



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**LÍMITES ENTRE REGULACIÓN Y COMPETENCIA EN RELACIÓN A LOS ACTOS
ADMINISTRATIVOS**

DANAE VALENTINA FENNER RIVERA

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES**

PROFESOR GUÍA

LUIS ALBERTO CORDERO VEGA

SANTIAGO DE CHILE

DICIEMBRE 2015

Tabla de Contenidos

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	MARCO CONCEPTUAL	6
1.	Generalidades	6
2.	Herramientas jurídicas frente a este escenario	13
3.	Procesos de desregulación y apertura a los mercados en Chile	17
3.1.	Introducción.....	17
3.1.1.	Reforma Constitucional económica: OPE.	18
3.1.2.	Reformas Legales.....	21
3.2.	Derecho de la Competencia	25
III.	LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA Y EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA	30
1.	Introducción.....	30
2.	Generalidades sobre Derecho Administrativo: objetivos y criterios de actuación.	32
2.1.	Evolución del Derecho Administrativo.....	32
2.2.	La actuación de la Administración en el Estado Constitucional	35
2.2.1.	Caracterización de la <i>praxis</i> administrativa en este contexto: el ejercicio de la función administrativa	39
2.3.	La actuación de la Administración bajo el nuevo paradigma.....	42
2.3.1.	La aparición de la regulación económica.....	43
2.3.2.	Derecho Administrativo y regulación.....	51
3.	Síntesis: estándares en las decisiones de la Administración	53
IV.	LA LIBRE COMPETENCIA COMO ESTÁNDAR EN LAS DECISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN.....	59
1.	Criterios de análisis y fundamento	65
2.	Análisis de casos	67
V.	CONCLUSIONES.....	76
	BIBLIOGRAFÍA	80

RESUMEN

A lo largo de esta memoria se dará cuenta de la evolución que los sectores económicos y servicios públicos asociados han tenido en las últimas décadas y cómo esto ha influido y determinado la evolución del Derecho Administrativo, ampliando su órbita de aplicación, análisis y ejercicio al momento de desarrollar la función ejecutiva que le corresponde. A su vez, y como contrapartida a ello, se intentará mostrar cómo la introducción del análisis del Derecho de la Libre Competencia y el conocimiento por parte de dichas autoridades de los actos realizados por la Administración Pública, ha determinado también lo anterior. Ello, para dar paso a evidenciar la tensión que esta nueva configuración tiene en relación a la función administrativa de desarrollo de políticas públicas cuando es analizada y mirada desde esta nueva óptica, revisando para ello casos concretos llevados ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en contra de la Administración. Se pretende entonces, dar cuenta de los límites que el Derecho de la Libre Competencia tiene en relación al ejercicio de potestades públicas y la tensión que ello genera en relación a la aplicación de la ley.

I. INTRODUCCIÓN

Las políticas públicas se llevan a cabo de diversas maneras. La Administración es la encargada de desarrollarlas conforme a la ley y las funciones otorgadas por ésta. Sin embargo, hay otras instituciones que también, de alguna manera, las llevan a cabo, actuando para ello bajo el marco de otros regímenes legales. El trasfondo de política pública económica que tiene la libre competencia y que se relaciona con las potestades públicas que ejerce la Administración, es una circunstancia que no siempre es advertida como tal. La relación que se da entre ésta y el actuar de la Administración constituye un punto de tensión importante entre diferentes concepciones de configuración institucional que responden a visiones que al final del día, son de política pública.

A lo largo de esta memoria se pretende dar cuenta de ciertas circunstancias político - económicas que se han desarrollado en el mundo y en Chile en las últimas décadas y que han influido conceptualmente en la perspectiva con la que se aborda el actuar del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) en relación al actuar de la Administración Pública. Lo anterior, debido a que la determinación de una política de competencia depende, en parte, de cómo se busquen los objetivos específicos de políticas públicas y del grado de influencia del mercado en la visión de la configuración institucional del Estado en un país determinado¹. Los cambios aparejados a la privatización y desregulación generan, al final de cuenta, un debate acerca de las funciones del Estado², y éstas determinan las diferentes políticas regulatorias y la incidencia ello tendrá en la revisión judicial de las mismas.

Se tratará de evidenciar la tensión entre Derecho Administrativo y Libre Competencia, primero en un nivel conceptual y luego, a través del análisis de casos, dando cuenta de las implicancias que traen aparejadas cada una de las posturas en términos prácticos.

Las preguntas que al fin de cuenta se pretenden plantear (mas no necesariamente responder) son si el Estado al permitir un diseño institucional resguardado por la libre competencia asumió que tal diseño sería generalizado y único, en perjuicio de otras funciones

¹ CHENG K., T, LIANOS, I. y SOKOL, D. 2014. Competition and the State. California, Standford University Press, p. 40.

² WAHL, R. 2013 Los últimos cincuenta años de Derecho Administrativo alemán. Madrid, Marcial Pons, p. 128.

regulatorias específicas dadas a la Administración, o si bien, éste es un complemento para el desarrollo de otras políticas públicas, y debe, por ende, incorporarse en su análisis. En otras palabras, ¿es el estándar de libre competencia un estándar a considerar por la autoridad administración en desmedro de otros estándares? Si entendemos que el Derecho de la Competencia es ya parte de la configuración institucional y por ende involucra también al poder público, entonces ¿en qué medida y bajo qué criterios debe ser determinante el estándar de libre competencia? La resolución o la forma en que se presenta esta tensión es la que se intentará evidenciar.

La actuación administrativa debe ser capaz de relacionarse en términos acordes a las políticas públicas que desean desarrollar sin dejar de lado el hecho de que el mercado es un sistema de interacción económica y social que existe, siendo probablemente uno de los más relevantes y por ende, no puede pasar desapercibido, independientemente de si en la configuración institucional que a su respecto se haga se toma más o menos en cuenta.

Para lo anterior, en primer lugar, describiré someramente el proceso de liberalización de mercados vivido en el último tiempo así como también su trasfondo ideológico, que se identifica con la interpretación tradicional de la Constitución Política de Chile en términos económicos.

Luego, me referiré a cómo, en términos legales, evolucionó el Derecho Administrativo para poder adaptarse a la nueva configuración institucional del Estado en la sociedad, modificándose los antiguos paradigmas y modelos de análisis interno.

Sobre el punto anterior es que se identificará la tensión máxima entre dos maneras de ver la intervención e interacción estatal en el mercado y sociedad, sin perjuicio de asumir que hoy en día la libre competencia es un estándar incorporado en el ordenamiento jurídico y económico respecto del cual no podemos desvincularnos.

Para la aplicación práctica e identificación de lo anterior, me referiré a casos paradigmáticos que vislumbran las preguntas planteadas y demuestran posibles visiones y criterios que se pueden tener al respecto, generando así una visión crítica a su respecto y una identificación de las implicancias conceptuales de cada uno.

II. MARCO CONCEPTUAL

1. Generalidades

A lo largo de la historia, las Administraciones de los Estados han cumplido funciones de diversa índole, estando todas dentro de cierta órbita de aspectos y temas de políticas públicas y económicas que, según las circunstancias, han sido más o menos amplias. En qué consiste específicamente el contenido de dichas políticas así como también cuáles son (o pueden llegar a ser) sus límites y alcances concretos, son preguntas que han venido a determinar la órbita del Derecho Administrativo, que en los últimos años ha variado.

Estas preguntas son de una importancia trascendental, ya que implican la determinación de una concepción concreta, en orden a la función política, roles y atribuciones que el Estado puede ejercer dentro de una sociedad.

A este respecto, en las últimas décadas, el mundo ha podido observar un cambio profundo tanto en las atribuciones del Estado como en la importancia que el mercado ha adquirido en relación a dichas atribuciones, determinándose ambas recíprocamente. Se genera, por ello, una tensión entre dos bienes sociales: el valor social de la actividad en sí misma (el objetivo de política pública) y la base en la que dicho valor social se implementará³ (el mercado).

Conceptualmente hablando, el mercado pasa a considerarse como el mecanismo central de distribución de riqueza entre los agentes que participan en él⁴, poniendo al Estado (y por

³ GALLIGAN, D. 2015. Discretion and Authority in the Regulatory Context. En: RUIZ O., Alberto (dir.) y ZAMORA R., María (coord.). Regulación y Competencia en Servicios de Interés Económico General (SIEG), Málaga, Universidad de Málaga, pp. 15 - 25

⁴ En términos filosóficos simples, su base se encuentra en el concepto de "orden" que FRIEDRICH VON HAYEK (HAYEK, F. 1978. Derecho, legislación y libertad: normas y orden. Madrid, Unión Editorial, vol. 1. - Capítulo II. 63-92 pp) da, y respecto del cual se construye lo que él entiende por "estructura social", y derivándose ciertas consecuencias de orden social. El orden espontáneo sería el mercado el cual tiene una serie de "normas" que se

ende a la Administración y al Derecho Administrativo) en una situación en que debe saber cómo lidiar con él.

En Europa, la liberalización fue una respuesta reactiva al Estado de Bienestar de principios y mediados del siglo XX, el cual se entendió como una configuración institucional general en donde la Administración intervenía directamente en casi todos los aspectos de la vida de las personas, tratando de solucionar los problemas sociales y respondiendo a una lógica de solidaridad y “conciencia social”. El avance industrial y demográfico, relacionado a la aparición de grandes ciudades, generó la acumulación de grandes masas de gente en espacios bastante reducidos, necesitándose instalaciones de agua, luz, gas, etc., y otro tipo de organizaciones que hicieran posible la vida allí⁵. La característica más notoria radica en la intervención generalizada en la totalidad de los campos de la vida social y económica⁶.

Todo lo anterior se unió a las ideas keynesianas sobre el modelo estatal en la economía, las cuales consisten básicamente en el pensamiento de que los “factores determinantes del empleo van ligados a la demanda efectiva, y que el paro [de la economía] procede de un bajo consumo, unido a una intervención insuficiente. De ahí el papel que puede jugar el Estado para estimular esas dos funciones (...). Así, el Estado se convierte en fuertemente intervencionista en la producción económica y en la redistribución de la renta y las condiciones sociales”⁷. Es bajo esta configuración institucional que surgen los sistemas de intervención administrativa clásicos.

Este modelo entró en crisis a mediados del siglo XX: no pudo pagar sus compromisos y el gasto social lo sobrepasó. En respuesta, vinieron los cambios recién referidos,

han venido desarrollando a lo largo de su existencia en conjunto por todos y para todos, pero sin que esa haya sido la voluntad. Más que normas propiamente tal, HAYEK las ve como “regularidades” que lo sostienen. Configura así una forma de comprensión de lo que conocemos como mercado. Coexiste este orden con los órdenes creados, que son, por definición, más pequeños y menos complejos. Éstos sólo deben generar normas creadas en relación a la mantención del orden espontáneo que lo sustenta, y sus intervenciones se deben dejar para mantener el mínimo pues éste no posee la información necesaria para poder recibir las señales de mercado de forma completa. Así, solo es políticamente relevante el aspecto del individuo que dice relación con su desenvolvimiento en el sentido que es significativo para el orden, es decir, el relativo a su libertad de actuar en él, que será siempre a través del mercado. Entonces, el único propósito legítimo del Estado sería proteger la libertad individual, entendida ésta como una especie de libertad mercantil de los individuos y empresas. (HAYEK, F. 1978. Op. Cit., p. 64 - 71).

⁵ ARIÑO O., G. 2004. El Estado Social. En: Principios de Derecho Público Económico. 3era ed. Granada, Comares, p. 87-122.

⁶ SANTAMARÍA, J. 2004. Principios de Derecho Administrativo General Tomo I. Madrid, Iustel, p. 53.

⁷ GONZÁLEZ S., L. 2002. Epílogo: El Bienestar Social en una Época Insegura. En: MUÑOZ M., Santiago. Las Estructuras de Bienestar: propuestas de reforma y nuevos horizontes. Madrid, Civitas. pp. 915 - 975.

materializándose políticamente en Inglaterra con THATCHER⁸. La eficiencia económica de la acción directa del Estado empieza a ponerse en entredicho por un buen conjunto de razones. Se produce una auténtica crisis fiscal debido al aumento considerable de la inflación, el desempleo y los gastos públicos⁹.

La liberalización económica europea se hizo de forma democrática culminando y haciendo crisis el proceso de acumulación de poder por parte de la organización pública antes señalada. Los gobiernos comenzaron con olas de privatización y liberación de mercados en sus propios países junto con el desarrollo de una política comunitaria que incentivó la tendencia. THATCHER, se dio cuenta del potencial de las privatizaciones y desarrolló los argumentos para convertirlas en el eje de un nuevo orden social¹⁰. Ella, necesitada de un marco teórico más adecuado para afrontarla, recurrió a los *think-tanks* neoliberales buscando su consejo tras su elección en 1979¹¹. Con ello se reafirmó la fe en la eficiencia de los mercados competitivos y el compromiso con el control del gasto público y limitación del sector¹². Un ejemplo de lo anterior fue la liberalización de las telecomunicaciones, a través de la *British Communications Act*¹³, entre muchas otras. Debido a esta confianza que se deposita en el mercado como instrumento de organización económica, es que surge la preocupación por elaborar un Derecho de la Competencia para salvaguardar el buen funcionamiento de éstos.

Frente a ello, la desregulación o liberalización de mercado se transformó en una hegemonía económica y política¹⁴, sometiéndose el Estado a un régimen en que en principio se le excluye de participar directamente.

⁸ ARIÑO O., G. 2004. Op. Cit.

⁹ MUÑOZ, S. 2004. Capítulos 3 y 5. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General Tomo I. Madrid, Civitas, p. 1009.

¹⁰ MARTÍNEZ, A. 2003. La Política Energética en Colombia durante los años noventa. ¿Neoliberal? En: RESTREPO B., D. La Falacia Neoliberal: Crítica y Alternativas. Bogotá D.C., Antropos. pp. 231 - 248.

¹¹ HARVEY, D. 2007. El nuevo Imperialismo. 2da ed. Madrid, Akal, p. 241.

¹² OGUS, A. 2004. Regulation, Legal Form and Economic Theory. 2da ed. Gran Bretaña, Hart Publishing, p. 11.

¹³ MUÑOZ, S. 1998. Servicio Público y Mercado. Las Reformas de Algunos Sistemas Estatales de Telecomunicación: Liberalización en Inglaterra, Estados Unidos y Francia. En: Servicio Público y Mercado V. 2. Madrid, Civitas. pp. 137 - 148.

¹⁴ Es GRAMSCI quien define a la hegemonía en el sentido que queremos apuntar, señalando que ella puede ser entendida como la unión indisoluble entre liderazgo político y liderazgo intelectual y moral. Se trata de una fusión completa de objetivos económicos, políticos intelectuales y morales, que deben ser llevada a cabo por un grupo fundamental y grupos aliados a él por intermedio de la ideología, cuando una ideología logra "expandirse a través de toda la sociedad determinando no solamente objetivos económicos y políticos integrados, sino también unidad moral" (MOUFFE, C. 1979. Hegemony and Ideology in Gramsci. En: Gramsci and Marxist Theory. Londres, Routledge and Kegan Paul, pp. 168 - 204. [Traducción libre]). ATRIA (2002. ¿Existen los Derecho Sociales? [en

En Estados Unidos, por su parte, la construcción del Estado administrativo y regulador fue diferente. Sin perjuicio de la presencia del *"welfare state"*¹⁵, las regulaciones administrativas intervencionistas, tanto en los servicios públicos que requerían de una alta especialización (ferrocarril, gas, agua, etc.) como en otros ámbitos económicos y sociales¹⁶, se caracterizaron por la existencia de agencias administrativas independientes¹⁷. Estados Unidos nunca hizo suya la idea de fortalecer el crecimiento económico nacional a través de la propiedad pública de los sectores, prefiriendo a este tipo de agencias las que se constituyeron como pioneras de la regulación de los sectores, adquiriendo potestades considerablemente amplias. Si bien Reagan inició medidas para aliviar a las empresas de las cargas impuestas por las agencias administrativas e intentó hacer de la competencia la herramienta para responder a las demandas ciudadanas¹⁸, éstas siguieron teniendo peso en la configuración de los mercados y del Derecho Administrativo.

Las agencias apuntaron a una nueva concepción de la regulación que ya no se circunscribía a una referencia a normas concretas, sino a facultades de ordenación y control sobre los sectores económicos de su competencia. Este conjunto de actuaciones que van a ordenar un sector a través de múltiples instrumentos se le denominaría regulación¹⁹.

Así, el desarrollo de políticas públicas, consideró al mercado como una herramienta relevante en su provisión, transformándose en la regla general respecto de ciertos servicios públicos, sin perjuicio de la intensa regulación, teniendo la experiencia norteamericana gran influencia en su configuración. Esto determina, por supuesto, la interpretación de la ley y la forma en que se comenzó a analizar y controlar el desarrollo de políticas públicas en cada país, así como también la interacción entre la Administración y los particulares.

línea], Chile <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/existen-derechos-sociales-fernando-atrria.pdf> [09.09.2013], p. 53) también explica el concepto señalando que una teoría es hegemónica cuando *"informa nuestras formas políticas de vida"*, y por extrema que sea *"ya no se nos aparece como extrema, precisamente porque informa de modo intuitivo nuestro sentido común"*.

¹⁵ Después de la segunda Guerra Mundial, el Estado se centró en la reconstrucción, redistribución y estabilidad macroeconómica, encargándose de la planificación económica, provisión de bienestar y empleador. Para ello, tomó parte directa en la provisión de servicios estratégicos (agua, telecomunicaciones, etc.) (YEUNG K., BALDWIN, R., CAVE, M. y LODGE, M. 2010. *The Regulatory State*. The Oxford Handbook of Regulation. Oxford University Press, New York, pp. 64-83).

¹⁶ BALLBÉ, M. 2007. *El Futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización*. Revista de Administración Pública N°174, Madrid, pp. 215-276.

¹⁷ YEUNG K., BALDWIN, R., CAVE, M. y LODGE, M. 2010. Op. Cit., p. 75.

¹⁸ Ibid., p. 73.

¹⁹ BALLBÉ, M. 2007. Op. Cit., p. 227.

La consecuencia principal de lo anterior fue que la relación entre el Estado y la economía cambió radicalmente, tanto por el proceso europeo como por el avance de Estados Unidos en cuanto a estructuras regulatorias. Hay una privatización de las actividades económicas de interés general y un sometimiento de éstas al mercado, en concordancia con la lógica de que el Estado sólo debe proveer de un mínimo e intervenir subsidiariamente²⁰. Así, muchas actividades quedan, por ley, sometida a las reglas de competencia, o bien, deben interactuar en un marco general de competencia y lidiar con los diversos criterios y principios que esto conlleva. Las diferentes formas que revistió la actuación de las Administraciones basadas en el Derecho Administrativo clásico, se hicieron inviables debido a las transformaciones en la concepción de la posición que ha de asumir el Estado en relación con la sociedad²¹. La órbita del Derecho Administrativa se vio forzada a ampliarse y a pasar a considerar a la competencia (criterio de funcionamiento del mercado por excelencia) como elemento integrador del mismo.

Todo lo anterior, ha traído consigo un impacto muy significativo en cuanto a las políticas y estructuras regulatorias, comenzándose a crear un nuevo sistema de intervención que responde de mejor forma a esta concepción de Estado, y que dejó de lado, aunque no completamente, las antiguas formas del Derecho Administrativo clásico²². Empero, la fuerte retirada del Estado en la gestión directa de servicios no debe entenderse como la eliminación total de ellos pues quedan todavía resabios y servicios vinculados a las prerrogativas del poder público²³ en un sentido clásico. Las categorías jurídicas de intervención administrativa mutaron, entonces, para poder justificar este nuevo tipo de intervención, mezclándose con las antiguas.

Las consecuencias de esta visión han trascendido diversos campos del conocimiento, teniendo una influencia decisiva en la función del Estado, los gobiernos y otras instituciones, así como también en la concepción de democracia que hay detrás de ello y en el lenguaje común de las sociedades. El mercado es, hoy en día, el sistema principal de interacción de los

²⁰ MUÑOZ, S. 2004. Op. Cit., p. 498.

²¹ Ibid.

²² Ibid., p. 501.

²³ Ibid., p. 502.

agentes económicos, teniendo un rol trascendental en el desarrollo de las economías y funciones socioeconómicas, imposible de eludir tanto por los particulares como por el Estado.

Es por todo lo anterior, que el libre mercado, y el control institucional sobre éste (Derecho de la Libre Competencia), toman una posición fundamental, incluso respecto del actuar del Estado, generando la pregunta sobre si éste condicionó su actuar a dichos estándares. Como señala ALEXANDER VOLOKH²⁴,

“it becomes important to analyze the value structure foundations on which competition law enforcement is built by looking at the degree of intrusion of neoliberal values in the design and operation of public institutions”²⁵.

A pesar de la profunda transformación en cuanto a paradigmas y conceptos que implicó la liberalización de mercados, éstos no fueron demasiado repentinos ni tampoco abarcaron todos los ámbitos económicos, perfilándose como relevantes algunas reminiscencias de lo que fue el Estado de Bienestar y del Derecho Administrativo clásico. En razón del desenvolvimiento del aparato estatal de principios de siglo, se había ya desarrollado de forma muy potente y arraigada la conciencia ciudadana de que era éste quien proveía de ciertas prestaciones básicas a todos los ciudadanos, lo cual es percibido de forma directa y visible por éstos, pudiendo por ello, percibirse los efectos negativos a largo plazo²⁶.

El factor cultural presente en la población y clase política respecto de los derechos fundamentales y sociales, trae como consecuencia tomar con cautela la liberalización de los sectores públicos. El Estado prestador de servicios, gestor de los mismos, ocupado también de la solidaridad y el bienestar de los ciudadanos, es un activo cultural al que están aferrados con firmeza²⁷. Surgen dudas y preguntas acerca de lo que significa que el Estado traspase a privados o descentralice ciertos aspectos que antes manejaba directamente, ya sea a través del traspaso del patrimonio público a manos privadas, de la desregulación de ciertos sectores en el sentido de eliminar reglas de comportamiento antes existentes o haciendo a las familias

²⁴ VOLOKH, A., 2014. The new private- regulation skepticism: due process, non-delegation, and antitrust challenges. *Harvard Journal of Law and Public Policy* 37 (2): 932-1006)

²⁵ “Se torna importante analizar el valor de los cimientos estructurales en los que el Derecho de la Libre Competencia está construido, mirando el grado de intromisión de los valores neoliberales en el diseño y operación de las instituciones públicas” (traducción libre).

²⁶ OGUS, A. 2004. Op. Cit., p. 9.

²⁷ MUÑOZ, S. 2004. Op. Cit., p. 1132.

responsables económicamente por las cargas que suponen ciertos servicios, entre otras²⁸. Las políticas de redistribución, transferencia de bienestar de los más ricos a los más desaventajados, no han sido en vano²⁹.

En consecuencia, la Administración Pública ha debido y debe, hoy en día, ser capaz de sincronizar los aspectos que haya que sincronizar con el mercado, y generar una relación conforme a estándares que permitan la realización de intereses públicos a la vez, pues pensar hoy una configuración institucional sin mercado, no es posible.

En la medida que avanzó el fenómeno recién señalado, fue el mismo mercado quien, paradójicamente, comenzó a hacer llamados al Estado para que regulese ciertos sectores: el llamado por parte del mercado y la ciudadanía a una re-regulación³⁰ por razones de ineficiencia, fallas de mercado, necesidades sociales básicas, entre otras³¹. Como bien señala HARLOW Y RAWLINGS³²,

“[v]iewed in historical perspective, this amounted to change in, and challenge to, an old regulatory culture, not least because, in paradoxical fashion, privatization led to more legalistic – juridified – relationship between the state and the private

²⁸ El fundamento teórico de estas prestaciones estatales fue la noción de “derecho social”, puesto en el escenario público por los movimientos de izquierda de la época, el que responde luego también a la idea de derechos fundamentales, y se vincula al movimiento de los derechos humanos. El Estado Social, diferente del liberal clásico, no produce una estructura institucional garantista nueva y específicamente creada para garantizar estos nuevos derechos, sino que toma el lenguaje de este viejo derecho, llamando a estas obligaciones estatales positivas “derechos sociales”, e introduciéndolos a las constituciones de este siglo bajo el nombre de “derechos fundamentales” (FERRAJOLI, L. 2002. El Garantismo y la Filosofía del Derecho. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. pp. 65 - 147. Serie Teoría y Filosofía Política, p. 68). En su primera versión de derechos sociales, fueron etiquetados como derechos de “segunda generación” por la diferencia estructural que tenían respecto de los derechos que hasta ese entonces se conocían y que suponían una mera abstención por parte del Estado. Este nuevo tipo de derecho presupone una prestación directa del aparato estatal que debe poder ser exigible por parte de los ciudadanos, puesto que se constituyen como la base para el desarrollo de la vida. Si bien el concepto de derecho social ha sido bastante criticado, ya sea por desmentir su calidad de derecho (en sentido liberal) (Ver: ATRIA, Fernando. 2002. Op. Cit.), o bien, por equiparlo a la noción de derechos de primera generación, ha quedado bastante asentado en la ciudadanía que hay ciertas prestaciones a las cuales todos deben acceder.

²⁹ HARLOW, C. y RAWLINGS, R.. 2009. Law and Administration. 3era ed. Cambridge University Press. New York, p. 240.

³⁰ Ibid., p. 238.

³¹ OGUS, A. 2004. Op. Cit., p. 33.

³² HARLOW, C. y RAWLINGS, R.. 2009. Op. Cit., p. 238,

*sector as more explicit regulatory structures were established (a process of “re-regulation”)*³³.

En definitiva, la liberalización de mercados necesito de nuevas reglas³⁴.

2. Herramientas jurídicas frente a este escenario

La nueva configuración institucional está caracterizada por una explosión regulatoria – la proliferación de diferentes mecanismos de control sobre todo – para poder balancear los efectos del neoliberalismo³⁵, pero a la vez, manteniendo una provisión básica de servicios. El Estado pierde posiciones como gestor de empresas y las gana como regulador del mercado. Esta función obtiene ahora el mayor protagonismo. Consiste en vigilar el funcionamiento del mercado, corregir sus ‘desfallecimientos’ y establecer reglas³⁶.

Como consecuencia de lo anterior, el papel del poder público en los distintos sectores económicos es el de dictar la regulación necesaria para corregir los posibles fallos del mercado que puedan dificultar la competencia³⁷.

Así, y como BRAITHWAITE³⁸ señala,

According to Levi-Faur, we have seen since 1980 not only what Vogel (1996) found empirically to be Freer Markets, More Rules, but also ‘more capitalism, more regulation’.

³³ Mirado desde una perspectiva histórica, esto equivalía a cambiar y desafiar a una cultura regulatoria antigua, entre otras cosas, pues paradójicamente, la privatización llevó a a una relación más legalista y juridificada entre el Estado y el sector privado, a medida que las estructuras regulatorias se establecían más explícitamente (un proceso de ‘re-regulación’ (traducción libre).

³⁴ ACKERMAN, S. y LINDSETH, P. 2010. Comparative and administrative law. Artículo. Marco D’Alberti. Administrative law and the public regulation of markets in a global age, p. 66.

³⁵ BRAITHWAITE, J. 2008. Regulatory Capitalism. Edward Elgar Publishings, UK, 2008, p. VII.

³⁶ MUÑOZ, S. 2004. Op. Cit., p. 1010.

³⁷ Esto implica que de lo único que se debe encargar el Estado de forma directa es de aquellos individuos que no están en posición siquiera de ejercer una mínima libertad de acción: aquellos que viven en pobreza extrema. “[L]as prestaciones denominadas “sociales” del Estado deben alcanzar solamente a los más necesitados ignorando a quienes puedan obtenerlas en el mercado. (En: CABALLERO S., Rafael. 2012. Las técnicas de la regulación de la competencia para la competencia y contra la competencia y su contexto. En: SANTAMARÍA P., J. (dir). Las Técnicas de Regulación para la Competencia: Una Visión Horizontal de los sectores regulados. Madrid, Iustel. pp. 40 - 70).

³⁸ BRAITHWAITE, J. 2008. Op. cit.

Privatization is part of Levi-Faur's characterization of regulatory capitalism. But it sits alongside proliferation of new technologies of regulation and metaregulation (Parker 2002), or metagovernance (Jessop 1998; Sorensen 2006), or control of control (Power 1997), increased delegation to business and professional self-regulation and to civil society, to intranational and international networks of regulatory experts, and increased regulation of the state by the state, much of it regulation through and for competition³⁹.

Lo que nos interesa aquí es hacer presente que, hoy en día, hay una conjugación entre exigencias de prestaciones básicas ciudadanas y liberalización de mercados; y a su vez, una exigencia de regulación para el buen funcionamiento éstos, haciendo que el Estado tome el rol de protagonista en cuanto a regulación económica se trata., afectando ello, por cierto, las herramientas jurídicas del Derecho Administrativo.

El cambio en la función exige un cambio en los instrumentos de política pública disponibles para llevar a cabo y cumplir las funciones regulatorias nuevas⁴⁰, así como también un cambio en la comprensión e identificación de herramientas jurídicas del Derecho Administrativo. Así, ha habido un acuerdo más menos general en que el Estado ahora “gobierna a distancia”, imposibilitado de controlar unilateralmente a los agentes, estableciendo parámetros generales y específicos, según el sector de que se trate.

Asimismo, como veremos más adelante, este diseño instauró el modelo de autorregulación regulada que se halla en la base de la moderna concepción del Derecho Administrativo, de la sociedad del riesgo y de las técnicas de responsabilidad de las empresas en otros campos y un *soft law* de regulaciones de calidad y seguridad, coparticipado por las empresas, la comunidad activa y el Estado, configurando un nuevo modelo de Estado regulador⁴¹. Todo ello complementado por el Derecho de Libre Competencia, que sirve de

³⁹ “De acuerdo a Levi-Faur, desde 1980 hemos visto, no sólo lo que Vogel descubrió empíricamente ser mercados más libres, más reglas, sino también ‘más capitalismo, más regulación’. La privatización es parte de la caracterización de Levi-Faur del capitalismo regulatorio. Sino también está muy cerca de la proliferación de nuevas tecnologías de regulación y metaregulación o metagobernanza, o control del control, aumento de la delegación a la auto regulación del sector empresarial y profesional y a la sociedad civil, a las redes de reguladores expertos intranacionales e internacionales, y un aumento de regulación de Estado por Estado, mucha de ella a través y para la competencia” (traducción libre).

⁴⁰ YEUNG K., BALDWIN, R., CAVE, M. y LODGE, M. 2010. Op. Cit., p. 67.

⁴¹ BALLBÉ, M. 2007. Op. Cit., p. 230.

corolario a las transformaciones y controla de forma general y abstracta los comportamientos de los agentes.

Así, no se trata tanto de crear amplias Administraciones Públicas repletas de funcionarios, sino de organismos reguladores los cuales, sin tanto aparato administrativo, consiguen una autoridad y eficiencia mayores. La paradoja entonces, es que en EE.UU., por ejemplo, durante la era de la *deregulación* económica, es cuando más se ha desarrollado una nueva re-regulación, en palabras de MAJONE, es decir, una *regulatory law*⁴².

Dentro de este sistema regulatorio, las Administraciones Públicas deben tomar decisiones constantemente. La velocidad y dinamismo del mercado con el cual interactúan les exige gran especialización y poder de reacción. Así, sus decisiones de política pública general crean estándares y dan señales a los sujetos regulados (legislación secundaria), habiendo tanto decisiones particulares respecto de una política pública general, o bien, decisiones específicas respecto de sujetos determinados⁴³.

Por otra parte, la globalización de los sistemas jurídicos, basada en la expansión de los mercados y los grandes conglomerados, ha generado mecanismos de interacción híbridos⁴⁴, que no se asocian demasiado al Derecho Público.

Si bien lo anterior, en opinión de algunos se ha transformado en una invasión del Derecho Privado al espacio del Derecho Público, diluyendo la especificidad de éste último⁴⁵, la verdad es que el fenómeno ha ido en sentido contrario. Es el sistema del Derecho Público y Administrativo el que ha invadido la esfera de los privados para poder disciplinarlo y dirigirlo hacia el interés común. Los Estados recurren a formas privadas de actuación, volviéndose dependiente de la colaboración con la sociedad civil⁴⁶, pero la condicionan. Aparecen entonces, empresas de propiedad pública que funcionan conforme según el Derecho privado, sociedades (*partnerships*) público-privadas, incentivos públicos a compañías privadas, entre otros, que implican, básicamente, formas privadas de organización de sus servicios para el ejercicio de funciones y tareas, con el ánimo de aliviar el pesado fardo de

⁴² Ibid., p. 244.

⁴³ GALLIGAN, D. 2015. Op. Cit.

⁴⁴ CASES, S. 2012. New paths for administrative law: a manifesto. Oxford Journals 10(3), p. 605.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

garantías y controles ⁴⁷. Todo ello, al final, supone más regulación y pretende controlar el interés privado. Como bien señala ROSE- ACKERMAN Y LINDSETH, las firmas que son en su esencia privadas, están hoy en día, sujetas a un escrutinio especializado y cercano por parte de una agencia pública, que vela por intereses públicos⁴⁸. En el mismo sentido, BARAK-EREZ distingue un derecho nuevo de privatización, que incluye límites a los privados, basados en análisis institucionales sobre derechos, participación, etc.⁴⁹

Todo ello conllevan la tarea de sopesar el interés público que hay detrás, con las exigencias de funcionamiento y dinanismos del mismo mercado, las reglas ya establecidas, las creadas por los agentes y los intereses de los particulares no directamente involucrados, existiendo entonces una tensión entre los poderes ejecutivos (exigidos para poder desarrollarse en este contexto), y las expectativas sociales de instituciones basadas y resguardadas en derechos⁵⁰, pues, está claro, la Administración no puede funcionar en todo sentido como un privado: ella está a cargo de garantías, derechos e interés público.

Hay una necesidad, como señala BARNÉS, de interiorización: el sujeto privado, el Derecho privado, en colaboración con el Derecho Administrativo, ha de incorporar a su propia manera de ser, de pensar y de sentir, ideas o elementos provenientes del Derecho Administrativo⁵¹.

El Derecho de la Libre Competencia (que de alguna manera es también parte del Derecho Público), por su parte, es utilizado como política de diseño institucional general, aplicable a todos los sujetos por igual, incluso al Estado. Éste constituye una piedra angular del sistema. En el punto 3.2 nos referiremos a este tipo de regulación y su interacción con la actividad administrativa.

⁴⁷ CABALLERO S., R. 2012, p. 52.

⁴⁸ ROSE-ACKERMAN, S. y LINDSETH, P. 2011. Comparative administrative law: an introduction. En: Comparative and administrative law, UK, Edward Elgar Publishing, p. 15.

⁴⁹ BARAK-EREZ, D. 2011. Three questions of privatization. En: ROSE-ACKERMAN, S. y LINDSETH, P. (eds.), Comparative and administrative law, UK, Edward Elgar Publishing, p. 493-510.

⁵⁰ CASSES, S. 2012. Op. Cit., p. 608.

⁵¹ BARNÉS, J. 2011. Transformaciones (científicas) del Derecho Administrativo [en línea], Chile <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Merged/2013/Archivos/258_Javier_Barnes>[15.05.2015], p. 27.

Como veremos en el segundo capítulo esta tensión se manifiesta de forma potente en la adjudicación de bienes o derechos a privados (como técnica de regulación) y la exigencia de discrecionalidad que debe tener la Administración para poder llevar adelante ello adecuadamente.

3. Procesos de desregulación y apertura a los mercados en Chile

3.1. Introducción

Chile vivió un proceso privatizador bastante radical, el cual determinó la comprensión de la actividad estatal y la configuración del sistema de intervenciones administrativas. Lo que interesa en este sentido, son los cambios del rol del Estado y la Administración, ya que ello explicará la perspectiva que actualmente tiene Chile en materia de intervención administrativa en relación a la libre competencia. A continuación haré una breve síntesis del proceso de liberalización y desregulación de los mercados y de la nueva forma de regulación de los mismos, para luego poder analizar cómo se acoge o percibe la intervención estatal-administrativa en los diferentes sectores.

Luego de décadas de intervención estatal en la economía, protección a las empresas nacionales y creación de un Estado empresario⁵², la economía chilena dio un giro total. Primaron las reformas propuestas de Chicago, sin muchas excepciones.

Durante este periodo, se desarrolló nuevo proyecto constitucional que fue promulgado el año 1980. Tradicionalmente se ha dicho que éste vendría a modificar de forma bastante radical la configuración institucional del país en muchos aspectos, y redefiniría el rol del Estado y la Administración en la sociedad. El modelo creado y plasmado en la Constitución y las leyes, respondió a una propuesta bastante simple que veía como razón de todos los vicios y deficiencias de la economía chilena la injerencia estatal de las décadas pasadas. Se procuró desestatizar el manejo de la economía y confiar su funcionamiento a los

⁵² PINTO, J. y SALAZAR V., G. 1999. Historia Contemporánea de Chile, Vol. 2. Santiago, Lom, p. 90.

mecanismos espontáneos del mercado⁵³. Se realizaron las correspondientes reformas legales que contendrían los mismos principios que inspiraron esta Constitución, materializándose así un marco jurídico – económico habilitante.

En el aspecto económico de la Constitución se plasman ciertos derechos de forma potente, tales como el de propiedad y el de la libre iniciativa económica, dejando al mercado la iniciativa y gestión productora, procurando el crecimiento económico a través de la propiedad e iniciativa privada.

El marco económico que se plasme en una Constitución es determinante para configurar la actuación de la Administración Pública, pudiendo hacerla más o menos rígidas y determinadas, en cuanto al sistema económico, frente al legislador. Hay que tener en cuenta, por cierto, que las Constituciones no son neutras ideológicamente ya que ellas son un producto de un compromiso social, cultural y político, en el que confluyen los ideales, valores y coyunturas histórico – ideológicas que una sociedad, medidas por las fuerzas políticas, establece como marco normativo básico⁵⁴.

El marco constitucional en el que se desarrolla la actividad estatal, determina, en algunos sentidos, cual es el grado de libertad que se tiene para poder configurar una respuesta plausible y constitucionalmente aceptable respecto de la incorporación de estándares de competencia a las decisiones de la Administración.

3.1.1.Reforma Constitucional económica: OPE.

Para lo anterior, se utilizó la idea del orden público económico, es decir, la llamada constitución económica⁵⁵. La Constitución no es neutral respecto de la configuración del

⁵³ Ibid., p. 48.

⁵⁴ VALLADARES, A. y PÉREZ, C. 2008. Notas Básicas y Preliminares para un Estudio Teórico de la Intervención Administrativa en los Mercados en el Contexto Constitucional y Liberal Democrático. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 36.

⁵⁵ ARROYO J., L. 2004. Las Clases de Títulos Habilitantes. En: Libre Empresa y Títulos Habilitantes. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 21.

sistema económico pues establece un marco que vincula a los poderes públicos, limitando su actuación en materia de política económica⁵⁶.

Hoy en día, y debido a la actual posición de la Administración respecto de los mercados es necesario analizar ya no tanto, como tradicionalmente se hizo, la dimensión negativa de la constitución respecto de los poderes públicos, sino también, la positiva que configuran y condicionan positivamente el ejercicio de la discrecionalidad política de los poderes públicos en competencias en materia económica⁵⁷.

En un principio, contendría un Orden Público Económico determinado⁵⁸ que sustenta los principios de subsidiariedad en el sentido más radicalizado posible. Como señala NAVARRO “la Constitución de 1980 consagra en sus artículos un conjunto de principios que configuran el denominado Orden Público Económico, que determinan con absoluta claridad los derechos fundamentales y el rol que le corresponde al Estado”⁵⁹.

Podemos señalar entonces, que la idea de Orden Público Económico se ha usado para que sea a través de él que se revele la concepción subjetiva acerca del rol que le cabe al Estado en la economía⁶⁰.

FERMANDOIS⁶¹ señala que el Orden Público Económico es el esquema básico del orden económico, que goza de supremacía constitucional y se impone al resto de las normas. Esta última interpretación ha sido, en definitiva, usado como fundamento ideológico para institucionalizar y defender un sistema económico determinado, tratando de darle un contenido filosófico fuerte y atribuyéndole un carácter preconstitucional o supraconstitucional.

Así, dicha postura viene a leer el artículo 19 N°21 como un principio y deriva de él posiciones iusfundamentales de los individuos frente al Estado. La interpretación

⁵⁶ Ibid., p. 22.

⁵⁷ Ibid., p. 25.

⁵⁸ SOTO K., E. 2009. Capítulo I: Bases de la Institucionalidad. En: Derecho Administrativo, Temas Fundamentales. Santiago, Legal Publishing, pp. 39 - 161.

⁵⁹ NAVARRO, E. 2000. El Estado Empresario a la Luz de la Constitución de 1980. Revista de Derecho Público 1:(62), pp. 32 - 47.

⁶⁰ VALLADARES, A. y PÉREZ, C. 2008. Op. Cit.

⁶¹ FERMANDOIS, F. 2006. Derecho Constitucional Económico. 2da ed. Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 72.

“originalista” de FERMANDOIS⁶², deduce de dicha disposición el principio de subsidiariedad, y establece en base a él, ciertos requisitos no enumerados en el artículo, tales como el de extrema excepcionalidad de intervención estatal, prohibición de incursionar en actividades que los particulares pueden desarrollar o que pertenecen (por “naturaleza”) a los particulares y su extrema limitación en cuanto a interferencia y regulación⁶³.

Conforme a la interpretación tradicional el OPE reflejaría el carácter privado que tiene la actividad económica, teniendo un enfoque parcializado, en el que la actividad regulatoria estatal se considera la mayoría de las veces como una intervención distorsionada y poco atractiva⁶⁴.

Ahora bien, si miramos el artículo en su inciso segundo (empresa pública) desde la óptica que tiene VALLEJO Y PARDOW⁶⁵, podemos señalar que el artículo en cuestión determina sólo una regla, en los términos de ALEXY⁶⁶, siendo ésta la exigencia de una ley de quórum calificado en cuanto a creación de empresa pública. No se configura una determinación del orden económico general.

En relación a la intervención estatal (inciso primero), si entendemos que el orden económico que se establece en una constitución es más bien axiológico y político, pues emana de la configuración valorativa del orden⁶⁷, podemos afirmar que la constitución permite su reconfiguración así como también verla desde una perspectiva compatible con el capitalismo regulatorio. Así siempre ofrecerá un lenguaje político y ambiguo que corresponderá al legislador determinar.

Si leemos el artículo 19N°21 tenemos el reconocimiento de una libertad sujeta a ciertos límites, dentro de los cuales se contempla la ley. Lo anterior, implica que la determinación del ejercicio de la libertad económica viene dado por la misma ley y los demás derechos constitucionales garantizados, siendo entonces el orden económico una configuración de lo

⁶² Ibid.

⁶³ SOTO K., E. 2009. Op. Cit.

⁶⁴ FERRADA, F. 2000. La constitución económica de 1980. Revista Chilena de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile (9): pp. 47-54.

⁶⁵ VALLEJO, R. y PARDOW, D. 2008. Derribando mitos sobre el Estado empresario. Revista Chilena de Derecho, 35(1): 135-156.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ PEREIRA, E. 2008. Orden Público Económico: una propuesta de conceptualización. Revista de Derecho y Humanidades (13), p. 170.

que la propia ley establece como tal, pudiendo imponer limitaciones, prohibición y otros requisitos a su ejercicio. La regulación económica es parte de él como también lo es la libre competencia, y en la misma medida.

3.1.2.Reformas Legales

3.1.2.1. Primera Etapa

La ola liberalizadora de mercados se plasmó en las diversas reformas legales que se hicieron durante las décadas de los 70' y 80'. Durante los primeros años del régimen se vivió una etapa del "neoliberalismo puro"⁶⁸, cuyo principal objetivo fue reducir el papel del Estado en el plazo más breve posible. En este aspecto hay que tener en consideración que la privatización o liberalización, no se refiere exclusivamente al traspaso total de bienes, empresas u otros, a manos privadas, sino que, por lo menos aquí, hablaremos de ello incluyendo también aquellas estrategias que contemplan regímenes diversos, como descentralización, subvenciones, gestión pública pero financiamiento privado, etc. La privatización de desregulación, a pesar de la fuerte influencia neoliberal, no es entendida como un cambio cualitativo de la actividad estatal consistente en una retirada sustantiva del Estado, sino como una reformulación del cometido positivo del Estado como garante y regulador⁶⁹. Estas fórmulas son las que, precisamente, generan más tensión con la intervención administrativa y regulación por parte de ella, pues no hay una completa desvinculación formal con los bienes públicos o intereses públicos llamados a protegerse.

En 1973, económicamente se comenzaron a tomar medidas urgentes. Se produjo la liberalización de todos los precios, excepto de 30 que habrían de ser liberados paulatinamente; la tasa de cambio es devaluada en 230 por ciento y varios tributos directos que afectaban al capital son reducidos o eliminados, así como también el gravamen sobre las

⁶⁸ FRENCH - DAVIS, R. 2003. Entre el Neoliberalismo y el Crecimiento con Equidad, Tres Décadas de Política Económica en Chile, 3era ed. Santiago, Lom, p. 31.

⁶⁹ WAHL, R. 2013. Op. Cit., p. 130.

empresas es rebajado o abolido⁷⁰. En 1974, para reducir el rol del Estado es que se redujo el gasto público en un 15% y se despidieron alrededor de 50 mil personas del empleo público⁷¹. Los cambios al mercado financiero fueron drásticos, haciendo rebajas arancelarias en más del 60% y estableciendo diferencias en la tasa de interés máximo mensual entre los bancos públicos (9,6% mensual) y los privados (25% mensual), para así incentivar la transferencia de fondos desde el aparato gubernamental al sector privado⁷². Chile se retira del Pacto Andino, aboliendo las regulaciones que afectaban al flujo de capitales externos.

Durante este periodo 325 empresas del Estado fueron “devueltas” gratuitamente argumentándose que éstas habían sido tomadas ilegalmente. Esto representó, a precio de hoy, alrededor de US\$1000 millones⁷³. Los administradores de estas empresas se vieron con la responsabilidad de obtener su propio financiamiento, sin poder ahora pasar el déficit al gobierno. También les fue impuesto el principio de maximización de utilidades como orientador, tratando de que funcionaran como compañías privadas⁷⁴. El proceso se hizo, en algunos casos, gradualmente. Por ejemplo, Compañía de Teléfonos de Chile (CTC), en 86%; ENDESA y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL), en 90%; Schwager, en 95%; LAN Chile, en 76%⁷⁵, empresas que hoy en día son privadas.

Sin perjuicio de lo anterior, el Estado en muchos casos mantuvo su titularidad pero cedió la gestión, e impuso también regulaciones. Así, la necesidad de regulación apareció como apremiante incluso después de ella⁷⁶ y en base a la crisis de 1982. En el mismo sentido, el proceso de reforma agraria no solo se detiene, sino que se revierte al restituirse a sus antiguos dueños las tierras que les habían sido expropiadas⁷⁷, llegando esto al 28% del total⁷⁸.

⁷⁰ FOXLEY, A. 1982. El Experimento Neoliberal en Chile. En: Experimentos Neoliberales en América Latina. Chile, Cieplan. pp. 37 - 74. Estudio N°59, p. 46.

⁷¹ Ibid., p. 47.

⁷² Ibid., p. 48.

⁷³ HACHETTE D. la F., Dominique. 2001. Privatizaciones: Reforma Estructural pero Inconclusa [en línea]. Santiago, Chile. En: LARRAÍN, Felipe y VERGARA, Rodrigo. La Transformación Económica de Chile. Capítulo 4. <http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/cat_768_indicelibro.html> [consulta: 03.06.2013]

⁷⁴ LARRAÍN, F. y VERGARA, R. 2001. Un Cuarto de Siglo de Reformas Fiscales [en línea]. Santiago, Chile. La Transformación Económica de Chile, Capítulo 3. <http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/cat_768_indicelibro.html> [consulta: 03.06.2013]

⁷⁵ HACHETTE D. la F., D. 2001. Op. Cit., p. 11.

⁷⁶ PAREDES, R. 2001. Regulación Económica en Chile: La Opción por un Enfoque No Estructural [en línea]. Santiago, Chile. LARRAÍN, Felipe y VERGARA, Rodrigo. La Transformación Económica de Chile. <http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/cat_768_indicelibro.html> [consulta: 03.06.2013].

⁷⁷ FOXLEY, A. 1982. Op. Cit., p. 54.

El sector industrial experimentó una fuerte caída al tener que enfrentar condiciones de competencia para las cuales claramente no estaba preparada, lo cual llevó a su quiebra y posterior “desindustrialización”, pasando a importar productos que antes fabricaban dentro del país⁷⁹.

Sectores como el de la educación, salud y previsión social tuvieron importantes transformaciones, introduciéndose criterios de la empresa privada tales como el de la competencia, descentralización, financiamiento privado, etc⁸⁰.

En salud, la participación del sector privado se hizo presente en la prestación de servicios y en el mercado de seguros médicos. Por ello, se creó en 1981 el sistema de Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE), que ofrecen planes de salud a sus asegurados, financiados por descuentos por nómina⁸¹, el cual debe ser financiado por el particular. La idea era dejar el sector público proveyendo sólo de un mínimo para quienes no pudieran acceder a lo anterior.

En temas de vivienda, se redujeron las potestades del sector público ampliamente también, entregándole a los privados las responsabilidades de urbanización, suministro de servicios de saneamiento básico, la construcción y la intermediación financiera. Éstos pasaron a tener total responsabilidad en la construcción de viviendas por medio de contratos, venta directa o licitaciones con el sector público⁸².

Esta manera de proceder se vio en casi todos los ámbitos económicos, e incluso no económicos. Por ser una nueva forma institucional, surgieron fallas y problemas durante su implementación, antes las cuales el Estado tuvo que encontrar una forma de solución. Lo hizo

⁷⁸ HACHETTE D. la F., D. 2001. Op. Cit., p. 20.

⁷⁹ PINTO, J. y SALAZAR V., G. 1999. Historia Contemporánea de Chile, Vol. 2. Santiago, Lom, p. 147.

⁸⁰ Educación constituye un buen ejemplo de lo que se describe, pues constituye un extremo de transformación: hay una descentralización hacia las municipalidades de los colegios públicos; se fomenta la creación de colegios privados gratuitos a través de subvenciones; el traspaso de fondos públicos se hace a través de pago por alumnos y no directamente, pudiendo éstos aportar también a través del copago; se permite la creación de universidades privadas sin mayores requisitos; se le quita financiamiento a las universidades públicas, pasando éstas a autofinanciarse, etc. En los años posteriores se ha sostenido críticamente que esta introducción de criterios de mercado a un bien que no es tal, trajo consecuencias nefastas en cuanto a desigualdad y segmentación social.

⁸¹ HACHETTE D. la F., D. 2001. Op. Cit., p. 8.

⁸² Ibid.

generalmente, a través de regulación sectorial. Por ejemplo, el año 1982 Chile experimentó una crisis muy fuerte en gran parte de su economía que remeció la intransigencia neoliberal⁸³ y falta de regulación. PAREDES señala que “la regulación en Chile habría sido tan deficiente, que conllevó una serie de problemas que han hecho que, posteriormente a la privatización, el desempeño de las firmas privatizadas desde una perspectiva social haya sido muy pobre”⁸⁴.

Se produce, por tanto, una convergencia entre la regulación sectorial, cada vez más especializada, y las bases institucionales del modelo.

3.1.2.2. Segunda Etapa

El segundo periodo fue de apariencia “pragmática”, cuya expresión más visible fue desarrollada por el ministro HERNÁN BÜCHI, quien continuó con la liberalización de los mercados y logró un segundo despegue, gracias al sector exportador y al gran flujo de capitales incorporados por las AFPs⁸⁵. Se consolidaron regulaciones un poco más potentes y fuertes a ciertos sectores, incluyendo principios rectores para ellos que guiaron su inclusión: regulación antimonopolio, libertad de entrada a los mercados, procedimientos claros y preferencia a la autonomía⁸⁶. Estos sólo vienen a plasmar la lógica del Estado como observador y fiscalizador del cumplimiento de normas básicas respecto de sistemas que se regulan a través de mecanismos del mercado, comenzando a perfilarse la idea del Estado regulador (capitalismo regulatorio).

Como señalaremos más adelante, todo este proceso y la práctica que a su entorno se generó, influyó de manera determinante en la relación y forma de interacción existente entre la Administración y los particulares. Si bien las categorías jurídicas antiguas se mantuvieron,

⁸³ PINTO, J. 2002. Op. Cit., p. 54.

⁸⁴ PAREDES, R. 2001. Op. Cit., p. 54.

⁸⁵ PINTO, J. 2002. Op. Cit., p. 58.

⁸⁶ Ibid.

también nacieron nuevas formas de intervención traídas desde Europa y otras tradiciones, las cuales sirven para explicar el modelo.

3.2. Derecho de la Competencia

Luego de las transformaciones experimentadas en las últimas décadas las herramientas jurídicas utilizadas y la perspectiva de análisis de éstas han variado. El Derecho de la Competencia ha surgido como una de estas herramientas de configuración institucional en relación a la actividad estatal, pues la controla y limita. Es por esto que me referiré a ella de forma específica, partiendo desde su evaluación hasta la comprensión que hoy en día se le puede dar, en cuanto herramienta de diseño institucional.

La historia de la legislación de libre competencia se remonta a los tiempos del presidente JORGE ALESSANDRI, quien, tomando las recomendaciones de la misión Klein - Saks, creó una Ley antimonopolios para dar paso a la liberación de los precios y rebaja de aranceles aduaneros para crear mayor competencia interna. En 1959 se promulga la ley 13.305 que tipifica por primera vez algunos ilícitos anticompetitivos⁸⁷. Desde su vigencia hasta 1972 su aplicación fue bastante baja ya que el sistema económico de la época tendía a sustraer criterios de mercado de ciertos ámbitos y el Estado era quien proveía de los servicios, funcionando bajo un principio distinto al de la competencia.

La antigua ley de 1959 refleja la diferencia del sistema. El artículo 172 establecía que “no podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades industriales o comerciales (...) Sólo por ley podrá reservarse a instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de administración autónoma o municipales el monopolio de determinadas actividades industriales o comerciales”⁸⁸. También, el artículo 174 permitía al presidente de la República autorizar por decreto fundado la inaplicabilidad de las normas

⁸⁷ MASS, M. 2011. Estudio de las Modificaciones Introducidas al DL 211 sobre Libre Competencia, en Especial Acerca del Tribunal de Defensa de Libre Competencia. Memoria de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

⁸⁸ ESPINOSA, R.. 1980. Ley Antimonopolios, Análisis y Estudio Crítico. Santiago, Editorial Jurídica, p. 9.

antimonopólicas de ser necesario para la estabilidad y el interés nacional así lo exija. En el mismo sentido, deja en vigor todas las disposiciones legales y reglamentarias que confieran a las autoridades atribuciones relacionadas con el ejercicio de actividades económicas o industriales (como fijación de precios y control de su cumplimiento en artículos de primera necesidad)⁸⁹.

Como se podrá esperar, casi todas las disposiciones hacían compatibles un régimen de competencia con la intervención estatal directa, y por ende, fueron eliminadas con el DL 211, con la intención de liberalizar y someter dichas actividades al régimen común⁹⁰. La configuración de un Estado neoliberal posterior, fundamentó este tipo de decisiones.

Si el gobierno quería competencia en la mayor cantidad de sectores posible, entonces era fundamental crear una institucionalidad que velara por ella. Recordemos que el bien común, bajo la lectura tradicional, está en manos, principalmente de los privados, por lo que es a través de su “libre iniciativa”, y por ende, a través del libre mercado, que éstos deben alcanzar sus fines específicos, y así, el bien común. En sus considerandos se puede apreciar un rechazo al monopolio como fuente de daños a la libre competencia, y un juicio de valor en contra de la concentración del poder económico, que se manifiesta en la forma de monopolio⁹¹.

El sistema que se creó para la protección de la competencia fue el de órganos administrativos, llamados Comisiones Preventivas, que se encargaban de resolver dudas acerca de posibles conflictos de libre competencia. Luego, como “superior” estaba la Comisión Resolutiva, de carácter jurisdiccional – presidida por un miembro de la Corte Suprema – que resolvía los conflictos planteados en la materia. La Fiscalía Nacional Económica era el ente encargado de denunciar supuestas infracciones y velar por el interés público.

La creación de esta normativa es coherente con el sistema económico que se introdujo en Chile durante las décadas de los 70’ y 80’ recién descritas.

⁸⁹ Ibid., p. 11.

⁹⁰ Ibid., p. 13.

⁹¹ Ibid., p. 20.

Las reformas hechas durante del año 2003 (Ley 19.911) y la publicación del texto refundido y coordinado en 2005, vienen a reforzar y dotar de mayores potestades a los organismos encargados por el cumplimiento del decreto. Asimismo, introducen modificaciones a lo prescrito en él acerca de los ilícitos anticompetitivos, estableciendo cláusulas amplias y generales al respecto. Como es conocido, se crea un Tribunal de Libre Competencia, especializado, que resuelve los conflictos en la materia, y se amplían las facultades de la Fiscalía Nacional Económica en cuanto a la investigación y persecución de las conductas.

Lo anterior viene a configurarse como una técnica de regulación, que, como señala Montt, hace que “el DL 211 al entregar la resolución de casos al TDLC conforme a una norma tan abierta como el Artículo 3, es crear un ente regulador de carácter jurisdiccional. Esto no es sino aplicación de una conocida regla en ciencias políticas, conforme a la cual cada vez que se encarga a un tribunal (o a la administración) la aplicación de una norma legal abierta, lo que se hace en realidad es delegarle poder para que regule conforme a los límites contemplados en el marco delegatorio”⁹². La “regulación” que surge del TDLC viene, en gran parte, influida por el ámbito de la economía (“hegemonía de la economía”), lo cual incluso permite que parte de sus miembros sean economistas⁹³. Si bien esto se ha visto de cierta forma superado, como el mismo autor lo hace ver (llamando lo que identificamos más arriba como capitalismo regulatorio, mundo “post - Chicago”), la manera de abarcar cada caso proviene más de la perspectiva del Derecho Económico que del Derecho Administrativo, sobre todo en un contexto normativo constitucional como el nuestro y la forma de entender el Estado, provocando diversas tensiones, de las que más adelante daremos cuenta.

Ahora bien, qué tipo de regulación es exactamente y cuál es el ámbito de su competencia, son preguntas que surgen, sobre todo, en relación a la actuación de la Administración del Estado. Si bien, como señala MONTT, el objetivo de las políticas de competencia es la eficiencia y en ellas deben usarse regulaciones diversas cuando el objetivo viene definido por criterios de justicia, la interpretación tradicional antes mencionada, incorpora el criterio de la competencia dentro del Orden Público Económico como un criterio

⁹² MONTT, S. 2010. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como Ente Regulador del Comercio: una mirada desde las Políticas Públicas. Documento de Trabajo N°1, Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 28.

⁹³ Ibid.

sustantivo y rígido, lo cual haría pensar que incluso los actos de la Administración que busquen fines diversos, deben, en algún sentido, estar justificados expresamente, y someterse a las reglas de competencia en la mayor cantidad de aspectos posibles, si es que se está ejerciendo una actividad en algún aspecto económica. La eficiencia es puesta como la clave del sistema de mercado, siendo ésta el único criterio transversal para medir la validez jurídico- económica⁹⁴ que tienen los actos de los privados y del Estado en el ordenamiento jurídico, si es que a éste último le aplicamos dichas normas. La interpretación actual vendría entonces, a constitucionalizar el criterio de eficiencia respecto de la actuación en los mercados, de cualquier tipo de agente, olvidando que el Derecho de la Libre Competencia es sólo una forma más de regular un contexto de intercambios determinado.

La manera en que apreciamos la intervención del Estado, sus límites y atribuciones, influye directamente en cómo se analiza la actividad de la Administración dentro de ámbitos económicos. Bajo este contexto cabe reflexionar acerca de los criterios de aplicación de las normas de la competencia, su función y límites respecto de la intervención administrativa, (¿es el estándar de libre competencia un estándar a considerar por la autoridad administrativa?) y también acerca de la posibilidad de descartar su aplicación en un contexto donde la tutela de un interés público preciso toma más peso.

3.3. Síntesis

Como señala WAHL⁹⁵, el tema de la privatización es – naturalmente – un *tema de la teoría del Estado* en sentido inminente, y lo mismo sucede con la desregulación y creación de nueva regulación. Y es que lo que se persigue, en definitiva, es que se reajusten las relaciones entre el Estado y la sociedad, entre el Estado y la economía, entre las funciones del Estado y la actuación del individuo.

Por lo anterior, la irrupción del Estado neoliberal y el decantamiento en el Estado regulador, presentan un panorama legal diverso del que tradicionalmente se tenía en Chile,

⁹⁴ GÁRATE, O. 2010. Marco Constitucional del Derecho de la Libre Competencia Modelo Económico, Eficiencia y Garantías Constitucionales. En: CONGRESO ESTUDIANTEL de Teoría Constitucional. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 22p

⁹⁵ WAHL, R. 2013. Op. Cit.

puesto que contempla mecanismos de interacción administrativa y propiedad totalmente nuevos⁹⁶. También se incluyó de forma potente y con fuerza un nuevo Derecho de la Competencia – que viene de suyo con la liberalización de mercados –, que introdujo una variable más en el análisis respecto de las interacciones entre entes públicos, privados y privados protectores de ciertos intereses públicos, que nos lleva a tratar de dar cuenta de la pregunta planteada más arriba.

Esta irrupción del nuevo orden económico generó problemas al momento de determinar la forma en que se resolverían, tanto de cara al Estado como a los particulares, los diferentes conflictos que se presentasen, puesto que la tradición neoliberal que esté incorporada en la comprensión de la configuración estatal, influye directamente en la política de competencia existente⁹⁷.

Hay un cambio en las categorías conceptuales y definiciones jurídicas administrativas que no se siempre tienen asentamiento adecuado a nivel práctico. Muchas veces las preguntas que surgen luego de este proceso liberalizador no son respondidas adecuadamente, o el planteamiento que se hace de ellas no engloba lo que el quehacer jurídico reclama.

Como bien señalan los autores CHENG, LIANOS Y SOKIL⁹⁸, la forma en que un país diseña una política de competencia óptima, implica tres decisiones relevante: primero, qué se dejará en manos de la jurisdicción de libre competencia; segundo, qué asignar a las autoridades administrativas regulatorias (no de libre competencia); y por último, cómo determinar la concurrencia de las jurisdicciones entre las autoridades de libre competencia y las autoridades administrativas reguladoras.

Lo anterior, a su vez, hacer surgir la pregunta acerca de cómo es que se aplica la libre competencia a la actividad gubernamental-administrativa y de si hay ciertos parámetros específicos que deben fijarse respecto de los actores públicos.

⁹⁶ El análisis puede efectuar tanto desde el punto de vista de los sectores económicos legislativamente liberalizados en donde el criterio de competencia se incluye expresamente, o bien, en ámbitos en donde no hay liberalización (no hay mercado propiamente tal), sino sólo un interés público a cumplir por parte de un órgano determinado.

⁹⁷ CHENG K., T, LIANOS, I. y SOKOL, D. 2014, Op. Cit., p. 40

⁹⁸ Ibid., p. 5.

Estas preguntas no han sido respondidas por el legislador chileno de forma literal, habiendo – quizás – referencias esparcidas a lo largo de las diferentes regulaciones sectoriales existentes y de otra índole también. Por otra parte, no se ha dado cuenta de las implicaciones conceptuales que hay detrás de cada decisión al respecto. Así, cuando regulamos, es evidente la tensión existente entre dicha regulación, con sus principios y objetivos específicos, y la regulación general de libre competencia que vela por ella en términos amplios.

A continuación, expondremos de forma sucinta la actividad administrativa y su funcionamiento para luego poder identificar los puntos de más tensión entre la lógica administrativa y la de competencia, para luego, intentar develar el mapa conceptual e implicancias que hay detrás de los fallos del TDLC.

III. LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA Y EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. Introducción

Teniendo en cuenta el contexto normativo e histórico respecto del cual, a grandes rasgos, dimos cuenta, analizaremos la evolución del Derecho Administrativo y cómo ésta ha determinado la actuación de la Administración en el cumplimiento de sus funciones.

La Administración se identifica con el interés general, siendo éste la justificación de su existencia y sin el cual no tiene sentido ese actuar. Es por esto que ella está determinada en su actuar por los lineamientos generales de la Constitución y luego, por la ley. Y es el Derecho Administrativo el Derecho común y ordinario de las Administraciones públicas el que las rige directamente, debiendo someterse a él por imperativo legal⁹⁹.

⁹⁹ MUÑOZ, S. 2004. Op. Cit., p. 59.

Los fines públicos, generales y específicos, son históricamente evolutivos¹⁰⁰, y cambian, ya sea expresamente en textos constitucionales y legales, o bien por cambios en la contingencia histórico –sociológica. Así, estos fines y objetivos se traducen desde el lenguaje jurídico a términos de políticas públicas, y por ende, de habilitaciones –mandatos de actuación, que configuran instrumentos y mecanismos diversos, otorgando así una específica configuración a la actividad administrativa en función de las características de la materia de que se trate y de los fines-objetivos públicos que deba realizar la misma¹⁰¹. Es por esto que la actividad de la Administración ha evolucionado y se ha ido adaptando a las nuevas formas y requerimientos que el mercado ha exigido, puesto que dicha actividad se ve determinada e influida por el tipo de relación que ésta tenga con los particulares o agentes privados, pues “si las formas aluden a la finalidad que en cada caso concreto se otorga a la intervención administrativa, va de suyo que este elemento teleológico tiene mucho que ver con el modo en que se conciben las relaciones entre el poder público y la sociedad”¹⁰². Así, la creación de un Estado en alguna perspectiva no puede sino influir en la forma de actuar de la Administración.

En este capítulo expondremos los principios y reglas principales de la actividad administrativa y del Derecho Administrativo como base de la actuación del Estado, usados para alcanzar los fines y objetivos que se le propongan y la evolución que éstos han tenido en referencia a los cambios en las últimas décadas, principalmente en relación al Derecho de la Competencia, corolario de la privatización y liberalización de los mercados antes descrita y que ha pasado a ser parte de la órbita del Derecho Administrativo. Una de las principales tensiones es, precisamente, la introducción de este Derecho al ordenamiento jurídico y su aplicación a la actividad de la Administración.

La introducción de criterios de mercado y competencia de forma aparentemente generalizada, ha hecho que la Administración se adapte a un nuevo tipo de configuración institucional, pero no siempre ha identificado los criterios para ello. Es aquí el punto en donde hay más tensión aún en cuanto al análisis de libre competencia.

¹⁰⁰ PAREJO A., L. 1998. La actividad de la Administración Pública: sus características, clasificaciones, formas y principios. En: Manual de Derecho Administrativo, 5ta ed. Ariel, Barcelona, p. 441.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² VILLAR E., J. 1999. La Actividad de la Administración. En: Derecho Administrativo Especial. Madrid, Civitas. pp. 21 - 41.

2. Generalidades sobre Derecho Administrativo: objetivos y criterios de actuación.

2.1. Evolución del Derecho Administrativo

Después de la exposición histórica y descriptiva de los cambios experimentados en las últimas décadas, me referiré ahora a las implicancias que éstos tuvieron en relación a la función de la Administración y su identificación conceptual, dando cuenta de la evolución que significó en términos de Derecho Administrativo.

Para poder hacerlo, es preciso identificar conceptualmente esta evolución y la influencia que la tradición de ésta ha tenido en su desarrollo. Interesa aquí la cuestión de si las condiciones iniciales de su evolución grabaron en él una orientación y una configuración específica conforme a la cual “el Derecho Público comenzó en aquel momento su andadura y bajo cuyo dominio sigue estando aún hoy en día”¹⁰³.

El Derecho Administrativo de principios del siglo XX estuvo marcado, principalmente, por la irrupción de los derechos individuales de corte liberal, lo que dio paso al Estado liberal. En él, el eje está en la acción administrativa unilateral – simbolizada en el clásico acto administrativo – y en la correspondiente defensa del individuo frente a la manifestación del poder por parte del ejecutivo¹⁰⁴ (Estado de policía).

Bajo el Estado liberal, se configura el Derecho Administrativo clásico, que reconoce los derechos públicos subjetivos, la conquista judicial frente al poder público, el principio de legalidad, la reserva de ley, etc.

Lo anterior tuvo implicancias importantes: se caracteriza la acción administrativa por la sujeción a la ley, o el bien llamado principio de legalidad: la Administración está sometida a la ley¹⁰⁵ bajo ninguna duda y, hoy en día, sigue estándolo. Asimismo, el objetivo primordial

¹⁰³ WAHL, R. 2013. Op. Cit., p. 27.

¹⁰⁴ BARNÉS, J. 2011. Op. Cit., p. 12.

¹⁰⁵ MUÑOZ, S. 2004. Op. Cit., p. 394.

de la Administración fue y sigue siendo, el interés público, puesto que es la ley la que lo concretiza luego del proceso parlamentario. La ejecución de ésta, por ende, es la tarea que define más exactamente la función material que corresponde a la Administración¹⁰⁶.

Desde la perspectiva de protección individual de los derechos, surge la teoría del acto administrativo, el procedimiento administrativo para su dictado, las técnicas y requisitos de expropiación, la responsabilidad de la Administración por su actuar negligente, el régimen legal de la propiedad, el principio de proporcionalidad como limitación del poder¹⁰⁷, entre otras. Así también nacen los principales criterios para identificar las potestades de la Administración, tales como la atribución concreta y específica de ellas por la ley¹⁰⁸ y la determinación exhaustiva de las facultades.

El acto administrativo, a modo de ejemplo, se considera como una resolución unilateral del poder público respecto de un caso concreto. Para ser válido y gozar de ejecutoriedad, el órgano debe tener competencia otorgada por ley, tener una finalidad de interés público descrita en ella y cumplir con el procedimiento para su actuación. La consideración de la aplicación de la ley y dictación consecutiva del acto, en su versión clásica, dependían exclusivamente de la Administración.

El Estado es visto como un protector de los derechos individuales y, a la vez, como quien determina las condiciones de esta protección y el contenido del ejercicio de los derechos individuales. Es decir, la ley, como concreción de la voluntad general, y la Administración como ejecutora de dicha ley, tiene la última palabra. Es por esto que a menor poder de decisión y mayor sujeción estricta a la ley, mejor.

En definitiva, lo que caracteriza al Estado legal es que los derechos de los ciudadanos están plenamente disponibles para el legislador. La ley los conforma, y delimita, los regula y en su caso, constriñe, sin que exista ninguna regla superior a la que deba atenerse. No sólo no existen garantías frente a las actuaciones del legislador, sino que es precisamente el legislador el que establece caso por caso las fórmulas técnicas que le parecen más idóneas para proteger

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ BARNÉS, J. 2011. Op. Cit., p. 13.

¹⁰⁸ MUÑOZ M., Santiago. 2004. Op. Cit., p. 395.

los derechos con ocasión de las regulaciones generales o específicas de los mismos¹⁰⁹. Tenemos así una Administración del orden y mando, de prohibiciones, órdenes y sanciones, de actividades sujetas a control previo (autorizaciones)^{110- 111}.

Se identifica pues con la actividad de policía que consiste básicamente, en el mantenimiento del orden público, en el sentido de que se justifica la limitación y restricción de derechos a través de potestades imperativas y coactivas, en base a la idea de condiciones mínimas e imprescindibles para la convivencia en sociedad que todos deben respetar¹¹². Este tipo de intervención hace surgir de manera fuerte el principio de legalidad y proporcionalidad: dado de que se restringen derechos, las potestades deben estar expresamente en la ley, y ser proporcionales al fin. Bajo este tipo de actividad se ponen en juego potestades imperativas y coactivas que obligan a los particulares a observar ciertas conductas¹¹³. El papel de la Administración parece corresponder principalmente al mantenimiento del orden. La idea del Estado gendarme es admitida por la generalidad, llegándose a considerar con toda naturalidad que la Administración es esencialmente una autoridad, un poder¹¹⁴. Al respecto SILVA CIMMA señala que son cometidos que el Estado habrá de satisfacer por intermedio de los propios órganos que integran la Administración. Son los cometidos esenciales, que desde las primeras épocas en la evolución del Derecho Público, el Estado ha debido atribuirse para sí: la defensa nacional, la justicia, la fiscalización, son cometidos que sólo al Estado corresponde cumplir¹¹⁵.

¹⁰⁹ Ibid., p. 419.

¹¹⁰ BARNÉS, J. 2011. Op. Cit., p. 19.

¹¹¹ Estos supuestos de actuación aquí escuetamente señalados, se identifican principal aunque no totalmente, con una clasificación de la conocida trilogía de actividad de fomento, policía y servicio público. Si bien esta clasificación no termina de explicar todas las funciones, si ha servido para dar cuenta de la mayoría de ellas, tomando una importancia dogmática muy relevante. Como señala MUÑOZ (2004, p. 497), éstas fueron propuestas en primer término por JORDANA, y se han mantenido como las clásicas (también en Chile, por influencia del Derecho español). Hoy todavía persisten pero, como daré cuenta más adelante, con notables cambios.

¹¹² FERNÁNDEZ F., G. 2012. La Actividad Administrativa en Especial, Contratación Pública, Expropiación Forzosa y Sanciones. En: Sistema de Derecho Administrativo. Navarra, Thomson Reuters, p. 403.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ BENOIT, F. 1977. El Derecho Administrativo Francés. Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, p. 106.

¹¹⁵ SILVA C., E. 1969. Derecho Administrativo chileno y comparado. Tomo II. Editorial Jurídica. Santiago, p. 15.

Algunas formas de intervención que pueden caer dentro de este tipo de clasificación son, entre otras, las obligaciones y prohibiciones, las autorizaciones, las sanciones y coacciones^{116- 117}, lo que se condice con el Estado legal.

2.2. La actuación de la Administración en el Estado Constitucional

Si bien su antecedente dogmático está en la aparición en la escena jurídica de los derechos individuales, la irrupción de los derechos fundamentales marca una nueva forma de aplicar, interpretar y controlar el ejercicio del poder público por parte de la Administración. Éstos pasan a entenderse como pretensiones morales con validez general concernientes a todos los hombres que deben ser satisfechas por cualquier ordenamiento jurídico existente, debido a que son el fundamento de su existencia¹¹⁸. El individuo es el punto de partida de todo pensar y todo construir políticos^{119- 120}.

Adicionalmente a lo anterior, debido a los cambios sociales y el avance en el desarrollo de la sociedad, surge la tutela de derechos, principios y valores de carácter colectivo, que si bien son subjetivables, pasan a ser tratados como temas de interés general. Se trata de la realización de políticas públicas para toda la población y no sólo para una determinada pluralidad de destinatarios¹²¹, los llamados derechos sociales, muy ligados a los derechos fundamentales.

Si bien usan el mismo lenguaje y mecanismos de exigibilidad que los derechos liberales clásicos, este tipo de derecho presupone una prestación directa del aparato estatal (salud,

¹¹⁶ GARCÍA de E., E. y FERNÁNDEZ, T. 2006. La Incidencia de la Acción Administrativa sobre las situaciones Jurídicas del Administrado. En: Curso de Derecho Administrativo II. Argentina, Thomson Civitas, p. 105.

¹¹⁷ VILLAR E., J. 1999. Op. Cit., p. 39.

¹¹⁸ PECES BARBA, G. 1999. Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General. 2da ed. Madrid, Universidad Carlos III, p. 720.

¹¹⁹ WAHL, R. 2013. Op. Cit., p. 39

¹²⁰ El Estado deja de ser concebido *sólo* como el protector de los individuos, y pasa a tener una posición de garante de derechos que están por sobre él, es decir, que son supra estatales. El trasfondo ideológico detrás representaba el enunciado básico de que el individuo ya no era objeto del Estado y ya no era solamente miembro del todo (y no estaba inscrito en el todo y subordinado a él casi completamente).

¹²¹ BARNÉS, J. 2011. Op. Cit., p. 14.

vivienda, etc.), que debe poder ser exigible por parte de los ciudadanos, puesto que se constituyen como la base para el desarrollo de la vida.

En términos de Derecho Administrativo, esto tuvo bastantes repercusiones. Como bien sintetiza WHAL, en primer lugar, se crea una dependencia constitucional del derecho legal que se traduce en la fórmula según la cual el Derecho administrativo es derecho constitucional concretado¹²². En segundo lugar, hay una constitucionalización del ordenamiento jurídico en su totalidad, formándose cimientos permanentes en lo que ello respecta¹²³. Esto implicó que los derechos se convirtieran en normas materiales de un rango supra legal respecto de los cuales había que analizar el derecho en su totalidad. Por último, la subjetivación producida conlleva a una tutela judicial omnicomprensiva que pretende proteger los derechos fundamentales en cada resolución judicial.

El resultado de lo anterior es una reinterpretación de las antiguas funciones del Estado en base a criterios materiales de derechos fundamentales, conduciendo esto a una revisión constante y muy cercana por parte de los tribunales respecto del actuar de la Administración.

Así, hoy en día, al estudiar los principios y bases del Derecho administrativo, nos encontramos con que la ley como fuente de éste, debe ser siempre interpretada conforme a la Constitución; la potestad reglamentaria debe ser ejercida en consideración a esta interpretación; en fin, la Constitución pasa a tener una eficacia normativa directa¹²⁴.

Respecto de la ejecución de la ley propiamente tal, ya sea a través de la dictación de reglamentos o a través de la dictación de actos administrativos, hay avances que si bien ya habían comenzado con anterioridad, ahora pasan a profundizarse. Como ya señalamos, el principio de legalidad exige que la actividad administrativa se desarrolle y cumpla de forma tal, que dicha actividad quede reducida, es decir, consista exclusivamente en la interpretación y aplicación objetivo-jurídicas (conforme al modelo de subsunción del caso real en el supuesto legal abstracto) de la norma previa¹²⁵. Tenemos así una potestad totalmente reglada.

¹²² WAHL, R. 2013. Op. Cit., p. 54.

¹²³ Ibid., p. 55.

¹²⁴ BERMÚDEZ, J. 2014. Derecho Administrativo General. Santiago 3era ed., Thomson Reuters.

¹²⁵ PAREJO A., L. 1998. Op. Cit., p. 461.

Sin embargo, en la realidad es difícil que se dé plenamente una situación como la descrita. La diversa textura y densidad de la regulación, y con ella, la programación jurídica de la Administración determina que la acción de ésta opere siempre en una específica tensión entre libertad y vinculación¹²⁶, pues siempre habrá casos en que haya que tomar una decisión o elegir entre diversas alternativas. La Administración necesita entonces, espacios de apreciación y decisión, los cuales se conocen bajo el nombre de potestad discrecionalidad. Ésta consiste básicamente, en un poder de configuración que tiene la Administración en los casos en la ley definen supuesto de hecho, pero omite (bien por no disponerla o por disponer varias de forma alternativa) precisar la consecuencia jurídica que ha de seguirse de su actualización¹²⁷. Puede entonces definir su propia política de actuación y optar, dentro del marco de la legalidad, entre diversas decisiones, todas las cuales son indiferentes para el ordenamiento y por ende, válidas¹²⁸. Ésta, en definitiva, depende de la densidad con que el legislador se haya ocupado de decidir lo que concierne al interés general.

Con los derechos fundamentales, este tipo de potestades pasan a tener un grado de control, surgiendo así lo que WAHL llama la doctrina de la discrecionalidad¹²⁹.

Bajo el contexto de los derechos fundamentales, la doctrina recién mencionada genera parámetros de decisión: donde la Administración tenía libertad para elegir entre diversas alternativas y el individuo carecía de derecho frente a ello, los derechos pasan a determinar un correcto ejercicio de dicha discrecionalidad¹³⁰. Se abre paso entonces para un control judicial concreto, tanto de los elementos reglados (potestad y competencia otorgada por ley, procedimiento y fines del ejercicio), de los hechos que la hacen procedente y un control sobre la base de principios generales de Derecho, que son en último término una concretización administrativa de los derechos constitucionales. La discrecionalidad está completamente rodeada de normas y principios que determinan sus límites¹³¹.

¹²⁶ Ibid., 461.

¹²⁷ Ibid., p. 468.

¹²⁸ MUÑOZ, S. 2004. Op. Cit., p. 519.

¹²⁹ WAHL, R. 2013. Op. Cit., p. 42.

¹³⁰ Ibid., p. 45.

¹³¹ PAREJO A., L. 1998. Op. Cit., p. 472.

Sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de los cuestionamientos que ésta genera en torno al principio de legalidad la libertad que la propia ley otorga a la Administración, trae consigo importantes efectos. Más adelante nos referiremos a la relevancia que toma la discrecionalidad en relación a al nuevo paradigma.

En cuanto a la aparición de los derechos sociales se refiere, la Administración tuvo una evolución en cuanto al tipo de actividad e intensidad de su desarrollo. Es en base a estos derechos que se expande la idea de servicio público y se crea el Estado de Bienestar antes descrito¹³².

El concepto de servicio público ha sido objeto de largo análisis y discusión, teniendo cambios radicales en su comprensión y significado. Si bien las primeras definiciones se condicen con lo recién planteado, hoy en día presenta características que pueden incluso llegar a ser contradictorias con las definiciones dadas pero que, de alguna forma, mantienen un criterio de “lo público” que hace que pueda seguir siendo considerado como tal. Más adelante ahondaremos sobre su evolución.

En fin, y luego de lo descrito, podemos señalar que, debido a la irrupción de los derechos fundamentales y sociales, la Administración se sometió a criterios sustantivos de actuación, lo que generó una correspondiente control por parte de los jueces, y por ende, la necesidad de justificación y razonabilidad de cada decisión ejecutiva de la ley, conforme a los criterios constitucionales incorporados ya sea directa o indirectamente en las leyes.

¹³² Este tipo de Estado se identifica, principalmente, con la actividad de servicio público. Respecto de ésta se puede señalar que se corresponde con aquellas que tienden a satisfacer una necesidad pública con exclusión o en concurrencia con los particulares (VILLAR E., J.1999. op. cit., p. 34). FERNÁNDEZ (2012. Op. cit., p. 420) señala que en un sentido amplio se considera como tal a las prestaciones que las Administraciones Públicas organizan y ofrecen a los particulares, ya sea directa o indirectamente. Ahora bien, en sentido estricto, éstas vendrían siendo aquellas que se someten a regímenes de monopolio, quedando así al margen de la libre iniciativa privada (FERNÁNDEZ, 2012, Op. Cit., p. 420). Este concepto fue desarrollado por DUGUIT, con quien alcanzó magnitudes teóricas decisivas y la capacidad de explicación de todo el sistema administrativo (MUÑOZ, S. 2004, Op. Cit., p. 52). Bajo esta categorización es que se entiende entonces que “la expansión de las actividades estatales avanza y progresa en el campo de la cobertura de necesidades y riesgos sociales no atendidos o deficientemente solventados por la iniciativa privada o instituciones de la propia sociedad; se comienza por el aseguramiento público de contingencias esenciales de la vida –salud, la vejez, los accidentes, la orfandad, etc., – para consolidar progresivamente, al compás de la evolución misma de la conciencia social, de las ideologías, y por tanto, del Estado social, un complejo sistema público de garantía” (PAREJO A., L. 1998. Op. Cit, p. 498).

2.2.1. Caracterización de la *praxis* administrativa en este contexto: el ejercicio de la función administrativa

La forma de cumplimiento de los fines públicos, determinados principalmente por los derechos fundamentales y sociales, que se creó durante el siglo XX, fue la provisión directa de ciertos bienes y servicios por parte del Estado, a través de la idea de servicio público. Esto generó una estructura de funcionamiento administrativo específica que se arrastra hasta nuestros días, como se podrá apreciar, sin perjuicio de las innumerables transformaciones que luego expondremos.

Como el aparato estatal tuvo un tamaño bastante grande y proveía de la mayoría de los servicios que la población demandaba, la Administración se preocupó de su actuar propio, siendo ella misma la encargada de cumplir con los objetivos de interés público de forma idónea conforme a los derecho fundamentales. La interacción con los particulares se daba sólo en un plano “vertical”, fuese como prestador directo de un servicio, o bien, como ejecutor de una ley, es decir, ejerciendo siempre una potestad pública de forma más bien directa. El derecho Administrativo se ocupaba sólo de aquello que sucedía dentro del recito de sus cuatro paredes¹³³.

Así, nos encontramos con que el Derecho administrativo se caracterizaba *esencial y principalmente* por ser un derecho que organiza un régimen de desigualdad entre las personas, sin estar los particulares situados jurídicamente en el mismo plano que la Administración¹³⁴. Bajo este esquema, las competencias propias de las autoridades son tomar decisiones unilateralmente, imponiéndosela a los particulares, según lo que estipula la ley aplicable en el caso concreto. En concordancia con esto, el criterio para identificar una institución como pública es el formal¹³⁵. Las competencias otorgadas por ley invisten a las autoridades de poder de decisión unilateral sobre los particulares.

¹³³ BARNÉS, J. 2011. Op. Cit., p. 21.

¹³⁴ BENOIT, F. 1977. Op. Cit., p., 101.

¹³⁵ Ibid., p. 125.

La estructura que caracteriza a la Administración es la jerárquica, unida a una centralización del poder en cuanto a la toma de decisiones, existiendo una subordinación total según el escalafón que se ocupe en la estructura jerárquica ¹³⁶⁻¹³⁷.

En cuanto a la existencia de relaciones de horizontalidad, BENOIT¹³⁸ sólo hace referencia al control financiero que ejercen otros servicios u organismos públicos, recalcando que en su estructura interna siguen siendo jerarquizados y verticales.

Ahora bien, siendo las ideas de intereses generales o interés público la central en cuanto al Derecho Administrativo se trata, la estructura descrita estuvo (y está) condicionada por ellas, lo cual condiciona a su vez todo el régimen jurídico de las potestades y competencias administrativas ¹³⁹. Debido a que el legislador no puede –ni tampoco es deseable que lo haga– delimitar específicamente cada función, rol o atribución, todo el sistema se ve condicionado por la definición administrativa de los intereses generales y la autoatribución de las potestades precisas para atenderlos y adoptar decisiones que convengan, actuando la Constitución y el Derecho en general, como parámetros orientadores que deben ser respetados, esgrimiendo siempre el por qué se entienden respetados por parte de la Administración, lo cual varía en cada caso.

Entonces, “la relación de la Administración con el ordenamiento jurídico no es uniforme por la sencilla razón de que aquél no tiene una formación plana, ni las normas y principios que lo integran tienen siempre la misma virtualidad para definir los intereses generales y las potestades de que se dota a la Administración para obtenerlos”¹⁴⁰. Como bien se podrá apreciar, esto va en directa relación con la discrecionalidad administrativa y la existencia de los conceptos jurídicos indeterminados.

Entonces, para el cumplimiento de los fines de interés público encomendados a la Administración, se reconocen plenas facultades – conforme a la ley y la constitución – para

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Si bien la idea era la de la centralización, se entendió que para llevar a cabo las diferentes misiones contempladas en la ley, ella debía ser “suavizada” mediante medidas de desconcentración, la cual se caracteriza por un reparto de competencias ejercidas en nombre del poder central, pero con mantenimiento de una subordinación a la autoridad central de todos los titulares de competencias desconcentradas (BENOIT, 1977, P. 127).

¹³⁸ BENOIT, F. 1977. Op. Cit.

¹³⁹ MUÑOZ, S. 2004. Op. Cit., p. 513.

¹⁴⁰ Ibid., p. 514.

llevarlos a cabo, no pudiendo entrometerse otros poderes públicos en ello. Es por ello que se restringe la interpretación y control de los actos administrativos y reglamentos a la jurisdicción administrativa, impidiéndole al juez judicial ser competente para interpretar un reglamento o un acto, salvo que deba asegurar su sanción o cumplimiento¹⁴¹ -¹⁴².

Así, según el principio de separación de poderes y la delegación constitucional respecto del respeto y concreción de los derechos sociales, corresponde a la Administración determinar el contenido de sus actos, siendo esto revisable sólo por la jurisdicción administrativa y con límites. Indagar entonces en el sentido de un reglamento es cuestionar el alcance de las normas que rigen el funcionamiento de la Administración. Es una intromisión que no tiene razón de ser. Asimismo, interpretar un acto administrativo individual es una intromisión directa en el funcionamiento de la máquina administrativa, lo que sólo corresponde al juez administrativo¹⁴³.

Hace plena concordancia aquí la primera regulación antimonopolios explicada antes, la que permitía eximir su aplicación por consideraciones de interés general, así como también, deja a salvo la intervención administrativa en ámbito económicos y le da dicha naturaleza a la Comisión. Por los cambios de las últimas décadas, esta permisión ha variado, y con ello la posibilidad de someter actos administrativos al derecho de la competencia ha surgido como posibilidad. Es sobre este punto donde se vislumbra la pregunta sobre si el estándar de libre competencia es uno que la Administración deba considerar y que, en definitiva, pueda ser obligada a considerar. Analizaremos en lo que sigue cómo los cambios institucionales y económicos permiten configurar una respuesta en consideración también, de los fines de la Administración y el peso de la tradición que aquí, vagamente, se narró.

En general, y a modo de resumen, se puede señalar que el funcionamiento interno de la Administración (principio de legalidad, acto administrativo clásico, etc.), la irrupción de los derechos fundamentales y la idea de derecho sociales, ha sido heredada hasta hoy, a pesar del proceso liberalizador que se ha vivido en las últimas décadas, viniendo, de hecho, a condicionar el desarrollo del “nuevo” Derecho Administrativo.

¹⁴¹ BENOIT, F. 1977. Op. Cit., p. 546.

¹⁴² Por supuesto en Chile esta distinción no es dable de hacer por la inexistencia de tribunales contenciosos administrativos. Lo relevante es la idea que hay detrás de la afirmación que hace el autor.

¹⁴³ BENOIT, F. 1977. Op. Cit., p. 547.

2.3. La actuación de la Administración bajo el nuevo paradigma.

Tal como hemos insinuado en páginas anteriores, las categorías y comprensión del actuar administrativo han cambiado. El proceso de liberalización ha afectado las formas y los títulos de intervención de forma relevante. Tratar de clasificar la actividad administrativa de hoy en los antiguos esquemas resulta difícil. Dentro de este proceso, el Estado ha variado su posición y atribuciones, a pesar de conservar todavía un gran rol de propietario y tenga la responsabilidad de dictar normas de carácter general¹⁴⁴. Las mismas categorías a las cuales nos hemos referido (servicio público, de fomento y de policía) no son las mismas ni comprenden las mismas actividades. Si bien la jerarquía y centralización siguen teniendo una aplicación muy amplia en las instituciones públicas, hoy en día la configuración externa de la Administración (relación con particulares, gestión, formas de intervención, justificación de dicha intervención, etc.) ha variado sustancialmente.

Bajo este paradigma las características asociadas a lo que es público y lo que es privado se han modificado y, por ende, las actividades que pueden llegar a relacionarse con la Administración del Estado son ahora diferentes y variadas, habiéndose extendido el criterio de lo que podemos catalogar como actividad o servicio público fuertemente. Las transformaciones actuales han influenciado los regímenes y contenido en cada ámbito. Esta circunstancia ha llevado a afirmar que la escisión (público-privado), se encuentra en crisis¹⁴⁵ (*supra* 2).

La aplicación práctica del Estado neoliberal, que luego degeneró en el Estado regulador (que sigue encontrando, sin embargo, en el neoliberalismo el fundamento de muchas políticas regulatorias), ha cambiado el diseño de políticas públicas y su gestión, generando una estructura de provisión de servicios y actividades públicas diferente. Éstas ya no dicen relación con la provisión directa, sino más bien, con un sistema de “traspaso” de funciones públicas a manos privadas a través de diversas fórmulas jurídicas. Con ello las categorías

¹⁴⁴ MUÑOZ, S. y ESTEVE, J. (coord.). 2009. Derecho de la Regulación Económica I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación. Madrid, Iustel, p. 110.

¹⁴⁵ VALLADARES, A. y PÉREZ, C. 2008. Op. Cit., p. 106.

jurídicas también han mutado. Y como señalamos, la injerencia del Estado incide directamente en la determinación y creación de la política de libre competencia, dándole más o menos cabida dentro de las instituciones y los nuevos servicios públicos.

Es entonces, bajo los cambios descritos en el primer capítulo de esta memoria, que se comenzaron a debatir innovaciones encaminadas a diseñar nuevas reglas idóneas e instituciones jurídicas adecuadas¹⁴⁶. La pregunta a responder consistía en qué funciones debía mantener el Estado y cuáles otra debía comenzar a tener a partir de ese momento.

No fue sorpresa que, a pesar de la insistencia de liberalización – sobre todo el Chile – el Estado hubiese seguido teniendo un rol determinante en la configuración institucional de la economía¹⁴⁷. La importancia de redefinir su rol y sus competencias se hizo enteramente visible cuando se acuñó el concepto de *Estado garantizador*¹⁴⁸.

2.3.1. La aparición de la regulación económica.

Como bien es sabido, la idea de derechos fundamentales ha trascendido hasta hoy, informando los modos de actuación administrativa. Es parte de la herencia del siglo pasado. Tal como se explicó, ello implica la exigencia de ciertos estándares mínimos al Estado, que obligatoriamente, debe proveer.

Así, y aun después de los procesos liberalizadores, el Estado de Bienestar y todo lo que surgió con él, se mantienen vigentes y permean las nuevas formas institucionales, económicas y sociales. Los derechos fundamentales han puesto límites sustanciales al mercado y a su funcionamiento¹⁴⁹.

La estructura mencionada implica conjugar de forma adecuada la prestación o ejecución de actividades y servicios por parte del mercado, pero a la vez garantizarlas

¹⁴⁶ WAHL, R. 2013. Op. Cit., p. 128.

¹⁴⁷ Como señalamos más arriba, luego de la crisis del 82' en Chile, los sectores económicos pidieron mayor regulación.

¹⁴⁸ WAHL, R. 2013. Op. Cit., p. 132.

¹⁴⁹ VALLADARES, A. y PÉREZ, C. 2008. Op. Cit., p. 24.

conforme a los imperativos constitucionales, cuando así sea necesario. El Estado debe complementar la acción privada con los objetivos de interés público¹⁵⁰, que muchas veces pueden ser contradictorios con la lógica mercantil, y lidiar a su vez, con la aplicación del Derecho de la Competencia. Asimismo, las justificaciones en las cuales se basan estas “excepciones” muchas veces son de índole político, cuestión no fácil de aceptar bajo un contexto de libre mercado generalizado y un reforzamiento excesivo del principio de subsidiariedad.

En definitiva, a fin de cumplir con los objetivos públicos (fines de interés general) implicados por la responsabilidad y por las infraestructuras normativizadas constitucionalmente, se atribuyen al Estado funciones de regulación y de garantía frente a los agentes privados¹⁵¹. El Derecho Administrativo disciplina a los privados.

Por otra parte, la tecnificación propia que presentan hoy los diversos mercados en cuanto al desarrollo tecnológico ha cambiado. Los grados de complejidad, tecnificación, impredecibilidad, interrelación y variabilidad¹⁵² de los procesos tecnológicos y económicos, son muy altos. Esto determina la capacidad de la Administración, por una parte, para ser capaz de generar una adecuada aplicación de la ley, y por otra, para dejar un espacio al control por parte de los jueces sobre decisiones complejas. Como la regulación gradualmente fue creciendo en amplitud e intensidad, el compromiso con el conocimiento de técnicas especializadas también creció¹⁵³.

A pesar de que el objetivo de la liberalización en sus inicios, fue eliminar la intervención del Estado, todo lo anterior implica, de hecho, una injerencia estatal fuerte (*supra* 2), ya que, aparte de las leyes generales que regulan cada sector, la Administración debe actuar activamente en el cumplimiento de ello, a través de actos administrativos, reglamentos, imposición de sanciones, etc. ejerciendo así, funciones de fiscalización y control, lo cual supone niveles de intromisión bastante altos. La pregunta que surge entonces, es bajo qué lógica y a qué principios responden los actos administrativos dictados en este contexto.

¹⁵⁰ MUÑOZ, S. 2004. Op. cit., p. 510.

¹⁵¹ WAHL, R. 2013. Op. Cit., p. 125.

¹⁵² PAREJO, L. 1998. Op. Cit., p. 464.

¹⁵³ ACKERMAN, S. y LINDSETH, P. 2010. Op. cit., pp. 63-77,

Esta circunstancia – preeminencia del mercado, poderes fácticos de regulación y democracia (representados en la Administración) - plantea grandes tensiones dentro del proceso regulatorio¹⁵⁴. Ésta se vislumbra fuertemente en diferentes regímenes aplicables que determinarán cómo se controlan dichos actos y cuáles son los criterios para ello.

El diseño institucional que se ha creado para poder, por una parte, satisfacer las garantías mínimas a través del mercado, y por otra, lidiar con la evolución propia de las características de las nuevas tecnologías, han sido el de imponer a los operadores privados el cumplimiento de misiones de interés general¹⁵⁵ en la forma de obligaciones o cargas públicas específicas; permitir la autorregulación, sujetar a los participantes de los mercados a reglas de fiscalización específicas, etc. Esto consiste, principalmente, en limitaciones a la libertad de empresa en forma de obligaciones específicas, tales como la continuidad, regularidad, igualdad de acceso y universalidad¹⁵⁶, por ejemplo. Los objetivos a alcanzar no son fáciles. Se han emprendido diferentes vías institucionales, ya sea por medio de leyes generales o regulación sectorial. Ésta última viene a ser la herramienta que controla, supervisa y sanciona el cumplimiento de estas obligaciones o cargas públicas. Asimismo, se han incorporado mecanismos de competencia creada, tales como licitaciones al mejor postor (competencia por la cancha) o subastas públicas.

En consecuencia, la antigua actividad estatal relacionada con la provisión directa de servicios, está ahora inserta en el mercado y responde a una lógica regulatoria nueva, lo cual genera una tensión inevitable al tratar de reinterpretar dicha actividad estatal, que se caracterizó tradicionalmente por responder a la lógica administrativa antigua, en clave de regulación, como signo único y distintivo¹⁵⁷.

El Estado pasó a ser un regulador y supervisor de los mercados, los cuales proveen ahora de servicios públicos. Y así, el poder público ha pasado a identificarse con lo que ha recibido el nombre de regulación económica y no con la prestación directa de servicios. A pesar de que las nuevas formas de intervención todavía carecen de una sistematización y

¹⁵⁴ VALLADARES A. y PÉREZ, C. 2008. Op. Cit., p. 154.

¹⁵⁵ Ibid., p. 664.

¹⁵⁶ Ibid., p. 665.

¹⁵⁷ SANTA MARÍA, J. 2012. Sectores regulados y libre competencia: un dilema complejo. En: Las técnicas regulatorias para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados. Madrid, Lustel, p. 27.

definición¹⁵⁸, éste ha sido el término que, en general, ha ido abarcando todo el quehacer estatal. La regulación entendida en este sentido consiste no sólo en producir normas, sino en un control prolongado, continuo y de seguimiento, de una actividad. Esto incluye tanto poderes normativos como de supervisión¹⁵⁹. Se refiere entonces, al control por parte del Estado sobre un particular que realiza una actividad valorada socialmente. Involucra entonces tanto a actores estatales y no estatales. El concepto en sí es difícil de determinar¹⁶⁰.

Como señala CABALLERO el poder público es ahora un regulador de la economía, convirtiéndose así ante los agentes económicos, en “garante de la libre competencia e iniciativa empresarial, y ante los ciudadanos, en garante de niveles adecuados de prestaciones y servicios esenciales”¹⁶¹. Incluye, por tanto, la combinación de tres elementos básicos: la generación de reglas, el monitoreo y la inspección y el cumplimiento de la ley y las correspondientes sanciones¹⁶².

Así, las “cargas públicas” que la empresa privada debe soportar, ha hecho posible el cumplimiento de tareas públicas. Son éstas las que hoy en día se identifican con el servicio público. Como se puede apreciar, dicha categoría ha sido muy ampliada en relación a la idea clásica. La identificación de un servicio público no se corresponde ya a la prestación directa del servicio – lo cual ha tendido a desaparecer – sino más bien, con aquellas actividades o servicios que se entienden como esenciales para la comunidad, y que están sujetas a las cargas públicas, independientemente del titular que lo provea o la forma en que esto se haga. Por otra parte, la “disponibilidad” para los ciudadanos no apunta a la capacidad cada cual, de acceder sin más a dichos servicios o actividades, sino más bien, al hecho de que deben ser accesibles a través del mercado. Las pretensiones de lograr condiciones reales de bienestar mínimo para los ciudadanos superan en importancia al medio por vía del cual quiera

¹⁵⁸ Ibid., p. 32.

¹⁵⁹ MUÑOZ, S. y ESTEVES, J. (coord.). 2009. Op. Cit., p. 115.

¹⁶⁰ HARLOW, C. y RAWLINGS, R.. 2009. Op. Cit., p. 238.

¹⁶¹ CABALLERO, R. 2012. Op. Cit., p. 40.

¹⁶² HARLOW, C. y RAWLINGS, R.. 2009. Op. Cit., p. 238.

lograrse ese objetivo¹⁶³. Todo esto sin perjuicio de las funciones netamente públicas que aun corresponden en exclusiva al Estado, y donde quizás hay aún más tensión.

En definitiva, la idea de servicio público económico hoy en día es mucho más amplia. Algunas veces tiene un sentido orgánico (el organismo que preste el servicio), otras funcional (designa función de interés general atribuida al organismo), y a veces alude a misiones de relevancia general impuestas por las autoridades públicas a algunas empresas¹⁶⁴. Y, en consecuencia, se ha difuminado el servicio público en términos objetivos - servicios de titularidad exclusiva del Estado y prestados por éste - pero se ha conservado la idea sustantiva detrás de ellos, a saber, la esencialidad de sus prestaciones respecto de los ciudadanos. La noción comunitaria de lo que podríamos llamar servicios públicos en términos amplios, no es orgánica sino material o funcional¹⁶⁵. Tenemos entonces, una idea no demasiado uniforme de servicio público, que hoy en día engloba los demás títulos de habilitantes, mostrando la gran flexibilidad que hay en su determinación conceptual¹⁶⁶. Éste engloba también actos que estrictamente podrían ser calificados de actividad de fomento y de policía.

Los sistemas institucionales han hecho del mercado la herramienta principal de provisión de bienes y servicios, y el contexto ideal para el desarrollo de actividades públicas, sin que por ello dejen de ser consideradas como tales, relativizándose el significado de lo que se entendía en un inicio por servicio público, o en general, por actividad estatal.

Como señalamos, lo anterior en la práctica, se ha configurado concretamente a través de los llamados “servicios de interés económico general”, distinguiéndose del tradicional servicio público por contener criterios de competencia y mercado en su provisión. Así, se abre un nuevo eje horizontal que se proyecta sobre los operadores¹⁶⁷, intentando crear competencia entre ellos¹⁶⁸.

¹⁶³ VALLADARES, A., y PÉREZ C., 2008. Op. Cit, p. 144.

¹⁶⁴ MUÑOZ, S., 2004, Op. Cit, p. 616.

¹⁶⁵ Ibid., p. 618.

¹⁶⁶ VALLADARES, A., y PÉREZ C., 2008. Op. Cit., p. 125.

¹⁶⁷ ESTÉVE P., J. 2014. Lecciones de Derecho Administrativo 4ª ed. Madrid, Marcial Pons, p. 472.

¹⁶⁸ Este concepto, de origen europeo (pero trasladable al contexto chileno en términos generales) mantiene rasgos de la antigua idea de servicio público, pero ahora, bajo los estándares y requisitos de la ideología privatizadora, sometiéndolos al régimen del a competencia. El nombre clásico se cambió pues llevaba a la idea antigua de servicio público que no era igual a la que se pretendía introducir ahora. Por lo anterior es que nace este concepto

La configuración legal de los servicios económicos de interés general se ha dado de la siguiente forma: son prestados por empresas, las cuales pueden ser públicas o privadas, pero debe haber total neutralidad o igualdad en el trato por parte de todas las instituciones y personas, sea cual fuere su naturaleza. Éstas cumplen misiones que el Estado en cuestión decide que son de interés general, y, por ende, debe someterse a ciertas cargas o restricciones, sin tener plena libertad comercial. Generalmente, se guían por los principios de continuidad, igualdad de acceso, universalidad y transparencia¹⁶⁹.

Las restricciones, en la práctica, son de diverso tipo: interconexión obligatoria, autorregulación, autorizaciones; y aparecen nuevos conceptos: agencias, autoridades reguladoras, autoridades reguladoras privadas, operadores¹⁷⁰.

En este tipo de servicios se puede apreciar el cambio: antes era el eje vertical que articula las relaciones entre autoridad reguladora, operadores y usuarios o clientes, el único eje modelo clásico de regulación. Hoy el eje horizontal se configura como la gran y característica novedad del vigente modelo de regulación en competencia¹⁷¹.

Este diseño de instituciones necesita de la regulación y se complementa con ella. Lo que ocurre en estos supuestos es que el derecho de la libertad de empresa se delimita y concreta mediante la regulación, precisando su contenido, limitaciones y condiciones de ejercicio¹⁷².

que se agrupa también con otros de la misma índole: “servicios de interés general”, “servicios de interés económico general”, etc. Éstos conciben lo público no a través de un criterio de titularidad o control, sino más bien, en cuanto a la forma de recepción: si son accesibles por todos o no, siendo ello lo determinante para decir si satisfacen el criterio de lo público, respondiendo a lo antes señalado. Esto permite que ahora se rijan por reglas diferentes. Se produce una ruptura de la concepción orgánica de servicio público (de modo que sea más habitual su gestión por privados) y el sometimiento de todos los servicios públicos económicos, con carácter general al Derecho de la competencia (ESTÉVE P., J. 2014 Op. Cit., p. 472). El reemplazo del nombre de “servicio público” por el de “servicio de interés económica general”, se hizo precisamente para hacer posible la gestión y prestación de ellos bajo una lógica y esquema nuevo, que debe tener un sistema de Derecho Administrativo acorde. La diferencia con otro tipo de servicios radica principalmente en que en éstos los poderes públicos consideran que cubren una necesidad incluso cuando el mercado no hace suficientemente rentable la prestación de tales servicios. El concepto se basa en la preocupación por garantizar en cualquier lugar un servicio de calidad a un precio accesible para todos¹⁶⁸. Estos servicios responden a obligaciones de servicio público, no sólo a su propio interés comercial y, en este sentido, pueden derogar ciertas normas, sobre todo en materia de competencia.

¹⁶⁹ ESTÉVE P., J. 2014. Op. Cit., p. 472.

¹⁷⁰ Ibid., p. 473.

¹⁷¹ Ibid., p. 477.

¹⁷² Ibid., p. 482.

Es ilustrativo hablar de los problemas que tensionan la aplicación del Derecho de Libre Competencia a estos servicios en Europa, pues denotan el roce entre dos configuraciones jurídicas diferentes. Allí, la delimitación de la libre competencia es bastante potente pues la lógica del Estado de Bienestar impregnó los cambios liberalizadores, e impactó a este derecho competitivo que quiso – y no pudo – introducirse con la mayor expansión posible. Se genera por ende una mezcla entre la idea clásica y la actual. Como señala el profesor MUÑOZ MACHADO antes citado

“La centralidad del proyecto económico y de mercado, que caracteriza a los tratados fundacionales, ha tenido que ser paulatinamente complementada a los efectos de la consagración en el ámbito comunitario europeo de un conjunto de derechos semejante al incorporado en las Constituciones de los Estados miembros”¹⁷³.

Es quizás por lo anterior que el artículo 86.2 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante Tratado Comunitario), establece una excepción que permite la no aplicación de las reglas de competencia a las empresas que prestas servicios económicos de interés general en los casos en que dicha excepción sea imprescindible para el adecuado cumplimiento de su misión¹⁷⁴⁻¹⁷⁵.

Esto hace posible compatibilizar el desarrollo de políticas públicas por parte del Estado con el sistema de mercado contenido en aquella legislación. Se incluyen dentro de estos las actividades que aun corresponden sólo a la Administración, las cuales deben ser sistematizadas de una forma diferente por no tratarse, en términos estrictos, de mercados en

¹⁷³ MUÑOZ, S., 2004. Op. Cit., p. 1022.

¹⁷⁴ VALLADARES, A., y PÉREZ C., 2008. Op. Cit.

¹⁷⁵ A pesar de no ser más que una excepción, este artículo es quizás una válvula de escape mediante la cual, la arraigada noción de servicio público (y todo lo que ello conlleva) y las legislaciones internas de cada Estado pueden compatibilizarse con esta nueva normativa. En este mismo sentido, el artículo 128.2 del Tratado Comunitario establece la permisión de reservar al sector público recursos o servicios esenciales. En consecuencia, el legislador puede dejar fuera del mercado ciertos servicios. Desde el punto de vista sustantivo, la referencia al carácter esencial del recurso o servicio que se reserva al Estado, supone una importante discriminación que corrige las políticas nacionalizadoras de bienes y empresas que se acometen desde principios del siglo XX (MUÑOZ, S. 2004. Op. Cit., p. 1105), es decir, viene a tratar de evitar que se nacionalicen sectores económicos por cualquier tipo de razón (política populista o coyuntural) que no digan relación con lo esencial dentro de una economía.

donde se intercambian bienes y servicios, sino más bien, de espacios cuya única función es el desarrollo de un fin público específico.

Al hacer aplicables este tipo de excepciones (en Europa y en España cuya legislación pro competencia contempla también una norma de características similares), la determinación del régimen jurídico aplicable a los actos de la Administración al momento de ejercer sus potestades en estos ámbitos queda más claro pues se eximen del régimen de competencia, pasando a regirse exclusivamente por el de Derecho Administrativo. Podemos decir entonces que el cumplimiento de prestaciones básicas a los ciudadanos constituye fundamento de regulación económica.

Ahora bien, así como la idea de servicios de interés general responde al llamado constitucional de los derechos fundamentales (a través de diferentes técnicas de intervención) ha habido respuestas interesantes que vislumbran de forma bastante potente la interacción entre privados y Administración. Un ejemplo de ello es la autorregulación. Es a través de ella que se han podido resguardar intereses públicos, pero aprovechando las ventajas que tiene el mundo privado respecto de las actividades que le son propias. Éste dice mucho del panorama actual de la regulación y de la implementación de políticas públicas a través de privados.

La autorregulación se emparenta con algunas técnicas antiguas de colaboración público-privada pero toma hoy en día connotaciones que la singularizan y dotan de características nueva¹⁷⁶. El mercado genera reglas de comportamiento propias respondiendo a la depuración de técnicas y avances tecnológicos y considerando el marco legal que lo envuelve. Así aparecen organismos privados en donde participan los interesados e incluso la Administración asumen la elaboración en conjunto de normas y especificaciones técnicas. Lo anterior implica que “las tradicionales intervenciones administrativas conducentes a la homologación, verificación, control o autorización de actividades, han sido parcialmente sustituidas por certificaciones auditorías, declaraciones, informes o valoraciones hechas por organizaciones privadas”¹⁷⁷. Si bien muchas de estas normas autoimpuestas no son

¹⁷⁶ MUÑOZ, S. y ESTEVES, J. (coord.). 2009. Op. Cit., p. 119.

¹⁷⁷ Ibid.

legalmente exigibles, el mercado y los estándares de seguridad impuestos, por ejemplo, hacen que lo sean en los hechos, pasando a existir muchas veces una “obligatoriedad fáctica”¹⁷⁸.

Así, es posible estimar que, si bien el Estado “retrocede” en cuanto regulador directo, toma posiciones de supervisor cuyo interés principal será guiar las prácticas privadas hacia objetivos de interés público. Se preocupa entonces de fijar ámbitos, misiones y procedimientos¹⁷⁹. Mediante esta técnica se salva la complejidad que presentan las relaciones económicas y el desarrollo tecnológico (antes ya referido) para con la Administración, que si bien es técnica y especializada, el hecho de no desarrollar la actividad lleva a que no domine el ámbito a regular en su totalidad.

En la práctica, la configuración de los diversos sectores se separa en sectores regulados (regulación sectorial) y sectores liberalizados. Esta distinción no es del todo exacta puesto que incluso en aquellos mercados en donde pareciera primar la libertad, es posible vislumbrar áreas de intensa regulación. Sin embargo, es importante señalar que hay mercados que están más intensamente regulados que otros, y que tienen normativa especial que es de interés al momento de intervenir la Administración en él.

Todo lo anterior configura, precisamente, lo que más arriba llamamos capitalismo regulatorio. Es una introducción de criterios de mercado a la actuación administrativa del Estado – basado en la liberalización generalizada de los mercados –, y complementación con la actividad privada, pero asegurando ciertas cuestiones, tanto a nivel prestacional, procedimental o de control, lo que implica la necesidad de la intervención administrativa.

2.3.2. Derecho Administrativo y regulación

¹⁷⁸ Ibid., p. 204.

¹⁷⁹ Ibid., p. 121.

La evolución antes descrita y la aparición de la regulación económica como paradigma del funcionamiento de la administración han generado cambios radicales en la concepción del derecho administrativo.

Según alguna literatura, el derecho administrativo ha perdido sus peculiaridades, desestabilizándose y en definitiva, se ha destruido¹⁸⁰. Por otro lado, y como se ha sostenido a lo largo de lo expuesto en este trabajo, hay quienes señalan que el derecho administrativo está viviendo un proceso de reforma, cambio y modernización¹⁸¹, tomando las características que antes describimos y pasando a tener una posición determinante en la configuración institucional de cada sociedad, incluido el ámbito privado.

Si bien cuando se habla de regulación o intervención administrativa, se habla de motivos que justifiquen dicha intervención o regulación, lo que se tiene es más bien parámetros y criterios justificados que permitan una buena coordinación y control en base a parámetros sustantivos constitucionales.

Tomando en cuenta las bases del Derecho Administrativo, entendiendo por tal el principio de legalidad como desarrollo o búsqueda del interés general, el encargo de la tarea de ejecutar la ley; y, por otra parte, el llamado que el mismo mercado hace al Estado para que intervenga en ciertos ámbitos, hoy en día, no ya por cuestiones sólo ideológicas sino más bien exigencias prácticas, podemos concluir que la regulación es parte fundamental y constitutiva de los mercados y las tareas públicas, independientemente del diseño institucional específico.

Bajo este contexto, la discrecionalidad – y por ende su control – se vuelve decisiva. Si bien la teoría de la discrecionalidad pudo ser vista, en parte, como la herramienta para asegurar el respeto a los derechos fundamentales e impregnar el Derecho Administrativo del Derecho Constitucional, hoy va más allá, siendo la herramienta que hace posible la interacción administrativa con los nuevos y emergentes mercados, a los cuales no puede ser indiferente, puesto que de lo contrario, se genera una inhabilidad del aparato estatal para responder a las necesidades sociales e interés común.

¹⁸⁰ CASSES, S. 2012. Op. Cit.

¹⁸¹ Ibid.

Es por ello, que para poder determinar cuáles son las reglas a las que debe sujetarse la Administración al tomar una decisión discrecional, nos volcaremos en la discrecionalidad y sus parámetros de decisión hoy en día.

3. Síntesis: estándares en las decisiones de la Administración

A modo de síntesis, vislumbraremos cuáles son los criterios bajo los cuales debe actuar la Administración. En otras palabras, cuáles son los estándares a los que se encuentra sometida la Administración al tomar una decisión regulatoria, considerando la amplia gama de decisiones que debe tomar en el día a día para el desarrollo de las diversas actividades económicas (y no económicas) que precisan de intervención del Estado, y que constituyen, al final, criterios y formas de distribución de recursos escasos (situación en donde hay más tensión pues por lo general se opera en favor de un particular y en perjuicio de otra), considerando su propia función de velar por el interés público, y la existencia del Derecho de la Libre Competencia como estándar general. Luego de ello, pero no menos importante, está la pregunta de cómo se conjugan dichos criterios y estándares.

Como es esperable, lo primero que viene a la mente según lo visto más arriba (*supra* 2.2), es el parámetro de los derechos fundamentales y la Constitución en general, la cual envuelve de forma amplia cada decisión de la Administración debido a la comprensión administrativa-constitucional a la que hicimos referencia. En segundo lugar, está la ley, que a su vez envuelve en sí parámetros constitucionales y principios generales de derecho. Hoy en día se torna problemática su conjugación, sobre todo en lo que dice relación a la libertad de empresa y la libre competencia como paradigma general pues la expansión de la idea de Estado Social (a través de los derechos sociales, por ejemplo), determina y transforma el derecho de libertad de empresa, en referencia a lo que por éste se entendía en un sentido de libertad burguesa¹⁸². Hoy, por disposición constitucional, hay mayor posibilidad de intervención pública en el ámbito protegido por la libertad de empresa.

¹⁸² ARROYO J., L. 2004. Op. Cit., p. 84.

Es aquí donde la discrecionalidad – ya vista en su origen y significado – toma relevancia. SCHMIDT-ASSMANN la define como “una facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin predeterminado”¹⁸³. Así, uno de los parámetros está configurado por los objetivos y fines deducibles de la programación contenida en la ley, que a veces se recogen expresamente en ella en la forma de directrices para el ejercicio del poder discrecional atribuido.

A la vez, siempre debe existir un fundamento objetivo, racional y razonable que legitime la decisión administrativa. Si bien, el fundamento puede ser opinable, la resolución administrativa será ajustada a derecho siempre que tenga una justificación razonable¹⁸⁴. La idea de fundamentación de una decisión permite salvar las críticas metodológicas que denuncian a la arbitrariedad de la ponderación en cuanto técnica de argumentación jurídica¹⁸⁵.

Por ende, una comprensión de la discrecionalidad en términos de racionabilidad, proporcionalidad y justificación de las decisiones públicas, es decir, de un adecuado ejercicio de la relativa autonomía de la Administración, permite entender que es la Administración la que, por mandato constitucional, está compelida a regular en busca de intereses públicos, respetando dichos estándares.

En cuanto a regulación se refiere, en palabras de ARROYO JIMÉNEZ, ésta es la elaboración del parámetro de control de legalidad que se le aplica a una actividad durante su desarrollo¹⁸⁶, y que si bien, éste viene dado por la ley, es a la Administración a quien le corresponde concretizarlo.

Así, elementos característicos de las decisiones administrativas habilitantes que despliegan la función de regulación reside en que constituyen una manifestación de la colaboración, no sólo entre el Parlamento y el complejo de Gobierno-Administración, sino

¹⁸³ SCHMIDT-ASSMANN. 2003. Op. Cit., p. 220.

¹⁸⁴ BLANQUER, D. 2006. Hechos, ficciones, pruebas y presunciones en el Derecho Administrativo. Taking Facts Seriously. Valencia, Tirant lo Blanch, p. 346.

¹⁸⁵ Ibid., p. 39.

¹⁸⁶ Ibid., p. 504.

también – y quizás fundamentalmente – entre la norma y la actividad administrativa no normativa ¹⁸⁷.

Si bien la forma de concretarse puede ser muy diversa, hoy en día la necesidad de delegar en la Administración las decisiones regulatorias y su aplicación (dejando al legislador lo más general) es imperante en razón de la flexibilidad requerida y la negociación con los particulares que muchas veces implica cada decisión¹⁸⁸ (*supra* 2.3.1). Como advierte BETANCOR, hay una estrecha relación entre liberalización y discrecionalidad e independencia del regulador: “[l]a liberalización conduce a la discrecionalidad puesto que la liberación de los sujetos del mercado reduce la densidad normativa de las normas habilitadoras de las potestades de la Administración porque es necesario liberar a la Administración de límites rígidos que le impidan apreciar las cambiantes exigencias del interés general a la vista de la dinámica del mercado. Y ii) la discrecionalidad de la regulación conduce a su vez a la independencia del regulador¹⁸⁹”. La Administración necesita de un grado de discreción para poder compatibilizar en sus decisiones los diversos intereses que hay en juego y que todos presentan la característica de ser públicos y generales. La idea de que un grado de vinculación mayor es una mejor garantía con el Estado de Derecho, no es del todo acertado¹⁹⁰.

Así, y como bien plantea SAAVEDRA “[l]a discrecionalidad de planificación o planeamiento, consiste en el amplio margen de decisión discrecional que tiene la autoridad administrativa para ordenar y planificar áreas o sectores de la vida económica y social, particularmente sensibles por la existencia de diversos intereses en juego¹⁹¹”. Esto implica que la configuración del actuar administrativo bajo la modalidad discrecional (que permite su control, y por ende, elimina en la mejor medida posible lo arbitrario), es un aspecto político del diseño institucional. Entonces, se hace dable plantear que “la Administración y sus funcionarios no existen para cumplir la ley, sino para satisfacer los intereses generales, finalidad esta que es la razón de ser de la Administración.... Pero el respeto a la legalidad no

¹⁸⁷ Ibid., p. 506.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ BETANCOR, A. 2010. Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos. Pamplona, Thomson Reuters, p. 543.

¹⁹⁰ SCHMIDT-ASSMANN, E. 2003. La teoría general del Derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid, Marcial Pons, p. 207.

¹⁹¹ SAAVEDRA F., R. 2011. La discrecionalidad Administrativa. Santiago, Legal Publishing, p. 24.

es el fin ni la razón de ser, sino el límite y el medio de actuación de las administraciones públicas”¹⁹².

Plantear lo anterior conlleva lidiar con el hecho de que siempre una decisión administrativa, en el sentido que sea, va a traer consecuencias sociales y económicas significativas, y va a tener un componente significativo de valores políticos y morales¹⁹³. Es claro que todos tienen derecho a participar en una actividad lícita u obtener algún tipo de derecho respecto de algo y que eso debe ser considerado: previo a la asignación de un recurso por parte de la Administración, es decir, previo a una decisión regulatoria, la posición del particular se corresponde siempre con un interés legítimo. Sin embargo, debido a la escasez misma de los bienes en general, el derecho a ello no opera como una razón definitiva para otorgar algo¹⁹⁴.

Cada vez que se toma una decisión regulatoria, se está tomando una decisión de política pública, dentro de los marcos que la ley y la Constitución permiten (es por esto que las instituciones de control de decisiones se tornan tan relevantes), y a la vez, se crea una visión omnicomprendensiva de los valores e ideas que están en juego cada vez que se toma una decisión, debiendo evitar caer en justificaciones básicas que dan por hecho algún valor u otro determinado (por ejemplo, el de la libre competencia), puesto que cada interés protegido en una decisión tiene su peso y comprensión específica que debe ser develada por la autoridad y considerada por el juez cuando controla.

Así, no hay que olvidar que el fin del Estado, y por ende de la Administración en representación de éste, es el bien común o el interés público. Su contenido y realización son variables e históricos de modo que cuando debe efectivizarse, puede hacerlo con modalidades propias y distintas¹⁹⁵ dependiendo de la comunidad política del cual emana. Esto es relevante al momento de mirar cuáles son los paradigmas ideológicos hegemónicos en un momento dado y cuáles de ellos están cambiando.

¹⁹² Ibid., p. 44.

¹⁹³ MASHAW, J. 2008. Prodelegation: Why administrators should take political decisions. En: ACKERMAN, S. (ed.) Economic and Administrative Law. New York, E. Elgar Publishers, p. 338.

¹⁹⁴ ARROYO, L. y UTRILLA, D., (dir.). 2015. La Administración de la escasez. Los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número. Madrid, Marcial Pons, p. 29.

¹⁹⁵ MALJAR, D. 1998. Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos. Argentina, Hammurabi Ed., p. 102.

Atendido lo anterior, al momento de ejercer una potestad discrecional y hacer efectivas las consecuencias de la aplicación de una norma en cierto sentido y no otro, la Administración debe observar el fin de la norma (la *ratio legis*) que regula su actuación¹⁹⁶. Es bastante evidente que el fin de la norma no siempre es claro para su aplicador. Muchas veces hay una tensión inevitable entre dos intereses opuestos. En esos casos, a la Administración le corresponde hacer un balance entre ambos y fijar un punto de equilibrio. Todo, al fin de cuentas, depende de la justificación racional, proporcionalidad y razonabilidad de la decisión.

Como señala MUÑOZ,

La libertad de opción que la Administración ejercita cuando cuenta con poderes discrecionales, le permite definir ella misma total o parcialmente, los intereses a los que sirve. Quiere ello decir que será la propia Administración la que formule sus propias políticas de actuación determinando su contenido (...). La actuación discrecional consiste en definir con libertad lo que son intereses generales a definidos por el legislador sin concretar totalmente las políticas que ha de seguir la Administración para atenderlos eficazmente. Este proceso requiere elegir, sacrificar intereses subordinados o secundarios, sean públicos o privados, en beneficio del interés general que se presente como preferente¹⁹⁷.

Entonces, “[l]a demanda de funcionamiento de la administración queda volcada a las condiciones de regulación económica, como paradigma del nuevo bienestar”¹⁹⁸, deviniendo, como hace ver el autor, los procedimientos a través de los cuales se toma la decisión, muy importantes. La decisión tomada bajo relativa autonomía dentro del marco de habilitación dado por la ley y la Constitución, debe considerar los objetivos y fines deducibles de la

¹⁹⁶ RODRÍGUEZ, J. 2000. La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo. Madrid, Marcial Pons, p. 81.

¹⁹⁷ MUÑOZ, S., 2004. Op. Cit., p. 519,

¹⁹⁸ CORDERO V., L. 2007b. La cuestión referencial. En: PANTOJA, R. (coord.). Derecho Administrativo chileno. México, Porrúa, p. 603.

programación de la actividad regulada junto con el parámetro dado por los derechos fundamentales y los principios de igualdad y proporcionalidad¹⁹⁹.

Ahora, como bien señala el autor, “[e]l problema es la delimitación de este estándar en relación con la finalidad y conveniencia de las decisiones. La jurisprudencia administrativa ha señalado que el control de mérito o finalidad de los actos administrativos corresponde a la administración activa, y no a la CGR, de manera que constituyen competencias privativas, de lo cual se deduce que estos elementos no forman parte del parámetro de control objetivo²⁰⁰.

De ser así, en cada decisión administrativa regulatoria hay un margen que es controlable pues responde a estándares abstractos que estructuran la potestad discrecional ya señalados, pero por otra, hay un aspecto que sólo le corresponde a la Administración determinar y controlar por sí misma, y que corresponde a una de las formas posibles de ejecutar la ley, sin que sea contraria a derecho. Es la decisión de fondo propiamente tal, la cual puede ser más o menos conveniente, más o menos de nuestro agrado, pero en fin, es la decisión que hay que respetar pues es legítima y legal.

Entonces si el ejercicio de ciertas potestades de intervención económica supone una afectación directa al contenido del derecho de desarrollar una actividad económica determinada, esta afectación será legítima cuando, habiendo una potestad discrecional, la decisión que se tome al respecto cumpla los estándares constitucionales generales y legales, a saber, respeto a los derechos fundamentales, ponderación racional y justificada de los diversos valores incorporados en la norma y expresión de dicha ponderación. De no ser así, no se entendería la reglamentación de establecimiento de requisitos y condiciones sobre procesos de producción, seguridad de instalaciones, etc., o más aun, no se podría explicar la existencia de la regulación al mercado del tabaco, por ejemplo, que no sólo limita las condiciones de venta por edad y lugar, y atribuye una carga impositiva exagerada, sino también obliga a utilizar publicidad que atenta contra su propio producto en las cajetillas de los cigarrillos.

¹⁹⁹ Ibid., p. 603.

²⁰⁰ Ibid., p. 631.

En cada decisión hay una concreción de un diseño institucional de política pública validada por los criterios que otorga la Constitución y en total compatibilidad con la libertad de empresa consagrada en ella.

IV. LA LIBRE COMPETENCIA COMO ESTÁNDAR EN LAS DECISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN.

En este capítulo me centraré específicamente en el estándar de libre competencia en los actos de la Administración en relación a la adjudicación de recursos, debido a que allí es donde un modelo de asignación de éstos (distribución de recursos mediante actos administrativos y objetivos públicos específicos, en una lógica de competencia entre quienes se lo adjudican) se ve continuamente enfrentado o analizado bajo el órgano competente para resolver conflictos bajo un modelo regulatorio distinto (el libre mercado y competencia). Así, tanto en la Administración como en el TDLC en aplicación del DL 211, hay consignadas funciones regulatorias que dicen relación con la configuración de un sistema de asignación de recursos escasos.

Al ser el principio de la competencia una de las ideas centrales del modelo económico actual globalizado, y estando plasmada en la Constitución bajo la idea de libertad de desarrollar cualquier actividad económica, las normas generales de libre competencia se han aplicado a todos los agentes de mercado, incluyendo a aquellos que desarrollan actividades de interés público e incluso a la propia Administración en su función de ejecución de mandatos legislativos²⁰¹. En estos casos, hay una decisión legislativa regulatoria de dar a la Administración la potestad de asignar recursos que es una de las tantas modalidades que existen, y dejando de lado el modelo de mercado libre. Es por esto que resulta paradójico que decisiones de este tipo se tornen en problemas de libre competencia y sean resueltas por el

²⁰¹ NEHME, N. 2007. Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los organismos de la Administración del Estado. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Libre competencia en el Bicentenario, pp. 317 - 373.

TDLC, pues, al final del día, esto implica que toda decisión de asignación de recursos termina siendo una discusión acerca de libre competencia, cuando el distribuir recursos es un tema de política pública.

Lo anterior, aparte de paradójico, resulta problemático en varios sentidos. La tensión que se genera entre estas dos formas de regular o “administrar” es crucial para determinar el peso que tiene cada función dentro del diseño institucional de políticas públicas puesto que, como ya se dijo, tanto la idea de atribuciones discrecionales a la Administración mediante la regulación pública en ejecución de la ley como la de libre competencia son formas de regulación específicas e intervenciones del poder público²⁰², cada cual con sus fundamentos y esquemas de funcionamiento específicos.

La presencia de las estructuras jurídicas del Derecho Administrativo y los principios y valores que detrás de ello existen, perduran y repercuten en las nuevas formas administrativas de intervención que responden a la liberalización de los mercados, generándose así una interesante mezcla de principios y estructuras que apuntan a objetivos distintos, y que son conocidas por autoridades diferentes.

Uno de los principales problemas que se presenta en referencia a esta tensión es lo que la ley, respaldada en la Constitución, determina como sistema de adjudicación de recursos. Si consideramos lo dicho más arriba, corresponde a la Administración la asignación de aquellos recursos que se identifiquen con la actividad misma que está realizando, implicando ello la toma de decisiones que contienen un componente político importante en cuanto a definición de interés público y finalidad específica de la ley, y que en cierto ámbito se toman con autonomía, a pesar de los estándares de legalidad y constitucionalidad que la rodean.

Ahora, ¿qué tanta primacía debe tener el estándar de libre competencia? Sin lugar a duda, está incorporado en el contexto en el cual se desarrolla la actividad administrativa – y por ende influyen en el ordenamiento en general-, dentro de cada decisión administrativa, considerando la facultad de ponderación y decisión que ésta tiene. Pero responder no deja de ser problemático en el sentido de que cuando la Administración toma una decisión

²⁰² CASSES, L. 2009. Regulación y competencia, límites y conexiones. En: MUÑOZ M., S. y ESTEVE P., J. (dirs). Fundamentos e instituciones de la regulación. Madrid, Iustel. p. 425.

regulatoria no lo hace siempre en pos de la competencia, sino en pos de lo que la misma ley esté regulando y los objetivos que quieran alcanzarse con ella.

El problema lo sintetiza muy bien MUÑOZ, al señalar que “el sometimiento de los actos administrativos al Derecho de la competencia supone la ampliación de los parámetros que pueden emplearse para su control y los órganos encargados de garantizar el cumplimiento del Derecho por la Administración (...). Habida cuenta el marco económico general que sirve de fundamento a las decisiones del Tribunal [de libre competencia] a la fuerza usará parámetros de control extraordinariamente discrecionales que podrán sustituir los criterios que haya empleado al respecto la Administración activa. Se incorporarán de esta manera parámetros económicos de enjuiciamiento de las decisiones de la Administración²⁰³”.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que hay determinadas actividades cuya realización correcta puede verse impedida o perturbada por la aplicación sin matices de las reglas de competencia²⁰⁴. En Europa, por ejemplo, las reglas de los servicios de interés general no apuntan a satisfacer los objetivos que antes tenían los servicios públicos sino, muchas veces, sólo a aumentar la competencia, viéndola como la única alternativa para alcanzar objetivos a largo plazo.

La pregunta que surge en este contexto dice relación con lo que más arriba enunciamos: cómo se relaciona la Administración al tener que asignar recursos – la cual debe velar por el interés público al hacerlo – con estas normas de aplicación general, si al mismo tiempo tiene encomendada funciones y es poseedora de atribuciones que no necesariamente se condicen con dichas reglas del juego, pero que, a su vez, están igual de justificadas que la regulación de libre competencia.

La posibilidad de que el Estado pasara a actuar en ámbitos económicos de forma directa por decisión del legislador, y de sustraer ciertos aspectos del régimen de competencia en pos de otros objetivos, se ve coartada si consideramos la libre competencia como un criterio superior a otros.

²⁰³ MUÑOZ, S. 2004. Op. Cit., p. 1128.

²⁰⁴ SANTA MARÍA, P. 2012., Op. Cit., p. 35.

Así, si la respuesta apunta a una superioridad y generalidad del principio de competencia, los objetivos de política pública pasan a ser objetivos de competencia, subordinando los primeros a éstos, y determinando la actuación de la Administración por principios económicos externos a su lógica, que se desvinculan de las potestades que realmente tiene. Es por el reconocimiento de esta problemática que los tratados europeos, como ya señalamos, atienden a la tensión inevitable entre un régimen de competencia y ciertas misiones de interés público, permitiendo excepcionar la aplicación de las reglas de la libre competencia cuando éstas impidan el cumplimiento de una misión específica confiada²⁰⁵. La ley española contempla la misma excepción²⁰⁶, girando la discusión a ese respecto en torno a qué se entiende por ley, cuando se estaría en ejecución de una ley, etc. En Estados Unidos se plantea que las conductas amparadas por la regulación y la normativa sectorial no pueden ser perseguidas desde el punto de vista del derecho antimonopolio²⁰⁷.

Sería plausible señalar que nuestra Constitución reconoce esta tensión y por eso, al garantizar la libertad de empresa, establece al mismo tiempo, límites. Hay una conjugación de valores y principios políticos que derivan del Estado liberal y social que determinan la libertad de empresa. Y como bien identifica ARROYO JIMÉNEZ,

“el estado social de Derecho no sólo trae consigo su diversificación a través de la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales, sino también, y por lo que aquí interesa, la transformación del contenido y del significado de las clásicas libertades burguesas, entre ellas la económica. Como consecuencia de esta transformación, que podemos describir aludiendo al concepto de Estado pluriclase y a la expresión descubrimiento de lo material, las relaciones entre la libertad de empresa y el principio del Estado de Derecho se enriquecen y se hacen más complejas. Por una parte, puede observarse una reducción del contenido protegido por aquélla, entendida en su vertiente abstracta y formal como derecho público subjetivo de carácter reaccional, por cuanto a la

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ REBOLLO, P., M. 2003. Reglamentos y actos administrativos ante el tribunal de Defensa de la Competencia. En: COSCULLUELA M., L. (coord.). Estudios de derecho público económico: libro homenaje al profesor Dr. Sebastián Martín-Retortillo. Madrid, Civitas, p. 722.

²⁰⁷ SALA A., J.M. 2011. Las relaciones y delimitación de funciones entre los organismos reguladores sectoriales y las autoridades de defensa de la competencia. En: GUILLÉN, J. (coord.). Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas. Madrid, Thomson Reuters-Civita. pp. 49-59

ampliación de los intereses públicos cuya defensa encomienda al Estado la Constitución se concreta en unas mayores posibilidades de intervención pública sobre el ámbito protegido por la libertad de empresa²⁰⁸.

Lo anterior viene a ser determinante al momento de configurar una adecuada política de competencia y funciones que se les otorgan a las autoridades respectivas en la materia.

En Chile no hay una excepción expresa contemplada en el DL 211. El tema se ha abordado por NEHME desde la óptica pura de la libre competencia, en base a las sentencias del TDLC²⁰⁹. En mi opinión, la pregunta por la introducción del estándar de competencia a los actos de la Administración se debe responder mirando los criterios generales de actuación de la misma y dando cuenta de las consecuencias que una respuesta en uno u otro sentido acarrearía en cuanto a diseños regulatorios. Afirmar que el TDLC puede analizar bajo la luz del derecho de la competencia cualquier acto administrativo supone pasar a cuestionar una de las funciones primordiales que la Constitución otorga a la Administración, cual es, la aplicación de la ley, por lo que hay que mirar dicha competencia con cautela, sobre todo en el contexto histórico-normativo de capitalismo regulatorio que vivimos hoy y su versión en Chile. Si bien se ha reconocido que el TDLC es respetuoso de las potestades regladas de la Administración, no es equívoco decir que, respecto de las discrecionales, ha tendido a examinar los actos señalando que sólo los analizarán bajo la óptica de la libre competencia, cuestión que aparte de ser amplia, conlleva una revisión de fondo del acto propiamente tal.

Los criterios para evaluar los actos han sido ambiguos²¹⁰ y han provenido de las propias autoridades de libre competencia, otorgándose por sí competencia para ello, cuestión que en Chile tiene más fuerza aún por el hecho de ser un Tribunal y no un órgano administrativo. Si bien en este trabajo no se pretende dar cuenta de cuáles son específicamente los criterios y la forma de analizar cada acto administrativo, sí se pretende

²⁰⁸ ARROYO, L. 2004. Op. Cit., p.84.

²⁰⁹ NEHME, N. 2007. Op. Cit.

²¹⁰ Al respecto análisis como los que siguen: "Al respecto, este Tribunal se considera competente para conocer actuaciones de la autoridad que infrinjan o puedan infringir las normas que protegen la libre competencia contenidas en el DL N°211, aun cuando hayan sido efectuadas sin exceder sus atribuciones legales, pues éstas tienen el límite de respetar las normas de orden público económico" (Sentencia N°11/2004, TDLC); NEHME (2007. Op. Cit., p. 329) señala también que "la Corte Suprema decidió que el análisis de legalidad de los actos administrativos a ser realizado por el TDLC, tiene por natural límite el que ese análisis se efectúe desde la estricta perspectiva de la libre competencia".

dar cuenta del problema y ciertas posibles sugerencias de solución, o al menos, aspectos a tener en consideración.

Parece sensato entonces apelar a lo dicho más arriba (*supra* 2.3), señalando que la libre competencia debe ponderarse en igual medida a otros principios y reglas que considere la Administración, bajo criterios de razonabilidad, proporcionalidad, igualdad y derechos fundamentales, dejando el espacio para una decisión relativamente autónoma, en que se resuelva por ella misma (sujeta a control, obviamente) la tensión entre principios de interés público y libre competencia. Y cualquier autoridad competente para conocer los conflictos que dentro de ello se susciten debe dar cuenta de esto, considerando que tanto la libre competencia como la finalidad de la ley que la Administración está ejecutando, forman parte o son consecuencia del orden público económico, que incluye ambos aspectos. Como bien señala NEHME, la jurisprudencia se encuentra en proceso de delinear hasta qué punto puede intervenir el TDLC en la ejecución de potestades discrecionales de los órganos de la administración del Estado, cuando la aplicación de la normativa de libre competencia pugna con los fines sectoriales encomendados a esos órganos²¹¹.

Por otra parte, aceptar una total inclusión del principio de competencia a los actos administrativos, implica otorgarle competencia al TDLC, permitiéndole definir, cuándo se está en presencia de un mercado o no, qué tanta competencia se debe querer en un determinado ámbito, etc.

Esto resulta problemático pues se contraponen la función regulatoria de un órgano que vela por la libre competencia con la función del ejercicio del poder público o la función regulatoria que pueda tener un organismo público especialmente creado para tales efectos, resultando siempre a favor de la política de libre competencia en perjuicio de la política decidida por la Administración, debido al carácter judicial del organismo de competencia.

Implica también someter los actos administrativos a la revisión por parte de un tribunal que tiene una finalidad específica que no es compatible con el ejercicio de las funciones que generalmente se le encomiendan a la Administración, y que resultan muchas veces verdaderamente opuestos.

²¹¹ NEHME, N. 2007. Op. Cit., p. 330.

A continuación se analizarán casos que dan cuenta del problema que se ha intentado plantear.

1. Criterios de análisis y fundamento

Antes de entrar al análisis de casos, se debe intentar dar una visión general acerca del panorama en que la Administración adjudica recursos, suponiendo, como se ha hecho hasta ahora, que tanto la Constitución como la ley le asignan funciones a ella que presuponen llevar adelante estos procesos de adjudicación, como forma de una política regulatoria estatal, diferente del mercado (libre competencia), materializándose así lo dicho respecto de la actividad de la Administración en general.

En este contexto, en primer lugar, es necesario dar cuenta de la posición de los particulares en él al enfrentarse a la decisión administrativa de adjudicar a uno u otro. En este sentido, respecto de la posición jurídica *ex ante* que tiene un particular, vale decir que siempre aparecerá amparado por un interés legítimo, el cual, sin embargo, no opera como una razón definitiva para adjudicarse el recurso escaso, en razón, precisamente, de dicha escasez²¹².

Por otra parte, esta modalidad presupone que la Administración le adjudicará un recurso a un particular determinado específico y no a otros, no siendo esto *per se* una discriminación, arbitrariedad o injusticia. Un sistema de adjudicación administrativa implica, por principio, el establecimiento de una diferencia de trato entre los sujetos que quedan dentro y los que quedan fuera²¹³.

A pesar de lo anterior, el principio de igualdad impone una serie de limitaciones y condiciones a la actividad Administrativa. Si bien, en general, la jurisprudencia constitucional europea ha señalado que este principio supone tratar a los iguales como iguales y a los diferentes de forma diferentes, en este ámbito resulta problemático por el hecho de que se debe elegir a uno de ellos (o más) en perjuicio de otros. Sin embargo, se logra configurar bajo ciertas premisas, de forma que sea constitucionalmente aceptable, regulando e imponiendo obligaciones a las autoridades normativas en cuanto al procedimiento de adjudicación en sí.

²¹² ARROYO, L. y UTRILLA, D., (dir.). 2015. Op. Cit., p. 48.

²¹³ Ibid., p. 53.

Ahora bien, la forma de elección puede variar y ser más o menos controversial (reglada o discrecional). En el caso de que la potestad sea reglada, la controversia es menor pues el mismo legislador el que establece criterios que operan como razones definitivas para la Administración. Los criterios sustantivos, si bien son más problemáticos en cómo se le presenta el resultado de la decisión al individuo particular, vinculan la decisión de adjudicación de recursos escasos a las características peculiares de los sujetos interesados (...); la aplicación de estos criterios posibilita la concordancia práctica entre los diversos intereses particulares concurrentes y permite optimizar la utilización del recurso escaso desde la perspectiva del interés público²¹⁴.

ARROYO Y UTRILLA ²¹⁵, a quienes se he seguido en este análisis, resumen las exigencias básicas en la obligación por parte de la Administración de precisar el programa de adjudicación, contando con suficiente transparencia y resolviendo los conflictos y etapas en él con suficiente y adecuada motivación de las decisiones, agregando luego el deber de neutralidad respecto de los particulares. Como se puede apreciar, no es más que una concreción de los criterios de actuación de la Administración señalados en el Capítulo III.

A pesar de lo anterior, en el caso concreto lo que se viene a tocar es la libertad de desarrollar una determinada actividad económica, ya sea porque no se otorga una autorización que levante una prohibición relativa o absoluta, o bien, porque se limita (en número, volumen, tiempo) el derecho a hacerlo. Si bien hay una limitación intensa por parte de la Constitución hacia el legislador al momento de condicionar y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, una vez confirmada la constitucionalidad de una norma que lo permite, la decisión de limitar el número de decisiones administrativas habilitantes, ya sean estas dispensas o (más comúnmente) concesiones, la definición de los criterios de adjudicación, la regulación del procedimiento administrativo y la adopción de la decisión administrativa de adjudicación no afectan al contenido constitucionalmente protegido por la libertad de empresa²¹⁶.

²¹⁴ Ibid., p. 40.

²¹⁵ Ibid., p. 62.

²¹⁶ Ibid., p. 68.

Sin perjuicio de ello, ésta puede verse afectada de diversas maneras en función de cómo se regula la adjudicación, por lo que de todas formas siempre hay que mirar el procedimiento.

En este contexto, la actividad administrativa a la que hicimos referencia en el Capítulo III, consiste, concretamente en el establecimiento de los criterios que debe aplicar la Administración en el proceso de formación de voluntad de la decisión adjudicativa, decantando ello, finalmente, en la selección de uno o más beneficiarios según corresponda²¹⁷.

Siguiendo nuevamente a ARROYO Y UTRILLA²¹⁸ en sus análisis, las exigencias básicas vendrían siendo: (1) La regulación de los criterios de adjudicación por ley, en sus aspectos más relevantes y en complementación con el reglamento; (2) configuración jurídica previa de los instrumentos que se usarán en cada caso; (3) adecuación de los criterios de adjudicación en función de la finalidad perseguida; (4) el marco de la programación de la Administración en relación a la actividad de adjudicación debe alcanzar soluciones de equilibrio entre los derechos de los diversos sujetos, agotando al máximo la mejor utilización del recurso que se adjudica²¹⁹.

2. Análisis de casos

Es pertinente analizar ciertos casos específicos desarrollados ante el TDLC para así intentar concretizar las consecuencias del marco teórico elaborado en esta memoria. Ello se realizará bajo los criterios antes mencionados.

Los casos que analizaremos dicen relación con la adjudicación de distintos tipos de bienes, derechos, posiciones, etc., hechas por parte de la Administración a particulares. Considero que es este tipo de contexto el que nos permite identificar de mejor forma la tensión que se ha pretendido plantear, puesto que se trata de aplicación por parte de una autoridad administrativa, de cierta normativa sectorial o general, pero que les otorga potestades más o menos amplias para decidir cómo asignar a particulares ciertos recursos, a

²¹⁷ Ibid., p. 72.

²¹⁸ Ibid.

²¹⁹ Ibid., p. 73.

través de diversos procedimientos y en pos de un interés público determinado. Son, en definitiva, circunstancias en las que se contraponen valores públicos, representados por la Administración, con derechos de particulares, sustentados estos últimos, en el derecho a desarrollar libremente una actividad económica y competir entre sí.

Los casos que, en mi opinión, dan cuenta en mejor medida de la tensión descrita son los siguientes: (1) Servicio de Registro Civil e Identificación (SRCI o Registro Civil, indistintamente) con Sonda (Sentencia N°132/2013); (2) Naviera Valdivia y otros contra MOP (Sentencia N°121/2012); (3) El llamado caso 3G (Resolución 27/2008), con sus respectivas sentencias de la Corte Suprema.

Todos tienen en común que se trata de análisis e interpretación de leyes o reglamentos que rigen a diversas autoridades administrativas en el contexto de licitaciones para asignación de algún recurso determinado (provisión de un servicio, bien público o título), respecto de los cuales los particulares poseen ya ciertos derechos o atribuciones, y que reclaman, ya sea ellos mismos o la autoridad de libre competencia, que se encuentran protegidos por el Derecho de la Competencia.

Los casos son los siguientes:

- (1) Sonda con Registro Civil trata del conflicto suscitado entre un ente público que tiene una función específica otorgada por ley y los particulares que se ven afectados por ella al momento de ser aplicada. Esta ley orgánica señala, en términos generales, lo siguiente:

“El Servicio velará por la constitución legal de la familia y tendrá por objeto principal registrar los actos y hechos vitales que determinen el estado civil de las personas y la identificación de las mismas. Le corresponderá, también, llevar los registros y efectuar las actuaciones que la ley encomiende”²²⁰.

El litigio se produce en el contexto de una licitación pública para proveer el servicio de generación de cédulas de identidad y pasaportes por un tiempo de diez años. Uno de los participantes (quien no se adjudicó el proyecto) demanda al SRCEI por ejecutar actos que

²²⁰ Artículo 3°, Ley orgánica del servicio de registro civil e identificación N°19.477

habrían tenido por objeto y efecto reducir y eliminar la competencia en la Licitación Pública Internacional para la provisión de los servicios. Se explica ello, debido a que durante el proceso de licitación, quedaron fuera muchos de los oferentes por el incumplimiento de las bases de licitación propuestas por el Servicio. Los excluidos, respectivamente, interpusieron demandas de impugnación en contra de varios actos administrativos pronunciados por el SRCEI durante la Licitación, lo que originó los procesos seguidos ante el HTCP. En última instancia fue una sola la empresa que quedó en competencia, razón por la cual se adjudicó la licitación.

Sonda, uno de los oferentes, demanda por estimar que la Licitación fue adjudicada a la empresa que había presentado la propuesta más costosa de las ofertas económicas abiertas, pero que, al haber llegado sin competencia a la fase final de la Licitación, no fue objeto de comparación de ninguna especie, ni en lo económico, ni en lo tecnológico.

El SRCEI, por su parte, solicita se rechace la demanda pues argumenta que no ha cometido conducta alguna que pueda ser calificada como contraria a la libre competencia, toda vez que los actos y omisiones denunciados por Sonda no constituyen arbitrariedades ni ilegalidades, sino que se enmarcarían en el respeto irrestricto del ordenamiento jurídico y de las Bases de Licitación. Además, señala que sus actuaciones han sido objeto de un control de legalidad adecuado por haber sido conocidos por el HTCP y CGR.

- (2) En el segundo caso señalado, (Naviera Valdivia y otros contra MOP), el Ministerio de Obras Públicas tiene también una serie de normativa que lo regula²²¹ y obliga a actuar, la cual apunta a la conectividad de zonas conforme al Plan de Conectividad Austral, al impulso de intervención de privados en el desarrollo de ciertos proyectos de obras públicas y vela por la seguridad del transporte y su continuidad.

El conflicto se da respecto de la licitación de “Servicio Integral para el Transporte Fluvial y Lacustre”, en relación con la conexión Niebla-Corral, mediante la cual se pretende otorgar un servicio continuo y bajo ciertas condiciones mínimas y obligatorias de seguridad, higiene y mantención,

²²¹ Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, Ley de Caminos, Ley sobre Concesiones Marítimas y su Reglamento, Ley Orgánica de la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante, entre otras.

permitiéndole al adjudicatario cobrar por el uso de las rampas, cuestión que antes de ello fuera libre.

Los privados que no se adjudicaron la licitación (o participaron si quiera de ella), alegan que a aplicación de la normativa sectorial corresponde a la creación de un monopolio y da pie para el abuso de la posición que se le da al adjudicatario.

- (3) El tercer caso (3G), la Subtel (entidad reguladora del sector de Telecomunicaciones) solicita un pronunciamiento al TDLC acerca de si corresponde, de acuerdo a las normas de libre competencia, establecer o no algún tipo de exclusión, restricción o requisito específico para la participación de los actuales concesionarios de servicio público telefónico móvil en el concurso público de espectro radioeléctrico destinado a la prestación del servicio público de telefonía móvil digital avanzado, conocido como servicio móvil de tercera generación (3G)²²². Es decir, si en el nuevo proceso de concesión que se desarrollará, aquellos que ya participan en el mercado deben competir en igualdad de condiciones o no, respecto de aquellos que no están participando en él.

El TDLC, al pronunciarse, señala que a dicho concurso es aplicable el DL 211, dando órdenes a la SUBTEL respecto del diseño del mismo, imponiendo condiciones y obligando a la autoridad sectorial a diseñar la licitación en una forma determinada.

Reclama dicho organismo ante la Corte Suprema arguyendo que la consulta que había realizado voluntariamente ante el TDLC sólo decía relación con el análisis del futuro concurso desde la luz del derecho de la libre competencia, nunca respecto de la regulación sectorial del mismo, pues como organismo les corresponde aplicar e interpretarla, cuestión que ya habían hecho.

²²² Resolución 27/2008, TDLC, punto 2.1.

Si bien no me centraré en los hechos de los casos propiamente tales, sino más bien en el análisis de la decisión adjudicatoria por parte de la autoridad en cada uno de ellos, para luego hacer notar las implicancias que tiene el conocimiento de ellos por parte del TDLC, es preciso tener en mente que lo brevemente señalado, tiene en común que se trata de aplicación de normativa sectorial que contiene un interés público detrás, y el interés particular de los privados sujetos a dichas regulaciones que se ve, de alguna forma, conocido y amparado por el TDLC, arguyendo éste que se trata del derecho de dichos particulares a competir libremente.

En primer lugar, respecto de Sonda con Registro Civil” y “Naviera Valdivia con MOP” se debe recordar que cada uno de los participantes de las licitaciones tenía un interés legítimo y lícito de participar en los mercados respectivos. Sin embargo, como resulta más menos obvio, esto no es dable de presentarse como una razón para sustentar la posición de que por ello, la Administración estaba obligada a otorgar el bien objeto de la licitación. En relación al caso 3G, podemos señalar que la Subtel tenía la potestad de limitar de alguna forma a los participantes de la licitación del espacio radioeléctrico y podía hacerlo sin necesariamente tener que consultad al TDLC. Sin embargo, como la decisión no era clara, optó por preguntar la opinión de tribunal. Así, a pesar del derecho que cualquier tiene de participar en la licitación, no hay una obligatoriedad para la Administración de dejar participar a todos.

En segundo lugar, la potestad que los entes públicos tenían para adjudicar los recursos se asume es constitucional, pues no hay declaración por parte del Tribunal Constitucional al respecto y se entienden como regulaciones legítimas y que forman parte del quehacer habitual de la Administración. Por ende, estamos en un escenario en que la forma de regular la asignación de recursos escasos se hace a través de mandatos legales a la Administración, quien, por mandato constitucional debe ejecutarlos según lo estime vaya en pos del interés público. El mercado, en todos estos casos, por decisión regulatoria legislativa, no es visto como aquel que debe distribuir estos recursos, sino más bien, hacerse a través de la autoridad Administrativa (sin perjuicio de que ésta deba en algún momento utilizar criterios de mercado). Así, en principio, esta forma de regulación, no puede ser vista como una afectación a la libertad de empresa.

Ahora bien, sin perjuicio de las generalidades recién mencionadas y la satisfacción del primer criterio, se hace necesario analizar los procedimientos a través de los cuales se adjudicaron los recursos y analizar la satisfacción de los criterios señalados en el punto 1 de esta sección.

i. Definición de criterios para el actuar administrativo

El primer criterio para ello es si hay o no una definición, aunque sea general, de los criterios y fines por los cuales se debe asignar, así como también, una complementación con el reglamento respectivo.

En cuanto al SRCI, esto se cumple satisfactoriamente, puesto que su ley orgánica le encomienda la función de velar por “la constitución legal de la familia”, registrar los actos y hechos vitales que determinen el estado civil de las personas y la identificación de las mismas” y “llevar los registros que la ley le encomiende”²²³. Asimismo, le encarga “intervenir en el proceso de filiación civil y penal de las personas y supervisar el correcto otorgamiento de las cédulas de identidad, pasaportes y demás documentos de identificación que se tramiten en su Oficina”²²⁴.

Para lo anterior, debe regirse por la ley 19.886, según el artículo 1ero de ella, la cual da la opción de adjudicar mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa²²⁵. Allí mismo se señalan los criterios de adjudicación y una serie de reglas que se deben seguir.

Lo anterior es revisable según el Tribunal de Contratación Pública y la Contraloría en algunos casos. En este caso y como consta en los fallos, dichos órganos intervinieron y dieron

²²³ Artículo 3, Ley 19.477.

²²⁴ Artículo 33 número 5, Ley 19.477.

²²⁵ El artículo 1 de la Ley 19.886 señala: “Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación”; y el 5to de la misma ley: “La Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa”.

órdenes de enmendar lo que era contrario a ley, o bien, ratificaron los hechos por el SRCI. Esto quiere decir que sí se siguieron las reglas durante la adjudicación.

En el caso de Naviera Valdivia con MOP, la situación es la misma descrita en (1). De hecho, el mismo TDLC reconoce la potestad con que cuenta el organismo para llevar a cabo la licitación, cuestionando sólo el cómo la lleva a cabo, es decir, cómo interpreta su normativa sectorial, la cual se sustenta en la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas (DFL N° 850/1997), Ley sobre Concesiones Marítimas (DS N°2/2006), entre muchas otras en el mismo fallo citada. Asimismo, la existencia del Plan de Conectividad Austral hace obligatorio el actual de la Administración en este contexto, siendo ello lo que motiva el cambio de circunstancias. La Administración sólo cambia y afecta la situación preestablecida por la existencia de una normativa que la obliga hacerlo, en razón de que el legislador está buscando avances en la satisfacción del bienestar general.

Respecto de 3G, el panorama es diferente pues lo que se cuestiona no es la adjudicación en sí, sino la procedencia o no de criterios exclusorios de participantes. Así, por ende, se asume que la Subtel tiene la potestad para adjudicar a través una licitación, estableciendo criterios acordes a lo que la regulación establece. Esta potestad, si bien no es cuestionada, sí es acotada, pues el TDLC luego impone márgenes y estándares a su ejercicio.

ii. Existencia de configuración del marco regulatorio

El segundo criterio para determinar si una adjudicación procedió dentro del marco de actuación de la Administración es si hubo configuración anterior de ella. Como bien se puede apreciar en los casos (1) y (2), las Bases de Licitación existían y fueron de conocimiento para el público antes de la licitación para todos los agentes involucrados. Su creación se apega a derecho, por cuanto sigue el procedimiento de creación, y en caso de haber sido impugnadas ante el Tribunal de Compras Públicas, éste las consideró conforme a derecho. En el caso (3), la Subtel consulta al TDLC, precisamente, para crear bases que se ajusten al ordenamiento jurídico.

- iii. Funcionalidad del diseño del marco regulatorio aplicable según finalidad perseguida

En relación al criterio sobre la funcionalidad del diseño de la licitación en torno a la finalidad buscada por el órgano, se puede decir que es uno de los aspectos trascendentales en relación a las potestades de éstos. Si bien la ley que los rige define la finalidad de cada cual, en concordancia con los criterios generales entregados por la Constitución, son ellos mismos los que a través de las propias normas internas y decisiones sujetadas en criterios de razonabilidad, proporcionalidad en ejercicio de su propia discrecionalidad, configuran en la práctica cómo cumplirán la misión encomendada en la ley. Así, la decisión de cómo se crean las bases de licitación pasa, en primer lugar, por el cumplimiento de los requisitos formales que la propia ley impone, y en segunda lugar, por el juicio de apreciación que el órgano, a través de sus funcionarios.

El caso 3G pone en evidencia lo anterior, pues es la autoridad administrativa quien consulta al TDLC para considerar en su opinión al momento de diseñar las bases, y ponderarla junto con todos los otros criterios.

Es en razón de lo anterior que la revisión de las bases por parte del TDLC aparece como ajena a la propia lógica de diseño de bases, que no es más que una apreciación práctica del fin a cumplir por la autoridad administrativa.

Considerarse competente para evaluar la legalidad de un acto administrativo, aun haciendo salvedad de que el análisis será sólo en el aspecto de libre competencia, supone no considerar la conjugación y ponderación de intereses que hace un órgano administrativo al momento de tomar una decisión, y desconocer, por ende, la función regulatoria que dicho órgano puede estar realizando.

La dificultad que presenta este dilema no es algo nuevo. En España, a pesar de la excepción de aplicación de la ley que resguarda la libre competencia respecto de actos en ejecución de la ley, se ha señalado que

“Diferenciar, delimitándolas en lo posible, la actividad de regulación frente a la de defensa de la competencia, es una tarea que se presenta como especialmente compleja y así queda bien de manifiesto en la jurisprudencia. (...) el propio Tribunal Supremo cuando afirma que “quizás por la novedad que supuso la creación de organismos reguladores sectoriales, existe una cierta superposición de competencias entre los órganos generales de defensa de la competencia y los citados organismos públicos con capacidad para actuar tan sólo en determinados mercados”²²⁶.

Es por lo anterior que resulta de vital importancia la atribución de competencia que se le da a cada institución y el establecimiento de criterios para delimitar los ámbitos en que el interés público se manifieste de manera diferente a la primacía de la libre competencia, no haciendo de ella un criterio superior a los otros que debe también considerar la Administración. De no ser así, la opción legislativa de regular a través de la libre competencia toma primacía sobre la decisión regulatoria de otorgar funciones y fines específicos a autoridades públicas para que las satisfagan conforme a la ley y la constitución. Cuando ello ocurre, cada decisión de adjudicación de un recurso, en el formato que sea, pasa a ser una discusión de libre competencia y no sobre apreciación de la finalidad pública encargada al órgano. Lo anterior, genera una distorsión en los medios a través de los cuales se quiere alcanzar una política pública determinada, pues se analiza bajo una óptica que no se condice con ella.

iv. Alcance de soluciones de equilibrio entre derechos de intervinientes

Este punto se confunde con el anterior, pues analiza si el resultado de la decisión adjudicatoria considera los derechos de aquellos que se ven afectados por la decisión, generando un equilibrio adecuado. Apunta esto al fondo de la decisión, en cuanto analiza el procedimiento regulatorio en cuanto al éxito que alcanza al momento de cumplir la misión encomendada.

²²⁶ ESTEVE P., J. 2009. La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladores. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional. En: MUÑOZ M., S. y ESTEVE P., J. (dirs). Fundamentos e instituciones de la regulación. Madrid, Iustel, p. 893.

Si bien esto puede ser analizado, como se señala, desde la perspectiva del fondo, a la autoridad administrativa sólo le queda evaluar su desempeño conforme a su apego o no al procedimiento establecido por ley o por ella misma y a si se respondieron las inquietudes o demandas de los afectados.

Este punto resulta crucial pues en él confluye la revisión del actuar administrativo por parte del juez ordinario (o administrativo) y la revisión por parte del juez de libre competencia (en representación del derecho del particular en el contexto del bien jurídico de libre competencia, que lo trasciende), que dirá que el equilibrio no se produjo por verse afectado el bien que éste tutela. Sin embargo, y como ya se ha señalado a lo largo de esta memoria, lo que se enfrena allí son dos formas regulatorias distintas que, según como se conjuguen o resuelvan, acogerán en mayor o menor medida la interés público que hay detrás de la intervención, sacrificando por ello competencia. Esta conclusión no debe ser entendida como negativa, pues constitucionalmente la Administración cuenta con la facultad para intervenir y hacer prevalecer el interés público en perjuicio de ciertos particulares, respetando por cierto, sus garantías y derechos básicos.

Es así como se vislumbra y se da cuenta de la tensión que se genera entre dos tipos regulatorios diferentes y la implicancia que el conocimiento de ello por parte de uno u otro tribunal puede tener.

V. CONCLUSIONES

A lo largo de esta memoria se intentó dar cuenta de la evolución de la configuración institucional del Estado así como también de la del Derecho Administrativo propiamente tal y su crecimiento en el contexto actual. Ello con el objetivo de ilustrar la adaptación que éste último ha debido tener en relación a las nuevas funciones del Estado y el nuevo tipo de relaciones que se han ido generando con los particulares en los últimos años (liberalización

de mercados, etc.) para luego concentrarme en el análisis puntual de algunos casos llevados ante tribunales que dan cuenta de este contexto.

Así, luego de analizar cómo la interacción entre los particulares y el Estado y el entorno de desarrollo de las nuevas economías y tecnologías ha cambiado sustancialmente, es dable concluir que los actos de la Administración han pasado a mirarse bajo una óptica diferente a la del Derecho Administrativo clásico, ampliándose a una comprensión nueva de lo que se entiende por regulación, potestades administrativas y libre competencia, y en consecuencia, ampliando también a los órganos capaces de revisar lo hecho por ésta bajo estas nuevas perspectivas.

Como consecuencia de lo anterior, en primer término, la etapa de liberalización de la economía en relación a las funciones estatales y la privatización de muchas actividades económicas trajo consigo una transformación en las herramientas jurídicas utilizadas, tanto por los entes públicos como por los privados. Y esto, a su vez, implicó que el Derecho Administrativo se viera forzado a incluir criterios de análisis y formas de interacción nuevas y diversas.

La más relevante, en mi opinión, fue la aparición del Derecho de la Competencia como elemento importante e integrador de las potestades administrativas públicas. Como se da cuenta a lo largo de esta memoria, este Derecho, con anterioridad a las grandes transformaciones existía, pero su incidencia, peso y aplicación era reducida y no alcanzaba a tener el peso que tiene hoy en día. Chile no era la excepción.

El Derecho de la Competencia surge entonces como una nueva forma de configurar institucionalmente espacios de interacción entre agentes privados y entre éstos y el Estado, correspondiéndose y complementando la liberalización económica experimentada. Es una forma de regulación diferente a la que cumple el ejecutivo en aplicación de las leyes, pero que se interrelaciona con ésta última, pues la Administración se ve compelida por él también.

Frente a ello, la actividad administrativa, permeada por la teoría de la discrecionalidad y la necesidad de agilizar los procedimientos de decisión frente a los nuevos mercados y tecnologías, ha debido pasar a considerar a la competencia como un criterio integrador de sus

decisiones, pasando a considerar las posiciones de los particulares dentro del mercado y a su vez, disciplinándolas conforme a sus propios criterios de Derecho Público. Esto, sin embargo, y como se ha pretendido dar cuenta en este trabajo, genera tensiones inevitables. De hecho, éstas son constitutivas de la relación entre regulación y competencia en sí, pues provienen de dos diseños institucionales diferentes y muchas veces opuestos.

La tensión se manifiesta de forma patente en los casos que se judicializan, pues es allí donde cada tribunal debe dar cuenta de ella y decidir qué peso otorgarle a una decisión regulatoria administrativa y qué peso otorgarle al criterio de competencia que dicha decisión conlleva. La resolución de esta tensión va a depender, al final de cuentas, del diseño institucional escogido para resolverla. Como señalan Tapia y Cordero²²⁷, el tribunal especializado será más proclive a entrometerse en el ámbito de decisión del órgano administrativo; en cambio, un tribunal no especializados tenderá a ser más diferente. Así, el diseño institucional elegido determinará cómo se resuelve dicha tensión.

Los casos escogidos para analizar en la última parte de este trabajo son paradigmáticos pues demuestran de forma potente la tensión que hay entre órganos administrativos, particulares y autoridad de libre competencia (TDLC), es decir, dan cuenta de la tensión institucional de dos formas diferentes de regular: regulación administrativa propiamente tal y su ámbito de decisión propio; y libre competencia con carácter general y abierto (DL 211).

En el mismo sentido, éstos dan cuenta de la diferencia de criterios entre la Corte Suprema (tribunal generalista) y TDLC (especial). El primero tiende siempre a respetar la decisión regulatoria administrativa en mayor medida que el TDLC, dando cuenta del carácter constitucional que ésta tiene.

Al final de cuentas, el tema en cuestión se relaciona con el control de mérito de los actos administrativos bajo ópticas y autoridades diferentes en el desarrollo de políticas públicas. Las razones que hay detrás de dicho control fueron revisadas a lo largo de los capítulos de esta memoria y, como se podrá apreciar, tanto el diseño institucional de regulación por norma abierta de libre competencia y aplicación general de la misma, como el

²²⁷ CORDERO V., L. y TAPIA, J. 2015. La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional. Estudios Públicos, (139): 47-3-91.

de regulación administrativa a través de mandatos legislativos específicos con margen de apreciación para la autoridad competente, tienen justificaciones potentes y se explican en el contexto actual. Ambas son necesarias y útiles para lograr objetivos de política pública con éxito. Sin perjuicio de ello, esa misma necesidad y utilidad que las justifica, genera la tensión inevitable de la que se ha tratado de dar cuenta en este trabajo.

Ahora bien, es de especial relevancia notar que el ejecutivo, quien además es elegido democráticamente, tiene el mandato constitucional de hacer ejecutar la ley y cumplir con políticas públicas para alcanzar objetivos materiales que la Constitución impone. Esto otorga una especial preferencia a las decisiones administrativas regulatorias que no pueden ser desoídas por los tribunales. No es por nada que la Corte Suprema ha tenido siempre dificultades cuando se trata de entrar a controlar el mérito de los actos administrativos.

Así, si bien el análisis fue de una de las aristas específicas del problema, el tema en cuestión es general y trata acerca de las decisiones de política pública y de su control a través de la revisión judicial y de cómo el diseño institucional de los órganos que revisan y la justificación de cada decisión, influyen en la resolución de la tensión que se presenta entre decisiones regulatorias específicas.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACKERMAN, S. y LINDSETH, P. 2010. Comparative and administrative law. Artículo. Marco D'Alberti. Administrative law and the public regulation of markets in a global age. pp. 63- 77.
2. ARIÑO O., Gaspar. 2004. El Estado Social. En: Principios de Derecho Público Económico. 3era ed. Granada, Comares. pp. 87 - 122
3. ARROYO J., Luis. 2004. Las Clases de Títulos Habilitantes. En: Libre Empresa y Títulos Habilitantes. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. pp. 345-419.
4. ARROYO, L. y UTRILLA, D., (dir.). 2015. La Administración de la escasez. Los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número. Madrid, Marcial Pons, 257p.
5. ATRIA, Fernando. 2002. ¿Existen los Derecho Sociales? [en línea], Chile <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/existen-derechos-sociales-fernando-atrria.pdf> [09.09.2013].
6. ATRIA, Fernando. 2010a. Socialismo Hayekiano. Estudios Públicos, (120): 49-105.
7. BALLBÉ, Manuel. 2007. El Futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización. Revista de Administración Pública N°174, Madrid pp. 215-276
8. BAÑO L., J.M. 2011. La aplicación del derecho “antitrust” a la administración pública. En: GUILLÉN, J. (coord.). Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas. Madrid, Thomson Reuters-Civita. pp. 61-86.
9. BARAK-EREZ, D. 2011. Three questions of privatization. En: ROSE-ACKERMAN, S. y LINDSETH, P. (eds.), Comparative and administrative law, UK, Edward Elgar Publishing, p. 493-510.
10. BARNÉS, J. 2011. Transformaciones (científicas) del Derecho Administrativo [en línea], Chile

http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Merged/2013/Archivos/258_Javier_Barnes>[15.05.2015].

11. BENOIT, Francis Paul. 1977. El Derecho Administrativo Francés. Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1071p.
12. BERMÚDEZ, S., Jorge. 2014. Derecho Administrativo General. Santiago 3era ed., Thomson Reuters, 700p.
13. BETANCOR, A. 2010. Regulación: Mitro y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos. Pamplona, Thomson Reuters, 700p.
14. BLANQUER, D. 2006. Hechos, ficciones, pruebas y presunciones en el Derecho Administrativo. Taking Facts Seriously. Valencia, Tirant lo Blanch, 462p.
15. BRAITHWAITE, John. 2008. Regualtory Capitalism. Edward Elgar Publishings, UK, 2008, 264p.
16. CABALLERO S., Rafael. 2012. Las técnicas de la regulación de la competencia para la competencia y contra la competencia y su contexto. En: SANTAMARÍA P., Juan, director. Las Técnicas de Regulación para la Competencia: Una Visión Horizontal de los sectores regulados. Madrid, Iustel. pp. 40 - 70.
17. CASSES, L. 2009. Regulación y competencia, límites y conexiones. En: MUÑOZ M., S. y ESTEVE P., J. (dirs). Fundamentos e instituciones de la regulación. Madrid, Iustel. pp. 425-462.
18. CASSES, LL. 1995. Derecho administrativo de la defensa de la competencia. Madrid, Marcial Pons. 742p.
19. CASSES, S. 2012. New paths for administrative law: a manifesto. Oxford Journals 10(3): 603-613.
20. CHENG K., T, LIANOS, I. y SOKOL, D. 2014. Competition and the State. California, Standford University Press. 290p.
21. CORDERO V., L. 2007a. Breve descripción de los tipos de controles a los cuales se encuentra sujeta la Administración. En: PANTOJA, R. (coord.). Derecho Administrativo chileno. México, Porrúa. pp. 615-631.
22. CORDERO V., L. 2007b. La cuestión referencial. En: PANTOJA, R. (coord.). Derecho Administrativo chileno. México, Porrúa. pp. 598-606.

23. CORDERO V., L. y TAPIA, J. 2015. La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional. *Estudios Públicos*, (139): 47-3-91.
24. ESPINOSA M., Rodrigo. 1980. *Ley Antimonopolios, Análisis y Estudio Crítico*. Santiago, Editorial Jurídica, 144p.
25. ESTEVE P. J. 2003. El mercado de los títulos administrativos. En: COSCULLUELA M., L. (coord.). *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al profesor Dr. Sebastián Martín-Retortillo*. Madrid, Civitas. pp. 744-757.
26. ESTEVE P., J. 2009. La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladores. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional*. En: MUÑOZ M., S. y ESTEVE P., J. (dirs). *Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid, Iustel. pp. 882-921.
27. ESTÉVE P., J. 2014. *Lecciones de Derecho Administrativo 4ª ed.* Madrid, Marcial Pons, 575p.
28. FERMANDOIS, Fernando. 2006. *Derecho Constitucional Económico*. 2da ed. Ediciones Universidad Católica de Chile. 305p.
29. FERNÁNDEZ F., Germán. 2012. *La Actividad Administrativa en Especial, Contratación Pública, Expropiación Forzosa y Sanciones*. En: *Sistema de Derecho Administrativo*. Navarra, Thomson Reuters. pp. 401 - 431.
30. FERRADA, F. 2000. La constitución económica de 1980. *Revista Chilena de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile* (9): pp. 47-54.
31. FERRAJOLI, Luigi. 2002. *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. pp. 65 - 147. Serie Teoría y Filosofía Política.
32. FISCHER, R., y SERRA, Pablo. 2003. *Efectos de la Privatización de Servicios Públicos en Chile*. [en línea]. Centro de Economía Aplicada, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile <http://www.dii.uchile.cl/~cea/sitedev/cea/www/index.php?page=view_publicaciones&langSite=es&agno=2004&id=20040527142057> [consulta: 09.12.2012].
33. FOXLEY, Alejandro. 1982. El Experimento Neoliberal en Chile. En: *Experimentos Neoliberales en América Latina*. Chile, Cieplan. pp. 37 - 74. Estudio N°59.

34. FRENCH - DAVIS, Ricardo. 2003. Entre el Neoliberalismo y el Crecimiento con Equidad, Tres Décadas de Política Económica en Chile, 3era ed. Santiago, Lom. 334p.
35. GALLIGAN, D. 2015. Discretion and Authority in the Regulatory Context. En: RUIZ O., Alberto (dir.) y ZAMORA R., María (coord.). Regulación y Competencia en Servicios de Interés Económico General (SIEG), Málaga, Universidad de Málaga, pp. 15 - 25.
36. GÁRATE M., Oscar. 2010. Marco Constitucional del Derecho de la Libre Competencia Modelo Económico, Eficiencia y Garantías Constitucionales. En: CONGRESO ESTUDIANTIL de Teoría Constitucional. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 22p.
37. GARCÍA de E., Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás. 2006. La Incidencia de la Acción Administrativa sobre las situaciones Jurídicas del Administrado. En: Curso de Derecho Administrativo II. Argentina, Thomson Civitas. pp. 101 -162.
38. GONZÁLEZ S., Luis. 2002. Epílogo: El Bienestar Social en una Época Insegura. En: MUÑOZ M., Santiago. Las Estructuras de Bienestar: propuestas de reforma y nuevos horizontes. Madrid, Civitas. pp. 915 - 975.
39. GUILLÉN, J. (coord.). 2011. La impugnación por las autoridades de la competencia de las actuaciones de las administraciones públicas restrictivas del derecho de la competencia. En: Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas. Madrid, Thomson Reuters-Civita. pp. 441-457.
40. HACHETTE D. la F., Dominique. 2001. Privatizaciones: Reforma Estructural pero Inconclusa [en línea]. Santiago, Chile. LARRAÍN, Felipe y VERGARA, Rodrigo. La Transformación Económica de Chile. Capítulo 4. < http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/cat_768_indicelibro.html> [consulta: 03.06.2013]
41. HARLOW, C. y RAWLINGS, R.. 2009. Law and Administration. 3era ed. Cambridge University Press. New York, p. 240.
42. HARVEY, David. 2007. El nuevo Imperialismo. 2da ed. Madrid, Akal. 241 p.
43. HAYEK, Friedrich. 1978. Derecho, legislación y libertad : normas y orden. Madrid, Unión Editorial, vol. 1. - Capítulo II. 63-92 pp.
44. LAGUNA DE PAZ, J.C. 2011. La aplicación del derecho de la competencia a los servicios de interés económico general. En: GUILLÉN, J. (coord.). Derecho de la

- competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas. Madrid, Thomson Reuters-Civita. pp. 153-177.
45. LARRAÍN, Felipe y VERGARA, Rodrigo. 2001. Un Cuarto de Siglo de Reformas Fiscales [en línea]. Santiago, Chile. La Transformación Económica de Chile, Capítulo 3. < http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/cat_768_indicelibro.html> [consulta: 03.06.2013]
 46. LOO, Martín. 2009. La Disciplina Constitucional del Principio de Subsidiariedad en Italia y Chile. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso: 33(2): 391 - 426.
 47. MALJAR, D. 1998. Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos. Argentina, Hammurabi Ed. 343p.
 48. MARTÍNEZ O., Astrid. 2003. La Política Energética en Colombia durante los años noventa. ¿Neoliberal? En: RESTREPO B., Darío I. La Falacia Neoliberal: Crítica y Alternativas. Bogotá D.C., Antropos. pp. 231 - 248.
 49. MASHAW, J. 2008. Prodelegation: Why administrators should take political decisions. En: ACKERMAN, S. (ed.) Economic and Administrative Law. New York, E. Elgar Publishers, p. 637
 50. MASS S., Mauricio. 2011. Estudio de las Modificaciones Introducidas al DL 211 sobre Libre Competencia, en Especial Acerca del Tribunal de Defensa de Libre Competencia. Memoria de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 185p.
 51. MONTT, Santiago. 2010. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como Ente Regulador del Comercio: una mirada desde las Políticas Públicas. Documento de Trabajo N°1, Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 28p.
 52. MORAGA K., C. 2007. Extinción y revisión de los actos administrativos. En: PANTOJA, R. (coord.). Derecho Administrativo chileno. México, Porrúa. pp. 309-326.
 53. MOUFFE, Chantel. 1979. Hegemony and Ideology in Gramsci. En: Gramsci and Marxist Theory. Londres, Routledge and Kegan Paul, pp. 168 - 204. [Traducción libre]

54. MUÑOZ M., Santiago y ESTEVES P., José (coord.). 2009. Derecho de la Regulación Económica I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación. Madrid, Iustel. pp. 110 – 243.
55. MUÑOZ M., Santiago. 1998. Servicio Público y Mercado. Las Reformas de Algunos Sistemas Estatales de Telecomunicación: Liberalización en Inglaterra, Estados Unidos y Francia. En: Servicio Público y Mercado V. 2. Madrid, Civitas. pp. 137 – 148.
56. MUÑOZ M., Santiago. 2004. Capítulos 3 y 5. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General Tomo I. Madrid, Civitas. pp. 487 – 1292.
57. NAVARRO, Enrique. 2000. El Estado Empresario a la Luz de la Constitución de 1980. Revista de Derecho Público 1:(62), pp. 32 – 47.
58. NEHME, N. 2007. Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los organismos de la Administración del Estado. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Libre competencia en el Bicentenario, pp. 317-373.
59. OGUS, Anthony. 2004. Regulation, Legal Form and Economic Theory. 2da ed. Gran Bretaña, Hart Publishing. 355p
60. PAREDES, Ricardo. 2001. Regulación Económica en Chile: La Opción por un Enfoque No Estructural [en línea]. Santiago, Chile. LARRAÍN, Felipe y VERGARA, Rodrigo. La Transformación Económica de Chile. <http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/cat_768_indicelibro.html> [consulta: 03.06.2013]
61. PAREJO A., L. 1998. La actividad de la Administración Pública: sus características, clasificaciones, formas y principios. En: Manual de Derecho Administrativo, 5ta ed. Ariel, Barcelona, 1200p.
62. PECES BARBA M., Gregorio. 1999. Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General. 2da ed. Madrid, Universidad Carlos III. 720p.
63. PEREIRA, E. 2008. Orden Público Económico: una propuesta de conceptualización. Revista de Derecho y Humanidades (13): pp. 157-171.
64. PINTO, J. y SALAZAR V., G. 1999. Historia Contemporánea de Chile, Vol. 2. Santiago, Lom. 180p.
65. PINTO, Julio. 2002. Historia Contemporánea de Chile, Vol 3. Santiago, Lom. 190p.

66. REBOLLO P., M. 2003. Reglamentos y actos administrativos ante el tribunal de Defensa de la Competencia. En: COSCULLUELA M., L. (coord.). Estudios de derecho público económico: libro homenaje al profesor Dr. Sebastián Martín-Retortillo. Madrid, Civitas. pp. 719-741.
67. RODRÍGUEZ, J.M. 2000. La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo. Madrid, Marcial Pons. 169p.
68. ROSE-ACKERMAN, S. y LINDSETH, P. 2011. Comparative administrative law: an introduction. En: Comparative and administrative law, UK, Edward Elgar Publishing, pp. 1-19.
69. SAAVEDRA F., Rubén. 2011. La discrecionalidad Administrativa. Santiago, Legal Publishing, 249p.
70. SALA A., J.M. 2011. Las relaciones y delimitación de funciones entre los organismos reguladores sectoriales y las autoridades de defensa de la competencia. En: GUILLÉN, J. (coord.). Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas. Madrid, Thomson Reuters-Civita. pp. 49-59.
71. SANTA MARÍA PASTOR, J.A. 2012. Sectores regulados y libre competencia: un dilema complejo. En: Las técnicas regulatorias para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados. Madrid, Iustel. pp. 23-38.
72. SANTAMARÍA Pastor, J. 2004. Principios de Derecho Administrativo General Tomo I. Madrid, Iustel. 744p.
73. SCHMIDT-ASSMANN, E. 2003. La teoría general del Derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid, Marcial Pons. 475p.
74. SILVA C., E. 1969. Derecho Administrativo chileno y comparado. Tomo II. Editorial Jurídica. Santiago.
75. SOTO K., Eduardo. 2009. Capítulo I: Bases de la Institucionalidad. En: Derecho Administrativo, Temas Fundamentales. Santiago, Legal Publishing, pp. 39 - 161.
76. STEVE P., José. 2011. La Actividad de la Administración. En: Lecciones de Derecho Administrativo. Madrid, Marcial Pons. pp. 353 - 381.
77. THORSEN, Dag E. 2010. The Neoliberal Challenge: What is Neoliberalism? Contemporary Readings in Law and Social Justice 2(2): 188-214.

78. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2011. Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Thomson Reuters Centro de Libre Competencia UC.
79. UNIÓN EUROPEA. Síntesis de la Legislación de la UE. [en línea] http://europa.eu/legislation_summaries/other/l26087_es.htm [consulta: 06 de noviembre 2013]
80. VALLADARES, A. y PÉREZ, C. 2008. Notas Básicas y Preliminares para un Estudio Teórico de la Intervención Administrativa en los Mercados en el Contexto Constitucional y Liberal Democrático. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
81. VALLEJO G., Rodrigo. y PARDOW L., Diego. 2008. Derribando mitos sobre el Estado empresario. *Revista Chilena de Derecho*, 35(1): 135-156.
82. VELILLA M., M.A. 1997-2002. El derecho de la competencia y el sector público. En: CIENCIAS JURÍDICAS CEDEC. Bogotá, Pontificia Universidad Javariana, pp. 77-106.
83. VERDUGO, Sergio. 2012. Las Justificaciones de la Regla de Quórum Supra Mayoritaria de las Leyes Orgánicas Constitucionales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 39: 395 - 434.
84. VILLAR E., José Luis. 1999. La Actividad de la Administración. En: *Derecho Administrativo Especial*. Madrid, Civitas. pp. 21 - 41.
85. VOLOKH, A., 2014. The new private- regulation skepticism: due process, non-delegation, and antitrust challenges. *Harvard Journal of Law and Public Policy* 37 (2): 932-1006).
86. WAHL, R. 2013. Los últimos cincuenta años de Derecho Administrativo alemán. Madrid, Marcial Pons. 167p.
87. YEUNG K., BALDWIN, R., CAVE, M. y LODGE, M. 2010. The Regulatory State. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford University Press, New York, pp. 64-83