



Santiago, veinticinco de octubre de dos mil dieciocho.

A fojas 670, 680, 684 y 759, a todo, ténganse por evacuados los traslados conferidos.

A fojas 685, téngase por evacuado el traslado. A los documentos acompañados, a sus autos.

A fojas 704, téngase presente.

A fojas 731, a lo principal, téngase por evacuado el traslado; al otrosí, téngase presente.

A fojas 738 y 788, a todo, a sus autos.

VISTOS

Y CONSIDERANDO:

I. De la sustanciación del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido

1°. Que, con fecha 10 de octubre de 2018, Sociedad de Inversiones Pampa Calichera S.A., Potasios de Chile S.A. e Inversiones Global Mining (Chile) Limitada, representadas convencionalmente por Sebastián Oddo Gómez, han presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 39, letra ñ), inciso segundo, del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fijó el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del D.L. N° 211, de 1973, en los autos caratulados "Acuerdo Extrajudicial entre FNE y Tianqi Lithium Corporation", seguidos ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia bajo el Rol AE N° 16-2018.

2°. Que, el señor Presidente (s) del Tribunal Constitucional ordenó que se diera cuenta del requerimiento de autos ante la Segunda Sala de esta Magistratura, el que fue acogido a trámite con fecha 11 de octubre de 2018, a fojas 157, disponiéndose la suspensión del procedimiento hasta el pronunciamiento en la Sala en torno a la admisibilidad del libelo;

3°. Que, en la aludida resolución, los integrantes de la Sala y en el ámbito de su competencia, convocaron a las partes a alegatos en sede de admisibilidad en la audiencia que se fijó para el día 22 de octubre de 2018, a las 11.00 horas, abriendo debate únicamente respecto de tres cuestiones: existencia de gestión pendiente, eventual carácter jurisdiccional de la misma, y fundamento plausible del requerimiento deducido. Dicha audiencia, certificada por el relator de la causa a fojas 669, se celebró con la concurrencia de los abogados Sebastián Oddo Gómez, por las partes requirentes; Arturo Fernandois Vöhringer, por Tianqi Lithium Corporation; Cristóbal Eyzaguirre Baeza, por Nutrien Ltd., Cristián Reyes Cid, por la



Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile; y Mario Ybar Abad, Fiscal Nacional Económico (s), por la Fiscalía Nacional Económica, quienes dejaron minutas de sus exposiciones. Una vez finalizados los alegatos y, de conformidad con la disposición decimonovena del Auto Acordado de esta Magistratura sobre Ingresos, Formación de Tablas y Vista de las Causas, publicado en el D.O. de 3 de diciembre de 2009, el señor Presidente ofreció la palabra a la señora y los señores Ministros de la Sala para la realización de preguntas a los abogados litigantes en torno a diversos tópicos surgidos en la audiencia, luego de lo cual ésta se tuvo por concluida, convocándose para la adopción de acuerdo de estilo a la sesión extraordinaria del día jueves 25 de octubre de 2018, a las 15.00 horas;

4°. Que, con igual fecha, 22 de octubre de 2018, y en atención a la copiosa documentación acompañada por las partes al proceso constitucional, en resolución rolante a fojas 663, la Sala tuvo por acompañados los informes en derecho y las opiniones legales de don Francisco Zúñiga Urbina, a fojas 185; de don Javier Couso Salas, a fojas 225; de don Francisco Zapata Larrain, don Gastón Gómez Bernal y don Jorge Grunberg Pilowsky, todos acompañados a fojas 270; de don Sebastián Soto Velasco, a fojas 343; de don Ramiro Mendoza Zúñiga, a fojas 398; de don Alejandro Romero Seguel, a fojas 423; de don Jorge Correa Sutil, a fojas 449; y de doña Marisol Peña Torres, a fojas 601. En la aludida resolución se confirmó traslado de los mismos al resto de las partes del proceso constitucional, los que fueron evacuados por la Fiscalía Nacional Económica, fojas 670; por Nutrien Ltd., a fojas 680, 684 y 685; a fojas 731, por Tianqi Lithium Corporation; y a fojas 759, por las requirentes de inaplicabilidad;

5°. Que, así, constituida la Sala para la adopción de acuerdo de rigor en sede de admisibilidad, ésta ha logrado formarse convicción en cuanto a que la acción constitucional deducida no puede prosperar, por lo que será declarada inadmisibile al concurrir la causal prevista en el numeral 6° del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, esto es, adolecer de falta de fundamento plausible, conforme se expondrá latamente a continuación;

II. Del requerimiento incoado. Carácter decisivo de la norma y conflicto constitucional que plantean las requirentes

6°. Que, conforme consta en el expediente constitucional, las requirentes Sociedad de Inversiones Pampa Calichera S.A., Potasios de Chile S.A. e Inversiones Global Mining (Chile) Limitada, representadas convencionalmente por Sebastián Oddo Gómez, han accionado de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la norma enunciada precedentemente, cuyo tenor (en la parte ennegrecida) es el siguiente:

"Decreto Ley N° 211

(...)



Artículo 39º.- *El Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, será independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Podrá, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones.*

Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico:

(...)

ñ) *Suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados.*

El Tribunal tomará conocimiento del acuerdo en una sola audiencia, sin forma de juicio, convocada especialmente al efecto, dentro del quinto día hábil de recibidos los antecedentes, durante la cual podrá escuchar alegatos de las partes comparecientes al acuerdo, así como el parecer de quienes tengan interés legítimo. Se presumirá que tienen interés legítimo el Servicio Nacional del Consumidor y las asociaciones de consumidores establecidas en la ley Nº19.496. El Tribunal deberá aprobar o rechazar el acuerdo en un plazo máximo de quince días hábiles, contados desde la fecha de la audiencia. Estas resoluciones una vez ejecutoriadas serán vinculantes para las partes que comparecieron al acuerdo y en su contra sólo procederá el recurso de reposición;”.

7º. Que, enuncian las actoras que la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y Tianqi Lithium Corporation, habrían celebrado un acuerdo extrajudicial, posteriormente sometido a la aprobación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Dicho acuerdo no favorecería la libre competencia (fojas 2), sino que, *“por el contrario, autoriza a que un comprador participe en la propiedad y gestión de otro competidor directo, haciéndose de su información confidencial y económicamente sensible en el mercado del litio”*. No obstante ello, enuncian que con fecha 4 de octubre del año en curso, dicho Tribunal aprobó el anotado acuerdo extrajudicial, a lo cual interpusieron recurso de reposición, constituyendo la gestión en que se basa el libelo de inaplicabilidad incoado en estos autos (así, fojas 45);

8º. Que, centrando el conflicto constitucional que someten al conocimiento y resolución de este Tribunal, exponen que la norma cuestionada produciría, de ser aplicada en la aludida gestión, resultados contrarios a la Carta Fundamental desde su artículo 19 Nº 3, inciso sexto, arguyendo que no se habría respetado el debido proceso legal en la sustanciación del procedimiento ventilado ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Exponen a fojas 5 que *“no han tenido derecho a un verdadero contradictorio, lo que se traduce en la imposibilidad de oponerse, de rendir prueba, de objetar la prueba, así como tampoco deducir recursos que deban ser conocidos y resueltos por un tribunal distinto del que conoce y resuelve en primer grado; elementos todos esenciales y mínimos de la garantía constitucional del debido proceso legal, al que deben tener derecho todos quienes, sin ser parte directa en los acuerdos extrajudiciales que puede lograr la FNE con los investigados por eventuales*



actos, contratos o conductas contrarias a la libre competencia, tienen interés legítimo en ello”;

9°. Que, agregan las requirentes a fojas 10, en corolario de lo expuesto, que la norma cuestionada no contemplaría los elementos indispensables del debido proceso respecto de terceros con interés legítimo, en tanto ésta “[n]o confiere el derecho a hacer alegaciones, sino sólo a escuchar “el parecer de quienes tengan interés legítimo” en los alegatos; o sea, sólo admite la mera opinión de los terceros con interés legítimo, más (sic) no la defensa de sus intereses frente a situaciones actuales o que potencialmente tengan la aptitud de atentar contra la libre competencia y los derechos de los interesados.”. (Fojas 12);

10°. Que, finalmente, analizando el carácter decisivo de la norma que se cuestiona, argumentan que ésta establece un procedimiento contrario a la Constitución; sin ésta, “el H. TDLC no podría aprobar el acuerdo sometido a su conocimiento, sin la necesaria aplicación del precepto legal contenido en el inciso segundo del 39 (sic) ñ) del DL 211”. (Fojas 15);

III. De la inadmisibilidad del libelo

11°. Que, expuesto lo anterior, y en conformidad con el marco del debate delimitado por la resolución de esta Sala de fojas 157, corresponde analizar, a dicho respecto, el requerimiento deducido a fojas 1.;

1. Gestión pendiente

12°. Que, así y en primer lugar, procede resolver si la causa de fondo constituye o no gestión pendiente para efectos de plantear un requerimiento de inaplicabilidad, habiéndose debatido, en estos autos, largamente acerca de la naturaleza jurisdiccional o administrativa del proceso seguido, actualmente, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sosteniéndose por las partes que, en el primer caso, constituiría efectivamente una gestión pendiente que sirve de base a un requerimiento de inaplicabilidad; en tanto que, si se lo califica como administrativo, no sería útil para tal objeto;

13°. Que, sin embargo, el texto y espíritu de lo preceptuado en el artículo 93 inciso primero N° 6° de la Constitución es claro en cuanto a que constituye gestión pendiente para este efecto “cualquier” gestión, denotando el sentido amplio o extensivo con que el poder constituyente, en 2005, quiso caracterizar a toda asunto sometido a un tribunal ordinario o especial, lo cual queda ratificado por la fórmula utilizada en su inciso undécimo, al exigir, como requisito de admisibilidad, la existencia de “una” gestión pendiente ante dicho tribunal ordinario o especial;

14°. Que el mismo criterio debieron seguir, necesariamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 6° inciso primero de la Constitución, los ajustes introducidos a nuestra Ley Orgánica Constitucional para adecuarla a la aludida reforma de 2005,



como se verifica al revisar lo preceptuado en su artículo 31 N° 6, donde vuelve a emplear la locución constitucional “cualquier” gestión, al señalar las atribuciones que corresponden al Pleno de este Tribunal, y lo mismo sucede en el artículo 79 inciso primero, con el que se abre el párrafo dedicado a las cuestiones de inaplicabilidad, al disponer que “[e]n el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión”;

15°. Que, con todo, es cierto que hay oportunidades en que dicha ley emplea la expresión gestión seguida del vocablo “judicial”, como sucede, por ejemplo, en el inciso segundo del mismo artículo 79, en el artículo 82 inciso cuarto; en el artículo 84 inciso segundo e, incluso, en este mismo artículo, en su inciso primero N° 3, como causal de inadmisibilidad. Pero, en todos esos casos, naturalmente, una comprensión respetuosa de la Constitución no puede conducir a sostener que el legislador ha restringido lo previsto en ella, afectando el derecho de acceso a la justicia constitucional en los términos dispuestos por la Carta Fundamental, de tal manera que el empleo de la palabra “judicial”, en estas disposiciones legales, dice relación con que el asunto se encuentre pendiente en un tribunal, ordinario o especial, y no para comprimir el ámbito de asuntos en los que puede deducirse un requerimiento de inaplicabilidad, tal y como lo confirma, por ejemplo, el artículo 81 de la Ley Orgánica Constitucional, al utilizar las dos expresiones indistintamente, cuando dispone que “[e]l requerimiento podrá interponerse respecto de cualquier gestión judicial en tramitación, y en cualquier oportunidad procesal en que se advierta que la aplicación de un precepto legal que pueda ser decisivo en la resolución del asunto resulta contraria a la Constitución”;

16°. Que, finalmente en relación con esta materia y siguiendo la misma orientación interpretativa, no procede discutir aquí la calidad de parte que ostenta el requirente en la gestión pendiente, dada la certificación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pues tienen esa condición también quienes se incorporan al proceso como terceros, correspondiendo al juez del fondo decidirlo así y también determinar los derechos y facultades que le corresponden, en conformidad con la legislación procesal aplicable al caso o, si es procedente, dejar sin efecto ese pronunciamiento, si así lo estima procedente;

2. Fundamento plausible

17°. Que, en seguida, procede examinar si el requerimiento de fs. 1 cumple con el requisito de fundamento plausible, a propósito de lo cual es necesario señalar que el requirente ha solicitado la inaplicabilidad de todo el inciso segundo de la letra ñ) del artículo 39 del Decreto Ley N° 211, el cual comprende, al menos, seis materias: Primero, confiere al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la potestad de aprobar o rechazar el Acuerdo Extrajudicial que someta a su conocimiento la Fiscalía Nacional Económica; segundo, dispone que sus



resoluciones, una vez ejecutoriadas, serán vinculantes para las partes que comparecieron al Acuerdo; tercero, establece que, en su contra, sólo procederá el recurso de reposición; cuarto, señala que ante ese Tribunal podrán comparecer, además de quienes suscribieron el Acuerdo, quienes tengan interés legítimo; quinto, advierte que se presume que tienen dicho interés el Servicio Nacional del Consumidor y las asociaciones de consumidores establecidas en la Ley N° 19.496; y sexto, regula el procedimiento que se deberá seguir ante la Magistratura de Competencia para conocer del asunto, disponiéndose al efecto que ella tomará conocimiento del Acuerdo en una sola audiencia, sin forma de juicio, convocada especialmente al efecto y dentro del quinto día hábil de recibidos los antecedentes, durante la cual podrá escuchar alegatos de las partes comparecientes al acuerdo y de quienes tengan interés legítimo;

18°. Que de la lectura del requerimiento, tal como se ratificó durante la audiencia convocada por esta Sala para escuchar alegatos sobre la admisibilidad, surge indubitadamente que éste sólo se ocupa de una de las partes, de la última de las materias referidas en el considerando precedente, pues cuestiona parcialmente la aplicación del precepto legal, en la parte relativa a que el procedimiento que debe seguirse ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debe llevarse a cabo "*sin forma de juicio*", por cuanto vulneraría su derecho a un racional y justo procedimiento;

19°. Que, en estricto rigor, esta sola circunstancia podría conducir a esta Sala a desestimar el requerimiento de fs. 1 por adolecer de suficiente fundamento acerca de la preceptiva legal objetada. Sin embargo y tal como se ha hecho en otras ocasiones, tanto por esta Magistratura como por sus Salas, resulta procedente evaluar el precepto legal en la parte efectivamente impugnada, como si se hubiera deducido sólo respecto de ella. Decidirlo así, en este caso, por lo demás, no sólo se sustenta en las atribuciones del Tribunal Constitucional, sino que se justifica atendidas las evidentes características del asunto sometido a nuestra decisión por incidir en un tema de indudable interés público, incluso con efectos internacionales; por tratarse de una materia que, en estos términos, está siendo examinada por primera vez por esta Magistratura; por incidir en una de las alternativas procesales que los Organismos Antimonopolios tienen para cautelar el respeto de la libre competencia; y, especialmente, por el derecho que el requirente invoca como afectado, el cual requiere, siempre, particular cautela por parte del Tribunal Constitucional;

20°. Que, siendo así, tal y como lo expusieron todas las partes que han intervenido en estos autos, no resulta procedente efectuar aquí un control abstracto del procedimiento contemplado en el artículo 39 letra ñ) inciso segundo, ni resulta tampoco procedente evaluar las decisiones adoptadas por el legislador para establecer esa regulación en los términos que lo ha hecho, sino que la competencia de esta Magistratura exige evaluar si su aplicación resulta o no contraria a la Constitución en este caso concreto, habida consideración tanto de lo ya actuado en



la causa como de lo que, previsiblemente, pueda sobrevenir en sus momentos posteriores;

21°. Que, siguiendo este criterio, especialmente desde la perspectiva de quien ha requerido nuestra intervención, lo primero que cabe considerar es que se trata de un tercero –que no fue parte en el Acuerdo Extrajudicial, aunque intervino en la etapa de investigación llevada a cabo por la Fiscalía Nacional Económica- a la cual se le ha reconocido legitimidad para participar en el procedimiento que actualmente se sigue ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia;

22°. Que, en seguida, el planteamiento basal de las requirentes radica en que *"(...) han carecido de un debido proceso, vulnerándose así la Carta Fundamental. En síntesis, mis representadas no han tenido derecho a un verdadero contradictorio, lo que se traduce en la imposibilidad de oponerse, de rendir prueba, de objetar la prueba, así como tampoco deducir recursos que deban ser conocidos y resueltos por un tribunal distinto del que conoce y resuelve en primer grado; elementos todos esenciales y mínimos de la garantía de la garantía constitucional del debido proceso legal (...)"* (fs. 5 de estos autos constitucionales);

23°. Que, para evaluar la objeción constitucional planteada en este caso concreto, es útil considerar, desde luego, que no parece plausible sostener que las requirentes hayan carecido de un "verdadero contradictorio, lo que se traduce en la imposibilidad de oponerse (al Acuerdo Extrajudicial)", en circunstancias que no sólo concurren a la fase de investigación aportando antecedentes y argumentaciones tendientes a que no se adoptara o a que su contenido fuera sustancialmente distinto, sino que se opusieron formulando alegaciones por escrito y también en la audiencia convocada para ese efecto, por mandato expreso de la ley, instando por el rechazo del referido Acuerdo; que han acompañado documental, han presentado un recurso de reposición pendiente ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el cual, además, solicitan una diligencia, y se encuentran hoy ejerciendo el derecho que les confiere el artículo 93 inciso primero N° 6° de la Constitución ante esta Magistratura.

Que, por su parte, en cuanto al derecho "de rendir prueba, de objetar la prueba", consta en la gestión pendiente que las requirentes han aportado documental que sustentaría sus alegaciones, sin que aparezca que hayan pedido la apertura de un término probatorio ni que hayan solicitado diligencias, salvo el oficio que se pide en el otrosí del escrito de reposición (fs. 78 de estos autos constitucionales), cuya resolución se encuentra pendiente, a raíz de la suspensión concedida por esta Magistratura a petición de las requirentes. Y tampoco consta que se hayan opuesto o que hayan objetado los documentos presentados por los demás intervinientes en esa causa, pues han controvertido, frontal y directamente, la suficiencia de las medidas de mitigación contenidas en el Acuerdo que, a su juicio, no serían suficientes para precaver el riesgo del *"(...) intercambio ilícito de Información Comercialmente Sensible de SQM en el Negocio del Litio a Tianqi (...)"* (fs. 783) que, indudablemente, constituye una imputación lesiva de la libre



competencia, lo cual ha motivado el Acuerdo que debe ser evaluado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o por aquellos que, conforme a la legislación vigente, conozcan este asunto en lo sucesivo.

Que, en fin, respecto del derecho a "deducir recursos que deban ser conocidos y resueltos por un tribunal distinto del que conoce y resuelve en primer grado", cabe considerar, por una parte, que la causa ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia todavía no ha concluido y que, tal y como lo han expresado, sin excepción, quienes han intervenido en estos autos oponiéndose al requerimiento de inaplicabilidad, las requirentes disponen todavía de todas las acciones que contempla el ordenamiento jurídico para hacer valer sus derechos, pues el Acuerdo Extrajudicial y lo que, en definitiva, resuelva aquel Tribunal, no es vinculante para ellas;

24°. Que, en fin y aun cuando queda desvirtuado que, en el caso concreto, la aplicación de lo preceptuado en el artículo 39 inciso segundo letra ñ) resulta contraria al derecho de la requirente a un procedimiento racional y justo, igualmente es útil repasar sus actuaciones más relevantes en la gestión pendiente:

a) Con fecha 29 de junio de 2018, y mediante correlativo ingreso N° 02672-18, Sociedad de Inversiones Pampa Calichera S.A., Potasios de Chile S.A. e Inversiones Global Mining (Chile) Limitada solicitaron hacerse parte en la investigación y aportaron antecedentes (fs. 67 de la gestión pendiente).

b) A fs. 222, el 10 de septiembre de 2018, las requirentes se hicieron parte ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia invocando un interés legítimo para ello, dejando constancia que habían sido parte de la fase investigativa, sosteniendo que "(...) el procedimiento administrativo Rol 2493-18 FNE (en el cual mis representadas intervinieron como terceros interesados), el Acuerdo Extrajudicial propuesto por la FNE y Tianqi Lithium, así como la audiencia que tendrá lugar ante el H. Tribunal el próximo jueves 13 de septiembre, tienen directa incidencia en la propiedad sobre la Sociedad Química y Minera de Chile S.4., compañía en la cual Pampa Calichera, Potasios y Global Mining tienen una importante participación accionaria, ascendente al 31,9463% y que, además, constituye su único activo subyacente. En consecuencia, los derechos e intereses actuales y futuros de mis representadas guardan estricta y directa relación con la Operación objeto de la propuesta de Acuerdo Extrajudicial, de modo tal que la decisión que se adopte por el H. Tribunal puede incidir en ellos (fs. 223 de la gestión pendiente).

c) A fs. 276, las tres requirentes se anunciaron para alegar ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en la audiencia dispuesta conforme al literal ñ).

d) A fs. 332, se hace parte Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores, que ha comparecido también ante esta Magistratura en favor del requerimiento de fs. 1, oponiéndose al Acuerdo, por cuanto "(...) la limitada información que ha sido publicada en relación a dicho



acuerdo y que ha podido ser recabada en el corto lapso que ha ocurrido entre el inicio de este proceso y la fecha actual, da claras muestras de que el acuerdo sometido a conocimiento de V.S. es insuficiente para garantizar la libre competencia en los mercados (fs. 333-334).

e) A fs. 493, consta la Minuta del Alegato planteado por las requirentes en la audiencia convocada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los documentos acompañados al *effectum videndi*, a lo largo de más de trescientas páginas, donde se plantea, en primer lugar, *“que las autoridades encargadas de velar por la libre competencia en el derecho comparado, para casos análogos al de estos autos, declaran ser proclives y utilizar de forma preferente la exigencia e imposición de medidas de carácter estructural para mitigar los riesgos anticompetitivos. De forma tal que, el eventual abanico de medidas conductuales, son necesariamente complementarias a las estructurales”* (fs. 493)

Y, en seguida, en lo que lejos de constituir un reproche a la letra ñ) en relación los derechos de las requirentes, sino para sustentar su petición de rechazo al Acuerdo, se expone que *“[e]s jurisprudencia uniforme del H. Tribunal que la especie de procedimiento dispuesto en el artículo 39 letra ñ) del Decreto Ley N° 211, es de breve plazo y carece de una etapa procesal para recabar mayores antecedentes (especialmente en casos de mercados complejos de analizar, como el de la especie), lo cual dificulta en dicha sede realizar un análisis de competencia acabado y adecuado para cautelar la libre competencia de los mercados. Atendido lo anterior, es de toda razonabilidad rechazar este Acuerdo extrajudicial para que, eventualmente en el futuro, la operación se someta a un análisis competitivo dentro de un procedimiento acorde a la complejidad del mercado en estudio”* (fs. 493-494).

f) Finalmente, al revisar el recurso de reposición, acompañado a fs. 45 de estos autos constitucionales, las requirentes objetan, primeramente, la decisión aprobatoria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por una cuestión de derecho, consistente en que dicha Tribunal habría omitido *“(...) pronunciarse respecto del contenido del Acuerdo Extrajudicial que fue sometido a la consideración de este H. Tribunal, que es el objeto y la finalidad para la cual existe el procedimiento previsto en el artículo 39 letra ñ) del DL N° 211, y en definitiva, visó o ratificó las conclusiones a las que había llegado la Fiscalía Nacional Económica -de la mano de Tianqi-, sin ofrecer razón alguna para ello”* (fs. 46 de estos autos constitucionales).

En la misma línea, se argumenta más adelante que *“(...) la resolución impugnada, en lugar de abocarse al análisis de suficiencia de las medidas contenidas en el Acuerdo, dirigió su atención y escrutinio a las objeciones planteadas por los intervinientes que se opusieron a su aprobación, rechazándolas una a una en breves consideraciones”* (fs. 56).

En fin, el recurso de reposición cuestiona la eficacia de las medidas contenidas en el Acuerdo, pues *“(...) permiten fácilmente que se transmita la información sensible que se busca cautelar (...)”* (fs. 51); y que *“(...) no establece ni contempla sanción alguna para Tianqi en el evento que tal transmisión se verifique, ni*



tampoco para el evento que el Acuerdo sea incumplido. De esta manera, carece del elemento disuasivo necesario para asegurar su cumplimiento" (fs. 51-52);

25°. Que, en consecuencia, no aparece precisamente fundado el requerimiento para exponer, circunstanciadamente, cómo la aplicación de lo dispuesto en el artículo 39 letra ñ) inciso segundo resulta o podría resultar contraria al derecho de las requirentes a un procedimiento racional y justo porque han podido actuar, sin limitaciones, conforme al procedimiento previsto en dicho literal -cuya evaluación en abstracto no es procedente efectuar aquí-, el cual les garantiza que el Acuerdo Extrajudicial sea sometido a aprobación o rechazo ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; les ha permitido formular alegaciones, desarrollar sus argumentos y acompañar documentos; controvertir los planteamientos contrarios y objetar, a su vez, los instrumentos aportados por los demás intervinientes; recurrir de reposición y plantear este requerimiento de inaplicabilidad. Todo ello, sin que el Acuerdo Extrajudicial llegue a ser, en modo alguno, vinculante para ellas y quedando a su disposición las acciones que el ordenamiento jurídico les confiere tanto a nivel nacional como internacional, existiendo también, en lo más específico, la vía de impugnación que establece el artículo 32 del Decreto Ley N° 211.

Máxime, si durante ese procedimiento y aun en el recurso de reposición no han objetado el proceso por la afectación de sus derechos constitucionales pidiendo, por ejemplo, que se abriera un término probatorio, solicitando diligencias (salvo en el otrosí de la reposición), recurriendo de nulidad o acudiendo a otros medios para impugnar lo que, recién ahora, se plantea en el requerimiento de fs. 1;

26°. Que, en función del requerimiento presentado, al no objetar el inciso primero del artículo 39, literal ñ), del D.L. N° 211, el acuerdo extrajudicial que rola bajo el N° 16-2018, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, mantiene incólume su contenido. Esto implica que la cuestión de fondo relativa a los cuestionamientos relativos al mercado del litio, el efecto de la libre competencia en el mismo y sus consecuencias económicas, no se ha sometido al conocimiento de esta Magistratura;

27°. Que, por todo lo anteriormente expuesto, el requerimiento debe ser declarado inadmisibile, conforme a lo previsto en el artículo 84 N° 6 de nuestra Ley Orgánica Constitucional.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 6°, 7° y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política y en los artículos 84, N° 6 y demás pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura,



SE DECLARA:

- 1º. INADMISIBLE** el requerimiento deducido a lo principal, de fojas 1.
- 2º. Álcese la suspensión** del procedimiento decretada en autos. Ofíciase.

DISIDENCIA

Acordada la inadmisibilidad con el voto en contra de los Ministros señores Cristián Letelier Aguilar y Nelson Pozo Silva, quienes no divisan la concurrencia de las causales de inadmisibilidad previstas en el artículo 84 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, en base a las siguientes argumentaciones:

I. Cuestiones previas

1º. Que, como cuestión previa, cabe exteriorizar que este Tribunal ha señalado que “[...] tiene competencia para conocer y resolver requerimiento de inaplicabilidad, aun tratándose de un precepto legal promulgado con anterioridad a la Constitución de 1980 y que posiblemente sea incompatible con ella. En la institucionalidad chilena, el concepto de control concentrado de constitucionalidad radicado en el Tribunal Constitucional es categórico. Y así, por lo demás, ha sido resuelto por esta sede incluso respecto de leyes preconstitucionales” (STC Rol 2701, c.1º). Asimismo, ha dispuesto que “La discrepancia entre preceptos de distinta jerarquía –una ley y la Constitución- constituye una cuestión de supremacía constitucional que debe ser resuelta por esta Magistratura” (STC roles 2701, c.1º; 943 c.8º); En clave doctrinaria, este Tribunal Constitucional es “el único órgano jurisdiccional llamado a pronunciarse sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal” (STC roles 2701, c 1º y 597, c. 11º);

2º. Que esta Magistratura ha expresado, de manera categórica, que: el requerimiento de inaplicabilidad procede contra un precepto legal, de cualquier naturaleza, que se estima contrario a la Carta Fundamental, la exigencia constitucional se completa si dicho precepto legal puede resultar decisivo en la resolución del asunto o gestión pendiente, lo que implica que la inaplicabilidad declarada deba ser considerada por el juez llamado a resolverla, tanto en lo que se refiere a los fundamentos de ésta cuanto a todo otro razonamiento que implique que la decisión del asunto no resultará contraria a la Constitución.

Al respecto, debe recordarse que en el debate sostenido al interior de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política, a propósito del recurso de inaplicabilidad, consagrado, originalmente, en su artículo 80, se dejó en evidencia la



estrecha relación entre esta acción constitucional y el principio de supremacía constitucional. En este sentido, el comisionado Jaime Guzmán expresaba: "... en realidad, el problema que les ocupa en este momento es el de cómo garantizar la supremacía constitucional. Si se mira el tema en su conjunto, verán que la supremacía constitucional tiende a impedir que una ley contraria a la Carta Fundamental surta efectos, ya sea que éstos se refieran a un particular determinado o a la comunidad en general". Agregaba que: "...hay que establecer algún órgano que vele por la supremacía constitucional. Si se recoge el artículo 86 de la Constitución, se verá que, en realidad, está mal ubicado en el Capítulo relativo al Poder Judicial, un recurso que debiera estar más bien ubicado en el tema de la formación de las leyes y en el modo de velar por la supremacía constitucional" (*Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República*, sesión N° 286, 21 de abril de 1977, pág. 989).

La exigencia contenida en el artículo 93, inciso undécimo, en orden a que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, no puede, entonces, interpretarse prescindiendo de la finalidad que anima a la institución de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. Esta conclusión resulta plenamente consecuente con el criterio de interpretación finalista o teleológico, que ha orientado la jurisprudencia de este Tribunal, y que postula que sobre el tenor literal de una disposición debe predominar la finalidad del precepto que la contiene, ya que este elemento revela con mayor certeza jurídica su verdadero alcance, puesto que las Constituciones no se escriben simplemente porque sí, sino que cada una de las normas tiene su *ratio legis* y su propia finalidad. (Sentencia de 31 de enero de 2006, Rol N° 464, c.6°)(STC 472 c.11°);

3°. Que la noción de discrecionalidad puede entenderse en el plano de la autoridad administrativa como el "actuar con objetividad tanto en la sustanciación del procedimiento como en las decisiones que adopta... esta potestad debe concluir con una decisión debidamente fundada, por aplicación del principio de imparcialidad... que exige que los actos administrativos deben ser motivados, esto es, se deben señalar los hechos y fundamentos en que se sustentan" (Corte Suprema, Rol N°2012-2018, de 5 de mayo de 2008, Revista Gaceta Jurídica N°335).

Que la discrecionalidad técnica consiste que cuando en presencia de determinadas circunstancias de hecho, la autoridad administrativa tiene libertad para decidirse y tomar cual y tal medida. "La discrecionalidad consiste, pues, en un margen de apreciación del interés público concreto, a fin de decidir sobre la oportunidad de actuar o sobre el contenido de la actividad..." (Fernández Vázquez, Diccionario de Derecho Público, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981, p.248).

"Dos elementos que nunca pueden quedar entregados a la discrecionalidad son la competencia del órgano y la finalidad que debe ser cumplida..." (Corte Suprema, Rol N°50-2005, Revista Gaceta Jurídica, N°297).



Que atendido lo antes expuesto, la **"discrecionalidad judicial"** es aquel ámbito en que el órgano competente, en cumplimiento de cometido puede ejercer una facultad que le otorga el ordenamiento jurídico para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa o para hacerla de una u otra manera.

Si bien la discrecionalidad no es sinónimo de "arbitrariedad". Al ejercer las facultades discrecionales el órgano jurisdiccional, no decide ni actúa caprichosamente, puesto que la discrecionalidad es sólo la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de lo razonable. Es lo que sucede con la admisibilidad en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad;

II. Razonamientos de admisibilidad de la Segunda Sala

4°. Que el examen de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad, implica razonar sobre los requisitos y presupuestos de la acción constitucional deducida en virtud del artículo 93, N°6, de la Constitución. El procedimiento de examen de admisibilidad requiere el cumplimiento de aquellos numerales 1 a 6 inclusive, del artículo 84, de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. El indagar sobre dichos requisitos lleva aparejado una labor ponderativa del sentenciador, más aún, una **"función discrecional"**, donde sin entrar al fondo del asunto debe existir el cumplimiento de estándares mínimos para fundar la resolución en uno u otro sentido. Los factores determinantes considerados en el ya citado artículo 84, radican por regla general en que el precepto legal cuestionado no ha de tener aplicación o no resulta decisivo en la resolución del asunto y/o que carezca de fundamento plausible;

5°. Que todo razonamiento (jurídico) es una secuencia de dos o más enunciados asertivos, formulada con la pretensión o creencia de que uno de los enunciados de la secuencia es apoyado o justificado por los restantes enunciados integrantes del proceso argumentativo. En las sentencias judiciales, cuya conclusión es un enunciado prescriptivo y cuya premisa son todas ellas enunciados asertivos, cabe considerar que un razonamiento deductivamente válido, no podría probar ni que su conclusión es consecuencia ilícita de sus premisas, ni tampoco que su conclusión es verdadera.

En efecto, el examen de admisibilidad no se pronuncia sobre la veracidad de las premisas propuestas por el requirente, sino que es un razonamiento intermedio que sólo determina la existencia o no de requisitos primarios establecidos en el artículo 84 de la Ley 17.997, por lo tanto, su exigencia resulta básica, donde el estándar de los requisitos de admisibilidad se asimilan a enunciados genéricos o entimemáticos, en el cual algunas de las premisas no se explicitan pero se sobreentienden por el contexto, tal como sucede con el numeral 6, del citado artículo 84, relativo al estándar del "fundamento plausible";



6°. Que, en el último tiempo, ha existido un criterio de admisibilidad "apertus" de la Segunda Sala, en cuanto a la ponderación de sus parámetros en relación a la admisibilidad de las acciones impetradas, tomando en consideración que, en caso de duda, existirá una aplicación del Principio pro requirente. Se ha razonado así, sobre admisibilidad en materia de ley de armas, ley Emilia, ley sobre Cuentas Corrientes y Cheques y otras, argumentando que ellas deben ser resueltas por el Pleno, al no existir una jurisprudencia pacífica en relación a estas;

III. Principio pro requirente

7°. Que este órgano jurisdiccional ha estimado en forma reiterada en su jurisprudencia que: "...resulta impropio sostener que la admisibilidad de un requerimiento impida el posterior pronunciamiento de fondo sobre el carácter decisivo de la norma impugnada. Mientras **el juicio de admisibilidad es un juicio de posibilidad atenuado, inspirado en principios como el de pro-requirente**, la sentencia de inaplicabilidad importa un nivel de exigencia de "barreras" establecidas para dar continuidad al proceso constitucional (STC ROL 2237, c.16)" (disidencia de los Ministros Marisol Peña Torres y otro, STC ROL N° 2440-13);

8°. Que, en términos simples y prístinos, el principio pro-requirente va aparejado con la tutela judicial que reconoce la Constitución en nuestro país, para que el control de constitucionalidad de los actos estatales y de la ley, denoten una presunción de constitucionalidad que cede en el evento de que exista un acto sospechoso y que la Carta Fundamental sea concluyente a fin de que el sistema constitucional tenga armonía y eficiencia;

9°. Que esta Magistratura, en STC Rol N° 280-1998, en sus considerandos cuarto y quinto configuran el principio pro-requirente en un sentido que favorezca "pro actione" la tutela judicial constitucional, como asimismo, el desarrollo en la sentencia Rol N° 1288-2008, que reafirma la competencia en la Constitución de esta Judicatura y da pábulo a una tutela judicial del Derecho de la Constitución;

IV. Garantía del debido proceso

10°. Que sin entrar al fondo del asunto, sino más bien como referencial de la garantía constitucional invocada por el actor, el principio del debido proceso alegado por la requirente y señalado en el artículo 19, N° 3, constitucional, nos conduce a la presencia implícita de los principios de la bilateralidad de la audiencia, de la prueba, de la eventual necesidad de suspensión del procedimiento, etcétera. Todos ellos rasgos fundamentales que integran el debido proceso;

11°. Que, se ha entendido por la doctrina y la jurisprudencia nacional, que el establecimiento de garantías de un procedimiento y una investigación racional y justa, implica, necesariamente, que la existencia de estas mínimas condiciones de un racional y justo proceso que se permita el oportuno conocimiento de la acción,



adecuada defensa y producción de la prueba que correspondiere (Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio; Nogueira, Humberto. *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, Ed. Jurídica. Santiago de Chile, 1997, p. 223);

12°. Que, en resumen, la circunstancia de que la oración “sin forma de juicio”, aparentemente, vulneraría el concepto que esta Magistratura ha denotado como propio de la conceptualización del debido proceso, a lo menos se requiere un pronunciamiento del Tribunal Pleno sobre este tópico. Esto en criterio de los disidentes implica que la expresión “sin forma de juicio”, *per se* configura una infracción de índole constitucional que requiere una decisión de esta judicatura;

V. El conflicto jurídico: un dilema a dilucidar

13°. Que, el 11 de octubre del presente año, esta Segunda Sala acogió a tramitación el requerimiento deducido a fojas 1 y citó a alegatos de admisibilidad para el día 22 de octubre en relación a tres aspectos, a saber: 1) la existencia de gestión pendiente; 2) el eventual carácter jurisdiccional de la misma y, 3) el fundamento plausible del requerimiento deducido a lo principal, de fojas 1.

Se procederá a analizar cada uno de los aspectos mencionados para arribar a la conclusión de la admisibilidad, como se expresa a continuación;

14°. La existencia de gestión pendiente: la causa Rol AE N°16-2018 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC), caratulada “Acuerdo Extrajudicial entre FNE y Tianqi Lithium Corporation” ingresó a dicho tribunal como una solicitud de la FNE para la aprobación de un acuerdo extrajudicial con Tianqi Lithium Corporation (en adelante Tianqi). El acuerdo se originó en una investigación iniciada por la FNE al recibir una denuncia de la Corporación de Fomento de la Producción en relación a los posibles efectos anticompetitivos que se podría generar en el mercado del litio, por la adquisición de la participación accionaria de Nutrien Ltd. en SQM por parte de Tianqi.

En el referido acuerdo extrajudicial se presentaron una serie de medidas de mitigación de carácter conductual que, a juicio de la FNE “propenden de manera suficiente a mitigar los riesgos detectados”.

El acuerdo extrajudicial fue aprobado el 04.10.2018 concluyendo el TDLC que “las medidas propuestas en el Acuerdo Extrajudicial son proporcionales y suficientes para mitigar los riesgos identificados” (c. decimoctavo).

En virtud de esta resolución es que se presenta un recurso de reposición –por la requirente de autos- contemplado en el artículo 39, letra ñ) del D.L. N°211, en el que solicita el rechazo del acuerdo por los motivos que indica. Recurso de reposición que se encuentra pendiente ante el TDLC;

15°. El eventual carácter jurisdiccional de la gestión pendiente: En cuanto a resolver si la gestión pendiente de autos constituye una manifestación de la función jurisdiccional prevista en el artículo 76 constitucional, es necesario tener



presente, en primer lugar, que la Ley N°19.911, de 2003, creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, estableciendo que es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema y cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia.

En segundo lugar, se ha entendido la jurisdicción "como sinónimo de competencia, esto es, como la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de las materias que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus funciones".

En tercer lugar, el artículo 39, letra ñ), inciso segundo, del D.L. N° 211 le confiere al TDLC la competencia para conocer los acuerdos extrajudiciales entre la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE) con los agentes económicos respectivos y el deber del tribunal referido de aprobar o rechazar dichos acuerdos. Estas facultades de "conocer" y "resolver" son justamente a las que se refiere el artículo 76 constitucional.

Cabe señalar, que las resoluciones por las cuales el TDLC aprueba o rechaza los acuerdos extrajudiciales "una vez ejecutoriadas serán vinculantes para las partes que comparecieron al acuerdo", característica que poseen las resoluciones judiciales, las que una vez firmes o ejecutoriadas adquieren la autoridad de cosa juzgada.

Por último, mencionar que en contra de las resoluciones que el TDLC aprueba o rechaza los acuerdos judiciales procederá solamente el recurso de reposición, que es un medio de impugnación de una resolución judicial, característica de la jurisdicción.

En relación a la facultad jurisdiccional del TDLC esta Magistratura se ha pronunciado favorablemente en sentencias Roles N°s 2381 c.17 y 2658 c.9, señalando que "aparece suficiente que el citado Decreto Ley N°211 garantice que la aplicación de las sanciones le corresponde a un órgano jurisdiccional, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (artículo 5°), que además revista las características de ser colegiado, de excelencia y especializado (artículo 6°). A lo que se suma que a los sancionados por dicho tribunal se les abre la posibilidad de entablar un recurso de reclamación para ante la misma Corte Suprema (artículo 27)".

Asimismo, esta Magistratura ha expresado respecto del TDLC que "si bien la mayoría de los tribunales conocen también de asuntos administrativos, cabe recalcar que en el caso preciso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia las atribuciones que se enmarcan dentro de dicha especie son tan relevantes para la realización de su cometido, esto es, la defensa de la libre competencia, como las atribuciones jurisdiccionales. Ello ha llevado a un autor a sostener que *"paradójicamente, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es más que un órgano jurisdiccional, puesto que exhibe una variedad de funciones extrajurisdiccionales inusuales en un tribunal, lo que ha llevado a ciertas confusiones*



en la caracterización del mismo.” (Domingo Valdés Prieto, “Libre competencia y monopolio”, Editorial Jurídica de Chile, año 2006, p.585). (STC Rol N°1448 c.15).

Por lo anteriormente señalado es que a juicio de estos Ministros el recurso de reposición ante el TDLC bajo el Rol AE N°16-2018 forma parte de la función jurisdiccional de dicho órgano y por tanto, se cumple con la exigencia de una gestión pendiente;

VI. Carácter constitucional involucrado en el caso concreto. Fundamento plausible del requerimiento de inaplicabilidad deducido

16°. Que el requirente expresa en el libelo a fojas 5 que ha habido una afectación al debido proceso, pues si bien el TDLC reconoce el interés legítimo y calidad de parte de la requirente, para participar en el procedimiento de aprobación de acuerdo “mis representadas no han tenido derecho a un verdadero contradictorio, lo que se traduce en la imposibilidad de oponerse, de rendir prueba, de objetar la prueba, así como tampoco deducir recursos que deban ser conocidos y resueltos por un tribunal distinto del que conoce y resuelve en primer grado; elementos todos esenciales y mínimos de la garantía constitucional del debido proceso legal, al que deben tener derecho quienes, sin ser parte directa en los acuerdos extrajudiciales que puede lograr la FNE con los investigados por eventuales actos, contratos o conductas contrarias a la libre competencia, tienen interés legítimo en ello.”.

Alega el requirente además -a fojas 6- que “un acuerdo extrajudicial puede aprobarse prácticamente en secreto”; que es una operación en extremo costoso para aprobarse en 15 días y que existe como “única vía de impugnación un recurso que será conocido por el mismo Tribunal y sin posibilidad de revisión por parte de un superior jerárquico, ni mucho menos una segunda instancia”.

Lo anteriormente señalado infringe a juicio del actor el debido proceso, que tiene elementos mínimos como “la bilateralidad de la audiencia, la oportunidad para producir, rendir y objetar prueba y la de deducir recursos o vías de impugnación”.

Luego, el requerimiento expresa la forma en que la aplicación de la norma impugnada afecta el debido proceso a fojas 11, 12 y 13:

“a) No contempla una forma de notificación que permita que terceros hagan valer sus derechos (...): en el caso concreto, la resolución de inicio fue notificada por el estado diario el día viernes 7 de septiembre por la tarde, evitando el conocimiento oportuno por terceros interesados, quienes “por suerte” tuvieron noticia del mismo y sólo tuvieron hasta el día 13 de septiembre (a las 12:00 horas) para leer, investigar y analizar un mercado y operación en extremo compleja. Ese es el ejemplo vívido de la falta de oportunidad en el conocimiento de la pretensión.



b) No contempla debido acceso a la información, ni posibilidad de objeción a la evidencia: el expediente administrativo que la Fiscalía acompañó al H. TDLC y que es visible para los terceros legitimados, es un documento completamente tarjado cuyo contenido casi en su totalidad es ilegible y que, además, fue incorporado al proceso "sin citación" para las demás partes (...).

c) No confiere el derecho a hacer alegaciones, sino sólo a escuchar "el parecer de quienes tengan interés legítimo" en los alegatos; o sea, sólo admite la mera opinión de los terceros con interés legítimo, más no la defensa de sus intereses (...).

d) No otorga una oportunidad procesal para oponerse formalmente a la solicitud de aprobación extrajudicial del acuerdo, en circunstancias que este acuerdo fue celebrado a puertas cerradas entre la FNE y Tianqi.

e) No permite rendir prueba, no indica normas para su valoración, ni contempla la existencia de un período probatorio para acreditar los hechos.

f) No permite impugnar la prueba hecha valer por los interesados directos."

17°. Que, por consiguiente, respecto de la causal de inadmisibilidad del artículo 84, N°6, Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal, esta judicatura ha sostenido que la exigencia constitucional de inaplicabilidad, para los efectos de declarar su admisibilidad, supone una condición que implica –como exigencia básica– la aptitud del o de los preceptos legales objetados para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución lo que debe ser expuesto circunstanciadamente, agregando que "la explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada." (STC Roles N°s 482, 483, 484, 490, 491, 492, 494, 1665, 1708, 1839, 1866, 1935, 1936, 1937, 1938, 2017, 2050, 2072, 2088, 2089, 2090, 2227, 2349, 2494, 2549, 2622, 2630, 2807 y 3229, entre otras).

De los antecedentes que constan en el expediente, se desprende que lo anteriormente señalado ocurre, existe un fundamento plausible para requerir de inaplicabilidad al describir tanto los hechos y fundamentos en que se apoya, el vicio que adolece la aplicación de la norma (procedimiento en una sola audiencia y sin forma de juicio) y la inconstitucionalidad imputada (artículo 19, N°3 constitucional relativo al debido proceso), desarrollados estos puntos a fojas 11, 12 y 13 del expediente;

18°. Que lo aseverado en el párrafo anterior, es suficiente para dar por cumplido el requisito del numeral 6° de las causales de admisibilidad.

El impedimento expresado en la frase "**sin forma de juicio**" lleva implícito la causal de vulneración constitucional que señala el artículo 19, N°3, inciso sexto, de la Constitución Política de la República, elemento que permite sin más que esta Magistratura entre a conocer la materia deducida por el actor constitucional a fojas 1 y siguientes en su libelo de inicio del procedimiento;



VII. La constitucionalidad del problema deducido

19°. Que, dentro de las manifestaciones del Orden Público Económico en la legislación se encuentra la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, tal como expresa el profesor Fernandois en su libro "*Derecho Constitucional Económico*" Tomo I, Ediciones UC, Segunda Edición, 2011, p. 40, "la propiedad minera es la más vistosa de las excepciones a la libre apropiabilidad de los bienes, es decir, a la propiedad privada de los bienes." Agregando que "La libertad económica y libre apropiabilidad se refuerza por la misma ley." Y a continuación cita el artículo 5° de la Ley N°18.097: "Toda persona puede adquirir a cualquier título, dichas concesiones mineras, o cuotas de ellas, sobre las sustancias que esta ley determina. Sólo se exceptuarán aquellas personas que señale el Código de Minería en disposiciones que deberán aprobarse con quórum calificado de acuerdo a las normas constitucionales vigentes." (Arturo Fernandois, *op. cit.*, p. 40).

Entre estas excepciones a las que hace mención el artículo 5° de la Ley N°18.097 es que se encuentra el litio;

20°. Que, **el litio es una sustancia no susceptible de concesión minera** (no concesible), atendido el artículo 3° de la Ley N°18.097, Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras. Lo anterior fundado en el D.L. N°2886 del año 1979 que "Deja sujeta a las normas generales del Código de Minería la constitución de pertenencia minera sobre carbonato de calcio, fosfato y sales potásicas, **reserva el litio en favor del Estado** e interpreta y modifica las leyes que se señalan", considerando que "el interés nacional exige, en cambio, reservar para el Estado el litio, con las excepciones necesarias para resguardar debidamente los derechos de los particulares".

De la misma forma lo recoge el Código de Minería en su artículo 7°. El legislador lo establece conforme a esa naturaleza, precisamente por la existencia de un interés mayor, el interés nacional y a una gran importancia a nivel económico. Por ello, es que solamente el Estado podrá explorar o explotar las sustancias no concesibles de concesión minera, como el litio, directamente o por sus empresas. Tanto es así, que de encontrarse tales sustancias no concesibles por un particular o privado, con ocasión de la explotación o explotación de pertenencias, tienen que comunicar al Estado.

Es así que, desde la vigencia del referido decreto ley, el litio queda reservado al Estado, por exigirlo así el interés nacional (artículo 5°, D.L. N° 2886);

21°. Que, de esta forma, en el caso concreto, el acuerdo extrajudicial entre FNE y Tianqi, aprobado por el TDLC versa sobre la sustancia no concesible: litio, materia de gran importancia económica para el país y que en virtud del interés nacional que genera, se encuentra reservado para el Estado, por ende, cualquier afectación relacionada con las económicas que pudiese generar el acuerdo al respecto, afectaría el bien común y en consecuencia el orden público económico.



De lo anterior, se concluye por estos disidentes que el conflicto constitucional sometido a la decisión de esta Magistratura consiste en el procedimiento de aprobación de un acuerdo extrajudicial por el TDLC, que si no cumplen con las garantías del debido proceso, podría producir un resultado contrario a la Constitución, afectando tanto las garantías de numeral 3º, artículo 19, constitucional como el bien común garantizado por la Carta Fundamental, situación que puede evitarse a través del pronunciamiento de fondo por el Pleno de este Tribunal;

VIII. Los problemas de derecho involucran un sello moral

22º. Que en un Estado constitucional, para ser válidas, las normas tienen que no contradecir la Constitución, además, de no ir en contra de los principios y de los derechos fundamentales allí recogidos. Los órganos públicos, en particular, **los judiciales**, no pueden limitarse a tomar decisiones: tienen que dar en relación con las mismas, razones de una cierta calidad (Manuel Atienza, *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el derecho*, Ed. Pasos Perdidos, España, 2013, p.34);

23º. Que, a su vez, los límites entre el Derecho, la moral y la política tienden a desvanecerse o, al menos, las fronteras entre estos tres clásicos campos de la "razón práctica" se hacen más fluidos: los principios y valores morales y políticos (incorporados a la Constitución) forman parte del Derecho y, en consecuencia, el razonamiento jurídico a partir de estos materiales no puede verse como una razonamiento insular; los elementos morales y políticos juegan también un papel, aunque eso no signifique desconocer las peculiaridades de la argumentación judicial (Atienza, *op.cit.*, pp. 34-35);

24º. Que, la idea fundamental, es que al concepto de Derecho deben integrarse dos elementos: uno **autoritario** y otro **valorativo**. El Derecho no puede ser visto exclusivamente como una realidad dada, como el producto de una autoridad, sino como una práctica social que incorpora una pretensión de justificación o de corrección. Ello implica que los derechos humanos no son simplemente convenciones, sino que tienen su fundamento en la moral universal, la cual está presente, obviamente, en la garantía del debido proceso;

IX. Materias propias a resolver por el Pleno de este Tribunal

25º. Que, determinadas materias atendida su relevancia, su connotación económica y el hecho que pueda afectar a terceros, como lo señaló en estrado el letrado que representó a **Conadecus**, en criterio de estos disidentes y por no tratarse de un tema pacífico, debía conocerse por el Pleno del Tribunal Constitucional;

26º. Que, la Constitución en actual vigor plantea y formula ciertos pilares económicos en ella, consecuencia de los principios constitucionales del artículo 19



de la Carta Fundamental. La doctrina a este respecto ha expresado que “La omisión de toda garantía, principio de actividad para la relación hombre-Estado u opción en materia económica, habría significado una severa laguna constitucional, una zona de agnosticismo institucional inaceptable para una concepción integral de la sociedad que se pretende fundar, en la que se postula que los principios y valores esenciales que la fundan, la informan en su totalidad, sin exclusiones” (Arturo Fermandois, op.cit., p. 40);

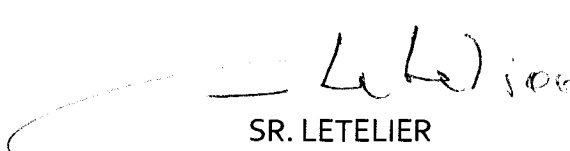
27°. Que, además, tratándose de una materia que perfectamente puede calificarse con efectos en el “orden público económico”, el cual ha sido definido como: “un conjunto de normas marco o generales contenida en la Constitución Política que regula los derechos y libertades de orden económico de las personas, la actividad del Estado y las relaciones de carácter económico de ellos” (Sergio Diez, Personas y valores, su protección constitucional, Ed. Jurídica de Chile, 1999, p. 182), por su generalidad e incidencia en la economía nacional, igualmente, existen razones para que sean materia a resolver por el Pleno de esta judicatura;

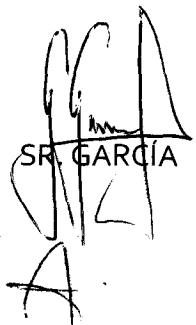
IX. Conclusión


28°. Que los disidentes, atendido los fundamentos antes expuestos concurren por la admisibilidad del requerimiento deducido a fojas 1, sólo en cuanto la oración del artículo 39, letra ñ), del Decreto Ley N°211 “sin forma de juicio”, es susceptible de revisión constitucional por esta Magistratura. Además, los suscribientes de este voto de minoría están por la **suspensión condicionada del procedimiento**, en la medida que los actos, contratos y convenios que deban suscribir las empresas señaladas en el Rol AE N°16-2018 ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, podrán finiquitarse, siempre y cuando, hubiesen sido convenidos con antelación a la suspensión decretada en estos autos a fojas 157.


Notifíquese a las requirentes, a las partes del proceso, a los órganos constitucionales señalados en la resolución rolante a fojas 157 y al Servicio Nacional del Consumidor. Comuníquese. Archívese.

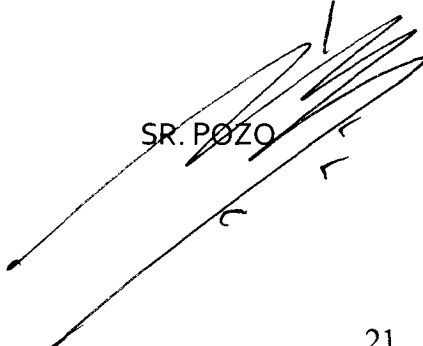
Rol N° 5412-18-INA.


SR. LETELIER


SR. GARCÍA


SR. FERNÁNDEZ


SRA. BRAHM


SR. POZO



Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Gonzalo García Pino, la Ministra señora María Luisa Brahm Barril y, los Ministros señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y Miguel Ángel Fernández González.

Autoriza la Secretaria (s) del Tribunal Constitucional, señora Mónica Sánchez Abarca.