



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Económico

**RELACIÓN ENTRE LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL
ESTADO Y LA DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN
CHILE**

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

CATALINA JESÚS IÑIGUEZ MORALES

Profesora guía: Nicole Nehme Zalaquett

Santiago de Chile

2015

Agradecimientos

En primer lugar, quisiera agradecer a Nicole Nehme Zalaquett, mi profesora guía, por su valiosa contribución a mi formación académica y, especialmente, en el desarrollo de este trabajo.

En segundo lugar, agradezco el constante apoyo y compañía de mi familia durante todo mi proceso de estudio.

Finalmente, agradezco a mis compañeros de trabajo por estar siempre dispuestos a colaborar y por los invaluable aportes que me brindaron al discutir parte de los contenidos de este trabajo.

Índice

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA A LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.....	6
1.1. Exposición del conflicto.....	6
1.2. La importancia de este conflicto en sectores regulados.....	10
1.2.1 Órgano competente para aplicar la normativa de libre competencia en sectores regulados.....	18
1.2.1.1. Experiencia en el Derecho Comparado.....	18
1.2.1.1.1. Ejemplo de agencia integrada: España.....	19
1.2.1.1.2. Ejemplo de entidades distintas con reglas de distribución de competencias: Reino Unido.....	24
1.2.1.1.3. Ejemplo de entidades distintas sin distribución expresa de competencias: Sudáfrica.....	29
1.2.1.1.4. Conclusión parcial.....	31
1.2.1.2. Experiencia en el Derecho Chileno.....	33
1.2.2. Aplicación de las normas de libre competencia a los OAE.....	37
1.2.2.1. Solución del asunto en el Derecho Comparado.....	37
1.2.2.1.1. Experiencia Española.....	37
1.2.2.1.2. Experiencia en Reino Unido.....	43
1.2.2.1.3. Experiencia en Sudáfrica.....	50
1.2.2.1.4. Conclusión parcial.....	52
1.2.2.2. Solución del asunto en el Derecho Chileno.....	53
1.2.2.2.1. Argumentos en contra de la aplicación de las normas de libre competencia a los OAE.....	54
1.2.2.2.2. Argumentos a favor de la aplicación de las normas de libre competencia a los OAE.....	60

CAPÍTULO II: CONTROL DE LAS ACTUACIONES DE LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO BAJO LOS ESTÁNDARES DE LIBRE COMPETENCIA.....74

2.1. Generalidades.....74

2.2. Tipos de control de las actuaciones de los Órganos de la Administración del Estado.....76

2.2.1. Control de potestades regladas de los Órganos de la Administración del Estado.....82

2.2.2. Control de potestades discrecionales de los Órganos de la Administración del Estado.....90

2.3. Actuación estatal como defensa de los particulares..... 101

CAPÍTULO III: HERRAMIENTAS DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN RELACIÓN A LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.....109

3.1. Generalidades.....109

3.2. Facultades del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para la Defensa y Promoción de la libre competencia en relación a los Órganos de la Administración del Estado.....112

3.2.1. Asuntos Contenciosos.....112

3.2.1.1. Medidas cautelares provisionales.....114

3.2.1.2. Conciliación.....120

3.2.1.3. Acuerdos extrajudiciales.....125

3.2.1.4. Sentencias Condenatorias.....125

3.2.1.4.1. Modificación o disolución personas jurídicas.....129

3.2.1.4.2. Modificación o término de actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos.....130

3.2.1.4.2.1. Eliminación de cláusulas contractuales.....134

3.2.1.4.2.2. Contenido de bases de licitación.....135

3.2.1.4.2.3. Obligación de informar a entes públicos.....154

3.2.1.4.3. Multas.....156

3.2.1.5. Facultad de imperio del TDLC.....160

3.2.1.6. Conclusión parcial.....174

3.2.2. Asuntos no contenciosos.....175

3.2.2.1. Consultas.....	177
3.2.2.1.1. Conclusión parcial.....	182
3.2.2.2. Instrucciones de Carácter General.....	183
3.2.2.2.1. Conclusión parcial.....	200
3.2.2.3. Proposición Normativa.....	200
3.2.2.3.1. Conclusión parcial.....	216
3.2.2.4. Informes.....	217
3.2.2.4.1. Sector Telecomunicaciones.....	219
3.2.2.4.2. Sector Eléctrico.....	226
3.2.2.4.3. Sector Sanitario.....	231
3.2.2.4.4. Conclusión parcial.....	234
3.3. Actividades de la Fiscalía Nacional Económica para la Defensa y Promoción de la Libre Competencia en relación a los Órganos de la Administración del Estado.....	235
3.3.1. Investigación.....	236
3.3.2. Guías.....	240
3.3.3. Estudios Sectoriales.....	247
3.3.4. Talleres y charlas.....	251
3.3.5. Convenios de Colaboración.....	252
3.3.6. Conclusión parcial.....	256
CAPÍTULO IV: MEJORAS A LAS HERRAMIENTAS DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN RELACIÓN A LOS OAE.....	258
CONCLUSIONES.....	275
BIBLIOGRAFÍA.....	281

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objeto determinar en qué medida los denominados actos de autoridad quedan sometidos a las disposiciones contenidas en el Decreto Ley N°211 y sus posteriores modificaciones. Asimismo, se pretende exponer cómo interactúan el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) y la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) con los Órganos de la Administración del Estado (“OAE”), tanto en su rol de defensa como de promoción de la libre competencia. Finalmente, se realizan algunas recomendaciones para mejorar el cumplimiento de dicho cometido.

Para llevar a cabo esta tarea, se utilizó un método cuantitativo consistente principalmente en la recolección de antecedentes y criterios relevantes a partir de resoluciones judiciales y administrativas seleccionadas, para luego pasar a una etapa de análisis lógico-jurídico que, finalmente, permitió agrupar y describir cómo se han desarrollado las potestades del TDLC y la FNE en su relación con los OAE.

Como resultado de la investigación, se encontraron algunos lineamientos jurisprudenciales respecto a la materia, sin perjuicio de que se develaron vacíos y problemáticas tanto jurídicas como prácticas, cuya puesta de relieve esperamos sea un aporte a la mejor comprensión de esta materia.

INTRODUCCIÓN

Es indudable que el derecho de la libre competencia ha ido adquiriendo gran relevancia en el último tiempo, con casos judiciales emblemáticos y de gran notoriedad pública y, por lo mismo, está siendo atendido con un mayor grado de interés por los diversos agentes que se desenvuelven en los mercados.

Si bien la mayoría de las relaciones económicas se generan entre actores privados, es imposible desconocer los efectos que producen las actuaciones del Estado en los diversos mercados, ya sea a través de la asignación de bienes escasos¹ o insumos esenciales, fijación de tarifas, establecimiento de requisitos para el ingreso o salida a una actividad económica, la contratación de bienes y servicios, o la ejecución de programas de política pública que incentivan o desincentivan ciertos comportamientos por parte de los sujetos regulados.

A partir de lo anterior, surge la legítima pregunta respecto a si el derecho de la libre competencia establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973 (“DL N°211”) es aplicable también a los OAE.

¹ “El concepto de escasez, en economía, no designa la falta absoluta de un bien, sino la relativa insuficiencia del mismo con respecto a las necesidades, deseos o requerimientos de los consumidores. Un bien escaso, por lo tanto, es aquel cuya abundancia o disponibilidad es limitada”. EUMED.NET ENCICLOPEDIA VIRTUAL [en línea] <<http://www.eumed.net/cursecon/dic/E.htm> > [consulta: 02 marzo 2015]

Si bien, a primera vista, pareciera ser que la jurisprudencia de las antiguas comisiones antimonopolios y luego, del TDLC (también, "Tribunal") y la Corte Suprema ha sido proclive a aplicar la normativa en cuestión a los OAE, no es menos cierto que en los últimos años el máximo tribunal ha ido moderando su opinión, dejando entrever la existencia de algunos límites respecto de la competencia que le cabe al TDLC para conocer de aquellos casos en que el sujeto de la acusación es un órgano público. Por lo demás, aun aceptando la hipótesis de la obligatoriedad del DL N°211 para toda persona -sea natural o jurídica, pública o privada- surgen diversas dudas respecto a las consecuencias derivadas de dicha afirmación, sobre todo considerando que cada uno de esos órganos públicos ha sido creado por ley con miras a satisfacer una necesidad pública, la que en ciertos casos puede verse afectada si se aplica la legislación de libre competencia sin realizar distinciones.

Como se verá *infra*, se trata de un tema que a nivel nacional cuenta con bastante material considerando los numerosos pronunciamientos de la jurisdicción sectorial, pero con escaso tratamiento dogmático².

El objetivo de este trabajo consiste en exponer y cuestionar el grado de sujeción a las normas de libre competencia a que están afectos los OAE. Esta investigación no pretende proponer una hipótesis en concreto, sino más bien

² Respecto al tema, a la fecha sólo existen el trabajo realizado por Ignacio Covarrubias Cuevas titulado "El monopolio de privilegio: la libre competencia como límite a la actividad regulatoria de la Administración", el trabajo de Nicole Nehme Zalaquett titulado "Aplicación de las Normas de Defensa de la Competencia a los Organismos de la Administración del Estado" y el de William García Machmar "Los órganos de la Administración del Estado como sujetos de las multas aplicadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia".

hacer un trabajo de descripción en base a la abundante jurisprudencia nacional disponible, problematizar ciertos aspectos, develar vacíos normativos, emitir opiniones relacionadas con lo que jurídicamente pareciera ser la salida más factible para distintas hipótesis identificadas y, proponer modestamente, algunas medidas para mejorar las herramientas de promoción de la competencia ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico entre los OAE.

Por lo demás, no se puede olvidar que el sistema de libre competencia existente en Chile es un modelo con un diseño único en el mundo, por lo que si bien la experiencia comparada es útil para obtener parámetros y contrastarlos con la realidad nacional, nuestro país va mucho más avanzado en la decisión de aplicar las normas de libre competencia a los OAE, existiendo incluso sentencias condenatorias en contra del Estado.

A mayor abundamiento, es necesario resaltar que el artículo 1 del DL N°211 establece que tiene como objeto promover y defender la libre competencia en los mercados, por lo que nuestra legislación busca asegurar una sana competencia no sólo a través de mecanismo represivos, sino que también por medio de actividades de promoción, de modo que se hace ineludible la referencia a cómo se da la relación con los OAE en ambos frentes.

Para desarrollar el tema el trabajo, se ha dividido en cuatro capítulos. El primero, busca exponer el conflicto, haciendo especial mención al caso de sectores regulados en base a dos cuestiones principales: (i) cuál es el órgano competente para aplicar la normativa de libre competencia en dichos mercados,

y, (ii) si resultan aplicables dichas normas a los OAE. En cada tópico se expondrá la realidad de tres países seleccionados, a saber, España, Inglaterra y Sudáfrica, para luego indicar cómo se contesta a dichas interrogantes en nuestro país. Al respecto se ahonda en cuáles son las razones que se han esgrimido –principalmente por la jurisprudencia- para aceptar o rechazar el sometimiento de los OAE al DL N°211.

El segundo capítulo busca hacer una distinción que se hace imprescindible para analizar el asunto: esta es, la de potestades regladas y discrecionales de los OAE cuya actuación se somete a examen por el TDLC. Dicha clasificación deviene en sumamente relevante para trazar límites respecto de la competencia de esta área del derecho y comprender así el razonamiento aplicado en algunos casos emblemáticos por la Corte Suprema.

El tercer capítulo pretende exponer las herramientas con que cuenta nuestra legislación para promover y defender la libre competencia, en particular respecto al actuar de los OAE. Para ello se analizará el actuar tanto del TDLC como de la FNE en ambas facetas –defensa y promoción. A su vez, en el caso del TDLC se expondrá la relación con la Administración tanto en asuntos contenciosos como no contenciosos (consultas, instrucciones de carácter general, proposición normativa e informes). Por su parte, al describir el actuar de la FNE se hará referencia a las tareas de investigación, guías, estudios sectoriales, charlas y talleres y convenios de colaboración que ha firmado con varios OAE.

El cuarto capítulo pretende esbozar algunas observaciones y recomendaciones que pudieran ser tenidas en consideración para mejorar los niveles de coordinación principalmente entre la FNE y las autoridades sectoriales, de modo tal de fomentar una política regulatoria pro competitiva.

Finalmente se exponen las conclusiones a las que se ha llegado luego de la investigación.

CAPÍTULO I: APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA A LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

1.1. Exposición del conflicto

En la actualidad existen diversas empresas públicas que participan en distintos mercados y, por ende, podrían ser objeto de persecución por la FNE y de sanción por parte del TDLC, si es que llegasen a cometer ilícitos anticompetitivos, entre éstas se encuentran, la Corporación Nacional del Cobre (“Codelco”), Banco del Estado de Chile, Empresa de Correos de Chile, Empresa de Ferrocarriles del Estado (“EFE”), Empresa Nacional del Petróleo (“ENAP”) y Televisión Nacional de Chile (“TVN”). Todas estas empresas han sido creadas por ley con miras a satisfacer necesidades públicas. En la doctrina y la jurisprudencia existe consenso respecto a que el Estado, cuando es autorizado por una ley de quórum calificado para ejercer una determinada actividad económica, actúa como agente económico y, por tanto, su actuar, de ser contrario a la libre competencia, cabe dentro del tipo general de infracción contenido en el artículo 3 del DLN° 211, quedando sometido a la jurisdicción del Tribunal³. Esta conclusión resulta del todo lógica si se tiene a la vista lo

³ “Artículo 3º.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso. Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

dispuesto en el inciso segundo del artículo 19 N°21 de la Carta Fundamental, a saber, que en los casos en que el Estado o sus organismos participen de actividades empresariales, éstas quedan sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, salvo que una ley que también debe tener el carácter de quórum calificado, disponga lo contrario⁴.

En cambio, cuando el Estado actúa ya no como agente económico a través de sus empresas, sino que en tanto autoridad, ha sido muchísimo más discutido si debe respetar o no las normas de libre competencia y, en caso que la respuesta sea afirmativa, en qué medida queda sujeto a ellas. La resolución de este aspecto no es baladí, pues lo normal es que las decisiones adoptadas por la Administración tengan incidencia –mayor o menor- en las estructuras de los mercados, en sus mercados conexos o relacionados, o incluso, creen mercados que antes de la normativa eran inexistentes. Entre los mercados que a diario se pueden ver afectados por las políticas públicas elaboradas por la Administración se pueden encontrar áreas tan disímiles como energía, obras públicas, telecomunicaciones, industria pesquera, forestal, minera, transporte, sector

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

⁴ El Estado no sólo puede actuar por medio de empresas públicas, sino que también pueden existir sociedades con participación de éste. En ambos supuestos, no hay duda de que las normas de libre competencia rigen plenamente, tal como si se tratara de sujetos privados.

sanitario, entre varias otras. En general, esto parece ser especialmente relevante cuando se trata de sectores que involucran la provisión de servicios públicos⁵, bienes públicos o de otra manera recursos comunes⁶.

Además, las intervenciones de los OAE en los mercados pueden ser también de distinto grado, por ejemplo, pueden actuar en la asignación de insumos esenciales o bienes escasos, contratar bienes o servicios, regular la prestación de servicios públicos; y en ello, pueden actuar por vía de participar en la fijación de tarifas, establecer barreras a la entrada o salida a los particulares para el desarrollo de una determinada actividad en la ejecución de sus programas, fomentar ciertas conductas o a algunos competidores, etc.

Estas decisiones pueden generar impactos en la economía y en el comportamiento y dinámica que existe entre los actores involucrados, y en la mayoría de los casos debiesen ir en la línea de la protección y promoción de la libre competencia, pero en ciertas ocasiones estas decisiones o actos pueden generar una contraposición entre bienes jurídicos distintos que se encuentran en juego, dilema que es necesario resolver. Este conflicto se ha evidenciado especialmente en los casos de asignación de bienes, ya que, como lo ha señalado el TDLC “[l]as licitaciones para adquirir bienes o servicios son aptas

⁵ “[A]quella actividad propia del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social”. ARIÑO, G. 2001. Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Granada, Editorial Comares, p.503.

⁶ Los bienes públicos son aquellos bienes que no son excluibles ni rivales, es decir, no es posible impedir que una persona utilice el bien, y su uso por una parte no reduce su uso por parte de otra. En cambio, los recursos comunes, son aquellos bienes que son rivales, pero no excluibles. MANKIWI, G. 2002. Principios de economía. 2º ed. Madrid, Mc Graw Hill, p.142.

para crear mercados nuevos, eliminar o reemplazar los existentes, o afectar positiva o negativamente la competencia en unos u otros, dependiendo de las características y estructura de los mercados en que inciden, así como de las condiciones o requisitos de participación que se establezcan en las respectivas licitaciones o concursos”⁷.

Asimismo, estos actos pueden generar otras barreras de entrada reglamentarias o legales, tales como procedimientos de autorización complejos o cumplimiento de normas o estándares altísimos, privilegios a ciertos competidores, ayudas estatales, entre otros, que pueden alterar la dinámica natural competitiva en los mercados involucrados.

A la luz de lo recién expuesto, se puede indicar entonces que la intervención gubernamental en los mercados puede ser por vía directa o indirecta. En el primer caso, puede actuar el Estado como proveedor o comprador de un bien o servicio, en cambio, en el segundo, causa efectos en los mercados al establecer regulaciones, incentivos, impuestos o subsidios. Por lo demás, es relevante resaltar que no sólo puede influir en el comportamiento de las empresas, sino que también en las decisiones y actuaciones de los consumidores, de modo que las medidas de política pública adoptadas deben ser analizadas desde distintos puntos de vista –entre ellos, el de la libre competencia- para comprender el impacto que pueden generar en una industria determinada.

⁷ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2012a. Sentencia N°118/2012, 9 de enero, Considerando 6°.

1.2. La importancia de este conflicto en sectores regulados

Una de las áreas en que se observan de un modo más explícito las eventuales superposiciones entre las normas de libre competencia y los actos de los OAE es precisamente en aquellos sectores de la actividad económica que cuentan con una regulación específica, de modo que a continuación se expondrá la importancia de esta materia en esos ámbitos y las diferencias de enfoque que pueden darse si los efectos de un mismo acto regulatorio o decisión son tratados por una autoridad sectorial o por un organismo de defensa de la libre competencia.

Como primer elemento, es necesario acotar que se acoge la definición dada para “regulación”⁸ en la Ley Tipo de Defensa de la Competencia⁹, considerando por tal a los “diversos instrumentos de que se valen los gobiernos para prescribir normas a empresas y ciudadanos. Abarca, pues, leyes, decretos, reglamentos, órdenes, orientaciones administrativas y normas subsidiarias de

⁸ Doctrinariamente se ha dado una larga discusión en cuanto a este concepto. En términos generales, puede indicarse que existen dos modos de entenderla: (i) en sentido amplio, corresponde al conjunto de intervenciones del Estado en la economía con el fin de dirigir la conducta de los sujetos privados que interactúan en el mercado y; (ii) en sentido estricto, esta misma intervención cuando comporta una limitación del ámbito de validez del derecho de la libre competencia. DARCULLETA, M. 2009. La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago y ESTEVE PARDO, José. Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación, Madrid. Iustel, p. 364.

⁹ La Ley Tipo de Defensa de la Competencia es un instrumento desarrollado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (“UNCTAD”) que recoge las regulaciones de competencia utilizadas en la generalidad de los Estados miembros y que sirve, asimismo, para la capacitación y asistencia técnica que este organismo presta a los países en vías de desarrollo, respecto a la formulación, aplicación y cumplimiento de la legislación de libre competencia. Este modelo es permanentemente revisado para actualizarlo a los avances conceptuales y de las experiencias adoptadas por los diferentes Estados miembros.

todos los niveles de la administración, así como normas de organismos no gubernamentales o profesionales autónomos en los que los gobiernos hayan delegado facultades de regulación”¹⁰.

Por su parte, los sectores regulados consisten típicamente en servicios de utilidad pública o que comportan el uso de bienes públicos o recursos comunes, como energía, telecomunicaciones, transporte o sanitario. Estos sectores son relevantes para el desarrollo económico de cualquier país, razón por la que en general, se les califica como servicios públicos, con las obligaciones que ello implica, y se caracterizan típicamente por la presencia de monopolios naturales, en los que no existe competencia “en la cancha”, sino que esta se adelanta a través de la regulación económica para realizarla con anterioridad, estableciéndose métodos de asignación de la titularidad en la prestación del servicio, mecanismos de fijación tarifaria u otras obligaciones como, por ejemplo, interconexión o acceso abierto, con la finalidad de emular los efectos que la competencia podría generar en dichos mercados. En palabras de Ariño, “la competencia es el objetivo prioritario y la regulación es el instrumento necesario para defender la competencia (para crearla cuando aquella no existe) o para sustituirla cuando sea imposible su creación porque existan elementos de monopolio natural”¹¹. Dentro de los supuestos que este autor menciona como justificadores de regulación están las “externalidades (efectos negativos

¹⁰ UNCTAD 2000. Ley tipo de defensa de la competencia, cap.VII [pdf] <<http://unctad.org/es/docs/tdrbpconf5d7.sp.pdf> > [consulta: 16 julio 2014]

¹¹ ARIÑO, G. 2001. Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Granada, Editorial Comares, p.564.

sobre terceros que no pueden ajustarse por vía mercado), poder sobre el mercado (que hace la competencia ficticia o inexistente; el supuesto máximo de ello es el monopolio natural), supuestos de información asimétrica (cuando ambas partes están en posición completamente desigual a la hora de contratar en cuanto a las condiciones de la operación), supuestos de ‘destructive competition’ (existencia de grandes inversiones no recuperables o ‘sunk cost’, en el caso de que entren nuevos operadores que les fueren a abandonar el mercado); o de competencia en las condiciones de oferta que los demás operadores no pueden soportar (...)”¹².

El problema entre la normativa de libre competencia y la regulación sectorial podría generarse en aquellos casos en que un mismo comportamiento esté sujeto a reglas diferentes según se analice por las autoridades de regulación o por las autoridades de competencia. Así, el actuar puede quedar regido no sólo por reglas diversas, sino que también sometido a entes distintos que se encargan de aplicar o crear dichas reglas. La interacción entre normativas y autoridades diferentes ya sea para “tomar decisiones, elaborar reglamentos o aplicar la normativa o legislación que afectará directamente a los agentes que operan en los sectores regulados (...) puede, en ocasiones, dar lugar a fricciones y provocar inseguridad en los operadores”¹³.

¹² ARIÑO, G. 2001. Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Granada, Editorial Comares, p.565.

¹³ FERNÁNDEZ, C. 2008. La regulación ex ante y el remedio ex post. En: MARTÍNEZ, S. Y PETITBÓ, A. Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia. España. Editorial Marcial Pons. pp.57- 73.

En relación a lo anterior, existen diferencias evidentes entre las autoridades de competencia y los órganos reguladores sectoriales, principalmente en cuanto a: (i) los objetivos y enfoque que tienen; (ii) el momento en que intervienen; (iii) las potestades e instrumentos con los que cuentan; (iv) la experiencia requerida y; (v) las posibilidades de captura¹⁴.

(i) En cuanto a los objetivos y enfoques, las autoridades antimonopolio deben velar porque exista una competencia efectiva en los mercados, prevenir y eliminar todas aquellas distorsiones que en ellos se generen; y así, en definitiva proteger las fuerzas del mercado, el bienestar del consumidor y la eficiencia económica¹⁵. Por su parte, los reguladores sectoriales han sido creados para proteger bienes diversos, como por ejemplo, prestación de servicios de manera continua y universal, protección del medioambiente, desarrollo social, protección de la salud o educación, garantizar la seguridad pública, proveer la

¹⁴ “La captura del regulador se produce cuando alguna empresa –normalmente la más poderosa- se convierte en la principal fuente de información y de influencia sobre el regulador, adquiriendo la capacidad de orientar de algún modo sus decisiones”. ARIÑO, G. 2001. Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Granada, Editorial Comares, p.749.

¹⁵ El bien jurídico protegido no es un asunto absolutamente zanjado en nuestro país. El TDLC y la FNE en su caso, han señalado por ejemplo, el bienestar social (Sentencia N°77/2008), eficiencia en los mercados (Sentencia N°82/2009), excedente del consumidor (Sentencia N°100/2010), la competencia en sí misma (Sentencia N°67/2007), libertad económica (Sentencia N°105/2010), libertad política y pluralismo (Resolución N°20/2007), y otras políticas públicas y factores sociales (Informe de archivo FNE Rol N°1978-11). Por su parte, la doctrina nacional también tiene posturas divergentes que se encuentran muy bien condensadas en: AGÜERO, F. 2004. Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia. Boletín Latinoamericano de Competencia (19).

infraestructura necesaria, asegurar fluidez en las telecomunicaciones y promover el desarrollo económico, entre muchos otros. Estas autoridades dictan regulaciones que afectan las fuerzas del mercado y es aquí donde se generan áreas de superposición con la normativa de libre competencia, ya que en ciertas ocasiones pueden converger y en otras presentar contradicciones y generar dudas respecto a la disposición que prima.

(ii) En cuanto al momento en que intervienen, típicamente se señala que los OAE intervienen *ex ante*, dictando normativa imperativa que debe ser acatada por los particulares para poder desarrollar una determinada actividad, en ocasiones, precisamente con miras a eliminar las fallas del mercado que atentan contra el fin de política pública que están llamados a defender, mientras que las autoridades de competencia suelen actuar *ex post*¹⁶, una vez que se han desarrollado prácticas contrarias a la libre competencia. En palabras de Lluís Cases: “La

¹⁶ Como se verá infra, si bien esta es la faceta de la libre competencia que más se ha desarrollado, nuestro ordenamiento jurídico reconoce intervenciones *ex ante*, pero más en la línea de la promoción que de la regulación, que es lo que se pretende destacar con esta diferencia respecto a la intervención de los OAE. Por lo demás, no cabe duda que el sistema chileno se identifica más con una mirada conductual de los agentes del mercado, que con un enfoque estructural del mismo, por lo que las investigaciones de la FNE e intervenciones del TDLC suelen realizarse una vez que las prácticas anticompetitivas se han ejecutado o están en ejecución. De hecho, si se observan los datos de causas conocidas al 30 de junio de 2015 por el TDLC, es evidente la abundancia de casos de conductas anticompetitivas, en comparación a aquellos casos que analizan la estructura del mercado (<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Contenciosas%20-%20Conductas.pdf>).

intervención pública [de la autoridad de competencia] procederá cuando las conductas de los operadores alteren las condiciones del campo de juego en su propio beneficio generando una sustitución de las reglas del juego libre”¹⁷.

(iii) En cuanto a las potestades e instrumentos con los que cuentan, cada ley que crea un OAE con potestades regulatorias es la que está llamada a dotarlo de las herramientas necesarias para cumplir con su cometido. En el caso del TDLC, como analizaremos en el capítulo siguiente, el artículo 18 del DL N°211 establece las atribuciones y deberes que está llamado a cumplir, lo que, complementado por otras normas del mismo cuerpo legal como el artículo 26, define su ámbito de actuación. Por su parte, la FNE es definida como un servicio público, descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, dirigida por el Fiscal Nacional Económico que cuenta con las atribuciones indicadas en el artículo 39 del mismo cuerpo normativo, pudiendo, entre otras herramientas, instruir investigaciones¹⁸, emitir informes¹⁹, solicitar información de otros órganos públicos²⁰ o de particulares²¹, emitir

¹⁷ CASES, L. 2009. Regulación y Competencia. Límites y conexiones. En: MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. Derecho de la Regulación Económica I. Fundamentos e Instituciones de la regulación. España. Iustel, p. 435.

¹⁸ Artículo 39 letra a) del DL N°211.

¹⁹ Artículo 39 letra e) del DL N°211.

²⁰ Artículo 39 letra g) del DL N°211.

²¹ Artículo 39 letra h) del DL N°211.

informes, celebrar convenios²² e incluso, en ciertos casos, hacer uso de facultades intrusivas como registrar, incautar e interceptar comunicaciones²³.

(iv) En cuanto a la experiencia requerida, es lógico que los conocimientos técnicos que se necesitan para desarrollar una u otra labor son diferentes, por lo mismo, la preparación y aptitudes que requieren tener las autoridades que se desempeñen en una materia u otra difieren y, por lo general, son establecidos por la propia norma que crea el organismo, la que exige, por ejemplo, una determinada profesión o años de experiencia en un área del conocimiento.

(v) En cuanto a las posibilidades de captura, se ha señalado²⁴ que en general, es más difícil que sea objeto de captura una autoridad de competencia que un regulador sectorial. Esto es evidente, pues la frecuencia y nivel de interacción que se dan en cada caso con los mismos particulares, son disímiles. Es indudable que las probabilidades de captura del regulador sectorial son mayores porque se identifica más con los intereses de los regulados, al estar en permanente contacto con la industria

²² Artículo 39 letra l) del DL N°211.

²³ Artículo 39 letra n) del DL N°211.

²⁴ BARROS, P. y HOERNING, S. 2004. Sectoral Regulators and the Competition Authority: Which Relationship is best? [pdf] <http://www.bportugal.pt/pt-PT/EstudosEconomicos/Conferencias/Documents/_/2004DesenvEcon/11_BarrosHoernig.pdf> [consulta: 16 junio 2014]

de que se trate en particular, versus la autoridad antimonopolios que sólo ocasionalmente deberá conocer de la industria y que observa múltiples mercados al mismo tiempo.

Ahora bien, “[I]a intensidad de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia en las industrias reguladas depende principalmente de dos factores: primero, el diseño de la interfaz entre la legislación de defensa de la competencia de un país y su regulación de sectores específicos; y segundo, la relación entre los correspondientes organismos encargados de la aplicación de la normativa”²⁵. En otros términos, las cuestiones a resolver en cuanto a la interacción de normas de libre competencia y órganos administrativos son dos: (i) en quién recae la aplicación de los principios de libre competencia en los mercados que se encuentran regulados, y; (ii) si las normas de libre competencia pueden aplicarse por la autoridad antimonopolios correspondiente, a los actos ejecutados por OAE. Las respuestas a estas interrogantes se analizarán a continuación, indicando respecto a cada una, las elecciones realizadas en ciertas experiencias del Derecho Comparado y la realidad nacional.

²⁵ UNCTAD 2000. Ley tipo de defensa de la competencia, cap.VII [pdf] <<http://unctad.org/es/docs/tdrbpconf5d7.sp.pdf> > [consulta: 16 julio 2014]

1.2.1 Órgano competente para aplicar la normativa de libre competencia en sectores regulados

1.2.1.1. Experiencia en el Derecho Comparado

En un informe²⁶ respecto a los modelos normativos de competencia, elaborado el año 2010 por Naciones Unidas se señala que los países han elegido diferentes aproximaciones para construir una política coherente entre los sectores regulados y las autoridades de competencia²⁷. En cuanto al diseño institucional, indica que puede distinguirse entre tres tipos de Estados: (i) aquellos que tienen un modelo de agencia integrada; (ii) aquellos que tienen entidades de cumplimiento con distribuciones específicas de competencias y; (iii) aquellos que tienen entidades de cumplimiento distintas sin una expresa distribución de competencias. De manera ejemplificativa se expondrá la realidad de tres países que se ajustan a dicha clasificación: España, Reino Unido y Sudáfrica.

²⁶ UNCTAD 2000. Ley tipo de defensa de la competencia, cap.VII [pdf] <<http://unctad.org/es/docs/tdrbpconf5d7.sp.pdf> > [consulta: 16 julio 2014]

²⁷ “Algunos estatutos, entre ellos los de Kenia, Hungría, Pakistán y Seychelles, y el Tratado de la UE, no distinguen entre la propiedad estatal y la privada. Las leyes de defensa de la Libre Competencia de Brasil y Perú señalan expresamente que son aplicables a toda persona o entidad, sea pública o privada” (traducción libre). FOX, E., y HEALEY, D. 2013. When the state harms competition- the role for competition law. New York University Law and Economics Working Papers (336), p.11.

1.2.1.1.1. Ejemplo de agencia integrada: España

La ley N°3/2013 que crea la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia²⁸, unificó en un solo organismo llamado Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC"), a la anterior Comisión Nacional de la Competencia ("CNC"), junto con seis reguladores sectoriales que hasta ese momento eran independientes: Comisión Nacional de Energía, Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional del Sector Postal, Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, Consejo Estatal de Medios Audiovisuales y Comité de Regulación Ferroviaria.

Entre los motivos que justificaron la modificación del sistema se encontró, en primer lugar, la necesidad de seguridad jurídica y confianza institucional, lo que se consideró se obtendría con disposiciones claras y una institucionalidad seria que permitiera que los agentes económicos se desenvolviesen conociendo los criterios de la autoridad. Se estimó que la dispersión de entidades con facultades para supervisar una misma actividad económica generaba duplicidades de control innecesarias y decisiones contradictorias en los asuntos. Segundo, se pretendió aprovechar las economías de escala derivadas de actividades administrativas similares o idénticas y los conocimientos y experiencia comunes. Finalmente, se indicó que era necesaria una respuesta

²⁸ ESPAÑA. Jefatura del Estado. 2013. Ley 3/2013: Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, junio 2013.

institucional frente al progreso tecnológico, lo que requería una regulación y supervisión conforme a una visión integrada de la materia.

En razón de lo anterior, se dispuso como objeto de la CNMC “garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, transparencia y la existencia de una competencia en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios”²⁹. Respecto a las funciones y competencias que venían desempeñando los reguladores sectoriales, una parte debió ser ejercida por la nueva CNMC, y otra más relacionada con materias administrativas, asumida por la Administración central. Este sistema de distribución de funciones, que integró a la autoridad de competencia con los reguladores sectoriales, fue una organización novedosa en la Unión Europea, pudiendo mencionarse sólo a Holanda como un sistema similar.

Dentro de las funciones de la CNMC podemos distinguir aquellas que son de carácter general, que tienen por objeto preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, de aquellas que se asignan de modo particular en cada uno de los sectores específicos³⁰. En cuanto a las primeras³¹, consisten principalmente en:

- (i) Supervisar y controlar todos los mercados.
- (ii) Realizar labores de arbitraje y resolución de conflictos.

²⁹ Artículo 1.2 de la ley N° 3/2013.

³⁰ Los artículos 6 al 12 de la ley N°3/2013 regulan las funciones específicas que corresponde a la CNMC en los mercados de comunicaciones electrónicas, sector eléctrico y del gas natural, postal, de comunicación audiovisual, aeroportuario y ferroviario.

³¹ Reguladas en el artículo 5 de la ley N°3/2013.

(iii) Aplicar la ley de defensa de la competencia N°15/2007 en cuanto a abusos de posición de dominio, control de concentraciones económicas y ayudas públicas.

(iv) Aplicar los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y su Derecho derivado³².

³² “Artículo 101 (antiguo artículo 81 TCE)

1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”.

Artículo 102 (antiguo artículo 82 TCE) Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

(v) Adoptar medidas y decisiones para aplicar mecanismos de cooperación y asignación de expedientes con la Comisión Europea y otras comisiones nacionales de competencia de los Estados miembros de la misma.

(vi) Promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, así como informes generales sobre sectores económicos.

(vii) Actuar como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos, en especial, ser consultada por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, departamentos ministeriales, Comunidades Autónomas, Corporaciones locales, Colegios Profesionales, Cámaras de Comercio y Organizaciones Empresariales y de Consumidores y Usuarios. Dentro de esta función destaca su participación en el proceso de elaboración de normas, mediante la emisión de un informe, en aquellos casos que se encuentren dentro de su ámbito de competencias.

(viii) Impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo y

d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados³³.

(ix) Inspeccionar empresas y asociaciones de empresas³⁴.

(x) Requerir información a cualquier persona natural o jurídica u organismos de la Administración Pública³⁵.

(xi) Ejercer potestades sancionatorias³⁶.

(xii) Dictar disposiciones de desarrollo y ejecución de leyes, reales decretos y órdenes ministeriales que se aprueben en relación con los sectores sometidos a su supervisión cuando le habiliten expresamente para ello, las que serán vinculantes para los sujetos afectados por su ámbito de aplicación³⁷.

A pesar de seguir un modelo de agencia integrada, la normativa igualmente diferencia ámbitos en cuanto al funcionamiento de la CNMC, pues sus órganos de gobierno son el Consejo y el Presidente. El primero, se conforma por dos salas, una que se encarga de temas de competencia y otra de la supervisión regulatoria. Además existen cuatro direcciones de instrucción: de Competencia, de Telecomunicaciones, de Energía, y de Transportes y sector

³³ Esta facultad se analizará de manera particular al tratar la segunda interrogante a resolver.

³⁴ Artículo 27 de la ley N°3/2013.

³⁵ Artículo 28 de la ley N°3/2013.

³⁶ El artículo 29 de la misma ley dispone que de todos modos, se garantiza una separación funcional entre la fase instructora que corresponde al personal de la dirección correspondiente y la resolutoria que corresponderá al Consejo.

³⁷ Artículo 30 de la ley N°3/2013.

postal, a cada una de las cuales corresponde la instrucción de los expedientes relativos a las materias del área respectiva.

1.2.1.1.2. Ejemplo de entidades distintas con reglas de distribución de competencias: Reino Unido

En Reino Unido, existe tanto autoridad de libre competencia, como autoridades sectoriales, por lo que se pueden generar superposiciones de funciones. Las autoridades sectoriales a las que se hace mención son las relacionadas con telecomunicaciones (*Office of Communications* “Ofcom”), salud (Monitor), gas y electricidad (*Office of Gas and Electricity Market* “Ofgem”), servicio de agua (*Office of Water Services* “Ofwat”), sector aéreo (*Civil Aviation Authority* “CAA”) y sector ferroviario (*Office of Rail Regulation* “ORR”), además de la autoridad reguladora del norte de Irlanda para los asuntos de agua, gas y electricidad (*North Ireland Authority for Utility Regulation* “NIAUR”). Por su parte, la actual autoridad de libre competencia es la *Competition and Market Authority* (CMA). Esta última fue creada por la *Enterprise and Regulatory Reform Act 2013* y entró en funcionamiento en abril de 2014, recibiendo las funciones de la *Office of Fair Trading* (OFT) y de la *Competition Commission*.

La autoridades sectoriales mencionadas tienen atribuciones que en ciertos casos concurren con las funciones de la CMA, tales como velar por el

cumplimiento de los artículos 101 y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de la *Competition Act 1998*, para hacer investigación de ciertos mercados y en cuanto a denuncias en el marco de la *Enterprise Act 2002*. La actual regulación³⁸ pretende que en los casos de competencia exista un enfoque más coherente y que los reguladores sectoriales puedan proceder de manera adecuada en sus áreas específicas³⁹, considerando la normativa de libre competencia. Por lo mismo, como se verá, se promueven los intercambios de información entre CMA y los reguladores sectoriales, se permite que sea CMA la que decida -en caso de superposición de facultades- quién conocerá del asunto, previa consulta al regulador sectorial implicado, y además, se permite que, en determinadas circunstancias, tome el caso que un regulador está conociendo de manera simultánea.

Para cumplir lo anterior, la normativa prevé que aquella autoridad que reciba información respecto a cualquier conducta que pueda configurar una infracción a la parte I de la *Competition Act 1998*⁴⁰ deba enviarla a cualquier otra autoridad de las ya indicadas, que estime competente⁴¹. Además si alguna autoridad decide ejercer sus funciones en relación a la parte I de la *Competition Act 1998* y considera que existen otras autoridades con competencia

³⁸ REINO UNIDO. Secretaría de Estado. 2014. Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2014, abril 2014.

³⁹ REINO UNIDO. United Kingdom Competition Network. 2013. Statement of Intent [pdf] <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/382445/UKCN_Statement_of_Intent.pdf> [consulta: 03 marzo 2015]

⁴⁰ En específico, se refiere a infracciones a los capítulos I y II de la Competition Act 1998, relativos respectivamente a acuerdos y abuso de posición dominante, así como a los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁴¹ Artículo 3 Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2014.

concurrente, debe informarles por escrito de su intención. Las autoridades competentes involucradas deben decidir de común acuerdo quién conocerá del asunto y la CMA deberá informarlo por escrito al resto de las autoridades que tienen competencia sobre el caso⁴². Por el contrario, si no logran llegar a acuerdo en un tiempo razonable, la CMA notificará a todas las autoridades competentes que está intentando determinar quién es la persona competente para el caso particular. Las autoridades competentes pueden hacer presentaciones por escrito dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación. La CMA debe, dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación, determinar quién conocerá del caso e informar esto al resto de las autoridades competentes, señalando la fecha de su decisión y las razones que la justifican. Asimismo, la CMA puede decidir ejercer las funciones por sí misma si está convencida de que así puede fomentar la promoción de la competencia en beneficio de los consumidores⁴³.

Sin perjuicio de lo anterior, si entre las autoridades competentes se encuentra Monitor, la CMA debe asignarle el asunto a dicha entidad, salvo que tenga el convencimiento que el caso no se refiere a la prestación de servicios de salud garantizados⁴⁴.

⁴² Artículo 4 Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2014.

⁴³ Artículo 5 Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2014.

⁴⁴ Se denominan National Health Services (NHS) y son ciertas prestaciones mínimas cubiertas por el sistema de salud inglés. Para más información ver <http://www.nhs.uk/NHSEngland/thenhs/about/Pages/overview.aspx>

Ninguna autoridad competente puede comenzar a conocer de un caso en que exista concurrencia de competencia de la forma ya enunciada, sin antes haberse celebrado un acuerdo entre las autoridades competentes, o sin que haya tomado su decisión la CMA según el procedimiento descrito. Asimismo, una vez determinada la autoridad competente, ninguna otra puede conocer del asunto⁴⁵, salvo que la autoridad determinada como competente y otra autoridad acuerden la transferencia del caso. Para ello, previamente se debe notificar dicha propuesta de transferencia a todos aquellos que pudieran verse afectados por la decisión y se debe dar un plazo de diez días hábiles para que hagan presentaciones por escrito. Las autoridades deben tomar la decisión teniendo en consideración las observaciones que se les hayan realizado y si aun así deciden la transferencia, deben informarlo a las mismas personas por escrito, indicando las razones que justifican la decisión y la fecha en que se realiza la transferencia de funciones⁴⁶.

Además, la CMA puede decidir transferirse a sí misma el conocimiento de un caso si está convencida que así puede fomentar la promoción de la competencia en beneficio de los consumidores, o si la autoridad que está conociendo el asunto es Monitor y el caso no se refiere a la prestación de servicios de salud garantizados. La decisión la toma siguiendo el mismo procedimiento enunciado en el párrafo anterior. Esta atribución de la CMA tiene además otra limitación, ya que no puede ejercerla si es que la autoridad

⁴⁵ Artículo 6 Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2014.

⁴⁶ Artículo 7 Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2014.

competente que está conociendo ya ha dado noticias de que adoptará una decisión en la materia⁴⁷.

Asimismo, la regulación de Reino Unido contempla la cooperación entre las autoridades competentes. Una muestra de ello consiste en que cada autoridad competente debe establecer mecanismos para compartir con otras autoridades competentes información de casos respecto de los cuales existan funciones concurrentes. Establece un listado⁴⁸, cuya regla de clausura señala que se debe compartir toda otra información que estando en poder de la autoridad competente, puede razonablemente ser requerida para facilitar el ejercicio de sus funciones bajo la *Competition Act 1998*.

Otra forma de colaboración consiste en que la autoridad competente que está conociendo del asunto puede nombrar a un funcionario dependiente de otra autoridad competente como su oficial en el caso determinado, siempre que cuente con la autorización de la autoridad competente de la que dicho funcionario depende⁴⁹.

⁴⁷ Artículo 8 Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2014.

⁴⁸ Artículo 9 Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2014.

⁴⁹ Article 10 Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2014.

1.2.1.1.3. Ejemplo de entidades distintas sin distribución expresa de competencias: Sudáfrica

La *Competition Act* de Sudáfrica⁵⁰ asume la situación de coexistencia entre la autoridad de competencia y los reguladores sectoriales, obligando a que, en caso de que las jurisdicciones de estos sean concurrentes, se procedan a negociar acuerdos entre ellos, denominados “memorandums of understanding” (MoU). Esto se desprende de la comprensión conjunta de lo dispuesto en el artículo 3 de la *Competition Act* que establece el ámbito de aplicación de la ley⁵¹, el artículo 21 que se refiere a las funciones de la *Competition Commission*⁵² y la disposición 82 que menciona la regulación de las relaciones con otros organismos⁵³, todas normas del mismo cuerpo normativo.

⁵⁰ SUDÁFRICA. Office of the President. 1998. Act N°89: Competition Act. 30 de octubre.

⁵¹ “3. Aplicación de la Ley

(1) Esta Ley aplica a toda actividad económica dentro de, o que tenga un efecto dentro de, la República, salvo -

(1A) (a) Cuando esta Ley aplique a una industria, o sector de alguna industria, que esté sujeta a la jurisdicción de otra autoridad reguladora, que a su vez tenga jurisdicción con respecto a la conducta regulada en los capítulos 2 y 3 de esta Ley, esta Ley se debe interpretar como que establece jurisdicción concurrente en relación a dicha conducta.

(b) La manera en que la jurisdicción concurrente se ejerce, en relación a esta Ley y cualquier otra regulación pública, debe ser manejada, en lo posible, de acuerdo con cualquier acuerdo aplicable realizado bajo los términos de las secciones 21(1)(h) y 82(1) y (2)” (traducción libre).

⁵² “21. Funciones de la Comisión de Libre Competencia:

(h) negociar acuerdos con cualquier autoridad reguladora para coordinar y armonizar el ejercicio de la jurisdicción sobre temas de Libre Competencia dentro de la industria o sector pertinente, y garantizar la aplicación consistente de los principios de esta Ley;

(i) participar en los procedimientos de cualquier autoridad reguladora;

(j) asesorar a y recibir asesoría de cualquier autoridad reguladora;

(k) con el tiempo, revisar la legislación y regulaciones públicas, e informar al ministerio correspondiente sobre cualquier disposición que permita conductas anticompetitivas; y

(l) ocuparse de cualquier otro asunto que el Tribunal le haya encargado” (traducción libre).

⁵³ “82. Relaciones con otras entidades:

(1) Una autoridad reguladora que, en relación a cualquier regulación pública, tenga jurisdicción sobre las conductas reguladas en los capítulos 2 y 3 en un sector particular -

Se considera que los roles de la autoridad de competencia y los reguladores sectoriales son esencialmente complementarios, asimismo:

“Otro aspecto muy importante del compromiso de la Comisión con los departamentos gubernamentales, y con el Parlamento, es realizar observaciones y entregas con respecto a leyes y normas. En dichas entregas la Comisión generalmente busca utilizar su experiencia para hacer comentarios sobre los efectos en la competencia, incluyendo las consecuencias involuntarias que pudiesen surgir”⁵⁴ (traducción libre).

Se han celebrado MoU entre la Comisión y los reguladores de comunicaciones, energía, correos y alcoholes. Sin embargo, los conflictos son inevitables en ausencia de una clara delimitación del alcance de las respectivas jurisdicciones. Por ejemplo, con el sector de telecomunicaciones (Independent Communications Authority of South Africa “ICASA”), la Comisión llegó a un acuerdo el año 2002, en el que previó tratar en conjunto las aprobaciones de

(a) debe negociar acuerdos con la Comisión de Libre Competencia, según lo estipulado en la sección 21(1)(h); y (b) con respecto a materias particulares dentro de su jurisdicción, puede ejercerla por medio de dicho(s) acuerdo(s).

(2) Las subsecciones (1)(a) y (b), leídas con los cambios requeridos por el contexto, se aplican a la Comisión de Libre Competencia.

(3) Además de los asuntos contemplados en la sección 21(1)(h), los acuerdos en relación a la subsección (1) deben: (a) identificar y establecer procedimientos para abordar las áreas de jurisdicción concurrente, (b) promover la cooperación entre la autoridad reguladora y la Comisión de Libre Competencia;

(c) mantener el intercambio de información y la protección de información confidencial; y
(d) ser publicados en el Diario Oficial.

(4) El Presidente también puede asignar a la Comisión de Libre Competencia cualquier deber de la República, con respecto a algún acuerdo internacional relacionado con el propósito de esta Ley, para intercambiar información con una entidad extranjera similar” (traducción libre).

⁵⁴ SUDÁFRICA. Competition Commission and Competition Tribunal. 2009. Unleashing Rivalry 1999-2009, South Africa [pdf], p.75 <<http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2014/09/10year.pdf>> [consulta: 21 noviembre 2014]

presentaciones relativas a fusiones y las alegaciones realizadas por actores de la industria de telecomunicaciones; establecer un Comité de trabajo conjunto encargado de manejar y facilitar la cooperación y realizar las consultas al regulador que corresponda según la materia, compartir los recursos e información necesarios para llevar a cabo el acuerdo y normas de confidencialidad. No obstante, aún se generan dificultades porque la *Telecommunications Act* ha delineado de forma muy ambigua los roles, de modo que “[l]a interacción entre la Comisión de Libre Competencia y la Autoridad Independiente de Comunicaciones de Sudáfrica (ICASA) está lejos del ideal, por lo que tiene importantes repercusiones en la competencia en el sector de las telecomunicaciones, ya que permite la selección de un foro de conveniencia y que los reguladores eviten o se transfieran las responsabilidades entre sí para maximizar la competencia en el sector”⁵⁵ (traducción libre).

1.2.1.1.4. Conclusión parcial

De lo expuesto, queda en evidencia que existen diversas soluciones en derecho comparado para determinar a qué autoridad le corresponde aplicar la normativa de libre competencia. En España, se ha optado por una agencia integrada, con el objetivo de mantener una visión uniforme, evitar decisiones

⁵⁵ KHOSA, M. 2009. The Interplay of sector regulators and competition authorities in regulating competition in telecommunications: the South African case. P. 103 [en línea] <<http://uir.unisa.ac.za/handle/10500/3576>> [consulta: 30 junio 2014]

contradictorias y duplicidad de funciones innecesarias, además de aprovechar la experiencia y conocimientos comunes, teniendo a la libre competencia como un eje o principio transversal a los distintos sectores regulados. En oposición, en Reino Unido se ha optado por un modelo radicalmente distinto, en el que existen entidades sectoriales con funciones concurrentes con la CMA para aplicar la normativa de libre competencia, pero que no sólo contempla un procedimiento para resolver los eventuales conflictos que pudieran generarse en los casos concretos, sino que además, reconoce la importancia que tiene la coordinación y colaboración entre las distintas entidades, para lo que prevé obligaciones de compartir información e incluso utilizar funcionarios dependientes de otra autoridad competente. Como modelo intermedio se encuentra el sistema sudafricano, en el que al igual que Reino Unido, existen autoridades sectoriales que concurren con las de libre competencia, pero que a diferencia de esa realidad, no contempla a nivel normativo una delineación clara de roles. Con todo, igualmente se promueven políticas colaborativas, ya que son las propias autoridades involucradas las que a través de acuerdos, deben determinar cómo se solucionan los casos de concurrencia de funciones. Además, es relevante destacar que tanto la Competition Commission sudafricana, como la CNMC de España tienen facultades para participar y realizar comentarios respecto a las implicancias que la legislación o regulación sectorial puede generar en los mercados.

En definitiva, los modelos son diversos, cada uno tiene ventajas y desventajas, sin que ninguno sea un sistema perfecto. Sin embargo, la importancia del sistema elegido va a tener repercusiones en la segunda interrogante planteada y que se responderá *infra*, a saber, si las normas de libre competencia son aplicables o no a los OAE. Así, no es baladí el diseño institucional de un país y las funciones que se asignan a cada entidad y la respuesta a dicha pregunta.

1.2.1.2. Experiencia en el Derecho Chileno

En Chile, se ha optado por una institucionalidad de defensa de la competencia con un diseño particular si se consideran los sistemas de derecho comparado, compuesto principalmente por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Fiscalía Nacional Económica. El primero, es un órgano independiente, fiscalizado por la Corte Suprema, con facultades jurisdiccionales y administrativas, que se compone por abogados y economistas, al que se le encarga prevenir, corregir y sancionar los atentados contra la libre competencia⁵⁶ a través de las atribuciones y deberes establecidos en el artículo 18 del DL N°211. La FNE, por su parte, es un servicio público descentralizado e independiente, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la

⁵⁶ El artículo 5 del DL N° 211 lo define como “un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia”.

supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, y encabezada por el Fiscal Nacional Económico, quien debe ejercer las funciones indicadas en el artículo 39 de la misma ley, en especial, y entre otros, el de formular requerimientos ante el TDLC en representación del interés público.

Asimismo, existen numerosos órganos sectoriales regulados por normativas especiales que tienen facultades normativas, interpretativas, fiscalizadoras, supervisoras, consultivas, decisorias y/o sancionatorias. Entre estos órganos sectoriales destacan ciertos servicios como el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC); Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN)⁵⁷, Servicio de Impuestos Internos (SII)⁵⁸; Servicio Nacional de Aduanas⁵⁹; Servicio de Registro Civil e Identificación (SRCI)⁶⁰; Municipalidades; Ministerio de Obras Públicas (MOP)⁶¹; Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT) con sus respectivas Subsecretarías de Transporte (Subtrans)⁶² y Telecomunicaciones (Subtel)⁶³; instituciones como superintendencias, Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF)⁶⁴; Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO)⁶⁵; Superintendencia de

⁵⁷ <http://www.sernageomin.cl/gobiernotransparente/potestades.html>

⁵⁸ <http://www.sii.gob.cl/transparencia/pcrfato.html>

⁵⁹ <http://www.aduana.cl/transparencia/potestades.html>

⁶⁰ <https://www.registrocivil.cl/PortalOI/transparencia/potestades.html>

⁶¹ <http://transparencia.mop.cl/marco/potestades.html>

⁶² <http://www.subtrans.gob.cl/transparencia/2015/Septiembre/potestades.html>

⁶³ <http://www.subtel.gob.cl/transparencia/potestades.html>

⁶⁴ http://www.sbif.cl/sbiftransparente/potestad_competencias.html

⁶⁵ <http://info.suseso.cl/PortalWEB/GTransparente/potestades.html>

Valores y Seguros (SVS)⁶⁶; Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)⁶⁷; Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS)⁶⁸; Superintendencia de Salud⁶⁹; Superintendencia de Casinos de Juego (SCJ)⁷⁰; Superintendencia de Pensiones (SP)⁷¹; Superintendencia del Medio Ambiente (SMA)⁷²; Superintendencia de Educación Escolar⁷³; Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento⁷⁴; y, Consejo Nacional de Televisión (CNTV)⁷⁵, entre otros.

De forma que, el sistema adoptado por el ordenamiento jurídico chileno ha preferido la creación de entidades distintas con distribución de competencias, quedando limitado el ámbito de acción de cada uno de los organismos por la norma que los crea y sobre todo en atención al bien jurídico que cada uno de ellos está llamado a amparar, pero sin hacer referencia a nivel normativo respecto a cómo conviven las autoridades sectoriales con las de competencia. De modo que, frente a unos mismos hechos pueden presentarse órganos estatales con competencias concurrentes, pero teniendo en vista cada uno, las funciones públicas que la ley que los crea les encomienda cumplir. No existe un procedimiento regulado para la generalidad de los casos en que pueden generarse concurrencias o superposiciones, como sí ocurre en algunos casos

⁶⁶ <http://www.svs.cl/transparencia/potestades.html>

⁶⁷ <http://www.sec.cl/transparencia/potestades.html>

⁶⁸ <http://www.siss.gov.cl/transparencia/normativa/pcom.html>

⁶⁹ <http://www.supersalud.gob.cl/transparencia/potestades.html>

⁷⁰ <http://www.scj.cl/transparencia/potestades.html>

⁷¹ <http://www.safp.cl/transparencia/potestades.html>

⁷² <http://www.sma.gob.cl/transparencia/potestades.html>

⁷³ <http://gobta.supereduc.cl/potestades.html>

⁷⁴ http://www.superir.gob.cl/transparencia/normativa_a7b.html

⁷⁵ <http://www.srcei.cl/PortalOI/transparencia/potestades.html>

en el Derecho Comparado, quedando el control de sus potestades y funciones al órgano cuya intervención se reclama. Esto en la práctica puede generar una distorsión del sistema y un abuso de parte de los sujetos regulados, los que en el caso concreto pueden analizar según la conveniencia del asunto, a qué autoridad recurrir para resolver un asunto, situación conocida como “*forum shopping*”⁷⁶⁻⁷⁷.

Ahora bien, pese a que nuestro ordenamiento jurídico no contempla un procedimiento para la generalidad de las eventuales superposiciones entre las autoridades de libre competencia y los OAE, sí existen casos en que se contemplan expresamente ciertos grados de interacción, como por ejemplo, en la regulación que hace el DL N°211 de las facultades del TDLC para realizar proposiciones normativas o emitir informes a solicitud de determinados órganos de la Administración, o la posibilidad de que la FNE pueda solicitar información y celebrar convenios de colaboración con OAE, entre otras. En estas interacciones se ahondará *infra*.

⁷⁶ “Cuando varios tribunales tienen jurisdicción concurrente sobre las demandas de un requirente, éste puede buscar un foro de conveniencia, o seleccionar el tribunal que tratará sus demandas de manera más favorable” (traducción libre). CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. 2015. Legal Information Institute. [en línea] <https://www.law.cornell.edu/wex/forum_shopping> [consulta: 4 marzo 2015]. Mismo concepto puede ser utilizado cuando existen autoridades con competencias concurrentes, independiente de si tienen o no carácter jurisdiccional.

⁷⁷ Ante los mismos hechos se podría acudir, por ejemplo, ante el TDLC, el Tribunal de Contratación Pública y/o la Contraloría General de la República.

1.2.2. Aplicación de las normas de libre competencia a los OAE

1.2.2.1. Solución del asunto en el Derecho Comparado⁷⁸

1.2.2.1.1. Experiencia Española

La ley N°15/2007 de Defensa de la Competencia en España (“LDC”)⁷⁹ indica en su artículo 4.1 que las prohibiciones derivadas de normas de libre competencia no se aplicarán a conductas que resulten de la aplicación de una ley especial. De aquí se extraen dos conclusiones: primero, que la norma eximente debe tener el rango de ley y, segundo, ha de conducir al operador económico a actuar en contra de las previsiones de la LDC (la conducta restrictiva debe resultar de la aplicación de la ley). Por su parte, el artículo 4.2 dispone que las prohibiciones contempladas por el capítulo I⁸⁰ se apliquen a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.

Por lo demás, el artículo 13.2 señala que sin perjuicio de las facultades de la Comisión Nacional de la Competencia⁸¹, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar jurisdiccionalmente aquellos actos de las administraciones públicas autonómicas o locales y

⁷⁸ Véase: FOX, E., y HEALEY, D. 2013. When the state harms competition- the role for competition law. New York University Law and Economics Working Papers (336), p.20.

⁷⁹ ESPAÑA. Jefatura del Estado. 2007. Ley 15/2007: Defensa de la Competencia, julio 2007.

⁸⁰ Capítulo I “De las conductas prohibidas”.

⁸¹ Esta referencia debe entenderse referida ahora a la CNMC como sucesora de la Comisión Nacional de la Competencia.

disposiciones generales de rango *infra* legal de los que deriven obstáculos al mantenimiento de una efectiva competencia en los mercados. Esto es reafirmado por la función que se atribuye a la CNMC por el artículo 5.4 de la ley que la crea: “En cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente de los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”.

En virtud de la facultad antes indicada, en el derecho español se podría impugnar ante un órgano jurisdiccional el ejercicio de potestades administrativas que supusiesen o contuviesen obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados⁸². El Tribunal Supremo ha sostenido que: “Ni el ejercicio de funciones públicas exime a un Colegio Profesional -ni a la Administración Pública en general- de su sometimiento a la legislación de defensa de la competencia, ni la habilitación legal con que necesariamente actúan las Administraciones Públicas o las entidades que ejerzan funciones

⁸² Estos actos administrativos pueden impugnarse por la CNMC o las autoridades autonómicas según sea el caso, ante el tribunal contencioso-administrativo que corresponda acorde a la ley N° 20/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo).

públicas implica, por su sola existencia, la aplicación del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia”⁸³.

Como se indicó, hasta el año 2013 dicha facultad recaía en la Comisión Nacional de la Competencia, pero ésta la ejerció con mucha cautela, lo que a juicio de algunos autores⁸⁴ se explica porque en sus primeros años este órgano prefirió centrarse en la emisión de opiniones y recomendaciones no vinculantes, con un afán pedagógico o explicativo respecto a los efectos en los mercados de las actuaciones administrativas, para consolidar su autoridad y luego dar paso al ejercicio de atribuciones más agresivas. Además, para evitar el agotamiento del instrumento se habría preferido ejercerla sólo en aquellos casos en que existieran altas posibilidades de un pronunciamiento favorable, a lo que se suma la dificultad técnico-jurídica en cuanto al alcance del precepto que requiere de un “obstáculo” a la competencia efectiva. No obstante, para los mismos autores, “[s]i bien en principio podría parecer que el análisis del grado de restricción de la competencia que se deriva del ejercicio de potestades administrativas recae dentro de los juicios de oportunidad que merecen los comportamientos desarrollados dentro del margen de discrecionalidad administrativa, y por tanto no es un análisis de adecuación a derecho de la actuación de las Administraciones, en la actualidad tal percepción debe

⁸³ ESPAÑA. Tribunal Supremo. 2010. STS N°2063/2010, 26 de abril.

⁸⁴ ESPINOSA, J. y CONTRERAS, J. 2010. Promoción de la Competencia y ayudas públicas. Anuario de la Competencia. (1): 151-174.

desecharse. Además del valor del art. 38 de la Constitución Española (CE)⁸⁵ como principio nuclear y transversal del ordenamiento jurídico, que debe interpretarse sistemáticamente en relación con cualesquiera otras normas de las que dimanen las competencias administrativas habilitantes para la actuación concreta de la Administración en cuanto a la justificación y proporcionalidad de dichas actuaciones, debemos tener en cuenta que, crecientemente, existen normas con rango de Ley que incorporan a nuestro ordenamiento jurídico la obligación expresa de someter la acción normativa a un juicio de justificación de necesidad y de ponderación de su proporcionalidad, suponiendo en contrario la consecuencia de la ilegalidad de su actuación⁸⁶. En definitiva, como en España existe una economía de mercado, la norma constitucional contenida en el artículo 38 mandata la labor de garantizar y proteger la libertad de empresa a los poderes públicos.

Por su parte, Alfredo González-Panizo también concuerda con la aplicación de las normas de competencia a los actos administrativos en el derecho español, al sostener que “La ley de Defensa de la Competencia ha puesto a disposición de la CNC diversos instrumentos para supervisar la actividad de las Administraciones públicas. Ello es así en la medida en que el legislador ha considerado que éstas, tanto cuando actúan como operadores económicos

⁸⁵ El artículo 38 de la Constitución de España dispone que “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. ESPAÑA. Cortes Generales. 1978. Constitución española. Boletín Oficial del Estado N°311, 29 de diciembre.

⁸⁶ ESPINOSA, J. y CONTRERAS, J. 2010. Promoción de la Competencia y ayudas públicas. Anuario de la Competencia. (1): 151-174, p.166.

como cuando lo hacen como reguladores de la actividad económica, pueden afectar o condicionar con sus decisiones la libre competencia en los mercados y que la CNC, en ejercicio de sus competencias, debe velar porque éstas cumplan los fines públicos que tienen encomendados sin ocasionar distorsiones en el libre funcionamiento del mercado”⁸⁷. La diferencia recae en que cuando el órgano público actúa como operador económico se somete a la potestad sancionatoria que antes ejercía la CNC y ahora ejerce la CNMC, en cambio, si lo hace en ejercicio de potestades públicas, su revisión corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. En ambos casos, el límite al control está dado por los actos que la Administración realice amparada en una ley que establezca restricciones a la competencia. En otros términos, la Administración también está sometida⁸⁸ en general a las prohibiciones de la Ley de Defensa de la Competencia , salvo que sus actos gocen del respaldo, amparo o cobertura explícita de otra norma del mismo rango.

⁸⁷ GONZÁLEX-PANIZO, A. 2010. Legitimación Activa de la CNC para el ejercicio de acciones jurisdiccionales: objeto, motivos de impugnación y pretensiones ejercitables. Anuario de la Competencia. (1): 115-132, p.116.

⁸⁸ Misma opinión sostiene José Antonio Rodríguez Míguez: “Las Administraciones Públicas, cuando actúan como Poder Público, en su dimensión de reguladores de la actividad económica, asumen también una importante responsabilidad, pues al dictar normas o adoptar actos administrativos deben esforzarse porque el equilibrio de intereses (generales) que deben presidir su actuación, tengan en consideración los valores de la competencia y las eventuales restricciones que deriven de ellas respondan a los principios de necesidad y proporcionalidad, evitando que contribuyan a mantener o reforzar peligrosas situaciones de poder de mercado u obstaculicen, más allá de lo imprescindible, la libre entrada y salida de los mercados, de los operadores económicos”. RODRÍGUEZ, J. 2010. Promoción versus Defensa de la Competencia en España: una visión de conjunto [pdf] Revista Derecho. 19(2): 51-98 <https://dspace.usc.es/bitstream/10347/7951/1/pg_053-100_dereito19-2.pdf> [consulta: 24 noviembre 2014]

Una muestra de cómo se ha tratado el asunto en el derecho español se observa en una resolución de la CNC del año 2009, que condenó al Servicio de Salud de Castilla- La Mancha por acordar con un Colegio de farmacéuticos turnos rotatorios para el suministro a los centros sanitarios públicos y privados que forman parte del Sistema Nacional de Salud, lo que se estimó constituía un reparto del mercado, por lo que se ordenó a la autoridad que por una parte, se abstuviera en el futuro de repetir la actuación y, por otra, que publicara la sentencia, pudiendo aplicársele una multa por cada día de retraso en el cumplimiento⁸⁹.

⁸⁹ “PRIMERO.- Declarar la existencia de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (LDC), de la que serían autores el Servicio de Salud de Castilla- La Mancha (SESCAM) y el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha, consistente en acordar que los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha establecerán, entre las oficinas de farmacia que lo deseen, turnos rotatorios para el suministro directo a los centros socio sanitarios públicos y privados de la prestación farmacéutica incluida en el Sistema Nacional de Salud.

SEGUNDO.- Intimar al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) y al Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha para que en el futuro se abstengan de realizar dicha conducta prohibida.

TERCERO.- Ordenar al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) y al Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte dispositiva de la misma en las páginas de información económica de dos diarios de información general de mayor circulación, uno de ámbito nacional y otro en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. En caso de incumplimiento se impondrá a cada uno de ellos una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

Asimismo, ordenar al Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha la comunicación de esta Resolución a todos los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha, con el objeto de que sea objeto de difusión cierta entre todas las oficinas de farmacia.

CUARTO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución”. ESPAÑA. Comisión Nacional de la Competencia. 2009. Expediente N° 639/08, 14 de abril.

1.2.2.1.2. Experiencia en Reino Unido

En el año 2004, la OFT⁹⁰-autoridad de libre competencia existente a esa fecha- afirmó que si un órgano público actuaba como comprador de bienes o servicios en un mercado determinado, sin estar involucrado en la prestación directa de los bienes o servicios en ese mercado o en uno relacionado, entonces no estaba sometido a la ley de competencia. Ahora bien, si el órgano público compraba y proporcionaba directamente bienes o servicios con fines no económicos (sociales, medioambiente o seguridad nacional) no estaba dilucidado –a esa fecha- si se encontraba sujeto o no a las disposiciones de dicha ley. En base a esto, la OFT afirmó que se trataba de un aspecto poco claro, en estado de desarrollo, por lo que parecía preferible usar mejor de sus recursos en otras materias, a la espera de una resolución a nivel normativo. Luego, en la publicación *“Government in markets. Why competition matters- a guide for policy makers”*⁹¹, la OFT se refirió a las formas de intervención gubernamental en los mercados y los instrumentos utilizados y afirmó que si un acto afectaba negativamente la competencia en un mercado, el regulador debía considerar qué opciones alternativas existían, que permitieran obtener los

⁹⁰ REINO UNIDO. Office of Fair Trading. 2011. Public Bodies and competition law: A guide to the application of the Competition Act 1998 [en línea] <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284407/OFT1389.pdf> [consulta: 27 septiembre 2015]

⁹¹ REINO UNIDO. Office of Fair Trading. 2009. Government in markets: Why competition matters- a guide for policy makers. [pdf] Londres, Reino Unido. <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284451/OFT1113.pdf> [consulta: 27 septiembre 2015]

mismos objetivos de política pública, pero que generaren menores efectos perjudiciales en las industrias.

Luego, la OFT dictó una guía⁹² que se refirió en específico a la aplicación de la ley de competencia a los organismos públicos en el año 2011 y en ella estableció los criterios a los que hay que atenerse al realizar el análisis. La *Competition Act de 1998*, al establecer las conductas prohibidas (acuerdos anticompetitivos y abuso de posición dominante), hace alusión al sujeto pasivo con el vocablo “*undertakings*”, es decir, se refiere a empresas. Sin embargo, en el ámbito europeo y en la jurisprudencia inglesa, se estima que la clave está en la naturaleza de la actividad que se está llevando a cabo, más allá de la forma legal que tenga la entidad, de si es pública o privada, o de cómo es financiada, pues se estima que puede ser una empresa para ciertas actividades y no para otras. Es considerada como empresa si realiza una actividad económica, es decir, si suministra un bien o servicio y ese suministro es de naturaleza comercial.

Se distinguen, así, diversas hipótesis respecto a los organismos públicos⁹³:

⁹² REINO UNIDO. Office of Fair Trading. 2011. Public Bodies and competition law: A guide to the application of the Competition Act 1998 [en línea] <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284407/OFT1389.pdf> [consulta: 27 septiembre 2015]

⁹³ Parece interesante rescatar la visión de Okeoghene Odudu, autor británico, en relación a la diferencia que se hace necesaria en la aplicación de la normativa de libre competencia según si se trata del actuar de un agente privado o público, pues hace referencia a ciertos argumentos que también se han esgrimido en el derecho nacional: “El trato diferenciado de autoridades públicas y ciudadanos privados (corporativos) se puede justificar para reflejar los distintos roles que tienen los ciudadanos y el Estado en una democracia constitucional. En esencia, al Estado se le asignan ciertos deberes que solo el Estado puede realizar, para lo que se le otorgan poderes especiales que le permiten realizarlos; dichos poderes se ejercen con un carácter representativo. Los deberes que el Estado asume, el poder disponible para realizarlos y la

- (i) Ejercicio de poderes públicos no sometidos a la normativa de libre competencia. Si un organismo actúa en una función puramente administrativa, sólo regulando la provisión de bienes y servicios en un mercado, no debe considerarse como la realización de una actividad económica, aunque se cobre una tasa⁹⁴.
- (ii) Ejercicio de actividad lucrativa en competencia con privados: es actividad comercial, sujeta a la Competition Act.

manera en que tal poder surge justifican el trato diferencial. El poder público tiene legitimidad democrática, su ejercicio tiene un grado de responsabilidad política, y su existencia y uso se justifican por el interés público. Se asume que el poder público se ejerce en el interés público y, a su vez, el interés público está determinado por la representación democrática.

Cuando el ejercicio del poder público entra en conflicto con los intereses públicos protegidos por ley, se genera un conflicto entre los intereses públicos; uno deriva la legitimidad de la ley, y el otro la legitimidad de la representatividad democrática. El ejercicio del poder público que de cierta manera infrinja algún interés público no se debe tratar igual al ejercicio del poder privado que infrinja ese mismo interés, pues los actores privados no cuentan con la misma legitimidad democrática. El ejercicio del poder público necesita normas procesales distintivas y sustantivas que consideren la naturaleza de la actividad en cuestión, su legitimidad y la asignación adecuada de las tareas entre los tribunales y la legislatura” (traducción libre). ODUDU, O. 2005. The Meaning of Undertaking within 81 EC [en línea] 7 Cambridge Yearbook of European Legal Studies 209-239 <<http://www.law.cam.ac.uk/faculty-resources/summary/the-meaning-of-undertaking-within-article-81-ec-2005-7-cambridge-yearbook-of-european-legal-studies-209-239/7305>> [consulta: 7 septiembre 2014]

⁹⁴ Este criterio ha sido adoptado por el Tribunal de Justicia Europeo en ciertos casos: “Pues bien, en lo que atañe a la eventual aplicación de las normas sobre competencia del Tratado, debe distinguirse entre el supuesto en que el Estado actúa ejerciendo la autoridad pública y el caso en que actúa ejerciendo actividades económicas de carácter industrial o comercial consistentes en ofrecer bienes y servicios en el mercado(16).

De este modo, tal actividad de vigilancia, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que está sujeta, se vincula al ejercicio de prerrogativas relativas a la protección del medio ambiente, que son prerrogativas típicas del poder público. No tienen un carácter económico que justifique la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado (23).

La percepción por parte de los SEPG de una remuneración en concepto de vigilancia preventiva anticontaminación forma parte integrante de su actividad de vigilancia del dominio marítimo del puerto y no puede modificar la calificación jurídica de dicha actividad (24)” EUROPA. TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO. 1997. Asunto C-343/95, 18 de marzo.

(iii) Ejercicio de actividad no lucrativa: puede ser comercial, si es o puede ser provista por privados, dependiendo de lo cual estará o no sujeta a la *Competition Act*.

(iv) Compra de un bien o servicio: puede ser una actividad comercial si es usada para una actividad económica *aguas abajo*.

(v) Ejercicio de actividad de naturaleza completamente social: no es actividad económica, por lo que no se sujeta a la *Competition Act*.

(vi) Servicios de interés económico general o monopolios fiscales: no están sometidos a las prohibiciones en la medida que éstas puedan obstaculizar, de hecho o de derecho, el cumplimiento de sus fines.

(vii) Actividades por requerimiento legal: no se encuentran sometidos a la normativa aquellos acuerdos a que una empresa debe llegar o una conducta que deba realizar para cumplir con una exigencia legal.

(viii) La Secretaría de Estado también puede ordenar determinadas exenciones respecto a la aplicación de la ley de competencia para determinados acuerdos, si es necesario por motivos de orden público o para evitar conflictos con la legislación internacional.

De acuerdo a lo anterior, si un organismo público cabe dentro del concepto de empresa por realizar una actividad económica (en oposición a actividad social), queda sometido a las regulaciones y prohibiciones de la ley de competencia del derecho interno y comunitario, cuya infracción puede generar los siguientes efectos:

- (i) El acuerdo o decisión que produce la infracción será nulo de pleno derecho e inejecutable.
- (ii) Los terceros lesionados, ya sean los competidores, clientes o grupos de consumidores pueden demandar indemnización de perjuicios.
- (iii) Condena a multa de hasta 10% de la facturación anual de la entidad.
- (iv) Las personas que participan en carteles pueden ser condenadas hasta a cinco años de prisión y/o multa.
- (v) Los directores de las empresas infractoras pueden ser sancionados con una inhabilidad para manejar empresas por hasta quince años.

Un caso que ejemplifica lo que se ha venido exponiendo y que refleja que desde hace años en Reino Unido se ha tratado este tema, es el de *Bettercare Group Limited* (“Bettercare”) contra el Director de OFT⁹⁵. Bettercare se dedicaba a la provisión de servicios de residencia y atención de enfermeras

⁹⁵ REINO UNIDO. Competition Appeal Tribunal. 2002. Case N°1006/2/1/01, agosto 2002.

para ancianos a través de dos centros. Por su parte, existía el *North and West Belfast Health and Social Services Trust* (“North and West”), servicio social que contrataba los servicios de Bettercare. El año 2000 esta última presentó un reclamo ante la OFT contra North and West por abuso de posición dominante, basado en que el contrato suscrito con ellas contendría cláusulas abusivas y el precio pagado sería muy bajo. El Director de OFT se negó a investigar basado en que North and West no actuaba como una empresa en los términos contemplados por la normativa interna ni de la Unión Europea. Frente a esto, Bettercare presentó una apelación ante el *Competition Appeal Tribunal*, ya que desde su punto de vista, la denunciada sí actuaba como una empresa, toda vez que ofrecía atención residencial en competencia con proveedores del sector privado, proporcionaba cuidados de enfermería y residenciales en la búsqueda de un beneficio, y que el individuo residente pagaba por los servicios que recibía, independiente de si eran prestados por Bettercare (subcontratación) o por North and West directamente. Sostuvo que el mercado en este caso era la prestación de servicios de atención de enfermería y residenciales a las personas de edad y la actividad era el suministro de servicios de cuidados residenciales, siendo irrelevante las particulares características sociales de North and West, pues se trataría de sólo un área de su desempeño.

El argumento esgrimido por el Director de la OFT fue que, si bien un órgano público podía desempeñarse en determinadas actividades económicas y ser calificado como empresa bajo la óptica de la regulación de la competencia, para

ello debían cumplirse determinados supuestos que no concurrían en la especie. En este caso, el organismo estaba cumpliendo con una de las funciones esenciales del Estado, de velar por el interés general, cumpliendo con labores sociales basadas en el principio de solidaridad. Este último, diría relación con la redistribución de los ingresos entre quienes estaban en mejor situación y los que, en ausencia de intervención gubernamental, se verían privados de la necesaria cobertura social, atendiendo a sus recursos y estado de salud. Agregó que no actuaba como empresa si no tenía la libertad para fijar un precio por los servicios prestados por Bettercare, los que en las especie eran determinados por el Departamento de Salud, Servicios Sociales y Seguridad Pública. En definitiva, la defensa de OFT sostuvo que la solución correcta al conflicto era considerar la naturaleza y objetivo de la actividad, y las normas a las que estaba sujeta la entidad en análisis, con el fin de determinar si estaría o no ejerciendo facultades que son generalmente del Estado. En este caso, la prestación del servicio se basaba en la necesidad de ciertas personas y no en su capacidad de pagar por ello, por tanto, era una manifestación del principio de solidaridad.

La argumentación de Bettercare primó y el *Competition Appeal Tribunal* estimó que North And West sí realizaba actividades económicas, por lo que podía encasillarse en el término “empresas” utilizado por la normativa de competencia. Sin perjuicio de lo anterior, aun considerando que se trataba de una actividad de carácter económico, analizadas las disposiciones pertinentes,

podía estimarse que se encontraba tutelada por una excepción, al estar enmarcada dentro de una actuación ordenada por la ley. De todos modos, el *Competition Appeal Tribunal* decidió dejar sin efecto la decisión del Director de OFT a través de la cual se negó a investigar los hechos al considerar que no estaba frente a una empresa, y le remitió los antecedentes, para que, teniendo en consideración que efectivamente North and West desarrollaba actividades económicas, procediera a ejercer sus funciones. La decisión definitiva del asunto fue que, con independencia de que se tratara de una actividad económica, North & West no había adoptado un comportamiento abusivo y, por lo mismo, no podía considerarse infringido el capítulo II de *la Competition Act 1998*.

1.2.2.1.3. Experiencia en Sudáfrica

En Sudáfrica, ni siquiera ha sido objeto de discusión el asunto en cuestión, sino que en dicho país van un paso más atrás en esta controversia, y el foco hasta el momento se ha centrado en la aplicación de la ley de competencia a las empresas estatales⁹⁶. En la *Competition Act* sudafricana se indica como sujeto activo de las conductas a una o más empresas⁹⁷, entendiendo por tales a una persona, asociación o fideicomiso, sin hacer distinciones respecto a quién tiene la propiedad de la misma. En este sentido,

⁹⁶ “State-owned enterprises” (SOEs).

⁹⁷ “Firms”.

se puede destacar un caso⁹⁸ de relevancia para este país, en que se condenó a la aerolínea de propiedad estatal *South African National Airline* (“SAA”) por haber abusado de su posición dominante al celebrar acuerdos con agencias de viaje, que consistían en el pago de una comisión por sobre el pago base de vender sus vuelos y asimismo, establecer recompensas a favor de los empleados de dichas agencias. Dicho actuar se habría extendido desde el mes de abril de 1999 a diciembre de 2004 y producía en el mercado una exclusión de los competidores. Fue condenada a una pena administrativa de 15 millones de randes, que equivale en moneda nacional a \$800.000.000 aproximadamente y a determinadas reglas de comportamiento. En este punto no encontramos diferencia con el derecho chileno, en el que se encuentra fuera de todo cuestionamiento el hecho de que las empresas estatales deban estar sometidas a las mismas “reglas del juego” que los privados.

Si bien no existe jurisprudencia que se haya pronunciado respecto a la aplicación de la *Competition Act* a los actos de OAE, es de presumir que dada la regulación institucional que se expuso con anterioridad, no sería admisible que las autoridades de libre competencia extendieran sus potestades para pronunciarse sobre el actuar de otras agencias estatales, sobre todo considerando que el sujeto activo de la conducta anticompetitiva es precisamente una *empresa*, concepto que supone esencialmente un elemento

⁹⁸ SUDÁFRICA. Competition Tribunal. 2010. Case N° 80/CR/Sep06: Nationwide and SAA, febrero 2010.

económico en su actuar, a diferencia de los actos de la Administración del Estado que se ejecutan en cuanto autoridad pública.

1.2.2.1.4. Conclusión parcial

De lo expuesto, queda en evidencia que las miradas respecto a la aplicación de la normativa de libre competencia a los OAE son diversas en las legislaciones comparadas seleccionadas.

Mientras en España se permite impugnar actos administrativos que afecten la libre competencia, siempre que no cuenten con amparo legal, en Reino Unido el criterio es mucho más estricto. En este último país la distinción se basa en el concepto de empresa, de modo tal que si la Administración suministra bienes o servicios de naturaleza comercial se entiende que desarrolla una actividad económica y la *Competition Act* debe recibir aplicación. Por el contrario, si el acto es una manifestación de su función puramente administrativa, no queda sometido a dicho estatuto. Así, el tratamiento que se le da a los OAE en ejercicio de poderes públicos es diferente.

Por lo demás, es relevante que el sistema español contemple a autoridades distintas para conocer las acusaciones de infracción a la libre competencia, según si la Administración actúa como operador económico o como regulador, pues ello devela la importancia que tiene el diseño institucional de cada país en la definición de esta materia. Con la importancia y desarrollo que tiene el

sistema de contencioso-administrativo español no parece ser tan impensable que se cuestionen las actividades administrativas y se sujeten al control jurisdiccional. Por su parte, en Reino Unido se ha optado por un diseño que entrega mayor independencia a las autoridades sectoriales, pero abogando al mismo tiempo por grados de interacción mayor que promuevan la competencia a través de mecanismos más colaborativos que represivos.

Finalmente, como se indicó, en Sudáfrica la discusión no ha llegado a este nivel, sino que hasta el momento sólo se ha aceptado la aplicación de las normas de libre competencia a las empresas públicas, hipótesis que se da por hecho en los otros dos países presentados.

1.2.2.2. Solución del asunto en el Derecho Chileno

Teniendo a la vista lo ya indicado respecto a la resolución de este dilema en algunas experiencias de derecho comparado, corresponde pasar a revisar cómo se ha dado esta discusión en la realidad nacional, donde se han expuesto fuertes argumentos, principalmente ante los tribunales de justicia, para apoyar una postura u otra.

1.2.2.2.1. Argumentos en contra de la aplicación de las normas de libre competencia a los OAE

Una parte de la doctrina ha sostenido una tesis restrictiva del artículo 3 del DL N°211, de modo que no cabrían dentro de la competencia de los organismos antimonopolios la revisión de aquellas actividades que los OAE realizan en una calidad distinta de la de agente económico, por ejemplo, en su rol de prestador de servicios públicos.

Esta lógica argumentativa ha sido utilizada en defensa de las pretensiones estatales en varias ocasiones, por ejemplo, en la causa Rol 127-2007, la contestación de la demanda por parte del Fisco afirmaba que: “La pretensión de los demandantes en cuanto a someter la actuación fiscalizadora del Fisco al juzgamiento del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no corresponde, pues la actividad que realizan los servicios públicos que participan en dicha obra Concesionada, no son de carácter comercial ni económico, sino que ejecutan o realizan un servicio público, prestado en bienes nacionales de la misma naturaleza, encaminada a satisfacer las necesidades del país relativas a contar con un lugar adecuado en infraestructura y servicios para atender las funciones que el Servicio Nacional de Aduanas, el Servicio Agrícola Ganadero, y el Servicio de Salud respectivo prestan respecto del control aduanero, fitozoosanitario, tributario, y en general, todo lo relativo al ingreso al país de personas y mercaderías a través de los pasos fronterizos, con la finalidad de resguardar los intereses del Estado, fiscalizando dichas operaciones, de

manera oportuna y exacta, y recaudando los derechos e impuestos vinculados a éstas.

En suma, todo el proceso de licitación, adjudicación y control de la operación del referido PTLA [se refería al Puerto Terrestre de Los Andes], así como la fiscalización de la misma obra por parte del Fisco de Chile, no constituye desarrollo ni participación de un agente económico en una actividad empresarial en los términos a que se refiere el artículo 19 N°21 inciso segundo de la Constitución Política y el DL N°211/73 en su artículo 3°. Por el contrario, se trata sólo del cumplimiento de finalidades de interés público que son características de los entes públicos”⁹⁹.

En términos simples, se defiende allí la idea de que al TDLC no le concierne pronunciarse respecto de aspectos que son de exclusiva competencia de la Administración del Estado en ejercicio de la función pública¹⁰⁰ que se les ha encomendado, pues, bajo esta visión, no recae en las autoridades antimonopolios la facultad para cuestionar las decisiones tomadas por los órganos sectoriales en ejercicio de sus facultades discrecionales, ni menos aún

⁹⁹ Escrito Contestación de Demanda del Consejo de Defensa del Estado, Rol 127-2007, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. p.12.

¹⁰⁰El artículo 3 de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado dispone que: “La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal. La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes”.

transformar su naturaleza jurisdiccional para convertirse en regulador. Lo anterior se fundamenta en que los actos administrativos se enmarcan en el ejercicio de potestades públicas para la consecución de los fines propios de la Administración del Estado.

Asimismo, se ha aducido que la normativa de libre competencia sólo sería aplicable a los particulares, en virtud de que el artículo 26 letra b) contempla como una de las medidas que el TDLC puede adoptar en la sentencia definitiva el ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás “personas de derecho privado”, con lo que se excluiría a los OAE.

Otro punto que ha sido resaltado por el Consejo de Defensa del Estado es la existencia del Tribunal de Contratación Pública (TCP), tribunal especial, a quien la ley¹⁰¹ ha encargado el conocimiento y resolución de las demandas de impugnación deducidas contra actos u omisiones ilegales o arbitrarios en que pueden incurrir organismos públicos regidos por la ley N°19.886 (“Ley sobre Contratación Pública”)¹⁰², ocurridos en procedimientos administrativos de licitación y que tengan lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive. En caso de acogerse la demanda,

¹⁰¹ El artículo 24 de la Ley 19.886 establece la competencia de este tribunal en los siguientes términos: “El Tribunal será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley.

La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive.

La demanda mediante la cual se ejerza la acción de impugnación podrá ser interpuesta por toda persona natural o jurídica, que tenga un interés actualmente comprometido en el respectivo procedimiento administrativo de contratación (...).”

¹⁰² CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley 19.886: De bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, julio 2003.

debe ordenar las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho¹⁰³. En otros términos, el TDLC no sería competente en razón de la materia, por existir un tribunal especial para conocer de la contratación pública.

En relación a esto, recientemente, en el caso Sonda S.A. contra Servicio de Registro Civil e Identificación (“SRCI”), la defensa de la Administración señaló que Ley sobre Contratación Pública entregó al TCP la competencia exclusiva para pronunciarse respecto de actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos, por lo que para que el TDLC pudiera hacer un reproche sobre eventuales actos discriminatorios o ilegales del SRCI en el contexto de un licitación, sería imprescindible que se constate primero la naturaleza “arbitraria” de las conductas del SRCI por el TCP. En otras palabras, existiría una cuestión prejudicial que se debería resolver antes de interponer una demanda ante el TDLC. Si bien el tribunal desechó este argumento, optó por acoger la demanda y condenó al OAE, la sentencia fue luego revocada –por razones diversas- por la Corte Suprema al acoger el recurso de reclamación presentado por la autoridad, pues razonó en base a que las consideraciones de los sentenciadores en cuanto al incumplimiento de las bases de licitación y a la actuación discriminatoria del demandado, en definitiva sólo discernían acerca de la estricta sujeción a las bases por parte de los intervinientes y a la plena igualdad de los oferentes durante un procedimiento administrativo de

¹⁰³ Artículo 26 de la Ley sobre Contratación Pública.

contratación con un ente público regido por la Ley sobre Contratación Pública, materias que han sido entregadas por la ley de forma exclusiva al TCP. Agregó que, tampoco se logró establecer por el demandante en forma convincente y clara, cómo las actuaciones que imputó al demandado podrían haber afectado el bien jurídico que el TDLC está llamado a proteger, a saber, la libre competencia en los mercados¹⁰⁴.

Por otro lado, han sido abundantes los casos en que se han visto involucrados Municipios, especialmente en cuanto a las licitaciones de servicios de recolección de residuos domiciliarios, limpieza y barrido de calles y disposición final de residuos domiciliarios, y un argumento reiteradamente esgrimido por éstos ha sido que la propia Constitución Política de la República en el inciso 4° del artículo 107¹⁰⁵ les otorga la calidad de corporaciones autónomas de Derecho Público, encargando la regulación de su actividad a una ley especial con carácter de orgánica constitucional, mandato cumplido por el legislador a través de la Ley 19.695 Orgánica de Municipalidades (“LOC de Municipalidades”)¹⁰⁶. Así, se ha argumentado que el quehacer de los Municipios

¹⁰⁴ CORTE SUPREMA, causa Rol N° 13.973-2013, 6 de Agosto de 2014, Considerando 16°.

¹⁰⁵ “Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con responsabilidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna”.

¹⁰⁶ CHILE. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. 2006. Decreto con fuerza de Ley N°1: fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, mayo 2006.

quedaría fuera del ámbito de la libre competencia, al estar amparado por un imperativo legal¹⁰⁷.

Finalmente, una voz que ha apoyado esa visión en este debate ha sido William García, quien sostiene que no es obvio que el TDLC tenga potestades para revisar las actuaciones de un OAE y presenta algunas críticas a la jurisprudencia y doctrina mayoritaria. Si bien su trabajo se centra en la posibilidad de que el TDLC aplique la sanción de multa a los OAE, igualmente plantea una postura respecto a la discusión más general, a saber, la aplicación de las normas de libre competencia al actuar de los OAE. En definitiva, lo que este autor afirma, es que el TDLC puede ejercer sus funciones con toda amplitud respecto del Estado empresario¹⁰⁸ y respecto del Estado en ejercicio de potestades públicas que afecten la contratación pública¹⁰⁹, pero no así de otras potestades públicas. En este sentido, sostiene García:

¹⁰⁷ “Que por lo reflexionado precedentemente, se concluye que no le corresponde intervenir al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en materias como la de autos, ya que las partes de este proceso no son agentes económicos en los términos del artículo 4º del Decreto Ley N°211 y, además, porque la materia de autos se encuentra reglamentada en la Ley 18.695, Orgánica de Municipalidades” y agregó “Que, por lo demás, esta cláusula no constituye previamente un acuerdo de voluntades entre un municipio y un concesionario en un plano de igualdad, sino que ella es la manifestación del ejercicio de autoridad, ya que la Municipalidad actúa en este caso en un plano de superioridad respecto del particular, estableciendo las condiciones aplicables, y cuya regulación se somete a un régimen jurídico de derecho público”. CHILE. Corte Suprema. 2006a. Causa Rol N°383-2006, 29 de marzo, Considerandos 9º y 13º.

¹⁰⁸ García no pone en duda que las empresas del Estado y sociedades en que éste tiene participación se rigen por las reglas del derecho común, salvo que una ley de quórum calificado disponga lo contrario, (artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República) y, por ende, pueden cometer los mismos actos anticompetitivos que un particular.

¹⁰⁹ Para García, el principio de libre concurrencia en la contratación pública consagrado en el artículo 9º de la Ley de Bases General de la Administración del Estado, facultaría la intervención del TDLC, pues en este caso, “la ley convoca expresamente el régimen de defensa de la competencia”. GARCÍA, W. 2014. Los órganos de la administración del Estado como sujetos de las multas aplicadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Revista de Derecho Económico. (76): 127-150, p. 139.

“El Tribunal ha actuado en este punto con cautela. Del análisis de estos casos [haciendo alusión a la Sentencia N°105/2010] puede concluirse que no se considera habilitado para sancionar a los órganos de la Administración del Estado que, en ejercicio de potestades públicas se aparten de lo dispuesto en el artículo 3° LDC 211, y ha reconocido un límite en los mandatos legales que cumple la Administración. A mi juicio, en esta práctica está subyacente la primacía del principio de legalidad de la actuación administrativa aunque el Tribunal no usa esa nomenclatura”¹¹⁰.

1.2.2.2. Argumentos a favor de la aplicación de las normas de libre competencia a los OAE

En nuestro ordenamiento jurídico se considera como fundamento de la libre competencia a la norma constitucional que consagra la libertad económica, a saber, el inciso primero del artículo 19 N°21, que garantiza a todas las personas “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”. Esto, toda vez que el DL N°211 se encarga de crear los mecanismos necesarios para la protección del bien jurídico, establecer límites a la actividad económica y posibilitar su ejercicio, lo que en palabras de Domingo

¹¹⁰ GARCÍA, W. 2014. Los órganos de la administración del Estado como sujetos de las multas aplicadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Revista de Derecho Económico. (76): 127-150, p. 142.

Valdés, permite que el sistema cumpla tres funciones: tutelar, limitativa y regulatoria¹¹¹. De manera que, como el DL N°211 pertenece al denominado Orden Público Económico¹¹²⁻¹¹³, sería admisible constitucionalmente que tanto la FNE como el TDLC, con miras a prevenir, corregir o prohibir, hechos, actos o convenciones anticompetitivos, adopten las medidas que garanticen el libre ejercicio de una actividad económica, independientemente de cuál sea el sujeto que ejecute la conducta. Es así que, “si bien resulta entendible que los organismos públicos en ocasiones actúen con extremo celo en el cumplimiento de sus funciones, ello no puede justificar la infracción de las restricciones constitucionales y legales establecidas respecto de su participación en actividades económicas”¹¹⁴.

Por lo demás, el TDLC ha hecho evidente el rol de la normativa de libre competencia en las asignaciones de recursos realizadas por la Administración, en el sentido de “[q]ue, en efecto, en los casos en los que la autoridad asigna recursos o derechos, las normas contenidas en el Decreto Ley N° 211 contribuyen al objetivo de tutelar la garantía constitucional contenida en el

¹¹¹ VALDÉS, D. 2006. Libre Competencia y monopolio. Santiago, Editorial Jurídica, p.128.

¹¹² Para Cea consiste en “El conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”. CEA, J. 1988a. Tratado de la Constitución de 1980. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p.158.

¹¹³ “Que lo anterior es así pues las normas que buscan proteger y promover la libre competencia en los mercados son una parte esencial del orden público económico, en tanto están destinadas a tutelar derechos garantizados por la propia Constitución que deben ser respetados por los privados, por el Estado y sus organismos, pues concurren a fundamentar el sistema económico consagrado en nuestra Carta Fundamental”. CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2010d.Sentencia N°105/2010, 22 de octubre, Considerando 18°.

¹¹⁴ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2008b. Sentencia N°67/2008, 17 de junio, Considerando 59°.

artículo 19 N° 21 de la Constitución, en la medida en que su aplicación prevenga o reprima los casos en que tal asignación importe la expulsión o una restricción o impedimento ilegítimo e injustificado al acceso o expansión de un competidor en un mercado, desde el punto de vista de la libre competencia”¹¹⁵, como también para tutelar la garantía de no discriminación del Estado en materia económica reconocida por el artículo 19 N°22 de la Carta Fundamental¹¹⁶, asegurando la igualdad de oportunidades para los competidores de participar en un mercado determinado. En especial, respecto a materia de licitaciones públicas, el TDLC en la sentencia N°100/2010 indicó que “[l]os servicios públicos que presta el Estado -ya sea directamente o por medio de concesionarios- y por los cuales se debe pagar un precio -sea por parte de los usuarios o beneficiarios directos o por el Estado en representación del interés público que pudiera existir en la provisión de dichos servicios- constituyen un mercado análogo a cualquier otro, en el sentido que existen en él oferentes y demandantes que transan bienes o servicios en determinadas cantidades y precios” y agrega que de este modo, “la forma como el Estado designe al proveedor de un bien o servicio, especialmente por medio del diseño del sistema de licitación, tendrá efectos en el mercado en que ésta incide. De ahí que los efectos en la competencia –o falta de ella– causados por la forma

¹¹⁵ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2010d.Sentencia N°105/2010, 22 de octubre, Considerando 19°.

¹¹⁶ Artículo 19 N° 22: “La Constitución asegura a todas las personas: La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”.

en que el Estado realiza estas licitaciones, afectan finalmente el bienestar general”¹¹⁷.

Asimismo, los términos utilizados por la ley pretenden precisamente configurar un tipo infraccional abierto a todo tipo de sujeto. Es así que el artículo 1 inciso 2° se refiere a los atentados contra la libre competencia en las “actividades económicas”, el artículo 3 en su inciso 1°, por su parte, utiliza las expresiones “El que” para referirse al sujeto activo¹¹⁸, sin exigir ninguna calidad especial, y en la letra b) se indica como ejemplo de hecho, acto o convención que impide, restringe o entorpece la competencia o que tiende a producir esos efectos, al abuso de posición dominante por parte de un “agente económico”¹¹⁹. Esta última terminología ha sido definida de manera consistente y reiterada por parte de la jurisprudencia en el sentido de considerar como agente económico a “cualquier persona, sea natural o jurídica, pública o privada, con o sin fines de

¹¹⁷ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2010c. Sentencia N°100/2010, 21 de julio, Considerandos 10° y 11°.

¹¹⁸ “Que, en efecto y tal como ha resuelto este Tribunal en reiteradas oportunidades, la expresión amplia “El que...” que utiliza el legislador en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 para aludir al sujeto activo de una infracción a la libre competencia, revela que éste no requiere de ninguna calidad especial, de manera que comprende a cualquier persona natural o jurídica, sea de derecho público o privado, que concurra a los mercados. Por lo tanto, dado que las normas de protección de la libre competencia son de orden público, si se hubiese querido exceptuar de cumplir con ellas al Estado, al Fisco o a un servicio público descentralizado -como es la DCCP-, tal excepción habría debido establecerse por ley, lo que no ocurre”. CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2011b. Sentencia N°114/2011, 17 de noviembre, Considerando 8°.

¹¹⁹ “Que al respecto, debe tenerse presente que para determinar si un organismo público es sujeto de las disposiciones sobre defensa de la competencia, contenidas en el Decreto Ley N° 211, ha de ponerse el énfasis en las funciones o actividades que éste realiza y no atender a las características orgánicas formales del mismo. Lo anterior aparece de manifiesto en el inciso segundo del artículo primero del cuerpo legal citado, al hacer referencia a la libre competencia en las “actividades económicas”. Coincidente con el sentido recién indicado es que en otras disposiciones de la aludida legislación se utiliza la expresión “agentes económicos” para identificar a aquellos sujetos susceptibles de cometer infracciones CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2008f. Sentencia N°77/2008, 4 de noviembre, Considerando 9°.

lucro, que concurra individual o colectivamente a un mercado como oferente o demandante de bienes o servicios”¹²⁰, de manera que el DL N° 211 contemplaría su aplicación al actuar de los OAE en tanto oferentes o demandantes de bienes o servicios. En eso no habría dudas. En ese sentido, ha reiterado el TDLC: “Que, con independencia de la naturaleza y fines que un ente pueda tener –sea éste público o privado–, lo relevante para efectos de la legislación de defensa de la competencia es analizar si sus actuaciones como oferente o demandante de bienes y servicios inciden o no en el resultado que debiera prevalecer en un mercado competitivo, pues lo que en definitiva se busca al cautelar el bien jurídico de la libre competencia, es impedir que se produzcan conductas que la entorpezcan o eliminen, ocasionando así pérdidas de bienestar social o, en otras palabras, que afecten negativamente la eficiencia económica en el uso de recursos escasos”¹²¹.

Ahora bien, el ámbito de aplicación del DL N°211 no se limitaría a las actuaciones del Estado como oferente o demandantes de bienes o servicios, sino que también se extendería al ejercicio de la función pública que cada OAE desempeña. Esto se debe a que, a juicio del TDLC, lo relevante es atender a la naturaleza misma de la actividad y no a quién la realiza: “[e]s perfectamente posible que éstos [OAE], a través de sus actuaciones en el mercado, impidan,

¹²⁰ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2008b. Sentencia N°67/2008, 17 de junio, Considerando 10°.

¹²¹ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2008f. Sentencia N°77/2008, 4 de noviembre, Considerando 10°. El TDLC ha fallado en ese mismo sentido en las Sentencias N° 11, 13, 14, 20, 32, 34, 37, 44, 67, 77, 81, 89, 92, 114, 123.

restringan o entorpezcan la libre competencia, o tiendan a producir dichos efectos”¹²². Más aún, ha afirmado que “[s]e considera competente para conocer de actuaciones de la autoridad que infrinjan o puedan infringir las normas que protegen la libre competencia contenidas en el D.L. 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 contenidas en dicho cuerpo legal que, según dispone claramente su artículo 3º, se aplica a ‘El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos’, sin distinguir al efecto entre entes privados o públicos”¹²³.

Por lo demás, se debe tener en consideración que en virtud del principio de juridicidad consagrado en el artículo 6 de la Constitución Política de la República, todos los órganos del Estado deben someter su acción a ésta y a las leyes dictadas conforme a ella¹²⁴. Se observa que incluso las antiguas

¹²² CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2013b. Sentencia N°132/2013, 25 de octubre, Considerando 6º.

¹²³ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 11/2004. 3 de diciembre de 2004. Considerando 1º.

¹²⁴ “Es necesario dejar claramente establecido que, contrariamente a lo que sostiene la denunciada Ley General de Telecomunicaciones, no es la única norma que deben observar tanto la autoridad como las empresas participantes en el mercado de las telecomunicaciones, para actuar en él.

En efecto, además de las normas de la ley mencionada y de sus disposiciones complementarias, deben respetárselas y dársele cumplimiento a todas las disposiciones legales y reglamentarias relativas a otros ámbitos del quehacer jurídico, tales como las relativas a impuestos, a sociedad, las sanitarias, aduaneras, de seguridad interior y exterior, las contenidas en Convenios Internacionales, etc. y, muy especialmente, en lo que interesa al caso sub lite, las normas que regulan el orden público económico, contenidas en la Constitución Política de la República y en el Decreto Ley N°211, de 1973, sin que pueda sostenerse, con algún

Comisiones Antimonopolios eran de este parecer: “Esta Comisión estima que si el otorgamiento de una concesión importa una discriminación que afecta a la libre competencia, el Decreto Ley N°211, de 1973, cobra aplicación preferente sobre toda otra norma de rango legal, a menos que dicha aplicación esté también legalmente exceptuada”¹²⁵. De este modo, los OAE no quedarían sujetos sólo a sus leyes orgánicas respectivas, sino que a toda norma de rango legal, en tanto no esté excepcionado¹²⁶ de su ámbito de aplicación por otra disposición de igual o mayor rango.

Por otro lado, el TDLC ha descartado que sea incompetente para conocer de los actos y contratos celebrados por la Administración por la existencia de la Ley sobre Contratación Pública, pues en la contratación pública se encuentran en juego bienes jurídicos distintos, con pretensiones diferentes y tribunales con competencias especiales para conocer de cada uno de ellos, sin que la intervención de uno como garante del cumplimiento de la ley sectorial, excluya

fundamento, que la remisión que haga alguna ley a este Decreto Ley o a algunos de sus órganos para encomendar a estos últimos un cometido especial, pueda tener la virtud de limitar las atribuciones exclusivas que tienen tales organismos para la prevención, investigación, corrección y represión de los atentados a la libre competencia o de los abusos en que incurra quien ocupe una situación monopólica”. CHILE. Comisión Resolutiva. 1989a. Resolución N°306/1989, 17 de octubre, Considerando 10°.

¹²⁵CHILE. Comisión Resolutiva. 1984. Resolución N°183/1984, 6 de diciembre, Considerando 5°.

¹²⁶ “Que en este orden de consideraciones, existe abundante jurisprudencia tanto de este Tribunal como de sus antecesoras –las Comisiones Preventivas y Resolutiva- y de la Excm. Corte Suprema, que ha señalado reiteradamente que las normas de libre competencia del D.L. N° 211 no contemplan ninguna excepción en cuanto a los sujetos a quienes se aplica y que, por lo tanto, también deben ser cumplidas por los órganos de la Administración del Estado, por cuanto es perfectamente posible que éstos, a través de sus actuaciones en el mercado, impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o tiendan a producir dichos efectos”. CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2013b. Sentencia N°132/2013, 25 de octubre, Considerando 6°.

la actuación del otro dentro de la órbita de atribuciones que le ha encomendado el legislador¹²⁷⁻¹²⁸. De este modo, el hecho de que el TCP se haya pronunciado con anterioridad respecto a una misma situación o esté actualmente conociendo de ella, no es óbice, en opinión del TDLC, para el actuar de las autoridades antimonopolios. Por lo demás, el artículo 1 de la Ley sobre Contratación Pública no descarta la aplicación de otros cuerpos legales, sobre todo considerando que “[l]a existencia de un proceso licitatorio no implica la ausencia de un rol para la autoridad antimonopolios. Ella debe estar presente para cautelar que el proceso sea competitivo y en algunas ocasiones velar para que el diseño del objeto subastado y del mecanismo de asignación busquen la maximización de bienestar y no otro objetivo que pudiera perseguir, por ejemplo, una autoridad sectorial que lleva el proceso”¹²⁹. En cuanto a que en estos casos se tendría que resolver previamente una cuestión prejudicial ante el TCP, el TDLC señaló en el fallo del caso Sonda contra SRCl, que este tipo de cuestiones son excepcionales en nuestro Derecho, por lo tanto, requeriría norma expresa. Al no

¹²⁷ “Que lo anterior se debe a que, sin perjuicio de que en la contratación pública están involucrados bienes jurídicos que son tutelados por la legislación especial que la regula, pueden concurrentemente estar concernidos otros, como el que le corresponde cautelar a este Tribunal. Por consiguiente, la competencia del mismo no se ve afectada por el hecho de existir otra judicatura que pueda ser competente para resolver conflictos jurídicos derivados de los mismos hechos sometidos a su consideración”. CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2008f. Sentencia N°77/2008, 4 de noviembre, Considerando 5°.

¹²⁸ “Ambas legislaciones buscan proteger bienes jurídicos distintos y, por tanto, la infracción de sus normas necesariamente genera distintas responsabilidades, por lo que nada obsta a que puedan perseguirse simultáneamente”. CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2013b. Sentencia N°132/2013, 25 de octubre, Considerando 15°.

¹²⁹ HARRISON, R. y MUÑOZ, R. 2011. Política de Competencia en Procesos de Licitación de Bienes y Recursos. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La libre competencia en el Chile del bicentenario. Santiago. Chile. Thomson Reuters PuntoLex. pp.375-397, p.396.

existir dicha disposición, el TDLC resolvió que no debía esperar para “conocer y sancionar actos u omisiones ilegales o arbitrarios cometidos por un órgano público en el contexto de un proceso de compras públicas, si los mismos impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o tienden a producir dichos efectos, lo que es de suyo lógico, pues de lo contrario se llegaría a situaciones absurdas como las que podrían plantearse respecto de los casos de competencia desleal que conoce este Tribunal, en los que habría que esperar el juicio de la Justicia Civil sobre el carácter de desleal o no del acto antes de poder conocer el requerimiento o demanda en esta sede”¹³⁰⁻¹³¹.

Con todo, no se puede desconocer que luego de la dictación de la Ley sobre Contratación Pública, la Corte Suprema adoptó en algunos casos un criterio restrictivo en cuanto a la aplicación del DL N°211 a la contratación administrativa aludiendo a un criterio de especialidad¹³². Así se observó en el

¹³⁰ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 132/2013. 25 de Octubre de 2013. Considerando 13°.

¹³¹ A partir de este fallo, Francisco Zúñiga indica que “El examen y control judicial de legalidad de la actuación administrativa en un procedimiento licitatorio público ha sido entregado expresamente por la ley al Tribunal de Contratación Pública, siendo este último órgano el único competente para resolver los conflictos en un proceso licitatorio en cuanto ellos se siguen de la aplicación de las bases, mas no de la legalidad ex ante de las mismas”, y agrega “[q]ue para el máximo tribunal resultarían dentro del ámbito de acción del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, los conflictos situados en torno a la discriminación arbitraria que encontrara fundamento en el contenido de las bases, en cuanto ello implicara un atentado contra la libre competencia, mas no resulta competente, contrario sensu, si se alega un eventual atentado a la competencia sin impugnar las bases, ya que en ese caso, comprobándose que la actuación del órgano público resulta apegada al mandato normativo de las bases de licitación, en cumplimiento al principio legal de sujeción a las mismas, no cabe que el citado tribunal de la competencia entre a conocer del fondo de la legalidad de la actuación administrativa”. ZUÑIGA, F. 2014. Contratación pública y libre competencia. Revista de Derecho Público 81:181-200.

¹³² NEHME, N. 2011. 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. La libre competencia en el Chile del bicentenario Chile. Santiago. Chile. Thomson Reuters PuntoLex. pp. 317-373, p. 328.

caso de la I. Municipalidad de Cauquenes¹³³ el año 2006, pero luego, al pronunciarse del recurso de reclamación de la I. Municipalidad de Curicó el año 2009, acogió el criterio del Tribunal y continuó con la aplicación de las normas de libre competencia a esas materias¹³⁴. Respecto a ambos casos se profundizará *infra*.

En relación a lo anterior, el TDLC ha hecho hincapié en que en aquellos casos en que se cuestionen procesos de contratación pública, se debe diferenciar temporalmente entre las actuaciones que realiza un organismo estatal una vez que las bases de licitación han sido aprobadas y aquellas que tienen lugar durante la etapa de diseño de las bases de licitación, pues: “[s]alvo casos excepcionales, cuando las bases de una licitación se ajustan a lo dispuesto en el D.L. N° 211, la competencia de este Tribunal para pronunciarse respecto de actos de autoridad que transcurran con posterioridad a su aprobación, cesa luego de completada la tramitación del acto administrativo aprobatorio. Tales asuntos dicen relación normalmente con el cumplimiento y apego a las bases de licitación y, consecuentemente, con el resguardo del principio de legalidad, al cual, por expreso mandato constitucional (replicado en la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado), están sujetos todos los órganos del Estado. Por esta razón, el ordenamiento jurídico suele entregar la competencia de estos asuntos a otras

¹³³ CHILE. Corte Suprema. 2006a. Causa Rol N°383-2006, 29 de marzo.

¹³⁴ CHILE. Corte Suprema. 2009a. Causa Rol N°7796-2008, 27 de mayo.

instituciones, tales como el H. Tribunal de la Contratación Pública (en el caso del artículo 24° de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios) o la Contraloría General de la República”¹³⁵.

Así, por regla general, las actuaciones estatales materializadas durante la etapa de diseño de las bases de licitación sí serían de competencia del TDLC, pues en esos casos existe una posibilidad objetiva y efectiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida, o que con dicho actuar se tienda a ello¹³⁶, pero sólo excepcionalmente el TDLC podría intervenir una vez que la licitación ya ha sido adjudicada.

Por otro lado, el TDLC respecto a las atribuciones de los Municipios, ha manifestado en varios fallos “[q]ue debe considerarse además que, en este aspecto, al licitar estos servicios, una municipalidad no actúa simplemente como un demandante directo de ellos, sino que lo hace en representación de otros –los habitantes de la comuna– quienes soportan en definitiva el costo de esos servicios. De ahí que los efectos en la competencia –o falta de ella– causados por la forma en que el municipio realiza estas licitaciones, afectan finalmente el bienestar general”¹³⁷.

¹³⁵ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2014b. Sentencia N°138/2014, 30 de julio, Considerando 12°.

¹³⁶ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2014b. Sentencia N°138/2014, 30 de julio, Considerando 13°.

¹³⁷ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2008f. Sentencia N°77/2008, 4 de noviembre, Considerando 13°.

Por su parte, podría argumentarse que el hecho de que el artículo 26 letra b) del DL N°211 contemple como sanción ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado, no es razón para excluir a los OAE del ámbito de aplicación de la libre competencia, pues si bien –como se profundizará *infra*- no es admisible adoptar dicha medida respecto a la Administración, sí podrían compatibilizarse las sanciones contempladas en las letras a) y c) de la misma disposición. Si bien los OAE quedan sometidos¹³⁸ a las normas de defensa de la libre competencia, no necesariamente deben recibir el mismo tratamiento que los particulares en todos los casos, sino que pueden quedar sujetos a matices, asunto en el que profundizará en las próximas secciones.

En definitiva, puede sostenerse que hoy la discusión en el derecho interno, ha sido solucionada, en general, no sin ciertos vaivenes, a favor de la sujeción de los OAE a las normas de libre competencia, incluso en el ejercicio de su función pública, a partir de una interpretación construida jurisprudencialmente.

En palabras del TDLC:

¹³⁸ “Que en lo que hace a los actos de autoridad, cabe tener presente que, cuando éstos están dirigidos a la consecución de determinados fines de política pública -por medio de la asignación de recursos o derechos, o de la imposición de gravámenes que tengan actual o potencialmente consecuencias en el desarrollo del proceso competitivo en uno o más mercados-, pueden ser eventualmente conocidos y juzgados en esta sede, con el objeto de establecer si las restricciones a la competencia que tales actos de autoridad pudiesen entrañar son susceptibles de sanción conforme al Decreto Ley N° 211, o requieren del ejercicio de otras facultades de este Tribunal para la promoción de la libre competencia y la prevención de actos que puedan afectarla, como sería la proposición de modificación normativa”. CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2010d.Sentencia N°105/2010, 22 de octubre, Considerando 17°.

“[e]l Decreto Ley N° 211 es aplicable a todos los sujetos que intervienen directa o indirectamente en los mercados, sea que se trate de particulares o de personas de derecho público, y sea que estas últimas participen como competidores (i.e. empresas públicas), adquirentes o demandantes de bienes o servicios necesarios para el desempeño de sus funciones o potestades públicas (i.e. todos los organismos públicos sea directamente o por medio de centrales de abastecimiento), o en cuanto autoridades que ofrecen o asignan a los particulares recursos económicos o derechos en ejercicio de potestades normativas, aún sin una contraprestación (e.g. derechos de aprovechamiento agua, espectro radioeléctrico, concesiones de obra pública, derechos de tráfico aéreo);

Que, en consecuencia, el Estado y sus organismos deben seleccionar a los proveedores de los bienes o servicios que requieren para el ejercicio de sus actividades, así como desarrollar cualquier función que le encomiende el ordenamiento jurídico y que implique su intervención en los mercados, observando las normas de defensa de la libre competencia, de cuya aplicación ninguna norma los exime”¹³⁹.

Lo anterior, siempre y cuando se demuestre que efectivamente los hechos, actos o convenciones que se imputan a la autoridad, hayan impedido, restringido o entorpecido la libre competencia o hayan tendido a producir dichos efectos, pues de lo contrario el TDLC no sería competente para conocer el

¹³⁹ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2011b. Sentencia N°114/2011, 17 de noviembre, Considerandos 9° y 11°.

asunto, como aclaró la Corte Suprema recientemente a través del fallo que acogió el recurso de reclamación en el caso Sonda.

Según se indicó, las decisiones administrativas pueden consistir en intervenciones directas o indirectas en los mercados, y nuestro ordenamiento – como se verá- cubre hipótesis en que se generan efectos en el comportamiento de los agentes económicos, es decir, conductuales, como asimismo, aquellas que afectan la estructura del mercado (estructurales), y ya sea que se hayan producido de forma efectiva estas perturbaciones con respecto a sujetos en concreto o que tengan la aptitud objetiva de generar distorsiones a futuro. Sin embargo, no es claro cuál es el límite aceptable en la relación que se genera entre la administración y las autoridades de defensa de la libre competencia, materia que no está exenta de discusiones ni áreas grises y que se expone con más latitud en los capítulos siguientes.

CAPÍTULO II: CONTROL DE LAS ACTUACIONES DE LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO BAJO LOS ESTÁNDARES DE LIBRE COMPETENCIA

2.1. Generalidades

Si se realiza una interpretación armónica de los artículos 1º¹⁴⁰, 2º¹⁴¹, 3º¹⁴² y 5¹⁴³ del DL N°211, se puede extraer cuál es el bien jurídico que pretende proteger esta normativa¹⁴⁴, el que en términos generales puede identificarse como la “libre competencia”. Teniendo esto presente y considerando que la competencia de un tribunal recae en aquellos asuntos que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones¹⁴⁵, se puede sostener que la competencia del TDLC incluye “el conocimiento y juzgamiento de cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir dichos efectos, sean ellos ejecutados

¹⁴⁰ “La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados”.

¹⁴¹ “Corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (...) dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados”.

¹⁴² “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado (...)”.

¹⁴³ “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional (...) cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia”.

¹⁴⁴ Ello sin perjuicio, de la discusión a la que se hizo mención supra respecto a cuál es el bien jurídico protegido en nuestro país.

¹⁴⁵ El artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales dispone que “La competencia es la facultad que tiene cada juez o Tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones”.

individual o colectivamente por personas naturales o jurídicas, sean éstas privadas o públicas”¹⁴⁶.

El artículo 18 del DL N°211 es el que establece las atribuciones y deberes del TDLC, pero se ha sostenido que el ejercicio de una potestad jurisdiccional propiamente tal sólo se encuentra contemplada en el numeral 1°, pues en los demás casos el Tribunal se pronuncia, a solicitud de los interesados respecto de ciertos actos o solicitudes, pero sin resolver contienda alguna que se promueva entre partes¹⁴⁷. Se trata entonces de un tribunal especial que presenta características *sui generis* y al que corresponde realizar una serie de labores que podrían calificarse como actos judiciales no contenciosos y que en derecho comparado recaen normalmente en órganos de carácter administrativo. “El TDLC es así un tribunal especial, una verdadera rareza en términos institucionales. Primero, y lo más importante, por ser un ente jurisdiccional *regulador del comercio* (artículo 18 N°1 del DL N°211); y segundo, por ser un

¹⁴⁶ MASS, M. 2011. Estudio de las modificaciones introducidas al DL N°211 sobre libre competencia en especial acerca del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p.88.

¹⁴⁷ “Que de la lectura de lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto ley N°211 es posible concluir que- en principio- sólo el número uno dice relación con una atribución en que el órgano actúa propiamente como tribunal, ejerciendo jurisdicción, esto es, resolviendo conflictos externos de relevancia jurídica. Los demás numerales no establecen potestades propiamente jurisdiccionales, toda vez que en el ejercicio de ellas el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no conoce pretensiones procesales originadas en un conflicto de carácter jurídico, sino que por la solicitud de los interesados, se pronuncia sobre ciertas declaraciones y diligencias que, como es propio en los procedimientos no contenciosos, los particulares no pueden realizar por sí, requiriendo de la intervención de un tribunal al que expresamente se le han encomendado las atribuciones administrativas pertinentes”. CHILE. Tribunal Constitucional. 2010. Causa Rol N°1448-2009, 7 de septiembre, Considerando 16°.

ente jurisdiccional dotado de una serie de potestades administrativas propias de un órgano administrativo (artículo 18 N°s 2 a 5 del DL N°211)”¹⁴⁸.

Por su parte, la FNE tiene un rol importante a nivel de control de las actuaciones de los OAE, pues pese a ser un ente de carácter administrativo y, por tanto, no estar dotada de potestades jurisdiccionales ni de imperio, en la práctica sí puede actuar como un límite al comportamiento adoptado por las diversas autoridades, toda vez que los criterios utilizados por la FNE en sus actuaciones- las que se procederán a revisar con mayor latitud en el próximo capítulo-, sirven de guía tanto a los particulares como a los sujetos públicos, respecto al tipo de hechos que podrían ser objeto de reproche por la FNE ante el TDLC, vía requerimiento o vía consulta, por constituir un ilícito anticompetitivo en el primer caso, o por ser dudosa su licitud en el segundo caso, considerando el carácter de experto de que se ve revestida.

2.2. Tipos de control de las actuaciones de los Órganos de la Administración del Estado

Como se trató en el capítulo I, la jurisprudencia mayoritaria ha considerado que pueden someterse al TDLC -para que éste conozca, juzgue y ejecute lo

¹⁴⁸ CENTRO DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA. 2011. Informe en Derecho. Alcance y límites de la potestad normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile [pdf], p.8 <<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/09-08-11%20INFORME%20EN%20DERECHO%20DE%20FRANCISCO%20AGUERO%20VARGAS%20VTR%20BANDA%20ANCHA%20CHILE%20.SA.pdf>> [consulta: 20 junio 2014]

juzgado- aquellos actos o situaciones que pudieren infringir el bien jurídico protegido y que sean consecuencia de actuaciones de los OAE. No obstante, si bien en abstracto esta afirmación no genera grandes conflictos dogmáticos, en la práctica se deben definir ciertos lineamientos, pues no sería aceptable sostener una “sujeción” o “sometimiento” pleno de los OAE a las normas de defensa de la libre competencia si esto contraría los fines sectoriales que los órganos implicados están llamados por ley a cumplir. En otras palabras, ¿cuál es el alcance que puede tener la decisión adoptada por el TDLC respecto de los actos de los OAE que se le presenten como anticompetitivos? Para tratar de dar respuesta a la pregunta recién enunciada, se deben realizar ciertas precisiones conceptuales previas y que son propias del Derecho Administrativo.

Es sabido que el Estado de Derecho se sustenta en los principios de legalidad y separación de poderes. Los órganos de la Administración actúan a través de potestades públicas¹⁴⁹ que les son conferidas por medio de una ley, lo que permite que sean reconocidas válidamente las actuaciones del órgano que las ostente y de ese modo, se cumpla con el fin último del Estado: el interés general. Esto implica que es la ley la que se encarga de distribuir funciones entre diversos organismos y les asigna determinadas facultades y poderes que les permiten llevar a cabo los objetivos que se les encomiendan.

¹⁴⁹ La potestad ha sido conceptualizada como “Aquella situación de poder que habilita a su titular para imponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del estado material de cosas existentes”. SANTAMARÍA, J. 1990. Principios de derecho administrativo. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, p. 370.

Ahora bien, es relevante destacar que la ley puede definir en forma más o menos exhaustiva las condiciones de ejercicio, el contenido y los efectos jurídicos de una potestad, distinguiéndose entre potestades administrativas regladas y discrecionales. Será una potestad del primer tipo, si la norma jurídica determina todos los elementos tanto de su estructura como de su ámbito de ejercicio¹⁵⁰, y del segundo tipo, en el caso que la norma jurídica no predetermine alguno de estos elementos y remita a la Administración la decisión acerca del momento en que la potestad debe ser ejercida o qué decisión debe ser tomada. Así, “la potestad resulta ser reglada si la Administración sólo debe aplicar a un supuesto de hecho la consecuencia jurídica predeterminada por la ley, ya que la norma ha determinado agotadora y exhaustivamente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad. Por su parte, la potestad será discrecional si la ley entrega a la Administración la posibilidad de elegir entre distintas opciones admisibles, todas las cuales serán tenidas como válidas frente al ordenamiento jurídico”¹⁵¹.

De este modo, en el caso de las potestades discrecionales la Administración tiene un ámbito de decisión mayor debiendo apreciar el interés público en juego, sin que baste una simple operación de subsunción de una determinada circunstancia de hecho en la norma, pues existen diversas alternativas que se

¹⁵⁰ Las potestades regladas son aquellas en que los elementos o condiciones de su ejercicio - quién, cómo, cuándo, por qué, para qué, etc.-, se encuentran definidos íntegramente en la ley, por lo que para su ejecución, basta la sola constatación de la realidad a la cual se aplicarán. De modo que, los OAE sólo ejecutan los mandatos preestablecidos por el legislador. SANTAMARÍA, J. 1990. Principios de derecho administrativo. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, p. 375.

¹⁵¹ SAAVEDRA, R. 2011. Discrecionalidad administrativa. Santiago, Abeledo Perrot, p. 14.

miran como igualmente justas o como indiferentes jurídicos¹⁵², debiendo fundar la decisión entonces en criterios extrajurídicos¹⁵³ cuyo juicio queda entregado a la autoridad.

En todo caso, la doctrina administrativa¹⁵⁴ sostiene que “[l]a discrecionalidad no es una característica que pueda globalmente predicarse de una potestad, sino de algunos de sus elementos o condiciones de ejercicio: no hay potestades íntegramente discrecionales (...)”¹⁵⁵, pues ello sería precisamente contrario al principio de legalidad. En toda potestad, incluso las discrecionales, puede reconocerse un mínimo de cuatro elementos reglados¹⁵⁶: (i) existencia; (ii) extensión; (iii) órgano competente; y (iv) fin. Es en este último elemento en el que entra a jugar un rol la libre competencia, debiendo ponderarse con los criterios u objetivos que el órgano público debe propender a optimizar o compatibilizar, al momento del diseño de políticas públicas.

Entonces, siguiendo el razonamiento anterior, la problemática de la extensión de las atribuciones de la FNE y del TDLC en relación a los actos administrativos sólo cobra importancia en el caso que se presente una colisión entre los fines

¹⁵² Que la Administración pueda elegir dentro de un universo de “indiferentes jurídicos”, supone que ante una potestad discrecional no hay una solución unívocamente predeterminada, pues la decisión tiene por fundamento criterios extrajurídicos, los que son adoptados conforme al criterio que ante el caso, se forme la autoridad.

¹⁵³ Las razones pueden ser de distinta índole: económicas; jurídicas; técnicas; sociales; ambientales, etc., y pueden tomar en consideración sus efectos a corto, mediano y/o largo plazo.

¹⁵⁴ SANTAMARÍA, J. 1990. Principios de derecho administrativo. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, p. 374.

¹⁵⁵ SAVEDRA, Rubén. Discrecionalidad Administrativa. AbeledoPerrot, 2011, Santiago, p. 14.

¹⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R. 1992. Curso de derecho administrativo. 5º ed. Madrid, Editorial Civitas, p. 453.

que pretende alcanzar la libre competencia y los propios de una potestad sectorial.

En la generalidad de las hipótesis, no debiese ser problemático, pues como se señaló en el Capítulo I, la libre competencia no es más que el desarrollo legal de determinados preceptos y principios constitucionales, por lo que si se considera que el ordenamiento jurídico es un todo armónico y coordinado, guiado por principios generales del Derecho, estos inconvenientes debiesen ser la excepción. Esta aseveración es reafirmada por lo dispuesto en la Guía¹⁵⁷ de Sector Público y Libre Competencia elaborada por la FNE, pues reconoce que: “[e]n algunos casos, los objetivos de política pública y las regulaciones específicas que los concretizan pueden no estar alineados con los principios de la libre competencia, e incluso llegar a contravenirlos. En la medida que estas disposiciones estén fundadas en un mandato legal expreso y específico que se sobreponga a la normativa de libre competencia, y que la actuación de los OAE se ciña estrictamente a lo dispuesto en la ley, la FNE entiende que tal actuación no sería objeto de reproche como ilícito anticompetitivo”¹⁵⁸.

De manera que, estando frente a un caso excepcional en que la divergencia de fines se presente, la clasificación entre potestades regladas y discrecionales

¹⁵⁷ Como se tratará infra, las guías elaboradas por la FNE no resultan vinculantes para el TDLC, Corte Suprema, ni para los OAE, sino que se enmarcan dentro de sus actividades de promoción de la libre competencia, con el fin de entregar lineamientos en el cumplimiento de la normativa sectorial.

¹⁵⁸ CHILE. Fiscalía Nacional Económica. 2012. Sector público y libre competencia: evaluando sus actuaciones desde la perspectiva de la libre competencia [pdf], p.5 <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Guia-final-sector-publico.pdf>> [consulta: 20 junio 2014]

deviene en clave, pues -como se verá latamente- incide en el ámbito de control que el TDLC pueda ejercer sobre esta conducta¹⁵⁹⁻¹⁶⁰. Ello porque, si un órgano es obligado por una norma jurídica a actuar de una forma determinada, no procede que el TDLC cuestione el proceder de dicho ente, pues al tratarse de una potestad reglada, el sujeto no pudo haber actuado de una forma diversa sin incurrir en un vicio de ilegalidad. En un caso así, habría que suponer que el legislador ha privilegiado otros bienes jurídicos o fines en juego por sobre la defensa de la libre competencia, ya que ésta no tiene un valor absoluto, sino que debe ponderarse con otros intereses y necesidades públicas¹⁶¹.

En cambio, tratándose de las potestades discrecionales, la misma Guía de la FNE anteriormente citada, establece que: “[s]i las actuaciones del organismo del sector público han sido definidas por éste, amparado en su potestad

¹⁵⁹ “Que, en razón de lo anterior, no es posible considerar la conformidad con la normativa especial que regula una actividad -en este caso, la de concesiones de obra pública- como eximente de responsabilidad por el incumplimiento de la normativa general de defensa de la libre competencia, especialmente si no se verifica en la especie una situación de contradicción entre ambas que impida cumplirlas simultáneamente y, por el contrario, existe un ámbito de discrecionalidad en la conducta de Somarco constitutiva de infracción, toda vez que bien pudo fijar, por debajo del máximo autorizado por su contrato, cualquier tarifa que no produjera o tendiera a producir los efectos contrarios a la libre competencia antes descritos”. CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2012b. Sentencia N°121/2012, 10 de mayo, Considerando 52°.

¹⁶⁰ William García parece no estar de acuerdo con esta afirmación pues según él, “[c]uando la ley ha programado completamente la actividad administrativa, el control debe tener por objeto examinar su sujeción a la ley, pues es esta la que actúa como una estándar de referencia inmediato. Pero cuando la ley ha entregado un ámbito de decisión autónomo a la Administración, no cabe control jurídico. Ello no vulnera o ignora el principio de legalidad, sino que es justamente una aplicación de este. Si fuera posible controlar jurídicamente ese espacio de discrecionalidad, entonces esta por definición deja de existir”. No parece acertada la afirmación de García, toda vez que la ley no puede otorgar facultades puramente discrecionales y, además, la discrecionalidad no puede ser entendida como un permiso a la Administración para actuar arbitrariamente. En nuestro ordenamiento jurídico, para mantener un adecuado sistema de pesos y contrapesos, toda potestad debe poder ser objeto de control.

¹⁶¹ En este sentido, CHILE. Corte Suprema. 2011b. Causa Rol 9265-2010, 15 de julio, Considerando 15°.

discrecional, tales actuaciones pueden ser investigadas por la FNE y sancionadas por el TDLC, toda vez que podrían constituir o constituirían un atentado a la libre competencia y por ende una transgresión al DL N°211¹⁶². Misma opinión es sostenida por Covarrubias: “No obstante poseer la autoridad una potestad discrecional, legalmente otorgada y fundada en una competencia técnica indiscutida, ello no impide a la autoridad jurisdiccional de la libre competencia efectuar un examen material acerca de si las medidas adoptadas se ajustan a las prescripciones de justicia contenidas en el DL N°211¹⁶³”.

Como se puede apreciar, el tratamiento que institucionalmente se reconoce al control o juzgamiento de conductas potencialmente atentatorias contra la libre competencia, varía según se trate de una potestad u otra.

2.2.1. Control de potestades regladas de los Órganos de la Administración del Estado

Enfatizando lo ya señalado, no es procedente que se pretenda por la vía contenciosa del TDLC dejar sin efecto una norma en vigencia, obligando al órgano público a desvincularse de un imperativo legal bajo coacción de sanción

¹⁶² CHILE. Fiscalía Nacional Económica. 2012. Sector público y libre competencia: evaluando sus actuaciones desde la perspectiva de la libre competencia [pdf], p.11 <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Guia-final-sector-publico.pdf>> [consulta: 20 junio 2014]

¹⁶³ COVARRUBIAS, I. 2008. El monopolio de privilegio: la libre competencia como límite a la actividad regulatoria de la Administración. En: Decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia años 2004-2005. Comentarios a la jurisprudencia e índices Analíticos. Tomo II. Universidad Adolfo Ibáñez. p.156.

de ilícito anticompetitivo. Sostener lo contrario implicaría que el OAE actuaría de manera antijurídica en cualquier caso, ya que si siguiera lo que su norma sectorial le obliga, infringiría el DL N°211 y, si por el contrario, implementara una decisión en base a un criterio pro competitivo, pero diverso al señalado por la ley, también contravendría el ordenamiento jurídico. De forma que, es de toda lógica, que si la ley ha dispuesto una forma de actuar determinada para la Administración, tenga primacía el principio de especialidad y, por tanto, preeminencia el texto legal expreso que la obligue.

La jurisprudencia reciente¹⁶⁴ en sede libre competencia, ha venido a confirmar estas apreciaciones. Un caso especialmente relevante fue el requerimiento de la FNE contra la Junta de Aeronáutica Civil (“JAC”), por las licitaciones de frecuencias aéreas de la Ruta Santiago-Lima efectuadas por ésta, considerando como único factor de adjudicación¹⁶⁵ la cantidad de dinero ofrecida por los participantes. A ojos del TDLC, la licitación en estos términos, se configuraba como barrera a la entrada de nuevos competidores en el mercado, por lo que ordenó a JAC modificar las bases de licitación de acuerdo a lo señalado por la sentencia y asegurar que en el futuro, las bases

¹⁶⁴ Aunque ya desde la década de los 80’ la Comisión Resolutiva reconocía la importancia del principio de legalidad en relación a la aplicación de las normas de libre competencia: “Que el Comité Ejecutivo del Banco Central de Chile tuvo justificación legal para establecer limitaciones o restricciones para la adquisición de viviendas de las instituciones financieras en la liquidación, de modo que no pueden estimarse discriminatorios los Acuerdos N°1506 y 1513, de 6 de Abril y 5 de Mayo, ambos de 1983, que las contemplaron al Aprobar el Sistema de Financiamiento Complementario para la Adquisición de Viviendas Terminadas”. CHILE. Comisión Resolutiva. 1986. Resolución N°239/1986, 26 de agosto, Parte Resolutiva.

¹⁶⁵ En la Sentencia N° 44/2006 el TDLC ya había aconsejado utilizar diversos criterios pro competitivos como factores para determinar al ganador de una licitación.

garantizarían mejores condiciones de competencia. La Corte Suprema, revocó esta sentencia, al acoger el recurso de reclamación interpuesto en su contra, por considerar precisamente que mientras JAC aplicara las normas vigentes (Decreto Ley N° 2564 de Aviación Comercial¹⁶⁶⁻¹⁶⁷ y su Reglamento¹⁶⁸⁻¹⁶⁹), estaba obligada a adjudicar las licitaciones a quien ofertara un mejor precio, de modo que el TDLC no podía imponerle la obligación de actuar de una forma diversa a la prevista por la legislación, pues la obligaría a infringir el principio de juricidad: “[l]a decisión del fallo, en cuanto a que las bases de licitación en este caso son contrarias a las disposiciones del Decreto Ley 211, no se ajusta a derecho, por cuanto éste sanciona conductas típicamente antijurídicas, es decir, contrarias al ordenamiento jurídico”, lo que no acontecía en la especie, de acuerdo con el criterio de la Corte Suprema¹⁷⁰.

¹⁶⁶ CHILE. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. 1979. Decreto Ley 2.564: Dicta normas sobre aviación comercial, modifica los decretos con fuerza de ley números 221, de 1931, y 241, de 1960 y deroga los preceptos que señala, junio 1979.

¹⁶⁷ El inciso primero del artículo 3° del Decreto Ley N° 2564 de Aviación Comercial contempla que “Si de acuerdo a los convenios internacionales o por razones de reciprocidad, se dispusiere de un número inferior de frecuencia internacionales en una ruta determinada que operadores interesados para operar en ella, tales frecuencias se asignarán a estos operadores por la Junta de Aeronáutica Civil mediante licitación pública de acuerdo con las condiciones y procedimientos que fije el reglamento”.

¹⁶⁸ CHILE. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. 1981. Decreto Supremo 102: Reglamenta licitación pública para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales, julio 1981.

¹⁶⁹ El Reglamento contenido en el Decreto Supremo N°102 de 1981 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones dispone en su artículo 4 “La Junta de Aeronáutica Civil asignará la o las frecuencias disponibles a la empresa que haya ofrecido la mayor suma de dinero por cada una de ellas, y procederá a devolver la garantía a los interesados restantes”.

¹⁷⁰ “Que por intermedio de la reclamación la Junta de Aeronáutica Civil sostuvo que la legislación a su respecto, referida también a sus actos, es por naturaleza especial, y por ello sus reglas se aplican con preferencia a las del Decreto Ley 211, que es general. De acuerdo al principio de legalidad, su parte debe hacer lo que las leyes y reglamento expresamente le ordenan y evitar hacer lo que éstas no lo facultan expresamente a realizar. De obedecer lo que le ordenó el Tribunal actuaría contra derecho y el acto que dictare de acuerdo a la sentencia sería nulo, por

En otro caso¹⁷¹ conocido por el TDLC, la empresa Netland S.A. demandó¹⁷² al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones por la realización del concurso público de “Infraestructura digital para la competitividad e innovación y sus respectivos subsidios” que tenía por objeto la construcción y operación de redes de telecomunicaciones para la provisión del servicio de acceso a internet en localidades rurales sin acceso. Se imputó que el diseño de las bases del concurso impondría una barrera a la entrada de operadores de carácter local o regional, que los subsidios otorgados en localidades donde ya existía un operador prestando servicios propiciaría prácticas predatorias y de competencia desleal y que, en determinadas localidades, sería ilegal utilizar el Fondo de Desarrollo de la Telecomunicaciones, dada la existencia de proveedores privados de los servicios que se pretendía subsidiar.

infracción a los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República. Ello por cuanto el artículo 3 de la Ley de Aviación Comercial establece, para la situación fáctica de esta causa, que las frecuencias se asignarán a los operadores nacionales interesados, por la Junta Aeronáutica Civil mediante licitación pública, de acuerdo con las condiciones y procedimientos que fije el reglamento, el que establece que cualquier operador que sea una empresa aérea nacional está habilitado para participar en la licitación, y que la Junta asignará la o las frecuencias disponibles a la empresa que haya ofrecido la mayor cantidad de dinero por cada una de ellas. A su parte no le resulta entonces posible introducir exigencias o condiciones distintas a las que señala el reglamento dictado al efecto. Su actuación constituye un acto administrativo válido, ejecutado con estricto apego a la potestad reglada que la ley le atribuye a su parte. La decisión del fallo en cuanto a que las bases de licitación en este caso son contrarias a las disposiciones del Decreto Ley 211, no se ajusta a derecho por cuanto éste sanciona conductas típicamente antijurídicas, es decir, contrarias al ordenamiento jurídico, cuyo no es el caso de autos.

La potestad en virtud de la cual su parte señala las bases de licitación es reglada, por cuanto debe hacerlo de acuerdo con las condiciones y procedimientos que fije el reglamento, no es una facultad discrecional. Por ello el tribunal sólo puede proponer al Presidente de la República las modificaciones que estime oportunas”. CHILE. Corte Suprema. 2009b. Causa Rol N° 1855-2009, 15 de junio, Considerando 1°.

¹⁷¹ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2010d. Sentencia N°105/2010, 22 de octubre.

¹⁷² Con posterioridad, también presenta demanda contra el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones la empresa Marcom Ltda.

El TDLC resolvió que si bien la licitación se podría haber diseñado para restringir en menor medida la participación de oferentes de cualquier tamaño, “[n]o existen antecedentes en autos que permitan dar por acreditado que las restricciones contenidas en las bases eran injustificadas, atendido el objetivo perseguido por la autoridad con el Concurso y la restricción presupuestaria existente;

Que, en definitiva, a partir de los antecedentes que obran en autos, este Tribunal concluye que no es posible calificar la manera específica en que se diseñaron las bases del Concurso –en lo que se refiere a privilegiar las ofertas nacionales por sobre las zonales o regionales– como una infracción a la legislación de defensa de la libre competencia, por lo que este capítulo de las acusaciones de las demandadas será desestimado”¹⁷³.

Y concluyó el TDLC, aplicando la doctrina de la Corte Suprema del caso JAC:

“Que el subsidio analizado en autos constituye entonces, a juicio de este Tribunal, una discriminación arbitraria que tiene efectos anticompetitivos. Sin embargo, dado que su fuente es legal, este Tribunal no aplicará sanciones respecto de la demandada, sin perjuicio de su facultad para solicitar la

¹⁷³ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2010d.Sentencia N°105/2010, 22 de octubre, Considerandos 64° y 66°.

modificación o dictación de normas, establecida en el artículo 18 N° 4 del Decreto Ley N° 211”¹⁷⁴.

Como se puede apreciar, obedecer la regulación con objetivos de política pública especiales ha generado que, sin perjuicio del reproche respecto al resultado obtenido desde la perspectiva de la libre competencia, se determine no sancionar al órgano público, por cuanto, ese resultado sería aquel que se buscaría por la aplicación de la normativa sectorial. Este razonamiento fue reafirmado por la Corte Suprema al rechazar el recurso de reclamación interpuesto contra la sentencia en cuestión, poniendo énfasis en que existían en el caso otros valores en juego, sin que la competencia en los mercados debiese primar a todo evento. En palabras de la Corte Suprema:

“Que, por otra parte, el derecho a la libre competencia no es absoluto y tiene como límite los principios constitucionales de la dignidad humana y de la subsidiariedad, en cuanto el Estado debe crear las condiciones para hacer efectivo el acceso de las personas con menores ingresos de un servicio básico de tecnología de información y comunicación, ampliando progresivamente su cobertura.

Así, el concurso encuentra fundamento en dichos principios y tiene por objeto que el Estado en último término logre conseguir la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo mediante la prestación de un

¹⁷⁴ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2010d.Sentencia N°105/2010, 22 de octubre, Considerando 102°.

servicio, cuya regulación le compete y sobre la cual está habilitado para intervenir con las finalidades expresadas”¹⁷⁵.

Otro pronunciamiento judicial en que se ve reflejado el criterio general que se ha descrito –que imperativos de libre competencia no pueden sustentar contravenciones a la normativa sectorial, tratándose de potestades regladas- es la ya mencionada sentencia del TDLC, a propósito del caso Sonda con Servicio de Registro Civil e Identificación, en el que se imputó a la autoridad que, en el marco de la licitación del nuevo sistema de emisión e identificación de cédulas de identidad y pasaportes, habría alterado las condiciones objetivas de competencia entre los oferentes de dicha licitación, privilegiando a algunos oferentes respecto de otros y habría realizado actos exclusorios. El TDLC resolvió:

“Que la conclusión establecida en la consideración precedente es sin perjuicio de aquellas actuaciones del SRCEI que se enmarquen estrictamente en la ley en virtud del ejercicio de una potestad de carácter reglado, en cuyo caso no se le podría sancionar por el incumplimiento de las normas del D.L. N° 211, pues ello implicaría hacerlo incurrir en una infracción al principio de legalidad que rige sus actuaciones. En el caso que este Tribunal estime que una actuación de un órgano público -que no hace más que dar fiel cumplimiento a la legislación

¹⁷⁵ CHILE. Corte Suprema. 2011b. Causa Rol 9265-2010, 15 de julio, Considerando 15°.

vigente-, vulnera la libre competencia, lo que cabe es ejercer la facultad propositiva del artículo 18° N° 4 del D.L. 211”¹⁷⁶.

En definitiva, ante potestades regladas, el control que desde la perspectiva de libre competencia pueda ejercerse, está limitado, pues no puede implicar que se contravenga la regulación de jerarquía legal especial imperante. En esos casos, es de suponer que en la ponderación de bienes jurídicos, la normativa sectorial privilegió otros factores, los que deben respetarse tanto por los OAE, como por las autoridades de libre competencia.

Hasta aquí lo que se ha revisado es lo que ocurre en casos de colisión entre un imperativo legal sectorial y una norma propia de defensa de la libre competencia, en el que como ya se ha señalado, debe primar la ley especial del sector. Sin embargo, un asunto completamente diferente es qué ocurre en la hipótesis en que una potestad reglada de carácter *infralegal* entre en colisión con las normas de competencia. Si bien es una discusión que doctrinaria y jurisprudencialmente aún no se ha desarrollado, Nehme es del parecer que el DL N°211 al tener el rango de ley y fuente en el Orden Público Económico consagrado a nivel constitucional, debe prevalecer atendiendo al principio básico de la jerarquía normativa, de modo que la interpretación dada por la Corte Suprema en el caso JAC “[e]n nada debiera restringir la posibilidad de que el TDLC, en aplicación de la norma de rango legal que es el DL N°211,

¹⁷⁶ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2013b. Sentencia N°132/2013, 25 de octubre, Considerando 17°.

exija modificación o derogación de actos de autoridad dictados en base a normas reglamentarias (evidentemente mientras tales normas reglamentarias no sean de simple ejecución de una ley, como sucedió en el caso de JAC)¹⁷⁷. Similar opinión han sostenido Valdés¹⁷⁸ y Covarrubias¹⁷⁹. En definitiva, el caso JAC permitiría concluir que las normas de libre competencia no tienen aplicación en aquellos casos en que el asunto se encuentre específicamente regulado por una ley especial o por un reglamento que ejecuta una ley, pero sí serían plenamente aplicables respecto de todo acto de un OAE distinto de estos casos excepcionales.

2.2.2. Control de potestades discrecionales de los Órganos de la Administración del Estado

Como se apreciará, el escenario recién descrito no es totalmente diferente, aunque presenta matices, en el control de potestades discrecionales. Como se aludió, entre los elementos controlables de una potestad de este tipo está el fin u objetivo. Pero como la potestad no está plenamente pre-configurada en cuanto a sus condiciones de ejercicio, queda un ámbito de indiferentes

¹⁷⁷ NEHME, N. 2011. 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. La libre competencia en el Chile del bicentenario Chile. Santiago. Chile. Thomson Reuters PuntoLex. pp. 317-373, p. 339.

¹⁷⁸ VALDÉS, D. 2006. Libre Competencia y monopolio. Santiago, Editorial Jurídica, p. 251.

¹⁷⁹ COVARRUBIAS, I. 2008. El monopolio de privilegio: la libre competencia como límite a la actividad regulatoria de la Administración. En: Decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia años 2004-2005. Comentarios a la jurisprudencia e índices Analíticos. Tomo II. Universidad Adolfo Ibáñez. p.149.

jurídicos, entre los cuales el órgano puede elegir, pero siempre procurando alcanzar en mayor medida el fin u objetivo para el que fue conferida la potestad¹⁸⁰. Y como se señaló, la perspectiva de la libre competencia, entra a sumarse a los factores que el órgano debe optimizar, velando por ponderar en una justa medida el fin sectorial con el respeto y la promoción de la libre competencia¹⁸¹. Y sólo porque en esta labor de ponderación, el órgano puede sacrificar excesivamente el último de estos valores o bienes jurídicos, es que se justifica un control desde la perspectiva especializada del DL N°211. De todas formas, como también se ha señalado, la contradicción en los resultados buscados por la política sectorial y la de libre competencia no debiese ser usual, pues suponerlo, conllevaría asumir que la generalidad de las políticas públicas apunta a fines contrarios al Orden Público Económico.

La jurisprudencia en sede libre competencia ha transitado con oscilaciones, en el proceso de determinar los alcances propios de la regulación –diseño de política pública sectorial- y los propios del control jurisdiccional en esta sede. Esto no puede extrañar, pues de hecho es uno de los problemas que enfrenta

¹⁸⁰ Por el contrario, una actuación concreta que manifieste total desavenencia con el fin u objetivo para el que fue otorgada la potestad, configura en Derecho Administrativo una actuación viciada, por desviación de poder, y por ende, arbitraria. El ejercicio de toda potestad está limitado a los márgenes que fija el ordenamiento jurídico, a que se encuentre basada en la razonabilidad, la prudencia, la proporcionalidad y la necesidad o finalidad pública, y a que tenga un fundamento claro y ajustado a derecho, manifestado en la motivación del acto. Para mayores antecedentes véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R. 1992. Curso de derecho administrativo. 5º ed. Madrid, Editorial Civitas, p.473.

¹⁸¹ “Por ende, la sujeción del Estado y sus organismos a las normas de defensa de la libre competencia se traduce en el deber de compatibilizar o armonizar los diversos fines de política pública de que se trate, con la protección de la libre competencia que habrá de respetar, a lo menos, en la elección y diseño de los mecanismos por medio de los cuales se proponga alcanzarlos”. CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2012b. Sentencia N°121/2012, 10 de mayo, Considerando 40°.

históricamente la teoría del contencioso-administrativo¹⁸² desde sus orígenes, especialmente en ámbitos en que resulta usual la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, como resulta ser la libre competencia.

Ya en el año 1977, la Comisión Resolutiva, al conocer de una acusación en contra de la I. Municipalidad de Viña del Mar, afirmó que los órganos de libre competencia debían actuar ejerciendo un control de la discrecionalidad de las decisiones adoptadas por los OAE, en cuanto a sus efectos de libre competencia. A la autoridad se le imputaba, primero, el haber otorgado permisos para la venta de ciertos productos en la vía pública en forma discriminatoria, al limitar a un solo permisionario a un comercio y a una hora determinada, mientras que a otros se les daba una duración ilimitada y, segundo, por asegurar a éstos una zona de mercado exclusivo de 100 metros a la redonda, en perjuicio del primero. La Comisión Resolutiva acogió el requerimiento del Fiscal por estimar que en ejercicio de sus atribuciones la Municipalidad había establecido limitaciones indebidas en el comercio y justificó su competencia afirmando:

“Que un aspecto de este problema es la existencia misma de facultades discrecionales en favor de la autoridad, que, objetivamente, son plenamente necesarias para la marcha de la Administración y otro diferente, es cómo se ejercen esas atribuciones en los casos particulares a que haya lugar.

¹⁸² Para un mayor análisis de cómo ha afectado la ausencia de un sistema contencioso-administrativo regulado y los problemas históricos en la delimitaciones de las potestades de la Administración por parte del poder judicial, véase: FAÚNDEZ, J. 2011. Democratización, desarrollo y legalidad. Chile, 1831-1973. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales.

Que es así, como paralelamente al ejercicio de facultades discrecionales, atendidos su amplitud y los efectos que pueden producir, la legislación suele contemplar mecanismos de fiscalización que coexisten con esas potestades, y que tienen por función, precisamente, revisar a la luz de determinados ordenamientos jurídicos los fundamentos y calificaciones que la autoridad sectorial ha tenido para tomar una resolución.

Y es justamente esta la situación que se observa en el presente caso, toda vez que el legislador del decreto Ley N°211, de 1973, entrega a esta Comisión Resolutiva funciones específicas destinadas a la Defensa de la Libre Competencia en las actividades económicas y en esa virtud le asiste competencia suficiente para avocarse al conocimiento de esas materias y, por tanto, para analizar y calificar los motivos o fundamentos en que se han basado tales resoluciones”¹⁸³.

Esta misma línea argumental fue reafirmada con posterioridad, también respecto al otorgamiento de permisos para el comercio en la vía pública, pero ahora en el territorio de la I. Municipalidad de Santiago. La Comisión aquí agregó determinados criterios al sostener que: “(...) no obstante que la autoridad municipal disponga de atribuciones para adoptar decisiones en materia del ordenamiento del comercio comunal, dichas decisiones deben fundarse en motivos de interés general relacionados con aspectos que estén

¹⁸³ CHILE. Comisión Resolutiva. 1977. Resolución N°37/1977, 9 de noviembre, Considerandos 9° y 10°.

dentro de la competencia del Gobierno Municipal, tales como, ornato, higiene, urbanismo, etc., pero sin que ellas impliquen contravenir las normas generales dictadas para asegurar la libre competencia comercial e industrial, pues en tales casos su calificación compete a los organismo creados especialmente por el Decreto Ley N°211, de 1973”¹⁸⁴. En otro caso, dicha Comisión afirmó “Que, en consecuencia, y aun cuando las restricciones a la competencia que alguna política pública pueda entrañar estén efectivamente justificadas, éstas deben procurar producir la mínima distorsión posible en el funcionamiento competitivo de los mercados”¹⁸⁵.

El posterior desarrollo jurisprudencial no sólo ha exigido que las decisiones adoptadas por los organismos públicos no sean anticompetitivas, sino que ha tendido a establecer que la alternativa a escoger sea la más afín a la competencia en los mercados: “[l]a aplicación de las normas de defensa de la libre competencia a los municipios impone a estos últimos el deber de ejercer sus facultades discrecionales del modo que mejor se conforme a las normas de libre competencia”¹⁸⁶; “[l]os municipios, al ejercer esta facultad, deben respetar las normas de libre competencia y, por lo tanto, deberán optar por aquel mecanismo que tenga el efecto más procompetitivo”¹⁸⁷. Misma opinión plantea Covarrubias, quien sostiene que las autoridades antimonopolios no sólo deben

¹⁸⁴ CHILE. Comisión Resolutiva. 1979. Resolución N°59/1979, 25 de abril, Considerando 4°.

¹⁸⁵ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2010d.Sentencia N°105/2010, 22 de octubre, Considerando 21°.

¹⁸⁶ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Instrucciones de Carácter General N°3. 21 de marzo de 2013. Considerando 18°.

¹⁸⁷ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Instrucciones de Carácter General N°3. 21 de marzo de 2013. Considerando 21°.

ejercer un rol negativo de rechazo a las intromisiones contrarias a la libre competencia cometidas por los OAE, sino que “[d]eben desarrollar un rol activo, de promoción de este bien jurídico y, por lo tanto, de preferencia por aquella norma jurídica que de menor forma limita la libertad de competir en el mercado”¹⁸⁸.

Con todo, y a pesar que el ejercicio de facultades discrecionales por parte de la autoridad encuentra un límite en el DL N°211, no cabe extender el alcance de este “límite” hasta la búsqueda de la “perfección” de una política sectorial por sobre otra, pues el TDLC no puede actuar como un filtro de mero perfeccionamiento de políticas públicas, de lo contrario, se le estaría atribuyendo el mismo rol que al regulador. Así, García de Enterría, a propósito de la revisión judicial de las potestades discrecionales de la Administración, sostiene que “[l]a tarea de los Tribunales no consiste, por tanto, en repetir el mismo ejercicio que la Administración para llegar, a través de él, al mismo o diferente resultado, lo que les convertiría, ciertamente, en administradores, sino en verificar si en el ejercicio de su libertad decisoria la Administración ha observado o no los límites con los que el Derecho acota esa libertad y si, finalmente, la decisión adoptada puede considerarse, en consecuencia, como

¹⁸⁸ COVARRUBIAS, I. 2008. El monopolio de privilegio: la libre competencia como límite a la actividad regulatoria de la Administración. En: Decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia años 2004-2005. Comentarios a la jurisprudencia e índices Analíticos. Tomo II. Universidad Adolfo Ibáñez. p.161.

una decisión racionalmente justificada o, por el contrario como el simple fruto de la voluntad desnuda de quien la ha adoptado”¹⁸⁹.

Un caso de gran relevancia en que el TDLC se vio enfrentado a este problema fue ante la consulta de la Subtel respecto a si correspondía -bajo la óptica de las normas de libre competencia- que estableciera a los actuales concesionarios de servicio público telefónico móvil, alguna exclusión, restricción o requisito para participar en el concurso público de espectro radioeléctrico de tercera generación 3G. Aquí sostuvo que:

“En este contexto, no es procedente que este Tribunal ordene contravenir la normativa de telecomunicaciones, impidiendo que determinadas personas concursen por un recurso respecto del cual, conforme a la ley, tienen libre e igualitario acceso, más aún si el órgano encargado de interpretar y aplicar tal normativa ha corroborado tal improcedencia.

Por consiguiente, este Tribunal analizará -en el contexto normativo antes reseñado cuáles son los riesgos para la competencia que involucra la participación en el Concurso de los actuales concesionarios de telefonía móvil, a fin de determinar si es preciso mitigar tales riesgos por medio del establecimiento de condiciones de aplicación general, que concilien las normas de defensa de la competencia con la legislación sectorial aplicable”¹⁹⁰⁻¹⁹¹.

¹⁸⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R. 1992. Curso de derecho administrativo. 5º ed. Madrid, Editorial Civitas, p.473.

¹⁹⁰ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2008c. Resolución N°27/2008, 17 de julio, p.71.

¹⁹¹ La decisión de permitir que los actuales concesionarios de servicio público telefónico móvil participaran en el concurso público del espectro radioeléctrico de tercera generación es sin

Si bien parece razonable que, como quedó expuesto con anterioridad, el único ámbito en el que el TDLC puede sancionar a un OAE por contravenir el bien jurídico protegido por la libre competencia es en el ejercicio de potestades discrecionales – y eventualmente en potestades regladas de carácter infralegal, no resulta aceptable que esta facultad del tribunal sea absoluta, pasando por encima de los fines sectoriales que el legislador ha asignado para la satisfacción de las diversas necesidades públicas. En este sentido, el alcance del filtro de libre competencia debiese abarcar sólo los sacrificios excesivos de dicho bien¹⁹². En otros casos, no debiera haber objeción posible, porque debiera suponerse que la decisión obedece a los otros fines que el órgano público debe propender a lograr al diseñar cualquier política pública¹⁹³. De lo contrario, el efecto que se produciría sería eliminar la potestad discrecional del OAE de que se trate, pues en la práctica ya no se enfrentaría a indiferentes jurídicos, sino que la mayoría de las veces sólo existiría una opción deseable a

perjuicio de que el TDLC estableció ciertas medidas que debía adoptar la Subtel y que se analizarán en el acápite correspondiente a las facultades consultivas del tribunal. Sin embargo, es interesante constatar que la Corte Suprema interpretó distinto el alcance de la ley sectorial de cómo la interpretó el TDLC, pues al conocer del recurso de reclamación interpuesto en contra de esta resolución, revocó el fallo.

¹⁹² “El Estado tiene siempre la posibilidad, con posterioridad a que se le haya imputado una conducta supuestamente anticompetitiva, de justificar objetiva y razonablemente su elección por un determinado diseño, indicando cómo ha resguardado, en concreto, la rivalidad mínima en las condiciones de entrada al mercado. Esto no es más que un corolario del hecho que el diseño de bases de licitación es eminentemente un ámbito donde se expresa la política pública. A este respecto, se debe destacar que la autoridad, entre una multiplicidad de opciones posibles, puede escoger cualquiera de ellas siempre que la elegida no constituya una infracción al D.L. N° 211”. CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2014b. Sentencia N°138/2014, 30 de julio, Considerando 20°.

¹⁹³ Y si tampoco es así, sólo cabe suponer una actuación que adolece de desviación de fines, por lo que sería nula. Pero nuevamente, el TDLC no sería la instancia para declarar la nulidad de actos administrativos, por no adecuarse a los fines del marco normativo que rige su actuar.

los ojos de la libre competencia, alterándose así también el principio de juridicidad y división de competencias realizado por la ley, que tuvo a la vista y decidió de forma consciente asignar potestades discrecionales a un órgano en un determinado asunto.

Lo anterior, ha sido reconocido por el mismo TDLC en algunos de sus pronunciamientos, por ejemplo, en un caso de licitaciones públicas para plantas de revisión técnica en que se cuestionaron las bases de la licitación, señaló:

“Que es atribución de la autoridad que realiza un llamado a licitación de un servicio público delegado definir las exigencias y costos que implique ingresar a la actividad económica de que se trata, no siendo, en general, una materia en la que deba este Tribunal intervenir, a menos que los términos y condiciones de dicha licitación tiendan a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia de cualquier modo”¹⁹⁴.

Por su parte, y en la misma línea, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ha sido consistente con la visión del control al que pueden someterse los actos de la Administración, sin que considere aceptable cuestionar si la decisión “[c]onstituyó la figura jurídica más apropiada para dar cumplimiento a la aludida función (...), toda vez que tal aspecto incide

¹⁹⁴ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2005a. Sentencia N°14/2005, 5 de abril, Considerando 8°. En el mismo sentido, CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2004c. Sentencia N° 11/2004, 3 de diciembre, Considerando 7°.

en una cuestión de mérito, oportunidad o conveniencia que corresponde exclusivamente a la Administración activa”¹⁹⁵.

De esto es posible extraer que, sólo excepcionalmente le compete a la autoridad de libre competencia analizar los requisitos establecidos para ingresar a un mercado que se encuentren contenidos en un acto de la Administración, más aún si se tiene en consideración la existencia de la presunción de legalidad de la que se encuentra revestido este tipo de actos. En términos doctrinarios, “el Derecho de la Competencia no es un instrumento para ordenar el sector, sino para enfrentarse a las conductas más claramente lesivas para el mercado. Se parte de la premisa de que el mejor mecanismo para corregir las ineficiencias de la actuación económica es el propio mercado. En este sentido, las autoridades de la competencia no deben actuar de manera intervencionista, tratando de sustituir al mercado, como hacen los reguladores. El Derecho de la Competencia sólo ha de aplicarse para reprimir los atentados más graves a la competencia, tal como son definidos en la normativa. En lo demás, debe funcionar la libre iniciativa. En caso contrario, se puede distorsionar la razón de ser del Derecho de la Competencia”¹⁹⁶.

Por lo demás, se debe considerar que el propio DL N°211 dispone en su artículo 1 que pretende corregir, prohibir y reprimir los *atentados* contra la libre competencia, para lo cual dota de determinados poderes y funciones al TDLC y

¹⁹⁵ CHILE. Contraloría General de la República. 2009a. Dictamen N°11.079/2009, marzo 2009.

¹⁹⁶ LAGUNA DE LA PAZ, J. 2011. Aplicación Administrativa del Derecho de la Competencia. En: La aplicación privada del Derecho de la Competencia, editorial Lex Nova, 2011, España. pp.735-747, p. 745.

a la FNE, pero sin que esto implique que pueda ejercer la potestad sancionatoria en hipótesis en que no ha existido una transgresión evidente al bien jurídico que se protege o una aptitud objetiva para su afectación. Esto, pues no se sigue lógicamente que del hecho que un determinado acto no esté perfectamente acorde con el máximo de eficiencia económica que se pudiese obtener, dicho acto sea *per se* sancionable, toda vez que no se configura un “atentado” o una aptitud de atentado¹⁹⁷. Se debe aceptar que existe un ámbito de comportamientos que sin ser económicamente los más eficientes y óptimos, no por eso se transforman en ilícitos merecedores de un reproche por parte del TDLC. Entre una decisión anticompetitiva y la mejor opción para la promoción de la competencia, existe un sinnúmero de alternativas posibles y queda dentro del ámbito de la discrecionalidad del OAE respectivo, hacer la elección de que se trate. De esta forma, aun en el caso que no se estuviera frente a actos administrativos modelo, si tampoco son actos cuyo diseño sea violatorio de la libre competencia, no debiesen ser objeto de sanción¹⁹⁸.

Pese a que para la jurisprudencia la definición de estos aspectos no sea en realidad un criterio asentado, sí puede sostenerse que se trata de una necesidad lógica, siendo relevante únicamente si el acto administrativo produce

¹⁹⁷ “Que, por lo tanto, la circunstancia de que el modelo escogido por el MOP sea imperfecto, no implica necesariamente que éste haya infringido la libre competencia en la asignación de la concesión. De hecho, en opinión de este Tribunal el MOP no infringió la libre competencia al asignar la concesión, ya que obtuvo la tarifa más competitiva posible, dado el sistema de licitación que definió, y estableció tarifas máximas para evitar cobros abusivos por parte del concesionario monopolista (...)”.CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2010c. Sentencia N°100/2010, 21 de julio, Considerando 95°.

¹⁹⁸ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2010d.Sentencia N°105/2010, 22 de octubre, Considerandos 64° y 65°.

o no, efectos anticompetitivos de cierta entidad. Esto, de todos modos, es sin perjuicio de que lo deseable es que la Administración precisamente adopte las decisiones que más se avengan, en la medida de lo posible, con la protección y fomento de la libre competencia.

2.3. Actuación estatal como defensa de los particulares¹⁹⁹

El país donde mayor desarrollo ha tenido la defensa de la actuación estatal ha sido Estados Unidos²⁰⁰, donde existe una excepción denominada “*state action*”²⁰¹ que permite proteger a los particulares de la aplicación de la normativa de libre competencia si la conducta por ellos realizada se enmarca dentro de un programa estatal, siempre que se cumplan dos supuestos: (i) la actuación haya sido autorizada por una regulación gubernamental y (ii) sea supervisada por el Estado.

¹⁹⁹ La OCDE desarrolló un estudio respecto a este tópico en 2011. OCDE. 2011a. Policy Roundtables: Regulated Conduct Defense [pdf] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/03/OECD_2011-Regulated-conduct-defense.pdf> [consulta: 15 octubre 2014]

²⁰⁰ En dicho país, nos podemos encontrar frente a tres tipos de relaciones entre la regulación sectorial y la normativa de libre competencia: (i) que la industria en cuestión esté expresamente eximida de la normativa de competencia a través de una cláusula de inmunidad; (ii) que la industria esté expresamente sometida a la normativa de competencia; o, (iii) exista silencio respecto del asunto. La mayoría de los casos, nada se dice, por lo que ahí adquiere relevancia la excepción de state action. SHELANSKI, H. 2012. Antitrust and regulation. En: Elhauge, E. Research Handbook on the Economics of Antitrust Law. USA. Series Editor: Richard Posner and Francesco Parisi. USA. p.327-350, p.329.

²⁰¹ Para una mayor profundización de esta doctrina en Estados Unidos y la Unión Europea, véase: CRANE, D. 2013. Judicial review of anticompetitive state action: two models in comparative perspective. Journal of Antitrust Enforcement 1(2): 418-436.

Esta excepción tuvo su origen en el caso *Parker v. Brown* el año 1943, en el que se produjo una colisión entre la normativa estatal de libre competencia (*Sherman Act*) y la regulación del Estado de California, que en un periodo de crisis económica que afectó fuertemente a la agricultura, dispuso un programa de estabilización de precios. El desarrollo que ha tenido esta doctrina consiste en que si el Estado articula una política que deliberadamente reemplaza la competencia en una industria por un marco regulatorio y supervisa su observancia, se entiende que la conducta realizada por orden estatal no es un acto del particular como tal²⁰². Sin embargo, no es admisible esta defensa en aquellos casos en que el Estado facilitó o encubrió el comportamiento ilícito, pues lo que se evalúa es la autonomía que tuvo el sujeto al momento de tomar su decisión²⁰³.

En nuestro país no se encuentra regulada esta materia ni existe un tratamiento sistemático del asunto, sin embargo, es posible analizar algunos casos en los que el TDLC ha tenido que pronunciarse respecto a la posibilidad de considerar como defensa de un particular, el actuar de un OAE en respaldo de su conducta. De esas experiencias es posible extraer que si bien la acción

²⁰² Se han utilizado argumentos tales como que el actuar en realidad es del Estado (*Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961) and *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965)), o que el Estado le obligó a hacerlo (*California Retail Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminum, Inc.*, 445 U.S. 97 (1980)).

²⁰³ Además en Estados Unidos se ha desarrollado la antitrust immunity doctrine en aquellos casos que el conflicto se produce entre una regulación sectorial a nivel federal -a diferencia de la state action doctrine en que la regulación es estatal- y la *Sherman Act*, resolviéndose la primacía de la normativa sectorial si es que la incompatibilidad es manifiesta. VALDÉS, D. 2006. Libre Competencia y monopolio. Santiago, Editorial Jurídica, pp.419-420.

estatal no se ha aceptado como justificación absoluta en términos tales que permita eximir de toda responsabilidad a los privados involucrados en la conducta anticompetitiva, sí se ha considerado como una atenuante y, por lo mismo, se ha visto reflejada en la entidad de la sanción aplicable. Esto se evidencia en la Sentencia N°94/2008, en que el Tribunal sostuvo que la circunstancia de que los acuerdos entre diversas empresas de transporte urbano de pasajeros en la ciudad de Osorno hayan sido aceptados por la Secretaria Regional Ministerio del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (SEREMITT), no implicaba que estos dejaren de ser antijurídicos, pues la juricidad o antijuricidad de un hecho, acto o convención desde la óptica de la libre competencia emana directamente de la ley y no encuentra más excepciones que las contempladas por el DL N°211, de manera que el examen debe realizarse de manera independiente de si se cuenta o no con la aprobación de una autoridad pública²⁰⁴. No obstante, reconoció que razonablemente la intervención de la autoridad sectorial debió tener efectos en la percepción que los sujetos requeridos tuvieron respecto de la licitud de su comportamiento, lo que “[e]videntemente disminuye en forma muy importante su responsabilidad en los hechos constitutivos de infracción descritos en la

²⁰⁴ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2010a. Sentencia N°94/2010, 7 de enero, Considerando 64°.

presente sentencia, aunque no los exculpa completamente de los mismos²⁰⁵, razón por la que se les impuso una multa sustancialmente menor²⁰⁶.

El mismo criterio fue utilizado en la condena a SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A. Sociedad Concesionaria (“SCL”) por abuso de posición dominante y conductas de discriminación, ya que se reconoció que pese a que los contratos suscritos entre ésta y las empresas demandantes, como asimismo las modificaciones de dichos contratos, fueron remitidas al Inspector Fiscal de Ministerio de Obras Públicas -autoridad encargada de velar por el cumplimiento de las bases de licitación-, sin que éste haya presentado reparos, esto no impedía que el TDLC sancionara los ilícitos anticompetitivos: “[n]o obsta a su facultad de sancionar las conductas contrarias a la libre competencia el hecho que los funcionarios administrativos, encargados de supervigilar los actos de la concesionaria, no hayan ejercido adecuadamente las potestades fiscalizadoras con las que cuentan, ni menos aún que esta aquiescencia tácita puede legitimar conductas contrarias a la libre competencia, aún cuando es un factor que será considerado al momento de determinar la multa a aplicar”.²⁰⁷⁻²⁰⁸

²⁰⁵ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2010a. Sentencia N°94/2010, 7 de enero, Considerando 99°.

²⁰⁶ El Ministro Sr. Depolo concurrió al fallo, pero no estuvo de acuerdo en disminuir la entidad de la multa bajo la defensa del actuar de la autoridad, atendida la gravedad de la conducta y a que concurrieron voluntariamente al acuerdo.

²⁰⁷ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2008d. Sentencia N°75/2008, 30 de septiembre, Considerando 67°.

²⁰⁸ En el mismo sentido: “Que, en opinión de este Tribunal, el Inspector Fiscal no ha cumplido adecuadamente con las funciones de fiscalización establecidas en las Bases de Licitación respecto de salvaguardar la libre competencia en la asignación de las subconcesiones de transporte público de taxis. Ahora bien, la ausencia de una adecuada fiscalización, o incluso la falta de una regulación especial sobre esta materia, no exime a SCL de cuidar, como cualquier agente económico, que sus actos, convenciones y conductas no impidan, restrinjan o

Más aún, el TDLC en el caso Naviera Valdivia, indicó expresamente que la conformidad con la normativa especial que regula cierta actividad no configura una eximente de responsabilidad frente al incumplimiento de la normativa general de defensa de la libre competencia, sobre todo si en los hechos, no existe contradicción entre ambas normativas que impida cumplirlas simultáneamente. Por el contrario, en tal caso, en la conducta reprochada al concesionario (denominado Somarco) existió un ámbito de discrecionalidad que permitió a ojos del TDLC configurar la infracción de éste, pues pudo fijar cualquier tarifa por debajo del máximo autorizado por su contrato de concesión, y así evitar producir efectos anticompetitivos. Con todo, el TDLC reconoció que el principal responsable de la infracción al DL N°211 en la especie, fue precisamente el MOP, pues el diseño mismo de la licitación y las facultades que conforme a ésta concedió al concesionario resultante, generó la posibilidad y los incentivos para el cobro de una tarifa exclusiva. Entonces, como el concesionario Somarco actuó dentro de los límites de su contrato de concesión, su responsabilidad se atenuó significativamente, razón por la que en definitiva, se decidió no multarlo, sin perjuicio de las medidas que se adoptaron para efectos de restablecer las condiciones de competencia²⁰⁹.

entorpezcan la libre competencia, o tiendan a producir dichos efectos, así como tampoco de la responsabilidad que se derive de infracciones al artículo 3° del D.L. N° 211". CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2007. Sentencia N°61/2007, 27 de diciembre, Considerando 18°.

²⁰⁹ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2012b. Sentencia N°121/2012, 10 de mayo, Considerandos 51°-53°.

En esa misma línea, se debe hacer mención a que las sentencias de los casos Puerto Terrestre los Andes y el mismo antes mencionado Naviera Valdivia en las que el TDLC condenó a los concesionarios respectivos²¹⁰, fueron revocadas por la Corte Suprema²¹¹. Para ésta el único aspecto relevante consistió en si las tarifas resueltas por las respectivas bases de licitación eran aplicadas conforme a las reglas establecidas en los contrato de concesión. Así, si no existía infracción al contrato de concesión, no era posible concebir cobros abusivos que fueran lesivos de la libre competencia. Estas decisiones de la Corte Suprema develan que, aun considerando que la normativa contenida en el DL N°211 es plenamente aplicable a las concesiones, no puede aducirse infracción alguna en dicha sede si es que se cumple con las tarifas y condiciones reguladas²¹², matizando así el análisis que había venido realizando el Tribunal.

Si bien se trata de un asunto cuya discusión sigue abierta, podría sostenerse que el criterio utilizado hasta ahora por el TDLC parece ser razonable, pues permite llegar a un punto de equilibrio entre la protección del bien jurídico que

²¹⁰ Sentencias N°100/2010 y N°121/2012.

²¹¹ CORTE SUPREMA. Causas Rol N°6100-2010 y N°4470-2012.

²¹² Del estudio de las sentencias de la Corte Suprema se devela que ésta pretendió establecer como límites al abuso anticompetitivo por parte de un concesionario de obra pública, al contrato de concesión y a las bases de licitación que rigieron su proceso de adjudicación. Sin embargo, la Corte se quedó en el primer paso del análisis, desconociendo que el propio TDLC también había fallado en esa línea. Efectivamente, el Tribunal declaró de manera expresa en la Sentencia N°100 que aunque las tarifas no fuese competitivas, un concesionario no podría ser sancionado por cobrar la tarifa máxima permitida en su contrato de concesión. Sin embargo, la sanción al concesionario se justificaba precisamente porque cobraba una tarifa abusiva por un servicio que no estaba prestando conforme al contrato de concesión. Así, la Corte se quedó con un análisis más superficial, considerando que si se respetaba el contrato de concesión no había mayor análisis que realizar, y no ahondó en consideraciones administrativas ni económicas de fondo.

está llamado a tutelar y la defensa de la confianza legítima de los particulares en que el Estado a través de sus órganos actúa de manera consistente y lícita. Si partimos de la base de que en nuestro país la actuación de los OAE sí puede ser objeto de reproche en sede de libre competencia, entonces asumimos que existe la posibilidad de que el Estado cometa infracciones anticompetitivas y, por ende, su actuar pueda ser reprochado en sede de competencia. Esta circunstancia es conocida por los particulares, de modo que no se justificaría que se viesen beneficiados por una exención absoluta de responsabilidad bajo el argumento de estar amparados por un actuar de la Administración²¹³. Sin embargo, los actos de la Administración están revestidos por una presunción de legalidad, en la que los agentes económicos razonablemente confían, de manera que resultaría igualmente injusto que fuesen objeto de una sanción tan gravosa como si su acto no hubiese sido aprobado o realizado en conjunto con un OAE²¹⁴.

²¹³ Es más, la Corte Suprema al pronunciarse del recurso de reclamación interpuesto en contra de la Resolución N°713/2003, afirmó que: “La circunstancia de que la Municipalidad de Recoleta tenga responsabilidad en los hechos, como se resolvió que la tenía y, desde que no se reclamó, hay que entender conformidad con la resolución que lo condena en base a los hechos que, de tal modo, deben tenerse por ciertos, y tal responsabilidad no implica necesariamente la exclusión de la que cabe a Sarmiento S.A. sino que simplemente transforma a éste en copartícipe de los hechos imputados”. CHILE. Corte Suprema. 2004. Causa Rol N°5107-2003, 31 de marzo, Considerando 8°.

²¹⁴ En relación a esto, en la Unión Europea incluso se sanciona a la figura denominada “Estado inductor”, es decir, aquel Estado que con su actuar induce a los particulares a incumplir la normativa de libre competencia, ya sea que el Estado refuerce una acción contraria a la legislación de libre competencia comunitaria o que confiera a un particular la facultad de determinar unilateralmente el comportamiento de otro particular. Para mayor detalle ver: CALVO, L. y CARRASCOSA, J. 2001. Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea. Madrid, Editorial Colex, p.29.

Se debe destacar de todos modos que, no puede tener el mismo tratamiento jurídico una actividad ilícita ordenada por la autoridad al particular, como ocurre en la state action norteamericana, que aquella ejecutada con “el visto bueno” o la “falta de oposición” de la misma. Si el particular se comportó de una determinada forma por mandato expreso del Estado, no puede ser responsable de dicha conducta, toda vez que el elemento de antijuricidad no concurriría y, por lo demás, carecería de toda lógica que por un lado el Estado lo obligue a algo y, por otro lado, sancione el cumplimiento de dicha obligación. Se trata de un asunto en el que confluyen estos matices, los que no pueden ser pasados por alto al realizar un análisis y, sobre todo, al momento de determinar las sanciones aplicables.

CAPÍTULO III: HERRAMIENTAS DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN RELACIÓN A LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

3.1. Generalidades

Como quedó en evidencia en las secciones anteriores, los OAE quedan sometidos –con matices- a la normativa de libre competencia. En este capítulo lo que se pretende es analizar cómo se ha dado esta relación en la práctica, exponer algunos de los conflictos que se han producido o que podrían suscitarse y proponer algunas mejoras al sistema.

Antes de abordar en profundidad el asunto, debe recordarse que el artículo 1 del DL N°211 señala que dicha ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados, haciendo evidente que esta área del Derecho tiene dos facetas distintas, pero inseparables; por una parte, la promoción de la libre competencia que se caracteriza típicamente por un enfoque *ex ante*, y por otra, la defensa de la misma, que se da *ex post*.

Tanto en la faceta de promoción como en la de defensa, se producen interacciones entre el TDLC y/o la FNE con los OAE, en la primera orientadas más a herramientas colaborativas y preventivas y, en la segunda, vinculadas a remedios represivos y aplicación de sanciones. El Derecho de la Competencia debe procurar desarrollar de la mejor manera posible ambos mecanismos, “[l]a

competencia no sólo se promueve reprimiendo las conductas que la atacan, lo que tradicionalmente se ha llamado entre nosotros ‘Defensa de la Competencia’, sino que también es necesario que se promuevan los valores que la inspiran (Promoción de la Competencia), de modo que no sólo las empresas, sino también las Administraciones Públicas, cuando actúan en el Mercado, bien como un operador más, bien ejercitando su potestad normativa, impulsen conductas procompetitivas, remuevan los obstáculos que las facilitan y contribuyan a crear una cultura en la que la competencia sea valorada cuando se decide adoptar una determinada estrategia empresarial”²¹⁵.

Como se verá *infra*, en nuestro país la relación de la libre competencia con los OAE se ha desarrollado mayoritariamente desde la perspectiva de la defensa de la competencia, existiendo un gran desarrollo jurisprudencial y múltiples investigaciones de la FNE al respecto, pero no debe perderse de vista que el objetivo fundamental de un sistema regulatorio debiese ser la eficacia de las normas, lo que no necesariamente va aparejado con un mayor número de sanciones. Existen otros mecanismos de cumplimiento que típicamente se ven como herramientas más *blandas*, pero que no por eso son menos relevantes al momento de incentivar la protección de la libre competencia²¹⁶ y que se

²¹⁵ RODRÍGUEZ, J. y PARDO, A. 2011. Poder regulador y mercado: Las memorias e informes de competencia [pdf] Revista de la asesoría jurídica de la Xunta de Galicia (6) <http://www.xunta.es/c/document_library/get_file?file_path=/portal-web/Rexuga/Revista_6/REXUGA_6_6_cas.pdf> [consulta: 24 noviembre 2014]

²¹⁶ ROMERO, J. 2011. Enforcement, sanciones y multas en el sistema de libre competencia chileno. *En*: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La libre competencia en el Chile del bicentenario Chile. Santiago. Chile. Thomson Reuters PuntoLex. pp. 503-537, p.506.

relacionan con el concepto de *competition advocacy* o promoción de la competencia. Ésta ha sido definida por la International Competition Network como “toda actividad realizada por la autoridad en Libre Competencia que se relacione con la promoción de un ambiente competitivo a través de mecanismos que no exijan cumplimiento, principalmente a través de sus relaciones con otras entidades gubernamentales y del incremento de la conciencia pública con respecto a los beneficios de la competencia”²¹⁷ (traducción libre). En palabras de Nehme, consiste en:

“El uso de la experiencia de los órganos de defensa de la libre competencia – entre nosotros, de modo primordial, la FNE- en la protección de la competencia, con el objeto de persuadir a los órganos de la administración del Estado y al Poder Legislativo, en todos los niveles del sistema político, para que diseñen y adopten decisiones regulatorias o políticas públicas que promuevan la libre competencia y el beneficio de los consumidores- o, desde otra mirada, que eviten que esas decisiones o políticas contengan distorsiones que afecten el normal desenvolvimiento de los mercados-”²¹⁸.

En lo que sigue, se procederá a exponer cómo han desarrollado tanto el TDLC como la FNE las facetas de defensa y promoción de la competencia con

²¹⁷ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Advocacy and Competition Policy: Report Prepared by the Advocacy Working Group*. Italia, 2002, p. 25. [En línea] < <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf> > [consulta: 20 de noviembre de 2014]

²¹⁸ NEHME, N. 2011. *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. *La libre competencia en el Chile del bicentenario Chile*. Santiago. Chile. Thomson Reuters PuntoLex. pp. 317-373, p. 43.

las potestades que les entrega el ordenamiento jurídico nacional, en relación a los OAE.

3.2. Facultades del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para la Defensa y Promoción de la libre competencia en relación a los Órganos de la Administración del Estado

El artículo 18 del DL N°211 enumera las atribuciones y deberes del TDLC, las que doctrinariamente se han clasificado en contenciosas y no contenciosas, correspondiendo sólo el numeral 1° al primer tipo y, los otros cuatro numerales a potestades más bien administrativas del Tribunal, que no dicen relación con el ejercicio de jurisdicción propiamente tal, por no promoverse contienda alguna entre partes. En las secciones siguientes se abordará cómo el TDLC ha ejercido las facultades tanto contenciosas como no contenciosas en cuanto a los OAE, teniendo como objeto de análisis principal la jurisprudencia del mismo Tribunal, eventuales conflictos que podrían generarse o que ya se han suscitado y, en ciertos casos, recomendaciones para mejorar el sistema.

3.2.1. Asuntos Contenciosos

La potestad jurisdiccional del TDLC ha sido consagrada por el artículo 18 N°1 del DL N°211 en los siguientes términos: “El Tribunal de Defensa de la Libre

Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: Conocer a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley”. Así, estamos frente a un órgano que tiene como función primordial ejercer jurisdicción, “[h]a recibido del legislador estas potestades jurisdiccionales con una finalidad muy determinada: resolver conforme a Derecho y justicia las pretensiones procesales que puedan plantearse como consecuencia de los ataques o vulneraciones al bien jurídico tutelado libre competencia”²¹⁹, por lo tanto, se ha excluido esta materia del conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia asignándola a un tribunal especial.

El procedimiento aplicable a este tipo de casos se prevé en los artículos 20 y siguientes del DL N°211, y en él se contempla la posibilidad de decretar medidas cautelares provisorias, aprobar conciliaciones o acuerdos extrajudiciales, o la terminación normal mediante una sentencia, la que será condenatoria si se verifica cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, debiendo aplicarse las sanciones mencionadas en el artículo 26 del mismo cuerpo legal²²⁰, sin perjuicio de las medidas²²¹ preventivas, correctivas o

²¹⁹ VALDÉS, D. 2006. Libre Competencia y monopolio. Santiago, Editorial Jurídica, p. 590.

²²⁰ Domingo Valdés destaca la importancia de que el artículo 26 establezca un numerus clausus de penalidades. VALDÉS, D. 2013. La potestad sancionatoria del TDLC para modificar o terminar actos o convenciones [en línea] Gaceta Jurídica (392), p. 85 <http://drevistas.ucv.cl/detalles_autor.php?pageNum_joint_autor%20_articulo=1&totalRows_join_t_autor_articulo=14&autorID=1535> [consulta: 30 mayo 2015]

²²¹ Llamadas por Domingo Valdés como propiamente tales. VALDÉS, D. 2013. La potestad sancionatoria del TDLC para modificar o terminar actos o convenciones [en línea] Gaceta

prohibitivas que se puedan disponer. Al respecto, se puede indicar que si bien no compartimos la postura de García en cuanto a la aplicación de las normas de libre competencia a los OAE indicada *supra*, sí coincidimos en que existen problemas procedimentales que no fueron ni han sido considerados por el legislador, para seguir un proceso en contra del Estado en esta sede²²²

2.2.1.1. Medidas cautelares provisionarias

El DL N°211 contempla la posibilidad de que dentro de un procedimiento contencioso se decreten medidas cautelares, con el fin de impedir los efectos negativos que deriven de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el interés común. Estas medidas son decretadas durante la tramitación del proceso o incluso antes de su iniciación²²³, de oficio por el Tribunal²²⁴ o a petición de alguna de las partes o de la FNE, debiendo acompañarse a la solicitud aquellos antecedentes que constituyan a lo menos

Jurídica (392), p. 84
<http://drevistas.ucv.cl/detalles_autor.php?pageNum_joint_autor%20articulo=1&totalRows_join_t_autor_articulo=14&autorID=1535> [consulta: 30 mayo 2015]

²²² “El TDLC no es un tribunal contencioso-administrativo. Más bien, se trata de un tribunal especial que puede llegar a conocer de acciones dirigidas contra órganos de la Administración del Estado, pero que por regla general conoce de requerimientos contra privados. Así está configurado el procedimiento. Esto significa que varias de las instituciones del proceso no están diseñadas para la especialidad de la función administrativa”. GARCÍA, W. 2014. Los órganos de la administración del Estado como sujetos de las multas aplicadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Revista de Derecho Económico. (76): 127-150, p. 131.

²²³ Sólo procede decretar medidas prejudiciales a solicitud de parte, ya que el Tribunal no puede iniciar procedimientos contenciosos de oficio.

²²⁴ Esta facultad del TDLC se relaciona con su función de preventiva de atentados a la libre competencia, establecida en los artículos 3 y 5 del DL N°211.

una presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados. Además, el Tribunal está facultado para exigir caución al actor con el fin de que responda de los eventuales daños que puedan generarse con el otorgamiento de la medida.

Las medidas cautelares se decretan con citación y, en caso de generarse un incidente, éste se debe tramitar conforme a las reglas generales en cuaderno separado²²⁵. Ahora bien, en cuanto a las medidas cautelares prejudiciales, el solicitante o la FNE deben siempre formalizar la demanda o el requerimiento, según corresponda, dentro del plazo de 20 días hábiles o en el término mayor que fije el Tribunal, pues de lo contrario la medida queda sin efecto de pleno derecho.

Cabe destacar, primero, que la norma no hace referencia a los OAE, de modo que, debe entenderse que quedan sometidos igual que todo particular, a la aplicación de dichas medidas y, segundo, no existe una enumeración de las medidas que pueden decretarse, sino que la norma claramente indica que pueden ser todas las medidas necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a conocimiento del Tribunal y para resguardar el interés común. Es decir, el TDLC está facultado para ordenar la adopción de aquellas decisiones que estime más conveniente también a la autoridad en

²²⁵ En casos graves debidamente calificados por el TDLC se pueden decretar, excepcionalmente, medidas cautelares antes de ser notificadas a quien afectan.

aquellos casos que se justifique al menos la concurrencia de *“fumus boni iuris”*.

En atención a esto, el Tribunal podría entonces decretar medidas cautelares en los casos seguidos en contra de la autoridad, de manera de evitar que sus actos generen los efectos temidos por la normativa de protección de la competencia; cautelares que podrían consistir en la interrupción del efecto de una determinada medida que la Administración ya haya dispuesto o la suspensión de un proceso de toma de decisión, como por ejemplo, una licitación.

Relacionado a lo expuesto, resulta interesante hacer alusión a ciertos casos en que la jurisprudencia ha debido resolver en concreto solicitudes de medidas precautorias en procesos seguidos contra OAE, en que resaltan los diversos aspectos que ya han sido mencionados.

Ya durante la vigencia de la antigua normativa de libre competencia se dictaron medidas cautelares, por ejemplo, en la Resolución N°566/2000 la Comisión Resolutiva acogió la solicitud presentada por Smartcom S.A. y decretó la medida precautoria de suspensión de los efectos y aplicación de la Resolución Exenta N°308 de Subtel que establecía frecuencias adicionales para el servicio de telefonía móvil. Como se puede observar, en ese caso se suspendió la vigencia de una norma dictada por la autoridad sectorial, mientras se resolvía el asunto controvertido –forma de asignación de frecuencias para servicio de telefonía móvil-, y llama la atención que dicha medida comenzó a

regir incluso antes de notificarse a Subtel, sin que se haya indicado argumento alguno que haya justificado que se haya decretado desde luego y sin audiencia. De todos modos, es de presumir que la Comisión aplicó las reglas generales y ponderó que la gravedad de la situación era tal que los daños que podrían producirse de no darse efecto inmediato a la resolución podían ser altos.

Asimismo, en el caso JAC, el TDLC acogió la medida cautelar solicitada por la FNE y suspendió la licitación pública de siete frecuencias aéreas directas entre las ciudades de Santiago y Lima, pues consideró que la asignación de dichas frecuencias por el plazo de 5 años contemplados en las bases podía afectar la eficacia de lo que en definitiva se fallara en el juicio. Sin embargo, con posterioridad, el Tribunal decidió alzar parcialmente la medida, y autorizó a la JAC para licitar las frecuencias aéreas indicadas, con la única condición de modificar las bases de licitación impugnadas, en el sentido que la asignación no podía tener un periodo de vigencia superior a dieciocho meses. La modificación de la medida cautelar tuvo como justificación que éstas debían limitarse a lo necesario para impedir los efectos negativos de los hechos sometidos al conocimiento del Tribunal y resguardar el interés común, sin que pudieran ir más allá de dichos márgenes y, a juicio del TDLC, no existían inconvenientes en que, mientras durara la sustanciación del proceso, los derechos de tráfico aéreo en cuestión fuesen utilizados.

Asimismo, en otros casos el Tribunal ha rechazado las solicitudes de decretar medidas cautelares, basándose precisamente en los requisitos

generales que nuestro ordenamiento jurídico exige para su procedencia. Por ejemplo, en el caso Naviera Valdivia, ésta solicitó en su demanda la “suspensión inmediata de los cobros de tarifas por las recaladas que las barcazas realicen en la infraestructura portuaria de Niebla y Corral y se permita el libre e igualitario uso de las rampas para todos los armadores que prestan servicio en el mercado relevante”. Sin embargo, dicha solicitud fue rechazada, pues en palabras del TDLC, “[e]n la especie no se configuran los requisitos comunes a toda medida precautoria, específicamente la idoneidad, precisión y proporcionalidad de la misma en relación a la pretensión hecha valer, y que, (iv) a mayor abundamiento, no se han acompañado a estos autos antecedentes que constituyan presunción grave del derecho que se invoca”²²⁶. Esto, clarifica los criterios utilizados por el TDLC al momento de decidir sobre la procedencia o no de este tipo de medidas.

Finalmente, resulta ejemplificador el caso de “Plantas de Revisión Técnica II”²²⁷ resuelto el año 2015 por el TDLC, pues en reiteradas ocasiones las demandantes solicitaron la suspensión del llamado a licitación para la asignación de concesiones de plantas de revisión técnica en las regiones V, VI y Metropolitana. El Tribunal resolvió consistentemente rechazar dichas solicitudes, bajo la lógica de que los antecedentes acompañados no lograban constituir una presunción grave del derecho reclamado en relación con la

²²⁶ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Causa Rol C N°219-11. Resolución de fecha 9 de junio de 2011.

²²⁷ Causa Rol C N°256-13, Demanda de Ramírez y Compañía Limitada contra Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, resuelta por Sentencia N°138/2014.

licitación impugnada, pues no se apreciaban los eventuales efectos negativos de las conductas imputadas, ni la necesidad de resguardar el interés común en materia de libre competencia, a través de la medida cautelar solicitada. Sin perjuicio de ello, el TDLC decretó de oficio otra medida cautelar, consistente en ordenar al MTT –responsable del proceso licitatorio- modificar las bases de la licitación, en el sentido que debían acompañarse simultáneamente las boletas de garantías de seriedad con las ofertas técnicas y económicas y no una con antelación a las otras. La decisión del Tribunal consideró que si los postulantes a una licitación conocían con antelación la identidad de los demás postulantes o de los precios que éstos ofertaran, esa información aumentaría los riesgos de colusión pues facilitaría la detección de posibles desviaciones a un eventual acuerdo, de modo que el fundamento de la decisión consistió en la prevención de un eventual riesgo de colusión entre los oferentes, pero ponderando adecuadamente los intereses en juego, ya que dicha medida no afectaba significativamente los tiempos previstos para la licitación. Este ejemplo es particularmente relevante si se considera que es la primera ocasión en que el TDLC decretó de oficio una medida cautelar.

Queda a la vista con los casos citados que tanto las antiguas comisiones antimonopolios como el TDLC han ejercido la facultad de decretar medidas cautelares, las que no sólo han paralizado procesos de licitación, sino que también han ordenado modificar las bases de licitaciones en curso o han suspendido la aplicación y eficacia de los efectos de una resolución

administrativa. Con esto se demuestra que al igual que otros sujetos de derecho, los OAE pueden ser sometidos a este tipo de medidas, sin que existan diferencias prácticas respecto del destinatario de la medida. Por lo demás, se trata de una norma abierta, que no contiene un listado taxativo de medidas, quedando a discreción del Tribunal la dictación de aquella o aquellas que estime más conveniente para precaver los riesgos relacionados con el litigio sometido a su conocimiento, de modo que, es de esperar que en el futuro se amplíe el catálogo de medidas precautorias decretadas por el TDLC y – eventualmente- se generen problemas en su aplicación a OAE.

3.2.1.2. Conciliación

El procedimiento contencioso contempla el llamado a conciliación, el que –a diferencia del juicio ordinario civil- no es un trámite obligatorio, sino que es facultativo para el TDLC si lo considera pertinente. En caso de haber acuerdo, el Tribunal debe pronunciarse y sólo puede dar su aprobación si el acuerdo alcanzado no atenta contra la libre competencia. Esta es una manifestación de que estamos ante una materia de orden público y de que, por ende, su disponibilidad y transigibilidad se encuentran limitadas.

Esta facultad fue objeto de críticas durante la tramitación de la ley N° 19.911, recibiendo la oposición de diversos actores, tales como representantes de la Confederación de la Producción y del Comercio (CPC), Sociedad de Fomento

Fabril (SOFOFA), Sociedad Nacional de Agricultura (SNA), Libertad y Desarrollo (LyD), y algunos parlamentarios. Dentro de la discusión, es destacable el planteamiento de Valdés, para quien era “[e]rrado admitir la conciliación, institución que siempre implica una transacción de intereses privados, lo que no se subsana con la prevención de que se le aprobaría siempre que sus términos no atentaran contra la libre competencia, prevención que de por sí, envolvería un contrasentido en relación con los asuntos de que debe conocer el tribunal”²²⁸. De modo que, en su opinión, sería una contradicción contemplar esta facultad, toda vez que siempre la conciliación atentaría contra la libre competencia al permitir que las partes dispongan de un bien que compromete a diversos partícipes de un mercado relevante determinado, pues de no ser así, se trataría de un asunto ajeno a la libre competencia, y, por ende, el TDLC sería incompetente para conocerlo. Esta crítica, que ha sido matizada en doctrina²²⁹ y a partir de una práctica habitual del TDLC de aprobar conciliaciones y su respectiva confirmación por la Corte

²²⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2003. Historia de la ley N°19.911. Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [pdf], p. 324 <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/2472/1/HL19911.pdf>> [consulta: 30 noviembre 2014]

²²⁹ Sin perjuicio de que Domingo Valdés sostuvo esta postura durante la tramitación legislativa de la ley N° 19.911, con posterioridad, en “Informe en Derecho acerca de una conciliación entre la Fiscalía Nacional Económica y Farmacias Ahumada S.A”. presentado en juicio seguido ante el TDLC en causa Rol C N°184-2008, caratulado “Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros”, reconoció que las críticas formuladas no fueron acogidas en el Parlamento y, por tanto, nuestro actual ordenamiento jurídico permite llegar a conciliar en sede de libre competencia. Incluso afirma que la FNE se encuentra dotada de atribuciones para conciliar, toda vez que el artículo 39 inciso primero del DL N° 211 indica que ésta “Podrá, en consecuencia, defender los intereses que le estén encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones”. Como la conciliación está prevista por el DL N° 211, se encuentra arreglada a derecho y en ella la FNE continúa representando el interés de la sociedad toda en la tutela de la libre competencia.

Suprema²³⁰, podría tomar fuerza si analizamos la posibilidad que una de las partes involucradas sea un OAE, que por esencia representa intereses públicos.

Otra singularidad del sistema de libre competencia chileno, se manifiesta en que podría darse el caso de que sean dos organismos públicos los que se vean involucrados en un proceso de conciliación. Esta situación ya se produjo en el caso de la “FNE contra la Dirección General de Aguas (“DGA”)”²³¹, requerimiento en el que la FNE acusaba a la DGA de haber incumplido las obligaciones de información y publicidad que le habían sido impuestas por el Dictamen N°992/1996 de la Comisión Resolutiva²³². Dichas obligaciones consistían básicamente en informar a la FNE de toda solicitud nueva o en actual tramitación y de toda nueva adquisición a cualquier título de los derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos y aptos para la generación eléctrica, y la publicación de esa misma información en su sitio web, garantizando un acceso abierto y gratuito a ella y a los demás antecedentes públicos actualizados contenidos en el Catastro Público de Aguas y Registro Público de Aprovechamiento de Aguas. A juicio de la FNE, este incumplimiento habría impedido que pudiera desempeñar sus funciones de promoción de la

²³⁰ En ese sentido, el TDLC aprobó la conciliación entre la FNE y Farmacias Ahumada S.A., en causa Rol C-184-08, y, asimismo, la conciliación alcanzada entre la FNE y la Corporación de Radio Valparaíso Ltda, Transco S.A., Inversiones Santa Ignacia Limitada, Cristián Wagner M. y Claudio Toro A., Inversiones San José Ltda., Altronix Comunicaciones Ltda., Empresa Nacional de Transmisiones y Duplexiones Ltda. y Radio Corporación S.A., en causa Rol C N° 194-09. De hecho, el valor de la conciliación en sede de libre competencia fue ratificado por la Corte Suprema, en causa en causa rol N° 3344-2009, al conocer el recurso de reclamación interpuesto por Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A.

²³¹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Rol C N°235-11.

²³² Dicho dictamen fue modificado por la Resolución N°18/2006 del TDLC, luego de la entrada en vigencia de la ley 20.1017 que modificó el Código de Aguas.

competencia en relación a la asignación de los recursos hídricos y la prevención del acaparamiento de los mismos. Luego de la contestación del requerimiento, el TDLC realizó un llamado a audiencia de conciliación, lo que derivó con posterioridad en un acuerdo aprobado sin reparos por parte del Tribunal²³³. Este acuerdo contuvo básicamente las mismas obligaciones que ya pesaban sobre la DGA en cuanto a información y publicidad, pero estableciendo plazos y esfuerzos adicionales a su respecto²³⁴. Sin embargo, llama la atención lo dispuesto en la cláusula tercera del acuerdo en cuanto señaló: “Las obligaciones y compromisos de conducta que asume la Dirección General de Aguas en las cláusulas precedentes, han sido evaluadas en una suma no inferior a los **cuatrocientos millones de pesos**” (énfasis en el original), pues no se comprende en realidad qué fue lo que las partes realmente quisieron pactar ni, por ende, el efecto que tendría el incumplimiento del acuerdo en esta parte una vez aprobado por el Tribunal. En los términos en que está redactada pareciera ser una cláusula penal, pero no se entiende cuál sería el fundamento para que fuera la FNE quien recibiera una indemnización por los daños evaluados convencional y anticipadamente, los que en realidad serían sufridos por la colectividad o por los participantes actuales o potenciales del mercado en

²³³ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2011c. Resolución de término en causa Rol C N°235-1, 11 de diciembre.

²³⁴ Entre ellos el procesamiento y sistematización de registros, elaboración de informes consolidados, el apremio a los Conservadores de Bienes Raíces para que cumplan con sus obligaciones legales de envío de información y la remisión de nuevos antecedentes relativos a las reservas, áreas de prohibición y restricción y renunciadas a caudales o derechos de agua no consuntivos aptos para la generación eléctrica. Además la DGA debió pagar las costas personales de la FNE.

cuestión. También podría tratarse de un pacto indirecto de costas, aunque el texto no resulta claro en ese sentido.

Por otro lado, también se ha presentado el caso en que las partes negociantes de una conciliación son un organismo público y un particular. Recientemente fue aprobada la conciliación entre Administradora de Fondos de Pensiones Planvital S.A. (“Planvital”) y la Superintendencia de Pensiones (“SP”)²³⁵, acuerdo que contempló la renuncia de la primera a las peticiones formuladas en su demanda²³⁶ en relación con la segunda, dejando en manos del TDLC la determinación de si procedía o no condenar en costas a la demandante y determinar el monto de las mismas. El Tribunal aprobó la conciliación, pues estimó que no atentaba contra la libre competencia y condenó a Planvital al pago de las costas personales de la SP, valuadas en \$5.000.000.

Finalmente, no puede perderse de vista que las conciliaciones aprobadas por el órgano jurisdiccional competente, hacen las veces de sentencia definitiva pasadas en autoridad de cosa juzgada. Así, frente al incumplimiento total o parcial de las cláusulas pactadas en una conciliación por una o ambas partes, se producirían los mismos inconvenientes que se tratarán *infra* a propósito de la facultad de imperio del Tribunal en relación a OAE.

²³⁵ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2014a. Rol C N°270-13, 3 de abril.

²³⁶ Planvital cuestionó el proceso licitatorio del Servicio de Administración de Cuentas de Capitalización Individual establecido por el DL 3500/1980 correspondiente al periodo 2014-2016 y solicitó la modificación de las bases, en el sentido de limitar el número de “licitaciones de cartera” que se puede asignar a un mismo agente y exigir niveles mínimos de servicio que permitan garantizar y resguardar la libre competencia en el proceso.

3.2.1.3. Acuerdos extrajudiciales

La ley otorga a la FNE la facultad de suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados²³⁷. Los acuerdos de este tipo son conocidos por el TDLC en una audiencia citada especialmente al efecto - dentro del quinto día hábil desde que recibe los antecedentes -en la que se pueden escuchar alegatos de las partes que concurrieron al acuerdo. El Tribunal debe comunicar su aprobación o rechazo dentro de los 15 días hábiles siguientes a la celebración de la audiencia.

Este tipo de acuerdos es, en general, escaso en comparación con las otras formas de terminación de los procedimientos contenciosos y no existen casos de acuerdos extrajudiciales que hayan sido celebrados entre la FNE y algún OAE hasta la fecha. Sin embargo, es completamente factible que en el futuro se dé esta situación, ya que, en primer lugar, la norma en cuestión está redactada en términos amplios y, segundo, no existen argumentos que justifiquen un impedimento si—como se indicó— se ha permitido la conciliación con organismos públicos.

3.2.1.4. Sentencias Condenatorias

La forma normal de terminar un procedimiento jurisdiccional es por medio de la dictación de una sentencia definitiva, la que debe ser fundada, en el sentido

²³⁷ Artículo 39 letra ñ) del DL N°211.

de enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia, y que puede ser absolutoria o condenatoria, según si se probaron infracciones a la libre competencia o no.

En caso de que se haya probado la existencia de hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o tiendan a producir dichos efectos, el Tribunal sancionará con las medidas indicadas en el artículo 26 del DL N°211. Es lógico que, para adoptar alguna de esas medidas, el TDLC debe fundamentar su sentencia, toda vez que “[e]l principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad vincula a todos los poderes públicos y por ello también a los Jueces y Tribunales y obliga a estos, en consecuencia, a justificar con las razones del Derecho sus propias decisiones sobre la racionalidad o falta de ella de las resoluciones gubernativas sometidas a su control. Por otra parte, esa confrontación de razones (las de la Administración) con razones (las de los Tribunales) a la que todo proceso aboca no es simétrica, ya que la Administración es libre de elegir dentro del amplio espacio que en cada caso le dejan la Ley y el Derecho, el tipo de razones (jurídicas, económicas, sociales, técnicas, ambientales, a corto, medio o largo plazo, etc.) que hayan de servir de soporte a sus decisiones, en tanto que los Tribunales no pueden utilizar para justificar las suyas, sino las razones del Derecho y sólo éstas”²³⁸.

²³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R. 1992. Curso de derecho administrativo. 5º ed. Madrid, Editorial Civitas, p. 473.

La fundamentación de la sentencia es primordial, toda vez que la dota de legitimidad, permite realizar un control efectivo que evite la arbitrariedad judicial y permite que los criterios jurisprudenciales en ella contenidos, puedan ser comprendidos tanto por los destinatarios de la misma, como por la colectividad. En los casos de libre competencia que involucren OAE, esta necesidad de justificación podría considerarse como más relevante aún, ya que el TDLC tendría que hacer explícito el análisis de la aplicación de las normas de libre competencia con las limitantes indicadas en el capítulo anterior, según se trate de actuaciones realizadas por la Administración en ejercicio de potestades regladas o discrecionales.

Si bien en abstracto puede resultar clarificadora la distinción entre potestades regladas y discrecionales, según fue explicado *supra*, como primer paso para determinar el ámbito de aplicación que tiene la normativa de libre competencia, es el TDLC quien se ve enfrentado a la dificultad de llevar dicha clasificación a la práctica en casos concretos. Se trata de un asunto complejo como lo evidencia, por ejemplo, el caso 3G.

Como se indicó *supra*, en esa oportunidad el TDLC permitió a los *incumbentes* del mercado de servicio público telefónico móvil, participar del concurso público de espectro radioeléctrico de tercera generación, pues consideró que si conforme con la legislación de telecomunicaciones, las bases del concurso público respectivo no podían excluir a ningún interesado, entonces no era procedente ordenar contravenir la normativa de telecomunicaciones,

impidiendo que determinadas personas concursaran por un recurso respecto del cual, conforme a la ley del rubro, existe libre e igualitario acceso, sobre todo teniendo en consideración que el órgano encargado de interpretar y aplicar tal normativa (Subtel) había señalado dicha improcedencia. Es decir, el TDLC consideró que se trataba de un asunto propio de potestad reglada, y que se encontraba fuera de su competencia alterar la regulación, teniendo además una clara deferencia hacia la opinión experta de Subtel. Sin embargo, en contra de dicha resolución se interpusieron diversos recursos de reclamación ante la Corte Suprema. Ésta tuvo una opinión opuesta a la expresada por el TDLC, pues consideró que la ley sectorial no impedía establecer limitaciones a los concursos de telecomunicaciones y estimó justificado acotar la cantidad de espectro radioeléctrico que podía mantener cada operador, para así incentivar su uso eficiente y garantizar de manera efectiva el libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones.

Lo anterior deja en evidencia dos cuestiones: primero, que la interpretación respecto del tipo de potestad de que se trate no es baladí, pues de ello dependerá la intervención que podrá o no tener la autoridad antimonopólica; y, segundo, que no resulta obvia la categorización de potestades normativas en regladas y discrecionales, considerando que el TDLC y la Corte Suprema han tenido apreciaciones diversas al respecto.

Aquí entonces surge la legítima duda de si el TDLC tiene las capacidades necesarias para hacer la distinción en cuestión, respecto de potestades

contenidas en normativa típicamente sectorial y especializada. Frente a esto, contamos con dos garantías esencialmente vinculadas. En primer término, con la necesaria justificación de la calificación jurídica realizada por el TDLC de la que debe dar cuenta la resolución respectiva; segundo, con el control ejercido por la Corte Suprema al conocer del recurso de reclamación. Esto fue lo que precisamente se dio en el caso 3G.

A continuación, se expondrá cómo se llevan a la práctica las sanciones ante ilícitos anticompetitivos en caso de que el sujeto activo de la infracción sea un OAE, en qué medida se pueden sancionar sus conductas y si pueden o no hacerse efectivas las condenas del TDLC.

3.2.1.4.1. Modificación o disolución personas jurídicas

Si bien existen OAE con personalidad jurídica propia, este remedio contemplado por la legislación de libre competencia no puede ser aplicado respecto de ellos. En primer lugar, por el tenor literal de la norma, la que expresa “[o]rdenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos”, de modo que sólo permite adoptar esta sanción si se trata de personas jurídicas de derecho privado. En segundo término, debido a que sería una alteración

inaceptable de la división de los poderes del Estado²³⁹, ya que en la práctica significaría una intromisión en las decisiones del poder Legislativo. Es la ley la que crea la persona jurídica de derecho público, de modo que no podría contravenirse la voluntad soberana manifestada en ella por el solo hecho de que la autoridad haya infringido una norma de libre competencia. Y, a mayor abundamiento, el organismo público fue creado para cumplir con determinadas funciones públicas, de manera que si bien, puede ser objeto de sanciones, éstas deben ser de una entidad diferente, sin afectar las finalidades que tal organismo está llamado a cumplir.

Por lo demás, si el órgano dictara normativa en términos tales que al TDLC le pareciera inaceptable ante los estándares de libre competencia, entonces podría ejercer la facultad de proposición de recomendación normativa, y abogar por su eliminación o reestructuración.

3.2.1.4.2. Modificación o término de actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos²⁴⁰

Aquí nos encontramos frente a dos hipótesis diversas: modificación y terminación. Si el TDLC decide realizar sólo una modificación, entonces el acto, contrato, convenio, sistema o acuerdo seguirá existiendo, pero con la

²³⁹ La Constitución delimita las atribuciones que corresponden a cada uno de los poderes del Estado, principalmente en: Capítulo IV Gobierno, Capítulo V Congreso Nacional y Capítulo VI Poder Judicial, además de otros capítulos para órganos autónomos.

²⁴⁰ Artículo 26 letra a) del DL N° 211.

eliminación o agregación de elementos o contenidos que alterarán las obligaciones originales. En cambio, en caso que ordene la terminación, al extinguirse la fuente de las obligaciones, desaparecerán con ella, estas mismas. Estamos entonces frente a una hipótesis de modo extintivo de aquellas obligaciones pendientes contenidas en un acto considerado anticompetitivo por la jurisdicción competente.

Al respecto, Valdés señala que “[l]a referida sanción antimonopólica se aplica a actos y convenciones celebradas tanto por personas privadas y públicas como por autoridades públicas”²⁴¹ y considera que es el propio TDLC el que declara el término o modificación del acto, sin que pueda ordenar la terminación o modificación del mismo: “Admitir lo contrario implicaría aceptar que las potestades del TDLC –y particularmente las sancionatorias pueden ser delegadas, lo que no resulta autorizado en nuestro sistema sin una habilitación previa y expresa contemplada en la Constitución o las leyes”²⁴². No obstante, la postura opuesta -en el sentido de negar que la competencia del TDLC se extienda a declarar la invalidez en sentido estricto- ha sido sostenida por la Comisión Resolutiva, la que conociendo de un caso contra el Banco Central, indicó que: “[e]l requerimiento del señor Fiscal Nacional Económico no tiene por

²⁴¹ VALDÉS, D. 2013. La potestad sancionatoria del TDLC para modificar o terminar actos o convenciones [en línea] Gaceta Jurídica (392), p.97 <http://drevistas.ucv.cl/detalles_autor.php?pageNum_joint_autor%20articulo=1&totalRows_join_t_autor_articulo=14&autorID=1535> [consulta: 30 mayo 2015]

²⁴² VALDÉS, D. 2013. La potestad sancionatoria del TDLC para modificar o terminar actos o convenciones [en línea] Gaceta Jurídica (392), p. 98 <http://drevistas.ucv.cl/detalles_autor.php?pageNum_joint_autor%20articulo=1&totalRows_join_t_autor_articulo=14&autorID=1535> [consulta: 30 mayo 2015]

objeto que esta Comisión Resolutiva deje sin efecto los acuerdos objetados [del Banco Central], cosa que por lo demás no está facultada para hacer, sino sólo obtener que los represente a quien corresponda, por contravenir las normas del Decreto Ley N°211, de 1973”²⁴³.

De todos modos, independiente de cuál sea la interpretación correcta, en la práctica, las decisiones adoptadas por las autoridades antimonopolio denotan que se ha preferido exigir al OAE competente modificar el acto que se ha estimado lesivo de la libre competencia y no declarar directamente la modificación o terminación de oficio por el Tribunal. Esto se aprecia en las resoluciones de las antiguas comisiones de libre competencia, por ejemplo, frente a la decisión de la Dirección de Vialidad de la VII Región de rechazar una solicitud para instalar una bomba de servicios en la ruta 5 sur, la Comisión Resolutiva dispuso que la autoridad debía dejar sin efecto los preceptos que impedían conceder la autorización²⁴⁴. Asimismo, en un caso que se expondrá

²⁴³ CHILE. Comisión Resolutiva. 1986. Resolución N°239/1986, 26 de agosto, Considerando 7° letra d.-.

²⁴⁴ “Que se acoge el requerimiento presentado por el señor Fiscal Nacional y se representa a la Dirección de Vialidad que debe dejar sin efecto los preceptos internos o reglamentarios relativos a distancias mínimas para la instalación de estaciones de servicio para el mismo sentido del tránsito en los caminos públicos o para otros tipos de servicios comerciales adyacentes a los mismos, tales como restaurantes, autoservicios u hoteles”.

CHILE. Comisión Resolutiva. 1987b. Resolución N°263/1987, 27 de octubre, Parte Resolutiva. En el mismo sentido, falló la Comisión Resolutiva en Resolución N°212/1986, confirmando lo señalado por la Comisión Preventiva Central: “Que, habida consideración de todos los antecedentes de hecho y de derecho ya expuestos, esta Comisión concluye que la I. Municipalidad de Viña del Mar, al impedir a la firma “Apex Petroleum S.A”. el ingreso al mercado de expendio de combustibles en la ciudad de Viña del Mar, ha incurrido en una conducta contraria a los principios de libre competencia, y en cumplimiento de los dispuesto por el artículo N°8, letra c), del Decreto Ley N°211, de 1973, acoge la presentación de la recurrente, requiriendo de la I. Municipalidad de Viña del Mar ponga término a la postergación del permiso a que se refiere el artículo 177, del DFL N°458, ya citado, de 1975, autorizando la instalación del establecimiento comercial, objeto de la investigación”.

más latamente al referirnos a la imperatividad de las decisiones adoptadas en contra de los OAE, la Comisión Resolutiva ordenó a la SVS en el año 2002, la inmediata derogación del Oficio Circular N°4456, por atentar contra la libre competencia en el mercado bursátil²⁴⁵.

El TDLC por su parte, también ha optado por ordenar a la autoridad dejar sin efecto los actos contrarios a la libre competencia. Por ejemplo, en la causa de Enasa S.A. contra la I. Municipalidad de Cauquenes²⁴⁶, ordenó hacer una nueva licitación de los servicios de recolección de residuos domiciliarios, limpieza y barrido de calles y disposición final de residuos domiciliarios de la comuna y, con posterioridad, dejar sin efecto el contrato suscrito -en el marco de una licitación privada- con la empresa Himce Ltda²⁴⁷.

No obstante que el Tribunal no ha sido proclive, según lo revela su jurisprudencia, a dejar sin efecto por el solo hecho de la sentencia un determinado acto administrativo que se declare anticompetitivo, sí ha indicado el contenido –en aquello que atañe a la libre competencia- que debiera tener el nuevo acto administrativo que deba dictar la autoridad competente. Una clara muestra de esto es la Sentencia N°34/2005 en que se ordenó a Subtel

²⁴⁵ CHILE. Comisión Resolutiva. 2002a. Resolución N°647/2002, 16 de abril.

²⁴⁶ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N°34/2005. 7 de Diciembre de 2005. Parte Resolutiva.

²⁴⁷ Sin perjuicio de que con posterioridad la Corte Suprema acogió el recurso de reclamación presentado por la I. Municipalidad de Cauquenes y dejó sin efecto la sentencia citada.

modificar una norma técnica de acuerdo a determinados criterios que la decisión (en la oportunidad, de la Comisión Resolutiva) estableció²⁴⁸⁻²⁴⁹.

3.2.1.4.2.1. Eliminación de cláusulas contractuales

Una de las alternativas que tiene el TDLC, en base a las normas del DL N°211 antes citadas, para modificar un determinado acto, consiste en eliminar una o más de las cláusulas o disposiciones contenidas en él. En general, para los casos de actos anticompetitivos de la autoridad, el Tribunal ha optado por aplicar otro tipo de medidas, que se acercan más a la lógica de la recomendación o advertencia respecto a las decisiones que se adopten a futuro, o incluso, criticar determinadas cláusulas contenidas en bases de

²⁴⁸ “1° Que la Subsecretaría de Telecomunicaciones deberá modificar la norma técnica contenida en la Resolución Exenta N°308, de 9 de Marzo de 2000, publicada en el Diario Oficial con fecha 13 de marzo del mismo año, observando los criterios que se observan a continuación. 2° La referida norma debe explicitar que los 30 MHz de frecuencias disponibles en la banda de 1900 MHz, subdivididos de forma homogénea, permitan otorgar un número limitado de concesiones de servicio público telefónico móvil y que, por lo tanto, el mecanismo de otorgamiento de las mismas será el concurso público previsto en el artículo 13C de la Ley General de Telecomunicaciones.

3° En dicho concurso podrán participar, en igualdad de condiciones, todas las empresas que cumplan los requisitos legales y reglamentarios correspondientes. Asimismo, se deberá permitir que los interesados opten libremente por el número de frecuencias que requieran, pudiendo una misma empresa o grupo de empresas relacionadas o coligadas obtener la totalidad de frecuencias disponibles. Sin embargo, la Subsecretaría de Telecomunicaciones deberá establecer en las bases del concurso los requisitos que deberán cumplir los proyectos técnicos comprometidos por los concursantes, a objeto de cautelar el uso efectivo y eficiente de las frecuencias a asignar.

4° Con todo, no podrán participar en el concurso para proveer el servicio público telefónico móvil en una misma área geográfica, las empresas o grupos de empresas relacionadas o coligadas que ya posean concesión por más de 30 MHz en la banda de frecuencias de 1900 MHz”. CHILE. Comisión Resolutiva. 2000b. Resolución N°588/2000, 20 de diciembre, Parte Resolutiva.

²⁴⁹ Sin perjuicio de que la Corte Suprema revocó la sentencia del TDLC.

licitación, pero es difícil encontrar precedentes en que se haya optado por eliminar directamente una cláusula de un contrato administrativo en curso o una disposición de una norma o acto vigente de parte de un OAE.

No obstante lo recién indicado, en la Sentencia N°20/2005 el Tribunal se pronunció respecto al contrato de concesión de estacionamientos subterráneos, celebrado por la I. Municipalidad de Santiago, que contenía una cláusula de exclusividad, por la que se obligaba a eliminar todos los estacionamiento de superficie en una área preestablecida. En dicha ocasión, el Tribunal señaló que ese tipo de disposiciones eran contrarias a la libre competencia y que, por lo mismo, debían ser eliminadas²⁵⁰, ya que la cláusula en cuestión no se limitaba a regular los bienes nacionales de uso público que la ley le encargaba administrar a la autoridad municipal, sino que la zona abarcaba inmuebles privados respecto de los cuales no se podía prohibir la realización de una actividad económica lícita mientras ésta cumpliera con la normativa contenida en los instrumentos de planificación territorial .

3.2.1.4.2.2. Contenido de bases de licitación

El área donde puede encontrarse una mayor cantidad de pronunciamientos en materia de libre competencia y OAE es precisamente respecto al contenido de las bases de licitación elaboradas por las diversas autoridades

²⁵⁰ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2005d. Sentencia N°20/2005, 23 de junio.

administrativas. Son múltiples las imputaciones realizadas contra los requisitos en ellas establecidos, por considerar que se erigen como barreras a la entrada que dificultan el ingreso de un mayor número de competidores a los diversos mercados y, porque, en la práctica, en muchas ocasiones dan lugar a monopolios asignados por la autoridad administrativa a un particular durante cierto tiempo. Por eso no es de extrañar, que los OAE que con más frecuencia son demandados en esta sede, precisamente son aquellos que más comúnmente deben celebrar este tipo de actos para otorgar concesiones sobre bienes públicos o bienes de uso público, a saber, las Municipalidades, el MTT y el MOP.

Respecto a esta materia, el TDLC ha sostenido lo siguiente:

“Que, para prevenir conductas de abuso de posición dominante por parte de los monopolios resultantes de un proceso de licitación, es preciso que las autoridades concernidas en la asignación de un monopolio tengan un especial cuidado en el diseño de las respectivas licitaciones, tanto para disipar rentas monopólicas, como para evitar vacíos que permitan el oportunismo y el abuso, tanto por parte de los oferentes en la licitación misma, como en el mercado *ex-post*, una vez adjudicada o asignada ésta”²⁵¹.

Este es el escenario en que se presenta de forma frecuente la colisión entre las potestades discrecionales de los OAE y las normas de libre competencia, de

²⁵¹ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2010c. Sentencia N°100/2010, 21 de julio, Considerando 92°.

modo que las decisiones del TDLC devienen en cruciales: “La existencia de un proceso licitatorio no implica la ausencia de un rol para la autoridad antimonopolios. Ella debe estar presente para cautelar que el proceso sea competitivo y en algunas ocasiones velar para que el diseño del objeto subastado y del mecanismo de asignación busquen la maximización de bienestar y no otro objetivo que pudiera perseguir, por ejemplo, una autoridad sectorial que lleva el proceso”²⁵². Es importante, pues a través de las subastas, en general, se trata de remplazar la competencia “en la cancha” por la competencia “por la cancha”²⁵³ y un sistema de asignación mal diseñado o implementado, puede generar efectos anticompetitivos en el mercado (v.gr., cierres de mercado, levantamiento de barreras de entrada), lo que podría provocar consecuencias peores que las que se pretenden evitar a través de este método.

Doctrinariamente²⁵⁴ se ha señalado que en toda subasta es necesario atender a cinco preguntas fundamentales: ¿Qué asignar?, ¿A quién asignarlo?, ¿Cuándo asignarlo?, ¿Cómo asignarlo? (mecanismo de asignación) y ¿para

²⁵² HARRISON, R. y MUÑOZ, R. 2011. Política de Competencia en Procesos de Licitación de Bienes y Recursos. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La libre competencia en el Chile del bicentenario. Santiago. Chile. Thomson Reuters PuntoLex. pp.375-397, p.396.

²⁵³ Harold Demsetz planteó el año 1968 que si bien ex-post la solución más eficiente para proveer un servicio que es monopolio natural es un solo operador, ex ante lo mejor es que existan varios competidores que compitan por adjudicarse el derecho con carácter monopólico. La idea que subyace a esto es que si ex ante se dan las condiciones de competencia, eliminando así el abuso de un poder monopólico ex-post, se transfiere a los consumidores el beneficio del poder del monopolio.

²⁵⁴ HARRISON, R. y MUÑOZ, R. 2011. Política de Competencia en Procesos de Licitación de Bienes y Recursos. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La libre competencia en el Chile del bicentenario. Santiago. Chile. Thomson Reuters PuntoLex. pp.375-397, p.390.

qué asignarlo? (objetivo de licitación). Lamentablemente no existen fórmulas universales que puedan aplicarse de forma exitosa en todos los procesos, sino que se trata de cuestiones que deben resolverse en cada caso, teniendo presente en todo momento el objetivo sectorial e intereses en juego que el legislador pretende defender. Esto no obsta a que, como se verá más adelante, se puedan hacer recomendaciones respecto a ciertos aspectos que todo OAE debiese tener en consideración al momento de elaborar el proceso de asignación.

Existen abundantes pronunciamientos de las autoridades de libre competencia que se refieren a modificaciones de bases de licitación, ya sea ordenando una reforma inmediata²⁵⁵ respecto a un proceso licitatorio en curso, o a través de advertencias y/o recomendaciones para el mejor diseño de procesos futuros. Un clásico caso conocido por el TDLC²⁵⁶ fue el seguido en contra de la I. Municipalidad de Cauquenes, al que se hizo mención *supra*, en el que el Tribunal le ordenó la realización de un nuevo proceso de licitación, en un plazo no superior a dos años desde la notificación de la sentencia, incorporando en sus bases cláusulas compatibles con los criterios señalados en el fallo²⁵⁷. De esta manera, el Tribunal se avocó la facultad para determinar los criterios que

²⁵⁵ CHILE. Comisión Resolutiva. 2001b. Resolución N°596/2001, 25 de abril, Parte Resolutiva.

²⁵⁶ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N°34/2005. 7 de Diciembre de 2005.

²⁵⁷ Sin perjuicio que la Corte Suprema revocó la Sentencia, al acoger la reclamación interpuesta por la autoridad municipal.

debieran ser tomados en consideración por la autoridad sectorial al momento de elaborar las bases del proceso.

Otra oportunidad en la que el Tribunal estableció parámetros específicos a ser adoptados por la Administración fue en el caso Naviera Valdivia también mencionado, en el que se cuestionó el diseño de la licitación, por considerar que ésta posibilitó e incentivó el cobro de una tarifa para la recalada de naves en la infraestructura portuaria de Niebla y Corral, que produjo efectos exclusorios en el mercado de transporte fluvial entre ambas localidades. Cabe precisar que la empresa concesionaria demandada estaba verticalmente integrada, operando tanto la infraestructura portuaria como naves para el transporte fluvial, de modo que los incentivos habrían estado dados para utilizar su poder monopólico en el primer mercado –estableciendo una tarifa por recalada de nave que no se condeciría en absoluto con sus costos- y así, favorecer su participación en el segundo mercado relevante. Dicho fallo ordenó al MOP -para el caso que optara por realizar una nueva licitación- elegir alguna de las siguientes modalidades: (i) licitar separadamente o adjudicar a personas diferentes y no relacionadas entre sí o con uno o más usuarios de la infraestructura portuaria, los servicios portuarios esenciales y los servicios de transporte relevantes; o, (ii) en el evento de optarse por un esquema de integración vertical entre ambos servicios, imponer al concesionario el deber de ajustar la tarifa por recalada de naves al valor que resulte de dividir el valor actualizado y anualizado de los costos y las inversiones totales en que deba

incurrir para la mantención, conservación y explotación de las obras portuarias construidas y por construir por el MOP para el atraque de embarcaciones en las rampas de Niebla y Corral, por el número total anual esperado de recaladas en el período considerado, entre todos los usuarios, incluyendo al adjudicatario de la licitación, y reduciendo del monto total de los costos e inversiones, el monto de los subsidios que se concedan para financiar tales costos e inversiones, debiendo las bases y el contrato respectivo especificar tal monto o establecer los elementos que sirvan para su determinación²⁵⁸.

Cabe advertir que el TDLC también se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el contenido de bases de licitación a propósito de procedimientos no contenciosos. Por ejemplo, en la Resolución N°25/2008 resolvió la consulta presentada por Sociedad de Rentas Inmobiliarias Ltda. respecto a si estaría en condiciones de participar en las futuras concesiones de aeropuertos fiscales. La duda nació porque dicha sociedad se encontraba relacionada con una empresa de aeronavegación y, de acuerdo al Dictamen N°1004/1997 de la Comisión Preventiva Central, existía una prohibición para las aerolíneas comerciales de participar en concesiones aeroportuarias, por el riesgo de comportamiento estratégico derivado de la integración vertical. El Tribunal resolvió que el MOP debía modificar las bases de precalificación para el “Programa de Licitaciones y Relicitaciones de Concesiones de Infraestructura Aeroportuaria”, de manera de no excluir la participación de aquellas personas

²⁵⁸ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2012b. Sentencia N°121/2012, 10 de mayo.

relacionadas con empresas de transporte comercial de aeronaves pequeñas, según la clasificación de la Dirección General de Aeronáutica Civil, que no utilizaran una proporción relevante del respectivo aeropuerto concesionado o de las instalaciones destinadas en éstos a la operación de los servicios de transporte aéreo con los que tuvieran integración vertical²⁵⁹.

Por otra parte, no hay que desconocer que es la autoridad competente la que tiene que determinar cuáles son los requisitos que deben cumplir los postulantes a una licitación en particular. De modo que, no cualquier costo de entrada será considerado como una barrera y cuestionado bajo la normativa de libre competencia, sino sólo en tanto dichas condiciones tiendan a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia de alguna manera²⁶⁰. No obstante, en diversas partes del mundo se han dictado guías por la autoridad de libre competencia que pretenden dar lineamientos que sirvan a la Administración para hacer un análisis desde el punto de vista competitivo al momento de adoptar decisiones. En nuestro país, desde ya, se pueden indicar ciertas

²⁵⁹ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2008a. Resolución N°25/2008, 27 de marzo.

²⁶⁰ “Que las mayores exigencias y costos que implique ingresar a la respectiva actividad económica son materia de competencia de la autoridad que efectúa el llamado a licitación, no siendo una materia que corresponda a este Tribunal resolver. Los eventuales problemas que determinados empresarios puedan tener para obtener alguna concesión en el respectivo proceso de licitación, en la medida que hayan tenido la posibilidad de participar en el mismo en igualdad de condiciones, no implican per se una restricción a la libre competencia”. CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2004c. Sentencia N°11/2004, 3 de diciembre, Considerando 7°. En otras palabras, “Que es atribución de la autoridad que realiza un llamado a licitación de un servicio público delegado definir las exigencias y costos que implique ingresar a la actividad económica de que se trata, no siendo, en general, una materia en la que deba este Tribunal intervenir, a menos que los términos y condiciones de dicha licitación tiendan a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia de cualquier modo”. CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2005a. Sentencia N°14/2005, 5 de abril, Considerando 8°.

cláusulas que se han cuestionado en procesos licitatorios, las que, por ende, el regulador debiese tener en consideración al diseñar este tipo de asignaciones.

Para proceder a su análisis, se debe tener presente que al momento de plantear una licitación, quien la diseña debe determinar: (i) las condiciones de competencia en la licitación o competencia *ex ante* y, al mismo tiempo, (ii) preocuparse de las condiciones de competencia que se darán en la provisión de los servicios o competencia *ex post*. En ambos casos lo que se pretende es que las condiciones sean lo más cercanas a un mercado competitivo, pues, sólo así se asegura la participación de distintos oferentes y la asignación óptima del recurso en cuestión²⁶¹. Por el contrario, un mal diseño licitatorio puede llevar a aumentar las tarifas y disminuir la calidad del servicio que en definitiva se preste a los usuarios. El propio TDLC entiende que su cometido es mantener las mínimas condiciones de rivalidad, lo que “[e]n el caso de bases de licitación en general se debe traducir en impedir que el actuar de la autoridad: (i) manifiestamente facilite la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezca injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación; o, (iii) limite injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases”²⁶².

²⁶¹ “La finalidad de la actuación del Tribunal, tal como se ha indicado en otras ocasiones (por ejemplo, en la Sentencia N°34/2005), es simplemente velar porque las condiciones de competencia exante aseguren que la ausencia de rivalidad *ex post* se traduzca de todos modos en las más eficientes condiciones de prestación del servicio en términos de precio, cantidad y calidad ofrecidas”. CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2014b. Sentencia N°138/2014, 30 de julio, Considerando 14°.

²⁶² CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2014b. Sentencia N°138/2014, 30 de julio, Considerando 17°.

En cuanto a las condiciones de competencia *ex ante*, y a partir de los mismos pronunciamientos de la jurisprudencia en sede de libre competencia, se puede extraer que las preocupaciones centrales de la autoridad antimonopolios consisten en evitar las barreras a la entrada, la discriminación arbitraria, la discrecionalidad y los riesgos de colusión entre los oferentes.

Respecto a las barreras a la entrada, se ha resuelto que las bases de la licitación no debieran contener condiciones que exijan un capital mínimo excesivo²⁶³, boletas de garantías con montos muy altos, o acreditación de experiencia innecesaria, entre otras condiciones que tiendan a establecer exigencias muy altas para los oferentes, que en definitiva, generen desincentivos artificiales que disminuyan sustancialmente la cantidad de interesados que pueden participar en la competencia por la cancha. Asimismo, la solvencia económica y los conocimientos técnicos o profesionales deben estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales a las necesidades que se pretenden satisfacer con el mismo. No puede perderse de vista que las licitaciones son una oportunidad para el ingreso de nuevos actores a los mercados, por lo que, evidentemente los OAE deben evitar requisitos injustificados que generen exclusión y disminución en el número de competidores.

En ese mismo sentido, se ha decidido que no debiera exigirse que el oferente tenga determinado tipo de contratos vigentes si no tiene justificación

²⁶³ Se debe precisar que el capital solicitado debe ser excesivo en atención al mercado en cuestión, pues el criterio respecto a la cuantía no puede calificarse en abstracto.

alguna, por constituir una barrera a la entrada. Así se pronunció el TDLC al conocer las bases de licitación de residuos sólidos y otros servicios elaboradas por la I. Municipalidad de San Fernando que contemplaban como exigencia para acreditar experiencia por parte de los participantes, el mantener ocho contratos vigentes en Chile²⁶⁴. Lo mismo se dijo –teniendo como precedente la Resolución N°650 de la Comisión Resolutiva - respecto a la exigencia de mantener un contrato de arrendamiento con un relleno sanitario, pues se estimó como un elemento distorsionador de la competencia que eventualmente podía constituirse en una barrera de entrada para nuevos oferentes que no tuvieran relación con una empresa de este tipo.

A mayor abundamiento, se ha considerado que no procedería que las bases contemplen renovaciones de común acuerdo entre las partes, por periodos iguales y sucesivos, y que no sería deseable que las licitaciones se adjudiquen por periodos largos o indefinidos. Lo que se promueve es que se realicen periódicamente procesos licitatorios para así permitir que otros agentes económicos puedan entrar a participar del mercado en cuestión²⁶⁵, de lo contrario, se construirían fuertes barreras a la entrada por el ente licitante. Sin embargo, se ha estimado que se debe precaver que el periodo de asignación no sea demasiado reducido, pues de lo contrario se puede dificultar la

²⁶⁴ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2005c. Resolución N°7/2005, Rol N°33-04, 30 de mayo de 2005, Considerando 6°.

²⁶⁵ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2005c. Resolución N°7/2005, 30 de mayo.

amortización de las inversiones necesarias para realizar la prestación objeto del contrato y, así, disuadir de la presentación de ofertas a nuevos entrantes. En otros términos, se darían ventajas a los operadores ya instalados que no necesitan llevar a cabo dichas inversiones.

En segundo lugar, el TDLC ha sostenido que se deben impedir discriminaciones arbitrarias que impliquen diferencias a favor de determinados agentes económicos, en especial, respecto de los incumbentes en el mercado a licitar. En este sentido, debieran evitarse aquellas condiciones que exigen una experiencia mínima no justificada²⁶⁶, plazos muy acotados para la presentación de ofertas²⁶⁷ o para la implementación total de los servicios a licitar²⁶⁸ y contratación de personal de la zona²⁶⁹, pues todas estos requerimientos podrían sólo imponer una ventaja para el incumbente por sobre eventuales interesados en ingresar al mercado.

²⁶⁶ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N°34/2005. 7 de diciembre de 2005. Considerando 26°.

²⁶⁷ “Que, por último, tal como sostuvo en estrados la FNE, resulta reveladora la información sobre los plazos del proceso de licitación bajo consulta (artículo 3.2 de las bases). En efecto, para cualquier competidor, actual o potencial, salvo para aquel que estaba ejecutando el contrato al momento de la licitación, un lapso tan corto impide hacer los estudios y proyectos necesarios para formular una oferta seria, atendidas las características de los servicios que se licitan, y sobre todo, si se toma en consideración que el inicio del servicio estaba previsto para tener lugar casi un año después de su adjudicación”. CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2005c. Resolución N°7/2005, 30 de mayo, Considerando 12°.

²⁶⁸ “Recomendar tanto a la Ilustre Municipalidad de Curicó como a la Fiscalía Nacional Económica, que la revisión de bases de licitación, así como el intercambio de información y opiniones al que haya lugar entre ambos con ocasión de dicho proceso, se realice teniendo en especial consideración la necesidad de resguardar plazos prudentes, que permitan realizar los correspondientes llamados a licitación y principiar los servicios contratados, dando tiempo suficiente a las empresas para preparar y presentar sus propuestas e iniciar adecuadamente las prestaciones a las que se obliguen, respectivamente”. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia 77/2008. 4 de noviembre de 2008.

²⁶⁹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N°34/2005. 7 de diciembre de 2005. Considerandos 24° y 25°.

También con miras a impedir favorecer injustificadamente a determinados agentes, las licitaciones debieran evitar basarse únicamente en ofertas monetarias, especialmente si los bienes a licitar son esenciales y escasos, toda vez que ese criterio favorecería a la empresa preexistente, quien tiene mayores incentivos para adquirir los bienes, y así asegurar o acrecentar su participación en el mercado, llegando incluso en algunos casos a existir mero acaparamiento sin intención real de explotar el bien o prestar el servicio adicional que se adjudica. En la Sentencia N°44/2006, el TDLC entregó esta como la principal justificación de su fallo, al considerar que la asignación de frecuencias internacionales vía licitación basada únicamente en ofertas monetarias, favorecía inequívocamente a la empresa incumbente y disminuía la capacidad de una aerolínea entrante para adjudicarse una frecuencia limitada. Mismo argumento sostuvo el Tribunal en el caso JAC: “Que, con el objeto que exista una comprensión clara de la inconveniencia de utilizar subastas al mejor postor, según mayor valor monetario ofrecido, para asignar las frecuencias aéreas restringidas, es importante reiterar que existen razones de diversa índole que explican el interés que puede tener una empresa con el poder de mercado de LAN para acumular frecuencias aéreas, algunas de las cuales se relacionan con eficiencia productiva y otras, sin embargo, con motivos estratégicos que pueden tener efectos anticompetitivos importantes y así afectar negativamente los niveles de bienestar social nacional”²⁷⁰. Entonces, el OAE debiera evitar

²⁷⁰ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2009a. Sentencia N°81/2009, 16 de

establecer, en base a estas premisas, condiciones de adjudicación que puedan beneficiar a la empresa incumbente, pues así se distorsionan los incentivos de ésta y los eventuales interesados pierden posibilidades de ingresar al mercado por circunstancias que van más allá de las reglas de la sana competencia.

También para evitar discriminaciones arbitrarias, se ha resuelto que las bases de licitación deben establecer con claridad las razones por las que puede ser desestimada una oferta y los motivos por los que la licitación puede declararse desierta²⁷¹⁻²⁷². Asimismo, el evaluador de las posturas debe procurar aplicar el mismo nivel de rigurosidad en su valoración a todas las ofertas.

En esa misma lógica, el Tribunal ha decidido que procedería que las bases contemplen la terminación anticipada del contrato siempre que quede especificada desde un principio la causal que la permita²⁷³, pues sólo así los postulantes a la licitación podrían hacer una estimación razonable del riesgo involucrado. De lo contrario, nuevamente se verían favorecidos quienes tengan un tamaño tal que les permita correr riesgos. Vinculado a esto, se ha estimado que la causal de término anticipado consistente en la subcontratación tendría un efecto disuasivo para los eventuales entrantes y, en ciertos mercados,

enero, Considerando 77°. En el mismo sentido, Resolución N°588/2000 de la Comisión Resolutiva y Resolución N°27/2008 del TDLC.

²⁷¹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N°37/2006 y Sentencia N°34/2005.

²⁷² Más aún, el TDLC ha indicado que en caso de declarar desierta una licitación se debe llevar a cabo una nueva, ajustando las bases de la misma a las necesidades identificadas en el proceso declarado desierto". CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2005b. Resolución N°4/2005, 6 de abril, Considerando 9°.

²⁷³ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N°34/2005. 7 de diciembre de 2005. Considerando 22°.

favorecería a aquellas empresas que se encuentren verticalmente integradas. Si bien sería lícito que una empresa con dicho sistema de organización participe de las licitaciones, la autoridad debiera tomar los resguardos necesarios para evitar generar distorsiones en los mercados conexos²⁷⁴ o que el hecho de participar en otros mercados o tener acceso a ciertos insumos genere una ventaja imposible de replicar por otros interesados²⁷⁵ por la existencia de subsidios cruzados.

Por otra parte, de acuerdo con la jurisprudencia del TDLC, no debiera otorgarse al licitante discrecionalidad absoluta para evaluar las ofertas, pues podría generar el riesgo de un comportamiento oportunista y arbitrario por parte de la autoridad llamada a adjudicar, lo que en definitiva, en sede de libre competencia, podría generar desincentivos artificiales para participar en el proceso, o producir una innecesaria incertidumbre respecto de los costos involucrados en la prestación del servicio, pudiéndose así afectar la intensidad competitiva²⁷⁶. En otros términos, “[q]ue una efectiva competencia ex ante requiere que la licitación sea transparente y objetiva. La imposición de exigencias innecesarias puede reducir el número de participantes y con ello el

²⁷⁴ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2012b. Sentencia N°121/2012, 10 de mayo, Considerando 41°.

²⁷⁵ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia 77/2008. 4 de noviembre de 2008. Considerando 68°.

²⁷⁶ “(...) este Tribunal considera que la inclusión de cláusulas que otorguen discrecionalidad al accionar de la autoridad, tanto en el procedimiento de licitación como durante la explotación de la concesión misma, tiene efectos anticompetitivos, toda vez que al aumentar la incertidumbre del negocio se reducen los incentivos a participar en la licitación, y por lo tanto, disminuye la competencia ex ante”. CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2006b. Resolución N°13/2006, 26 de junio, Considerando 15°.

grado de competencia. Un efecto similar puede tener la falta de transparencia, como ocurriría, por ejemplo, en caso de que las bases respectivas estipulasen que la licitación puede ser dejada desierta sin fundamento. En efecto, presentarse a una licitación involucra costos irrecuperables para los postulantes, por lo que, de no existir garantías de transparencia, muchos interesados en prestar el servicio podrían optar por no participar en dicho proceso”²⁷⁷.

En la misma lógica de restringir la discrecionalidad del licitante, la jurisprudencia ha señalado que las bases debieran contemplar una escala que incluya diferentes niveles de cumplimiento para cada criterio²⁷⁸, siendo insuficiente establecer sólo un puntaje máximo²⁷⁹. Por tanto, debiera dejarse claro qué se entiende en cada uno de los niveles, para luego hacer una correcta asignación del puntaje. Esto se relaciona con la necesidad de parámetros objetivos²⁸⁰ y transparentes, que sean de igual acceso para todos los interesados en participar, de manera que estos tengan la información suficiente

²⁷⁷ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N°34/2005, 7 de diciembre de 2005, Considerando 3°. En el mismo sentido, Sentencia N°4/2004, Sentencia N°77/2008 y Sentencia N°92/2009 del TDLC.

²⁷⁸ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2013b. Sentencia N°132/2013, 25 de octubre, Considerando 138°.

²⁷⁹ “Que otra deficiencia digna de mención es que cada criterio de evaluación tiene sólo un puntaje máximo y no una escala de puntajes de acuerdo a los distintos niveles de cumplimiento del criterio respectivo (fs. 06). Por otra parte, también a fs. 06 se dice que, para el criterio “Equipos, uniformes, herramientas y accesorios”, se evaluará la calidad y cantidad, pero no se da ninguna señal respecto a qué se va a entender por calidad”. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia 34/2005. 7 de diciembre de 2005. Considerando 28°.

²⁸⁰ “Que, para efectos de que las empresas interesadas en participar de las licitaciones tengan mejor información del método de evaluación de sus propuestas, las municipalidades deben definir, en las bases técnicas de cada licitación, los parámetros objetivos que se considerarán para adjudicar el contrato”. CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2005b. Resolución N°4/2005, 6 de abril, Considerando 10°.

para evaluar los costos y riesgos de la provisión de los servicios, tanto para decidir si presentar o no una oferta en un proceso determinado, como para -con posterioridad a la presentación- verificar que la evaluación haya sido bien realizada por la autoridad encargada²⁸¹. En otras palabras, con estos resguardos se busca disminuir las asimetrías de información existentes entre el adjudicatario anterior del contrato y el resto de los oferentes, respecto a elementos económicos clave para determinar la rentabilidad (grado de uso del servicio o determinados costos de operación), y así, evitar que el desconocimiento de estos elementos dificulte a los interesados la formulación de ofertas ajustadas a los parámetros reales.

Por las mismas razones expuestas, ha sido objeto de crítica la disposición que establece una renuncia anticipada de los oferentes al derecho a reclamo o acción jurisdiccional, en lo referido, en este caso, a la acción de libre competencia. Este tipo de cláusula adolece de un vicio de nulidad absoluta por objeto ilícito, toda vez que de renunciarse a acciones contempladas por el DL N°211 se infringiría una norma de orden público²⁸², pues no puede olvidarse que es absolutamente nula la renuncia de derechos que no sólo miran al interés

²⁸¹ De hecho el TDLC al dictar las Instrucciones N°1/2006 indicó que las bases deben contemplar un cronograma detallado con todos los hitos relevantes del proceso de licitación, para así disminuir la incertidumbre y eliminar eventuales asimetrías de información.

²⁸² Conforme al artículo 1462 del Código Civil, “[H]ay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público chileno” y, por tanto, está sancionado con la nulidad absoluta (artículo 1682 del Código Civil). El DL N°211 es, indudablemente, una normativa de Derecho Público, por lo que su contravención acarrea la nulidad absoluta. MONTT, S. 2012. Condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de una operación de concentración en el derecho chileno. En: UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, Anuario de Derecho Público 2012 [pdf]

<http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2012/23_Montt.pdf>
[consulta: 15 septiembre 2015]

del particular, como es el caso de la normativa de libre competencia. Asimismo, el TDLC puede dejar sin efecto esta disposición en base a su facultad general de poner término o modificar actos o contratos contrarios a la libre competencia, así lo ha señalado expresamente el TDLC: “[e]l derecho de acción en materias de libre competencia es irrenunciable en forma anticipada y no puede ser modificado ni alterado por el mero consenso de las partes”²⁸³. Esta medida es una garantía para los oferentes en un proceso de licitación, pues en caso que el ente licitante no realice la evaluación y adjudicación conforme a los criterios objetivos previamente establecidos, se tiene el derecho a impugnar la decisión, limitando así tanto la discriminación arbitraria, como la discrecionalidad del OAE.

Finalmente, los OAE en el diseño de sus licitaciones deben tomar medidas para evitar riesgos de colusión entre los participantes (o también denominado *bid rigging*), ya sea que el acuerdo sea respecto de quién será el adjudicatario de un proceso particular o el precio de adjudicación. En ambos casos, el resultado de la licitación dista de ser exitoso, pues probablemente el precio de adjudicación será mayor y la calidad de los productos y servicios del adjudicatario será inferior a lo que prevalecería en una licitación competitiva. Así, los oferentes coludidos obtienen un excedente grupal que luego es dividido

²⁸³ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N°37/2006. 10 de mayo de 2006. Considerando 15°. En el mismo sentido, Dictamen N°1269/2003 de la Comisión Preventiva Central y Sentencia N°4/2004, Sentencia N°32/2005 y Sentencia N°34/2005 del TDLC.

entre ellos por diversos mecanismos²⁸⁴, y que va en directo en perjuicio del licitante.

Si bien los resguardos frente al *bid rigging* exceden con creces el ámbito de este trabajo, se puede indicar que en términos generales, la jurisprudencia nacional ha indicado que la autoridad que diseña el proceso licitatorio debe evitar: (i) establecer requisitos que disminuyan el número de oferentes²⁸⁵; (ii) generar instancias de encuentro entre los interesados²⁸⁶; (iii) facilitar el intercambio de información²⁸⁷; y, (iv) generar procesos excesivamente transparentes que posibiliten la señalización al mercado de los oferentes²⁸⁸ y el monitoreo del cumplimiento de eventuales acuerdos²⁸⁹. Especial cuidado se debe tener en aquellos mercados que tienen características proclives a la

²⁸⁴ Por ejemplo mediante la subcontratación de un oferente perdedor en la licitación o reservando la adjudicación de un próximo proceso licitatorio para alguno de los otros miembros del grupo.

²⁸⁵ El TDLC señaló en la Sentencia N°79/2008 “Que en relación con los requisitos para participar en la Licitación, este Tribunal considera que los mismos podrían facilitar la existencia de un acuerdo, en la medida que restrinjan el número de posibles oferentes”.

²⁸⁶ El TDLC indicó en la Sentencia N°38/2014 la inconveniencia de realizar encuentros entre los funcionarios públicos licitantes y los incumbentes o eventuales entrantes, toda vez que dichas situaciones incrementan los riesgos de colusión entre los participantes.

²⁸⁷ El TDLC cuestionó que en el Caso de Plantas de Revisión Técnica (Sentencia N°138/2014), se exigiera la entrega de una boleta de garantía por parte de los oferentes a más tardar dentro de los dos días hábiles anteriores a la recepción de la propuesta definitiva, indicando la región, la concesión a la que se postulaba y la individualización del oferente. A juicio del Tribunal, se trataría de un elemento facilitador de un eventual acuerdo, pues favorece el monitoreo de un cartel. La solución dada en dicho caso fue que las boletas de garantías debían acompañarse el mismo día en que se presentaran la ofertas.

²⁸⁸ Por ejemplo, en Sentencia N°112/2011 el TDLC indicó como facilitador de colusión el hecho “Que, luego del proceso de análisis de las ofertas técnicas, si no participaba el incumbente, o bien si el incumbente no igualaba la mejor oferta técnica presentada, Subtel señalaba cuántos eran los participantes que pasaban a la segunda etapa”.

²⁸⁹ Se ha indicado que “[A] ser la licitación un acto público, donde participaban todos los postulantes, se facilitaba la fiscalización o el monitoreo de quienes hubieran celebrado un acuerdo, de tal manera de desincentivar el incumplimiento de lo que pudiera haberse acordado previamente”. CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2004c. Sentencia N° 11/2004, 3 de diciembre, Considerando 56°.

colusión: (i) bajo número de empresas; (ii) escasa o nula entrada de nuevas empresas al mercado; (iii) condiciones de mercado estables y predecibles para la industria; (iv) participación activa de una asociación gremial, empresarial o de profesionales en el proceso licitatorio; (v) licitaciones repetidas; (vi) productos o servicios homogéneos o estandarizados; (vii) ausencia de sustitutos; y, (viii) ausencia de avances tecnológicos²⁹⁰.

Por otra parte, en cuanto a las condiciones de competencia *ex post*, las bases deben determinar claramente estándares de calidad de servicio que deben ser cumplidos por el adjudicatario, establecer obligaciones tales como prestación continua del servicio, obligación de prestarlo en condiciones generales y no discriminatorias, e incluso en ciertos casos, establecer tarifas máximas y públicas, con sanciones que sirvan de disuasivos eficaces²⁹¹, para así evitar abusos de posición dominante explotativos^{292_293}.

²⁹⁰ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Material de Promoción Compras Públicas y Libre Competencia. 2011.

²⁹¹ Típicamente este tipo de regulaciones de condiciones de competencia conductuales se dan en las licitaciones de concesiones portuarias, sin embargo, los criterios son extrapolables a otros tipos de licitaciones, pues los fundamentos jurídicos y económicos que subyacen, son los mismos.

²⁹² “[E]n estos casos, el único medio para evitar posibles abusos de posición dominante está dado por la fijación de tarifas máximas en el respectivo proceso de licitación, junto con la imposición de exigencias mínimas en la calidad del servicio, lo que sí se ha hecho en el que nos ocupa”. CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2004c. Sentencia N° 11/2004, 3 de diciembre, Considerando 10°.

²⁹³ “[A]l respecto, este Tribunal considera que no existen incentivos para que un proponente intente adjudicarse una licitación mediante precios predatorios, pues la existencia de tarifas máximas constituye un límite a la comisión de eventuales abusos de una posición dominante por parte de las concesionarias”. CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2005a. Sentencia N° 14/2005, 5 de abril, Considerando 12°.

3.2.1.4.2.3. Obligación de informar a entes públicos

El TDLC también puede estimar que la mejor medida a adoptar en un caso concreto sea más bien una de carácter preventivo, de manera que los actos administrativos, previos a su dictación, deban ser objeto del análisis y visto bueno dado por otra entidad pública, para cautelar o prevenir riesgos de libre competencia. Como ya se ha señalado reiteradamente, el bien jurídico que el TLDC está llamado a cautelar es el de la libre competencia en los mercados, y como él mismo y la FNE son los órganos que tienen los conocimientos técnicos y las facultades legales para pronunciarse respecto de estas materias, lo lógico es que sean ellos los que deban recibir las informaciones y/o consultas de este tipo.

Ya las antiguas comisiones antimonopolios establecieron este tipo de obligaciones. Por ejemplo, se dispuso que el MTT en las licitaciones para la entrega en concesión y operación de plantas de revisión técnica de vehículos motorizados realizadas por él, tendría que procurar que las fechas de inicio de las concesiones que otorgara fuesen coincidentes con las fechas de término de las concesiones en vigor, en el mismo territorio, y que para renovar o entregar a un nuevo concesionario la operación de las plantas de revisión técnica en actual funcionamiento en la comuna de Punta Arenas, debería hacerlo previa licitación pública y con conocimiento de las respectivas bases de licitación por la Fiscalía Económica de la XII Región, las que debían respetar las fechas de término

antes indicadas, de manera que en el futuro ambas concesiones se pudiesen licitar simultáneamente²⁹⁴.

Por otro lado, la Resolución N°4/2005 dictada por el TDLC, dejó sin efecto el Dictamen N°995/1996 de la H. Comisión Preventiva Central, y recomendó a las Municipalidades remitir las bases de licitación de servicios de recolección, transporte y tratamiento final de la basura a la FNE, antes del proceso licitatorio, para su conocimiento, para así prevenir eventuales atentados a la libre competencia, de manera de agilizar y hacer más eficientes los procesos de licitación en dichos mercados, al eliminar la recomendación de presentar una consulta en cada ocasión ante el órgano jurisdiccional. Sin embargo, el propio TDLC ha indicado que la resolución contendría sólo recomendaciones, de modo que no ha estimado reprochable, en sí mismo, que las Municipalidades no consulten previamente sus bases de licitación, no obstante, que pueda considerar esa circunstancia al momento de resolver respecto de las deficiencias detectadas en ciertas bases²⁹⁵.

Finalmente, también se adoptó esta medida en la Resolución N°18/2006 que modificó el Dictamen N°992/1996 de la Comisión Preventiva Central, al establecer la obligación de la DGA de informar a la FNE de toda solicitud, nueva o en tramitación, y de toda adquisición, bajo cualquier título, de derechos de

²⁹⁴ CHILE. Comisión Resolutiva. 1999. Resolución N°555/1999, 15 de diciembre, Parte Resolutiva.

²⁹⁵ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N°34/2005. 7 de Diciembre de 2005. Considerando 19°. En el mismo sentido, TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N°37/2006. 10 de Mayo de 2006. Considerando 13°.

aprovechamiento de aguas no consuntivos aptos para generación hidroeléctrica. Hasta ese momento, la DGA debía abstenerse de otorgar nuevos derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos, lo que generaba una excesiva burocracia²⁹⁶. Con la modificación del dictamen, se pretendió flexibilizar el sistema, pero sin dejar de velar por el bien jurídico protegido a través de un control preventivo, pues “[c]orresponde a la institucionalidad de defensa de la libre competencia cautelar que la asignación de los recursos hídricos nacionales garantice el acceso abierto al recurso en condiciones razonables y no discriminatorias, cuando éstos constituyan insumos esenciales para determinadas actividades económicas en donde la competencia es posible. De esta forma, corresponde a la Fiscalía Nacional Económica y a este Tribunal, en el ejercicio de las atribuciones establecidas en el DL N° 211, respectivamente, investigar y tomar las medidas necesarias para promover la libre competencia, y prevenir y corregir los actos y conductas que atenten contra ella”²⁹⁷.

3.2.1.4.3. Multas

Han sido pocos los casos en que las autoridades de competencia han decidido condenar a un OAE al pago de una multa. En primer lugar, la

²⁹⁶ “Que, sin embargo este Tribunal estima necesario, manteniendo la finalidad buscada por el Dictamen N° 992, modificar su operatividad de tal manera que su aplicación resulte menos restrictiva para los solicitantes de derechos de aprovechamiento de aguas y menos onerosa su implementación por la Administración del Estado”. CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2006c. Resolución N°18/2006, 16 de noviembre, Considerando 19°.

²⁹⁷ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2006c. Resolución N°18/2006, 16 de noviembre, Considerando 20°.

Resolución N°669/2002 de la Comisión Resolutiva rechazó el recurso de reclamación interpuesto y acogió una acusación en contra de la I. Municipalidad de Recoleta de haber celebrado un contrato de exclusividad con la empresa Grupo Sarmiento S.A. para instalar elementos publicitarios en la comuna y condenó a la autoridad municipal a poner término o disponer la revocación del permiso concedido a la empresa dentro del plazo de 30 días corridos, así como a realizar procesos licitatorios y remitir las bases de licitación a la FNE si en el futuro deseaba celebrar contratos que se relacionaran con el mobiliario urbano en bienes nacionales de uso público comunales. Al año siguiente, la FNE formuló un nuevo requerimiento en contra del Municipio y de la empresa porque aun cuando se dejó sin efecto el contrato, habiendo transcurrido más de cinco meses desde que se venció el plazo para acatar el fallo, subsistían elementos publicitarios de dicha empresa en las calles de la comuna. La Comisión Resolutiva sostuvo²⁹⁸ que en los hechos, se incumplió la letra y espíritu del fallo, por lo que condenó a la I. Municipalidad a pagar una multa de 500 UTM²⁹⁹ y a la empresa al doble de dicho monto. La Municipalidad pagó voluntariamente la multa, en cambio, la empresa presentó recurso de reclamación ante la Corte Suprema

Si bien la suma que fue obligada a pagar la autoridad fue relativamente baja, ha sido la mayor multa a que se ha condenado a un OAE en sede de libre

²⁹⁸ CHILE. Comisión Resolutiva. 2003c. Resolución 713/2003, 22 de octubre.

²⁹⁹ Equivalentes a \$14.869.000 (catorce millones ochocientos sesenta y nueve mil pesos) de la época.

competencia y cabe resaltar que la multa fue impuesta por no acatar un fallo anterior, tópico que se tratará con mayor profundidad a propósito de la facultad de imperio de que goza el TDLC y la ejecución de sus sentencias.

Por otra parte, se encuentra la sentencia N°77/2008 en que el TDLC condenó a la I. Municipalidad de Curicó por considerar que las bases de licitación para la prestación de los servicios de recolección, transporte y disposición de residuos sólidos contenían cláusulas que restringían la competencia. En particular, se consideró que el hecho de que el Municipio se reservara la facultad de aceptar cualquier oferta que estimara conveniente a los intereses municipales y la posibilidad de terminar anticipadamente el contrato en caso de subcontratación, tendía a excluir la participación de oferentes interesados. Ahora bien, la multa impuesta fue muy baja (5 UTA)³⁰⁰, pues se tuvo en consideración que quienes en último término debían soportar el gasto que implicaba esta sanción, eran los habitantes de la comuna y estos ya se habían visto perjudicados por el actuar de la autoridad:

“Que, en relación a la cuantía de la multa que se impondrá, este Tribunal considera que, en este caso, lo adecuado es que sea de baja entidad, toda vez que (a) las autoridades edilicias que intervinieron en la determinación de las bases de la licitación cuestionada no fueron personalmente requeridas por el Sr. Fiscal Nacional Económico, y porque (b) la aplicación de una sanción

³⁰⁰ Equivalentes a \$2.210.664 (dos millones doscientos diez mil seiscientos sesenta y cuatro pesos) a esa fecha. La Municipalidad presentó recurso de reclamación, pero previo a ello consignó el 10% de la multa y, luego de rechazada la reclamación, pagó el 90% restante.

económica importante a la Ilustre Municipalidad de Curicó podría irrogar un perjuicio para los habitantes de la comuna que sería adicional a la merma acaecida sobre la libre competencia que ya han debido soportar en la licitación del servicio de recolección y disposición de la basura materia de autos”³⁰¹.

El monto de la multa fue ratificado por la Corte Suprema conociendo del recurso de reclamación: “[e]stiman estos sentenciadores que la medida de 5 U.T.A. impuesta a beneficio fiscal está comprendida dentro del rango legal y que es proporcional a la entidad de la infracción, por lo que se desechará la reclamación planteada”³⁰². Evidentemente en este caso, se hace manifiesto que la aplicación de una multa a cualquier sujeto infractor genera efectos adversos en terceros no involucrados³⁰³, lo que es más preocupante aún si se trata de la comunidad de un determinado territorio, que ya ha sido afectada por el actuar de sus autoridades.

Por último, y como se enunció *supra*, la sentencia N°132/2013 del TDLC acogió parcialmente la demanda presentada por Sonda S.A. contra el SRCI en el contexto de la licitación pública internacional para la provisión de los servicios destinados al sistema de identificación, documentos de identidad y viaje y servicios relacionados, pues se consideró que el OAE incurrió en discriminaciones en la evaluación de las ofertas presentadas, lo que afectó la competencia, de modo que se le condenó a pagar una multa de 200 UTA y se

³⁰¹ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2008f. Sentencia N°77/2008, 4 de noviembre, Considerando 70°.

³⁰² CHILE. Corte Suprema. 2009a. Causa Rol N°7796-2008, 27 de mayo, Considerando 11°.

³⁰³ Por ejemplo, acreedores, socios, trabajadores o clientes.

le ordenó que en lo sucesivo se abstuviera de repetir las conductas ilícitas. Para la determinación de la cuantía de la multa, el TDLC se basó en los parámetros legales dispuestos en el inciso final del artículo 26 del DL N°211, en particular, mencionó: (i) la gravedad de la conducta en que incurrió la autoridad, pues en su calidad de órgano del Estado debió ser especialmente diligente en sus actuaciones; (ii) que sólo se acreditó una de las diez conductas imputadas; (iii) que como servicio público no obtuvo beneficio económico; y, (iv) que no era reincidente. No obstante, la Corte Suprema acogió el recurso de reclamación interpuesto por el SRCI en contra del fallo, fundado en la incompetencia del TDLC para conocer del asunto, según se explicó *supra* y, por tanto, quedó sin efecto la multa impuesta contra el SRCI.

3.2.1.5. Facultad de imperio del TDLC

El TDLC no sólo ejerce los momentos jurisdiccionales de conocimiento y juzgamiento, sino que también eventualmente la tercera fase: la facultad de imperio, lo que está recogido de manera expresa por el inciso primero del artículo 28 del DL N°211: “La ejecución de las resoluciones pronunciadas en virtud de este procedimiento corresponderá directamente al Tribunal de Defensa de Libre Competencia el que contará, para tales efectos, con todas las facultades propias de un Tribunal de Justicia”.

Asimismo, dicha norma dispone que las multas impuestas por el TDLC deberán pagarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que quede ejecutoriada la respectiva resolución y si en dicho plazo, no se acredita el pago, el Tribunal deberá, de oficio o a petición de parte, y sin forma de juicio, apremiarlo conforme al artículo 543 del Código de Procedimiento Civil (“CPC”).

Dos particularidades pueden indicarse respecto a esta remisión: primero, que esta norma está en el libro III de dicho Código, mientras que la remisión genérica en caso de vacío del DL N°211 sólo está hecha a los libros I y II del mismo³⁰⁴, y; segundo, el título que contiene la norma en cuestión se refiere al procedimiento ejecutivo en obligaciones de hacer y de no hacer, lo que parece extraño dado que precisamente la remisión está hecha respecto al incumplimiento de una obligación de dar³⁰⁵.

Ahora bien, los medios de apremio contemplados por el artículo 543 ante el no pago de la multa en el plazo antes indicado, son el arresto hasta por quince días o una multa proporcional, las que pueden repetirse hasta obtener el cumplimiento de la obligación. El apremio cesa cuando el deudor paga las

³⁰⁴ El artículo 29 del DL N° 211 señala que “Las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil se aplicarán supletoriamente al procedimiento mencionado en los artículos precedentes, en todo aquello que no sean incompatibles”.

³⁰⁵ El mensaje presidencial N°132-346, con el que se inició el proyecto de ley que creó el TDLC, contemplaba que en el inciso 3° del artículo 17 M (actual inciso 3° del artículo 28), que ante el no pago dentro de plazo, podría elevarse progresivamente la multa (“Si cumplido el plazo el afectado no acreditare el pago de la multa, el Tribunal deberá, de oficio o a petición de parte, y sin forma de juicio, apremiarlo del modo establecido en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de elevar progresivamente el monto de las multas”). Esa posibilidad de aumentar progresivamente las multas fue eliminada por la Comisiones Unidas de Constitución y Economía (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2003. Historia de la ley N°19.911. Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [pdf], p. 195 <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/2472/1/HL19911.pdf>> [consulta: 30 noviembre 2014]

multas y rinde caución suficiente a juicio del Tribunal, para asegurar la indemnización de todo perjuicio al acreedor.

Esta es la normativa de general aplicación para hacer efectiva la facultad de imperio del TDLC; sin embargo, surgen algunas dudas respecto a su aplicación en aquellos casos en que el sujeto que incumpla una sentencia dictada en su contra sea un OAE.

En primer término, debemos distinguir dos hipótesis diversas reconocidas por el propio texto de la ley, las resoluciones que imponen una multa y aquellas que consisten en una medida distinta de una multa.

Respecto del primer caso, como ya se expuso, existe norma expresa que regula el asunto, haciendo una remisión al CPC. Entonces, si un OAE es condenado al pago de una multa y no cumple de manera voluntaria, el Tribunal de oficio o a petición de parte podría aplicar las medidas de apremio indicadas en el artículo 543 del CPC. Aquí surge una primera interrogante: ¿puede el jefe de servicio del OAE de que se trate -en tanto representante legal- ser arrestado? Respecto a esto, si bien no existen casos en sede de libre competencia que permitan afirmar que autoridades públicas puedan ser objeto de medidas de apremio en cuanto sean los representantes legales de una determinada entidad, sí se ha producido ello en otras sedes. Por ejemplo, la LOC de Municipalidades reconoce expresamente³⁰⁶ que los alcaldes pueden

³⁰⁶ “Artículo 32.- Los bienes municipales destinados al funcionamiento de sus servicios y los dineros depositados a plazo o en cuenta corriente serán inembargables.

ser objeto de arrestos y han existido varios casos de órdenes de arresto en contra de los ediles frente a deudas de sus Municipios contraídas durante su mandato. Incluso el Tribunal Constitucional (“TC”) debió conocer requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de esta disposición. Así, en causa Rol N°1145-88, el alcalde de Arauco solicitó la inaplicabilidad por considerar que se trataba de un apremio ilegítimo. El TC sostuvo que “no se configura, en este caso, un apremio ilegítimo de aquellos que se encuentran prohibidos por la Carta Fundamental sino que, por el contrario, se instituye una forma o modalidad de ejecución de una sentencia judicial, en cumplimiento de lo estatuido por el artículo 76 de la misma Constitución, de modo que no sólo se favorece el interés social sino que el funcionamiento mismo del Estado de Derecho”.

Teniendo esto en consideración, podríamos afirmar que dado que el DL N°211 y el CPC no establecieron una regla especial para esta materia, las autoridades que representan a los organismos públicos podrían ser conceptualmente objeto de apremios como mecanismo para hacer cumplir el pago de una multa. No obstante, parece difícil que en la práctica el TDLC y sobre todo, la Corte Suprema, apliquen este tipo de apremio, por las repercusiones políticas que generaría al darse un enfrentamiento directo entre

La ejecución de toda sentencia que condene a una municipalidad se efectuará mediante la dictación de un decreto alcaldicio. Con todo, tratándose de resoluciones recaídas en juicios que ordenen el pago de deudas por parte de una municipalidad o corporación municipal, y correspondiere aplicar la medida de arresto prevista en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, ésta sólo procederá respecto del alcalde en cuyo ejercicio se hubiere contraído la deuda que dio origen al juicio”.

dos de los poderes del Estado. Y, porque -en esta hipótesis- la obligación de dar implica el pago desde el erario público hacia el mismo patrimonio³⁰⁷ (el erario como destino de las multas); diferenciándose ello de los casos de arrestos que afectan a los alcaldes, que se han dado por el pago que se debe a un particular, de modo que su incumplimiento efectivamente causa un perjuicio a otro sujeto.

La LOC de Municipalidades además dispone que los bienes municipales son inembargables y el TC también se pronunció al respecto en la causa Rol N°2438-2013. En dicha ocasión, una empresa (Insico S.A.) interpuso el requerimiento alegando que se trataría de un privilegio a un organismo público que constituiría una discriminación arbitraria en comparación al estatuto que rige a una persona jurídica de derecho privado, lo que atentaría contra el principio de igualdad ante la ley y, por otro lado, que la norma en tales términos, causaría indefensión a un particular, pues la sentencia devendría en inejecutable. El TC indicó que la inembargabilidad como privilegio procesal se justificaba principalmente por dos consideraciones: primero, por el principio de legalidad presupuestaria, que impediría a un organismo público realizar gastos no contemplados en el presupuesto anual; y, segundo, por el debido funcionamiento de los servicios públicos, deber consagrado en el artículo 3 inciso 1 de la ley orgánica constitucional de bases generales de la

³⁰⁷ Esto es en términos generales, pero no se puede desconocer que existen OAE con patrimonio propio, y por lo tanto, -en su caso- no se trataría en sentido estricto del “mismo patrimonio”.

administración del Estado (“LOCBGAE”)³⁰⁸ y el artículo 1 inciso 4 de la Constitución Política de la República. Por tanto, estimó que la declaración por ley de bienes inembargables es constitucional siempre que guarde proporcionalidad con la finalidad de protección de valores constitucionales. Así, no sería aceptable que se incluyeran dentro de este privilegio a los bienes de la entidades locales que no estén patrimonialmente afectos a un uso o servicio público, pues se afectaría de manera innecesaria el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental.

Ahora bien, el DL N°211 al remitirse al CPC, contempla como apremio ante el incumplimiento de una multa, otra multa, pero no indica ningún procedimiento para hacer efectiva la sanción inicial, ni menos la multa en cuanto apremio, de manera que, podría llegarse a la situación de inejecución. Para determinar el estatuto jurídico de los bienes de los OAE condenados por el TDLC o la Corte Suprema, y que no cumplan voluntariamente una sentencia, se tendría que analizar caso a caso su normativa orgánica, atendiendo a si se prevén o no disposiciones especiales al efecto, como en el caso de las Municipalidades.

De lo contrario, -en base a los argumentos dados por el TC- frente al silencio del ordenamiento jurídico, la inembargabilidad de los bienes de un organismo en particular, se podría construir a partir del artículo 1618 del Código Civil y artículo 445 N°17 del CPC. La primera norma citada enumera los bienes del

³⁰⁸ CHILE. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. 1986. Ley 18.575: Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, diciembre 1986

deudor que tienen el carácter de inembargables y, la segunda complementando dicho listado, menciona “[l]os bienes destinados a un servicio que no pueda paralizarse sin perjuicio del tránsito o de la higiene pública, como los ferrocarriles, empresas de agua potable o desagüe de las ciudades,” etc., sin perjuicio de ser embargable la renta líquida que produzcan. Más aún, el TC ha argumentado que incluso sin dichas normas la inembargabilidad nace de la condición de inembargables de los bienes públicos, en la medida que “[s]i el derecho de prenda general otorga a todo acreedor el derecho de perseguir la ejecución de la respectiva obligación en todos los bienes raíces o muebles del deudor, con excepción de los no embargables –como lo dice el artículo 2465 del Código Civil–, es evidente que tal ejecución no puede comprender a los bienes que, por naturaleza o por expresa disposición legal, no pueden ser objeto de actos de disposición, cual es el caso de los bienes públicos. Carece entonces de sentido que la ley expresamente descienda a reiterar esta connotación”³⁰⁹. De todos modos, se debe recordar que para el TC sólo podría considerarse legítima la inembargabilidad en cuanto el bien esté afecto a la prestación del servicio público.

De manera que, a falta de norma especial, nos encontraríamos frente a un vacío legal que podría devenir en la imposibilidad de ejecutar la sentencia que ordene el pago de una multa, pues en este caso no correspondería aplicar de manera supletoria el procedimiento incidental previsto en el CPC, por la

³⁰⁹ CHILE. Tribunal Constitucional. 2014. Causa Rol N°2438-2013, 10 de abril, Considerando 4°.

remisión expresa realizada en el artículo 28 del DL N°211 al artículo 543 del mismo Código.

Ahora bien, en el caso de las obligaciones de hacer y no hacer que puedan ser impuestas en una sentencia de libre competencia, el conflicto se intensifica. A pesar de que podemos considerar que a falta de norma expresa en el DL N°211, procedería la aplicación del procedimiento de cumplimiento incidental previsto en los artículos 231 y siguientes del CPC (por la remisión ya mencionada), parece ser que la norma que se ajusta mejor a esta hipótesis, a saber, el numeral 5° del artículo 235, no podría aplicarse respecto de los OAE. Dicha disposición señala que si la sentencia ordena la ejecución o destrucción de una obra material, la suscripción de un instrumento o la constitución de un derecho real o de una obligación, se debiera proceder de acuerdo con el procedimiento de apremio contemplado para las obligaciones de hacer. A su vez, dicha normativa dispone que para la suscripción de un instrumento o la constitución de una obligación, podría proceder el juez a nombre del deudor, si requerido aquel, no lo hiciera dentro del plazo que señale el tribunal. Es del todo lógico, que no se considere al Tribunal facultado para sustituir al deudor si se trata de un OAE, ya que, por ejemplo, podría llegarse al absurdo que la sentencia ordene al MOP eliminar ciertas cláusulas de una base de licitación y agregar otras y el MOP no acate. En dicho caso, sería inaceptable que el TDLC procediera a nombre del organismo sectorial y modificara por sí las bases, pues

se vería comprometida seriamente la separación de poderes del Estado, alterando el equilibrio constitucional.

En definitiva, como consideramos que esta no es una hipótesis plausible, se podría estimar como alternativa, volver a las normas de cumplimiento incidental, dentro de las que se contempla al artículo 238 como norma de clausura. Dicha disposición señala qué ocurre cuando se trata del cumplimiento de resoluciones no comprendidas en los artículos anteriores, caso en el que correspondería al juez de la causa dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento, pudiendo para ello imponer prudencialmente multas no superiores a 1 UTM o arresto hasta de dos meses, los que podrían repetirse. Así se presentarían los mismos inconvenientes señalados a propósito del cumplimiento de obligaciones de dar.

En el año 2002, la Comisión Resolutiva se pronunció respecto del desacato de un OAE a una de sus decisiones. En la especie, la Resolución N°556 había ordenado a la SVS fiscalizar el cumplimiento de lo decidido por la misma resolución, que consistía principalmente en reanudar las operaciones interbolsas –entre ellas, las operaciones de arbitraje interbolsas- y suprimir el peaje interbolsas cobrado por la Bolsa de Comercio de Santiago. No obstante lo resuelto, con posterioridad la SVS dictó un Oficio Circular³¹⁰ que prohibía las operaciones de arbitraje interbolsas. Frente a esto, la autoridad de libre competencia de ese tiempo sostuvo “[q]ue esta Comisión Resolutiva, que está

³¹⁰ CHILE. Superintendencia de Valores y Seguros. 2000. Oficio Circular N°4456, 17 de julio.

establecida para dirimir problemas relacionados con la competencia entre los distintos actores de la actividad económica, no puede aceptar que después de haber dictado una sentencia ordenando reanudar las operaciones interbolsas – entre las que se encuentran las Operaciones de Arbitraje Interbolsas- por ser legítimas, y haber ordenado la supresión del peaje interbolsa cobrado por la Bolsa de Comercio de Santiago y que alcanzaba a un 0,5%, un organismo público encargado por esta Comisión Resolutiva de fiscalizar el cumplimiento de lo decidido, prohíba lo que la Comisión consideró legítimo y necesario para que exista competencia en el mercado bursátil, más aún si se considera que la Superintendencia de Valores y Seguros desde hace muchos años conocía este tipo de operaciones y nunca las objetó³¹¹. Por lo mismo, ordenó a la SVS dejar sin efecto, en lo pertinente y de forma inmediata, el Oficio Circular, por atentar contra la libre competencia en el mercado bursátil.

En cumplimiento de lo resuelto por la Comisión Resolutiva, la SVS dictó con fecha 29 de abril del año 2002, el Oficio Circular N°098, por medio del cual volvió a permitir las operaciones de arbitraje interbolsas, pero sujetándola a determinadas regulaciones.

En el caso recién expuesto nos encontramos con que la autoridad de libre competencia ordenó a un OAE fiscalizar una determinada conducta que debía ser respetada por los particulares. A pesar del incumplimiento inicial, la SVS tuvo que acceder a cumplir lo ordenado por la autoridad de libre competencia,

³¹¹ CHILE. Comisión Resolutiva. 2002a. Resolución N°647/2002, 16 de abril, Considerando 26° y Parte Resolutiva.

aunque sin desconocer sus propias facultades, armonizando así ambos estatutos regulatorios. De hecho, el Oficio Circular N°098, señaló: “Esta Superintendencia, en uso de sus facultades legales y en atención a lo dispuesto por la H. Comisión Resolutiva, en su Resolución N°647, de 16 de abril de 2002, dicta las siguientes instrucciones”.

Con todo, otro asunto que se devela como eventualmente problemático y muchísimo más discutible es qué pasaría en el caso que una resolución judicial obligase a un OAE a adoptar una decisión o a ejecutar un determinado acto que no se encuentre contemplado dentro de las atribuciones de dicho órgano. Aquí claramente podría presentarse un conflicto de legalidad, pues los OAE no pueden actuar más allá de las competencias que la ley les otorga. En relación a ello, relevante parece la postura sostenida por la CGR frente a la solicitud de Subtel para que el órgano contralor se pronunciara respecto a lo ordenado por el TDLC en la Sentencia N°29/2005 del caso Transbank³¹², pues a su juicio, excedía el ámbito de sus competencias. Dicho fallo dispuso en su parte resolutive “Requerir a la Subsecretaría de Telecomunicaciones a fin de que determine las condiciones técnicas generales que deberán reunir los equipamientos y programas computacionales de autorización y captura de transacciones de operaciones realizadas con tarjetas de crédito y débito bancarias. Asimismo dicha repartición deberá adoptar las medidas de seguridad tendientes a evitar la realización de operaciones fraudulentas o indebidas”.

³¹² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Rol C N°16-04. 12 de septiembre de 2005.

Frente a esto, el Dictamen³¹³ de la CGR sostuvo que “[e]n aquellos casos en que un asunto sea resuelto por sentencia judicial, deberá acatarse respecto de la causa en que se pronunciare y si el servicio pertinente considerare que en la resolución se contienen puntos oscuros o dudosos, cuya aclaración es imprescindible para su correcta aplicación, procede recurrir al respectivo tribunal para que fije el alcance de la resolución, a lo que es dable agregar que lo expresado cobra especial relevancia -atendido lo antes manifestado- cuando el órgano administrativo estime que lo que se le ordena exorbita su competencia, sin que le corresponda a esta Contraloría General definir la forma en que tal órgano debe dar cumplimiento al requerimiento de un órgano jurisdiccional como el de la especie”. De manera que, según lo manifestado por el órgano contralor en su Dictamen, correspondería acudir al propio TDLC para manifestarle cuestionamientos de este tipo³¹⁴.

Como queda en evidencia, uno de los tópicos más conflictivos respecto a la relación entre los OAE y la libre competencia radica en la posibilidad de ejecutar lo decidido por el TDLC, pues en la actualidad se carece de un procedimiento claro al respecto. Por lo mismo, respecto a las sentencias que obliguen a prestaciones de dar, sería deseable que, a propósito de la tramitación del proyecto de ley Boletín N°9950-03, presentado por el Gobierno para reformar el

³¹³ CHILE. Contraloría General de la República. 2009c. Dictamen N° 44.527/2009, agosto 2009.

³¹⁴ Es de toda lógica que el TDLC no pueda conferir potestades de las que los OAE carezcan, de modo que no sería aceptable que le ordenase actuar en un sentido determinado si con dicho comportamiento se infringiera el principio de juridicidad. De ahí la relevancia del control que realiza la Corte Suprema conociendo el recurso de reclamación.

DL N°211 (“Proyecto de ley que reforma el DL N°211”)³¹⁵ se integrase este vacío, con una norma que podría remitir este asunto al procedimiento previsto por el artículo 752 del CPC, a propósito del juicio de hacienda, para así clarificar y uniformar el mecanismo que se debiera adoptar para que el Fisco u otro OAE que tenga patrimonio propio, sea condenado a cumplir con una prestación³¹⁶.

Respecto a las obligaciones que consistan en un hacer o no hacer, la posible solución es más compleja y parece ser que la salida más plausible sería que el TDLC, en aquellos casos concretos en que considere evidente que el actuar o no actuar de un organismo público está en contradicción con la normativa de libre competencia, proponga al Presidente de la República la modificación de dicho estatuto particular, de manera de propender a armonizar el ordenamiento jurídico en consistencia con la libre competencia. Prever una norma general de ejecución de dichas resoluciones por parte del Tribunal no nos parecería recomendable, por la especificidad de conductas que podrían involucrarse y, principalmente, porque la ejecución contra el Estado propiamente tal es cuestionable si se trata de materias de política pública respecto de las cuales

³¹⁵ CHILE. Cámara de Diputados. 2004. Proyecto de ley: Modifica el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, que Fija normas para la defensa de la libre competencia. Boletín N°9950-03. [en línea] <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10362&prmBoletin=9950-03> [consulta: 27 septiembre 2015]

³¹⁶ En la actualidad no correspondería aplicar este procedimiento por dos razones: primero, porque está previsto para los procedimientos en que tenga interés el Fisco y cuyo conocimiento corresponda a los tribunales ordinarios, lo que en la especie no sea da, al ser el TDLC un tribunal especial que no forma parte del poder judicial; y, segundo, porque que el juicio de hacienda está tratado en el Libro III del CPC, y el DL N°211 sólo hace remisión a los libros I y II de dicho Código, salvo por excepciones particulares.

los órganos administrativos tienen sus propias facultades legales y constitucionales.

En otros términos, aun cuando se comparte la idea de que los OAE deben también regirse por las normas de libre competencia, como se ha sostenido, la aplicación de este estatuto debe ser matizada por las particularidades propias del sujeto respecto del cual se pretende su acatamiento. Las facultades de imperio en esta materia se encuentran limitadas y, en último término, algunas de las decisiones del TDLC podrían estimarse como inejecutables, configurándose sólo como recomendaciones, pero debe tenerse presente que eso ocurriría sólo en el caso que el OAE de que se trate no cumpla voluntariamente. No debe perderse de vista que la eficacia de la legislación no se logra sólo por medio del cumplimiento de la sanción, sino que una sentencia que condena a un OAE ya es una señal potente desde el punto de vista político y social, que sirve para ejercer presión respecto de las decisiones que le corresponda tomar a dicho órgano en particular y a la Administración en general. Entonces, si bien las sentencias condenatorias en contra del Estado en sede de libre competencia podrían llegar a ser inejecutables, sí tienen una función primordial en señalar y servir de advertencia o recomendación para las autoridades³¹⁷.

³¹⁷ “La existencia de fuertes acciones de enforcement, como la persecución judicial de un fiscalizado dirigida a que se le imponga una sanción, resultan esenciales para el éxito de estrategias “menos fuertes”. Sin embargo, no puede olvidarse que la primera de las aproximaciones no es la única posible, ni necesariamente la más sabia para toda circunstancia”. ROMERO, J. 2011. Enforcement, sanciones y multas en el sistema de libre competencia chileno. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La libre competencia en

En definitiva, se trata de un problema recurrente y que se presenta en diversos ámbitos del Derecho, pues nace a partir de la falta de los tribunales contencioso administrativos. Así, en concreto, la forma correcta de entender la relación entre la Administración y el DL N°211 se relaciona más con que mediante el ejercicio del aparato jurisdiccional, la primera puede tomar conocimiento de aquellos actos que a juicio del TDLC constituyen infracciones al segundo y lo deseable que es que dicho acto se termine, anule o modifique o que a futuro, la decisión sea diversa, con el fin de respetar el principio constitucional de Orden Público Económico señalado en el capítulo I. El Estado debiese propender a comportarse de un modo consecuente, como el ente unitario que es, de modo de seguir los lineamientos que el poder judicial le ordene seguir a la Administración y así evitar que se generen distorsiones en los mercados que no se justifiquen en razón de las políticas públicas y la ley sectorial que corresponda a cada ente cumplir.

3.2.1.6. Conclusión parcial

El TDLC y las antiguas comisiones antimonopólicas han debido conocer muchísimos casos seguidos en contra de actos de la autoridad y, en ese contexto, han tenido que emplear las diversas herramientas que les entrega el

el Chile del bicentenario Chile. Santiago. Chile. Thomson Reuters PuntoLex. pp. 503-537, p. 505.

procedimiento contencioso regulado en el DL N°211. Queda en evidencia que los casos de sentencias condenatorias no son abundantes, pues se ha optado por una lógica menos intrusiva y de colaboración. Menos todavía son los casos en que se ha condenado a un OAE al pago de una multa. Asimismo, la facultad de imperio con la que cuenta el TDLC para ejecutar las decisiones que adopta en el ámbito jurisdiccional respecto de OAE, no es nítida y parece estar limitada en razón del sujeto. Con todo, la posibilidad de que el Tribunal ejerza las atribuciones contenciosas existe y se ha materializado. Más aún, probablemente, se sigan presentando casos a futuro, en la medida que los particulares vayan tomando conocimiento de que el actuar de la autoridad también puede ser objeto de control en esta sede.

3.2.2. Asuntos no contenciosos

El DL N°211 prevé que el TDLC conozca también de asuntos no contenciosos, los que acorde al artículo 817 del CPC son “aquellos que según la ley requieren intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre las partes”. De modo que, en este tipo de asuntos al Tribunal no le toca conocer y resolver conflictos intersubjetivos de intereses de relevancia jurídica, sino que debe realizar declaraciones o participar de ciertas diligencias que los sujetos interesados no pueden obtener por sí solos.

La propia normativa de libre competencia efectúa la distinción entre asuntos contenciosos y no contenciosos a nivel procedimental, al disponer en el artículo 31 que, el ejercicio de las atribuciones a que se refieren los N° 2 (consultiva) y 3 (instructiva) del artículo 18 y la potestad informativa que se le encomienden al tribunal por leyes especiales se someten al procedimiento en él indicado.

Como se indicó *supra* los asuntos no contenciosos conocidos por el TDLC se relacionan más con potestades de promoción de la competencia en el sentido de la prevención e intervención *ex ante*, a diferencia de la potestad jurisdiccional que es eminentemente de defensa y *ex post*. De ahí la importancia de analizar en qué consisten estas facultades y cómo las ha llevado a la práctica el TDLC, toda vez que “[e]l favorecer, adicionalmente, un rol preventivo de alcance más general para el cumplimiento de la normativa de defensa de la libre competencia por parte de los órganos de la administración del Estado, pareciera ser una opción deseable desde el punto de vista del beneficio social, que debiera promoverse como complemento de las funciones represivas del TDLC”³¹⁸.

³¹⁸ NEHME, N. 2011. 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. La libre competencia en el Chile del bicentenario Chile. Santiago. Chile. Thomson Reuters PuntoLex. pp. 317-373, p. 359.

3.2.2.1. Consultas

La facultad consultiva consiste en conocer, a solicitud de un legítimo interesado o del Fiscal Nacional Económico aquellos asuntos no contenciosos que pueden infringir las disposiciones del DL N°211, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse. Lo que se busca con las consultas es prevenir la comisión de un ilícito antimonopólico al solicitar al TDLC que se pronuncie sobre hechos, actos o convenciones que ya se encuentran en ejecución o que se pretenden celebrar a futuro, para verificar que éstos están conformes a las disposiciones del DL N°211. En caso que el Tribunal considere que existen discrepancias con la normativa de libre competencia, procede a fijar condiciones que deben ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos, para así ajustarlos al bien jurídico protegido en esta sede³¹⁹⁻³²⁰, las que resultan obligatorias para el interesado³²¹. En palabras de Valdés: “[b]usca evitar litigios y conferir a través de un procedimiento abreviado y público, certeza jurídica acerca de la contrariedad entre un hecho, acto o convención consultado y la libre competencia de un mercado en particular”³²².

³¹⁹ Artículo 18 N° 2 del DL N°211.

³²⁰ Así ha sido reconocido también por la Corte Suprema en causa Rol N°4797-2008, de 27 de Enero de 2009.

³²¹ Así, si la resolución declara que el hecho, acto o convención no es contrario al DL N°211, el sujeto que participe de ellos no incurre en responsabilidad en sede de libre competencia por su ejecución. En cambio, si la resolución declara que la conducta objeto de la consulta contraviene la libre competencia, el sujeto debe cesar su comportamiento actual o no ejecutar la conducta futura, o cumplir con las condiciones establecidas por el Tribunal, pues de lo contrario incurrirá en una infracción a la normativa de libre competencia.

³²² VALDÉS, D. 2006. Libre Competencia y monopolio. Santiago, Editorial Jurídica, p. 616.

En la reforma al DL N°211 introducida por la Ley 19.911, se contempló el procedimiento para que el TDLC ejerza esta potestad. Se trata de un procedimiento público y concentrado, iniciado a instancia de parte y, cuya admisibilidad es evaluada por el Tribunal. Una vez sometida la consulta a tramitación, el Tribunal ordena la publicación de la resolución en su sitio web y en el Diario Oficial, y notifica por oficio a la FNE y a todos aquellos OAE y agentes económicos relacionados con el asunto. Se otorga un plazo no inferior a 15 días para que los notificados y todo aquel que tenga interés legítimo, pueda aportar antecedentes. Transcurrido dicho plazo, se cita a una audiencia pública –publicitada igualmente por el sitio web y el Diario Oficial-, en la que los aportantes pueden manifestar su opinión. Además, el TDLC puede recabar los antecedentes adicionales que considere necesarios. El procedimiento termina con la dictación de una resolución que contiene la decisión sobre el asunto sometido a conocimiento del Tribunal. Dicha resolución puede ser objeto de recurso de reposición ante el mismo TDLC, y de recurso de reclamación cuyo conocimiento corresponde a la Corte Suprema.

Los propios OAE han tenido interés legítimo en varias ocasiones para solicitar al TDLC el ejercicio de esta potestad de carácter eminentemente preventivo, en especial, por ejemplo, le han solicitado pronunciamiento respecto a si ciertas bases de licitación pueden infringir la libre competencia³²³.

³²³ Por ejemplo, la Consulta de la I. Municipalidad de San Miguel sobre las bases de licitación de residuos sólidos dio lugar a la Resolución N°4/2005 del TDLC.

Particular relevancia reviste analizar el caso 3G ya mencionado, en el que Subtel consultó al TDLC respecto de la participación de los *incumbentes* (concesionarios de telefonía móvil) en el concurso de telefonía móvil digital avanzada. El TDLC³²⁴ sostuvo que, si conforme con la legislación de telecomunicaciones -cumpliéndose los requisitos generales y específicos que establece la Ley N° 18.168- las bases del concurso público respectivo no podían excluir a ningún interesado, entonces “[n]o es procedente que este Tribunal ordene contravenir la normativa de telecomunicaciones, impidiendo que determinadas personas concursen por un recurso respecto del cual, conforme a la ley, tienen libre e igualitario acceso, más aún si el órgano encargado de interpretar y aplicar tal normativa ha corroborado tal improcedencia”. Así, afirmó que los concesionarios de telefonía móvil de ese entonces podrían participar en el concurso 3G, pero de todos modos, estableció tres condiciones a considerar por la autoridad de telecomunicaciones en la elaboración de las respectivas bases: (i) la portabilidad numérica debía implementarse lo antes posible y en forma previa a la fecha prevista en las bases como plazo máximo para la entrada en operación o puesta en marcha de los proyectos técnicos de los adjudicatarios del Concurso, (ii) se debería subdividir la banda de frecuencia 1710-1755 MHz y 2110-2155 MHz en el mayor número de bloques que técnicamente permitiera, en forma eficiente y con costos razonables, prestar servicios avanzados de comunicaciones móviles

³²⁴CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2008c. Resolución N°27/2008, 17 de julio, Parte Resolutiva.

o de 3G con cobertura nacional, y en las bases debería establecerse que cada postulante se podría adjudicar sólo un bloque en un primer concurso, considerando para tal efecto como un mismo postulante a una persona, sus filiales, coligadas y/o relacionadas; y, (iii) los plazos de ejecución y de puesta en servicio que deberían comprometer los postulantes, no deberían restringir ni perjudicar la participación de aquellos interesados que carezcan, a la fecha del concurso, de infraestructura o redes de comunicaciones móviles.

Contra dicha resolución se presentó recurso de reclamación por la FNE, Nextel Chile S.A., VTR Banda Ancha Chile S.A. y Subtel. La Corte Suprema con su fallo, por una parte, delimitó la potestad consultiva en sede de libre competencia al sostener que el recurso de reclamación servía precisamente como un mecanismo de control de los límites de la facultad consultiva del TDLC, de manera que le correspondía a ella velar porque dichos límites no fueran traspasados y, por otra, entendió en términos extensivos el recurso de reclamación, pues estimó que el artículo 31 sólo restringía su procedencia en relación a la naturaleza jurídica de las resoluciones en contra de las cuales se pudiera interponer, pero no en cuanto al nivel de conocimiento y decisión que le correspondería a la Corte, por lo que consideró que le cabía conocer del asunto en su integridad, pudiendo eliminar condiciones o establecer unas diversas a las consideradas por el TDLC³²⁵.

³²⁵ El voto de minoría de la ministra Araneda disintió en este aspecto, por considerar que el recurso de reclamación en contra las resoluciones que fijan condiciones tenía un carácter restringido, “[S]u ámbito de aplicación sólo está referido a la decisión positiva del Tribunal de

Respecto a la primera condición fijada, la Corte Suprema estimó que si bien era deseable que la portabilidad numérica se implementase en el menor tiempo posible, la exigencia de su implementación en los términos dispuestos por el TDLC, provocaría una postergación del concurso 3G y, por ende, un retardo en el ingreso de nuevos actores al mercado. Afirmó que se debía dejar sin efecto la medida por afectar la certeza jurídica y los derechos de los futuros operadores del servicio, al introducir una variable incierta respecto del momento en que podrían comenzar a prestar tales servicios. Asimismo, resaltó que se trataba de una medida propia de políticas públicas sectoriales. En cambio, estimó que el espectro radioeléctrico es un insumo esencial que determina los costos de prestar el servicio y su calidad, de modo que debía velarse por el acceso igualitario al mismo y su uso eficiente. En base a estas razones se justificó acotar la cantidad de espectro radioeléctrico que podía mantener cada operador, por lo que reemplazó lo dispuesto por el TDLC y fijó límites de tenencia de dicho espectro para cada uno de tales operadores³²⁶.

También puede indicarse que la consulta ha sido un mecanismo recomendado por los organismos de libre competencia a OAE. Por ejemplo, el Dictamen N°995/1996, de la Comisión Preventiva Central, recomendó a los Municipios la consulta previa de las bases de licitación de servicios de recolección, transporte y tratamiento final de la basura, recomendación que fue

Defensa de la Libre Competencia de fijar determinadas condiciones que deban ser cumplidas en tales actos o contratos. No autoriza dicho arbitrio modificar lo resuelto en el sentido de imponer otras medidas no consideradas por el tribunal" (Considerando 2° voto disidente).

³²⁶ CORTE SUPREMA. Causa Rol N°4797-2008.

reemplazada a partir de la Resolución N°4/2005 del TDLC, por la de remitir esas bases a la FNE para su conocimiento. En estos casos, no resulta obligatorio para los OAE hacer una consulta previa³²⁷, pero no cabe duda que la decisión del TDLC, una vez que la consulta ya se ha realizado, siempre resulta vinculante, sin importar la identidad del consultante, ni si se trata de personas privadas o públicas³²⁸.

3.2.2.1.1. Conclusión parcial

En razón de lo expuesto, se puede afirmar que la potestad consultiva del TDLC puede ser utilizada para que los OAE o legítimos interesados puedan tener certeza respecto de la licitud de un determinado acto de la autoridad desde la perspectiva del DL N°211. La ventaja de esta herramienta es que si el Tribunal detecta una infracción a la normativa de libre competencia, no aplica sanciones, sino que ordena adoptar medidas correctivas o dejar sin efecto el actuar. Entonces, no tiene un componente represivo, pero la decisión adoptada debe ser acatada por el OAE involucrado en el acto. En cuanto al imperio de que se encuentre dotado el TDLC para hacer ejecutar las medidas establecidas en la resolución que ponga término a una consulta, se presentan las mismas

³²⁷ El TDLC señaló en Sentencia N°37/2006 que se trataba de meras recomendaciones, por lo que no era en sí mismo reprochable que las Municipalidades no enviaran previamente sus bases de licitación

³²⁸ VALDÉS, D. 2006. Libre Competencia y monopolio. Santiago, Editorial Jurídica, p. 622.

discusiones y posibles soluciones que se han examinado *supra* a propósito de los procedimientos no contenciosos.

3.2.2.2. Instrucciones de Carácter General

En primer término, debemos entender qué es esta potestad reglamentaria del TDLC en general, para luego analizar los problemas existentes en los casos en que el ejercicio de ésta afecta a los OAE. Al respecto, González y Velozo indican que “Se trata de una potestad de naturaleza extrajurisdiccional que comprende la dictación de disposiciones externas, generales y permanentes que (...) son vinculantes para quienes ejecuten o celebren actos o contratos determinados que tuvieren relación con la libre competencia en mercados específicos o pudieren atentar en contra de ella”³²⁹.

Esta potestad ya se encontraba contemplada para la Comisión Antimonopolios en la Ley N°13.305, la que en su artículo 175 inciso 3° prescribía que: “Serán deberes y atribuciones de esta Comisión: d) Dictar pautas de carácter general a las cuales puedan ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieran estar sujetos a las disposiciones de esta ley”. Con posterioridad, el DL N°211 reformuló esta potestad, esta vez de la Comisión Resolutiva, contemplándola en el artículo 17 letra b) como la de:

³²⁹ GONZÁLEZ, D. y VELOZO, J. 2011. “Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de defensa de la Libre Competencia”, En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La Libre competencia en el Chile del Bicentenario. Thomson Reuters, Santiago, pp.21-71, p.46.

“Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieran atentar contra la libre competencia”. Con el actual texto legal³³⁰, no se exige que los actos o contratos que celebren los particulares puedan atentar contra la libre competencia, sino que basta con que tengan relación con la libre competencia para que el TDLC pueda dictar una Instrucción de Carácter General (“ICG”). Lo último se debe a que se utiliza el vocablo “o”, lo que amplía la posibilidad de que el TDLC dicte este tipo de normas.

En términos procedimentales, la dictación de ICG se rige por el mismo artículo 31 ya descrito a propósito del procedimiento de consulta, por lo que está sujeto a etapas, plazos y principios tales como publicidad, participación y motivación de la decisión. Si bien la tramitación puede iniciarse de oficio o a petición de parte interesada, la decisión de si dictar o no una ICG, queda sometida a la potestad discrecional del TDLC.

Esta potestad ha sido objeto de cuestionamientos³³¹, sosteniéndose durante la tramitación de la ley que, de acuerdo a lo previsto en los artículos 6, 7, 19

³³⁰ Artículo 18 N°3 del DL N° 211 “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 3) Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieran atentar contra ella”.

³³¹ Ya desde la tramitación de la ley 19.911 se hicieron observaciones de constitucionalidad, en la siguiente línea: “Asimismo, se mantuvo la norma aprobada por la Cámara Alta en cuanto a la facultad de dictar instrucciones generales de acuerdo con la ley. Esa disposición contó con el voto en contra de la Diputada señora Guzmán, quien hizo reserva de constitucionalidad, por estimar que ésta podría ser inconstitucional, al permitir que un Tribunal dictara instrucciones de tipo general, las cuales, a su juicio, quedan reservadas a la ley.

Sobre el particular, debo señalar que, por tratarse de un proyecto de quórum de ley orgánica constitucional, de todas maneras debe ir a control de constitucionalidad. Por lo tanto, la

Nº21 y 63 de la Carta Fundamental, la regulación de las actividades económicas pertenece al dominio de la ley, por lo que la intervención regulatoria del TDLC por medio de una ICG invadiría el dominio que la Constitución reserva a la ley, generando con ello, una alteración de los principios de separación de los órganos y funciones públicas, de juridicidad de las actuaciones de los órganos públicos y certeza jurídica, esenciales para la configuración del Estado de Derecho, toda vez que constituiría una carga adicional que afectaría el ejercicio de la libertad económica.

Sin embargo, la justificación para que el legislador haya decidido dotar al TDLC de una potestad de esta naturaleza se obtiene al realizar un análisis armónico de distintas disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, el artículo 1 de la Constitución señala como base de la institucionalidad que el Estado tiene como finalidad la promoción del bien común, de forma que el TDLC como órgano del Estado también está llamado a cumplir con dicho objetivo dentro del ámbito de su competencia. En relación con esto, los artículos 2 y 3 del DL Nº 211 señalan como deber de dicho Tribunal el dar aplicación a dicha ley, promoviendo y defendiendo la libre competencia en los mercados, de modo que, el TDLC contribuye a la promoción del bien común a través de la

Comisión fue partidaria de esperar la resolución del Tribunal Constitucional acerca de la materia. Si éste estima que la norma es inconstitucional, tendremos que ver cómo corregimos el problema. En caso contrario, si la considera constitucional, aquélla estimó conveniente dejar esa facultad en poder del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia". (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2003. Historia de la ley Nº19.911. Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [pdf], p. 554 <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/2472/1/HL19911.pdf>> [consulta: 30 noviembre 2014]

tutela del bien jurídico “Orden Público Económico”³³² protegido por la Carta Fundamental en el artículo 19 N°21. Esto se refuerza en el artículo 5 que señala que sus funciones serán “prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia”. Uno de los medios a través de los que se concreta esta finalidad es precisamente el artículo 18 N°3.

En ese sentido, la potestad en comento es independiente de la potestad reglamentaria del Presidente de la República³³³, y responde a necesidades básicas del ordenamiento jurídico³³⁴. Así ha sido reconocido por los tribunales superiores de justicia según expone Cea:

“Que el DL N°211 confiere facultades genéricas a los organismo antimonopolios para establecer normas que prevengan y aseguren la competencia en los mercados. Dentro de las diversas actividades económicas el legislador no podía prever todos los riesgos que pueden amenazar la libre competencia. De allí la

³³² De hecho en la página web del TDLC se señala como fundamento constitucional de protección de la competencia “El pleno disfrute de las garantías constitucionales en materia económica que contribuye a que los agentes económicos alcancen el bien común se denomina orden público económico, y el valor esencial que lo inspira es la libertad”. [<http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=347&GUID=>]

³³³ “La potestad reglamentaria inherente a los cuerpos administrativos funcionalmente descentralizados tiene su fuente en la respectiva ley de creación de cada uno de ellos y no proviene, por lo tanto, de delegación alguna del Presidente. El legislador, al crear dichos entes, no puede menos que darles facultades para adoptar las decisiones de carácter general o particular encaminadas a satisfacer sus respectivos objetivos, con prescindencia de la voluntad del Jefe del Estado, de quien no dependen, y ajenas, por lo tanto, a la potestad reglamentaria de éste”. SILVA, A. 2000. Tratado de Derecho Constitucional. La Constitución de 1980 Gobierno. Tomo V. 2° edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p.174.

³³⁴ “[L]os preceptos legales, bien se sabe, son esencialmente generales en punto a los destinatarios y abstractos desde el ángulo de los hechos descritos para ser normados (...) Síguese de lo expuesto que, por intenso que sea el Principio de Reserva Legal, nunca excluirá del todo o por completo la intervención de los órganos administrativos. Imaginar lo contrario equivale a convertir la ley en reglamento”. CEA EGAÑA, José Luis. Los principios de Reserva Legal y Complementaria en la Constitución Chilena. Revista de Derecho. Vol. IX, diciembre de 1998.

necesidad de contar con organismos técnicos especializados, facultados para aplicar al caso este principio rector del Orden Público Económico”³³⁵.

De aquí también se deriva el hecho de que el legislador no haya establecido un *numerus clausus* de atentados a la libre competencia, sino que haya delegado esa labor al Tribunal, pues la necesidad de especialización y el rápido cambio en las condiciones de los mercados hacen indispensable que estos asuntos sean tratados por un órgano con las características del TDLC. En palabras de Santiago Montt: “[l]o que hace el DL N°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 (que pueden ser muchos o pocos)”³³⁶.

A mayor abundamiento, esta misma necesidad de conocimientos técnicos justifica que se otorguen potestades normativas a organismos públicos, tales como la Contraloría General de la República a través de sus dictámenes o las

³³⁵ CEA, J. 1998b. Los principios de reserva legal y complementaria en la constitución chilena. Revista de Derecho IX(dic)

³³⁶ MONTT, S. s.f. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas. Santiago, Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p. 7.

superintendencias³³⁷, casos en los que tampoco es la Constitución la que les otorga esta facultad, sino que una norma de rango legal. De hecho, el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (REGCOM)³³⁸ asimila esta potestad a la que tienen las superintendencias, pues: (i) es establecida por ley; (ii) sólo obliga a los particulares en los actos que ejecuten o celebren que tengan relación con la libre competencia; (iii) la palabra “instrucción” es aquella con la que típicamente se alude a la potestad normativa de las superintendencias; (iv) se consagra de manera general, estando limitada por el ámbito de competencia del propio TDLC; y, (v) goza de fuerza coercitiva³³⁹. Lo que sí diferencia al TDLC de las superintendencias en este punto es que no se encuentra sujeto al control de legalidad de la CGR³⁴⁰.

Silva Prado opina que “[n]o se divisa razón alguna para que la misma ley que crea un ente autónomo como el TDLC, no pueda atribuirle funciones administrativas de carácter reglamentario externo, a ser ejercidas dentro del

³³⁷ En palabras del propio Contralor “En este sentido, la circunstancia de que conforme al N°18 del artículo 63 de la Carta Fundamental la regulación de las bases de los procedimientos administrativos es una materia de reserva legal no determina que este Órgano Contralor no deba pronunciarse sobre la materia que se consulta, toda vez que al resolver las presentaciones de la especie esta Contraloría General no está determinando normas sustantivas acerca de cómo ha de tramitarse y llevarse a cabo un procedimiento administrativo, sino que se está pronunciando respecto de la actuación de un órgano de la Administración del Estado sometido a su fiscalización, cuestión que la Carta Fundamental y su Ley Orgánica N°10.336 han puesto dentro de la esfera de sus atribuciones.

Asimismo, debe consignarse que el presente pronunciamiento no afecta materias propias de la competencia de los organismos jurisdiccionales”.

³³⁸ CENTRO DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA. 2011. Informe en Derecho. Alcance y límites de la potestad normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile [pdf], p.10 <<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/09-08-11%20INFORME%20EN%20DERECHO%20DE%20FRANCISCO%20AGUERO%20VARGAS%20VTR%20BANDA%20ANCHA%20CHILE%20.SA.pdf>> [consulta: 20 junio 2014]

³³⁹ CHILE. Corte Suprema. 2006b. Causa Rol N°6.359-2005, 18 mayo, Considerando 16°.

³⁴⁰ CHILE. Contraloría General de la República. 2009b. Dictamen N° 21.291/2009, abril 2009

ámbito y parámetros que la propia ley asigna”³⁴¹. Por su parte, Velozo y González afirman en el mismo sentido que: “Entonces, a nuestro juicio, la potestad normativa del TDLC responde a una habilitación legal directa que no es ajena a nuestro ordenamiento constitucional y que está fundada en la necesidad de que dicho órgano cuente con las herramientas idóneas e indispensables para cumplir cabalmente la función que se le ha encomendado”³⁴² y agregan que “[l]a sujeción del TDLC a la Constitución y a las leyes supone tanto limitaciones de carácter funcional como sustantivas. En lo que respecta a las primeras, la potestad se encuentra limitada por su materia, esto es, sus Instrucciones sólo pueden abarcar aspectos relativos a la libre competencia o referirse a situaciones que pudieren atentar contra ella. En lo sustantivo, el Tribunal, al dictar Instrucciones Generales, deberá respetar los derechos fundamentales, quedándole vedado impedir el ejercicio legítimo de los mismos y especialmente establecer discriminaciones arbitrarias entre agentes económicos”³⁴³.

A esto hay que agregar el hecho de que el artículo 63 N°20 de la CPR señala como materia de ley “[t]oda otra norma de carácter general y obligatoria que

³⁴¹ SILVA, J. 2011. Informe en Derecho. Procedimiento de dictación de ICG N°2 [en línea] <[http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/09-08-11%20INFORME%20EN%20DERECHO%20DE%20JOS%C3%89%20SILVA%20PRADO%20\(VTR%20MOVIL%20S.A\).pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/09-08-11%20INFORME%20EN%20DERECHO%20DE%20JOS%C3%89%20SILVA%20PRADO%20(VTR%20MOVIL%20S.A).pdf)> [consulta: 27 septiembre 2015]

³⁴² GONZÁLEZ, D. y VELOZO, J. 2011. “Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de defensa de la Libre Competencia”, En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La Libre competencia en el Chile del Bicentenario. Thomson Reuters, Santiago, pp.21-71, p.47.

³⁴³ GONZÁLEZ, D. y VELOZO, J. 2011. “Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de defensa de la Libre Competencia”, En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La Libre competencia en el Chile del Bicentenario. Thomson Reuters, Santiago, pp.21-71, p.54.

estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico” , de modo que, es completamente legítima esta potestad, en la medida de que no se pretenda utilizar las ICG para establecer “bases esenciales”, sino que dictar regulación adecuada para propender a que en los mercados específicos se adopten estructuras y conductas que fomenten la libre competencia y se haga siempre “de conformidad a la ley” como lo prescribe el propio artículo 18 N°3 del DL N°211³⁴⁴.

Por otra parte, se encuentra el hecho que la norma en cuestión fue objeto de control de constitucionalidad, y en su fallo el TC se hizo cargo de las objeciones que surgieron durante la tramitación de la ley 19.911 –mencionadas *supra*-, desechándolas. EL TC afirmó que las instrucciones debían dictarse en conformidad a la ley y estaban sujetas al control de la Corte Suprema³⁴⁵.

³⁴⁴ En este mismo sentido es como lo ha entendido el TDLC, pues justificó la dictación de la ICG N°2/2012 señalando: “Que, de todo lo expuesto, este Tribunal ha adquirido la convicción de que existe efectivamente una alteración en el mercado de la telefonía móvil, causada por las estrategias comerciales de excesiva diferenciación de tarifas según destino. Luego, dados los efectos perniciosos para la libre competencia y para la eficiencia económica que produce dicha diferencia, este tribunal considera necesario hacer uso de su facultad, prevista en el artículo 18 N°3 de la ley que lo rige, en orden a impartir instrucciones de carácter general a las empresas que proveen el servicio de telefonía móvil, a fin de que limiten tal diferencial en sus tarifas y planes” CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2012d. Instrucción de Carácter General N°2/2012, 18 de diciembre, Considerando 32°.

³⁴⁵ “Que se desestimaré la antedicha objeción de constitucionalidad por considerarse que la aludida norma no contiene, propiamente, una potestad normativa de índole legislativa o reglamentaria que la Constitución confiere a otros órganos del Estado de modo exclusivo, sino que una atribución del Tribunal necesaria para el cumplimiento de su misión de promoción y defensa de la libre competencia en los mercados, cuyo ejercicio además, se encuentra detalladamente reglado en el artículo 18 del proyecto de ley, el que garantiza la audiencia de los agentes económicos a los que se aplicarán tales instrucciones y a los que se da oportunidad de aportar antecedentes y manifestar tu opinión.

Además se declarará que el uso de la referida atribución queda en todo caso sometida al control jurisdiccional de los órganos competentes;
Que, en mérito de lo expuesto, se declara que la atribución se le confiere al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el N°3 del Artículo 17 C, contemplado en el numeral 6 del Artículo

Efectivamente, con motivo de la ICG N°2 la Corte Suprema conoció de un recurso de reclamación, zanjando así la discusión³⁴⁶ respecto a su procedencia contra este tipo de pronunciamientos del TDLC. En la actualidad, no cabe duda alguna respecto al control jurisdiccional al que está sujeta esta potestad del Tribunal.

Por todo lo señalado, resulta completamente lógico que esta potestad reglamentaria externa no pueda reemplazar ni sobrepasar lo establecido por la ley, sino que deba limitarse a tratar los aspectos accesorios o de carácter técnico que se requieran para el desarrollo de los mercados, de manera que el TDLC, al ejercer esta facultad, cumple con los requerimientos del principio de juridicidad.

Primero del proyecto, es constitucional en el entendido que, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 7° y 18 del precepto antes indicado del proyecto, las referidas instrucciones quedarán sometidas, en cuanto se les exige que se dicten 'en conformidad a la ley', al control jurisdiccional de tribunales y a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema". CHILE. Tribunal Constitucional. 2003. Causa Rol N° 391/2003, 7 de octubre, Considerandos 13° y 14°.

³⁴⁶ En contra de las ICG N°2 la empresa Tu Ves S.A. interpuso recurso de reclamación, el que fue declarado inadmisibile por el TDLC, pues acorde a su interpretación, las ICG no eran susceptibles de ser impugnadas por esa vía. A juicio del TDLC, sólo procedía el recurso de reclamación en asuntos no contenciosos respecto de resoluciones de término que fijaran o no condiciones, y esa hipótesis sólo se daba en procedimientos de consulta. Frente a la negativa del Tribunal, la empresa presentó un recurso de hecho, el que fue acogido por la Corte Suprema. El fallo del máximo tribunal argumentó que a la luz de las modificaciones al DL N°211 introducidas por la ley 20.361 de 2009, el recurso de reclamación sólo se excluye para los informes requeridos por leyes especiales y que no resultaba comprensible que dicho recurso procediese para los casos en que se tratase de hechos, actos o contratos específicos, y no así, para instrucciones que eventualmente pudiesen afectar a toda una actividad económica. CHILE. Corte Suprema. 2013c. Causa Rol N°2506-2013, 17 de diciembre.

En la práctica, la Comisión Resolutiva dictó varias instrucciones de carácter general en mercados diversos³⁴⁷, dentro de las que se pueden destacar, por ejemplo, la Resolución 555/1999³⁴⁸, dirigida al MTT respecto a las licitaciones de plantas de revisión técnica a las que llamase en un futuro. Así, por una parte, dispuso que la asignación no tendría que realizarse sólo por las ofertas técnicas, sino considerando especialmente el precio de los servicios y, por otra, que las tarifas tendrían el carácter de máximas.

Por su parte, el TDLC ha ejercido esta potestad en sólo cuatro ocasiones: las ICG N°1 y N°3 tuvieron por objeto regular ciertos aspectos del mercado de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios y las ICG N°2 y N°4 se refirieron a los efectos en la libre competencia de la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía (tarifas *on-net/off-net*) y las ofertas conjuntas de servicios de telecomunicaciones.

Las ICG N°1³⁴⁹ presentan un problema relevante en la relación de los OAE y las normas de libre competencia, toda vez que el TDLC dictó instrucciones a las Municipalidades respecto a la elaboración de las bases de licitación de los servicios de recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios. Esto no sólo presenta los mismos cuestionamientos ya revisados respecto a las potestades discrecionales de que están provistos los órganos

³⁴⁷ Resoluciones 389/1993, 445/1995, 496/1997, 513/1998, 556/2000, 620/2001, 634/2001, 650/2002, 666/2002, 667/2002, 692/2003.

³⁴⁸ CHILE. Comisión Resolutiva. 1999. Resolución N°555/1999, 15 de diciembre, Parte Resolutiva.

³⁴⁹ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2006a. Instrucción de Carácter General N°1/2006, 8 de junio.

administrativos, sino que además, en nuestra opinión, entra en conflicto con el tenor literal del artículo que otorga esta atribución al TDLC.

Como ya se señaló, el artículo 18 N°3 señala que: “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales **deberán considerarse por los particulares** en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella” (énfasis agregado). De la redacción de esta disposición se puede observar que las normas de carácter general que el Tribunal está autorizado a dictar tienen como destinatarios a los particulares, a ellos están dirigidas y por ellos tienen que ser respetadas. Aquí, a diferencia de otras normas, el legislador no optó por referencias genéricas para dar cuenta del sujeto regido por la norma (como sucede en otras disposiciones en que se remite a “el que” o “agente económico”), sino que utilizó específicamente el vocablo “particulares”, lo que permite sostener que se debiera excluir del ámbito de las instrucciones dictadas por este órgano, a los OAE.

A mayor abundamiento, durante la tramitación de la ley 19.911, el H. Senador Viera-Gallo cuestionó que el TDLC tuviera la facultad de dictar este tipo de normas generales, pero nunca se puso en duda que éstas iban a afectar exclusivamente a los privados³⁵⁰. Asimismo, Valdés hizo patente este asunto,

³⁵⁰ “Por último, debo agregar que el número 3) de artículo 17 C es extraño, porque otorga al Tribunal la facultad de dictar instrucciones de carácter general en conformidad a la ley; es decir, una especie de auto acordados obligatorios para el sector privado”. BIBLIOTECA DEL

criticando que la regulación no se extendiera a todo tipo de agentes, sino que sólo a los particulares, intervención de la que quedó constancia en la historia de la ley³⁵¹, pero que no tuvo efecto en los parlamentarios, pues la norma quedó redactada en los mismos términos.

Si el razonamiento que se viene exponiendo se considera acertado, entonces el TDLC al dictar las ICG N°1 se habría excedido completamente en sus funciones, inmiscuyéndose en una materia que compete exclusivamente al órgano municipal, por expresa disposición del artículo 8 de la LOC de Municipalidades, y de la que sólo podría pronunciarse en un caso concreto que llegara a su conocimiento por vía contenciosa, consultiva o incluso ejerciendo la potestad propositiva, pero sin que tenga la atribución de dictar normativa que obligue a las Municipalidades a diseñar las bases de licitación de una determinada manera. Pensar lo contrario, atentaría contra el orden constitucional y el Estado de Derecho, al contravenir el principio de legalidad y de distribución de potestades a través de la ley, pues a través de una norma de rango *infralegal* se pretendería atentar contra la autonomía Municipal³⁵².

CONGRESO NACIONAL. 2003. Historia de la ley N°19.911. Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [pdf], p.276 <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/2472/1/HL19911.pdf>> [consulta: 30 noviembre 2014]

³⁵¹ “Respecto de la potestad reglamentaria que se reconoce al tribunal, consideró que se trataba de una rareza jurídica consistente en la emisión de reglamentos, es decir, normas de carácter general ubicadas bajo la ley, pero que contenía una limitación impropia toda vez que de acuerdo al proyecto afectaría solamente a los particulares, siendo que no sólo éstos son competidores, término este último que le parecía más apropiado. Asimismo, no creía que debiera referirse solamente a los actos y contratos que se celebren, puesto que la mayoría de las vulneraciones a la libre competencia se efectúan por medio de hechos”.

³⁵² Algunos de estos argumentos fueron esgrimidos ante el TDLC en la contestación de la I. Municipalidad de Curicó al requerimiento de la FNE, Causa Rol C 137-07.

En otras palabras, la FNE o cualquier interesado podrían requerir o demandar respectivamente a un Municipio si en un proceso de licitación en concreto incurriera en hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia y el Tribunal podría sancionar dicho ilícito en caso de comprobarse. También las mismas Municipalidades, la FNE o cualquier interesado podrían someter a consulta las bases de una licitación para que el TDLC se pronuncie al respecto y, en su caso, establezca las condiciones que deberán ser cumplidas para que se ajusten a la libre competencia. No obstante, no sería admisible en nuestra opinión que el TDLC dictara normas generales para regular el quehacer de los órganos administrativos, toda vez que dicho actuar implicaría proceder contra el texto expreso del DL N°211. De modo que, si a los ojos de las autoridades de defensa de la libre competencia, las Municipalidades en este caso, o cualquier OAE en general, estuvieran llevando a cabo su función pública de una manera que contraviniera el bien jurídico protegido, la forma correcta de proceder sería proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la dictación, modificación o derogación de los preceptos legales o reglamentarios correspondientes. En este caso, debiera ser el legislador el que decida si sería económicamente conveniente regular el comportamiento y decisiones de estos órganos autónomos en este sector de la economía en particular y el contenido que tendrían dichas normas.

Sin perjuicio de nuestra posición presentada sobre este punto en los párrafos anteriores, es importante señalar que la posición de la Corte Suprema no ha sido clara en esta materia. Cabe hacer presente que la ICG N°1 no fue objeto de recurso de reclamación, por lo que la Corte Suprema no se ha pronunciado de manera expresa respecto de este asunto. Con todo, se podría entender que de manera indirecta, la Corte Suprema sí podría haber validado la sujeción de los OAE a las ICG al pronunciarse respecto del recurso de reclamación interpuesto en contra de la Sentencia N° 77/2008, pues a pesar que la I. Municipalidad de Curicó solicitó la nulidad de la ICG N°1 por ser contraria a la LOC de Municipalidades, la Corte Suprema desechó dicha petición por ser ajena al contenido de la reclamación en cuestión. El máximo tribunal indicó que el recurso que estaba conociendo recaía en una sentencia pronunciada por el TDLC, y que ese no era el medio para obtener una declaración acerca de la validez de las

ICG. Agregó que la acción de nulidad de los actos administrativos es de índole declarativa y que ha de tramitarse en juicio ordinario civil. En definitiva, la Corte Suprema usando argumentos procesales, optó por no pronunciarse de manera expresa respecto de la legitimidad de someter a un OAE a instrucciones dictadas por el TDLC. Sin embargo, de manera indirecta y, en los hechos, ha validado que los Municipios deben cumplir con las ICG.

Se debe precisar que dichas instrucciones ya no se encuentran vigentes, toda vez que el TDLC el año 2012 dio inicio a un procedimiento para la

modificación de las normas generales en comento, el que culminó con la dictación de la ICG N°3³⁵³ que eliminó los numerales 1 al 9 de la ICG N°1, que se referían precisamente a las Municipalidades. No obstante, el motivo³⁵⁴ de su reforma difiere del razonamiento que se ha venido desarrollando e incluso, en sus considerandos, el Tribunal reafirmó que las normas de defensa de la libre competencia también son aplicables a los OAE. De modo que a pesar de que ya no existan instrucciones directas del TDLC respecto de la forma de diseñar sus licitaciones de servicios de recolección, transporte y/o recolección final de residuos sólidos domiciliarios, los Municipios quedan sometidos a la normativa de libre competencia, debiendo optar al ejercer sus potestades discrecionales, por aquella alternativa que sea más acorde con los principios de la libre competencia³⁵⁵.

Lo anterior cobra más relevancia aún si se considera que el TDLC goza de fuerza coercitiva para hacer valer sus ICG, de manera que podría sancionar a aquellos que no cumplieran con sus normas de carácter general por incurrir en un ilícito anticompetitivo³⁵⁶. Entonces, teniendo presente esto, y siguiendo el

³⁵³ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2013a. Instrucción de Carácter General N°3/2013, 21 de marzo.

³⁵⁴ Principalmente que a ley N° 20.355 modificó el artículo 66 de la LOC de Municipalidades, sometiendo así los procedimientos administrativos para la prestación de servicios por las Municipalidades a lo dispuesto en la ley de Contratación Pública y su Reglamento y ya había transcurrido un tiempo prudente desde su entrada en vigencia, de modo que podía resultar contraproducente mantener ambos estatutos.

³⁵⁵ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Rol NC N°409-12. 21 de marzo de 2013. Considerandos 13°-15°.

³⁵⁶ Así lo señaló la propia Corte Suprema: "Que de la letra b) del artículo 17, del anterior texto del Decreto Ley N°211, vigente a la época de la dictación de la Resolución N°634, de 05 de diciembre de 2001 señalaba, en lo que interesa para efectos de estos reclamos, que la Comisión Resolutiva de la Libre Competencia podía dictar instrucciones de carácter general a

precedente de la ICG N°1, el Tribunal no sólo podría ordenar a los organismos públicos actuar de una determinada manera, sino que además, podría sancionarlos en caso de incumplir sus normas de carácter general. Esto quedó de manifiesto en la Sentencia N°77/2008 ya mencionada, en que sancionó a la Municipalidad de Curicó, ante las imputaciones de la FNE de que habría incumplido las ICG N°1, pues todo el análisis del Tribunal se hizo en base a si la autoridad había dado cumplimiento o no a éstas y afirmó:

“Que es en este contexto en el que deben ser entendidas las Instrucciones de Carácter General N° 1 de 2006, impartidas por este Tribunal, una de cuyas finalidades es la promoción de la competencia y la explicitación de criterios y parámetros de conducta que tienden a prevenir infracciones a las normas contenidas en el Decreto Ley N° 211, en un mercado en que ello tiene una importancia especial, toda vez que, debido a sus características y estructura, existen riesgos de actuaciones anticompetitivas. Así, la misma Municipalidad ha considerado a las referidas instrucciones como una guía para orientar su actuación en materia de licitaciones como la cuestionada en autos, lo que se desprende de las referencias que hizo a ellas para elaborar las bases de la licitación, como consta de los documentos de fojas 53 y 114”³⁵⁷.

las cuales deberán ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieran atentar contra la libre competencia. Los términos imperativos de la resolución transcrita obligan a su cumplimiento, por lo que su eventual transgresión por parte de quienes quedan obligados, trae como consecuencia la imposición de sanciones pecuniarias o de otra índole”. CHILE. Corte Suprema. 2006b. Causa Rol N°6.359-2005, 18 mayo.

³⁵⁷ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 92/2009. 29 de diciembre de 2009. Considerando 11°.

Sin perjuicio de lo señalado, el voto de minoría del ministro señor Romero parece razonable al referirse a este punto, ya que recoge las consideraciones antes esbozadas, en los siguientes términos:

“Que dado que las imputaciones de infracciones realizadas por la FNE derivadas de un incumplimiento de las Instrucciones Generales N°1/2006 no corresponde fundarlas jurídicamente sobre la base del solo incumplimiento de la instrucción emitida por este Tribunal, en especial debido a que éstas, según lo dispuesto en el artículo 18 N° 3 del DL N° 211, se suponen dirigidas a particulares y no a entes públicos, resulta adecuado su análisis en atención, fundamentalmente, a su compatibilidad con el artículo 3° del DL N° 211; (...) Que, como se dijo con anterioridad, la FNE no argumentó sobre la base de la inconsistencia de esta cláusula con el DL N°211, si no que se limitó, sin explicitar mayores argumentaciones, a intentar constatar la incompatibilidad de ésta con el numeral 7° de las Instrucciones Generales N° 1/2006, lo cual, por la razón anotada en el considerando 4°, no basta para validar jurídicamente una supuesta infracción a las normas sobre libre competencia”³⁵⁸.

No obstante lo indicado, y de que aún falta que se genere discusión al respecto, hasta ahora el vocablo “particulares” utilizado por el artículo 18 N°3 ha sido considerado por la jurisprudencia del TDLC –e indirectamente de la Corte Suprema-, como lo suficientemente amplio para abarcar a los OAE y se ha

³⁵⁸ Voto de minoría, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia 77/2008, Considerandos 4° y 9°.

estimado que la potestad reglamentaria genera obligaciones que les son jurídicamente vinculantes.

3.2.2.2.1. Conclusión parcial

A pesar de que existen fuertes argumentos para considerar que este tipo de normas externas sólo pueden ir dirigidas a regular el comportamiento de los particulares, en los hechos, se ha validado que el TDLC pueda dictar ICG respecto al actuar de un OAE. La relevancia de esta potestad radica principalmente en que a través de ella se puede promocionar de manera general la competencia en ciertos mercados que parecen ser problemáticos, de manera de explicitar parámetros de conducta que puedan prevenir infracciones a las normas contenidas en el Decreto Ley N° 211. Con todo, el Tribunal debe ser cauto en ejercitar esta facultad conforme a lo dispuesto por otros cuerpos legales, para así no entrometerse en materias propias de ley o de ejecución de ley, o en atribuciones de otros organismos públicos.

3.2.2.3. Proposición Normativa

Dentro de sus atribuciones³⁵⁹, el TDLC puede también proponer al Presidente de la República -a través del Ministro de Estado que corresponda- la

³⁵⁹ Artículo 18 N°4 del DL N°211.

modificación o derogación de las normas legales o reglamentarias que considere como contrarias a la libre competencia y, asimismo, puede proponer la dictación de disposiciones cuando sea necesario para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se estén prestando en condiciones no competitivas³⁶⁰.

Valdés destaca la importancia de esta atribución dentro del sistema, pues “[l]a defensa de la libre competencia se logra no sólo sancionando a los competidores y autoridades públicas que conculcan este bien jurídico tutelado, sino que también y muy especialmente ejerciendo esta potestad requisitoria respecto de aquellos preceptos legales y reglamentarios conducentes a la formación o preservación de monopolios de privilegio”³⁶¹.

Esta facultad se otorga al TDLC con miras a realizar un análisis de la situación normativa existente, sin que se haga una mención expresa respecto a la intervención del Tribunal en la tramitación de un proyecto de ley o en el proceso de dictación de un reglamento. A pesar de que para el Tribunal se trata de una facultad importante que le otorga el legislador, no existe un procedimiento especial para concretarla. Así, en la práctica, se trata de un

³⁶⁰ Cabe puntualizar que el proyecto de ley que reforma el DL N°211 presentado por el Gobierno el 16 de marzo de 2015, trasladaba esta facultad desde el TDLC a la FNE. A través de una indicación introducida con fecha 29 de mayo de 2015, el Ejecutivo optó por mantener esta atribución en el TDLC ambas instituciones.

³⁶¹ VALDÉS, D. 2006. Libre Competencia y monopolio. Santiago, Editorial Jurídica, p. 696.

procedimiento informal, cuyo orden depende de la decisión discrecional del TDLC en el caso concreto³⁶².

Con todo, se trata tan solo de una propuesta que en ningún caso es vinculante para el Presidente de la República ni sus ministros. Esto se deduce de la propia letra de la ley, pues se indica que consiste en “proponer”, vocablo que según su sentido natural y obvio denota que busca manifestar con razones algo para conocimiento de alguien, o para inducirle a adoptarlo, como una recomendación fundada. Asimismo, el TDLC indicó expresamente en la Proposición N°12 que “[s]erán las autoridades competentes quienes, si así lo estiman, determinen la forma y jerarquía normativa idónea para llevar a cabo la propuesta de cambio que este Tribunal realizará”³⁶³, y agregó que, “[e]n conclusión, este Tribunal cuenta con una habilitación jurídica expresa para efectuar una Proposición, y planteará la necesidad y orientación que debiera tener un cambio en la regulación del sector pesquero. Sin embargo, al hacer su Proposición este Tribunal no precisará: (i) la oportunidad en que ha de realizarse dicho cambio; (ii) si para su adopción se requiere una norma de jerarquía legal o simplemente reglamentaria; o (iii) si debe o no compensarse las pérdidas que una alteración en el statu quo pueda provocar”³⁶⁴. En definitiva, la propuesta del TDLC se realiza para mejorar las condiciones de un

³⁶² Como se señalará, antes el Tribunal ejercía esta potestad incluso dentro de la parte resolutive de la decisión de un asunto contencioso.

³⁶³ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2011a. Proposición N°12/2011, 27 de enero, p. 5.

³⁶⁴ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2011a. Proposición N°12/2011, 27 de enero, p. 8.

determinado mercado, sin estar concebida con el grado de detalle propio de un proyecto de cambio normativo ni pretendiendo ser vinculante, con pleno respecto al principio de separación de poderes³⁶⁵.

Esta potestad ya existía en manos de las comisiones antecesoras del TDLC y se creó con el objetivo de evitar que las diversas normas intervencionistas de la economía que existían a la época, se entendieran derogadas tácitamente con su dictación, lo que podría haber causado grandes conflictos e incertidumbre en los mercados³⁶⁶. Por lo mismo, -al existir abundante normativa que creaba monopolios o establecía discriminaciones arbitrarias- las comisiones ejercieron esta facultad en varias ocasiones³⁶⁷.

En relación a lo recién expuesto, en el año 1984, la Comisión Resolutiva conoció la denuncia realizada por Línea Aérea del Cobre S.A. ("LADECO") respecto a una conducta discriminatoria de la DGA, al otorgar gratuitamente a LAN-CHILE la concesión de una superficie de terreno de 332.158 m² en el Aeropuerto Arturo Merino Benítez, mientras que a ella le otorgó a título oneroso, la concesión de 6.000 m² y una reserva de 8.100 m² de losa de estacionamientos. A juicio de la DGA, la discriminación no habría sido arbitraria

³⁶⁵ "[L]a facultad que se le otorga al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia está específicamente orientada a realizar una vigilancia de la normativa legal y reglamentaria, de tal manera que, ésta no vulnere el estatuto base de la libre competencia en nuestro país. Sin embargo, el carácter vigilante de la potestad propositoria, se encuentra restringido por las competencias de los otros poderes del Estado quienes tienen la libertad de aceptar o no las propuestas que el Tribunal pueda emitir". JUNGSMANN, R. y PEÑA, R. 2008. Informe final sobre la facultad propositoria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Artículo 18 N°4 DL N°211). Santiago, Centro de Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 7.

³⁶⁶ VALDÉS, D. 2006. Libre Competencia y monopolio. Santiago, Editorial Jurídica, p. 503.

³⁶⁷ Resoluciones N°104/1981; N°112/1981; N°142/1983; N°183/1984; N°254/1987; N° 313/1989; N°488/1997; N°660/2002.

y se justificaba en el artículo 8 de la ley N°16.752, que le permitía otorgar concesiones gratuitas respecto de los clubes aéreos indicados en la norma, entre los que se encontraba LAN y no LADECO. Frente a esto, la autoridad de libre competencia sostuvo que si el otorgamiento de una concesión importaba una discriminación que afectaba a la libre competencia, el DL N°211 cobraba aplicación preferente sobre toda otra norma legal, a menos que dicha aplicación estuviera también legalmente exceptuada y que, por lo mismo, el Director de la DGA al dictar los actos administrativos que otorgaron las concesiones gratuitas a LAN-CHILE debió haber respetado la normativa vigente. Frente a eso, recalcó que el artículo 8 esgrimido “[n]o constituye, como se ha pretendido, un imperativo legal, sino que una mera facultad del Director del Servicio de que se trata, que puede ejercer o no, de modo tal que, en la especie, el señor Director no debió ejercerla”³⁶⁸ y que, sólo a mayor abundamiento, acogería la petición de LADECO en el sentido de proponer modificar el artículo 8 de la ley N°16.752, “[p]ues si bien lo considera modificado tácitamente, su existencia formal se presta para problemas de interpretación, como ha ocurrido en el presente caso”³⁶⁹, por lo que solicitó al Gobierno eliminar la autorización para otorgar concesiones gratuitas a LAN-CHILE.

³⁶⁸ CHILE. Comisión Resolutiva. 1984. Resolución N°183/1984, 6 de diciembre, Considerando 6°.

³⁶⁹ CHILE. Comisión Resolutiva. 1984. Resolución N°183/1984, 6 de diciembre, Considerando 9°.

Ahora bien, entre los procesos destacables que ha tocado conocer al TDLC en ejercicio de esta facultad, se puede mencionar el caso Sanitarias³⁷⁰ en el que se alegaba por la FNE una discriminación de fuente legal, pues el DFL N°382 de 1988 (“ley general de servicios sanitarios”), consagraba en su artículo 9 bis que los titulares de empresas sanitarias estaban favorecidos con la exención en el paso por el uso de bienes nacionales de uso público y, conforme al artículo 8 del mismo cuerpo legal, sólo las empresas sanitarias constituidas como sociedades anónimas podían ser concesionarias, lo que en la práctica implicaba que aquellos otros instaladores sanitarios habilitados por la normativa vigente para ejecutar instalaciones sanitarias no eran beneficiados por similar exención. El TDLC concordó con los argumentos de la FNE en el sentido que, la normativa en tales condiciones, configuraba una discriminación, que causaba un perjuicio directo a uno de los actores del mercado respectivo, que entorpecía la libre competencia y, además, elevaba los costos de los usuarios cuando contrataban los servicios de dichos instaladores sanitarios, por lo que resolvió proponer al Presidente de la República -por medio del MOP- la modificación de la normativa pertinente, a fin de evitar toda discriminación entre instaladores, independientemente de su naturaleza. Sin embargo, pese a los argumentos esgrimidos en la proposición del TDLC, las disposiciones en cuestión se mantienen intactas hasta la actualidad.

³⁷⁰ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2004a. Sentencia N°2/2004, 10 de junio.

Por otra parte, como se expuso *supra*, el MTT y JAC han sido objeto de cuestionamiento en sede de libre competencia por considerar, primero *Sky Airlines* y en otra oportunidad, la FNE, que las bases de licitación ajustadas al DS N°102 que regula las licitaciones de frecuencias aéreas atentaba contra las normas de libre competencia, por asignar dicho insumo esencial basándose exclusivamente en la capacidad económica de los oferentes. En la primera oportunidad, el TDLC sostuvo que no podía considerar contrario al DL N°211 la aplicación por los OAE de normativa vigente, pero acogió la pretensión de SKY sólo en cuanto recomendó la modificación del reglamento contenido en el DS N° 102, para que, en lo sucesivo, las licitaciones de frecuencias restringidas se efectuaran sobre la base de principios de libre competencia, transparencia, no discriminación, y de eficiencia asignativa en la adjudicación³⁷¹. En la segunda ocasión, el TDLC además de proponer a la Presidenta a través del MTT, modificar ciertas normas del DL N°2564/1979 y del Código Aeronáutico, reiteró su proposición normativa respecto a modificar el reglamento de asignación de frecuencias aéreas restringidas, contenido en el DS N°102, “[d]e modo tal que éste, de acuerdo con los términos contenidos en la presente sentencia, establezca la obligación de la autoridad aeronáutica de asegurar, en cada caso, las mejores condiciones de competencia entre todas las empresas interesadas en el servicio de transporte aéreo en las rutas respectivas, por lo que dicho reglamento deberá establecer la obligación de considerar criterios que apunten

³⁷¹ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2004b. Sentencia N°4/2004, 1 de julio, Considerando 55°.

a ese objetivo³⁷². No obstante, la Corte Suprema, al conocer del recurso de reclamación interpuesto en contra de la sentencia, afirmó que el TDLC no podía realizar proposición de modificación normativa en la parte resolutive de una sentencia que se pronunciara sobre un procedimiento contencioso, pues frente a actuaciones que pudieran constituir infracciones, se preveían las sanciones contempladas en el artículo 26 del DL N°211, sin que dentro de dichas alternativas se encontrara la proposición normativa. Con este fallo, la Corte Suprema puso en duda el procedimiento aplicable para que el TDLC pudiera ejercer la potestad que le entrega el artículo 18 del DL N°211, pues hasta ese momento se hacía uso de esta potestad indistintamente en cualquier procedimiento del que se tratase, en la medida que el Tribunal lo considerara necesario³⁷³.

Con posterioridad al cuestionamiento realizado por la Corte Suprema por el ejercicio de esta potestad por parte del TDLC al conocer de procedimientos contenciosos, se dictó la Proposición Normativa N°12 (caso Pesca). La importancia de éste radica en que un interesado de la industria pesquera (Lota Protein) inició un procedimiento solicitando al TDLC el ejercicio de las facultades contenidas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 18 del DL N°211 a través del procedimiento de consulta. Para ello, Lota Protein invocó

³⁷² CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2009a. Sentencia N°81/2009, 16 de enero.

³⁷³ Mismo cuestionamiento realizó la Corte Suprema al pronunciarse respecto del recurso de reclamación interpuesto en contra de la Sentencia N°85. A pesar de ello, el TDLC ha insistido respecto del ejercicio de esta potestad en el caso de procedimientos contenciosos, como dan cuenta las Sentencias N°97/2010 y N°105/2010.

precisamente el precedente de la Corte Suprema que impedía al TDLC el ejercicio de la facultad propositiva en la parte resolutive de una sentencia que se pronuncia respecto de un procedimiento contencioso. Se dio curso al procedimiento de consulta solicitado y se recibieron antecedentes de diversos interesados. A partir de dichos aportes, el TDLC determinó que algunas de las peticiones tenían naturaleza contenciosa, por lo que declaró su inadmisibilidad. Sin embargo, el Tribunal por una parte, reconoció que el ejercicio de la potestad propositiva no tenía un procedimiento asignado por la ley y, por la otra, destacó los valiosos antecedentes aportados por los intervinientes, de modo que optó por ejercer de oficio su potestad, teniendo en cuenta los aportes ya realizados, y citó a audiencia pública. Todo ello, pues estimó que si bien el ejercicio de la facultad en comento era privativa y quedaba sujeta a su discrecionalidad, la opinión de los interesados le permitía ejercer “fundada, informada y participativamente” su cometido³⁷⁴⁻³⁷⁵.

Para abrir el Expediente de Recomendación Normativa en el caso Pesca, el TDLC tuvo presente que se encontraba próximo el término de la vigencia de la

³⁷⁴ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2010b. Resolución de término procedimiento en causa Rol NC 379-10, 15 de junio.

³⁷⁵ A partir de dicho caso, la tramitación que se le ha dado a este tipo de asuntos consiste en que con la presentación de una solicitud por algún interesado legítimo, o de oficio, el TDLC decide abrir un Expediente de Recomendación Normativa en el que evalúa la necesidad de realizar recomendaciones respecto a disposiciones legales o reglamentarias de un mercado determinado. La resolución que abre dicho expediente, ordena la publicación de un extracto en un diario de circulación nacional y ordena oficiar a aquellos organismos públicos o entidades privadas que se vean directamente implicadas en el asunto, para que éstas y todos aquellos interesados puedan aportar los antecedentes que consideren pertinentes dentro de un plazo prudencial (alrededor de 30 días). Luego, se cita a una audiencia en que quienes hayan aportado antecedentes, pueden hacer valer su opinión. Finalmente, el TDLC resuelve si es necesario realizar alguna propuesta de nueva normativa o modificar la existente, o si por el contrario, considera que el mercado en cuestión no amerita realizar recomendaciones.

ley N°19.713 (“ley de cuotas”)³⁷⁶ que regulaba el límite máximo de captura por armador, y que probablemente se tendría que tramitar un nuevo proyecto de ley que la reemplazase, por lo que era conveniente analizar el mercado y realizar propuestas normativas destinadas a promover la libre competencia. Es importante destacar que la industria en cuestión estaba fuertemente regulada tanto a nivel legal como vía reglamentos, lo que se justificaba dada la existencia de la falla de mercado conocida como recursos comunes³⁷⁷.

Muy resumidamente, la ley de cuotas consistía en la distribución anual de la cuota global de captura del sector industrial. Así, cada año el Ministerio de Economía, actuando como autoridad pesquera, establecía a través de un decreto cuál sería la cuota global de captura para cada una de las pesquerías (zonas), y luego, a través de otro decreto, determinaba la cuota individual por armador. La asignación de cuotas se realizaba en función de indicadores de presencia histórica en cada pesquería. Por su parte, existía un mercado secundario de las cuotas de manera indirecta, pues se transferían las naves o se aglomeraban los pesqueros en asociaciones de armadores industriales. Por su lado, los pescadores artesanales estaban sujetos a cuotas globales definidas anualmente por pesquería y asignadas colectivamente a las flotas artesanales con permiso de pesca, pero también podían acceder al régimen artesanal de

³⁷⁶ La ley de Cuotas rigió desde el 1 de febrero del año 2001 hasta el 31 de diciembre del año 2012.

³⁷⁷ Que genera la denominada por Garrett Hardin como tragedia de los comunes. Para más detalle ver: Garrett, Hardin. “The Tragedy of Commons” en *Science*, v. 162 (1968), pp. 1243-1248.

extracción en que se hacía una solicitud a la autoridad y cumpliendo determinados requisitos, se asignaban cuotas conforme a criterios de asignación administrativos, o al sistema de pesca de investigación, en el que existía una importante participación de la autoridad sectorial³⁷⁸.

Luego de que el Tribunal analizó las condiciones de competencia de la industria³⁷⁹, consideró que para favorecerlas, se debía establecer: un sistema de cuotas máximas de captura individual; permitir la plena y libre transferibilidad de las cuotas individuales de captura, que contemplara la divisibilidad de las mismas y la posibilidad de transferir tanto su titularidad como su goce o uso; eliminar la vinculación entre la cuota y la nave; eliminar restricciones respecto de quiénes pueden ser titulares; considerar una mayor extensión en la duración de las cuotas individuales pudiendo incluso asignarse de manera indefinida; implementar un mercado de intercambio formal de cuotas, con registro público e información de precio; establecer cuotas individuales o asignadas a colectivos determinados respecto de cuotas globales de pesca artesanal; y, evitar el uso

³⁷⁸ El TDLC describe la actuación de la autoridad sectorial como de “[T]uición regulatoria, definiendo un conjunto de decisiones operacionales relacionadas a las labores de pesca; entre éstas, la época y secuencia temporal para ejercer esfuerzos de pesca y las áreas de pesca en donde se deba operar. Asimismo, la autoridad además descentraliza las labores de registro y control sobre el uso de las cuotas de pesca asignadas bajo este esquema, permitiendo la participación de agentes privados independientes (empresas consultoras) en estas labores”. CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2011a. Proposición N°12/2011, 27 de enero, p.17.

³⁷⁹ El TDLC verificó que se trataba de una industria altamente concentrada, con empresas integradas verticalmente, caracterizada por la existencia de altos costos de transacción que generaban pérdida de eficiencia productiva, sin información pública y transparentes respecto de los precios de transferencia de las cuotas, sujeta a incertidumbre regulatoria y de disponibilidad de recursos pesqueros, y en que la cuota de pesca era indivisible de la nave asociada a ella, lo que dificultaba aún más la creación de un mercado secundario que corrigiese una asignación inicial ineficiente.

de cuotas de investigación u otras no consideradas en la determinación inicial de la cuota global de captura³⁸⁰.

El año 2013 se dictó la nueva ley de pesca y acuicultura N°20.567, que recogió varias de las recomendaciones realizadas por el TDLC en la Proposición N°12. La nueva ley contiene varias disposiciones que buscan garantizar la igualdad de acceso a los recursos pesqueros, para así permitir el ingreso de nuevos actores e impulsar la participación de empresas de menor tamaño. Principalmente, se modificó el régimen aplicable a la pesca industrial desarrollada en pesquerías declaradas en “Régimen de Plena Explotación” creando dos tipos de cuotas individuales (licencias clase A³⁸¹ y clase B³⁸²). Las primeras, se otorgaron a los armadores con autorizaciones de pesca vigente a la fecha de entrada en vigencia de la ley y, las segundas, se deben asignar a través de subastas o licitaciones. Además, se estableció un régimen de transferibilidad de las Licencias de Clase A y las Licencias Clase B que permite su plena divisibilidad, transferibilidad y transmisibilidad, favoreciendo así un mercado secundario de licencias de pesca. Se trata, entonces, de una proposición normativa que se materializó efectivamente en una reforma legal.

Del mismo modo, la proposición normativa realizada por la Sentencia N°55/2007 del TLDC se destaca como un ejemplo de que el ejercicio de esta

³⁸⁰ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2011a. Proposición N°12/2011, 27 de enero, p. 56-57.

³⁸¹ Aquellas otorgadas a aquellos armadores con autorizaciones de pesca vigentes a la fecha de entrada en vigencia de la nueva ley.

³⁸² Aquellas en que el mecanismo de asignación es el de subasta o licitaciones.

potestad sí puede ser efectivo, en la medida que el Poder Ejecutivo realmente le preste atención al oficio enviado por el Tribunal y realice las gestiones pertinentes. En dicho fallo se condenó a Lan Airlines S.A. y a Lan Chile Cargo S.A. por abuso de la posición dominante de que gozaba en el mercado de transporte internacional de carga con destino a Punta Arenas por producir efectos anticompetitivos en el mercado de almacenamiento aduanero de carga aérea en la misma ciudad, pero además se propuso a la Presidenta de la República a través del Ministerio de Hacienda, que instruyese al Servicio Nacional de Aduanas con el objetivo de modificar la normativa reglamentaria y así, favorecer la libre competencia entre empresas de almacenaje aduanero, ya sea que se encontraran dentro o fuera de los aeropuertos del país, pues las condiciones del mercado en ese entonces favorecían los abusos cometidos por la empresa dominante, al no permitirse que empresas distintas a LAN retiraran las mercaderías sin desaduanamiento previo. El Ministerio de Hacienda acogió la recomendación del TDLC e instruyó al Servicio Nacional de Aduanas para realizar las modificaciones que fuesen adecuadas, lo que derivó en la Resolución Exenta N°1389 de 7 de febrero de 2008 que impartió instrucciones a los almacenistas ubicados fuera de las zonas primarias de aeropuertos y puertos para acceder a estos, y así retirar y almacenar las mercancías que guardarían en sus depósitos.

Otro Expediente de Recomendación Normativa que no se puede dejar de mencionar es el ERN 21-2014 iniciado a solicitud de la FNE para que el

Tribunal propusiera modificaciones normativas destinadas a desarrollar un mercado secundario de espectro radioeléctrico. La relevancia de este caso es que si bien este procedimiento se inició en junio de 2014 y la proposición normativa del TDLC³⁸³ se dictó el 11 de junio de 2015, en paralelo, el Gobierno presentó a la Cámara de Diputados un proyecto de ley que modifica la ley General de Telecomunicaciones (Boletín N°9541-15), precisamente respecto de la regulación del espectro radioeléctrico. Si bien el proyecto de ley presentado resultó seguir una misma línea respecto de lo planteado con posterioridad por el TDLC³⁸⁴, con estos sucesos se hizo evidente la falta de coordinación entre la labor que estaba siendo desarrollada por el Tribunal y el trabajo de los ministerios de Transporte y Telecomunicaciones, Hacienda y de Economía, Fomento y Turismo. Incluso se puede llegar a considerar que la decisión del gobierno de presentar el proyecto sin esperar saber cómo terminaría el procedimiento seguido ante Tribunal, pudiera ser una muestra directa de la poca importancia que se le entrega a la opinión del TDLC en las decisiones de regulación impulsadas por el poder Ejecutivo. Por lo demás, el voto disidente del ministro Sr. Tapia consideró que no era procedente realizar una recomendación normativa, pues con la presentación del proyecto de ley, el Gobierno demostraba que ya había identificado los problemas de competencia

³⁸³ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2015. Proposición N°16/2015, 11 de junio.

³⁸⁴ Básicamente se apunta a la promoción de la existencia de un mercado secundario de espectro radioeléctrico al permitir expresamente la cesión parcial de la concesión, previa autorización de Subtel e informe favorable de la FNE, para así evitar el acaparamiento. Asimismo, se refiere a la regulación de la caducidad de la concesión por no uso del espectro.

en el mercado de espectro radioeléctrico y, más aún, sostuvo que el Tribunal se habría estado excediendo en el ejercicio de la potestad propositiva, pues ésta no habilitaría al TDLC para formular comentarios, indicaciones o enmiendas a proyectos de ley en actual tramitación.

De modo que, evidentemente es positivo que las recomendaciones del TDLC -en tanto experto en materia de libre competencia-, hayan sido recogidas en el proceso legislativo del caso Pesca, independientemente de si se comparten las recomendaciones concretas del Tribunal o el contenido de la nueva ley de pesca. Del mismo modo, es valorable que el Ministerio de Hacienda haya acogido las propuestas que se le hicieron respecto a la normativa de aduanas. Ambos casos se resaltan porque lamentablemente, es limitado el efecto práctico que han tenido las recomendaciones que tanto el TDLC como la Comisión Resolutiva han realizado. Según las conclusiones de Jungmann y Peña, “[a] pesar de la legitimación que el propio TDLC le ha dado a la facultad propositoria como herramienta necesaria, es posible establecer que el ejercicio de la facultad no ha sido efectivo debido a que las autoridades del Poder Ejecutivo, tal vez por desconocimiento de la ley, no han atendido prioritariamente a los asuntos que el tribunal ha puesto en su conocimiento (...) y, en aquellas ocasiones que sí han puesto atención a la propuesta del TDLC, no han llevado a cabo la misma”³⁸⁵.

³⁸⁵ JUNGMANN, R. y PEÑA, R. 2008. Informe final sobre la facultad propositoria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Artículo 18 N°4 DL N°211). Santiago, Centro de Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 30.

Si bien no es aceptable que estas decisiones del TDLC tengan algún grado de obligatoriedad precisamente por su naturaleza propositiva, debiendo cuidar que su ámbito de ejercicio no afecte los poderes atribuidos al Poder Legislativo y Ejecutivo, debiesen realizarse mayores esfuerzos de parte de las autoridades por acoger este tipo de recomendaciones, que no son más que una forma de consagración de la *competition advocacy* en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, certera resulta la propuesta de Nehme, en el sentido que sería deseable la existencia de mecanismos de coordinación, formales y transparentes entre los OAE y las autoridades de libre competencia, lo que favorecería que los primeros tengan la carga pública de argumentar su decisión, en caso de no acoger las recomendaciones normativas que le realicen las segundas³⁸⁶.

Si el TDLC realiza una recomendación normativa es porque existen los antecedentes suficientes para considerar que la libre competencia se está viendo afectada por la regulación existente o por la falta de regulación, de modo que, salvo que existan otros bienes jurídicos sectoriales en juego, sería deseable que la Administración tratase de acoger las conclusiones de este órgano especializado y subsanar los defectos detectados o que, ante la inactividad del Ejecutivo, el Congreso instara por trabajar en ello. En relación a esto, coincidimos, con Jungmann y Peña en cuanto a que sería positivo para el

³⁸⁶ NEHME, N. 2011. 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. La libre competencia en el Chile del bicentenario Chile. Santiago. Chile. Thomson Reuters PuntoLex. pp. 317-373, p. 49.

sistema que la facultad propositoria “[p]udiera ejercerse directamente ante el poder legislativo, creando con ello una nueva instancia de control normativo *ex ante*, y tal, vez de mayor efectividad (...)”³⁸⁷, pues obviamente sería más sencillo modificar un proyecto de ley que una ley que se encuentra vigente. Así, “la facultad propositiva podría significar una oportunidad para que el Tribunal intervenga con su opinión en la etapa legislativa en que se discute un proyecto, por lo tanto, aportar a que la ley nazca exenta de la mayor cantidad de situaciones, que en su aplicación, podrían provocar perjuicios en un mercado determinado”³⁸⁸.

3.2.2.3.1. Conclusión parcial

La potestad propositiva es fundamental para la promoción de la libre competencia, pues permite que el TDLC manifieste al Presidente de la República la disconformidad de una determinada área del ordenamiento jurídico, con lo dispuesto en el DL N°211. Por lo mismo, en la mayoría de las ocasiones los OAE se ven involucrados en las propuestas realizadas por el Tribunal, ya sea porque se recomiende a éstos dejar sin efecto alguna disposición reglamentaria, o dictar un determinado reglamento, o porque se

³⁸⁷ JUNGMANN, R. y PEÑA, R. 2008. Informe final sobre la facultad propositiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Artículo 18 N°4 DL N°211). Santiago, Centro de Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica de Chile, p.31.

³⁸⁸ JUNGMANN, R. y PEÑA, R. 2008. Informe final sobre la facultad propositiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Artículo 18 N°4 DL N°211). Santiago, Centro de Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica de Chile, p.31.

proponga una modificación legal que les otorgue alguna facultad adicional. Sin embargo, los resultados de las intervenciones del Tribunal no han sido del todo satisfactorios hasta el momento, pues en muchos casos las recomendaciones no son tenidas en cuenta por el poder Ejecutivo. Deben realizarse mejoras normativas al respecto, con miras a que las recomendaciones sean, al menos, justificadamente desechadas.

3.2.2.4. Informes

La potestad informativa no se encuentra contemplada de manera expresa por el DL N°211, sin embargo, se ha considerado que forma parte de las facultades inespecíficas contempladas por el artículo 18 N°5 que indica como deberes y atribuciones del TDLC a “las demás que señalen las leyes”. Esto se reafirma por el artículo 31 del mismo cuerpo legal, ya que la emisión de los informes que sean encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales debe seguir el mismo procedimiento previsto para los otros asuntos no contenciosos. En relación a esto, el propio TC ha sostenido que:

“Esta facultad se comprende atendiendo al texto de diversas leyes especiales que otorgan a la magistratura antimonopólica la atribución en comento y, específicamente, a partir de lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 19.911 -que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia-, por el cual dicho organismo pasó a ser el sucesor y tener las atribuciones que la legislación

preexistente esencialmente relativa a las industrias reguladas, les confería a la Comisión Resolutiva y a las Comisiones Preventivas”³⁸⁹.

Se trata de una potestad de carácter administrativo que, tiene por objeto que un órgano especializado se pronuncie respecto del nivel de competencia que existe en un mercado determinado, el que por regla general, tiene características de monopolio natural o de servicio público. Entonces, el Tribunal está llamado a analizar el mercado en cuestión y a emitir un informe con la adecuada fundamentación económica. Dicho informe es vinculante y no puede ser desconocido por los particulares ni por la autoridad pública sectorial destinataria del mismo³⁹⁰, sin perjuicio, de que sea procedente el recurso de reposición en su contra.

A continuación se exponen sucintamente las leyes de tres sectores regulados³⁹¹ en los que se contemplan solicitudes de informes al TDLC, para así visualizar de qué forma se genera en ese caso una relación entre el Tribunal y los OAE sectoriales, en el ejercicio de esta potestad. Como se explicará, la opinión de la autoridad de libre competencia en estos casos, tiene injerencia directa en la determinación de qué servicios quedan sometidos a regulación

³⁸⁹ CHILE. Tribunal Constitucional. 2010. Causa Rol N°-2009, 7 de septiembre, Considerando 19°.

³⁹⁰ VALDÉS, D. 2006. Libre Competencia y monopolio. Santiago, Editorial Jurídica, p. 598.

³⁹¹ Existen otras leyes especiales que también se remiten a la potestad informativa del TDLC, como la ley N°19.542 de Modernización del Sector Portuario Estatal, DFL N° 323 de 1931 ley de Servicios de Gas, o incluso, la ley N°19.733 sobre libertades de opinión e Información y ejercicio del periodismo, pero su ámbito de aplicación excede este trabajo. Las tres leyes sectoriales elegidas revelan, de manera ejemplar, la relación entre OAE y la regulación de libre competencia en ejercicio de la facultad informativa del TDLC.

tarifaria, ya sea porque se presten en condiciones de monopolio natural o porque se estime que en el mercado no están dadas las condiciones para la libertad de precios.

3.2.2.4.1. Sector Telecomunicaciones

La ley general de telecomunicaciones N°18.168 (“LGT”) contempla tres sistemas de tarifas según la materia de que se trate. Por una parte, se prevé la fijación tarifaria respecto de ciertos servicios³⁹², por otra dispone tarifas libres³⁹³ y, finalmente contempla un tercer estatuto, en el que actúa la autoridad de libre competencia. Al efecto, el artículo 29 de la LGT establece como regla general la libertad tarifaria, de modo que las empresas pueden establecer los precios discrecionalmente, ya sea entre ellas o respecto a los usuarios finales. Excepcionalmente, si la Comisión Resolutiva –hoy el TDLC- califica que las condiciones de mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria en los servicios públicos de telefonía local y de larga distancia internacional –excluida la telefonía móvil- y por los servicios de conmutación y/o transmisión de señales provistas como servicio intermedio o circuitos privados, los precios o tarifas del servicio así calificado deben fijarse de acuerdo a las bases y procedimientos que entrega la propia LGT. La misma norma prevé que las condiciones de mercado son cambiantes, de modo que si en éste se revierte

³⁹² Artículo 24 bis inciso 5° y artículo 25 de la LGT.

³⁹³ Artículo 29 inciso 2° de la LGT.

la situación, el TDLC puede pronunciarse nuevamente para levantar esta regulación.

La aplicación práctica de esta potestad ha tenido gran relevancia en el sector de telecomunicaciones, no sólo por la importancia de este mercado para los usuarios finales, sino también porque permite observar de manera nítida la posibilidad de que los mercados evolucionen y se promuevan condiciones competitivas. Al mismo tiempo, devela que ciertos actos administrativos del órgano sectorial quedan sujetos a la determinación que haga el Tribunal en su informe.

En ese contexto, la Resolución N°515/1998 consideró que la competencia en el sector de servicio público telefónico local debía quedar sujeta a fijación tarifaria respecto a determinadas compañías y en ciertas zonas de nuestro país, principalmente por el grado de concentración del mercado. A esa fecha, la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. ("CTC") poseía el 90% de las líneas de telefonía local del país, era la única proveedora en las regiones I, II, III, IV, VII y VIII, tenía posición de dominio en las regiones VI, VIII y IX y presencia en otras zonas del país. En cuanto al servicio público de telefonía de larga distancia, sólo algunas compañías quedaron sometidas a regulación para el servicio de conmutación y/o transmisión de señales. Además, la Comisión Resolutiva realizó algunas observaciones para que la autoridad sectorial tuviese en cuenta al momento de determinar las tarifas: (i) que no existieran subsidios de ningún tipo, menos subsidios cruzados; (ii) permitir el suministro

desagregado de facilidades de red local; (iii) contemplar descuentos por volumen en caso que estos se justificaren en costos, y; (iv) establecer niveles, estructuras y fórmulas de indexación de las tarifas reguladas que favorecieran la libre competencia³⁹⁴.

El año 2001 la Comisión Resolutiva se pronunció nuevamente, a solicitud de CTC, pues ésta consideraba que ya existían condiciones de mercado para aplicar libertad tarifaria. A juicio de la autoridad, los nuevos antecedentes presentados por la solicitante no mostraban una variación significativa de su participación en el mercado de telefonía local. Si bien reconoció que la telefonía móvil se había desarrollado rápidamente, llegando incluso a existir más equipos móviles que líneas de telefonía local, no se trataba de un sustituto cercano por las diferencias en el valor de la tarifa y el nivel de tráfico de llamadas entrantes y salientes. Además, consideró que existían vías que podrían facilitar la libre competencia en este mercado, pero que aún se encontraban inmaduras, como el cable coaxial, el acceso inalámbrico y la tecnología *power line communication* (PLC)³⁹⁵. Así, al existir una alta concentración y baja desafiabilidad en el mercado, no era aconsejable alzar la regulación tarifaria. Sin embargo, encargó a la FNE vigilar especialmente la evolución de esta industria para considerar la posibilidad de implementar la libertad tarifaria en el futuro.

³⁹⁴ CHILE. Comisión Resolutiva. 1998b. Resolución N°515/1998, 22 de abril.

³⁹⁵ Es aquella tecnología que permite ofrecer servicios de comunicaciones de banda ancha a través de la red eléctrica.

CTC presentó la misma solicitud el año 2003, y en dicha ocasión, la Comisión Resolutiva ahondó en el análisis de la telefonía móvil como posible sustituto de la telefonía fija. Sostuvo que aún no era un sustituto porque en telefonía fija el tráfico era sustancialmente mayor y se ofrecían servicios adicionales, además, la comunicación por telefonía móvil tenía un costo mayor y menor calidad en sonido, interrupciones y fallas en la comunicación. Señaló asimismo, que las nuevas tecnologías como de comunicación inalámbrica, PLC y 3G no constituían competencia potencial, pero sí podrían serlo las redes de TV cable si se aumentaba el número de hogares con cables bidireccionales. Se reconoció que en ciertas comunas la competencia había aumentado, pero se mantuvo el temor de que la empresa dominante pudiera usar subsidios cruzados para excluir competidores³⁹⁶. Contra esta resolución, CTC presentó un recurso de aclaración, rectificación o enmienda, por medio del cual la Comisión Resolutiva aclaró que la tarifa regulada para los servicios era máxima, por lo que podrían ofrecerse planes con tarifas menores³⁹⁷.

Particular relevancia reviste dicho pronunciamiento para denotar la necesaria e importante interacción que se da entre los OAE y las autoridades de libre competencia, pues a consecuencia de la aclaración realizada por la Comisión Resolutiva, se dictó el Decreto Supremo N°742 del año 2003 por el que el MTT estableció las condiciones en que podrían ser ofrecidas las tarifas menores y

³⁹⁶ CHILE. Comisión Resolutiva. 2001c. Resolución N°611/2001, 11 de julio.

³⁹⁷ CHILE. Comisión Resolutiva. 2003b. Resolución N°709/2003, 13 de octubre.

los planes diversos³⁹⁸ por los operadores dominantes del servicio público telefónico local, con miras a proteger los intereses y derechos de los usuarios. El reglamento apuntó a garantizar la no discriminación de los usuarios -por lo que dispuso que los diversos planes deberían estar disponibles para todos aquellos usuarios que estuvieran en la misma categoría y área tarifaria-, a dar publicidad de las tarifas –a través de publicaciones en diarios de circulación nacional, sitio web del concesionario, oficinas comerciales y atención telefónica- y garantizar que tuviesen cierta duración (al menos un año). Asimismo, buscó evitar que a través de estos mecanismos se pusieran dificultades a los usuarios para volver a regirse por la tarifa máxima regulada y que se usaran como un mecanismo para evadir la aplicación de los decretos tarifarios en los casos correspondientes³⁹⁹.

Finalmente, el informe N°2 del TDLC revolucionó el mercado de las telecomunicaciones el año 2009, pues reconoció que en especial la convergencia tecnológica había permitido inyectar competencia en esta industria, había disminuido la concentración y el mercado aparecía como desafiante. Además, se reconoció a la telefonía móvil como un sustituto real de la telefonía fija:

³⁹⁸ El Decreto Supremo entiende que son aquellas ofertas comerciales de provisión del servicio público telefónico local, exclusivamente, efectuadas por un concesionario, en las que el nivel y/o la estructura y/o el mecanismo de indexación de los precios que se cobran por tal servicio, difieren de los establecidos en la tarifa regulada en el decreto supremo de los ministerios.

³⁹⁹ Se estableció la obligación al concesionario de enviar a Subtel copias de los contratos que ofrecería y de informar mensualmente los planes vigentes y el número de suscriptores acogidos a cada uno.

“En conclusión este Tribunal considera que la consolidación de la telefonía móvil impone un límite al poder de mercado de la principal proveedora de telefonía fija y, teniendo en cuenta adicionalmente las falencias y costos de la regulación tarifaria, ya expuestos, resulta adecuado optar hoy por un régimen de libertad tarifaria”⁴⁰⁰.

Entonces, el informe determinó que las empresas de telefonías podrían fijar libremente sus tarifas respecto del servicio de línea telefónica (cargo fijo), las comunicaciones telefónicas locales entre usuarios o suscriptores de una misma zona primaria (servicio local medido), la conexión telefónica y los teléfonos públicos. Sin embargo, el Tribunal consideró que eran insuficientes las condiciones de competencia existentes respecto de determinados servicios asociados al servicio público telefónico local y de interconexión, por lo que los Ministerios de Economía y de Transportes y Telecomunicaciones tendrían que fijar las tarifas máximas para dichos servicios a todas las empresas que los prestaren. En cumplimiento de dicho informe, Subtel comenzó a considerar a algunos servicios asociados como sujetos a fijación tarifaria, regulación vigente hasta la actualidad, pues no se ha modificado lo dispuesto en el Informe N°2⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2009b. Informe N°2/2009, 30 de enero, Considerando 137°.

⁴⁰¹ A modo de ejemplo, se puede observar la tarificación de una serie de servicios asociados para Telefónica Chile S.A. para el periodo 2014-2019 (http://www.subtel.gob.cl/images/stories/procesostarifarios/telefonicachile/2014/prop_bte_tchile_02052013.pdf), o puede incluso observarse en el oficio enviado por Subtel a una de las empresas telefónicas indicándole que, en cumplimiento de lo dispuesto por el informe N°2 del TDLC, el estudio tarifario que ésta presentase tendría que contener una propuesta tarifaria para los servicios asociados que en el oficio se detallan

Con todo, cabe señalar que en el procedimiento de dictación del Informe N°2 se evidenció que en algunos casos la lógica regulatoria de la autoridad sectorial difiere de los análisis económicos que puede aportar la autoridad de libre competencia. Un ejemplo de lo anterior consiste en que la autoridad sectorial solicitó al TDLC que considerara un principio de no discriminación tarifaria a nivel nacional para las empresas dominantes, con miras a proteger a los consumidores ubicados en zonas poco competitivas. En respuesta a ese requerimiento, el Tribunal indicó que dicha medida obligaría a las empresas a ofrecer los mismos precios para el servicio público telefónico a clientes que generaran una estructura de costos distinta para el concesionario, por lo que, si bien adoptar esa medida pareciera proteger a los consumidores que habitan zonas geográficas de mayores costos para las empresas, sería posible que las compañías optaran por descremar el mercado y no prestar el servicio en aquellas zonas en que no les fuera rentable, afectando gravemente a los usuarios. Sin perjuicio de ello, el TDLC estableció que le correspondía al regulador sectorial establecer en el correspondiente decreto tarifario las áreas tarifarias que determinarían las distintas categorías de usuarios y recomendó a la Subtel no establecer áreas tarifarias demasiado pequeñas u homogéneas de

http://www.subtel.gob.cl/images/stories/articles/procesostarifarios/asocfile/rtc_oficio_nuevas_tarifas.pdf).

tal manera que cada área tarifaria incluyera zonas con distintos grados de competencia entre redes⁴⁰².

Así, esta experiencia devino en positiva pues permitió que se generara un diálogo regulatorio en que frente al legítimo interés del órgano sectorial por garantizar el servicio de telefonía conforme a parámetros universales, la autoridad de libre competencia -fundadamente- indicó por qué cierto instrumento regulatorio no parecía ser el apropiado por generar externalidades negativas que eventualmente provocarían perjuicios mayores (falta de cobertura) que los que se pretendían evitar (discriminación tarifaria). Y más aún, el TDLC le entregó recomendaciones para intentar mitigar el problema que la autoridad sectorial le presentó.

3.2.2.4.2. Sector Eléctrico

En la misma línea anterior, la ley general de servicios eléctricos (“LGSE”)⁴⁰³ contempla que quedarán sujetos a fijación tarifaria aquellos servicios no consistentes en suministros de energía, prestados por empresas sean o no concesionarias de servicio público, si el TDLC, a solicitud de la SEC o de cualquier interesado, determina por resolución que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad

⁴⁰² CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2009b. Informe N°2/2009, 30 de enero, Considerandos 151° y 152°.

⁴⁰³ CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2006. Decreto con Fuerza de Ley N°4: que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Minería de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, mayo 2006.

tarifaria⁴⁰⁴. No obstante, también se reconoce que la realidad del mercado puede variar, por lo que en cualquier momento que el TDLC lo determine, el Ministerio de Energía, mediante decreto puede formalizar su descalificación como servicio sujeto a fijación de precios⁴⁰⁵.

Asimismo, el artículo 147 de la ley del sector señala que ciertos servicios podrán tener –en determinadas circunstancias- precio libre, entre ellas, si la potencia conectada del usuario final es superior a 500 kilowatts, límite que puede rebajarse por el Ministerio de Energía, previo informe del TDLC.

La Comisión Resolutiva, en su tiempo, se pronunció en ejercicio de esta potestad, negando la posibilidad de libertad tarifaria en ciertos servicios diversos a la venta de energía, pero relacionados a su distribución, en los siguientes términos: “Esta situación se debe a la existencia de posiciones monopólicas o dominantes de las empresas eléctricas, derivadas de consideraciones legales o regulatorias y de la existencia de economías de escala o de ámbito tales como la propiedad de la infraestructura y la coordinación requerida entre agentes para la prestación de ciertos servicios, como también de asimetrías de información y de la naturaleza propia del servicio eléctrico (...) Asimismo, existen servicios cuyos precios deberán ser fijados con el objeto de promover la competencia en el mercado eléctrico, como es el caso de los peajes adicionales para clientes libres originados por la utilización de instalaciones de subtransmisión y de distribución. Por otra parte,

⁴⁰⁴ Artículo 147 de la LGSE.

⁴⁰⁵ Artículo 184 de la LGSE.

existen servicios que deberán quedar sujetos a fijación tarifaria con el fin de evitar que se produzcan distorsiones en otros mercados, como el de las telecomunicaciones, teniendo en especial consideración la actual incorporación de empresas eléctricas a este último⁴⁰⁶. Este pronunciamiento destaca por el análisis económico que hace tanto de las condiciones de esta industria, como de las consecuencias que podrían producirse en mercados relacionados según se determine la libertad tarifaria o su regulación.

En cumplimiento de dicha Resolución, el Ministerio de Economía dictó el Decreto Supremo N°197 del año 2004 con el listado de 24 servicios asociados a la distribución eléctrica que quedarían sujetos a fijación tarifaria⁴⁰⁷. Y luego, el año 2007, el Ministerio de Energía, Fomento y Reconstrucción dictó el Reglamento para la fijación de precios de los servicios no consistentes en suministro de energía⁴⁰⁸, que contempló el procedimiento para tarificar aquellos servicios que conforme a los informes emitidos por el TDLC debían quedar sometidos a tarifa máxima.

Así, queda en evidencia que al Tribunal sólo le corresponde determinar si conforme a las condiciones de mercado, determinados servicios pueden ser

⁴⁰⁶ CHILE. Comisión Resolutiva. 2001a. Resolución N°592/2001, 21 de marzo, Considerando 4°.

⁴⁰⁷ MINISTERIO DE ECONOMÍA. Decreto Supremo N°197 del año 2004. Disponible en: http://antiguo.minenergia.cl/minwww/export/sites/default/08_Normativas/04_tarificacion/descargables_tarificacion/Decreto_197_xdoc_18x.pdf

⁴⁰⁸ CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2008. Decreto Supremo 341: Aprueba reglamento para la fijación de precios de los servicios no consistentes en suministros de energía, marzo 2008.

liberalizados, pero no es regulador de precios, sino que el procedimiento de fijación tarifaria y la determinación de su monto recaen en el órgano sectorial.

Por su parte, el Informe N°1/2008 del TDLC⁴⁰⁹ acogió la solicitud de la SEC en el sentido de calificar como sujeto a determinación de precio el servicio de reprogramación de medidores eléctricos, por existir escasas alternativas y condiciones de entrada desfavorables que podrían incentivar el establecimiento de precios abusivos por parte de los incumbentes⁴¹⁰. Destacan dos aspectos de este pronunciamiento, primero que el Tribunal manifestó que no importaba que el eventual número de clientes afectados fuera bajo ni que la reprogramación de medidores fuera una situación excepcional, sino que se debían evaluar las condiciones de competencia en que se prestaba el servicio, otorgando así un criterio de análisis que podría ser considerado en cualquier caso de libre competencia y en el mercado que fuera. Segundo, como se sujetó a regulación de precios este servicio recién a partir del siguiente periodo de tarificación, se previno a las empresas distribuidoras de electricidad para que en el periodo intermedio, el precio por este servicio se sujetara a condiciones objetivas, uniformes y no discriminatorias, y se informara adecuadamente a los clientes. La relevancia de esto último radica en que lo que aparentemente hizo el TDLC

⁴⁰⁹ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2008e. Informe N°1/2008, 9 de octubre.

⁴¹⁰ También en este caso el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción dictó el decreto tarifario respectivo, tarifando los servicios no consistentes en suministro de energía asociados a la distribución eléctrica (CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2009. Decreto Supremo 197: Fija los precios de servicios no consistentes en suministros de energía, asociados a la distribución eléctrica, diciembre 2009).

con esta prevención, fue advertir a las empresas distribuidoras que si intentaban establecer precios abusivos en el tiempo intermedio, podían ser objeto de una sanción por un ilícito anticompetitivo.

El año 2012, el TDLC sometió a fijación tarifaria a otros servicios asociados al suministro eléctrico⁴¹¹⁻⁴¹². Esto demuestra que constantemente las empresas distribuidoras comienzan a prestar nuevos servicios, relacionados con la venta de energía, que en principio no quedan sometidos a regulación tarifaria, a pesar de su similitud con otros servicios tarifados. De ahí la importancia de que el TDLC ejerza su facultad informativa con regularidad, velando así porque estas empresas no se aprovechen de su posición en este mercado, sobre todo considerando que se trata de un servicio básico.

En la actualidad se está tramitando ante el TDLC un Expediente de Recomendación Normativa⁴¹³, a solicitud de la Cámara Chilena de la Construcción A.G. que busca que el Tribunal recomiende al Presidente de la República la dictación de preceptos legales o reglamentarios para fomentar la competencia en la oferta de servicios asociados al suministro de energía eléctrica, pues a juicio del solicitante existirían vacíos en la regulación actual que permitirían a las empresas de distribución incurrir en abusos y conductas estratégicas. En dicho procedimiento la SEC ha señalado que si bien existen

⁴¹¹ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2012c. Resolución N°42/2012, 12 de octubre.

⁴¹² Cabe precisar que el TDLC sólo acogió parcialmente las recomendaciones realizadas por la CNE en su aporte de antecedentes.

⁴¹³ Rol NC N°22-14.

disposiciones que regulan en general la materia, estaría de acuerdo con que se realicen modificaciones normativas, siempre que no afecten la seguridad ni la calidad del recurso energético. Otros OAE también se han mostrado a favor⁴¹⁴. Queda esperar qué resolverá el TDLC, pues si decide hacer recomendaciones normativas, las disposiciones que se propongan podrían tener directa incidencia en las condiciones del mercado, en la potestad informativa del Tribunal y en la necesidad de tarifificar o no los servicios asociados.

3.2.2.4.3. Sector Sanitario

En la LGSS existen dos disposiciones que se remiten al actuar de la Comisión Resolutiva y que, por ende, se refieren hoy al TDLC.

Primero, el artículo 47A de la LGSS contempla una obligación de acceso abierto, de manera que las concesionarias de servicios de distribución de agua potable y recolección de aguas servidas están obligadas a permitir la utilización de sus redes a aquellas concesionarias de producción de agua potable o de disposición de aguas servidas que contraten directamente con usuarios finales grandes consumidores. El artículo siguiente establece normas que regulan el contrato en que se materializa la relación entre la propietaria de las redes y el interesado en usarlas, y se establece la autonomía de la voluntad de las partes

⁴¹⁴ Ministerio de Vivienda y Urbanismo (<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/ERN%2022-14%2016-12-2014%20MIN.%20DE%20VIVIENDA%20Y%20URBANISMO.pdf>), SERNAC (<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/ERN%2022-14%2006-01-2014%20SERNAC.pdf>)

para acordar el cobro por el acceso, bajo ciertos parámetros que da la misma norma, sin perjuicio de las facultades de la Comisión Resolutiva. Por tanto, el TDLC podría pronunciarse en ejercicio de varias de sus facultades respecto a si la obligación de acceso abierto se estaría o no cumpliendo en términos que garanticen la libre competencia.

La segunda materia en que la LGSS se remite a las potestades de las autoridades antimonopolios está regulada en el artículo 65, que establece una incompatibilidad en la propiedad de empresas concesionarias de servicios públicos que sean monopolios naturales de distribución eléctrica o de telefonía local y cuyo número de clientes exceda del 50% del total de usuarios de estos servicios, en las áreas bajo concesión de la empresa prestadora de servicios sanitarios, para participar en: (i) la propiedad o usufructo de acciones de una empresa prestadora de servicios sanitarios de distribución de agua potable o recolección de aguas servidas, o (ii) en la explotación de una o más concesiones sanitarias de distribución de agua potable o recolección de aguas servidas. En la actualidad, el TDLC es el órgano que debe determinar si las empresas concesionarias de servicios públicos de distribución eléctrica o telefonía local constituyen un monopolio natural regulado o declarar que han dejado de serlo y el DFL N°70/1998 del MOP contempla el procedimiento que debe seguirse para la regulación tarifaria en estos casos⁴¹⁵. Cabe señalar que

⁴¹⁵ Inciso 2° del artículo 12 del DFL N°70/1998 MOP: "En el caso que sea necesario determinar tarifas para nuevas prestaciones, o para componentes adicionales de una prestación, las tarifas que se determinen de acuerdo al procedimiento señalado en esta ley podrán adicionarse a las

esta incompatibilidad ha sido criticada por parte de la doctrina, pues se estaría prohibiendo aprovechar economías de ámbito, en vez de normarlas adecuadamente para beneficiar a los consumidores. Al efecto Valdés sostiene que “[u]na adecuada regulación hubiere sido suficiente para evitar eventuales abusos de las posiciones monopólicas que se hubieran derivado de la administración conjunta de tales monopolios naturales”⁴¹⁶.

En ejercicio de esta potestad, se ha declarado que deben someterse a fijación tarifaria, por ejemplo, los servicios de calibración de medidores, ya que al ser una actividad asociada a la prestación de los servicios de agua potable y de alcantarillado, deben ser ejecutados por la empresa prestadora de dichos servicios, sin competencia⁴¹⁷. Asimismo, la Comisión Resolutiva consideró “[q]ue el propósito del legislador, claramente manifestado en las referidas disposiciones legales y reglamentarias, es que el prestador debe dar un servicio integral, que sea de su responsabilidad, desde la red pública hasta la conexión con la instalación interior del inmueble, siendo el medidor parte integrante del sistema que queda bajo la tuición de la empresa concesionaria, por lo que la prestación del servicio de calibración de los medidores debe ser efectuada por ésta y, por lo tanto sin competencia, ni intervención de terceros”, por lo que se

fórmulas tarifarias a través de un decreto tarifario complementario y tendrán vigencia hasta el término del periodo en curso. Igual procedimiento se aplicará en el caso de prestaciones que la Comisión Resolutiva establecida en el decreto ley N°211, de 1973, determine que tienen características monopólicas y por tanto sea necesario fijarles tarifas dentro del respectivo periodo tarifario”.

⁴¹⁶ VALDÉS, D. 2006. Libre Competencia y monopolio. Santiago, Editorial Jurídica, p. 600.

⁴¹⁷ COMISIÓN RESOLUTIVA, Resolución N°527/1998, 26 de agosto de 1998.

trata de un servicio prestado monopólicamente que debe quedar sujeto a regulación tarifaria.

3.2.2.4.4. Conclusión parcial

De todo lo expuesto, es posible apreciar la importancia que tiene el ejercicio de la potestad informativa en aquellos servicios públicos con características de monopolio natural. Aquí se produce una situación algo distinta si se compara con el resto de las facultades del TDLC. Éste, en ejercicio de sus demás potestades intenta defender y promover la existencia de una sana competencia en los mercados; en cambio por medio del ejercicio de esta facultad, precisamente lo que hace es reconocer que las condiciones de mercado no están dadas para la libre actuación de los agentes, ya sea por la existencia de fallas de mercado o de regulación, que hacen necesaria una intervención *ex ante* que regule precios o establezca otro tipo de condiciones, de manera de intentar simular el funcionamiento que existiría en un mercado competitivo. Aquí obligatoriamente el ordenamiento jurídico prevé una interacción entre el TDLC y OAE sectoriales, pues el primero necesariamente determina si los segundos tendrán que dictar o no un decreto tarifario y/o regular otras condiciones del sector del que se trate. Además, lo dispuesto por el TDLC en ejercicio de la esta facultad es indiscutiblemente vinculante.

3.3. Actividades de la Fiscalía Nacional Económica para la Defensa y Promoción de la Libre Competencia en relación a los Órganos de la Administración del Estado

Como se indicó *supra*, la FNE también tiene un lugar importante en la institucionalidad de libre competencia, pues debe investigar eventuales infracciones al DL N°211, representar el interés general de la colectividad en el orden económico y presentar requerimientos ante el TDLC, velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones del TDLC y la Corte Suprema en materias del DL N°211 y también suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones. Asimismo, no menos relevantes son las acciones que ésta desempeña para promover una sana competencia en los mercados, con el objeto de crear una cultura de competencia en nuestro país. El afán de este organismo público entonces, va más allá de la persecución de los atentados a la libre competencia, pues *ex ante*, busca realizar labores de prevención y promoción que eviten conductas ilícitas, para lo cual el artículo 39 del mismo cuerpo legal la dota de diversas atribuciones.

En ese contexto, existen una serie de iniciativas que pretenden aportar en el conocimiento del funcionamiento competitivo de las principales industrias, educar a los agentes económicos –entre ellos el Estado- y construir criterios

que les sirvan al momento de adoptar sus decisiones⁴¹⁸. Entre ellos se encuentran: estudios sectoriales, guías, talleres y charlas y la celebración de convenios de colaboración con servicios públicos, universidades, agencias y organismos extranjeros. Del mismo modo, las investigaciones que archiva la FNE son sumamente útiles para establecer parámetros y otorgar nociones respecto del tipo de análisis a los que somete a las actuaciones de los OAE que son objeto de indagación, como se verá a continuación.

3.3.1. Investigación

Dentro de los deberes de la FNE se encuentra recibir las denuncias que formulen particulares respecto de actos que puedan importar infracción a las normas del DL N°211 y determinar si corresponde investigar o desestimar las denuncias que se formulen. Con ese objeto, puede solicitar antecedentes a particulares o llamar a declarar a cualquier persona dentro del plazo de 60 días, pero tanto la entrega de información, como la declaración son voluntarias si no ha iniciado formalmente una investigación⁴¹⁹.

En este contexto, la FNE puede iniciar una investigación conforme a un procedimiento administrativo que no tiene mayor formalidad y que le permite recabar antecedentes para determinar si existe una infracción o no a la

⁴¹⁸ De hecho, el Fiscal Nacional Económico Felipe Irrázabal, indicó en el Balance de Gestión Integral del año 2012 de dicho servicio, que la política de promoción ha sido definido como uno de los focos estratégicos de la institución. Disponible en: http://www.dipres.gob.cl/595/articles-103968_doc_pdf.pdf

⁴¹⁹ Artículo 41 del DL N°211.

normativa contenida en el DL N°211. Para ello, puede por ejemplo, enviar oficios solicitando antecedentes a diversas personas de derechos público y privado, citar a declarar, pueden concurrir funcionarios de la FNE a ciertos lugares, entre otros mecanismos⁴²⁰. El procedimiento interno que sigue la FNE se encuentra regulado en el Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica de mayo de 2013. Una vez terminada la etapa de investigación, la FNE decide si archiva la investigación o si presenta un requerimiento. En el primer caso, debe dictar una resolución de archivo basada en un informe emitido por el mismo organismo.

Ahora bien, en relación con los OAE, el informe y la resolución de archivo otorgan criterios relevantes, que sirven a los OAE a la hora de adoptar sus decisiones o que actúan como opinión experta frente a las denuncias de los particulares en contra de los mismos órganos. Asimismo, mediante estos documentos se hacen recomendaciones a tener en cuenta por la Administración a futuro, para mejorar sus prácticas y hacerlas más acorde a los parámetros de libre competencia.

Son múltiples las recomendaciones realizadas por la FNE a OAE, principalmente en cuanto al diseño de bases de licitación. Por ejemplo, “[s]e recomienda, desde el punto de vista de la libre competencia, a la I. Municipalidad de Talagante, que en futuras licitaciones no solicite el pago de

⁴²⁰ Para mayor detalle respecto de la potestad inspectora de la FNE, véase: AGÜERO, F. y TORO, L. 2010. Límites a la potestad inspectora de la administración: el caso de la Fiscalía Nacional Económica. *Revista de Derecho Económico* (75): 15-59.

anticipos desmedidos y/o no exija niveles de experiencia excesivos que pudiesen limitar artificialmente el ingreso de posibles actores calificados al mercado objeto de la licitación”⁴²¹. En el mismo sentido, “[o]fíciase al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a fin de aconsejarle que instruya a la secretarías regionales ministeriales respectivas que procuren evitar, en lo posible, la organización de reuniones presenciales entre todos los posibles competidores en subastas públicas antes que presenten sus ofertas, a menos que ello sea estrictamente necesario”⁴²².

Cabe precisar que este tipo de recomendaciones realizadas por la FNE en el marco de informes de término de investigación, no son vinculantes⁴²³, así lo ha manifestado el mismo organismo: “La publicación de los informes de archivo de las investigaciones y denuncias permite entregar elementos doctrinarios referenciales, es decir, no vinculantes a los agentes económicos”⁴²⁴. Sin embargo, en todas las resoluciones de archivo, la FNE se reserva la facultad de reabrir una nueva investigación si aparecen nuevos antecedentes que lo ameriten, por lo que parece razonable que los sujetos investigados acojan

⁴²¹ CHILE. Fiscalía Nacional Económica. 2013c. Resolución de Archivo: Rol N°2234-13, 17 de diciembre.

⁴²² CHILE. Fiscalía Nacional Económica. 2013b. Resolución de Archivo: Rol N°2172-13, 3 de julio.

⁴²³ Un elemento adicional que permite afirmar que este tipo de instrumentos no son vinculantes consiste en que los denunciantes que no están de acuerdo la decisión de cierre de investigación adoptada por la FNE, pueden acudir directamente ante el TDLC interponiendo una demanda.

⁴²⁴ CHILE. Fiscalía Nacional Económica, 2013. Criterios de la FNE para el cierre de las investigaciones. Por R. Bruna, Jefe División Investigaciones [prezi] <<https://prezi.com/wd9f75jpm9p/criterios-de-la-fne-para-cierre-de-investigaciones/>> [consulta: 27 septiembre 2015]

aquellas recomendaciones realizadas por esta autoridad antimonopolios, con miras a evitar la reapertura de la investigación y un eventual requerimiento.

Entonces, el contenido de los informes permite entregar algún grado de certeza jurídica respecto de los criterios considerados en los análisis de esta autoridad de libre competencia. Mismo convencimiento motivó la decisión de la FNE de publicar un libro recopilatorio con todas las resoluciones de archivo e inadmisibilidad del año 2012⁴²⁵⁻⁴²⁶. De este modo, los agentes económicos y los OAE pueden guiarse en su actuar y tener algunas nociones de los comportamientos o decisiones que pudiesen ser objetables a la luz del DL N°211. Con todo, la certeza no es absoluta, pues los criterios de la FNE pueden variar con el tiempo, tanto por elementos contingentes relacionados con la persona del Fiscal Nacional Económico o sus posiciones dogmáticas, como porque cambien las condiciones de los mercados involucrados o se modifique el análisis económico de una cierta materia. Lo importante es que la FNE tiene la carga de justificar su cambio de directiva. En ese sentido, una decisión de término de una investigación “[t]ambién compromete el actuar de la Fiscalía Nacional Económica con doctrina interna, estableciendo los criterios de análisis que se utilizarán en el tiempo. Por lo tanto, cuando la FNE estime necesario

⁴²⁵ CHILE. Fiscalía Nacional Económica. 2014c. Cuenta pública de la Fiscalía Nacional Económica Noviembre 2013-Noviembre 2014 [pdf], p.6 <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Cuenta-P%C3%BAblica-11-de-noviembre.pdf>> [consulta: 20 septiembre 2015]

⁴²⁶ CHILE. Fiscalía Nacional Económica. 2013a. Informes de cierre y de admisibilidad FNE 2012. Vol. 1 y 2. Santiago, Fiscalía Nacional Económica.

cambiar algún razonamiento utilizado en el pasado en sus informes de cierre, fundamentará el cambio de criterio en el informe respectivo”⁴²⁷.

3.3.2. Guías

Las guías son instrumentos internos de carácter normativo que, sin ser vinculantes para terceros ajenos a la FNE, -tienen por objeto orientar a los agentes económicos respecto de la aplicación de la legislación de libre competencia en determinadas materias, bajo la mirada de esta autoridad. Pretenden fijar criterios para el tratamiento de las materias económicas tanto para los funcionarios de la FNE, como con el objeto de señalar al mercado la forma en que se llevarán a cabo las investigaciones, de manera tal que se aumente la certidumbre y transparencia en la aplicación del DL N°211.

Conforme a esta descripción, las guías cumplen un rol similar al que se pretende con la publicación de los informes de archivo de las investigaciones, sin embargo, las guías son instrumentos mucho más complejos, que tratan una determinada materia de manera más global, sin centrarse en las particularidades de un caso concreto, sino que buscando dar orientaciones genéricas a diversos mercados y agentes. Más aún, existe un trabajo de sistematización destinado a entregar criterios, sin que sean los destinatarios del

⁴²⁷ CHILE. Fiscalía Nacional Económica, 2013. Criterios de la FNE para el cierre de las investigaciones. Por R. Bruna, Jefe División Investigaciones [prezi] <<https://prezi.com/wdgf75jmb9p/criterios-de-la-fne-para-cierre-de-investigaciones/>> [consulta: 27 septiembre 2015].

documento quienes tengan que realizar un análisis mayor para extraerlos, como sí puede ocurrir en los informes de archivo.

En ese contexto se publicó el año 2011 el Material de Promoción N°1 titulado “Comprar Públicas y Libre Competencia” dirigido principalmente a compradores del sector público, y que buscó que a la luz de las particularidades de la contratación vía licitaciones por parte de los OAE, éstos adoptaran ciertos resguardos para evitar la vulneración de la libre competencia en el proceso licitatorio. El documento señala ciertos estándares de conducta funcionaria que serían esperable de quienes diseñan las licitaciones públicas, para así dar cumplimiento a los principios generales establecidos por el ordenamiento jurídico. Los estándares de conducta mencionados consisten en: (i) estudiar con detención el diseño del proceso de contratación; (ii) evitar la arbitrariedad; (iii) evitar la creación de barreras artificiales a la competencia; (iv) promover la competencia; y (v) denunciar ilegalidades.

Otro aspecto destacable de dicho material consiste en que reconoce como principal riesgo al que se ven enfrentados los OAE al diseñar los procesos licitatorios, el de la colusión de los oferentes o *bid rigging*. Por lo mismo, entrega estrategias para prevenir la ocurrencia de estos hechos y para facilitar su detección en caso de que se verifiquen a través de didácticos “cuadros-guías”. Estos últimos consisten básicamente en preguntas que deben hacerse los compradores públicos, para luego contrastarlas con los riesgos y criterios de actuación que se señalan. Finalmente, instruye respecto de cómo contactar a la

FNE para realizar denuncias de colusión y las facultades de ésta para combatir carteles.

A pesar de ser un material genérico, que hace referencia a las compras públicas en términos globales y que no pretende ni puede ser exhaustivo en relación a los riesgos particulares de cada mercado, sin lugar a dudas se trata de un material valiosísimo para que todos aquellos OAE que se vean en la necesidad de adquirir bienes o servicios, tengan ciertos criterios en consideración para la tutela de la libre competencia. Las preguntas planteadas sirven de guía y permiten orientar el análisis que cada autoridad debe realizar para evitar que a partir de las reglas de adjudicación que establezca, se generen distorsiones en el mercado y, en especial, se induzca a la colusión entre los eventuales interesados en participar del proceso.

Con posterioridad, siguiendo la misma línea, la FNE lanzó la Guía de Sector Público y Libre Competencia que ya ha sido citada, y cuya presentación indica:

“A través de este material de promoción, dirigido especialmente a jefes de servicios y funcionarios del sector público, la FNE busca entregar lineamientos y herramientas a los Órganos de la Administración del Estado para apoyar, en el ámbito de sus respectivas competencias, el cumplimiento del DL N°211”⁴²⁸.

⁴²⁸ CHILE. Fiscalía Nacional Económica. 2012. Sector público y libre competencia: evaluando sus actuaciones desde la perspectiva de la libre competencia [pdf], p.2 <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Guia-final-sector-publico.pdf>> [consulta: 20 junio 2014]

En ella se resalta la importancia de que los OAE consideren los potenciales efectos de sus decisiones en la libre competencia, para lo que propone un “examen de impacto” en la selección de las diferentes opciones de política pública que requiere implementar un servicio público, siguiendo los lineamientos otorgados por la OCDE para incorporar evaluaciones de competencia en los análisis de impactos regulatorios⁴²⁹. Dicho análisis puede realizarse como evaluación global *ex post*, o con carácter preventivo *ex ante*. Básicamente existen cuatro pasos para realizar este examen: (i) definir objetivos, metas y alternativas a la intervención propuesta; (ii) identificar los mercados afectados, tanto el mercado relevante principal como los mercados relacionados; (iii) analizar el impacto de la intervención propuesta en los mercados afectados, atendiendo al grado de competencia actual y potencial, para así determinar si se limita el número o variedad de actores en el mercado, si se limita la capacidad de estos para competir y/o se reducen los incentivos para competir vigorosamente; y, (iv) mitigar los impactos negativos. Si de los pasos anteriores se extrae que la medida propuesta tiene efectos no deseados, se debe explorar la posibilidad de reemplazar la intervención por otra alternativa o adoptar medidas de mitigación, las que típicamente consistirán en limitar temporalmente la restricción o someterla a revisión periódica, minimizar el impacto acotándolo a un sector del mercado, o procurando no extender los efectos perniciosos a los mercados relacionados.

⁴²⁹ OCDE. 2011b. Herramientas para la evaluación de la competencia [pdf] <<http://www.oecd.org/daf/competition/98765432.pdf>> [consulta: 20 septiembre 2015]

Esto se relaciona con la facultad de investigación vista *supra*, ya que la FNE toma en cuenta los criterios establecidos en la guía, a la hora de decidir si iniciar o no una investigación frente a denuncias presentadas en contra de los OAE, respetando así los ámbitos de competencia que le corresponden a cada uno y dejando en claro que existen materias propias de los órganos sectoriales, en los que no le corresponder inmiscuirse:

“Que en todo caso, el pronunciamiento de esta Fiscalía, emitido luego del análisis realizado, se limita exclusivamente a las materias que le competen en particular, a las posibles infracciones a la libre competencia denunciadas. Por tanto, excede al mismo, cualquier otro pronunciamiento sobre la regularidad del proceso licitatorio en cuestión, como también sobre la conveniencia o no de establecer políticas públicas determinadas en los procesos licitatorios llevados a cabo por los organismos del Estado”⁴³⁰.

Este mismo tipo de instrumentos ha sido utilizado por las agencias de libre competencia del derecho comparado, pues pese a que las realidades y relaciones entre OAE y libre competencia son muy disímiles a la particular institucionalidad y desarrollo jurisprudencial nacional, existe consenso respecto a la necesidad de que la Administración tome sus decisiones de política pública considerando valores jurídicos y económicos diversos a los meramente sectoriales. Al respecto, clarificador resulta lo expresado por la guía de la

⁴³⁰ CHILE. Fiscalía Nacional Económica. 2011. Resolución de Archivo: Rol N°1913-11, 3 de octubre, Considerando 5°.

autoridad española respecto a la relevancia de la libre competencia para la contratación pública:

“La promoción de la competencia en esta área de actividad es consistente con los principios que informan la propia normativa sobre contratación pública, a saber: la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y transparencia de los procedimientos, la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, la búsqueda de una eficiente utilización de los fondos públicos mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”⁴³¹.

Esfuerzos de este tenor han sido realizados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”)⁴³², *International Competition Network* (“ICN”)⁴³³, *United Nations Conference on Trade and Development* (“UNCTAD”)⁴³⁴, Comisión Nacional de la Competencia Española (“CNC”)⁴³⁵,

⁴³¹ Comisión Nacional de la Competencia. Guía sobre contratación pública y competencia. p.4.

⁴³² OCDE. 2011b. Herramientas para la evaluación de la competencia [pdf] <<http://www.oecd.org/daf/competition/98765432.pdf>> [consulta: 20 septiembre 2015]

⁴³³ ADVOCACY WORKING GROUP. 2002. Advocacy and Competition Policy. En: *International Competition Network's Conference*. Nápoles, Italia [pdf] <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf>> [consulta: 20 noviembre 2014]

⁴³⁴ UNCTAD. s.f. Guidelines for Implementing Competition Advocacy. [pdf] <http://unctad.org/meetings/en/Contribution/ccpb_SCF_AdvocacyGuidelines_en.pdf> [consulta: 20 noviembre 2014]

⁴³⁵ ESPAÑA. Comisión Nacional de la Competencia. 2008. Trabajando por la competencia. Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia. [pdf] <http://www.cnmec.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/recomendaciones.pdf> [consulta: 15 junio 2014]

Office of Fair Trading (“OFT”)⁴³⁶, entre varios otros. En todos ellos existen parámetros comunes para el diseño de políticas públicas pro competitivas, que se centran en analizar si la actuación pública que se pretende implementar pudiera traer como consecuencia la limitación en el número o variedad de los operadores en el mercado⁴³⁷, la capacidad de los operadores de competir⁴³⁸ o reducir los incentivos para que se produzca una competencia efectiva⁴³⁹. Asimismo, indican qué cláusulas no serían deseables en procesos de licitación y los criterios de adjudicación que parecieran ser más razonables.

En Chile, la FNE ha realizado una gran labor de promoción con la Guía de Sector Público y Libre Competencia, la que se ha difundido a través de diversos medios, tales como el sitio web de la FNE, a través de charlas y talleres que buscaban explicar su contenido⁴⁴⁰, remitiendo una copia a diversos entes públicos, entre otros. Más aún, cabe destacar que incluso en algunas resoluciones de archivo, ha decidido oficiar a algunos OAE –I. Municipalidad de

⁴³⁶ Office of Fair Trading. Completing Competition assessments in Impact Assessments: Guideline for policy makers. 2007 [En línea] <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/191489/Green_Book_supplementary_guidance_completing_competition_assessments_in_impact_assessments.pdf> [Consulta: 15 de Noviembre de 2014]

⁴³⁷ Por ejemplo, si otorga derechos exclusivos, establece un sistema de licencias, permisos o autorizaciones para operar, eleva significativamente costos de entrada o de salida.

⁴³⁸ Por ejemplo, influye o controla los precios de los bienes o servicios, limita las posibilidades de comercialización de los mismos, establece exigencias técnicas que generan ventajas a algunos competidores sobre otros, se diferencia en el trato dado a los incumbentes y entrantes.

⁴³⁹ Por ejemplo, fomenta la publicación de información sensible (costos, precios, ventas, niveles de producción), incrementa los costos de cambio, genera incertidumbre a los entrantes.

⁴⁴⁰ Al respecto, el mismo sitio web de la FNE en su sección de noticias da cuenta de las charlas que se han realizado a diversos OAE respecto a dicha guía.

Parral e I. Municipalidad de Melipilla- remitiéndoles una copia de la guía, con el objeto de que la tengan en consideración a futuro⁴⁴¹.

3.3.3. Estudios Sectoriales

Estos estudios son realizados por la FNE directamente, o son contratados a expertos externos para así evaluar las condiciones de funcionamiento y competencia que se dan en determinados mercados y, eventualmente, hacer recomendaciones a los participantes de dichas industrias, con el afán de prevenir infracciones o adoptar mejores prácticas a futuro.

Han sido objeto de estudio los sectores de la construcción, bancario, telecomunicaciones, forestal, salud y eléctrico. Aunque la información obtenida a partir de estas investigaciones tienen un gran valor para los agentes económicos que se desempeñan en ellas, no cabe duda alguna que el Estado – especialmente en caso de industrias reguladas- se ve sumamente beneficiado con este tipo de estudios, pues tiene acceso a antecedentes e información ya procesada y analizada, que con posterioridad puede tener en consideración para evaluar sus propias decisiones de política pública o incluso innovar en la normativa o diseño de las licitaciones.

Sólo a modo de ejemplo, en el sector de la salud, el “Estudio sobre los efectos de la Bioequivalencia y la Penetración de Genéricos en el Ámbito de la

⁴⁴¹ CHILE. Fiscalía Nacional Económica. 2014a. Resolución de Archivo: Rol N°2265-13, 24 de abril.

Libre Competencia” publicado en septiembre de 2013, evaluó como favorable la adopción de esta medida, pues se reconoció que uno de los principales problemas de competencia en el sector farmacéutico estaba dado por la incertidumbre de los consumidores respecto a la calidad y/o eficacia de medicamentos alternativos, de modo que se fomentaba el uso de las marcas como herramientas de señalización de calidad, lo que en definitiva, podía distorsionar las decisiones tomadas por los consumidores y evitar una efectiva competencia en precios. Así, la bioequivalencia se consideró una buena medida para homogenizar la calidad de los productos y otorgar una información fidedigna a los consumidores, que les permitiera tomar una decisión racional. Sin embargo, la FNE estimó que no bastaba con esta medida para garantizar la libertad de elección del producto por parte de los pacientes, sino que era necesario complementarla con otras regulaciones en cuanto a la prescripción médica y los canales de distribución, dada la incompatibilidad de incentivos que se generaban en la relación entre los pacientes, médicos, laboratorios y farmacias.

En la misma línea, también la FNE publicó un estudio⁴⁴² respecto a las licitaciones de compra de medicamentos en establecimientos públicos de salud en el que se detectaron dos problemas principales: (i) que los procesos de elaboración de bases de las licitaciones que se realizaban para la compra de

⁴⁴² CHILE. Fiscalía Nacional Económica. 2014b. Estudio de licitaciones de compra de medicamentos en establecimientos públicos de salud [pdf] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Estudio_Licitaciones_compras_medicamentos.pdf> [consulta: 22 noviembre 2014]

medicamentos por parte de los establecimientos de la Redes Asistenciales del sector público incluían cláusulas⁴⁴³ que se alejaban del objetivo perseguido por la certificación realizada por el Instituto de Salud Pública y de los criterios utilizados por CENABAST, alterando la normal competitividad que debiese operar en el mercado institucional, y; (ii) las licitaciones frecuentemente no pormenorizaban las características técnicas que debía reunir el producto a comprar, dejando bajo la exclusiva responsabilidad del comité de farmacia del organismo la decisión de la adjudicación. En el informe se realizaron una serie de recomendaciones para el correcto diseño de las bases de licitación, para así evitar la creación de barreras artificiales.

También en el sector de la salud, se realizó un estudio en un tema de suma relevancia para el bienestar social, que identificó los diversos problemas que existían en el mercado de la salud privada, especialmente en relación al mercado de prestadores y aseguradoras y los vínculos entre ambos, concluyéndose que era necesario abordar el problema de la integración vertical que generaba grandes distorsiones en el sistema, aspecto que a todas luces es relevante en el contexto de la reforma al sistema de salud que se está discutiendo. Este estudio tiene particular relevancia, toda vez que surge como una solicitud realizada por la Superintendencia de Salud a la FNE, en la que

⁴⁴³ La FNE concluye “Las cláusulas de las licitaciones más problemáticas y que fueron detalladas en este informe establecen: i) que el fármaco sea innovador u original, ii) que el medicamento registre uso previo en la misma institución que licita u otra de la Red Asistencial, iii) certificación internacional del fármaco, iv) prohibición de uso de estudios del medicamento original, entre otras. La elaboración de licitaciones con estas cláusulas altera el potencial competitivo de las mismas, impidiendo que los oferentes compitan en un pie de igualdad”. p. 23.

también tuvieron injerencia el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) y el SERNAC⁴⁴⁴.

Asimismo, el estudio titulado “Análisis de competencia del sector de la construcción chileno y sus procesos de licitaciones públicas de contratos de obras: Estructura, Agentes y Prácticas”, dedicó un capítulo para referirse al rol de las autoridades como facilitadoras de acuerdos colusorios en las licitaciones de construcción de obra pública y, otro capítulo para realizar recomendaciones con el objeto de prevenir y detectar acuerdos de colusión⁴⁴⁵.

Las medidas propuestas en estos informes podrían servir de insumo para el Gobierno en la elaboración de sus planes de política pública o incluso para parlamentarios o gremios que quisieran promover proyectos de ley en este sector, ya sea porque se consideran aceptables las recomendaciones realizadas por la FNE o porque develen información que sea de utilidad para adoptar decisiones diversas. Por lo mismo, sería deseable que en el futuro, la FNE siguiese desarrollando el área de estudios en diversos mercados, que

⁴⁴⁴ En la noticia publicada en el sitio web de la Superintendencia de Salud se refleja plenamente la necesaria coordinación y colaboración que debe existir entre organismos del Estado: “La Fiscalía Nacional Económica, explicitó que el estudio es coherente con el principio de colaboración que mantiene con todos los organismos reguladores para promover la libre competencia de los mercados. Por su parte, el INE, Instituto Nacional de Estadísticas, requiere información certera sobre las prestaciones de salud ya que sus valores influyen en parte en el IPC. Para ello, están en marcha dos iniciativas, dadas a conocer ayer: el estudio que realizará el SERNAC de los precios en convenio de las clínicas, cuyos resultados se cruzarán con la información que extraerá la Superintendencia de Salud de las Isapres que ya solicitó los precios en convenio de estas instituciones con los prestadores privados” [En línea] <<http://www.supersalud.gob.cl/568/w3-article-5290.html>> [consulta: 24 de septiembre de 2015].

⁴⁴⁵ ALVARADO, A. y SPOLMANN, S. 2009. Análisis de competencia del sector de la construcción chileno y sus procesos de licitaciones públicas de contratos de obras: Estructura, Agentes y Prácticas. Informe Final [pdf] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/estu_0001_2009.pdf> [consulta: 16 noviembre 2014]

idealmente sean de interés para la libre competencia y los OAE, de manera de realizar análisis conjuntos y que los estudios llevados a cabo por la autoridad antimonopolios tengan mayor impacto en las decisiones de política pública, como se ahondará en el siguiente capítulo⁴⁴⁶.

3.3.4. Talleres y charlas

Otro de los mecanismos a través de los cuales la FNE intenta promover una cultura de competencia consiste en la realización de talleres y charlas educativas o de discusión respecto a temas contingentes de libre competencia, las que se realizan en diferentes contextos, dentro de los cuales se encuentran las capacitaciones que realizan a organismos públicos. En el sitio web de la FNE se informa de varias de estas actividades, las que se han focalizado en la promoción de las dos guías relacionadas con el sector público y a la presentación de los resultados obtenidos de los estudios sectoriales.

Asimismo, destaca dentro de estas iniciativas el denominado “Día de la Competencia”, encuentro que se realiza anualmente, que es abierto al público - previa inscripción-, en el que además de presentaciones y foros, se contempla

⁴⁴⁶ Cabe señalar que en el proyecto de ley de reforma al DL N°211 se otorga a la FNE la facultad para realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados, en directa relación con otorgarle la facultad de proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas.

la cuenta pública del Fiscal Nacional Económico. En su versión 2014 el jefe máximo de la Fiscalía, mencionó como desafío para el Estado, incorporar criterios de libre competencia en el ejercicio de sus funciones públicas y propiciar mayor colaboración entre organismos públicos de manera oportuna y eficaz⁴⁴⁷.

3.3.5. Convenios de Colaboración

Finalmente, el artículo 39 I) del DL N°211, señala entre los deberes y atribuciones de la FNE, celebrar acuerdos con otros servicios públicos y universidades en materias de cooperación recíproca. Del mismo modo, puede convenir esta colaboración con organismos públicos extranjeros u organizaciones internacionales que tengan por objeto promover o defender la libre competencia en las actividades económicas, a lo que se suma la posibilidad de transferir información para facilitar el cumplimiento de sus funciones⁴⁴⁸.

Esta facultad concretiza el mandato del artículo 5 inciso 2° de la LOCBGAE consistente en que los órganos de la Administración del Estado deben cumplir sus cometidos coordinadamente, prestándose recíproca colaboración.

⁴⁴⁷ CHILE. Fiscalía Nacional Económica. 2014c. Cuenta pública de la Fiscalía Nacional Económica Noviembre 2013-Noviembre 2014 [pdf], pp.5-6 <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Cuenta-P%C3%BAblica-11-de-noviembre.pdf>> [consulta: 20 septiembre 2015]

⁴⁴⁸ Se han celebrado acuerdos de distinta índole con: Perú, Colombia, Brasil, Canadá, México, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos y España. Para más información ver <<http://www.fne.gob.cl/internacional/participacion-internacional/>>

En este marco, altamente destacable es la iniciativa que se desarrolló durante el año 2008 a partir de la implementación en Chile de un programa piloto de la OCDE y del *Competition Bureau* de Canadá para difundir entre los sectores y organismos interesados en la contratación pública las mejores prácticas sobre prevención y detección de la colusión entre oferentes en licitaciones de contratación pública. Uno de los mecanismos consistió en la formación de un Comité interinstitucional anti-colusión en licitaciones de abastecimiento público y que contó con la participación de la FNE, la CGR, el MOP, el MINVU, ChileCompra, el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno y la Red de Abastecimiento.

A juicio del Fiscal Nacional Económico, Felipe Irarrázabal y de Fernando Araya, funcionario de la FNE, a esa fecha, eran escasos los contactos que la FNE había tomado con contratantes del sector público y no existía una iniciativa sistemática orientada a la promoción de la competencia en las licitaciones del sector público⁴⁴⁹. A partir de esta iniciativa y luego de varias reuniones de coordinación celebradas entre 2008 y 2009 se lograron los siguientes resultados: (i) elaboración y difusión de una Guía para la Detección, para ser utilizada por los funcionarios de las áreas de contratación; (ii) publicación por parte de Chilecompras, de la Directiva de Contratación Pública N° 11 “Instrucciones para la prevención de la colusión entre los oferentes”; (iii)

⁴⁴⁹ ARAYA, F. e IRARRÁZABAL, F. 2011. Notas sobre la colusión entre oferentes en licitaciones, con énfasis en la experiencia internacional. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La libre competencia en el Chile del bicentenario Chile. Santiago. Chile. Thomson Reuters PuntoLex. p.179.

incorporación de preguntas sobre colusión entre oferentes en licitaciones en los exámenes para acreditación de funcionarios de las áreas de contratación pública; (iv) acuerdo de colaboración e intercambio de información entre la FNE y la CGR; (v) adopción de los criterios de detección de la Guía en la metodología de los procesos de auditoría de la CGR; y, (vi) actividades de entrenamiento y capacitación variadas. Se estima que unos 500 funcionarios del área de contratación pública participaron en estas actividades⁴⁵⁰.

Asimismo, la FNE ha celebrado varios convenios de entendimiento con organismos públicos: Central Nacional de Abastecimiento (CENABAST), Ministerio de Agricultura, Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INAPI), CGR, Dirección de Compras Públicas, Corporación de Fomento de la Producción (CORFO), Comisión Nacional de Energía, Corporación Administrativa del Poder Judicial, Ministerio Público, MOP, SERNAC, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile y el Servicio de Impuestos Internos.

En general, estos convenios de colaboración contemplan los siguientes aspectos: (i) capacitaciones en materias de libre competencia que de común acuerdo se identifiquen como relevantes; (ii) intercambios de información relevante que se obtenga en cumplimiento de sus respectivos fines institucionales, incluyendo la comunicación oportuna de eventuales

⁴⁵⁰ FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. Sesión II: Lucha contra la colusión entre oferentes en licitaciones de contratación pública Contribución de Chile. 10 de septiembre de 2009. [En línea] < http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/oecd_0006_2009.pdf> [Consulta: 20 de septiembre de 2015]

afectaciones a la libre competencia que se detecten por los OAE; (iii) recomendaciones no vinculantes de la FNE con miras a mejorar las prácticas e inyectar mayor competencia; (iv) intercambio de buenas prácticas en las investigaciones y/o actividades desarrolladas en sus ámbitos de ejercicio; (v) asesoría técnica recíproca; (vi) generación de mecanismos de monitoreo de los procesos de contratación pública encaminados a la detección de colusión; (vii) desarrollo de proyectos de investigación, y; (viii) revisión conjunta de normas vigentes con el afán de compilarlas y proponer modificaciones si fuese necesario.

Dentro de todos los convenios celebrados por la FNE, uno que es particularmente destacable, es el celebrado con el MOP. Luego de repetidos casos en que fue objeto de requerimientos y demandas y, pese a que dos⁴⁵¹ de ellas fueron revocadas por la Corte Suprema, se hizo notar que la autoridad de libre competencia tenía reparos frente al comportamiento y, en especial, la forma de diseñar e implementar las licitaciones que tenía este OAE, de modo que, la solución por la que optó fue firmar un convenio de colaboración con la FNE, el que principalmente contempló acuerdos en cuanto a la capacitación, intercambio de información y colaboración. Este último aspecto, quedó establecido en los siguientes términos:

⁴⁵¹“Caso Puerto Terrestre de los Andes” (CHILE. Corte Suprema. 2011a. Causa Rol N°6100-2010, 28 de enero) y “Caso Naviera Valdivia” (CHILE. Corte Suprema. 2013a. Causa Rol N°4470-2012, 30 de enero).

”El MOP definirá, en su caso, un conjunto de iniciativas relacionadas con la ejecución de contratos de obras públicas, de estudios y de asesorías a la inspección fiscal, para que estas sean analizadas por la FNE con el objeto de determinar si en los procesos relacionados con las licitaciones existieron conductas que pudiesen constituir colusión por parte de los oferentes, y determinar también la eventual existencia de barreras de entrada que limiten la competencia en el mercado. La FNE informará al MOP respecto de los eventuales hallazgos que determine en el análisis de las iniciativas señaladas”.

3.3.6. Conclusión parcial

Es esperable que la FNE siga desarrollando actividades de promoción de la libre competencia, que siga difundiendo sus guías y estudios sectoriales, que celebre nuevos acuerdos con otros OAE, afiance nuevos canales de colaboración y coordinación, y lleven a cabo los compromisos adquiridos por cada una de las partes, para así obtener una política pública coherente y sistemática, que recoja las visiones especializadas de cada uno de los sectores implicados. En ese sentido, certeras son las palabras del Fiscal Nacional Económico: “La soledad que caracteriza el trabajo de esta Fiscalía podría reducirse si se botaran las fronteras que impiden la colaboración y el traspaso de información que sería esperable entre instituciones estatales. Pero hoy

predominan los feudos y las visiones de túneles, y son escasas las experiencias de colaboración. Escasas, pero exitosas, y en aumento día a día.”⁴⁵²

⁴⁵² CHILE. Fiscalía Nacional Económica. 2014c. Cuenta pública de la Fiscalía Nacional Económica Noviembre 2013-Noviembre 2014 [pdf], p.6 <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Cuenta-P%C3%BAblica-11-de-noviembre.pdf>> [consulta: 20 septiembre 2015]

CAPÍTULO IV: MEJORAS A LAS HERRAMIENTAS DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN RELACIÓN A LOS OAE

Tal como se advirtió en la introducción, este trabajo no tiene pretensiones de generar una propuesta normativa integral para llenar los vacíos regulatorios ni dar respuesta a todos los problemas prácticos a los que se ven enfrentados los OAE, el TDLC y la FNE en ejecución de la normativa de libre competencia. Evidentemente eso excede con creces el modesto aporte de recopilación y sistematización del desarrollo de la problemática que se buscaba llevar a cabo. Sin embargo, luego de exponer el tratamiento de la materia en tres realidades jurídicas comparadas, de explicar cómo se ha zanjado la discusión en nuestro país y, al mismo tiempo, delimitar el ámbito de competencia de las autoridades de libre competencia en Chile, y de reseñar el desarrollo jurisprudencial en cuanto a la interacción entre los organismos sectoriales, la FNE y el TDLC, no se puede menos que esbozar algunas observaciones y recomendaciones que pudieran ser tenidas en consideración para mejorar los niveles de coordinación entre dichos organismos, de modo tal de fomentar así una política regulatoria pro competitiva.

Como se expuso en el capítulo I, los diseños institucionales elegidos por cada país para las materias sectoriales y de libre competencia son variados y tienen una incidencia directa en la forma en que se toman decisiones regulatorias. En ese contexto, se señaló que Chile había optado por un diseño

con entidades distintas respecto de las cuales se estableció una distribución específica de competencias, en que el ámbito de acción de cada uno de los organismos queda limitado por la norma que los crea y sobre todo por el bien jurídico que cada uno de ellos está llamado a amparar. Sin embargo, no existe una referencia a nivel normativo respecto a cómo conviven las autoridades sectoriales con las de competencia, por lo que frente a unos mismos hechos pueden presentarse órganos estatales con competencias concurrentes o “espacios regulatorios compartidos”⁴⁵³. Esta situación se agrava si se considera que en Chile el sometimiento de los OAE al DL N°211 ha sido fruto de una construcción jurisprudencial, de modo que, existe una serie de problemas de delimitación de competencias y de coordinación entre agencias que se han debido ir llenando con el tiempo y en la práctica, pues la legislación fue pensada en su origen para ser aplicada respecto de sujetos privados.

Por lo mismo, el primer paso para avanzar en el desarrollo de la relación entre los OAE y las autoridades de libre competencia, debería ser determinar claramente cuáles son las competencias que, de acuerdo a la ley, le corresponden a cada órgano y la misión que cada uno está llamado a cumplir, pues a partir de dicho ejercicio lo más probable es que se concluya que existe superposición de atribuciones en variadas materias. Una vez que se asume que

⁴⁵³ Freeman y Rossi prefieren hablar de “espacio regulatorio compartido”, cambiando así la visión de que se trataría de un problema, para comenzar a considerarlo como una oportunidad, que tiene a la coordinación como primer gran desafío. Véase: FREEMAN, J. y ROSSI, J. 2012. Agency coordination in shared regulatory space. En: Harvard Law Review. Volumen 125, N°5. Marzo 2012, pp.1131-1211.

dicha superposición existe y que en muchos casos es inevitable y necesaria, el paso siguiente es reconocer la relevancia que tiene la coordinación entre los involucrados⁴⁵⁴. Existe amplia literatura sobre⁴⁵⁵ la coordinación entre agencias, en la que se recomienda una amplia gama de instrumentos que promueven la coordinación entre organismos públicos y que pueden ayudar a maximizar los beneficios y minimizar los costos de los espacios regulatorios compartidos⁴⁵⁶. Entre ellos se mencionan consultas unilaterales o recíprocas (que pueden ser obligatorias o facultativas), los acuerdos de colaboración entre órganos públicos (denominados MoU en el derecho comparado), la elaboración de políticas públicas conjuntas y, finalmente, se destaca la labor de gestión y decisión centralizada en el poder ejecutivo⁴⁵⁷. Se trata de mecanismos valiosos que pueden ser implementados -con matices- a la generalidad de las relaciones entre los OAE.

Con todo, la materialización de los mecanismos antes mencionados, es aún más específica en el área de la libre competencia, pues precisamente la

⁴⁵⁴ ENGEL, E. y PARDOW, D. 2015. Aclarando las reglas del juego: propuestas para mejorar la coordinación entre el SERNAC y los reguladores sectoriales. Espacio Público Informe de Políticas Públicas (06/2015).

⁴⁵⁵ Véase: FREEMAN, J. y ROSSI, J. 2012. Agency coordination in shared regulatory space. En: Harvard Law Review. Volumen 125, N°5. Marzo 2012, pp.1131-1211; Marisam, Jason. Interagency administration. [En Línea] Z<<http://ssrn.com/abstract=2137151>> [consulta 15 de septiembre de 2015]; Tirole, Jean. "The internal organization of government". Oxford economic papers (1994): 1-29.; Williamson, Oliver E. "Hierarchical control and optimum firm size". The Journal of Political Economy (1967): 123-138.

⁴⁵⁶ "Los mecanismos de coordinación reducen los costos de transacción y agencia envueltos, maximizan la eficiencia de la regulación económica e incrementan el valor de la coexistencia de reguladores económicos y autoridades antimonopolios". NEHME, Nicole. 2007. Mercados Regulados y Libre Competencia, IV Día de la Competencia, Fiscalía Nacional Económica, 2007.pp. 61-81, p. 78.

⁴⁵⁷ Ver Freeman, J. y Rossi, J. Agency coordination in shared regulatory space. En: Harvard Law Review. Volumen 125, N°5. Marzo 2012, p-1131-1211.

coordinación entre los OAE y las autoridades de libre competencia es parte importante de lo que se conoce como *competition advocacy*⁴⁵⁸. Existen diversos estudios y trabajos principalmente realizados por organismos internacionales⁴⁵⁹ que buscan recoger las mejores prácticas de promoción de la competencia en el mundo y que han generado propuestas concretas de instrumentos normativos para que los Estados puedan implementarlas en sus derechos internos. Sin embargo, las propias organizaciones internacionales reconocen que no existen fórmulas perfectas ni remedios que puedan aplicarse sin más a las realidades de cada país⁴⁶⁰.

Si se analizan los mecanismos de coordinación entre agencias en general, y los instrumentos de *competition advocacy* en particular, queda en evidencia que muchos de ellos han sido incorporados en nuestro país. En concreto, el conocimiento por parte del TDLC de asuntos no contenciosos puede considerarse una manifestación de ello, pues: (i) la potestad consultiva permite que los OAE puedan acudir al Tribunal para tener la certeza respecto a si

⁴⁵⁸ Si bien la *competition advocacy* es un concepto más amplio que no sólo se relaciona con las labores de coordinación con los OAE, sino que también intenta hacer más familiares los beneficios de la competencia para todos los agentes económicos, el sistema judicial y la sociedad en su conjunto, para efectos de este trabajo sólo tienen relevancia las actividades de promoción que se realizan para mejorar la coordinación y colaboración con los OAE.

⁴⁵⁹ Los principales esfuerzos han sido realizados por la OCDE, ICN, Sofia Competition Forum y la OFT.

⁴⁶⁰ “Estas autoridades en Libre Competencia difieren en casi todos los aspectos fundamentales, como su configuración institucional, su régimen de competencia, su estructura organizacional, el grado de autonomía para tomar decisiones, etc. Lo anterior hace que sea difícil compararlas y prácticamente no existe una solución universal para todos los problemas que enfrentan” (traducción libre). ADVOCACY WORKING GROUP. 2002. *Advocacy and Competition Policy*. En: International Competition Network’s Conference. Nápoles, Italia [pdf] p.5 <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf>> [consulta: 20 noviembre 2014]

determinado hecho, acto o contrato que estén ejecutando o que pretendan llevar a efecto, es concordante o no con la normativa de libre competencia; (ii) la potestad para dictar ICG permite la dictación de preceptos que regulan el actuar de los agentes en el mercado para así introducir elementos pro competitivos, sin perjuicio de que se pueda cuestionar que las instrucciones dictadas por el Tribunal puedan afectar a este tipo de entidades; (iii) la potestad propositiva con la que cuenta el TDLC es uno de los más importantes mecanismos de promoción de competencia, pues con ella se permite que una autoridad de libre competencia se involucre aunque sea de manera no vinculante, en la generación y modificación de normas que puedan afectar el desenvolvimiento competitivo de los mercados; y, finalmente, (iv) la potestad informativa actúa en algunos mercados como una consulta obligatoria y vinculante que se debe realizar al Tribunal para determinar las condiciones competitivas de mercados regulados, por lo que necesariamente genera un vínculo con las autoridades sectoriales. Por su parte, la FNE en su quehacer tiene importantes mecanismos para promover la competencia, entre ellos, las guías que desarrolla respecto de ciertas materias de interés general, las charlas y talleres de capacitación para agentes económicos, OAE e incluso Universidades, los estudios realizados internamente o encargados a terceros para el análisis particular de algunos mercados seleccionados, los convenios de colaboración con diversas instituciones y las recomendaciones realizadas en sus informes y resoluciones de archivo.

En relación a lo anterior, no se puede dejar de resaltar el gran trabajo desarrollado por la FNE durante los últimos años al tratar de promover la libre competencia -de manera especial y prioritaria- entre los OAE, como lo ha declarado públicamente el Fiscal Nacional Económico, como se indicó *supra*. El esfuerzo en cumplir dicho cometido queda en evidencia con las dos guías dirigidas al sector público, la celebración de varios convenios de colaboración, y las numerosas capacitaciones a funcionario a través de charlas y talleres.

Con todo, siguen existiendo ciertos elementos que pueden ser mejorados para obtener resultados más satisfactorios tanto desde el punto de vista de propender a mercados más competitivos, como con miras a generar una política pública más eficiente y efectiva. En esa lógica, el primer gran vacío que existe consiste en que los mecanismos de coordinación entre la FNE⁴⁶¹ y los OAE son producto de la buena voluntad de los órganos o, a lo sumo, de la celebración de convenios de colaboración que no tienen el carácter de vinculantes para quienes los suscriben. Por lo mismo, urge la creación de mecanismos de coordinación institucionales, formales y transparentes que permitan la comunicación expedita entre las instituciones en cuestión. Un asunto de esta relevancia no puede quedar en manos de las buenas intenciones del jefe de servicio que se encuentre a cargo en un determinado momento, sino que

⁴⁶¹ Las recomendaciones que se entregan se centran en la promoción y coordinación que se puede dar entre la FNE y los OAE, y no tanto en la interacción con el TDLC. Esto se debe a que si bien el TDLC ejerce potestades administrativas, su principal rol es el jurisdiccional y, eventualmente, le tocará seguir conociendo de casos contenciosos seguidos en contra de algunos OAE.

debería ser una decisión consciente y pensada, que genere relaciones sustentables en el tiempo.

Los mecanismos de coordinación deben ser múltiples según sea la necesidad concreta que se pretende satisfacer, pero algunas de las propuestas pueden ser las siguientes:

(i) Sería deseable que se regularan los intercambios de información que deben existir entre los OAE y la FNE. Así, no basta con las facultades genéricas con que las cuenta la FNE para requerir información⁴⁶², sino que deberían elaborarse documentos permanentes que: (a) regulen la información que resulta relevante para la FNE, para que así los OAE puedan detectarla y enviarla constantemente⁴⁶³; (b) determinen a los funcionarios encargados tanto en el organismo que envía la información como en el que la recibe para así generar responsables en seguir el flujo de la información en ambas instituciones; y, (c) establezcan el procedimiento de envío de la información, señalando el medio a través del cual se hará llegar y, eventualmente, los plazos para cumplir con el envío y la confirmación de recepción.

⁴⁶² Artículo 39 letras f), g), k) y m) del DL N°211.

⁴⁶³ Esto se contempla en la regulación de Reino Unido, en que como se indicó supra, existe un listado de materias que contienen la información que obligatoriamente se debe compartir entre los organismos. Esto es, sin perjuicio de la información particular que pueda necesitar la autoridad de libre competencia para alguna investigación determinada.

(ii) Sería positivo que la generalidad de los jefes de servicio implementasen la obligación de que al interior de los OAE que ellos dirigen, se utilice la Guía de Sector Público y libre competencia elaborada por la FNE, para realizar un examen de impacto de los efectos anticompetitivos que pueden generar la dictación de normas o la adopción de decisiones de política pública, en los mercados por ellos regulados. Precisamente, el examen de impacto elaborado por la FNE sirve para que los funcionarios públicos puedan discriminar aquellas regulaciones que generan efectos significativos en los mercados -y que por lo tanto requieren un análisis más exhaustivo respecto de su diseño y la probable evaluación de medidas alternativas-, de aquellas regulaciones que no generan mayores preocupaciones en términos de libre competencia.

(iii) En relación a los dos puntos anteriores, también se deberían determinar mecanismos claros y expeditos para que los OAE puedan comunicarse con funcionarios de la FNE si les surgen dudas sobre el diseño de bases de licitación. Como se observó en el capítulo anterior, el diseño de bases de licitación ha sido reiteradamente cuestionado por el TDLC, por lo que es una materia en la que los OAE debieran tomar precauciones. Recurrir al TDLC para consultar si determinadas bases de licitación se

avienen o no con el DL N°211 sería muy costoso en términos de recursos y de tiempo. Mismo problema se generaría si se exigiera que todas las bases de licitación deban ser revisadas por la FNE, pues es claro que los recursos de dicho organismo no alcanzarían para esa tarea. Por lo mismo, lo más razonable parece ser la creación de canales de comunicación expeditos que permitan que los OAE puedan consultar a la FNE dudas puntuales que les surjan en la elaboración de las bases o en el proceso licitatorio en su conjunto. Quizás, la carga de trabajo en un principio también sea alta para la FNE en este escenario, pero con el tiempo y una vez que los OAE estén interiorizados con las cláusulas deseables e indeseables, las consultas deberían comenzar a disminuir.

(iv) A diferencia del punto anterior, en aquellos casos en que los OAE deseen adoptar alguna política pública en la que exista una importante afectación de las variables competitivas, sería deseable que existiera un mecanismo de consultas regulatorias en que el OAE solicite a la FNE su opinión técnica. El OAE tendría que justificar con criterios mínimos, en aquellos casos en que no acoja las observaciones realizadas por la FNE⁴⁶⁴.

⁴⁶⁴ Un esquema similar es el propuesto por Engel y Pardow para el diálogo institucional entre el SERNAC y los reguladores sectoriales. Al respecto sostienen que “Cuando un organismo está obligado a fundar su decisión, haciéndose cargo detalladamente de los antecedentes recibidos durante el proceso de consulta, su posición tiende a moderarse, facilitándose así las soluciones de consenso (...), la ley debiera exigir que los distintos intervinientes realicen un examen de impacto, siguiendo el método estandarizado que ha desarrollado la OCDE para explicitar las

(v) Incluso en casos sectoriales de mayor complejidad en que se requiera un análisis de libre competencia profundo, o a la inversa, en casos de libre competencia que necesiten un conocimiento acabado de aspectos complejos de cierta industria, podría incluso pensarse en adoptar el sistema existente en Reino Unido, en que la autoridad competente que está conociendo del asunto puede nombrar a un funcionario dependiente de otra autoridad para que le colabore en el caso determinado, siempre que cuente con la autorización de la autoridad competente de la que dicho funcionario depende.

(vi) Una alternativa adicional sería la creación de comités de coordinación⁴⁶⁵, liderados por la FNE y a los que asistan representantes de aquellos OAE con los que más típicamente se puedan generar áreas comunes de trabajo, de manera de compartir qué materias han estado desarrollando, en qué planean seguir trabajando, qué riesgos han detectado y qué buenas experiencias han logrado con alguna política adoptada. Con esto se podrían lograr dos objetivos: primero, permitiría evitar duplicidades y aprovechar el levantamiento de información ya

distintas alternativas regulatorias y justificar la decisión adoptada". ENGEL, E. y PARDOW, D. 2015. Aclarando las reglas del juego: propuestas para mejorar la coordinación entre el SERNAC y los reguladores sectoriales. Espacio Público Informe de Políticas Públicas (06/2015), p.16.

⁴⁶⁵ Podría tratarse de un gran comité con varios integrantes de los principales sectores regulados, o de reuniones bilaterales de la FNE con representantes de cada OAE.

realizado; y, segundo, abriría las puertas para el desarrollo conjunto de investigaciones y actividades compartidas, al permitir evidenciar la confluencia de áreas de interés⁴⁶⁶. Incluso podrían ser los mismos representantes que asisten a los comités los que estén encargados de facilitar los traspasos de información y de gestionar las consultas tratadas en los puntos anteriores.

En segundo lugar, con miras a mejorar las herramientas de promoción de la competencia, sería deseable que se dotara expresamente a la FNE de la facultad para realizar estudios de mercado. Estos consisten en proyectos de investigación orientados a la comprensión cabal de cómo los sectores, mercados o las prácticas de los agentes están funcionando, y nacen de las preocupaciones que tienen las autoridades de libre competencia por la existencia de efectos anticompetitivos que no se derivan de comportamientos ilícitos, sino que de fallas estructurales de mercado o regulatorias⁴⁶⁷. Como se observó, la FNE ha realizado algunos estudios ya sea de manera interna, o a través de encargos a terceros expertos, pues ha considerado que se encuentra habilitada por el artículo 1 del DL N°211, en tanto está llamada a promover la

⁴⁶⁶ Las reuniones deberían realizarse en la medida que fuese necesario, pero parece razonable establecer una reunión semestral con miras a evaluar el trabajo realizado los últimos 6 meses y proyectar las labores y metas de los siguientes 6 meses.

⁴⁶⁷ Según la OCDE las preocupaciones centrales son: "(i) el comportamiento de los agentes económicos, la estructura del mercado; (iii) la falta de información; (iv) la conducta de los consumidores; (v) la intervención del sector público en los mercados; y (vi) otros factores que pueden dar lugar a perjuicios para los consumidores". OCDE. 2015. Competencia y estudios de mercado en América Latina. Los casos de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú [pdf], p.14 <<http://www.oecd.org/daf/competition/competencia-y-estudios-de-mercado-en-america-latina%202015.pdf>> [consulta: 26 septiembre 2015]

libre competencia en los mercados. Sin embargo, la OCDE ha recomendado que se le otorgue esta facultad a la FNE de manera expresa. En este sentido, en el actual proyecto de ley que reforma el DL N°211 referido anteriormente, existe una propuesta que apunta en esta dirección.

De otorgársele esta facultad, la FNE debería determinar los criterios para priorizar en la selección de aquellos mercados que sean mirados como problemáticos⁴⁶⁸, y, para dicha tarea, también podría apoyarse en las recomendaciones que los órganos sectoriales pudieran hacer en las reuniones del comité de coordinación. Además, no bastaría con simplemente dotar a la FNE de dicha facultad, sino que también se requeriría que dicho organismo pudiera obligar a los actores del sector privado y público a que le entregaren la información que requeriría para llevar a cabo sus estudios de mercado⁴⁶⁹, e idealmente, establecer sanciones en caso de que no se cumpliera con la obligación. Por su parte, la FNE debería garantizar que los antecedentes que recibiera para realizar sus estudios tendrían el mismo tratamiento que si fuesen utilizados en alguna de sus investigaciones, con el debido cuidado, en caso de tratarse de información sensible.

⁴⁶⁸ La FNE ha señalado que los criterios que ha utilizado para seleccionar los mercados a estudiar son básicamente: la importancia del mercado, barreras de entrada, grado de concentración del mercado o propensión a la concentración, y el impacto en los consumidores. OCDE. 2015. Competencia y estudios de mercado en América Latina. Los casos de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú [pdf], p.21 <<http://www.oecd.org/daf/competition/competencia-y-estudios-de-mercado-en-america-latina%202015.pdf>> [consulta: 26 septiembre 2015]

⁴⁶⁹ En la actualidad la FNE podría solicitar información a organismos públicos para realizar sus estudios de mercado, pero conforme al artículo 35 letra h) del DL N°211, no puede requerir información a particulares fuera del contexto de una investigación.

Como los estudios generan una comprensión profunda de los mercados y de sus fallas, así como de aquellas regulaciones que generan efectos poco deseables desde la perspectiva de la libre competencia, una consecuencia lógica de nuestra propuesta sería que, además de dotarse a la FNE con la facultad de llevar a cabo dichos estudios, pudiera ésta también realizar propuestas de modificaciones normativas⁴⁷⁰. Esta idea también está contenida en el proyecto de ley que reforma el DL N°211 y es altamente recomendada por organismos internacionales como la OCDE⁴⁷¹ e ICN⁴⁷². En concreto, lo deseable sería que la potestad propositoria con la que cuenta el TDLC contenida en el artículo 18 N°4 del DL N°211, se haga extensiva a la FNE, de modo que las dos autoridades de libre competencia de nuestro país, puedan proponer la modificación o derogación de las disposiciones legales y reglamentarias que consideren anticompetitivas, así como la dictación de normas que fomenten la competencia o regulen determinadas actividades económicas que presenten ciertas fallas de mercado o regulatorias, para así armonizar las normas sectoriales con los principios de libre competencia.

Respecto a lo anterior, se deben realizar algunas precisiones:

⁴⁷⁰ En la actualidad la FNE sólo puede instar al TDLC para que inicie un procedimiento de recomendación normativa, pero queda a discreción del Tribunal la decisión de si abrir o no el expediente y si en definitiva, considera o no apropiado realizar propuestas normativas.

⁴⁷¹ OCDE. 2015. Competencia y estudios de mercado en América Latina. Los casos de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú [pdf] <<http://www.oecd.org/daf/competition/competencia-y-estudios-de-mercado-en-america-latina%202015.pdf>> [consulta: 26 septiembre 2015]

⁴⁷² ADVOCACY WORKING GROUP. 2002. Advocacy and Competition Policy. En: International Competition Network's Conference. Nápoles, Italia [pdf] <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf>> [consulta: 20 noviembre 2014]

(i) El DL N°211 debería regular el procedimiento a seguir por el TDLC para el ejercicio de esta potestad. Si bien en el último tiempo se ha comenzado a implementar un procedimiento *ad hoc* por el Tribunal, es esperable que, para evitar las dudas que se generaron en el pasado y zanjar el asunto, se cuente con reglas claras que deban respetarse por el TDLC y los intervinientes.

(ii) En cuanto al ejercicio de esta potestad por la FNE, como las recomendaciones se derivarían de los estudios de mercado que ésta realizaría, sería complejo establecer etapas y plazos tan rígidos. Sin embargo, como las recomendaciones que ésta haga pueden tener fuertes repercusiones en diversos actores, sería deseable que en el diseño de las recomendaciones que realice, pueda involucrar a los interesados, ya sea durante el periodo mismo de elaboración del estudio o, publicando el estudio con sus recomendaciones por un determinado plazo para recibir observaciones de terceros, previo a enviar sus recomendaciones a la autoridad, tal como lo ha hecho en el pasado con sus guías y estudios.

(iii) Un aspecto de suma relevancia consistiría en el seguimiento de las recomendaciones que se realicen por el TDLC y la FNE. Si bien es completamente comprensible –e incluso deseable- que las propuestas realizadas no sean vinculantes para

el Poder Ejecutivo, sí sería importante obligar al Presidente -a través del ministerio respectivo-, a señalar dentro de un plazo prudente, si es que acogería o no las recomendaciones que se realizaron y, en caso de negativa, las razones que la sustentarían. Sólo así se podría evaluar la utilidad de las propuestas realizadas y se impondría la carga argumentativa del rechazo de las medidas, en el Gobierno^{473,474}. De hecho, a partir de un estudio publicado por ICN, se deja en evidencia que la participación en los procesos legislativos y regulatorios son vistos por las autoridades de libre competencia en el mundo, como el componente más importante de promoción de la competencia⁴⁷⁵.

(iv) Sería deseable que tanto las propuestas del TDLC como las de la FNE pudieran ser enviadas no sólo al Presidente de la República a través del ministro respectivo, sino que también a las

⁴⁷³ La OCDE ha indicado que “Para asegurar que las recomendaciones sean consideradas y se actúe de manera oportuna, los gobiernos deberían comprometerse a responder a las recomendaciones dirigidas a ellos como resultado de un estudio de mercado, dentro de un período máximo de seis meses. Bajo tal compromiso, los gobiernos podrían obligarse a responder públicamente a cualquier recomendación dirigida a ellos como resultado de un estudio, señalando sí y cuándo pretende adoptar la recomendación y, de no ser así, ofrecer una explicación clara de las razones que lo han llevado a rechazarla”. OCDE. 2015. Competencia y estudios de mercado en América Latina. Los casos de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú [pdf], p.154 <<http://www.oecd.org/daf/competition/competencia-y-estudios-de-mercado-en-america-latina%202015.pdf>> [consulta: 26 septiembre 2015]

⁴⁷⁴ Como se indicó supra, misma opinión ha manifestado Nehme.

⁴⁷⁵ ADVOCACY WORKING GROUP. 2002. Advocacy and Competition Policy. En: International Competition Network’s Conference. Nápoles, Italia [pdf] <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf>> [consulta: 20 noviembre 2014]

Comisiones del Senado⁴⁷⁶ y la Cámara de Diputados⁴⁷⁷ que se refieran a la materia en cuestión. Si bien es razonable el contenido de la actual norma -atendiendo a que la iniciativa de los proyectos de ley recaerá principalmente en el Presidente de la República- no se vislumbra justificación alguna por la que la misma recomendación que se envía a éste no pueda ser puesta también en conocimiento de los parlamentarios⁴⁷⁸. Así estos estarían al tanto de los argumentos jurídico-económicos de las autoridades de libre competencia y también podrían atender a las justificaciones dadas por el Ejecutivo para rechazar las recomendaciones o incentivar para que éstas se concreten.

Finalmente, resulta evidente que todas estas mejoras requieren aumentar los recursos materiales y humanos de la institucionalidad de libre competencia, lo que en el corto plazo aumentaría los gastos fiscales tanto de la FNE como de los OAE involucrados. Sin embargo, cuando las ventajas de la coordinación comiencen a dar frutos, el beneficio social podría ser mayor que tales costos, pues con ella se salvarían las duplicidades, se aprovecharían las economías de escala, se evitarían decisiones contradictorias y se permitiría dar una visión integrada que probablemente aumentaría la calidad y

⁴⁷⁶ Para más información respecto a las comisiones permanentes del Senado, ver: <http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=comisiones&ac=listado>

⁴⁷⁷ Para más información respecto a las comisiones permanentes de la Cámara de Diputados, ver: https://www.camara.cl/trabajamos/comisiones_tipo.aspx?prmT=P

⁴⁷⁸ Como se indicó supra, Jungmann y Peña creen conveniente que la potestad propositoria pudiese ser ejercida ante el poder Legislativo, para así tener una instancia de control normativo con carácter ex ante y, tal vez, de mayor efectividad.

fundamentación de las políticas adoptadas⁴⁷⁹. En este mismo sentido, Nehme afirma que:

“La experiencia comparada ya ha mostrado desde hace un tiempo que los beneficios asociados a crear una verdadera cultura de la competencia en los órganos reguladores de la administración del Estado, que garantice el diseño y adopción de decisiones pro-competitivas –o que al menos minimicen el impacto en la estructura competitiva del mercado que regulan–, superan con creces los beneficios asociados a la judicialización contenciosa de las decisiones regulatorias”⁴⁸⁰.

Por lo demás, no es necesario que se realicen todas las modificaciones propuestas de manera conjunta, sino que puede evaluarse la implementación de aquellas que resulten primordiales y que impliquen una menor carga para las instituciones. En ese sentido, si tuviese que elegirse un mecanismo, parece ser que el más urgente consiste en la creación de canales institucionales y fluidos de contacto entre los OAE y la FNE para, a partir de ahí, seguir adelante con las demás medidas que requieren de mayores recursos y modificaciones legales.

⁴⁷⁹ Como señalan Freeman y Rossi, la coordinación de los organismos públicos a través de los mecanismos indicados generan impactos en costos tanto para el Estado como para los particulares al disminuir los costos de transacción, y asimismo, produce efectos en la experiencia y calidad de la decisión, disminuye los riesgos de captura y arbitraje regulatorio y aumenta los niveles de transparencia. Freeman y Rossi han denominado “espacio regulatorio compartido”. Ver Freeman, J. y Rossi, J. Agency coordination in shared regulatory space. En: Harvard Law Review. Volumen 125, N°5. Marzo 2012, p-1182-1184.

⁴⁸⁰ NEHME, N. 2011. 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. La libre competencia en el Chile del bicentenario Chile. Santiago. Chile. Thomson Reuters PuntoLex. pp. 317-373, p. 360.

CONCLUSIONES

Si bien existe antigua y abundante jurisprudencia que confirma que en nuestro país se ha optado por aplicar la normativa de libre competencia a los OAE –tanto en su faceta de demandante de bienes o servicios, como en su calidad de autoridad-, el TDLC y la Corte Suprema reconocen que la sujeción no puede exigirse en los mismos términos que se da respecto de los particulares. De ahí que el desafío está en determinar el alcance que pueden tener las decisiones adoptadas en sede de libre competencia respecto de los actos de la autoridad.

En la mayoría de los casos, no deberían darse colisiones entre los principios contenidos en el DL N°211 y las normativas sectoriales que rigen la actuación de los OAE. Sin embargo, si es que la confrontación se da, deviene en fundamental la distinción entre potestades regladas y discrecionales. Así, en cuanto a las potestades regladas con rango legal no existe duda de que priman por sobre la normativa de libre competencia en atención al principio de especialidad y así lo confirman las sentencias de los casos JAC, 3G y Sonda. En cambio, si se trata de potestades regladas de carácter *infralegal* o discrecionales, el TDLC tiene competencia para controlar su ejercicio. No obstante, incluso en esos casos, el límite del control parece difuso, pues si bien lo deseable sería que los OAE ejercieran sus potestades de la manera más pro competitiva posible, no puede pretenderse la perfección en el diseño de

políticas públicas ni permitirse que el TDLC reemplace al OAE en el cumplimiento de los fines sectoriales que el legislador le ha asignado para la satisfacción de las diversas necesidad públicas.

Por otra parte, no resulta obvia la categorización de potestades normativas en regladas y discrecionales, lo que ha quedado demostrado por las desavenencias entre los análisis del TDLC y la Corte Suprema en la materia. Frente a este problema el ordenamiento jurídico nos otorga dos garantías: (i) la necesaria justificación de la calificación jurídica realizada por el TDLC; y, (ii) el control ejercido por la Corte Suprema al conocer del recurso de reclamación.

Por otra parte, se debe buscar el equilibrio entre la protección del bien jurídico que el DL N°211 está llamado a tutelar, y la defensa de la confianza legítima de los particulares en que el Estado a través de sus órganos actúa de manera consistente y lícita. De ahí que si bien la acción estatal no se ha aceptado como justificación absoluta para eximir de toda responsabilidad a los privados involucrados en una conducta anticompetitiva, sí se ha considerado como una atenuante.

Ahora bien, en términos generales, el Derecho de la Competencia debe procurar desarrollar de la mejor manera posible tanto las herramientas colaborativas y preventivas como los remedios represivos y la aplicación de sanciones. En ambos contextos se dan las interacciones con los OAE.

Si bien el TDLC puede llegar a conocer de acciones dirigidas contra OAE, el procedimiento está configurado para perseguir principalmente a particulares.

Por lo mismo, en la práctica se generan vacíos que se han tenido que llenar jurisprudencialmente. Con todo, el TDLC ha ejercido su potestad contenciosa ampliamente, pues ha decretado medidas cautelares, ha aprobado conciliaciones entre particulares y OAE y entre la FNE y OAE, e incluso ha dictado sentencias condenatorias contra OAE. En relación a esto último, el Tribunal ha exigido la modificación de ciertos actos calificados como lesivos de la libre competencia, pero en general, ha optado por otro tipo de medidas, que se acercan más a la lógica de la recomendación o advertencia respecto a las decisiones que adopten a futuro. En menos casos aún, ha condenado a OAE a pagar una multa en beneficio fiscal. En lo que sí ha sido particularmente activo el TDLC -en ejercicio de sus facultades contenciosas y no contenciosas-, es en la revisión de bases de licitación.

Un aspecto que no puede pasar inadvertido es que la facultad de imperio del TDLC en estos casos se encuentra restringida y el ordenamiento jurídico carece de un procedimiento claro de ejecución. En ese sentido, respecto a las sentencias que obliguen a prestaciones de dar, sería deseable que se integrase el vacío normativo existente, por ejemplo, con una remisión al juicio de hacienda. En cuanto a las obligaciones que consistan en un hacer o no hacer es más complejo y parece ser que la salida más plausible sería que el TDLC, en aquellos casos concretos en que considere evidente que el actuar o no actuar de un organismo público está en contradicción con la normativa de libre competencia, ejerza su potestad propositoria. Pese a que las sentencias

condenatorias en contra del Estado en sede de libre competencia podrían llegar a ser inejecutables, no deja de ser relevante que de todos modos cumplen con la función de señalar y servir de advertencia o recomendación para los órganos públicos.

Un aspecto que merece ser resaltado luego del análisis es que, a pesar de que la Corte Suprema no ha puesto en duda que las ICG rigen también a los OAE, existen buenos argumentos para sostener lo contrario.

Por otra parte, pese a los esfuerzos del TDLC, el efecto de las propuestas de modificación normativa hasta el momento ha sido limitado. No así, la influencia de los informes que emite el Tribunal respecto del nivel de competencia que existe en determinados mercados, los que por ley son vinculantes y que han tenido una buena recepción por las autoridades sectoriales.

La FNE también tiene un lugar importante en la institucionalidad de libre competencia, no sólo por su activo rol como requirente en procedimientos contenciosos relativos a OAE, sino que sobre todo por sus grandes esfuerzos en promover la libre competencia entre los OAE.

A la luz de todo el desarrollo jurisprudencial y práctico, se puede afirmar que el primer paso para avanzar de mejor manera en el desarrollo de la relación entre los OAE y las autoridades de libre competencia, tendría que ir en la línea de determinar las competencias y misiones de cada uno, e implementar mecanismos para resolver las superposiciones de atribuciones. En relación a esto último, si bien muchos de los instrumentos de *competition advocacy* que

existen y se recomiendan por las organizaciones internacionales ya han sido incorporados en nuestro país, aún quedan mejoras por hacer. Primero, se requiere la creación de mecanismos de coordinación institucionales, formales y transparentes que permitan la comunicación expedita entre las instituciones en cuestión. Lo anterior se puede lograr a través de: (i) regular los intercambios de información entre la FNE y los OAE; (ii) disponer que los OAE utilicen el examen de impacto contenido en la Guía de Sector Público y libre competencia elaborada por la FNE; (iii) establecer mecanismos claros y expeditos para que los OAE puedan comunicarse con funcionarios de la FNE si les surgen dudas con el diseño de bases de licitación; (iv) promover la existencia de consultas regulatorias; (v) permitir la colaboración de funcionarios de OAE distintos en casos complejos; y/o (vi) crear comités de coordinación.

Segundo, sería deseable que se dotara expresamente a la FNE de la facultad para realizar estudios de mercado y propuestas de modificaciones normativas, permitiendo así que tanto el Tribunal como la FNE cuenten con esa atribución. Para ello sería necesario: (i) regular el procedimiento a seguir por el TDLC para el ejercicio de esta potestad; (ii) obligar al Presidente -a través del ministerio respectivo-, a señalar dentro de un plazo prudente, si es que acogerá o no las recomendaciones que se le realizaron y, en caso de negativa, las razones que la sustentan; y, (iii) que la misma recomendación que se envía al poder Ejecutivo pueda ser puesta también en conocimiento de los parlamentarios.

En último término, y pese a que las mejoras pueden realizarse de manera gradual, es fundamental para implementar las medidas anteriores, que se aumenten los recursos materiales y humanos con los que cuentan la FNE y los OAE para estos fines. Este gasto traerá con probabilidad un beneficio social mayor a largo plazo, pues permitirá que el Estado se comporte armónicamente, que se aprovechen sinergias y se generen decisiones de política pública más competitivas y de mejor calidad.

BIBLIOGRAFÍA

1. ADVOCACY WORKING GROUP. 2002. Advocacy and Competition Policy. En: International Competition Network's Conference. Nápoles, Italia [pdf] <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf>> [consulta: 20 noviembre 2014]
2. AGÜERO, F. 2004. Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia. Boletín Latinoamericano de Competencia (19)
3. AGÜERO, F. y TORO, L. 2010. Límites a la potestad inspectora de la administración: el caso de la Fiscalía Nacional Económica. Revista de Derecho Económico (75): 15-59
4. ALVARADO, A. y SPOLMANN, S. 2009. Análisis de competencia del sector de la construcción chileno y sus procesos de licitaciones públicas de contratos de obras: Estructura, Agentes y Prácticas. Informe Final [pdf] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/estu_0001_2009.pdf> [consulta: 16 noviembre 2014]
5. ARAYA, F. e IRARRÁZABAL, F. 2011. Notas sobre la colusión entre oferentes en licitaciones, con énfasis en la experiencia internacional. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La libre competencia en el Chile del bicentenario Chile. Santiago. Chile. Thomson Reuters PuntoLex. pp.163-219
6. ARIÑO, G. 2001. Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Granada, Editorial Comares
7. BARROS, P. y HOERNING, S. 2004. Sectoral Regulators and the Competition Authority: Which Relationship is best? [pdf] <http://www.bportugal.pt/pt-PT/EstudosEconomicos/Conferencias/Documents/2004DesenvEcon/11_BarrosHoernig.pdf> [consulta: 16 junio 2014]
8. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2003. Historia de la ley N°19.911. Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [pdf] <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/1022_1.3/2472/1/HL19911.pdf> [consulta: 30 noviembre 2014]
9. CALVO, L. y CARRASCOSA, J. 2001. Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea. Madrid, Editorial Colex

10. CASES, L. 2009. Regulación y Competencia. Límites y conexiones. En: MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. Derecho de la Regulación Económica I. Fundamentos e Instituciones de la regulación. España. Iustel, 425-462
11. CEA, J. 1988a. Tratado de la Constitución de 1980. Santiago, Editorial Jurídica de Chile
12. CEA, J. 1998b. Los principios de reserva legal y complementaria en la constitución chilena. Revista de Derecho IX(dic)
13. CENTRO DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA. 2011. Informe en Derecho. Alcance y límites de la potestad normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile [pdf] <<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/09-08-11%20INFORME%20EN%20DERECHO%20DE%20FRANCISCO%20AGUER%20VARGAS%20VTR%20BANDA%20ANCHA%20CHILE%20.SA.pdf>> [consulta: 20 junio 2014]
14. CHILE. Cámara de Diputados. 2004. Proyecto de ley: Modifica el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, que Fija normas para la defensa de la libre competencia. Boletín N°9950-03. [en línea] <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10362&prmBoletin=9950-03> [consulta: 27 septiembre 2015]
15. CHILE. Comisión Resolutiva. 1977. Resolución N°37/1977, 9 de noviembre
16. CHILE. Comisión Resolutiva. 1979. Resolución N°59/1979, 25 de abril
17. CHILE. Comisión Resolutiva. 1981a. Resolución N°104/1981, 7 de septiembre
18. CHILE. Comisión Resolutiva. 1981b. Resolución N°112/1981, 24 de noviembre
19. CHILE. Comisión Resolutiva. 1983. Resolución N°142/1983, 23 de marzo
20. CHILE. Comisión Resolutiva. 1984. Resolución N°183/1984, 6 de diciembre

- 21.** CHILE. Comisión Resolutiva. 1986. Resolución N°239/1986, 26 de agosto
- 22.** CHILE. Comisión Resolutiva. 1987a. Resolución N°254/1987, 14 de abril
- 23.** CHILE. Comisión Resolutiva. 1987b. Resolución N°263/1987, 27 de octubre
- 24.** CHILE. Comisión Resolutiva. 1989a. Resolución N°306/1989, 17 de octubre
- 25.** CHILE. Comisión Resolutiva. 1989b. Resolución N°313/1989, 4 de mayo
- 26.** CHILE. Comisión Resolutiva. 1993. Resolución N°389/1993, 16 de abril
- 27.** CHILE. Comisión Resolutiva. 1995. Resolución N°445/1995, 10 de agosto
- 28.** CHILE. Comisión Resolutiva. 1997a. Resolución N°488/1997, 11 de junio
- 29.** CHILE. Comisión Resolutiva. 1997b. Resolución N°496/1997, 28 de octubre
- 30.** CHILE. Comisión Resolutiva. 1998a. Resolución N°513/1998, 8 de abril
- 31.** CHILE. Comisión Resolutiva. 1998b. Resolución N°515/1998, 22 de abril
- 32.** CHILE. Comisión Resolutiva. 1998c. Resolución N°527/1998, 26 de agosto
- 33.** CHILE. Comisión Resolutiva. 1999. Resolución N°555/1999, 15 de diciembre
- 34.** CHILE. Comisión Resolutiva. 2000a. Resolución N°556/2000, 4 de enero
- 35.** CHILE. Comisión Resolutiva. 2000b. Resolución N°588/2000, 20 de diciembre
- 36.** CHILE. Comisión Resolutiva. 2001a. Resolución N°592/2001, 21 de marzo
- 37.** CHILE. Comisión Resolutiva. 2001b. Resolución N°596/2001, 25 de abril
- 38.** CHILE. Comisión Resolutiva. 2001c. Resolución N°611/2001, 11 de julio

- 39.** CHILE. Comisión Resolutiva. 2001d. Resolución N°620/2001, 22 de agosto
- 40.** CHILE. Comisión Resolutiva. 2001e. Resolución N°634/2001, 5 de diciembre
- 41.** CHILE. Comisión Resolutiva. 2002a. Resolución N°647/2002, 16 de abril
- 42.** CHILE. Comisión Resolutiva. 2002b. Resolución N°650/2002, 17 de mayo
- 43.** CHILE. Comisión Resolutiva. 2002c. Resolución N°660/2002, 4 de septiembre
- 44.** CHILE. Comisión Resolutiva. 2002d. Resolución N°666/2002, 23 de octubre
- 45.** CHILE. Comisión Resolutiva. 2002e. Resolución N°667/2002, 30 de octubre
- 46.** CHILE. Comisión Resolutiva. 2003a. Resolución N°692/2002, 18 de junio
- 47.** CHILE. Comisión Resolutiva. 2003b. Resolución N°709/2003, 13 de octubre
- 48.** CHILE. Comisión Resolutiva. 2003c. Resolución 713/2003, 22 de octubre
- 49.** CHILE. Contraloría General de la República. 2009a. Dictamen N°11.079/2009, marzo 2009
- 50.** CHILE. Contraloría General de la República. 2009b. Dictamen N° 21.291/2009, abril 2009
- 51.** CHILE. Contraloría General de la República. 2009c. Dictamen N° 44.527/2009, agosto 2009
- 52.** CHILE. Corte Suprema. 2004. Causa Rol N°5107-2003, 31 de marzo
- 53.** CHILE. Corte Suprema. 2006a. Causa Rol N°383-2006, 29 de marzo
- 54.** CHILE. Corte Suprema. 2006b. Causa Rol N°6.359-2005, 18 mayo
- 55.** CHILE. Corte Suprema. 2009a. Causa Rol N°7796-2008, 27 de mayo

56. CHILE. Corte Suprema. 2009b. Causa Rol N° 1855-2009, 15 de junio
57. CHILE. Corte Suprema. 2011a. Causa Rol N°6100-2010, 28 de enero
58. CHILE. Corte Suprema. 2011b. Causa Rol 9265-2010, 15 de julio
59. CHILE. Corte Suprema. 2013a. Causa Rol N°4470-2012, 30 de enero
60. CHILE. Corte Suprema. 2013b. Causa Rol N° 269-2013, 11 de abril
61. CHILE. Corte Suprema. 2013c. Causa Rol N°2506-2013, 17 de diciembre
62. CHILE. Corte Suprema. 2014. Causa Rol N°13.972-2013, 6 de agosto
63. CHILE. Fiscalía Nacional Económica. 2011. Resolución de Archivo: Rol N°1913-11, 3 de octubre
64. CHILE. Fiscalía Nacional Económica. 2012. Sector público y libre competencia: evaluando sus actuaciones desde la perspectiva de la libre competencia [pdf] <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Guia-final-sector-publico.pdf>> [consulta: 20 junio 2014]
65. CHILE. Fiscalía Nacional Económica. 2013a. Informes de cierre y de admisibilidad FNE 2012. Vol. 1 y 2. Santiago, Fiscalía Nacional Económica.
66. CHILE. Fiscalía Nacional Económica. 2013b. Resolución de Archivo: Rol N°2172-13, 3 de julio
67. CHILE. Fiscalía Nacional Económica. 2013c. Resolución de Archivo: Rol N°2234-13, 17 de diciembre
68. CHILE. Fiscalía Nacional Económica, 2013. Criterios de la FNE para el cierre de las investigaciones. Por R. Bruna, Jefe División Investigaciones [prezi] <<https://prezi.com/wdgg75jpmb9p/criterios-de-la-fne-para-cierre-de-investigaciones/>> [consulta: 27 septiembre 2015]
69. CHILE. Fiscalía Nacional Económica. 2014a. Resolución de Archivo: Rol N°2265-13, 24 de abril
70. CHILE. Fiscalía Nacional Económica. 2014b. Estudio de licitaciones de compra de medicamentos en establecimientos públicos de salud [pdf] <<http://www.fne.gob.cl/wp->

[content/uploads/2014/11/Estudio_Licitaciones_compras_medicamentos.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Estudio_Licitaciones_compras_medicamentos.pdf)>
[consulta: 22 noviembre 2014]

71. CHILE. Fiscalía Nacional Económica. 2014c. Cuenta pública de la Fiscalía Nacional Económica Noviembre 2013-Noviembre 2014 [pdf] <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Cuenta-P%C3%BAblica-11-de-noviembre.pdf>> [consulta: 20 septiembre 2015]

72. CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2006. Decreto con Fuerza de Ley N°4: que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Minería de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, mayo 2006

73. CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2008. Decreto Supremo 341: Aprueba reglamento para la fijación de precios de los servicios no consistentes en suministros de energía, marzo 2008

74. CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2009. Decreto Supremo 197: Fija los precios de servicios no consistentes en suministros de energía, asociados a la distribución eléctrica, diciembre 2009

75. CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley 19.886: De bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, julio 2003

76. CHILE. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. 1979. Decreto Ley 2.564: Dicta normas sobre aviación comercial, modifica los decretos con fuerza de ley números 221, de 1931, y 241, de 1960 y deroga los preceptos que señala, junio 1979

77. CHILE. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. 1981. Decreto Supremo 102: Reglamenta licitación pública para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales, julio 1981

78. CHILE. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. 1986. Ley 18.575: Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, diciembre 1986

79. CHILE. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. 2006. Decreto con fuerza de Ley N°1: fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, mayo 2006

80. CHILE. Tribunal Constitucional. 2003. Causa Rol N° 391/2003, 7 de octubre

- 81.** CHILE. Tribunal Constitucional. 2010. Causa Rol N°1448-2009, 7 de septiembre
- 82.** CHILE. Tribunal Constitucional. 2014. Causa Rol N°2438-2013, 10 de abril
- 83.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2004a. Sentencia N°2/2004, 10 de junio
- 84.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2004b. Sentencia N°4/2004, 1 de julio
- 85.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2004c. Sentencia N° 11/2004, 3 de diciembre
- 86.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2005a. Sentencia N°14/2005, 5 de abril
- 87.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2005b. Resolución N°4/2005, 6 de abril
- 88.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2005c. Resolución N°7/2005, 30 de mayo
- 89.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2005d. Sentencia N°20/2005, 23 de junio
- 90.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2006a. Instrucción de Carácter General N°1/2006, 8 de junio
- 91.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2006b. Resolución N°13/2006, 26 de junio
- 92.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2006c. Resolución N°18/2006, 16 de noviembre
- 93.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2007. Sentencia N°61/2007, 27 de diciembre
- 94.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2008a. Resolución N°25/2008, 27 de marzo
- 95.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2008b. Sentencia N°67/2008, 17 de junio

- 96.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2008c. Resolución N°27/2008, 17 de julio
- 97.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2008d. Sentencia N°75/2008, 30 de septiembre
- 98.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2008e. Informe N°1/2008, 9 de octubre
- 99.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2008f. Sentencia N°77/2008, 4 de noviembre
- 100.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2009a. Sentencia N°81/2009, 16 de enero
- 101.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2009b. Informe N°2/2009, 30 de enero
- 102.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2009c. Sentencia N° 92/2009, 29 de diciembre
- 103.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2010a. Sentencia N°94/2010, 7 de enero
- 104.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2010b. Resolución de término procedimiento en causa Rol NC 379-10, 15 de junio
- 105.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2010c. Sentencia N°100/2010, 21 de julio
- 106.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2010d. Sentencia N°105/2010, 22 de octubre
- 107.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2011a. Proposición N°12/2011, 27 de enero
- 108.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2011b. Sentencia N°114/2011, 17 de noviembre
- 109.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2011c. Resolución de término en causa Rol C N°235-1, 11 de diciembre

- 110.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2012a. Sentencia N°118/2012, 9 de enero
- 111.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2012b. Sentencia N°121/2012, 10 de mayo
- 112.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2012c. Resolución N°42/2012, 12 de octubre
- 113.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2012d. Instrucción de Carácter General N°2/2012, 18 de diciembre
- 114.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2013a. Instrucción de Carácter General N°3/2013, 21 de marzo
- 115.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2013b. Sentencia N°132/2013, 25 de octubre
- 116.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2014a. Rol C N°270-13, 3 de abril
- 117.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2014b. Sentencia N°138/2014, 30 de julio
- 118.** CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2015. Proposición N°16/2015, 11 de junio
- 119.** CHILE. Superintendencia de Valores y Seguros. 2000. Oficio Circular N°4456, 17 de julio
- 120.** CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. 2015. Legal Information Institute. [en línea] <https://www.law.cornell.edu/wex/forum_shopping> [consulta: 4 marzo 2015]
- 121.** COVARRUBIAS, I. 2008. El monopolio de privilegio: la libre competencia como límite a la actividad regulatoria de la Administración. En: Decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia años 2004-2005. Comentarios a la jurisprudencia e índices Analíticos. Tomo II. Universidad Adolfo Ibáñez. pp.145-168.
- 122.** CRANE, D. 2013. Judicial review of anticompetitive state action: two models in comparative perspective. *Journal of Antitrust Enforcement* 1(2): 418-436

- 123.** DARCULLETA, M. 2009. La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago y ESTEVE PARDO, José. Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación, Madrid. Iustel. 349-386
- 124.** ENGEL, E. y PARDOW, D. 2015. Aclarando las reglas del juego: propuestas para mejorar la coordinación entre el SERNAC y los reguladores sectoriales. Espacio Público Informe de Políticas Públicas (06/2015)
- 125.** ESPAÑA. Comisión Nacional de la Competencia. 2008. Trabajando por la competencia. Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia. [pdf] [<http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/recomendaciones.pdf>](http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/recomendaciones.pdf) [consulta: 15 junio 2014]
- 126.** ESPAÑA. Comisión Nacional de la Competencia. 2009. Expediente N° 639/08, 14 de abril
- 127.** ESPAÑA. Cortes Generales. 1978. Constitución española. Boletín Oficial del Estado N°311, 29 de diciembre
- 128.** ESPAÑA. Jefatura del Estado. 2007. Ley 15/2007: Defensa de la Competencia, julio 2007
- 129.** ESPAÑA. Jefatura del Estado. 2013. Ley 3/2013: Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, junio 2013
- 130.** ESPAÑA. Tribunal Supremo. 2010. STS N°2063/2010, 26 de abril
- 131.** ESPINOSA, J. y CONTRERAS, J. 2010. Promoción de la Competencia y ayudas públicas. Anuario de la Competencia. (1): 151-174
- 132.** ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. 1961. Eastern R. Conference v. Noerr Motors, 365 U.S. 127 (1961), 20 de febrero
- 133.** ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. 1965. United Mine Workers v. Pennington, 381 U.S. 657 (1965), 7 de junio
- 134.** ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. 1980. Cal. Liquor Dealers v. Midcal Aluminum, Inc., 445 U.S. 97 (1980), 3 de marzo
- 135.** EUROPA. TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO. 1997. Asunto C-343/95, 18 de marzo

- 136.** EUMED.NET ENCICLOPEDIA VIRTUAL [en línea] <<http://www.eumed.net/cursecon/dic/E.htm> > [consulta: 02 marzo 2015]
- 137.** FAÚNDEZ, J. 2011. Democratización, desarrollo y legalidad. Chile, 1831-1973. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales
- 138.** FERNÁNDEZ, C. 2008. La regulación ex ante y el remedio ex post. En: MARTÍNEZ, S. Y PETITBÓ, A. Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia. España. Editorial Marcial Pons. pp.57- 73
- 139.** FOX, E., y HEALEY, D. 2013. When the state harms competition- the role for competition law. New York University Law and Economics Working Papers (336)
- 140.** FREEMAN, J. y ROSSI, J. 2012. Agency coordination in shared regulatory space. En: Harvard Law Review. Volumen 125, N°5. Marzo 2012, pp.1131-1211
- 141.** GARCÍA, W. 2014. Los órganos de la administración del Estado como sujetos de las multas aplicadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Revista de Derecho Económico. (76): 127-150
- 142.** GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R. 1992. Curso de derecho administrativo. 5º ed. Madrid, Editorial Civitas
- 143.** GONZÁLEZ, D. y VELOZO, J. 2011. “Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de defensa de la Libre Competencia”, En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La Libre competencia en el Chile del Bicentenario. Thomson Reuters, Santiago, pp.21-71
- 144.** GONZÁLEX-PANIZO, A. 2010. Legitimación Activa de la CNC para el ejercicio de acciones jurisdiccionales: objeto, motivos de impugnación y pretensiones ejercitables. Anuario de la Competencia. (1): 115-132
- 145.** HARRISON, R. y MUÑOZ, R. 2011. Política de Competencia en Procesos de Licitación de Bienes y Recursos. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La libre competencia en el Chile del bicentenario. Santiago. Chile. Thomson Reuters PuntoLex. pp.375-397
- 146.** JUNGSMANN, R. y PEÑA, R. 2008. Informe final sobre la facultad propositoria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Artículo 18 N°4

DL N°211). Santiago, Centro de Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica de Chile

147. KHOSA, M. 2009. The Interplay of sector regulators and competition authorities in regulating competition in telecommunications: the South African case. [en línea] <<http://uir.unisa.ac.za/handle/10500/3576>> [consulta: 30 junio 2014]

148. LAGUNA DE LA PAZ, J. 2011. Aplicación Administrativa del Derecho de la Competencia. En: La aplicación privada del Derecho de la Competencia, editorial Lex Nova, 2011, España. Pp.735-747

149. MANKIW, G. 2002. Principios de economía. 2° ed. Madrid, Mc Graw Hill

150. MASS, M. 2011. Estudio de las modificaciones introducidas al DL N°211 sobre libre competencia en especial acerca del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho

151. MONTT, S. 2012. Condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de una operación de concentración en el derecho chileno. En: UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, Anuario de Derecho Público 2012 [pdf] <http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2012/23_Montt.pdf> [consulta: 15 septiembre 2015]

152. MONTT, S. s.f. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas. Santiago, Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

153. NEHME, Nicole. 2007. Mercados Regulados y Libre Competencia, IV Día de la Competencia, Fiscalía Nacional Económica, 2007.pp. 61-81.

154. NEHME, N. 2011. 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. La libre competencia en el Chile del bicentenario Chile. Santiago. Chile. Thomson Reuters PuntoLex. pp. 317-373

155. OCDE. 2011a. Policy Roundtables: Regulated Conduct Defense [pdf] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/03/OECD_2011-Regulated-conduct-defense.pdf> [consulta: 15 octubre 2014]

- 156.** OCDE. 2011b. Herramientas para la evaluación de la competencia [pdf] <<http://www.oecd.org/daf/competition/98765432.pdf>> [consulta: 20 septiembre 2015]
- 157.** OCDE. 2015. Competencia y estudios de mercado en América Latina. Los casos de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú [pdf] <<http://www.oecd.org/daf/competition/competencia-y-estudios-de-mercado-en-america-latina%202015.pdf>> [consulta: 26 septiembre 2015]
- 158.** ODUDU, O. 2005. The Meaning of Undertaking within 81 EC [en línea] 7 Cambridge Yearbook of European Legal Studies 209-239 <<http://www.law.cam.ac.uk/faculty-resources/summary/the-meaning-of-undertaking-within-article-81-ec-2005-7-cambridge-yearbook-of-european-legal-studies-209-239/7305>> [consulta: 7 septiembre 2014]
- 159.** REINO UNIDO. Competition Appeal Tribunal. 2002. Case N°1006/2/1/01, agosto 2002
- 160.** REINO UNIDO. Office of Fair Trading. 2004. Policy Note 1/2004: The Competition Act 1998 and Public Bodies [pdf] <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/ca98_mini_guides/oft443.pdf> [consulta: 27 septiembre 2015]
- 161.** REINO UNIDO. Office of Fair Trading. 2009. Government in markets: Why competition matters- a guide for policy makers. [pdf] Londres, Reino Unido. <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284451/OFT1113.pdf> [consulta: 27 septiembre 2015]
- 162.** REINO UNIDO. Office of Fair Trading. 2011. Public Bodies and competition law: A guide to the application of the Competition Act 1998 [en línea] <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284407/OFT1389.pdf> [consulta: 27 septiembre 2015]
- 163.** REINO UNIDO. Secretaría de Estado. 2014. Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2014, abril 2014
- 164.** REINO UNIDO. United Kingdom Competition Network. 2013. Statement of Intent [pdf] <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/382445/UKCN_Statement_of_Intent.pdf> [consulta: 03 marzo 2015]

- 165.** RODRÍGUEZ, J. 2010. Promoción versus Defensa de la Competencia en España: una visión de conjunto [pdf] Revista Derecho. 19(2): 51-98 <https://dspace.usc.es/bitstream/10347/7951/1/pg_053-100_dereito19-2.pdf> [consulta: 24 noviembre 2014]
- 166.** RODRÍGUEZ, J. y PARDO, A. 2011. Poder regulador y mercado: Las memorias e informes de competencia [pdf] Revista de la asesoría jurídica de la Xunta de Galicia (6) <http://www.xunta.es/c/document_library/get_file?file_path=/portal-web/Rexuga/Revista_6/REXUGA_6_6_cas.pdf> [consulta: 24 noviembre 2014]
- 167.** ROMERO, J. 2011. Enforcement, sanciones y multas en el sistema de libre competencia chileno. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La libre competencia en el Chile del bicentenario Chile. Santiago. Chile. Thomson Reuters PuntoLex. pp. 503-537
- 168.** SAAVEDRA, R. 2011. Discrecionalidad administrativa. Santiago, Abeledo Perrot
- 169.** SANTAMARÍA, J. 1990. Principios de derecho administrativo. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces
- 170.** SHELANSKI, H. 2012. Antitrust and regulation. En: Elhauge, E. Research Handbook on the Economics of Antitrust Law. USA. Series Editor: Richard Posner and Francesco Parisi. USA. p.327-350
- 171.** SILVA, A. 2000. Tratado de Derecho Constitucional. La Constitución de 1980 Gobierno. Tomo V. 2º edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile
- 172.** SILVA, J. 2011. Informe en Derecho. Procedimiento de dictación de ICG N°2 [en línea] <[http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/09-08-11%20INFORME%20EN%20DERECHO%20DE%20JOS%C3%89%20SILVA%20PRADO%20\(VTR%20MOVIL%20S.A\).pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/09-08-11%20INFORME%20EN%20DERECHO%20DE%20JOS%C3%89%20SILVA%20PRADO%20(VTR%20MOVIL%20S.A).pdf)> [consulta: 27 septiembre 2015]
- 173.** SUDÁFRICA. Competition Commission and Competition Tribunal. 2009. Unleashing Rivalry 1999-2009, South Africa [pdf] <<http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2014/09/10year.pdf>> [consulta: 21 noviembre 2014]
- 174.** SUDRÁFRICA. Office of the President. 1998. Act N°89: Competition Act. 30 de octubre

- 175.** SUDÁFRICA. Competition Tribunal. 2010. Case N° 80/CR/Sep06: Nationwide and SAA, febrero 2010
- 176.** UNCTAD 2000. Ley tipo de defensa de la competencia, cap.VII [pdf] <<http://unctad.org/es/docs/tdrbpconf5d7.sp.pdf> > [consulta: 16 julio 2014]
- 177.** UNCTAD. s.f. Guidelines for Implementing Competition Advocacy. [pdf] <http://unctad.org/meetings/en/Contribution/ccpb_SCF_AdvocacyGuidelines_en.pdf> [consulta: 20 noviembre 2014]
- 178.** VALDÉS, D. 2009. Informe en Derecho acerca de una conciliación entre la Fiscalía Nacional Económica y Farmacias Ahumada S.A. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Causa Rol CN°184-2008
- 179.** VALDÉS, D. 2006. Libre Competencia y monopolio. Santiago, Editorial Jurídica
- 180.** VALDÉS, D. 2013. La potestad sancionatoria del TDLC para modificar o terminar actos o convenciones [en línea] Gaceta Jurídica (392) <http://drevistas.ucv.cl/detalles_autor.php?pageNum_joint_autor%20articulo=1&totalRows_joint_autor_articulo=14&autorID=1535> [consulta: 30 mayo 2015]
- 181.** ZUÑIGA, F. 2014. Contratación pública y libre competencia. Revista de Derecho Público 81:181-200