

LA INDETERMINACIÓN DE LA LEY DE COMPETENCIA Y LA FACULTAD DEL TDLC DE DICTAR INSTRUCCIONES DE CARÁCTER GENERAL

Ignacio Peralta Fierro

La indeterminación de la ley de competencia y la facultad del TDLC de dictar instrucciones de carácter general*

Julio 2025



Ignacio Peralta

Abogado de la Universidad de Chile. Investigador CeCo UAI.

Abstract: el artículo analiza la facultad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de dictar instrucciones de carácter general, concentrándose en sus fundamentos, límites y desafíos. Primero, se analizan los desafíos asociados a la vaguedad de las normas sancionatorias de la libre competencia. Segundo, se muestra que aquellos desafíos pueden ser abordados, en alguna medida, mediante la dictación de instrucciones de carácter general, las cuales darían directrices más específicas respecto de cómo ha de operar cierto mercado. Tercero, se examinan los límites normativos de la facultad. Finalmente, se abordan algunos desafíos de la facultad, pues, cuando se sanciona el quebrantamiento de una instrucción de carácter general, el TDLC pasaría a actuar como juez y parte.

I. INTRODUCCIÓN

Han pasado 21 años desde la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). En dicho lapso, el Tribunal ha dictado más de 200 sentencias, más de 80 resoluciones¹, y una escasa cantidad de seis instrucciones de carácter general (ICGs). En este artículo busco explicar la justificación, uso y potenciales problemas de la facultad de dictar ICGs. Para ello, primero, explico por qué las normas del Decreto Ley 211 (DL 211) son vagas, y cuáles son los desafíos asociados a esto. Segundo, señalo cómo la facultad de dictar ICGs puede remediar esta cuestión. Tercero, aprovecho aquello para comentar algunos de los aspectos más llamativos de dicha facultad.

II. LA INDETERMINACIÓN DE LA LEY DE COMPETENCIA

Puede ocurrir que, al momento de aplicar las normas de sanción del DL 211, no esté claro si una conducta es lícita o ilícita. Esto se puede explicar, primero, por la textura abierta de varias de dichas normas, y segundo, por la tesis de que por regla general las conductas deben ser evaluadas según la regla de la razón. En lo que sigue paso a explicar ambos puntos.

2.1. La amplitud de las prohibiciones en el DL 211

Respecto de la vaguedad de las conductas sancionadas en el DL 211, aquella se manifiesta en dos niveles. Primero, en la norma que se ha denominado el “tipo genérico”. Así, el primer inciso del artículo 3 del DL 211, afirma que “[e]l que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado (...)”.

* El autor agradece por sus comentarios a Juan Pablo Iglesias, Guillermo Namor y Felipe Irarrázabal.

¹ Esto, en casos de procedimientos de Consulta.

Sobre dicha norma cabe destacar cuatro cosas. Primero, aquello que debe ser negativamente afectado, “la libre competencia”, es un concepto vago, es decir, su significado no es claro. Pero no solo es vago, sino que además es un concepto *políticamente tematizable*. Como se ha recordado recientemente, hay diversos objetivos que la libre competencia puede perseguir: eficiencia asignativa, productiva, dinámica, un proceso competitivo, el bienestar del consumidor, e incluso dispersar el poder político (Peralta, 2022b).

Segundo, la manera de afectar la libre competencia es bastante indeterminada, pues se la daña por la vía de: a) “ejecutar o celebrar”, b) “cualquier hecho, acto o convención”, c) “que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia”. Y, como si aquello no fuera suficientemente amplio, se sancionan no solo las conductas que realicen lo anterior, sino aquellas que “tiendan a producir dichos efectos”.

Tercero, se está ante una norma “consecuencialista”. Aquello, pues la norma menciona que se sancionan las conductas que *afecten* negativamente la libre competencia, por lo que gran parte de la discusión gira en torno a las consecuencias de la conducta que se está evaluando².

Cuarto, de manera derivada de la amplitud del tipo genérico, se ha señalado que el TDLC es un regulador de comercio. Aquello, pues el artículo 3° del DL 211 sería “un cheque en blanco, quedando delegada la facultad de definir el Derecho y Política de la Competencia en el TDLC, principalmente por la vía de resolver jurisdiccionalmente litigios” (Agüero, 2011, p. 6)³.

El panorama no cambia mucho cuando vamos al inciso segundo del artículo 3 del DL 211, si bien, en principio, este contiene una mayor especificación respecto de las conductas sancionadas. En apretada síntesis, dicha norma sanciona lo siguiente: colusión (“dura y suave”) (letra a); abuso de posición dominante (letra b); competencia desleal y prácticas predatorias (letra c); e interlocking (letra d).

Respecto de estas conductas cabe señalar que, si bien varias de ellas son más específicas que lo sancionado en el tipo genérico, no dejan, por ello, de ser vagas. Así ocurre con el abuso de posición dominante (letra b) del artículo 3 del DL 211, y la competencia desleal y prácticas predatorias (letra c) del artículo 3 del DL 211. Cuando se trata del abuso de posición dominante, la norma en cuestión se refiere a “[l]a explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado”. Aquí habría que definir, al menos, qué es: a) una explotación, b) cuando dicha explotación es abusiva, c) qué es una posición dominante. En el caso de la norma que sanciona la competencia desleal y las prácticas predatorias, aquella se refiere a “[l]as prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”. Aquí también hay varios conceptos que deben ser definidos⁴.

2.2. Sobre la amplitud de la regla de la razón

Además, a esto hay que agregar otra capa de complejidad. Aquello, pues se discute si, para sancionar las conductas mencionadas en el inciso segundo, se requiere solo probar su hipótesis de hecho, aplicando entonces la regla per se, o si además se debe probar que la conducta en cuestión produce más beneficios que perjuicios, aplicando entonces la regla de la razón. Al respecto, el actual Fiscal Nacional Económico ha

2 No obstante, que el artículo 3 inciso primero del DL 211 señale que también se sanciona aquello que “tienda a producir dichos efectos” da espacio para interpretar que se sancionan no solo hechos actos o convenciones que produzcan realmente efectos anticompetitivos, sino que aquellos que se entiende que podrían producir dichos efectos anticompetitivos. Respecto de tal hipótesis de modo de afectación de la libre competencia, se podría prescindir de un análisis consecuencialista, concentrándose entonces la cuestión en el tipo de conducta, y si esta tiende a ser anticompetitiva más allá de si, en los hechos, esta efectivamente es anticompetitiva.

3 Esta indeterminación notoria del “tipo genérico” no es sorpresiva, pues el TDLC realiza una función administrativa (Peralta, 2023a, pp. 252-259), y, bajo un Estado Moderno, el poder legislativo ya no solo entrega las reglas que irán a ser aplicadas por otros, sino que a veces prescinde de dicha opción y deriva a las agencias administrativas la función de crear y aplicar reglas por sí mismas (Rubin, 1989, p. 372).

4 En el caso de la competencia desleal, acudiendo a la ley de competencia desleal, la Ley 20.169, que define dicho concepto.

señalado que “en el derecho de la competencia la aplicación de la regla per se es sumamente restringida” (Grunberg, 2020, p. 7), y en una línea similar, el TDLC ha resuelto recientemente que solo aplica la regla per se a la hipótesis de colusión dura e interlocking⁵. De lo anterior se seguiría que, respecto del resto de las conductas, su licitud o ilicitud se evalúa de acuerdo a la regla de la razón (con todo, hay buenas razones para negar que esto sea una correcta interpretación de la ley (Peralta, 2022c)).

La aplicación de la regla de la razón lleva a que, aun tras determinar que una conducta cae dentro de una figura que se considera *prima facie* ilícita, se deba: a) elegir cuál o cuáles son el o los criterios relevantes para valorar las consecuencias de las conductas, y b) ponderar si la conducta trae más costos que beneficios de acuerdo a el o los criterio o criterios antes escogidos (Peralta, 2022a, p. 129). Aquí, dado que el DL 211 no entrega una guía explícita que mencione qué principio aplicar cuando se debe ponderar según la regla de la razón, lo más razonable sería utilizar el criterio del inciso primero, la libre competencia, lo que tiene bastantes problemas asociados a su administrabilidad (Peralta, 2022b⁶). En la siguiente sección profundizaremos sobre dichos efectos.

III. LOS PROBLEMAS DE LA INDETERMINACIÓN

3.1. Las dificultades para los reguladores y para los regulados

Lo antes dicho lleva a que el sistema tenga ciertos desafíos. Primero, como decía, tanto la regla de la razón como la mayoría de las normas sancionatorias del DL 211 son ambiguas, y la ambigüedad priva a los participantes de mercado y al público general de conocimiento sobre lo que la ley es, así minando el debido proceso (el cual supone que las personas saben qué está prohibido) (Chopra & Khan, 2020, pp. 359–360). De tal manera, actualmente, es solo después de una sentencia que un agente económico se entera de qué es aquello que “a fin de cuentas” es prohibido por el DL 211⁷. Por contraste, con reglas aplicables claras, los actores de mercado podrían canalizar su comportamiento de manera que aumente el bienestar (Stucke, 2009, p. 1377).

5 TDLC, 2025, Sentencia 202, C° 32-35.

6 En un reciente y notable artículo, Santiago Montt y Omar Vásquez han señalado, en referencia al artículo citado, que “[s]i bien se acusa a la regla de la razón de abrir el proceso de toma de decisión de una manera abierta y arbitraria, esa crítica no es correcta. La regla de la razón es, antes que balanceo, una repartición de las cargas procesales entre el demandante y el demandado, de modo de que las contiendas estén sujetas a reglas justas y eficientes” (Montt & Vásquez, 2025, p. 17). Respecto de cómo la regla de la razón es una repartición de cargas procesales, destacan que aquella es un “test de 4 pasos sucesivos, a saber: (i) determinación del caso *prima facie*, (ii) análisis de justificaciones de eficiencia, (iii) revisión de alternativas menos lesivas y (iv) balanceo de efectos pro- y anticompetitivos” (Montt & Vásquez, 2025, p. 4). En el mismo artículo que ellos critican señalo (haciendo referencia a uno de los mismos *papers* que ellos usan para explicar su postura (Carrier, 2019), que aquella versión de la regla de la razón “si bien puede ser algo más administrable que su versión más tosca (...) [no deja de ser] parte inherente de esta regla la presencia de un momento ponderativo donde todo aspecto es considerado. Y esto es problemático, por todas las razones ya señaladas y porque, como dice Hovenkamp, una prueba que hace que toda cuestión sea relevante no nos entrega nada útil pues no nos da ninguna métrica para ponderar o si quiera identificar los factores importantes” (Peralta, 2022b, p. 141, citaciones internas omitidas). Ante esto, Vásquez y Montt podrían contestar que “[d]e hecho, el balanceo es muy infrecuente, jamás ha sido utilizado por la Corte Suprema, e incluso ha sido calificado por algunos como un mito” (Montt & Vásquez, 2025, p. 4). No obstante, ante aquello cabe hacer varias acotaciones. Primero, que esta es una versión bastante revisada de la regla de la razón, una versión en la que un elemento distintivo de esta, el de ponderación, se vuelve un mito escasamente aplicable. Es más, al menos respecto de Chile esta visión es lo suficientemente revisionista como para que los autores señalen que “[s]ería en extremo valioso que nuestra jurisprudencia pueda avanzar en dar cuenta de la naturaleza procesal de la regla y sus etapas, para ordenar las contiendas y evitar los balanceos abiertos” (Montt & Vásquez, 2025, p. 17). Dicho aquello, podría ser que la versión de Montt y Vásquez sea la mejor versión de la regla de la razón, aun cuando el cuarto paso es, a fin de cuentas, “mítico”. Llegado a este punto, podría hidalgamente aceptar la propuesta de Montt y Vásquez, y así, como comunidad jurídica, podríamos quedarnos con los tres primeros pasos procesales de la regla de la razón. No obstante, creo que el paso 3 que ofrecen tiene problemas (creo que los puntos 1 y 2 son lo suficientemente claros como para que ameriten mención). Al respecto, según los autores, el paso 3 “opera como un esfuerzo por evitar las complejidades del balanceo del paso 4 y se basa siempre en la idea de que no son aceptables las restricciones que tienen impactos excesivos al compararlos con sus beneficios” (Montt & Vásquez, 2025, p. 7). Aquí, con la idea de ver qué es un “impacto excesivo”, parten los problemas. Bajo una primera modalidad del paso 3, se exige que el nivel de beneficios pro competitivos de la medida sea igual o superior al de la situación *ex ante* (Montt & Vásquez, 2025, p. 7). De esta forma ya se está introduciendo un elemento de ponderación de comparar dos situaciones. Luego, bajo una segunda modalidad del paso 3, se comparan situaciones “en el escenario alternativo, los beneficios competitivos son menores, pero van acompañados de costos anticompetitivos significativamente menores” (Montt & Vásquez, 2025, p. 7). Aquí se reintroduce el elemento ponderativo, y por eso los autores reconocen que esta modalidad del paso 3 está “algo contaminada con el paso 4” (Montt & Vásquez, 2025, p. 7).

7 Sobre la importancia de las sentencias en el ámbito de la libre competencia, ver: (Peralta, 2024)

Segundo, los estándares vagos son difíciles de usar para las cortes. Respecto de las dificultades institucionales en la aplicación de normas, es útil el análisis que hace Cass Sunstein. Dicho autor sostiene que hay dos preguntas relevantes sobre este asunto. Primero, la relativa a qué aproximación lleva a más y más graves errores, la que asocia al “costo de los errores”⁸. Segundo, la relativa a qué aproximación lleva a más y más costosas decisiones, cuestión que asocia a “los costos de la decisión” (Sunstein, 1998, p. 1051). Respecto de esto último, el ejercicio de ponderación asociado con aplicar el tipo genérico o la regla de la razón viene con muchos costos de la decisión, pues la maximización de un valor (cuestión asociada a la regla de la razón y el tipo genérico) pone a los *enforcers* en una posición desafiante, pues el bienestar es abstracto y en última instancia inmedible (Wu, 2018, p. 2). Así, perseguir un valor inevitablemente exige un ejercicio de planificación social y dar cuenta de valores puede ser difícil, si no imposible, de medir (Wu, 2018, p. 9).

Frente a esto, para dar mayor certeza, se podría optar por tener reglas más específicas, pues la articulación del derecho de *antitrust* mediante reglas antes que estándares prejuzga muchos resultados (Crane, 2007, p. 80). Con reglas claras los jueces tan solo tendrían que examinar en un caso concreto si se cumple la hipótesis fáctica de una norma o no, lo que les quitaría un peso de encima, pues sería más fácil analizar los casos. Además, aumentaría la certeza jurídica para los operadores económicos, pues habría reglas más claras.

Con todo, que los estándares vagos sean hegemónicos en el derecho de la competencia no es algo que haya ocurrido “porque sí”. Antes bien, se explica porque es inconveniente tener reglas muy específicas y pétreas en sede de *antitrust*, pues esta área está atada a los vaivenes del conocimiento económico y a opciones de *policy* (entre ellas, la decisión entre un mayor o menor intervencionismo). Si hubiera reglas estrechas y se tuviera que pasar por el engorroso proceso legislativo cada vez que se debe dictar una norma, esto haría que los cambios en las reglas siempre llegaran demasiado tarde. Así, sería mejor tener reglas vagas, pues, en última instancia, éstas permiten a los tribunales tomar decisiones caso a caso, dejando sus manos sin atar para el futuro⁹. Además, y quizás más importantemente, tener normas amplias evita que haya elusión. Para explicar esto último quizás vale la pena aludir al problema de tener normas demasiado “estrechas”: es probable que conductas “materialmente” ilícitas queden “formalmente” fuera de lo sancionado pues el tenor literal de la norma no alcanza a cubrir dicha conducta. Al tener normas amplias se evita ese problema. De tal forma, se puede decir que la contracara de tener normas sobreinclusivas (que eventualmente lleven a un “enfriamiento” de la economía) es no tener reglas infrainclusivas, a las que se les escapan por sus márgenes textuales ciertas conductas materialmente indeseables.

3.2. Posibles soluciones a la indeterminación

Los importantes desafíos para la libre competencia que vienen de la mano con la indeterminación textual no son desconocidos. Por ello se han desarrollado mecanismos para mitigar algunos de los efectos antes mencionados. En Chile, se han utilizado al menos dos mecanismos compensatorios: la emisión de guías de parte de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y la creación de jurisprudencia de parte del TDLC. Así, como señaló un ex Fiscal Nacional Económico, en libre competencia “[l]a fuente principal normativa es la jurisprudencia de las instancias decisorias y las guías y doctrinas dictadas por las autoridades administrativa” (Irrázabal, 2019, p. 130).

Respecto de lo primero, las guías, la letra s) del artículo 39 del DL 211 señala que la FNE tiene la atribución de “[d]ictar instrucciones a las que habrá de sujetarse el ejercicio de las atribuciones y el cumplimiento de los deberes”. A partir de esta facultad, la FNE ha dictado una serie de guías que tratan diversos asuntos, entre ellos, cómo opera

8 Aquí un defensor de la regla de la razón podría decir que ella lleva a menos errores de decisión. Con todo, creo que, más que nada, lleva al *underenforcement* por las dificultades institucionales de su aplicación (más detalles en: Peralta, 2022b, pp. 130–132).

9 Esto explica, entre otras cosas, que como dice Areeda, cuando las cortes pasan a tratar una conducta bajo la regla de la razón, “están respondiendo de manera bastante inteligente a la camisa de fuerza clasificatoria que se pusieron a sí mismas y de la cual tienen dificultades escapando” (Areeda, 1981, pp. 25–26).

la delación compensada, el control de operaciones de concentración, entre otros aspectos. Esto, evidentemente, es un instrumento que puede disminuir la indeterminación de la ley, pues disminuye la discrecionalidad con que la FNE puede actuar, dejando claro cómo esta institución ha de interpretar las reglas. No obstante, vale hacer dos acotaciones. Primero, y sin perjuicio de la importancia de estas guías, estas solo obligan a la FNE, por lo que lo que dicha institución diga, por ejemplo, sobre qué es una posición dominante, no obliga a entes privados. Segundo, las guías no cubren todos los asuntos sobre los que existe una controversia interpretativa, lo que se puede fundamentar en que sería inconveniente para la FNE enmarcar excesivamente el uso de sus atribuciones, pues terminaría por ponerse a sí misma una camisa de fuerza.

Segundo, como señalé, otra forma de lidiar con la indeterminación normativa es el uso de la jurisprudencia, tema que tiene varias complejidades (analizadas respecto de la libre competencia en: Peralta, 2024). Ante todo, quiero destacar tres aspectos. Primero, tiene problemas de legitimación democrática que los jueces creen derecho: “simplemente no es compatible con la teoría democrática que el derecho signifique lo que los jueces quieren, que jueces no elegidos determinen lo que este significa” (Scalia, 2018, p. 22). Segundo, no siempre está claro cuál es el precedente aplicable, por lo que el problema de la indeterminación subsiste. Así, a la hora de determinar cuál es el precedente aplicable a un caso, hay espacio para la discusión, pues primero se debe determinar cuál es la regla aplicable que se puede obtener de un caso anterior y luego ver si el caso que actualmente se está fallando es suficientemente parecido a tal caso. Ello se ha criticado por su potencial arbitrariedad¹⁰. Tercero, hay problemas en la medida en que una corte siempre puede decidir dejar de lado su propia jurisprudencia (más allá de que aquello viene de la mano con una responsabilidad argumentativa de hacerse cargo de las reglas aplicables y no puede realizarse respecto de los precedentes de tribunales que están en una relación vertical con los jueces que conocen del caso). Además, estos problemas se agudizan en países de tradición jurídica continental (Irrázabal, 2019, p. 131), que no suelen dar gran peso a los precedentes. Todo esto, por supuesto, no busca negar la influencia benéfica que tiene la jurisprudencia en el caso de Chile. Pero sí busca tener una visión realista sobre sus límites.

Dicho todo lo anterior, vale la pena acotar que, en los países anglosajones, donde predomina el uso de la jurisprudencia, los problemas recién reseñados respecto a la administrabilidad de los precedentes y su falta de *pedigree* democrático llevaron a que en el siglo XXI las agencias administrativas hayan tomado la mayor parte de las funciones de las cortes del *common law*, adaptando principios generales en varios contextos (Rubin, 1989, p. 366; Sunstein, 1998, p. 1066). Esto es relevante, pues el TDLC posee una herramienta de carácter administrativo (ver sección 4.7.): la que le permite dictar reglas generales. Por ello, vale la pena indagar si la facultad de dictar ICGs permite mediar entre la necesidad de, por un lado, adaptarse ágilmente a las opciones de *policy* y el conocimiento económico y, por otro lado, la necesidad de tener reglas relativamente específicas.

IV. LA FACULTAD DEL TDLC DE DICTAR INSTRUCCIONES GENERALES

4.1. Contexto general sobre la facultad

Respecto de la regulación de la facultad en comento, el número 3 del artículo 18 del DL 211 menciona que una de las facultades del TDLC consiste en dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella¹¹.

¹⁰ Ver, (Peralta, 2024, p. 6, nota 7).

¹¹ Sobre el origen histórico de esta facultad, ver: (Valdés, 2006, pp. 660–662).

Estas son dictadas tras la realización de lo que en el DL 211 se denomina un procedimiento no contencioso. Dicho procedimiento, que está regulado en el artículo 31 del DL 211, se caracteriza por ser bastante participativo: el decreto que ordena la iniciación del procedimiento se publica en el Diario Oficial y en la página web del TDLC; se notifica mediante oficio a la FNE, a las autoridades que estén directamente concernidas y a los agentes económicos que, a juicio del TDLC, estén relacionados con la materia; se otorga un plazo no inferior a quince días hábiles para que éstos últimos y quienes tengan interés legítimo puedan aportar antecedentes; y luego se cita a una audiencia pública. Todo esto culmina en una decisión en que el TDLC da cuenta de sus fundamentos para dictar (o no) una ICG.

Esto da cuenta de un proceso idóneo para que distintos agentes económicos interesados o implicados tengan un debate formalizado, en el que pueden aportar sus antecedentes y luego discutir entre sí en una audiencia pública respecto de cuál es la política pública óptima. Si se suma a lo anterior que la decisión final es tomada por un ente especializado, se puede llegar a la conclusión de que este es un procedimiento cuyo objeto es llegar a decisiones con fundamento técnico y vasta información.

4.2. Las instrucciones de carácter general y las virtudes y los vicios de tener reglas más ciertas

Para entender las virtudes de esta facultad debemos volver a las razones que explican por qué tener normas vagas es problemático. Como veíamos, en cada caso del que conoce la autoridad ésta ha de hacer un esfuerzo por determinar cuál es la regla aplicable (pues el texto es bastante vago) y, además, ya que se está ante normas de estructura “consecuencialista” (se ha de afectar negativamente un valor), debe realizar un *balanceo* de costos y beneficios. Esto crea incertidumbre para los agentes de mercado, al mismo tiempo que dificulta la tarea de quienes están a cargo del *enforcement*.

Como señalé, una solución a este problema es tener reglas del juego más claras. Mediante un procedimiento como el que está detrás de la dictación de instrucciones generales, se podrían crear dichas reglas con el conocimiento público necesario para que sean técnicamente adecuadas (mediante una audiencia pública y aportes de antecedentes), con la complejidad necesaria (mediante la intervención de un tribunal experto¹², como el TDLC, y la presentación de informes encargados a especialistas), y luego, en un momento posterior, se las aplicaría sin tener que repensar las complejas cuestiones ya zanjadas. Si ello ocurriera, el razonamiento económico (o en general, consecuencialista) sería empleado para formular preguntas generales sobre qué prácticas sancionar, no para responder preguntas sobre si acaso una determinada conducta particular debe ser sancionada o no. Es que, como señala Posner, “la ciencia económica es más útil para decidir cuáles prácticas deberían y cuáles prácticas no deberían ser consideradas como per se restrictivas del comercio, que para guiar casos particulares en que se afirma que una regla per se no es aplicable” (Posner, 1977, p. 20). Así, a partir del uso de la facultad de dictar instrucciones generales, mediante la cual primero se crean reglas que después se pasan a aplicar, las reglas de *antitrust* serían como reglas del juego, donde los jueces determinan en cada caso si se rompió o no una regla cuya idoneidad para preservar el juego competitivo fue determinada en un momento anterior.

Esto logra varias cosas. Primero, mayor certeza jurídica. Así, la potestad regulatoria del TDLC responde a la amplitud del ilícito anticompetitivo del DL 211, y es por esto que tiene como finalidad perseguir seguridad jurídica, estableciendo de antemano los criterios que usará el TDLC al examinar conductas empresariales (Agüero, 2011, p. 18; Velozo & González, 2011, p. 48). Y esto, sin tener que pagar los grandes costos de infra y supra inclusión que normalmente vienen de la incapacidad de modificar las reglas de manera ágil que tiene el Congreso, pero que no debería tener el TDLC, pues éste puede actuar de oficio para dictar o modificar instrucciones de carácter general respecto de una materia acotada: la libre competencia.

12 Que tiene una conformación mixta, pues incluye a 3 abogados y dos economistas.

Segundo, esto va de la mano con tratar de forma igualitaria a los casos iguales, pues en todos ellos se aplicarán los mismos criterios (Agüero et al., 2013, p. 17). Actualmente, podría ocurrir que el TDLC emitiera normas regulatorias que aplicaran discriminatoriamente solo a algunos actores económicos. Así, por ejemplo, podría ser que, a través de procedimientos de consulta y las correspondientes resoluciones, se obligara a ciertas empresas, que participaron en dichos procesos, a seguir ciertas condiciones en su actuar competitivo, mientras que a empresas del mismo rubro y en idénticas condiciones — pero que no participaron en dicho procedimiento — no tendrían que observar dichas condiciones. Así, mediante el uso de esta facultad, se podrían imponer las mismas condiciones a las empresas en la misma situación, desde una perspectiva *ex ante*.

Tercero, de manera asociada a la mayor certeza jurídica, también hay mayores posibilidades de llevar a cabo un *enforcement* más “dirigido” por parte del TDLC: el Tribunal podría, de manera clara y explícita, ser más laxo o más agresivo en la persecución de ilícitos¹³. Actualmente, si se quisiera llevar a cabo un *enforcement* más estricto, esto sería difícil por dos razones. Primero, como las normas son vagas, los actores solo podrían saber tras una sentencia el real alcance de éstas. Por contraste, mediante instrucciones generales se podría anunciar de antemano el camino que se busca perseguir, especificando, respecto de cierta acción de ambigua licitud, que esta sí es ilícita. Segundo, con reglas más claras, la carga institucional antes vista de tener que probar efectos disminuiría, pues sería más simple para el TDLC fallar un caso y para la Fiscalía Nacional Económica (FNE) perseguirlo. Aún más, podría no hacer falta la persecución de conductas ilícitas, pues la dictación de una regla podría ser suficiente para disuadir su ocurrencia, pues habría más certeza sobre que ciertas conductas están prohibidas (Veloze & González, 2011, p. 56). Por otro lado, también podría haber un *enforcement* más laxo, pues se podrían crear una serie de exenciones. Esto sería difícil bajo las reglas generales del DL 211, pues éstas son tan amplias que podrían ser excesivamente amenazantes para los actores. Con una ICG se podría señalar de antemano y de forma clara y general que ciertos actos son lícitos, por ejemplo, por la vía de declarar expresamente que una figura cuya licitud es dudosa sí es lícita¹⁴.

Cuarto, hacer uso de esta facultad permitiría una regulación más fina y focalizada. Así, podría haber normas distintas, por ejemplo, en mercados específicos que estuvieran más concentrados y tuvieran mayores barreras de entrada. Como bien dicen Gonzalez y Veloze, esta facultad permite, en casos calificados, promover la competencia en los mercados, conforme a la ley (Veloze & González, 2011, p. 48).

Quinto, la dictación de ICGs daría a los actores económicos la posibilidad de reclamar en contra de decisiones de la FNE o del TDLC en las que el contenido de una decisión sancionatoria no se ajustara al contenido de las instrucciones previamente entregadas, argumentando que se actuó de manera incongruente. Este sería el caso, por ejemplo, en el que una ICG señalara que no son lícitas ciertas actuaciones, y luego se intentara sancionar dicha actuación previamente declarada lícita. Estas cinco características de las ICG, a mi juicio, justifican su utilización.

No obstante lo recién dicho, el uso de esta facultad también va de la mano con algunos riesgos. Primero, puede llevar a que haya elusión, en vistas a lo dicho más arriba: si se dictan reglas muy estrechas, puede terminarse por dejar sin sanción conductas materialmente dañinas por consideraciones formales. Actualmente, con reglas tan amplias, que aquello ocurra es muy difícil¹⁵.

13 Esto no es algo exento de polémica, pues el TDLC, en tanto tribunal, no debería “decidir” cuan agresivo es su *enforcement*, sino que debería hacer una imparcial aplicación del derecho. Con todo, como se le han dado facultades administrativas, es difícil que no desarrolle esta función de llevar a cabo políticas públicas prospectivamente.

14 Algo de este tipo ocurrió en la fallida tramitación de una ICG contenida en el expediente NC-519-22. Aquí se intentó crear un “puerto seguro” para que los doctores pudieran negociar colectivamente con las aseguradoras privadas de salud en Chile, pero el TDLC decidió rechazar la solicitud de la FNE. Más detalles en: (Faulbaum, 2023) y en la [ficha CeCo](#) sobre el caso.

15 No obstante, esto debe ser contrapesado con el riesgo señalado más arriba: las reglas amplias vienen con altos costos de decisión para los *enforcers*.

Segundo, puede ser problemático establecer reglas muy específicas para mercados dinámicos, pues pueden quedar obsoletas por cambios en dicho mercado. Además, puede ser que una regla específica simplemente sea demasiado tosca para asir las complejidades de un mercado determinado. En tal medida, utilizar las ICGs para regular mercados viene de la mano con el riesgo de crear reglas que tengan más costos que beneficios¹⁶. Este riesgo se ve acentuado cuando el ente que crea las reglas es un tribunal. A este respecto, una agencia administrativa típicamente trabaja en un ámbito más bien delimitado (por ejemplo, fiscalizando el mercado eléctrico) y supervisa constantemente dicho sistema, teniendo información bastante más actualizada que aquella a la que puede tener acceso un tribunal. Dado que el TDLC no se dedica a controlar un mercado en particular ni tampoco tiene información tan actualizada como la que tendría una agencia administrativa, es aún más probable que sus reglas queden obsoletas frente al dinamismo del mercado.

Tercero, que el TDLC tenga la facultad de crear reglas cuyo eventual quebrantamiento él mismo ha de castigar, desperfila al tribunal. Esto, pues respecto de los casos recién mencionados, pasa a ser juez (al sancionar el quebrantamiento de una ICG) y parte (al defender una regla que él mismo creó). Así, se pone en duda la imparcialidad del tribunal (sobre esto volveré en la sección 4.7).

4.3. El marco material de la facultad

Hecha esta introducción general respecto de cómo operan las instrucciones de carácter general, vale la pena precisar un poco más respecto de su naturaleza. Al respecto, se ha señalado que éstas consisten en “disposiciones externas, generales y permanentes que (..) son vinculantes para quienes ejecuten o celebren actos o contratos determinados que tuvieren relación con la libre competencia en mercados específicos o pudieren atentar en contra de ella” (Veloze & González, 2011, p. 55). De la definición de Veloze y González vale la pena resaltar cuatro aspectos que serán desglosados en lo que sigue.

Primero, respecto de que se trate de disposiciones generales y permanentes, esto diferencia a las ICGs de las resoluciones (en las que culmina un procedimiento de consulta) o sentencias (en las que culmina un procedimiento contencioso) (Carmona, 2023, p. 52). En efecto, las resoluciones y sentencias son declaraciones jurídicas (en sentido amplio) que han de aplicar a un caso concreto, mientras que una ICG aplica a una generalidad de instancias, instancias que van más allá de lo que el TDLC conoció en una ocasión particular.

Segundo, otro aspecto que vale la pena destacar de las ICG es su carácter vinculante. Esto, pues al tenor del número 3 del artículo 18 del DL 211, las ICG “deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”. Así, su incumplimiento es una infracción al DL 211 (Veloze & González, 2011, p. 50). Esto es equivalente a la función normativa de las superintendencias, la cual, entre sus notas comunes, contiene las siguientes: (i) es obligatorio para los sujetos regulados; y (ii) su incumplimiento puede ser sancionado (Agüero et al., 2013, p. 10) (sobre volveré en la sección 3.7).

Tercero, como menciona la ley, las ICG se han de referir a actos o contratos que se ejecuten o celebren y que (i) tuvieren relación con la libre competencia o (ii) pudieren atentar contra ella. De esto se desprende que no es indispensable que la conducta regulada sea contraria a la competencia, o tenga esa potencialidad (“pudieren atentar”), sino que incluso basta que ésta “tenga relación con la libre competencia” (Agüero et al., 2013, p. 13; Veloze & González, 2011, p. 57; TDLC, 2025, ICG N°6, p. 34). Al respecto, cabe enfatizar esto: el TDLC no solo

¹⁶ Vale la pena acotar que el valor que se asigna a dicho riesgo depende en parte de la ideología de enforcement de cada cual. Así, en principio, una persona más intervencionista tendrá más fe en la capacidad del regulador de crear reglas eficaces, mientras que alguien que crea más en el libre mercado no sostendrá aquello. Con esto, no quiero reducir el debate sobre la creación de reglas a la ideología de cada cual, sino que apuntar a que dicho debate se ve influenciado en alguna medida por las visiones más comprehensivas que cada persona tiene.

se ha de referir a la regulación de conductas anticompetitivas. Además, puede simplemente regular conductas relacionadas con la competencia (y luego dicha regulación tendría un carácter vinculante). Ante esto, cabe elucubrar que mediante esta herramienta el TDLC podría crear regulación normativa para resolver fallas de mercado, por lo que, a fin de cuentas, podría volverse un ente que se involucra en cuestiones de política industrial.

Cuarto, y ligado a lo anterior, el acto así regulado debe tener relación con la libre competencia, pues este es “el fin de interés general que debe perseguir el ejercicio de esta potestad pública” (Agüero et al., 2013, p. 12). Con todo, como señalé más arriba, el concepto libre competencia es bastante indeterminado, por lo que su protección debe ir de la mano con una determinación más precisa (es más, una decisión) sobre cómo se quiere que opere cierto mercado, lo que, como se señaló más arriba, puede ser una decisión política¹⁷. En tal medida, aquí hay espacio para la discrecionalidad, pues mediante el uso de esta facultad se parte de conceptos vagos, los cuales son “determinados al momento de su aplicación, con elementos de incertidumbre en los cuales se reconoce o debe admitir un margen de tolerancia, que se aleje de la esencia o núcleo del concepto, pero que mantenga su finalidad, con razonabilidad y racionalidad de la decisión del regulador” (Agüero et al., 2013, p. 51).

4.4. Sobre los sujetos sometidos a las ICG

Respecto de quien está sometido a dichas instrucciones, el tenor literal de la norma que regula la facultad de dictar instrucciones señala que éstas “deberán considerarse por los particulares”. A primera vista, de dicha redacción se seguiría que solo entes económicos privados están sometidos a dichas normas, excluyéndose a los entes estatales. Con todo, este tema ha sido debatido. Así, autores como González y Velozo han señalado que, a su parecer, dicha expresión también engloba “al Estado y sus organismos cuando ejercen actividades empresariales, según lo dispone el artículo 19º, N° 21, inciso segundo de la CPR” (Velozo & González, 2011, p. 61)¹⁸. Esto, a mi juicio, haría sentido por la regulación constitucional citada por los autores, que obliga a las empresas estatales (en sentido amplio) a actuar en igualdad de condiciones con las empresas privadas (el denominado principio de neutralidad competitiva). En la medida en que un organismo estatal realiza actividades privadas actúa como particular y por tanto cabe dentro del tenor de la norma.

No obstante, la Corte Suprema ofreció una interpretación aún más amplia en el caso de la ICG N°6, en la que se discutía la dictación de una ICG que obligara a los municipios a elaborar licitaciones competitivas. Durante la tramitación de dicha ICG, el TDLC fue de la opinión de que no tenía la facultad para dictar instrucciones generales que se aplicaran a las Municipalidades (en lo que se refiere a la elaboración de licitaciones de obra públicas), por lo que declaró inadmisibles las ICG¹⁹. Ante todo, el TDLC razonó con base en una interpretación sistemática del DL 211. En tal medida, señaló que, si se compara el vocablo “particulares” con otras expresiones que usa el DL 211 para establecer los sujetos obligados por cierta norma, se puede concluir que dicho vocablo es más restringido en su alcance que otros términos y no engloba a los órganos de la administración del Estado. El TDLC se refirió a dos instancias de esto: a) el artículo 3 del DL 211, que en su primer inciso contiene el tipo general y abierto de conducta anticompetitiva, se refiere al sujeto que comete la infracción como “el que”, sin hacer distinción alguna; b) cuando el DL 211 establece quiénes pueden solicitar el inicio de un procedimiento consultivo (artículo 18 N° 2) habla de “quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse”, sin calificar la naturaleza privada o pública de estas partes (Muñoz, 2021).

17 Tradicionalmente, la toma de decisiones políticas se validaba por la legitimación democrática de quien tomaba la decisión. No obstante, el TDLC solo tiene legitimación democrática indirecta, pues es un tribunal que no responde a presiones populares. Esto lleva a que tenga poder político sin un mecanismo de *accountability* político. Esto no es inusual dentro de un régimen de un Estado del siglo XXI. No obstante, generalmente esto dice relación con agencias administrativas que toman decisiones políticas con independencia del poder político, no con tribunales que toman decisiones políticas con independencia del poder político. Este no es el foco de este artículo, pero sí amerita, a mi juicio, ser discutido en mayor profundidad (Peralta, 2023a, pp. 263–265).

18 En la misma línea: (Valdés, 2006, p. 676).

19 Resolución H. TDLC de 24 de diciembre de 2020, causa Rol N°482-20.

No obstante, la Corte Suprema, tras la interposición de un recurso de reclamación, terminó por ordenar al TDLC que conociera el caso. Esto, por cuanto “la voz «particulares» utilizada por el legislador abarca un amplio espectro de sentidos y acepciones, hasta el punto de que el Diccionario de la Real Academia Española contiene nueve entradas diversas que dan cuenta de otros tantos entendimientos de esta expresión. Por consiguiente, no es dable entender esta expresión, exclusivamente, como sinónimo de «privados»²⁰. Así, con la expresión particulares el legislador habría buscado “referir tanto a los actos o contratos singulares que se celebren en el ámbito regido por tales reglas, como a los individuos específicos o concretos que acuerden tales convenciones”²¹. Sumado a esto, la Corte sostuvo que las ICG deben aplicarse a los entes estatales, para así hacer posible la “promoción y reforzamiento de una participación en igualdad de condiciones de los distintos intervinientes en el mercado”²².

Cabe acotar que, el argumento según el cual se sigue de que un término admita varias acepciones según la RAE que este tiene un significado indeterminado, es bastante dudoso. Así, por ejemplo, el término “competencia” tiene 5 acepciones en la RAE y una de ellas hace referencia a las competencias deportivas. ¿Implica esto que cuando el DL 211 se refiere a la libre “competencia” se refiere a las competencias deportivas? Aquello claramente no es el caso, pues el contexto permite identificar el significado de los términos, siendo una estrategia de esta índole la que siguió el TDLC.

Por otro lado, el argumento de que “particulares” se refiere eventualmente a “los actos o contratos singulares que se celebren en el ámbito regido por tales reglas”, no tiene asidero, pues el texto de la ley se refiere a que las ICGs “deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren”. Si se siguiera la interpretación de la Corte Suprema y sustituyéramos la expresión “particulares” por “actos o contratos singulares” quedaría una expresión ininteligible: las ICGs “deberán considerarse por los «los actos o contratos singulares que se celebren en el ámbito regido por tales reglas» en los actos o contratos que ejecuten o celebren”. Por otra parte, respecto a la interpretación de que se entienda por “particulares” a “individuos específicos o concretos que acuerden tales convenciones”, ello, si bien no es inentendible, no lleva a una interpretación particularmente útil: las ICGs que regulan ciertos hechos han de ser cumplidas por las personas que realizan esos hechos. Finalmente, respecto del argumento de la igualdad en el trato a entes privados y estatales, me referiré en lo que sigue, al mencionar la postura de Domingo Valdés.

En una línea similar a la Corte Suprema está Valdés, quien ha señalado que son destinatarios de las ICGs “todas aquellas autoridades públicas que emitan normas infrarreglamentarias” (Valdés, 2006, p. 673), en base a la “garantía constitucional de la igualdad en el trato que el Estado y sus organismos han de brindar a los particulares en materias económicas conduce a entender que no puede la igualdad de oportunidades en la libre competencia, que tutela el Decreto Ley 211, quedar entregada a la discrecionalidad de organismos administrativos” (Valdés, 2006, p. 675). Respecto de su postura, primero, creo que Valdés concede todo lo que es relevante cuando afirma que “la definición de los destinatarios de esta potestad normativa externa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia está, a nuestro juicio, defectuosamente construida en el texto del Decreto Ley 211, puesto que omite toda suerte de personas públicas al referirse exclusivamente a «los particulares». En efecto, lo particular suele contraponerse a aquello que es de uso o propiedad pública. Según lo expuesto, no solo las personas privadas, sino también las personas públicas pueden ser objeto de la normativa general antimonopólica” (Valdés, 2006, p. 677). Ante los deseos de Valdés de ampliar el alcance de las ICGs se interpone un insalvable obstáculo: el texto de la ley²³. Segundo, respecto de que mediante una interpretación como esta se trata de que todos los entes estatales promuevan la competencia, pues la promoción de este valor no puede quedar a la discrecionalidad de cada agente estatal, cabe decir varias cosas. Primero, que sí puede quedar a la discrecionalidad de cada ente

20 Sentencia Excm. Corte Suprema, causa Rol N°22.271-2021. C°4.

21 Sentencia Excm. Corte Suprema, causa Rol N°22.271-2021. C°4.

22 Sentencia Excm. Corte Suprema, causa Rol N°22.271-2021. C°5.

23 A propósito de las tendencias anti textualistas en libre competencia y sus problemas, ver (Peralta, 2023b).

estatal si su política pública ha de quedar focalizada en promover la competencia, pues la competencia no es el único valor que se debe promover (argumento que también vale para lo dicho por la Corte Suprema). Segundo, y quizás más importantemente, sería un problema que el TDLC dictara instrucciones de carácter general exigibles a instituciones respecto de las cuales no es el superior jerárquico. Una cosa es que resuelva en casos particulares (a través de consultas o procedimientos contenciosos) que ciertos actos administrativos son ilícitos, otra cosa es que dicte órdenes con pretensión de permanencia a diversos entes administrativos que tienen una estructura jerárquica que no incluye al TDLC.

Así, creo que para interpretar el término “particulares”, el mejor rumbo es el ofrecido por el TDLC, el cual se basa en una interpretación sistemática del DL 211 para llegar a sus conclusiones, y que evita que el TDLC se alce como una especie de superior jerárquico de otros entes de la administración.

4.5. Respetto de los límites materiales de las ICG

Respetto de sus límites, el primero lo constituye la Constitución, por tener un mayor rango normativo que la norma legal que habilita la dictación de ICGs²⁴. Del respeto a la supremacía constitucional se colige que “al dictar Instrucciones Generales, [el TDLC] deberá respetar los derechos fundamentales, quedándole vedado impedir el ejercicio legítimo de los mismos y especialmente establecer discriminaciones arbitrarias entre agentes económicos” (Veloza & González, 2011, p. 63)²⁵.

El segundo límite lo constituye la ley. Esto, pues el número 3 del artículo 18 del DL 211 señala que las instrucciones han de ser dictadas “de conformidad a la ley”. Así, la regulación de la facultad de dictar ICGs reconoce como límite lo dispuesto por la ley, por lo que no es posible a través de dicha potestad regular cuestiones que son materia de ley, ni fijar reglas que sean contrarias a ella²⁶.

Dicho eso, el conflicto normativo surge cuando dictan normas infralegales entes del mismo rango, esto es, surge un conflicto entre las normas dictadas por distintos órganos con potestades reglamentarias (Agüero et al., 2013, p. 22). Al respecto, dos criterios para dirimir este potencial choque han sido propuestos por Agüero. Primero, que las ICG no pueden contradecir las normas que dicta el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria, en cuanto la norma habilitante o que da origen a la potestad reglamentaria del Presidente es la Constitución (artículo 32 N° 6), y la norma que da origen a la potestad normativa del TDLC es la ley (artículo 18 N° 3 DL 211) (Agüero et al., 2013, p. 22). Segundo, que si se trata de derogar normas reglamentarias, es justamente para aquello que el TDLC puede proponer la modificación de normas reglamentarias al Presidente (Agüero et al., 2013, p. 22), al tenor de la facultad entregada al TDLC por el número 4 del artículo 18 del DL 211²⁷, tesis que ha sido recientemente refrendada por el TDLC (Resolución 87/2025, Párrafos 31-44).

4.6. Sobre el control de esta facultad

Como bien dicen González y Veloza respecto de las agencias independientes (cosa que el TDLC parece ser en este caso), la reflexión que ha acompañado su historia sirve para identificar los desafíos que enfrenta un organismo especializado que actúa con independencia del poder político y cuya legitimidad descansa muy

24 Respecto de cómo opera este límite, aquello fue discutido en la ICG 5, en la que MasterCard llegó al Tribunal Constitucional mediante un recurso de inaplicabilidad, solicitando que se dejara sin efecto la mentada ICG. El Tribunal Constitucional refrendó la facultad del TDLC de dictar dicha ICG. Más detalles en: (Pineda, 2023).

25 Si, como muchos consideran, la conformidad de las normas con los derechos fundamentales solo puede ser determinada por el conocimiento experto del derecho constitucional, sería a lo menos anómalo que dicha misión estuviera encargada a un ente especializado en la libre competencia.

26 TDLC, 2025, ICG 6, p. 31

27 Valdés, además, ha propuesto que uno de los límites al uso de la ICG consiste de las materias que “se hallan regidas por principios de Derecho natural o principios generales del Derecho” (Valdés, 2006, p. 680). No me detendré en este punto en exceso, pero creo que en una sociedad moderna en que hay variadas visiones sobre lo bueno y lo correcto, hacer alusiones al derecho natural solo sirve para hacer más inestable el derecho.

fuertemente en la calidad técnica de sus decisiones. Dichos desafíos tienen que ver con la generación de estándares de control y transparencia (Veloza & González, 2011, p. 25).

Respecto de su transparencia, como se vio más arriba, se está ante un proceso bastante participativo (hay aporte de antecedentes y una audiencia pública) y tran independencia al mismo tiempo que *accountability* sparente (cualquiera puede acceder al expediente donde se tramita una ICG, y los fundamentos de la decisión que se tome son transparentes). Esto es importante, pues puede haber independencia al mismo tiempo que *accountability* (Cordero & García, 2012, p. 422). Así, un mayor *accountability* de las decisiones del TDLC compensa por la gran autonomía que tiene al tomar estas decisiones.

No obstante los elevados estándares de transparencia y *accountability* que hay en juego en la dictación de las ICG, el control jurídico que existe sobre el uso de dicha facultad no es particularmente intenso. Al respecto, a diferencia de la potestad normativa de las superintendencias, esta reglamentación no se encuentra sometida al control de legalidad de la Contraloría (Agüero et al., 2013, p. 11), pues el TDLC no es parte de la administración.

Dada esta falta de control administrativo, el foco en el control de las ICGs está en que su dictación puede ser controlada por la Corte Suprema vía recurso de reclamación (Agüero et al., 2013, p. 42). Los límites a la revisión, según Agüero, son de índole de “política pública sectorial” (Agüero et al., 2013, p. 46)²⁸, es decir, debería haber un control que, al menos en principio, sea deferente respecto de aquellos asuntos en los cuales es especialmente competente.

Sobre el control que ejercer la Corte Suprema cabe hacer las siguientes acotaciones. Primero, en general, el diseño que se tiene para controlar la dictación de ICG no parece ser idóneo, pues no es particularmente intenso dado el calibre de lo que se puede hacer (dictar instrucciones de carácter general que aplican a todo el mercado). Al respecto, para terminar con una norma que eventualmente aplique a toda la economía del país, basta que el TDLC dicte discrecionalmente una norma, y que esta norma “sobreviva” el paso por la Corte Suprema.

Segundo, el recurso de reclamación no parece ser idóneo para controlar lo que es, esencialmente, una actuación administrativa (está pensado para revisar sentencias que tienen efectos particulares). Esto no es baladí, pues al revisar normas regulatorias de alcance general se corre el riesgo de la “administrativización de la justicia” en cuanto se vuelve posible que la Corte Suprema, al conocer de estos casos “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 la Corte, potencialmente, se puede 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 los individuos” (Namor, 2025, p. 14, citaciones internas omitidas). Este riesgo, que en principio es una mera elucubración teórica, parece haberse concretado. Así, la Corte Suprema ha señalado, respecto de su facultad de revisar ICGs, que ésta puede “revisar íntegramente los fundamentos que tuvo en cuenta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para arribar a su decisión, incluyendo el análisis jurídico y económico que ha permitido arribar a la resolución del asunto de que dicho tribunal conoce”²⁹. Bajo una interpretación como esa, donde la Corte Suprema puede revisar íntegramente el contenido de una ICG, es difícil que no asuma un rol administrativo de definir políticas públicas.

En parte por estos problemas, el ex Ministro del Tribunal, Javier Veloza (junto a Daniela González) señaló que “[l]a ausencia de mecanismos idóneos de control del ejercicio de la potestad regulatoria del TDLC no nos

28 Más detalles sobre sus límites (Agüero et al., 2013, pp. 49–51).

29 Sentencia Corte Suprema, Rol N°4797-2008, Considerando 6.

parece adecuada desde la perspectiva de legitimidad procedimental que debe informar el ejercicio de las potestades entregadas a un organismo independiente y especializado” (Veloza & González, 2011, p. 66). Por ello, señalan que mientras no haya mayor control, “esta potestad debe ser ejercida con prudencia y cautela además de elevados estándares de rigor técnico y transparencia” (Veloza & González, 2011, p. 67).

Dicho esto, creo que, dada la acertada acotación de Veloza y González de que existe un control inidóneo del uso de esta facultad, cabe pensar en alternativas. Entre estas, a mi juicio, se podría reconsiderar el hecho de que la potestad reglamentaria del Presidente está por encima de la facultad del TDLC de dictar ICGs. Considerado eso, se podría pensar que el Presidente dictara normas reglamentarias con el solo objeto de derogar normas del TDLC que considerara insensatas. Ello podría consistir de un control que operara ex post (después de que se dicta la ICG), pero que también tiene efectos ex ante (el TDLC y la Corte Suprema tendrían mayor precaución si es que saben que la Presidencia puede dejar sin efecto una ICG). Ello, además, haría que un ente con legitimación democrática directa (la Presidencia) participara, con poder de veto, en la elaboración de políticas públicas³⁰. Otra opción, que se explorará más abajo, es entregar la potestad a la FNE.

4.7. Sobre el carácter administrativo de la facultad y sus desafíos

Esta es quizás la más administrativa de todas las facultades del TDLC. Así, se ha señalado que es equivalente a la potestad normativa de las superintendencias (Agüero et al., 2013, p. 8): opera de oficio³¹ (lo que va contra la idea jurisdiccional de que los tribunales solo funcionan a petición de parte); es bastante participativa (no hay partes en sentido estricto, sino que intervinientes); opera discrecionalmente tanto respecto del inicio de un procedimiento no contencioso de dictación de una ICG, como respecto del contenido de la ICG (Agüero et al., 2013, p. 28) (lo que va contra la tradicional idea de que los tribunales operan con estricta sumisión a la ley); se discute sobre la idoneidad de una norma, y no sobre cuál es la correcta aplicación del derecho; y no aplica el principio de inexcusabilidad (Veloza & González, 2011, p. 49)³². Quizás su principal falla es que su quebrantamiento no se puede perseguir de oficio (el TDLC no puede iniciar un procedimiento contencioso de oficio). Con todo, ello puede ser subsanado con el hecho de que es la FNE, una agencia administrativa, la que fiscaliza el cumplimiento de la infracción y eventualmente busca que se sancionen las infracciones ante el TDLC³³. En síntesis, con el uso de esta función, el tribunal se asemejaría, ante todo, a una agencia administrativa independiente.

Con todo, ha habido objeciones hacia concentrar en un órgano jurisdiccional facultades normativas. Como recuerdan González y Veloza, durante la discusión legislativa sobre la conformación del TDLC varias personas reclamaron contra “las inconsistencias que se producen al conferir a un órgano jurisdiccional atribuciones que tradicionalmente son asignadas a organismos administrativos” (Veloza & González, 2011, p. 23). Así, durante la tramitación de la Ley 19.911, que creó el TDLC, el entonces Senador Nova mencionó que “al establecerse disposiciones obligatorias a las cuales deban ajustarse los actos de los particulares, de alguna forma el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia estaría prejuzgando sobre una materia y eventualmente podría considerarse que los ministros que dictaron dicha norma de carácter preventivo se encuentran inhabilitados”³⁴.

Al respecto, vale la pena indagar en un artículo en el que Guillermo Namor critica un problema análogo: el hecho de que el TDLC pueda dictar recomendaciones de modificar o eliminar leyes o reglamentos que podría

30 La dificultad de esto, por supuesto, es que se llegue a dictar dicho reglamento con objeto de derogar una ICG. Es una pregunta abierta si un reglamento de dicha especie es capaz de superar todas las vallas regulatorias del sistema.

31 Tanto en su forma de inicio, como en el hecho de que el TDLC puede requerir información a motu proprio (Agüero et al., 2013, pp. 37–38).

32 Esto, entre otras razones, ha llevado a Valdés a afirmar que “los integrantes del mencionado órgano colegiado revisten una doble calidad: por una parte son miembros de un tribunal y, por otra, miembros de un organismo administrativo” (Valdés, 2006, p. 684).

33 Con todo, un sistema realmente administrativo sería uno en que la administración pudiera sancionar de manera directa, como se expresa en: (Peralta, 2025, pp. 238–242).

34 Diario de Sesiones del Senado, República de Chile. Legislatura 347ª, Ordinaria, Sesión 25ª, 3 de septiembre de 2002, p. 52. Esto terminó en un pleito constitucional que es analizado en: (Grunberg, 2004).

eventualmente estar obligado a aplicar o considerar en sus sentencias o resoluciones. En sus palabras: “no es conveniente que [los ministros del TDLC] se pronuncien siquiera en forma no vinculante sobre la virtuosidad de una norma que pueden estar llamados a aplicar (...) [e]sto 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 eliminación. Ello puede dar lugar a situaciones en que exista un pronunciamiento no jurisdiccional sobre la modificación de una norma legal o reglamentaria, que declara derechamente la necesidad de su derogación (...) cuya declaración diluye materialmente la vigencia normativa y el cumplimiento ante otras sedes regulatorias, en el intertanto en que la norma se modifica o no” (Namor, 2025, p. 12). Respecto de las ICGs, el problema correctamente identificado por Namor, se ve reforzado.

Para hacer su argumento, Namor parte de una distinción de Habermas entre discursos de aplicación y discursos de justificación (Habermas, 1996, p. 318). Según esta, por un lado, los discursos de justificación usan argumentos filosóficos, morales, económicos, de prudencia política, de análisis de costo-beneficio y otros característicos del debate parlamentario para crear normas, y son parte de la legitimidad democrática del poder legislativo y del ejecutivo -en tanto colegislador. Por otro lado, los “discursos de aplicación” dicen relación con una racionalidad que aplica decisiones constitucionales y legislativas adoptadas por los representantes del pueblo, y el uso de discursos de aplicación está asociado a la legitimidad del poder jurisdiccional (Namor, 2025, p. 12).

Esta distinción es colapsada en el caso de las instrucciones de carácter general, pues aquí el TDLC participa tanto del discurso de justificación de la creación de la norma, como del discurso de aplicación. Así, llega a ser, en sentido estricto, juez y parte: por un lado, crea una instrucción de carácter general y, por otro, sanciona su quebrantamiento. Esto, que puede parecer poco relevante, no lo es, pues lo característico de la actividad jurisdiccional es que no se involucra en la pregunta que zanjó el legislador, sino que se focaliza en las particularidades del caso concreto, siendo así que el juez se involucra en un discurso de aplicación que se refiere a una regla ya justificada y busca garantizar una aplicación imparcial de esta (Szczeranski, 2018, p. 4). Parte crucial de que esto opere adecuadamente es que “el juez no cuestiona la validez de la regla y por tanto no se involucra en una función legislativa” (Szczeranski, 2018, p. 4). Con todo, cuando el TDLC sanciona el quebrantamiento de una ICG no sigue aquella receta, pues no aplica una regla que creó el legislador, sino que aplica su regla, dejando entonces de ser imparcial. En tal medida, no obstante toda la literatura que ha señalado que es inconstitucional que una agencia administrativa imponga sanciones, pues entonces sería juez y parte, aquí tenemos un caso donde efectivamente una institución cumple con esa caracterización.

Al respecto, se podría replicar que esto no es nada nuevo bajo el sol: es normal que las agencias administrativas creen normas cuyo quebrantamiento luego sancionan ellas mismas. Pero la configuración del TDLC no es enteramente análoga a dichas instancias administrativas, pues las agencias administrativas son instituciones que no ejercen jurisdicción, pues no buscan actuar imparcialmente (Soto D., 2018, p. 26), lo que lleva a que se cree un sistema de pesos y contrapesos especialmente pensado para lidiar con un ente de ese tipo. En otras palabras, en otros casos en los que se está ante organismos que concentran facultades de creación normativa y de sanción, como se es consciente de la problematización de aquello, se diseñan instituciones de control especialmente pensadas para hacerse cargo de los riesgos asociados a la pérdida de imparcialidad de dichos entes sancionatorios. Pero en el caso de la facultad del TDLC de dictar ICGs y sancionar su quebrantamiento, el control no parece ser especialmente intenso, como se vio más arriba.

Todo lo anterior da cuenta de un diseño institucional que resulta algo irónico si se atiende a las ideas detrás de él. Como señala Agüero, el modelo chileno, en que el TDLC, un tribunal, está a cargo de imponer las sanciones, se desvía del modelo más típico de imposición de multas, aquel donde un ente administrativo puede imponer sanciones directamente, para así “privilegia[r] los derechos y libertades de los potencialmente afectados” (Agüero, 2016, p. 139).

Al respecto, cabe recordar la sentencia en la que el Tribunal Constitucional (TC) declaró inconstitucional el proyecto que fortalecía el Servicio Nacional del Consumidor. En esta, el Tribunal se refirió a la imposibilidad de que la administración imponga sanciones de manera directa como “un principio básico del derecho público universal”³⁵. En este marco, contrastó el esquema institucional que promovía el proyecto de 2014 con el de libre competencia, y señaló, respecto a este último, que aquí existe una “nítida separación entre el rol fiscalizador de la Fiscalía Nacional Económica, servicio público descentralizado, y el rol sancionador y corrector del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”³⁶. No obstante, en el seno del sistema que tanto alabó dicha sentencia, existía la facultad de dictar ICGs, la cual, al otorgar a un tribunal la facultad de crear las normas que este mismo luego irá a resguardar mediante sanciones, se terminó por crear aquello que según la doctrina más conservadora “repugna al más elemental sentido jurídico de una mente civilizada” (Soto K., 1980, p. 101).

Por todo lo anterior, quizás cabría modificar dicha regulación, para así hacer posible un diseño más racional de la institucionalidad de competencia, uno que aspire a una mayor armonización entre la calidad jurisdiccional del TDLC y las atribuciones con las que cuenta. Para ello, se podría discutir trasladar la función administrativa de dictar ICGs a la FNE, y que fueran el TDLC y la Corte Suprema quienes conocieran (mediante la interposición de los respectivos recursos) de vicios en su creación, así como de las sanciones asociadas al quebrantamiento de dichas ICGs. Si aquello ocurriera, entonces ya ninguno de los entes involucrados sería juez y parte, y no se cargaría al TDLC con una función administrativa que es ajena a su lógica jurisdiccional³⁷.

V. BALANCE Y CONCLUSIÓN

No obstante lo llamativa que puede resultar la facultad de dictar ICGs, o lo criticable que puede parecer su configuración institucional, dicha facultad existe, por lo que cabe elucubrar una explicación respecto de por qué ello es así. Por supuesto, se podría aducir a la historia de la facultad, la cual habría existido, de alguna forma u otra, desde la ley 13.305 de 1959, la primera ley chilena de competencia (Carmona, 2023, p. 34; E. Cordero, 2023, p. 22). Pero una explicación genética de este tipo sería insuficiente, pues a lo largo de distintas reformas del sistema han cambiado muchas cosas, pero la facultad de dictar instrucciones de carácter general se ha mantenido (bajo una u otra forma). Así, debe haber una razón evolutiva que explique la mantención de dicha facultad. A mi juicio, la explicación más convincente es que aquello que justifica la existencia de esta facultad es que existe una tensión interna al sistema de libre competencia entre una visión intervencionista y una visión más tendiente al *laissez faire* (siendo cada una de estas visiones polos de un espectro).

Asumido que el mercado necesita de reglas y *enforcement* para funcionar adecuadamente, queda abierta la pregunta de qué tan intensa y minuciosa ha de ser la regulación. Dentro de ese contexto, la facultad de dictar ICGs hace posible que dicha visión más intervencionista de la libre competencia se exprese, lo que va de la mano con los riesgos y los beneficios asociados al intervencionismo. Dicho eso, ¿por qué se ha utilizado tan poco la facultad de dictar ICGs?

A mi juicio, las explicaciones son dos. Primero, nuestro sistema de libre competencia, para bien o para mal, es uno en que la visión más expansiva o intervencionista apenas tiene cabida. Esto se explica en el contexto

35 Tribunal Constitucional, Caso Sernac. 2018, C. 33.

36 Tribunal Constitucional, Caso Sernac. 2018, C. 34.

37 Otras opciones para brindar mayor racionalidad al sistema serían eliminar la facultad de hacer recomendaciones de modificación o dictación de normas (Namor, 2025), eliminar o modificar el procedimiento de consulta (Campos & Corte, 2021; Gumucio & Labbé, 2020). Y, más ambiciosamente, se podría repensar todo el sistema de libre competencia en una lógica administrativa, creando una SuperIntendencia de Competencia (Peralta, 2023c).

histórico en el cual surgió el régimen de competencia chileno tal como lo conocemos hoy en día. Como ha destacado Bernedo, la regulación contenida en el DL 211 se inspiró en la Escuela de Chicago (Bernedo, 2013, p. 64), la cual se caracterizó por abogar por una intervención mínima. Por supuesto, nuestra doctrina y jurisprudencia ha evolucionado a lo largo del tiempo, pero, a diferencia de las jurisdicciones europeas o de la jurisdicción estadounidense, nunca bebieron de una matriz conceptual que abogara por una intervención más fuerte, como fue el caso de los estructuralistas norteamericanos o los ordoliberales europeos. Ello explica que por razones histórico-políticas, la vertiente más intervencionista, que podría haber hecho más uso de la facultad de dictar ICGs, apenas tuviera peso en Chile. Por eso, dentro de la geografía institucional chilena, el caudal de ICGs dictadas se asemeja a un riachuelo si se lo compara con el caudal de sentencias que ha emitido el sistema. No obstante, la dinámica fluvial del sistema no está escrita en piedra: a veces los riachuelos aumentan su caudal, horadan el terreno y pasan a convertirse en ríos. Ello es importante, pues vivimos en tiempos en que la política de competencia puede tomar un cariz bastante más regulatorio, como saben quienes han estudiado la *Digital Markets Act*. Por ello, quizás la facultad de dictar ICGs se pueda convertir algún día en el mecanismo a través del cual se exprese una tendencia más expansiva de la libre competencia (lo que debería llevarnos a pensar en un diseño más cuidadoso de la facultad).

Segundo, la escasa cantidad de ICGs dictadas también se puede explicar en que es un poder normativo cuya utilización resulta en la dictación de reglas generales (una función administrativa) por parte de un ente que está acostumbrado a fallar casos particulares (una estructura judicial). En otras palabras, hacer regulación general es una función incómoda para un ente como el TDLC, el cual busca ejercer jurisdicción, fallando caso a caso. Por eso, quizás se puede explicar la escasa utilización de la facultad como una expresión de prudencia por parte del tribunal, el cual ha evitado usar una facultad para cuyo empleo no está adecuadamente diseñado.

BIBLIOGRAFÍA:

- Agüero, F. (2011). *Alcance y límites de la potestad normativa del tribunal de defensa de la libre competencia*. <http://www.derecho.uchile.cl/dam/jcr:e1833b44-9ce7-45ad-9699-0e987e719afb/7.pdf>
- Agüero, F. (2016). Chilean Antitrust policy: Some lessons behind its success. *Law and Contemporary Problems*, 79(4), 123–154.
- Agüero, F., García de Cortázar, V., & García Manchmar, W. (2013). Control jurisdiccional de la potestad normativa del Tribunal de Defensa de Libre Competencia en materia de Telecomunicaciones. *Informe En Derecho*.
- Areeda, P. (1981). The Rule of Reason in Antitrust Analysis: General Issues. *Washington D.C., The Federal Judicial Center*.
- Bernedo, P. (2013). *Historia de la Libre Competencia en Chile 1959-2010*. Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica.
- Campos, J., & Corte, R. (2021). El futuro de la potestad consultiva. *Investigaciones CeCo*.
- Carmona, C. (2023). Los límites que tiene el TDLC al dictar las Instrucciones de Carácter General del Art. 18 N°3 del DL N°211. *Informe En Derecho En Rol 105.997-2022 Corte Suprema*.
- Carrier, M. (2019). The Four-Step Rule of Reason. *Antitrust Law Journal*, 33(2).
- Chopra, R., & Khan, L. (2020). The Case for “Unfair Methods of Competition” Rulemaking. *University of Chicago Law Review*, 87(2), 357–379.
- Cordero, E. (2023). Sobre los límites a la potestad normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. *Informe En Derecho En Rol 105.997-2022 Corte Suprema*.
- Cordero, L., & García, J. F. (2012). Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias. *Anuario de Derecho Público*, 1, 415–435.
- Crane, D. (2007). Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication. *Washington and Lee Law Review*, 64(1), 49–110.
- Faulbaum, E. (2023). Objetivos de las autoridades de competencia: Tirole y la Diosa Hindú de múltiples brazos. *Centro Competencia* (Actualidad). <https://centrocompetencia.com/objetivos-autoridades-competencia-tirole-multiples-brazos/>
- Grunberg, J. (2004). La Potestad Reglamentaria del Tribunal de Defensa de la Competencia: Un Tema Conflictivo en la Reforma al Decreto Ley 211. *Revista de Derecho Público*, 66.
- Grunberg, J. (2020). Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: Un problema regulatorio aparente. *Investigaciones CeCo*.
- Gumucio, J. C., & Labbé, T. (2020). ¿Se justifica la consulta ante el TDLC? *Investigaciones CeCo*.
- Habermas, J. (1996). *Between Facts and Norms*. Polity Press.
- Irrázabal, F. (2019). Ojetivos y estrategias utilizados para consolidar a la Fiscalía Nacional Económica como un servicio público confiable. *Estudios Públicos*, 154, 125–175.
- Montt, S., & Vásquez, O. (2025). La regla de la razón: Naturaleza y función de uno de los pilares del derecho de la competencia. *Investigaciones CeCo*.

- Muñoz, F. (2021). Según el TDLC no se pueden dictar instrucciones generales a municipalidades. *Centro Competencia (Actualidad)*. <https://centrocompetencia.com/segun-el-tdlc-no-se-pueden-dictar-instrucciones-generales-a-municipalidades/>
- Namor, G. (2025). Por qué derogar la facultad de recomendación normativa del TDLC. *Investigaciones CeCo*.
- Peralta, I. (2022a). La arbitrariedad de la regla de la razón y por qué el TDLC debería dictar instrucciones generales de manera intensiva. *Revista de Derecho Económico*, 79(2), 127–152.
- Peralta, I. (2022b). Los tecnócratas y su monopolio sobre la libre competencia. *Latin American Legal Studies*, 10(2), 1–25.
- Peralta, I. (2022c). Un injerto fallido: La distinción entre regla per se y regla de la razón en el derecho de libre competencia chileno. *Revista De Estudios De La Justicia*, 36, 159–184. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2022.64696>
- Peralta, I. (2023a). El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Una institución contradictoria. *Revista de Derecho Económico*, 80(2023), 251–276.
- Peralta, I. (2023b). Populismo y tecnocracia en libre competencia: Dos caras de una misma moneda. *Revista De Estudios De La Justicia*, 38, 93–114.
- Peralta, I. (2023c). Una Superintendencia de Competencia para Chile. *Investigaciones CeCo*.
- Peralta, I. (2024). El Derecho de Competencia ¿es de los vivos o de los muertos? Sobre common law, derecho continental, y libre competencia. *Investigaciones CeCo*. <https://centrocompetencia.com/el-derecho-de-competencia-es-de-los-vivos-o-de-los-muertos/>
- Peralta, I. (2025). Conceptualismo en el Derecho Administrativo Sancionador en Chile. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 11, 233–256.
- Pineda, J. (2023). El Tribunal Constitucional reafirma la facultad del TDLC para dictar instrucciones. *Centro Competencia (Actualidad)*. <https://centrocompetencia.com/tc-reafirma-la-facultad-del-tdlc-para-dictar-instrucciones/>
- Posner, R. (1977). The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision. *University of Chicago Law Review*, 45(1), 1–20.
- Rubin, E. (1989). Law and Legislation in the Administrative State. *Columbia Law Review*, 89(3), 369–426.
- Scalia, A. (2018). Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws. In A. Gutmann (Ed.), *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* (pp. 3–48). Princeton University Press.
- Soto D., P. (2018). El giro conservador en torno a las sanciones administrativas por obra del Tribunal Constitucional en Chile: Transformando a la Administración en juez para desproteger el interés público. *Revista de La Facultad de Derecho*, 45, 1–49.
- Soto K., E. (1980). Derecho Administrativo Penal—Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración. *Boletín de Investigaciones. Facultad de Derecho de La Pontificia Universidad Católica de Chile*, 95–103.
- Stucke, M. (2009). Does the Rule of Reason Violate the Rule of Law? *University of California, Davis School of Law*, 42(5), 1375–1490.



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:

Ignacio Peralta Fierro, "La indeterminación de la ley de competencia y la facultad del TDLC de dictar instrucciones de carácter general" (julio, 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