntos no contenciosos ni vinculantes, lo que aumenta la necesidad por definir los objetivos que orientan la política de competencia que debe implementarse, ante el riesgo de que la indeterminación puede generar parcelas de influencia ajena a la legitimidad democrática y la asunción de responsabilidad política⁶⁷. En esta línea, se ha esgrimido que la independencia con que se ejerce este tipo de facultades puede traer complejidades derivadas de que las reglas u objetivos subyacentes no reflejen un consenso real en la sociedad, lo cual puede erosionar la legitimidad democrática al impedir cambios esperados por las mayorías políticas; o que, la especialidad de la normativa aplicable, puede tender a fragmentar la regulación económica, complejizar la fiscalización o *accountability*, y hacer a las entidades públicas más sencillas de capturar por los regulados y menos dispuestas a coordinarse entre sí⁶⁸.

Segundo, la existencia de una atribución de este tipo problematiza el **alcance de la revisión judicial** y -aún más- el alcance de la Reclamación, que, entendida como un recurso de plena jurisdicción aplicado con una lógica cuasi-administrativa⁶⁹ entrega la posibilidad tanto de revisar los hechos, el derecho y anular lo decidido, como de realizar nuevamente un análisis y proponer una política pública, lo cual aumenta la importancia de la integración de las Cortes que controlan su ejercicio. Pues pese a que a la fecha pareciera uniforme en doctrina y jurisprudencia que no procede recurso alguno, dependiendo de la integración de la CS, se han acogido en su momento reclamaciones contra resoluciones pronunciadas en el marco de expedientes de recomendación. Ello implica, primero, que el diseño institucional puede pasar a depender de la autocomprensión que estas tengan del sistema recursivo; y, segundo, que al ser una atribución otorgada a un tribunal inferior -sin perjuicio de su especial naturaleza e integración mixta- puede ser directamente ejercida por los ministros del Supremo Tribunal, sin la necesidad de un reenvío.

Tercero, y de la mano de lo anterior, su mantención abre espacios para la **administrativización de la justicia**, en que se actúe más como un superior jerárquico -propio de estructuras administrativas verticales- que como un revisor judicial en el marco de la distribución horizontal de funciones. Si las Cortes, potencialmente, se pueden abocar directamente a la proposición de políticas públicas, se desnaturaliza el rol de la revisión judicial regulatoria como un “método institucional de verificar la legalidad de las políticas públicas incluyendo la consistencia de la acción gubernamental con los derechos y libertades de

66 Tom Ginsburg y Zachary Elkins, *Ancillary Powers of Constitutional Courts*, en Texas Law Review, Vol. 87, No. 7, 2009, 1446. En Informe en Derecho presentado por Javier Couso en causa rol CS 34013 – 2019, caratulada “Expediente de recomendación normativa art.18 N°4 DL 211 (Anatel y otros)”.

67 El derecho de competencia puede ser una expresión de liberalismo económico, un instrumento de populismo económico o una política simbólica con un casi nulo impacto económico, todo depende de la doctrina subyacente imperante. Tapia y Cordero, pie de página 122, siguiendo a M.A. Eisner. *Antitrust and the Triumph of Economics: Institutions Expertise, and Policy Change*. De ahí, los riesgos desde la perspectiva de la legitimidad democrática de estas atribuciones. Un análisis pormenorizado sobre el tema en Ignacio Peralta, *Los tecnócratas y su monopolio sobre la libre competencia*. Latin american legal studies. Vol. 10 N° 2 (2022), pp. 416 - 469.

68 Pardow, *¿Control o autonomía? El debate sobre las agencias regulatorias independientes*, 207.

69 Durante la tramitación del proyecto que creo el TDLC, la Exma. Corte Suprema sostuvo: “la denominación de reclamación es ajena al sistema de recursos procesales ante tribunales de justicia y más bien se reserva al ámbito administrativo. Sería más propios establecerlo como un recurso de casación” (véase en la Historia de la Ley N°19.911, oficio 35-6).

los individuos”⁷⁰. Ello, deja al descubierto la contradicción en que puede caer nuestra institucionalidad, ya que, por un lado, esto no es estrictamente un problema de deferencia administrativa, en el que subyace el respeto por la distribución de funciones y la relación entre el ejecutivo (agencia administrativa) y el Poder Judicial -que ejerce el control contencioso-administrativo-⁷¹ sino que una cuestión al interior de la estructura judicial, entre un tribunal regulador con competencias administrativas y la CS; y por otro, no se trata en estricto rigor de una decisión judicial contenciosa, ni tampoco de decisiones no contenciosas que provean certeza o predictibilidad, sea en forma particular, como en la consulta -sin perjuicio, de sus efectos generales reflejos-, o en forma general, como en las determinaciones regulatorias contenidas en las instrucciones de carácter general, sino que derechamente de una propuesta sin efecto vinculante⁷² que solo mantiene abierta una ventana a la politización de la judicatura.

b. Eficacia institucional

La eficacia corresponde a un criterio de legitimación utilitaria de una competencia pública vinculada a la idea de alcanzar un resultado ordenado⁷³. Este resultado puede analizarse desde dos perspectivas, una, desde el objetivo o función de una determinada institución, o dos, a la luz del resultado formal señalado en la norma. Como tuvimos ocasión de destacar, en materia de competencia el objetivo – función subyacente es un elemento indeterminado, en disputa y evolución⁷⁴ por lo que nos abocaremos al análisis del resultado literal establecido para esta atribución.

En el caso específico, el resultado generado por la tramitación exitosa de un expediente de recomendación normativo se encuentra establecido en el artículo 18 N°4 inciso -incorporado con la reforma del 2016- y se agota únicamente en que: *“El ministro receptor de la propuesta deberá manifestar su parecer sobre ésta. La respuesta será publicada en el sitio electrónico institucional del Tribunal, de la Fiscalía y del Ministerio de que se trate”*. En otras palabras, el único deber que se impone al ejecutivo es de respuesta, en virtud de la cual el ministro receptor debe expresar su parecer y publicarlo en conformidad con la ley. En caso alguno, es una atribución vinculante para S.E. el Presidente de la República y no genera una responsabilidad patrimonial del Estado por la falta de respuesta.

Sobre el particular cabe considerar nuevamente que la facultad de recomendación esté sujeta a dos límites:

- i. No habilita al tribunal a formular comentarios o recomendaciones sobre proyectos futuros. La atribución en comento no autoriza a participar ni opinar sobre la preparación de futuras recomendaciones o derogación de normas reglamentarias o legales sin que el tribunal haya sido convocado directamente por el ejecutivo o legislativo⁷⁵.
- ii. Se torna inoficiosa e inconducente si con anterioridad a la recomendación el ejecutivo se pronuncia de un modo favorable o desfavorable sobre la misma materia⁷⁶.

En ambas situaciones la facultad no debe ser ejercida aun cuando la emisión de juicios o convocatoria a

70 Tiberu Dragu y Oliver Board. *On Judicial Review in Separation of Powers System*. The European Political Science Association, 3(3), 2015, 474. En Catalina Medel. *Comentario a la sentencia de la Corte Suprema sobre la Banda 700 MHz: Una cuestión de Diseño Institucional*. En el Anuario de Derecho Público 2019, Universidad Diego Portales.

71 Catalina Medel. *Comentario a la sentencia de la Corte Suprema sobre la Banda 700 MHz: Una cuestión de Diseño Institucional*. En el Anuario de Derecho Público 2019, Universidad Diego Portales, 311 y 312.

72 En ese sentido, no es expresión de una delegación competencial como sí sería la potestad regulatoria asimilable a la potestad reglamentaria del ejecutivo en el marco de sistema de fuentes.

73 Juan José Romero Guzmán, *Ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia: influencias y opciones de diseño*. Legal Publishing: Thomson Reuters, 2014, 349.

74 La eficacia como objetivo puede corresponder a la eficiencia estática o eficiencia dinámica, el bienestar general o el bienestar del consumidor, véase en Juan José Romero Guzmán, *Ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia: influencias y opciones de diseño*. Legal Publishing: Thomson Reuters, 2014.

75 Resolución de termino en el ERN 24-2018, de fecha 26 de diciembre de 2018.

76 Ídem.

emitirlos podría estimarse conveniente de la perspectiva de competencia⁷⁷.

Ahora bien, esta atribución *sui generis* desde un análisis extrajurídico (en términos de la ciencia política), es un mecanismo de incidencia reforzado puesto a disposición de grupos de presión⁷⁸. Un mecanismo que busca posicionar un tema en la agenda pública, similar a los mecanismos de participación ciudadana, consultas públicas o incluso audiencias de *lobby* ante órganos de la Administración. La pregunta que surge de esto es: ¿corresponde a un tribunal sustanciar procesos de incidencia que se podrían llevar ante los responsables directamente, ya sea ante la agencia administrativa o directamente ante el ministerio sectorial encargado?

Como vimos supra, esto abre dudas desde el criterio de legitimación democrática en el marco de la separación constitucional de funciones, por lo que la pregunta que nos queda es si esto es justificable desde la perspectiva de la eficiencia, entendida como el logro de un resultado al menor costo posible en el marco de la escasez de recursos⁷⁹.

Sobre esto, debemos considerar en primer lugar, que en nuestra institucionalidad bifurcada esta **es una atribución duplicada**. La FNE cuenta con una semejante, contenida en el artículo 39 letra q) del DL 211. Si bien existe un matiz entre ambas, ya que solo la del TDLC comprende el deber de respuesta por parte del ministerio respectivo -lo que ha sido catalogado como un nuevo deber de transparencia activa⁸⁰, en lo medular son facultades coincidentes. Es más, su introducción el año 2016 originalmente buscaba trasladar esta facultad desde el Tribunal a la agencia de competencia, lo que resulta consistente, uno, con la naturaleza prospectiva y permanente de esta atribución⁸¹, y dos, con el rol del tribunal de regulador jurisdiccional llamado a proveer certeza decisoria. Además, de ello existen otras vías alternativas para impulsar la modificación de un precepto, i.e. concurrir directamente a la División de Competencia y Mejora Regulatoria (DCMR) del Ministerio de Economía⁸².

En segundo lugar, es una atribución que implica costes institucionales que se expresan en la sustanciación de extensos procedimientos⁸³ -para un resultado que no se condice con dicha extensión temporal- y el aumento de la carga de trabajo del TDLC⁸⁴. Además, y de la mano de esto último, al radicar facultades de este naturaleza en un órgano llamado a ejercer jurisdicción se generan complicaciones de gestión interna, ante la exposición a riesgos de eventuales implicancias y recusaciones contra los ministros, lo que puede ralentizar los procedimientos contenciosos infraccionales en que existe una expectativa pública de celeridad y certeza ante la imputación de una conducta que compromete gravemente el bien jurídico tutelado y que exige la sustanciación sucesiva de un procedimiento administrativo y un largo proceso jurisdiccional (v.g. colusiones). Esto, sumado a la circunstancia procesal de que

77 Ídem.

78 Sobre los grupos de presión, véase Gabriel Celis Danzinger. *Manual de Derecho Político*, Thompson Reuters, 2022, 341 – 342; y, Mario Verdugo Marinkovic y Ana Maria Garcia Barzelatto, *Manual de Derecho Político. Las fuerzas políticas y los regímenes políticos*. Editorial Tiran Lo Blanch, 2019, 92.

79 Juan José Romero, *Ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia: influencias y opciones de diseño*, 349 - 350.

80 Daniela Gorab, *Algunas recomendaciones para las recomendaciones normativas del TDLC/FNE: Análisis Crítico*. Centro de Competencia, sección Columnas de opinión. Véase en: <https://centrocompetencia.com/recomendaciones-normativas-tdlc-fne-analisis-critico/>

81 Jaime Arancibia, *Potestades del Fiscal Nacional Económico para cumplir la función de promoción de la libre competencia*. En reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 – 2017), 208.

82 La DCMR comprende dentro de sus actividades la implementación de cambios legales y reglamentarios para eliminar las barreras que afectan la productividad y la competitividad, incrementar oportunidades de mejora regulatoria, implementando instrumentos de análisis de impacto regulatorio, y promover iniciativas que disminuyan las asimetrías de información y fallas de mercado, entre otros (fuente: <https://dcmr.economia.cl/sobre-dcmr/>).

83 De acuerdo con el Centro de Competencia, los procedimientos no contenciosos tienen en promedio una duración de 423 días, en *Cuanto tarda el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema en resolver asuntos de libre competencia*, Centro de Competencia (junio, 2022), sección Investigaciones, <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/07/CeCo-UAI-2022-Cuanto-tarda-el-TDLC-y-la-CS-en-Libre-Competencia.pdf>.

84 En un contexto en que la Exma. Corte Suprema ha hecho presente al TDLC el tiempo de tramitación de sus causas, véase en *causa Demanda de Servicios de Correspondencia Envía Limitada contra Empresa de Correos de Chile y otro*, Rol N° 95.523-2021, Sentencia Corte Suprema (2024), c. 52.

relevante, los efectos anticompetitivos, entre otros), cuyas implicancias no están solo en la resolución, sino que también en la falta de ella⁸⁵, y cuyos efectos jurídicos no están del todo reglados.

IV. CONCLUSIONES

En el presente trabajo hemos buscado graficar la diferencia entre un razonamiento institucional, centrado en la naturaleza jurídica del órgano que la ejerce y las limitaciones derivadas su estructura jurisdiccional, y un razonamiento funcionalista, centrado en el cumplimiento de la función atribuida por ley, donde el objetivo está por sobre la estructura organizacional y en el cual predomina una lógica eminentemente administrativa en la relación con la ley.

En segundo lugar, de la mano del análisis histórico sobre su origen y del panorama en nuestro ordenamiento jurídico nacional, hemos buscado expresar la tensión que subyace a una atribución eminentemente administrativa en un órgano jurisdiccional. Una atribución *sui generis*, que, aunque inserta en un tribunal, se aviene más con la lógica comisarial propia de la Administración, una lógica en que la relación con la ley -por amplia que esta sea- tensiona el ejercicio de las competencias de un órgano estructurado para el ejercicio de la jurisdicción.

En tercer lugar, hemos entregado una breve reflexión sobre las problemáticas derivadas de, por un lado, la implantación sin más de una atribución ajena a los órganos jurisdiccionales, centrado en los límites de lo jurisdiccional frente a la incidencia política propia de órganos administrativos llamados a implementar políticas públicas, y, por otro, en cómo el ejercicio de esta atribución a la luz del resultado que persigue puede no estar justificado en términos de eficacia o utilidad procedimental.

Por último, creemos que en el futuro se debe armonizar la función del TDLC en torno al objetivo de entregar certeza y predictibilidad, el cual no se corresponde con la facultad de hacer recomendaciones normativas, atribución impropia de un órgano que debiese estar llamado a “decidir” no a “incidir o proponer”. Esto en el marco del debate de mayor envergadura sobre si mantener la institucionalidad intacta, transitar a un modelo similar al de la Comisión para el Mercado Financiero, o mantener la dualidad fortaleciendo nuestra agencia de competencia y abocando al tribunal a funciones eminentemente jurisdiccionales.

85 Por ejemplo, si el TDLC entiende que no hay riesgos competitivos.



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:

Guillermo Namor K., "Por qué derogar la Facultad de Recomendación Normativa del TDLC", *Investigaciones CeCo* (mayo, 2025),
<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