

INFORME EN DERECHO

CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD NORMATIVA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES

Sumario

I.	ANTECEDENTES	3
II.	NATURALEZA DE LA POTESTAD NORMATIVA DEL TDLC.....	4
a.	El diseño institucional del TDLC	4
b.	Las potestades no jurisdiccionales del TDLC.....	6
c.	La potestad regulatoria del TDLC.....	7
i.	La potestad regulatoria del TDLC es equivalente a la potestad normativa de las superintendencias	8
ii.	El DL 211 establece la finalidad de interés general de las instrucciones generales	12
iii.	Las instrucciones son normas generales para los particulares.....	15
d.	La potestad regulatoria del TDLC y su relación con el ordenamiento jurídico	19
e.	Coordinación entre la regulación de telecomunicaciones y el derecho de la competencia.....	25
III.	EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE UNA INSTRUCCIÓN DE CARÁCTER GENERAL DEL TDLC	28
a.	La iniciativa normativa del TDLC es discrecional	28
b.	La elaboración de una ICG es un procedimiento reglado	30
c.	La tramitación de una ICG puede iniciarse a solicitud de parte, de la FNE o de oficio por el TDLC.....	32
d.	Es un procedimiento que se inicia por una resolución fundada del TDLC que fija el ámbito de la discusión regulatoria	33
e.	Es un procedimiento público.....	35
f.	Es un procedimiento participativo.....	36
g.	Es un procedimiento que contempla una audiencia pública	37

h.	El TDLC tiene un rol inquisitivo para obtener antecedentes para la mejor elaboración de la ICG	37
i.	Es un procedimiento que termina con una resolución motivada	38
j.	La ICG es publicada en el Diario Oficial, por su alcance general	39
IV.	CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD NORMATIVA DEL TDLC	39
a.	Procedencia del control jurisdiccional	39
b.	Alcance del control jurisdiccional de la potestad normativa del TDLC por vía del recurso de reclamación	44
i.	El recurso de reclamación contra resoluciones del TDLC	44
ii.	Los aspectos de política pública sectorial y la subsidiariedad como límite al control	46
iii.	El control de la potestad normativa del TDLC es de una norma abstracta y general	47
c.	El control judicial de la reglamentación de la actividad económica	49
i.	El control jurisdiccional de potestades normativas	49
ii.	La jurisprudencia sobre control judicial de potestades normativas	54
V.	CONCLUSIONES	57

I. ANTECEDENTES

1. VTR Móvil S.A. ha solicitado al Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (RegCom) un Informe en Derecho (el Informe) que analice el alcance del control jurisdiccional respecto de la potestad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) establecida en el artículo 18 N° 3 del Decreto Ley N° 211 de 1973 (DL 211), consistente en dictar instrucciones de carácter general para la industria de las telecomunicaciones.

2. Este Informe se solicita en el contexto del recurso de reclamación interpuesto por la empresa Tu Ves S.A. en contra de la Instrucción de Carácter General N° 2/2012, del TDLC, sobre *procedimiento para la dictación de Instrucción General sobre los efectos en la libre competencia de la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía "Tarifas on-net / off-net" y de las ofertas conjuntas de servicios de telecomunicaciones* (en adelante, la ICG), y que actualmente conoce la Exma. Corte Suprema en los autos rol 2506-2013.

3. Precisamos que este Informe es complementario a un informe nuestro, acompañado al expediente de dictación de la ICG N° 2, elaborado por encargo de VTR Móvil S.A., denominado *Alcance y límites de la potestad normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, de 18 de julio de 2011, agregado a fojas 3336-3376 de los autos rol NC N° 386-10¹.

4. Concretamente, se solicita nuestra opinión legal en relación con las siguientes preguntas jurídicas:

Primera pregunta: ¿Cuál es la naturaleza de una instrucción de carácter general emitida por el TDLC?

Segunda pregunta: ¿Cuál es el ámbito de control del recurso de reclamación respecto de una instrucción de carácter general emitida por el TDLC?

5. Para responder estas preguntas, a continuación examinaremos la naturaleza de la potestad normativa que dispone el TDLC de acuerdo al artículo 18 N° 3 del DL 211, las relaciones de ésta con las demás normas del ordenamiento y el procedimiento para su elaboración. Finalmente,

¹ Hemos conservado algunos conceptos de dicho documento, los cuales han sido editados para facilitar la lectura del presente Informe.

abordaremos el control jurisdiccional de esta potestad administrativa del TDLC para dictar instrucciones de carácter general.

6. Este Informe presenta dos respuestas, que pueden sintetizarse en los siguientes términos:

Primera respuesta: La potestad normativa del TDLC es equivalente a la potestad normativa de las superintendencias, la cual, mediante un procedimiento reglado, público y participativo, que concluye con una decisión motivada, dicta normas de general aplicación a los particulares en actos o contratos, en la medida que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella. Esta potestad tiene como límites el ámbito que la Constitución ha reservado a la ley y no pueden contravenir normas de ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, así como materias técnicas de competencia sectorial.

Segunda respuesta: El control judicial de la potestad normativa del TDLC mediante el recurso de reclamación es análoga al control de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, como potestad discrecional, pudiéndose controlar aspectos reglados, como procedimiento e información, y razonabilidad, pero nunca efectuarse una revisión plena del acto, porque en esos casos el tribunal *ad quem* no tiene norma jurídica que aplicar, ya que el legislador ha entregado la decisión a la discreción del regulador.

II. NATURALEZA DE LA POTESTAD NORMATIVA DEL TDLC

a. El diseño institucional del TDLC

7. El arreglo institucional en materia de libre competencia en Chile ha fluctuado primero de un sistema administrativo (con la Comisión Antimonopolios, establecida en la Ley N° 13.305) y sin una autoridad que persiga las infracciones a la libre competencia hasta la creación del Fiscal *Antimonopolios*²; pasando luego a un sistema administrativo *bifurcado* (Fiscalía Nacional Económica / Comisiones Preventivas y Resolutiva)³; y finalmente al sistema actual, con un modelo judicial bifurcado⁴, donde una agencia administrativa –la Fiscalía Nacional Económica (FNE)- investiga y presenta

² El cargo de Fiscal fue creado por la ley N° 15.142, pudiendo éste ser contratado por la Comisión Antimonopolios.

³ Lo anterior, tras la dictación del Decreto Ley N° 211 y la reforma a dicho cuerpo legal mediante el Decreto Ley N° 2760.

⁴ Michael J. Trebilcock y Edward M. Iacobucci, “Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate”, 41, *Loyola University Chicago Law Journal*, 455 (2010).

casos ante un tribunal (TDLC) que realiza funciones de naturaleza jurisdiccional (resolver conflictos con efectos de cosa juzgada)⁵.

8. El modelo judicial bifurcado, aplicable al caso chileno, constituye una forma de gobernanza de la competencia que privilegia los derechos y libertades de los potenciales afectados, al exigir que la toma de decisiones se haga en la forma de un proceso judicial (modelo “*garantista*”). Ahora bien, debe notarse que si el modelo judicial bifurcado va acompañado de una legislación que es abierta e indeterminada –como es el DL 211–, el órgano judicial termina situado en una posición de “regulador del comercio”⁶.

9. De esta forma, será la Corte o el Tribunal respectivo el que dará contenido a la ley de competencia, por la vía de resolver casos individuales, siendo dicha Corte o Tribunal el ente que adopte las decisiones de política pública relevantes en materia de la competencia. Esta conclusión se sigue del hecho que el artículo 3° del DL 211 sea en realidad un “cheque en blanco”⁷, quedando delegada la facultad de definir el Derecho y Política de la Competencia en el TDLC, *principalmente* –pero no exclusivamente– por la vía de resolver *jurisdiccionalmente* pleitos de acuerdo al artículo 18 N° 1 y 20 del DL 211.

10. Esta *delegación* efectuada al TDLC, fue hecha en forma consciente por parte del legislador al crear dicho tribunal mediante la ley N° 19.911, toda vez que se rehuyó la inclusión y definición de un bien jurídico protegido en la ley, que hubiera servido para la predictibilidad de los ilícitos, como contemplaba expresamente el Mensaje del proyecto de ley⁸. Con lo anterior, se encomendó

⁵ Para una descripción del sistema, *vid.* Francisco Agüero y Santiago Montt, “Chile. The Competition Law System and the Country’s Norms”, en Eleanor M. Fox y Michael J. Trebilcock *The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices* (Oxford University Press, Oxford, 2013), pp. 149-193.

⁶ Santiago Montt, *El TDLC como ente regulador del comercio*, disponible en <http://www.regcom.uchile.cl/assets/files/Informes%20y%20Papers/Documento%20de%20trabajo%201.pdf> (última visita, 29 de marzo de 2013).

⁷ *Vid.* Frank Easterbrook, “Workable Antitrust Policy”, 84 *Michigan Law Review* 1696, 1701 (1986) (The Sherman Act “does not contain a program; it is a blank check”).

⁸ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se Inicia un Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Mensaje N° 132-346, Boletín N° 2944-03, (Santiago, 17 de mayo de 2002), pp. 5-6, señalaba que: “la defensa de la libre competencia no resulta ser un fin en sí misma, sino un medio para preservar el derecho a participar en los mercados, promover la eficiencia y por esa vía el bienestar de los consumidores.”

al TDLC llenar de contenido a los ilícitos, caso a caso⁹. Así, el texto actual del DL 211, tras la Ley N° 19.911, contiene una fórmula tautológica en su artículo 1°: “[l]a presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados”.

b. Las potestades no jurisdiccionales del TDLC

11. Siendo entonces el TDLC un ente jurisdiccional regulador del comercio, pero tributario de organismos como la Comisión Resolutiva y las Comisiones Preventivas, muchas de las potestades que le fueron otorgadas -provenientes de esos órganos administrativos- son no-jurisdiccionales, las que se contemplan actualmente en el artículo 18 del DL 211, en sus números 2 a 5.

12. Como lo notó el Tribunal Constitucional -y previamente la Corte Suprema al informar el proyecto de ley que creó el TDLC¹⁰- del listado de facultades del artículo 18 del DL 211, sólo el numeral 1° es de naturaleza jurisdiccional, pero no así los demás numerales, que son de naturaleza administrativa, y de tanta importancia como la potestad jurisdiccional¹¹:

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*

⁹ Francisco Agüero, “Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, (N° 19, Noviembre de 2004), p. 127. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_19_2.pdf (última visita: 10 de julio de 2013).

¹⁰ Corte Suprema, Oficio N° 001471, Santiago, 20 de junio de 2002, “La reforma propuesta supone que el Tribunal deberá conocer fuera de juicio materias técnicas, que los particulares le presenten en consulta en razón de actos o contratos que proyecten y que pudieran afectar materias de libre competencia, con los efectos que señala el artículo 20, vale decir, precisamente las que conocen hoy las Comisiones Preventivas. En el hecho estas cuestiones han resultado ser numerosas, requieren de una particular especialización técnica más allá de las ciencias del derecho y *objetivamente no tienen un sentido realmente jurisdiccional, propio de un tribunal de justicia*”, (el destacado es nuestro), en: Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 19.911 crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, (Santiago, 2003), p. 33.

¹¹ Tribunal Constitucional, Rol 1448-2009, 9 de septiembre de 2010, C. 15°: “Que si bien la mayoría de los tribunales conocen también de asuntos administrativos, cabe recalcar que en el caso preciso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia las atribuciones que se enmarcan dentro de dicha especie *son tan relevantes para la realización de su cometido, esto es, la defensa de la libre competencia, como las atribuciones jurisdiccionales...*”. (Las cursivas son nuestras).

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 de pretensiones procesales originadas en un conflicto de carácter jurídico, sino que por solicitud y no demanda 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 pertinentes¹²

13. De este modo, si bien el TDLC es un tribunal especial, es una rareza en términos institucionales, por ser un ente jurisdiccional *regulador del comercio* (artículo 18 N° 1 del DL 211); y por constituir un tribunal que cuenta con potestades administrativas extra-jurisdiccionales o *no contenciosas*¹³, propias de un órgano administrativo (artículo 18 N°s 2 a 5 del DL 211)¹⁴. Ahora bien, debe precisarse que las potestades administrativas del TDLC han sido ejercidas en menor cantidad que su potestad jurisdiccional¹⁵.

c. La potestad regulatoria del TDLC

14. El artículo 18 N° 3 del DL 211 establece la potestad del TDLC para “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”.

15. En primer término, es preciso recordar que esta potestad existe hace más de 50 años, primero atribuida a la Comisión Antimonopolios creada por la Ley 13.305, que contemplaba una potestad análoga a la acá estudiada, para dictar *pautas de carácter general* a las cuales podían ajustarse los particulares en

¹² Tribunal Constitucional, Rol 1448-2009, 9 de septiembre de 2010, C. 16° (énfasis agregado).

¹³ Por lo demás, los tribunales siempre han estado dotados de un conjunto de competencias de naturaleza administrativa: la llamada *jurisdicción “no contenciosa”* y el poder de dictar autos acordados (en el caso de los Tribunales Superiores de Justicia), *vid.* Cristián Maturana *Introducción al Derecho Procesal, la Jurisdicción y la Competencia*, (Escuela de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2006), p. 160.

¹⁴ En tal sentido, Jorge Streeter Prieto, *Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia*. Documento de Trabajo, (Estudio Philippi, Yrarrazaval, Pulido & Brunner, Santiago, Septiembre 2001), p. 30.

¹⁵ Para lo anterior, *cfr.* los datos de la página web del TDLC (www.tdlc.cl), que dan cuenta de 129 sentencias, 44 resoluciones, 9 informes requeridos por leyes especiales y 3 instrucciones de carácter general, para el período 2004-2013. (última visita: 22 de julio de 2013).

la celebración de actos o contratos que pudieren estar sujetos a las disposiciones de esa ley¹⁶.

16. Posteriormente, se establece una potestad análoga para la Comisión Resolutiva en el DL 211¹⁷. Entre los años 1974 y 2004, esta potestad fue ejercida por la Comisión Resolutiva –ente de naturaleza administrativa– dictando instrucciones generales para mercados tales como el de la telefonía, el aéreo nacional, el eléctrico, etc.¹⁸

- i. La potestad regulatoria del TDLC es equivalente a la potestad normativa de las superintendencias

17. La potestad normativa del TDLC como órgano regulador del comercio es equivalente a la potestad normativa de algunos servicios públicos, más específicamente de las superintendencias, como se verá (*cf.* ¶ 20). Es por esto que para determinar el alcance y contenido de la potestad del TDLC nos referiremos primero a aquella, otorgada a dichos órganos administrativos.

18. En la actualidad el Estado tiene por función preferente regular y tutelar el ejercicio de las actividades económicas desarrolladas por los particulares. En dicho contexto de un Estado regulador –versus un Estado proveedor– han surgido una serie de órganos cuya función principal es controlar las actividades económicas en aquellas áreas en donde el legislador ha estimado existe un interés público comprometido¹⁹.

¹⁶ Art. 175, d), Ley 13.305. Ahora bien, para Opazo Brull, estas pautas no eran sino “normas de carácter general” dictadas para evitar la ejecución de actos sancionados por dicha ley. *Cfr.* Ernesto Opazo, *La Comisión Antimonopolios y Estudio del Título V de la Ley N° 13.305*, (Jurídica de Chile, Santiago, 1962), p. 86.

¹⁷ Art. 17, b), del texto original del DL 211/1973.

¹⁸ Se contienen instrucciones generales de la Comisión Resolutiva en las resoluciones N° 389 (1993), 445 (1993), 488 (1997), 496 (1997), 513 (1998), 556 (2000), 620 (2001), 634 (2001), 650 (2002), 666 (2002), 667 (2002) y 692 (2003).

¹⁹ En este sentido, Carmona, en los términos citados por José Francisco García: “Para Carmona, las superintendencias se enmarcan dentro de lo que los economistas denominan la “función reguladora del Estado”. Si años atrás al Estado se le asignaba la tarea de desarrollar actividades económicas o entregar o proteger monopolios, hoy se le asigna un rol tutelar en la actividad económica, es decir, que vele porque la actuación de los privados que comprometa el interés público se desarrolle dentro de ciertos parámetros previamente definidos, de modo que no incurran en abusos que perjudiquen gravemente a terceros o cometan infracciones al ordenamiento jurídico”, José Francisco García, “¿Inflación de

19. Estos órganos de control han sido tradicionalmente –aunque no exclusivamente²⁰– diseñados como superintendencias, esto es, como órganos de la Administración del Estado que ejercen principalmente la actividad de policía, por lo que intervienen “en los derechos de los sujetos controlados para resguardar el interés público comprometido en su accionar”²¹.

20. Para el ejercicio de la actividad de policía, las superintendencias cuentan con amplias potestades normativas, fiscalizadoras, sancionadoras y jurisdiccionales. La potestad normativa consiste en la dictación de “*normas de general aplicación a sus sujetos controlados, tales como instrucciones, circulares, etc.*”²².

21. Un examen de la potestad normativa de las superintendencias establecida en nuestro ordenamiento jurídico nos permite apreciar la presencia de cuatro características comunes: (i) es establecida por ley; (ii) es obligatoria sólo para los sujetos regulados; (iii) su consagración legal es bastante amplia, por lo que su ámbito de competencia suele encontrarse limitado exclusivamente por el ámbito de competencia de la respectiva superintendencia²³; y (iv) el incumplimiento de las normas dictadas en el

Superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio”, *Revista Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo, Santiago, N°19, Enero 2009), p. 334.

²⁰ Otros órganos de estas características son por ejemplo la Subsecretaría de Telecomunicaciones y el TDLC, como argumentaremos a continuación.

²¹ Carlos Carmona, *Unidad VI, El principio de Control, La dimensión Activa*, apuntes de clases, (Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2005), p. 7.

²² *Id.*, p. 15.

²³ Las tres primeras características, se aprecian en diversas leyes, *vid.* Ley 20.255, que establece la reforma previsional, establece en el artículo 47 número 6 que la Superintendencia de Pensiones tiene la facultad de “[d]ictar normas e impartir instrucciones de carácter general en los ámbitos de su competencia”. La Ley 18.410, establece en el artículo 3° numeral 34, que corresponderá a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles “...impartir instrucciones de carácter general a las empresas y entidades sujetas a su fiscalización”. De forma similar, *vid.* DL 3.538 de 1980, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, Artículo 4, letra a); DFL N° 3 de 1997, que fija el texto refundido sistematizado y concordado de Ley General de Bancos, Artículo 12, inciso 4°; Ley 16.395 que fija el texto refundido de la ley de organización y atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social, Artículo 34° y 38°, letra e); el DFL N°1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 2.763 de 1970 y de las leyes 18.933 y 18.469, Artículo 110, número 2; Ley 19.995, Artículo 42, N° 7; Ley 18.175, Artículo 8, N° 3; entre otros.

ejercicio de esta potestad puede ser sancionado, teniendo éstas por tanto, fuerza coercitiva²⁴.

22. De este modo, la potestad normativa del TDLC de dictar “instrucciones generales” es similar a la potestad normativa de las superintendencias, al compartir todas las características señaladas previamente. Por lo demás, en la discusión legislativa la analogía fue explícitamente traída a colación por el Fiscal Nacional Económico de la época:

...diversos órganos de la Administración Pública poseen potestad reglamentaria respecto de los sujetos que se encuentran sometidos a su fiscalización, como ocurre con las distintas Superintendencias. En la especie, las Comisiones Preventiva y Resolutiva de la Libre Competencia, tanto en sentencias emitidas sobre diversas materias como en forma separada, han impartido instrucciones, por ejemplo, sobre el cobro de intereses por las casas comerciales, las relaciones entre los laboratorios y las farmacias, los útiles escolares, etcétera²⁵.

23. La similitud de la potestad regulatoria del TDLC con la potestad análoga de superintendencias es evidente. En primer lugar, ella ha sido establecida por ley, en el artículo 18 N° 3 del DL 211. En segundo lugar, ésta sólo obliga a los particulares²⁶ en los actos que ejecuten o celebren que tengan relación con la libre competencia (lo que es señalado expresamente en la ley). En tercer lugar, dicha potestad utiliza la misma voz que aquella utilizada

²⁴ En este sentido, el Artículo 19 del Decreto con Fuerza de Ley N°3 de 1997, que fija el texto refundido sistematizado y concordado de Ley General de Bancos; la Ley 18.175, establece en el artículo 8 número 5 que la Superintendencia de Quiebras podrá “[a]plicar a los síndicos y a los administradores de la continuación del giro, como sanción por infracciones a las leyes, reglamentos y demás normas que los rijan, como asimismo por el incumplimiento de las instrucciones que imparta y de las normas que fije, censura por escrito, multa a beneficio fiscal de una a cien unidades de fomento o suspensión hasta por seis meses para asumir en nuevas quiebras, convenios o cesiones de bienes”.

²⁵ La redacción de la potestad normativa del TDLC sugerida por el Fiscal en esta oportunidad, fue la que se aprobó finalmente. Segundo informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y de Economía, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 40.

²⁶ Sobre dicho concepto, Valdés Prieto señala que “cabe advertir que ésta corresponde a aquella potestad pública cuyo objeto son los competidores, actuales o potenciales, de los diversos mercados relevantes cuya base territorial es o comprende la República de Chile”, *vid.* Domingo Valdés, “¿Es constitucional la potestad reglamentaria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia?”, en *Ius Publicum*, (Universidad Santo Tomás, Santiago, N° 13, 2004), p. 110.

generalmente al describir la potestad normativa de las superintendencias, esto es, “instrucción”, y se encuentra consagrada de manera general, de tal forma que su ámbito de competencia se encuentra delimitado por el ámbito de competencia del mismo tribunal, esto es, el resguardo de la libre competencia en los mercados en los términos del DL 211²⁷. Finalmente, las instrucciones del TDLC, al igual que las instrucciones de las superintendencias, gozan de fuerza coercitiva. Esto último ha sido validado por la Corte Suprema, al conocer de un recurso de reclamación contra una sentencia del TDLC sobre infracción a instrucciones generales:

Que la letra b) del artículo 17, del anterior texto del Decreto Ley N°211, vigente a la época de dictación de la Resolución N°634, de 05 de diciembre de 2001 señalaba, en lo que interesa para los efectos de estos reclamos, que La Comisión Resolutiva de la Libre Competencia podía dictar instrucciones de carácter general a 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 trasgresión por parte de quienes quedan obligados, trae como consecuencia la imposición de sanciones pecuniarias o de otra índole*²⁸.

24. Lo anterior, por supuesto, no supone absoluta identidad entre la potestad normativa de las superintendencias y aquella del TDLC, en cuanto la pertenencia de este último al Poder Judicial tiene consecuencias. De esta manera, la potestad normativa del TDLC, a diferencia de la potestad normativa de las superintendencias, no se encuentra sujeta al control de legalidad que efectúa la Contraloría General de la República. Así lo afirmó la propia Contraloría en su Dictamen 21.291, de 2009:

debido al carácter de órgano jurisdiccional que reviste el aludido Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, acorde lo dispuesto en el artículo 5° del 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, esta Contraloría General debe abstenerse de informar sobre el alcance de las señaladas instrucciones²⁹.

²⁷ Artículo 2° DL 211. Sin perjuicio de lo anterior y como se señaló previamente, dicha competencia se encuentra escasamente delimitada en la ley. *Vid supra* ¶10.

²⁸ Corte Suprema, Rol 6.359-2005, C. 16°. Las cursivas son nuestras. Notamos que la redacción del artículo 17 letra b) del DL 211 era similar a la redacción actual del artículo 18 N° 3 del DL 211.

²⁹ En idéntico sentido, el dictamen N° 2072/2011 de Contraloría General de la República.

- ii. El DL 211 establece una finalidad de interés general para la dictación de instrucciones generales

25. El artículo 18 N° 3 del DL 211 habilita al TDLC para dictar instrucciones de carácter general, en la medida que ellas “*tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella*”, con lo que estatuye el fin de interés general que debe perseguir el ejercicio de esta potestad pública.

26. El origen de esta redacción es resultado del debate legislativo. En efecto, el Mensaje del proyecto de ley disponía solamente que el TDLC pudiera “[d]ictar instrucciones de carácter general a las cuales deberán ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieran atentar contra la libre competencia”³⁰. Pues bien, ante el cuestionamiento de la potestad normativa del TDLC durante la tramitación de la Ley 19.911, el Fiscal Nacional Económico expuso que:

Con el propósito de precisar el alcance de este numeral, sugirió redactar la atribución manifestando que consistirá en dictar instrucciones de carácter general en conformidad a la ley, las que deberán considerar los particulares en los actos y contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella³¹.

27. La doctrina agrega que la potestad regulatoria del TDLC responde a la amplitud del ilícito anticompetitivo del DL 211³² y constituye una regulación directa a los particulares a quienes va dirigida la instrucción:

las normas emitidas en ejercicio de la potestad en análisis *deben ser entendidas como una regulación directa y continua para los agentes económicos que participan en los mercados* donde, debido a su estructura y características, existen riesgos significativos de conductas anticompetitivas³³.

³⁰ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Mensaje 132-346, 17 de mayo de 2002.

³¹ Cfr. n. 25.

³² Javier Velozo y Daniela González “Reflexiones en torno a algunas facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, en AA.VV. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, (ed.). *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (Thomson Reuters, Santiago, 2011), p. 47:

“se estimó que la institucionalidad en su conjunto debía contemplar la atribución de dictar normas o instrucciones de carácter general en la medida que el modelo normativo se ha inclinado por una definición amplia del ilícito contra la libre competencia”.

³³ *Id.*

28. Las instrucciones de carácter general, como *regulación directa*, no necesariamente se refieren a conductas anticompetitivas en los términos establecidos en el DL 211, atendidas las características del mercado. En efecto, del artículo 18 numeral 3 del DL 211, se desprende que no es requisito *sine qua non* que la conducta regulada por el TDLC sea contraria a la competencia, o tenga esa potencialidad (“*podieren atentar*”), sino que incluso basta que ella *tenga relación* con la libre competencia³⁴.

29. De este modo, al considerar que las conductas *podieren* atentar contra la libre competencia, la eventual ICG se aproxima a la seguridad jurídica que otorgan las denominadas reglas *per se* en el Derecho de la Competencia³⁵, toda vez que la verificación de la infracción de las mismas será más eficaz por parte del TDLC:

además de ser reglas de conducta imperativas, las Instrucciones Generales son una potente ilustración que entrega el Tribunal a los agentes económicos respecto de los límites de la juridicidad que impone la legislación de libre competencia, que minimiza la probabilidad de que éstos incurran en “errores de prohibición” –para usar un término acuñado por la dogmática penal- que podrían derivarse de la significativa amplitud de la hipótesis infraccional contenida en el artículo 3° del D.L. N° 211³⁶.

30. Por otra parte, las instrucciones de carácter general cumplen un rol de certeza jurídica, previsibilidad y eficiencia en el sistema económico de mucha

³⁴ Velozo y González, n. 32, p. 48-49; sobre el particular, expresan que: “No es una exigencia jurídica que los actos o convenciones que sean regulados en uso de esta potestad necesariamente constituyan infracciones en sí mismas, pues el tenor literal del artículo 18° N° 3 del D.L. N° 211 es claro cuando distingue que los actos o contratos objeto de la regulación pertinente deben tener “relación con la competencia” o bien la potencialidad de “atentar contra ella”.

³⁵ Al respecto, *vid.* Corte Suprema, rol 2578-2012, 7 de septiembre de 2012, C. 81°: “Según la regla *per se* algunos acuerdos anticompetitivos deben considerarse ilegales por sí mismos, de manera objetiva, absoluta y automática, sin importar su idoneidad o no, o si produjeron o no efectos perjudiciales en el mercado, motivo por el cual siempre serán sancionables. En otras palabras, bajo la regla *per se* ciertos acuerdos anticompetitivos en la modalidad de, por ejemplo, concertación de precios, revisten un carácter ilegal inherente debido a que no puede esperarse del mismo efecto beneficioso alguno, sino únicamente perjuicios para la competencia. Por este motivo, la autoridad de competencia puede prescindir de cualquier evaluación sobre su idoneidad o no, lo que equivale a descartar argumentos o medios probatorios de la defensa, destinados a justificar el acuerdo en virtud a su razonabilidad u otros criterios.”

³⁶ Velozo y González, n. 32, p. 51.

trascendencia. Al respecto, destaca Streeter la generalidad y el alcance personal de la ICG:

Las instrucciones y las comunicaciones de carácter general presentan la indudable ventaja de que, mediante ellas, la autoridad administrativa hace ver a todas las personas la forma en que la propia autoridad procederá en el futuro, con lo cual hace previsible su conducta y, en virtud de la llamada doctrina de los actos propios, queda vedada, durante la vigencia de las instrucciones o comunicaciones de que se trate, de modificar su actuación en perjuicio de los administrados³⁷.

31. Más recientemente, al examinar el alcance de la potestad regulatoria del TDLC, la doctrina ha reconocido su finalidad de perseguir seguridad jurídica, estableciendo *ex ante* los criterios que usará el TDLC al examinar conductas empresariales en el caso concreto³⁸.

32. Esta función predictiva y de seguridad jurídica de las ICG ha sido también expuesta por el TDLC en *FNE c. Municipalidad de Curicó*:

Que es en este contexto en el que deben ser entendidas las Instrucciones de Carácter General 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 anticompetitivas³⁹

33. En este sentido, es del caso recordar que las resoluciones del TDLC que fundamentan la ICG N° 2/2012 tienen precisamente dentro de su motivación el hecho que el TDLC haya conocido en distintas ocasiones, y por procedimientos contenciosos y no contenciosos sobre “ofertas conjuntas” y llamadas *on-net/off-net*⁴⁰. De este modo, la resolución que inició el procedimiento que concluyó con la ICG N° 2/2012 dispone que:

Séptimo. Que, en un contexto como el descrito, es posible que se produzcan conductas que puedan implicar restricciones a la libre competencia, las que podrían ser prevenidas con la dictación de instrucciones de carácter general...

³⁷ Streeter, n. 14, p. 30.

³⁸ Velozo y González, n. 32, p. 48.

³⁹ TDLC, Sentencia N° 77/2008, “*Requerimiento de la FNE contra la Ilustre Municipalidad de Curicó*”, C 137-07, 4 de noviembre de 2008, C. 16°.

⁴⁰ TDLC, Resolución intermedia, rol NC 386-10, 21 de diciembre de 2010 y TDLC, Resolución intermedia, rol NC 389-11, 8 de enero de 2011.

Octavo. Que, en consecuencia, este Tribunal estima apropiado dar inicio a un procedimiento no contencioso, al tenor de lo señalado en el numeral 3° del artículo 18 del D.L. N° 211, *para analizar la necesidad de dictar instrucciones de carácter general* en materia de diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía, según la red de destino de las llamadas (tarifas on-net / off-net) y, *en caso de hacerlo, para determinar el ámbito y contenido de tales instrucciones*, con miras a promover la libre competencia y prevenir conductas contrarias a ella...⁴¹

34. Como se colige de lo transcrito, el inicio del procedimiento tiene un fin analítico, orientado a determinar si es pertinente o no la necesidad de dictación de una ICG en particular, que se expresará en la voluntad del TDLC. Y en caso de serlo, se debe determinar el *ámbito y contenido* de las señaladas instrucciones⁴².

35. Ahora bien, hasta la fecha los intervinientes en el procedimiento de dictación de una ICG están *a ciegas* durante toda la tramitación del expediente, toda vez que ignoran siquiera un borrador de la norma, sino solamente el alcance del debate regulatorio (acotado en la resolución del TDLC que inicia la tramitación, un “decreto”). Esto marca una diferencia con otras normas generales sometidas a participación y publicidad, como ocurre por ejemplo, con las normas de calidad y de emisión ambiental, respecto de las cuales se conoce un *anteproyecto* de la norma⁴³.

iii. Las instrucciones son normas generales para los particulares

36. Siendo la potestad normativa del TDLC heredera de una potestad similar que disponía la Comisión Resolutiva, es en una de las instrucciones dictadas por este órgano que aparece destacado el rasgo de “general” y de alcance para todos los agentes económicos, actuales o potenciales, del mercado respectivo:

las instrucciones de la Resolución N° 488 tienen el carácter de generales, en los términos indicados en el artículo 17, letra b), del Decreto Ley N° 211, de 1973,

⁴¹ TDLC, Resolución intermedia, *Procedimiento para la dictación de Instrucción General sobre los efectos en la libre competencia de la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía "Tarifas on-net / off-net"*, 21 de diciembre de 2010, rol 386-10, C. 7 y 8.

⁴² Ciertamente, siendo una potestad administrativa y regulatoria, podríamos afirmar que se rige por un principio “conclusivo”, como ocurre en materia de actos administrativos.

⁴³ D.S. N° 93/1995, de Ministerio de Secretaría General de la Presidencia, Reglamento para la dictación de normas de calidad ambiental y de emisión.

siendo oponibles a toda persona o empresa que realice actividades en el mercado eléctrico, sea empresa establecida o entrante, e incluso, atañe a actores potenciales, no pudiéndose catalogar dichas instrucciones como meras “recomendaciones” como se ha expresado erróneamente en autos⁴⁴

37. Reiterando el carácter *no jurisdiccional* de esta potestad regulatoria del TDLC, Velozo y González han señalado a propósito de dicho poder-deber que:

Se trata de una potestad de naturaleza extrajurisdiccional que comprende la dictación de disposiciones *externas, generales y permanentes* que, como se explicará más adelante, 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 ella⁴⁵.

38. En efecto, y en armonía con la historia fidedigna de la disposición en comento⁴⁶, la propia Corte Suprema, al resolver el recurso de hecho interpuesto por la empresa Tu Ves, dejó asentando que una ICG conlleva la fijación de condiciones generales, para *todas* las empresas que desarrollan la actividad económica objeto de tal instrucción:

Que, por otra parte, además de contradictorio con la última modificación de la Ley N° 20.361, no resulta comprensible que el recurso de reclamación proceda para los casos en que se trate de hechos, actos o contratos específicos y se negara respecto de esta clase de instrucciones que eventualmente *pueden afectar a toda una actividad económica*, como acontece en la especie, en que se

⁴⁴ Comisión Resolutiva, Resolución N° 620, 22 de agosto de 2001, C. 11°.

⁴⁵ Velozo y González, n. 32, p. 46.

⁴⁶ Verbigracia, lo afirmado por la Diputada Guzmán en la tramitación de la Ley N° 19.911, en Biblioteca del Congreso Nacional, n. 10, p. 439:

En cuanto al famoso artículo 17 C, N° 3), que se refiere a las normas imperativas generales, que puede dictar el tribunal, también nos opusimos, porque los tribunales no dictan normas. Esa facultad corresponde a la Cámara, al Senado.

Ahora, ¿qué ha sucedido? Varios profesores de derecho económico y otros profesionales nos han señalado que *es importante que el tribunal lleve sus resoluciones a normativas generales para todos los actores económicos de una determinada actividad*.

Sin perjuicio de ello, reitero la reserva de constitucionalidad del artículo 17 C, N° 3), en el cual se establecen *este tipo de normas generales para ser dictadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, porque contradice el artículo 19, N° 21, inciso primero, de la Constitución de la República, que dice que las materias económicas sólo se regulan por ley y, por lo tanto, esto tendrá que ser visto por el Tribunal Constitucional. (las cursivas son nuestras)

*fijan condiciones generales –cuestión no controvertida- para todas las empresas que proveen servicios de telefonía móvil*⁴⁷.

39. Por su parte, y robusteciendo la generalidad de las ICG, Valdés vinculó –antes que el TDLC ejerciera por primera vez esta atribución en la ICG N° 1/2006- la aplicación histórica de la “reglamentación” que puede efectuar el TDLC y sus antecesores al resolver *casos aislados*, cuya regulación es extendida al mercado relevante, a *los demás competidores*, por aplicación del principio constitucional de trato igualitario entre rivales que se hallan en una misma situación:

Por regla general, las veces que ello ha ocurrido [la dictación de una ICG], ha tenido lugar con motivo de reglamentaciones impuestas en un caso particular y que, a fin de evitar discriminaciones arbitrarias, tales reglamentaciones han sido extendidas a los demás competidores del respectivo mercado relevante. De esta forma, no solo se establece una restricción al competidor cuya actividad está siendo objeto de un proceso judicial antimonopólico, sino que también tal restricción resulta extendida a los demás integrantes del respectivo mercado relevante⁴⁸.

40. Sí debemos notar que la revisión efectuada por Valdés se hacía en el marco de instrucciones generales dictadas *antes* de que estuviera previsto un procedimiento especial en la ley, como ocurre tras la ley N° 19.911 (Art. 31° DL 211), por lo que en dichos casos, al analizarse una situación “particular” se resolvía *además* con una instrucción general. Lo anterior ya no es procedente –son procedimientos con tramitaciones distintas- y, como se verá adelante (*cfr.* ¶140).

41. El alcance general de las instrucciones también es puesto de relieve también por Grunberg, quien, juzgando a esta potestad como *reglamentaria de ejecución*, la rotula como análoga a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, ya que “en el ejercicio de similar potestad, no dicta actos administrativos de alcance específico sino que reglamentos ejecutivos de alcance general”⁴⁹.

⁴⁷ Corte Suprema, *Recurso de hecho Tu Ves S.A.*, rol 269-2013, 11 de abril de 2013, C. 8°.

⁴⁸ Valdés, n. 26, p. 115. Una opinión similar había expresado este autor durante la tramitación de la ley N° 19.911, como puede verse expuesta en la página 325 de la historia fidedigna de dicha norma legal, *cfr.* Biblioteca del Congreso Nacional, n. 10.

⁴⁹ Jorge Grunberg, “La potestad reglamentaria del Tribunal de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile, Santiago, 2004, N° 66), p. 249.

42. Por lo demás, el propio TDLC al decretar el inicio de la ICG N° 2/2012 en lo que se refería a la petición de la FNE, dispuso que, por afectar eventualmente a *toda la industria de las telecomunicaciones* se debían acumular ambos procedimientos de dictación de la ICG⁵⁰.

43. Como es sabido, el DL 211 no se limita solamente a la represión de las conductas restrictivas de la competencia. En efecto, la legislación ha considerado que, junto con las sanciones contempladas, se pueda prohibir, *corregir* o reprimir los atentados anticoncurrenciales en la forma prevista en el DL 211 (Art. 1°, inc. 2°, DL 211). Así, la adopción de medidas adicionales a las punitivas es parte del catálogo de instrumentos de política pública que dispone el TDLC para disuadir las prácticas contrarias a la competencia. De este modo, el artículo 3° del DL 211 prescribe que:

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.* (las cursivas son nuestras).

44. Fluye entonces que el TDLC puede disponer, junto a las medidas sancionatorias del artículo 26 de la ley, que se establezcan *medidas* adicionales (no sancionatorias), para cada caso, respecto de aquella parte imputada de infringir el DL 211.

45. Lo anterior difiere de la potestad que nos ocupa en este Informe, toda vez que la eventual adopción de medidas no sancionatorias, a uno o más agentes económicos que pudieren haber infringido la competencia, como resultado de un procedimiento contencioso y *jurisdiccional* del TDLC, no tiene el alcance general de una ICG. Sin perjuicio de que el procedimiento para analizar una eventual ICG difiere sustancialmente de un procedimiento contencioso del TDLC, el alcance de una *medida* es distinto en cuanto sujetos afectos al de una ICG, como ha resuelto la jurisprudencia del TDLC:

⁵⁰ TDLC, Resolución intermedia, rol NC 389-11, 8 de enero de 2011:

“Atendido que esta solicitud está referida a la misma industria y en temas relacionados a la materia del proceso de dictación de instrucciones de carácter general Rol NC N° 386-10, por lo que resulta conveniente que -en caso de dictarse instrucciones para la industria de telecomunicaciones- esto se haga en un solo acto, acumúlese la presente solicitud a dicho expediente.”

...cabe señalar que, aun cuando dichas medidas puedan o no corresponder al ámbito de atribuciones de dichas autoridades, ellas se han solicitado con el objeto preciso de corregir una situación que podría constituir una infracción al Decreto Ley N° 211. *Es por ello que la solicitud de estas medidas deberá ser resuelta por este Tribunal en su sentencia definitiva, según lo faculta el artículo 3°, inciso primero, del mismo Decreto Ley, lo que hace a este Tribunal competente para conocer de estas materias conforme a la ley. En todo caso, las medidas que puedan eventualmente adoptarse al respecto, estarán limitadas en sus efectos únicamente a las partes que intervienen en el proceso*⁵¹

46. Por otra parte, las *medidas* surgen típicamente de un procedimiento que ha ejercido jurisdicción, como señala Streeter:

De esa decisión fundamental surgen dos órdenes de atribuciones: en primer término, la Comisión puede imponer alguna sanción al que fuere responsable de la conducta ilícita; en segundo término, la Comisión puede resolver sobre ciertas medidas con miras a enmendar o corregir los efectos que la conducta ilícita produjere⁵²

47. De esta forma, se colige que el establecimiento de una instrucción de carácter general es impuesta para todos los actores de un mercado, actuales o potenciales, mientras que la adopción de medidas ocurre respecto de *determinados* agentes económicos, lo que puede imponerse como consecuencia de una consulta no contenciosa (como una “medida de mitigación”)⁵³, o bien como resultado de un procedimiento jurisdiccional.

d. La potestad regulatoria del TDLC y su relación con el ordenamiento jurídico

48. Determinada la naturaleza de la potestad normativa del TDLC, nos referiremos sucintamente a la relación entre las ICG y las demás normas de nuestro ordenamiento jurídico.

⁵¹ TDLC, Resolución intermedia, Rol C N° 79-05, 29 de noviembre de 2006, C. 1ª. Las cursivas son nuestras.

⁵² Streeter, n. 14, p. 45.

⁵³ *Vid.* Francisco Agüero, “Rol de las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar operaciones de concentración: un análisis aplicado al sector *retail*”, en Paulo Montt y Nicole Nehme (eds.), *Libre Competencia y Retail. Un Análisis Crítico* (Legal Publishing, Santiago, 2010).

49. En primer lugar, se ha discutido acerca de la conformidad de la potestad regulatoria del TDLC con la Constitución. Se ha señalado que esta potestad de dictar instrucciones generales infringiría la Constitución, al tratarse de un ámbito propio de ley (artículo 63, CPR) o bien que se trataría de una potestad reglamentaria propia del Presidente de la República (artículo 32 N° 6 CPR)⁵⁴.

50. El Tribunal Constitucional, al realizar el control de constitucionalidad del proyecto de ley que creó el TDLC zanjó la constitucionalidad del artículo 18 N° 3 del DL 211 (artículo 17 C, N° 3 del proyecto), considerando:

DECIMOTERCERO.- 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 Política confiere a otros órganos del Estado de modo exclusivo, sino de 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 su opinión.

Además, se declarará que el uso de la referida atribución queda en todo caso sometida al control jurisdiccional de los órganos competentes;

DECIMOCUARTO.- Que, en mérito de lo expuesto, se declara que la atribución que 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 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 los tribunales y a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema⁵⁵

⁵⁴ El alegato sobre la inconstitucionalidad de la potestad otorgada al TDLC surgió durante la tramitación Ley 19.911. Primero, en la duda de constitucionalidad planteada por el H. Senador Novoa, *cfr.* segundo informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y de Economía, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 40. Posteriormente, en voz de la diputada Guzmán, quien alegó ante el Tribunal Constitucional que la dictación de instrucciones generales era materia de ley. *Cfr.* Tribunal Constitucional, STC rol 391, 7 de octubre de 2003, C. 12°.

⁵⁵ Tribunal Constitucional, STC rol 391, 7 de octubre de 2003.

51. Con posterioridad, y conociendo de una reclamación contra la infracción a instrucciones generales, fue la Corte Suprema la que reconoció la justeza de la potestad normativa del TDLC con el artículo 19, N° 21 de la Constitución, indicando que:

...las citadas instrucciones impartidas a por la ex Comisión Resolutiva de la Libre Competencia a través de la Resolución N° 634, no pueden ser consideradas como atentatorias contra la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, puesto que dicha norma establece 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 y, en la especie, la norma regulatoria, Resolución N° 634, fue dictada en cumplimiento del antiguo artículo 17 del Decreto Ley N° 211 que, tal como se expresó anteriormente, le permitía a la Comisión Resolutiva dictar instrucciones de carácter general a la cual debían ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieran atentar contra la libre competencia. Es decir, en el fondo, dicha limitación emana de la ley⁵⁶

52. De esta forma, el primer límite de las instrucciones del TDLC lo constituye el ámbito que la Constitución ha reservado a la ley. Esto es plenamente coherente con lo dispuesto en el mismo artículo 18 N° 3 del DL 211, que dispone que las ICG deben ser dictadas “*de conformidad a la ley*”.

53. Igualmente, la doctrina nacional ha entendido que las potestades normativas de alcance general no son de competencia exclusiva del Presidente de la República, pudiendo ser delegadas por el legislador sin expresa atribución constitucional⁵⁷. Así, no se discute la constitucionalidad de las potestades normativas otorgadas por ley a órganos autónomos del Presidente, como es el caso de las Superintendencias. En palabras de Eduardo Cordero:

... creemos que es posible que el legislador atribuya la potestad reglamentaria a las autoridades administrativas de órganos centralizados y descentralizados, la cual puede coexistir con la potestad general que tiene el Presidente sobre la materia. Sin embargo, es perfectamente posible que nos encontremos frente a potestades concurrentes, cuyo ejercicio puede significar un conflicto normativo real, lo

⁵⁶ Corte Suprema, Rol 6359-05, 18 de mayo de 2006, C. 17°.

⁵⁷ Señala Correa González que “el legislador puede otorgar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia una potestad reglamentaria que carece de fundamento inmediato en la Constitución Política”, *cfr.* Rodrigo Correa “Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* (Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, 2004, N° 1), p. 483.

cual demanda de un criterio que pueda resolver esta cuestión⁵⁸ (las cursivas son nuestras)

54. Como expresa Camacho, al ser las potestades normativas atribuidas por una norma legal, se distingue de la potestad reglamentaria del Presidente de la República en la habilitación constitucional de ésta. Por lo mismo, aquélla se ve restringida por los términos de la habilitación legal (medios y fines), más los límites de la reserva legal⁵⁹.

55. El conflicto normativo real se da entonces entre las normas dictadas por distintos órganos con potestades reglamentarias. Es decir, cómo se solucionan los conflictos entre los reglamentos del Presidente de la República y las instrucciones generales del TDLC, o entre estas últimas y las normas reglamentarias de otros entes autónomos.

56. Las instrucciones generales no pueden contradecir las normas que dicta el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria, es decir, son de rango inferior a las que dicta el Presidente, en cuanto la norma habilitante o que da origen a la potestad reglamentaria del Presidente es la Constitución (artículo 32 N° 6), y la norma que da origen a la potestad normativa del TDLC es la ley (artículo 18 N° 3 DL 211). En dicho sentido, el hecho que el TDLC no pueda dejar sin efecto normas legales ni reglamentarias, sino sólo proponer su modificación al Presidente de la República (Art. 18 N° 3, DL 211), evidencia la subordinación de las instrucciones generales respecto de la potestad reglamentaria:

Además [de la sujeción de la potestad normativa del TDLC a la Constitución y las leyes], la potestad reglamentaria, de ejecución y autónoma, primará sobre las facultades normativas del TDLC, pues éste carece de atribuciones para modificar o dejar sin efecto por vía de Instrucciones Generales el marco normativo vigente⁶⁰.

⁵⁸ Eduardo Cordero “Las normas administrativas y el sistema de fuentes”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (Año 17-N° 1, 2010), p. 42. Ver también Enrique Silva Cimma *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*. (Editorial Jurídica, Cuarta Edición, Santiago, 1996), p. 173 a 177, Carlos Carmona, cita nota n. 21, p. 15. Una doctrina minoritaria al respecto es la de Eduardo Aldunate, “La distribución de potestades normativas en la constitución: potestades reglamentarias administrativas, autos acordados y facultades del fiscal nacional”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (Valparaíso, N° 33, 2009), p. 375.

⁵⁹ Gladys Camacho, “La problemática de la potestad normativa de las Superintendencias”, en VV.AA. *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público*, (Lexis Nexis, Santiago, 2005), p. 430.

⁶⁰ Velozo y González, n. 32, p. 54.

57. En efecto, de acuerdo a la doctrina nacional⁶¹, la potestad normativa de los entes autónomos, tiene dos rasgos característicos: (i) debe emanar de una clara disposición de la ley; entonces, siempre es una potestad reglada que opera sólo en las materias que indica la ley; y (ii) en ningún caso puede enervar la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

58. De este modo, la potestad normativa no sólo debe respetar la ley que le confiere la facultad, sino que el conjunto del ordenamiento jurídico superior. Asimismo, cuando un *ente autónomo* dicta una disposición determinada, debe adecuarse fielmente a la ley que concede la potestad, subordinándose sustantiva y adjetivamente a las normas superiores, como son las normas de la Carta Fundamental, de la ley y del reglamento⁶².

59. La subordinación de las instrucciones generales del TDLC a normas reglamentarias -o de una potestad normativa de rango constitucional- es de antigua data. Así, en *Fundación Chile Ciudadano c. CAR S.A.*, el TDLC refrendó que un *nuevo régimen jurídico* -que incluso comprenda potestad normativa de entes autónomos del sector financiero⁶³- tiene la aptitud de derogar una instrucción de carácter general:

Que, sin perjuicio de lo expuesto, es necesario reconocer que la dictación de la Ley N° 19.955, que modificó la Ley del Consumidor, y las normas dictadas por el Banco Central y la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras derogaron tácitamente la Resolución N° 666. Sin embargo, esta derogación opera hacia el futuro, esto es, ya sea desde la vigencia de la señalada Ley N° 19.955 o desde la vigencia de la nueva normativa impartida por los órganos ya mencionados⁶⁴.

⁶¹ División Jurídico-Legislativa, Ministerio Secretaría General de la Presidencia (SEGPRES). *Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle*, (Santiago, 2000), T. II, p. 197.

⁶² Jorge Streeter, *Potestad Normativa de Entes Públicos Autónomos*, Materiales de Clase, Facultad de Derecho, (Universidad de Chile, Santiago, 1986), p. 5.

⁶³ Sobre el particular, *vid.* Arturo Fermandois, "Naturaleza jurídica de los acuerdos del Banco Central y su conflicto con la Ley de Quiebras", *Revista Chilena de Derecho*, (Universidad Católica de Chile, Santiago, Vol. 22, N° 3, 1995), p. 375.

⁶⁴ TDLC, Sentencia N° 41/2006, *Demanda de Fundación Chile Ciudadano y otro c. Car S.A.*, 27 de julio de 2006, rol C 73-05, C. 17°. En el resuelvo 3° de dicha sentencia, el TDLC ratifica la subordinación al reglamento, al resolver que:

3°.- Declarar que, en lo sucesivo, CAR S.A. deberá actuar en la materia a que se refiere la Resolución N° 666, de fecha 23 de octubre de 2002, *conforme a la nueva normativa legal y reglamentaria que regula la obligación de información de quienes otorgan crédito al público en general*, o las normas que las reemplacen,

60. Recientemente, al revisar el TDLC la ICG N° 1/2006 tras modificaciones efectuadas a la normativa legal y reglamentaria sobre compras públicas, se reiteró la subordinación de la potestad normativa del DL 211 a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, por la jerarquía de ésta sobre aquella:

la existencia de reglas muy numerosas, dispersas, inconsistentes o simplemente superpuestas entre sí, incrementan los costos de cumplimiento y fiscalización. Es por ello que, se afirma, las reglas deben ser pocas y claras, de manera que resulta, en principio, necesario y conveniente evitar las contradicciones y duplicidades que se puedan producir y que, de hecho, se están produciendo entre la aplicación Instrucción 1/2006 y la aplicación de la normativa de compras, en lo relativo al mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios. *Ello resulta especialmente válido cuando, como en la especie, los principios de especialidad y de jerarquía normativa podrían conducir a conclusiones diversas en los casos en los que sea necesario decidir si debe primar el Reglamento o la Instrucción 1/2006;*

Que, por lo tanto, es preciso analizar cuáles de los aspectos regulados en la Instrucción N° 1/2006 están también previstos en la normativa de compras públicas para, en definitiva, *ajustar la primera a la segunda*, o bien, ejercer la facultad establecida en el artículo 18 N° 4, de recomendar la modificación, derogación o dictación de preceptos legales o reglamentarios, según corresponda⁶⁵

61. De esta forma, en caso de antinomia entre las instrucciones del TDLC y otras normas de órganos con potestades normativas habrá que atender en el caso concreto a la competencia otorgada por la ley a cada uno de estos órganos, que en caso del TDLC dice relación con los actos y contratos que ejecuten los particulares que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella. Subsidiariamente, y confirmando la subordinación de la ICG al reglamento, no se puede excluir el ejercicio de la potestad *propositiva* reconocida al TDLC en el artículo 18 N° 4 del DL 211.

por lo que se deja expresamente sin efecto, a contar de esta fecha, la referida Resolución N° 666. (las cursivas son nuestras).

⁶⁵ TDLC, Instrucciones de Carácter General N° 3/2013, rol NC N° 409-12, *Modifica instrucciones de carácter general N° 1/2006 para el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, aplicables a todo el territorio nacional*, 21 de marzo de 2013, C. 8° y 9°. Las cursivas son nuestras.

62. En resumen y en términos generales, la potestad normativa del TDLC es una potestad equivalente a aquéllas de las superintendencias; se encuentra establecida por ley; obliga sólo a los particulares; su ámbito de competencia se encuentra delimitado por el ámbito de competencia del TDLC y tiene una jerarquía inferior a la ley y al reglamento.

e. Coordinación entre la regulación de telecomunicaciones y el derecho de la competencia

63. Expuesto lo anterior, es tal vez en la regulación de las telecomunicaciones dónde más se aprecia la importancia y conexión con la legislación sobre libre competencia. En efecto, al TDLC le corresponde un rol fundamental en determinar la calificación de las condiciones de competencia en el sector, como lo hiciera en el *Informe N° 2/2009*⁶⁶. Dicha potestad, contenida en una *ley especial* (Art. 18, N° 5, DL 211), atribuye al TDLC un rol informativo que puede motivar la regulación o liberalización de las tarifas de los servicios públicos de telefonía local y de larga distancia (artículo 29, ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones - LGT).

64. Adicionalmente, y sin perjuicio de distintas conductas descritas en la LGT como *contrarias a la competencia*⁶⁷, esa legislación alude específicamente al rol de los órganos de la competencia al describir la institucionalidad del sector en el artículo 6°, delimitando la interpretación técnica que efectúa la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL), de las potestades y funciones del DL 211, en este caso, el TDLC:

Corresponderá al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la aplicación y control de la presente ley y sus reglamentos.

Le competará además, exclusivamente, la interpretación técnica de las disposiciones legales y reglamentarias que rigen las telecomunicaciones.

El control de todo o parte de las telecomunicaciones, durante estados de excepción constitucional, estará a cargo del Ministerio de Defensa Nacional,

⁶⁶ Para ver las decisiones anteriores, *vid.* Francisco Agüero "La Calificación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como Condición de la Libertad o Regulación de Tarifas de Telecomunicaciones", en *Boletín Latinoamericano de Competencia*, (N° 18, 2004). Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_18_1.pdf (última visita: 10 de julio de 2013).

⁶⁷ Es el caso de los artículos 8, 24 H y 36 bis de la Ley General de Telecomunicaciones.

en la forma establecida en la legislación correspondiente, *sin perjuicio de las facultades propias de los tribunales de justicia y de los organismos especiales creados por el decreto ley N° 211, de 1973* (las cursivas son nuestras)

65. La Contraloría General de la República ha reconocido dicho límite, señalando que, de acuerdo al artículo 6° de la LGT, corresponde a la SUBTEL determinar el sentido de las disposiciones que informan el *marco regulatorio técnico* de las telecomunicaciones⁶⁸.

66. Ciertamente, la referencia que hace la LGT a las facultades *propias* de los órganos de la libre competencia obliga al reconocimiento de la potestad normativa del TDLC, como una facultad que dicho órgano puede ejercer en plenitud, con los límites de la LGT *más* los señalados precedentemente.

67. En la misma línea, que evidencia la coordinación entre la competencia y la regulación (SUBTEL), se aprecia en reglamentos sobre telecomunicaciones dictados tras recomendaciones por los órganos de la competencia, como es el caso del *Reglamento que regula las condiciones en que pueden ser ofrecidas tarifas menores y planes diversos por los operadores dominantes del servicio público telefónico local necesarias para proteger los intereses y derechos de los usuarios*, D.S. N° 742, de 2003, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, reiterando el ámbito de la *autoridad respectiva* –léase, administrativa. Así, se observa en los considerandos de dicho reglamento lo que sigue:

c) Que mediante la resolución N° 709, de 2003, la Honorable Comisión Resolutiva estimó necesario aclarar su resolución N° 686, en el sentido de reafirmar que las condiciones de mercado no están dadas para autorizar una libertad tarifaria, por lo que debe fijarse una tarifa, la que debe entenderse como máxima, sin perjuicio de que pueden ofrecerse tarifas menores o planes diversos, pero las condiciones de los mismos que protejan y garanticen debidamente a los usuarios frente a los operadores dominantes del mercado debe ser materia de regulación *por la autoridad respectiva* (las cursivas son nuestras)

68. Pero la coordinación entre normas que desarrollen y complementen la legislación de telecomunicaciones – reglamentos- y las normas y potestades que emanan del DL 211 obliga a señalar que sí existen materias que son del ámbito exclusivo de la SUBTEL y aquéllas que no pueden serlo, viéndose inhibida su actuación, por ejemplo, para imponer el contenido de relaciones

⁶⁸ Contraloría General de la República, Dictamen N° 26505/2002, de 15 de julio de 2002.

contractuales de empresas concesionarias, como ha resuelto la Contraloría General de la República⁶⁹.

69. Al contrario, y en armonía con el artículo 18 número 3 del DL 211 y el artículo 6° de la LGT, el TDLC sí cuenta con habilitación normativa expresa para dictar regulaciones imperativas que *deben* considerarse por los particulares en los *actos o contratos* que ejecuten o celebren – típicamente una materia del 19 N° 21 de la Constitución- ; mientras que carece de dicha atribución para establecer el marco regulatorio técnico de la industria en comento.

70. Como puede desprenderse de los ejemplos de instrucciones de carácter general dictadas para el sector eléctrico⁷⁰, la potestad normativa del DL 211 se ha ejercido por los órganos de la competencia ante: (i) ausencia de regulaciones que pudieran afectar la competencia; (ii) existiendo regulaciones sectoriales, las instrucciones preexistentes perviven en todo lo no cubierto por dicha norma reglamentaria, (iii) abarcando aspectos contractuales de quienes son regulados por la instrucción (verbigracia: compra de un insumo y modalidad de adquisición, pese a existir precios regulados, y el traspaso del menor precio en la compra al usuario), y (iv) finalmente, complementando las regulaciones dictadas incluso en cumplimiento de instrucciones previas.

71. Confirma lo anterior lo expresado por la doctrina, la cual considera que, para el caso de mercados regulados, el espacio para la dictación de instrucciones de carácter general permite complementar la regulación sectorial existente:

⁶⁹ *Id.*, en el que se precisa que: “*en el evento de entender que las firmas a que se refiere [el artículo 35, Decreto N° 425, de 1996, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Reglamento del Servicio Público Telefónico] se encuentran obligadas a establecer relaciones contractuales determinadas, se vulneraría la garantía constitucional establecida en el N° 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental, por cuanto limitaría la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, al margen de que el cuerpo reglamentario citado tiene por objeto, de acuerdo a la letra e) de sus considerandos, "aclarar y precisar los derechos y obligaciones de los suscriptores del servicio público telefónico, respecto de las concesionarias de servicio público telefónico..."*, y *no regular las relaciones contractuales que las empresas concesionarias para prestarlo, las cuales se sujetan a las normas generales*”. Las cursivas son nuestras.

⁷⁰ Al respecto, ver las siguientes resoluciones de la Comisión Resolutiva: Resolución N° 488, de 1997, sobre *Integración Vertical en el SIC*; Resolución N° 620, de 2001, *Denuncia de Edelnor con Emelari y otros*; y Resolución N° 667, de 2003, sobre *Integración Vertical II*.

en lo tocante a los mercados regulados, creemos que las Instrucciones Generales pueden *complementar la regulación reglamentaria* en aquellos ámbitos que ésta última ha dejado para la libre actuación de los agentes económicos regulados⁷¹.

72. De este modo, se aprecia que, para los órganos de la competencia, ante la dictación de ICG, ellas perviven en todo lo no incompatible con normas posteriores especiales y de jerarquía superior.

73. Esta regulación, sin embargo, estará limitada por las características propias de la potestad normativa del TDLC y por su carácter de regulación *general*. Así, la ICG podrá regular la industria de las telecomunicaciones estableciendo deberes sobre los actos y contratos que celebren las empresas concesionarias si: (i) persigue la promoción de la competencia y tiene un rol preventivo general de posibles conductas contrarias al DL 211, más que un rol correctivo o represivo particular⁷²; y (iii) no implica invasión del ámbito propio de la SUBTEL, como es el marco regulatorio *técnico* de las telecomunicaciones (Art. 6°, LGT).

III. EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE UNA INSTRUCCIÓN DE CARÁCTER GENERAL DEL TDLC

a. La iniciativa normativa del TDLC es discrecional

74. Como lo ha resuelto el TDLC al determinar si procede o no iniciar la tramitación de un procedimiento de dictación de una ICG, esta potestad normativa contemplada en el artículo 18 N° 3, y con un procedimiento reglado, es de carácter discrecional, no estando obligada a iniciarla si le es solicitada, y pudiendo hacerlo “si lo estima pertinente”:

la dictación de instrucciones de carácter general es una *potestad discrecional* de este Tribunal de modo que esta magistratura no está obligada a dar inicio a

⁷¹ Velozo y González, n. 32, p. 55. Las cursivas son nuestras.

⁷² Dicho rol preventivo de la potestad normativa del TDLC se colige de los artículos 1°, 2° y 3° del DL 211, en la actividad de *promover* la libre competencia, y la posibilidad de adoptar medidas *preventivas, correctivas* o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

un proceso conducente a su dictación a solicitud de parte, sin perjuicio de su facultad de hacerlo *si lo estima pertinente*⁷³.

75. Adicionalmente, el TDLC es quien juzga si los antecedentes presentados por la FNE o el solicitante son o no suficientes como para dar inicio a la tramitación de una ICG:

Que este Tribunal *estima* que los antecedentes presentados como fundamento de la petición no son suficientes para justificar el inicio de un procedimiento no contencioso⁷⁴.

76. Sobre el particular, Valdés ha precisado que “queda entregada a la discrecionalidad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la oportunidad, contenidos y alcances de la respectiva actividad reglamentaria, naturalmente que todo ello dentro de un marco de respecto no sólo del decreto Ley 211, sino que de todo el orden jurídico”⁷⁵.

77. De este modo, el poder del TDLC para dictar instrucciones de carácter general resulta discrecional. La discrecionalidad es, para Arancibia, la “facultad atribuida por ley a un órgano de la Administración del Estado, para que éste, frente a una determinada situación que motive su actuar, pueda adoptar libremente, y dentro de los márgenes que le fija el ordenamiento jurídico, la decisión que estime más razonable, conveniente, oportuna, eficaz, y proporcionada de acuerdo a los antecedentes que la justifican, evitando así incurrir en un acto u omisión arbitrario”⁷⁶.

78. De acuerdo con Sánchez la discrecionalidad puede clasificarse en política o técnica. A su juicio estamos ante la discrecionalidad política:

⁷³ TDLC, Resolución intermedia, *Solicitud del Sr. Carlos Sottolichio Urquiza y otro sobre dictación de Instrucción General*, rol NC N° 381-10, 7 de julio de 2010. Las cursivas son nuestras. En idéntico sentido, TDLC, Resolución intermedia, *Solicitud de dictación de Instrucción General sobre transacciones con tarjetas bancarias de crédito y/o débito*, rol NC N°412-12, 9 de enero de 2013.

⁷⁴ TDLC, Resolución intermedia, *Solicitud de dictación de Instrucción General sobre transacciones con tarjetas bancarias de crédito y/o débito*, rol NC N°412-12, 9 de enero de 2013.

⁷⁵ Domingo Valdés, “¿Es constitucional la potestad reglamentaria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia?”, en *Ius Publicum*, (Universidad Santo Tomás, Santiago, 2004, N° 13), p. 109.

⁷⁶ Jaime Arancibia, “Concepto de discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia emanada del recurso de protección”, *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile, Santiago, 1996, N° 60), pp. 104-105.

[C]uando, de manera expresa o (normalmente) implícita, se atribuye o reconoce un margen de decisión propia a las autoridades competentes para que adopten una decisión valorando los aspectos y consecuencias políticas de la misma, incluida su propia estimación subjetiva o ideal de la solución correcta⁷⁷

79. A continuación, dentro de la discrecionalidad política el mismo autor identifica a la discrecionalidad reglamentaria, esto es, aquellos casos en que se aprueban normas que innovan el ordenamiento jurídico, dentro de los límites de la ley, tal como ocurre en la potestad normativa del TDLC. Sánchez también reconoce que, frecuentemente, discrecionalidad política y discrecionalidad técnica se combinan en una misma decisión, y así sucede “*si ésta se adopta teniendo en cuenta criterios de oportunidad política, pero sobre la base de estudios e informes técnicos preceptivos*”⁷⁸.

80. De este modo, podemos afirmar que la discrecionalidad opera cuando en determinadas circunstancias de hecho la autoridad administrativa puede, libremente, decidir y tomar tal o cual medida, igualmente justas (como dos soluciones económicas) o jurídicamente indiferentes, para que se cumplan oportuna y eficazmente los medios y el momento -oportunidad- de su actividad, dentro de los fines que señala la ley. En la decisión que toma, el órgano no está obligado a seguir algún criterio o norma preexistente. Ahora bien, la discrecionalidad, a diferencia de las potestades regladas, reconoce límites jurídicos relativos, pero inmutables e invariables (como son los principios generales del derecho: razonabilidad, buena fe, finalidad, igualdad) y límites técnicos, concretos, pero mutables y variables⁷⁹.

b. La elaboración de una ICG es un procedimiento reglado

81. Como expusimos más arriba, a propósito del control de constitucionalidad, un aspecto que consideró en forma explícita el Tribunal Constitucional en su sentencia fue el carácter *detalladamente reglado* en la forma de ejercitar la potestad, mediante un procedimiento 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 su opinión”. De lo anterior fluye que el aspecto *procedimental* en la elaboración de

⁷⁷ Miguel Sánchez, *Derecho Administrativo. Parte General*. (Tecnos, Madrid, 2ª ed., 2006), p. 90.

⁷⁸ *Id.*, p. 91.

⁷⁹ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000), pp. 509 y ss.

una ICG no fue cuestión baladí para dicho Tribunal sino que esencial⁸⁰, lo que basaba la legitimidad procedimental de la actuación judicial regulatoria⁸¹.

82. De acuerdo al DL 211, el procedimiento para elaborar una instrucción de carácter general debe someterse a las reglas contenidas en el artículo 31° de dicha ley, a partir de la ley N° 19.911⁸². Por lo mismo, éste es un procedimiento que contempla etapas, plazos y solemnidades en el marco de un *iter* destinado a ponderar si el TDLC debe o no dictar una ICG, con *garantías básicas*, análogas a las dispuestas en la Ley N° 19.880 para los actos administrativos⁸³.

83. Ahora bien, en contraste con la potestad normativa de una superintendencia⁸⁴ (y de la propia potestad reglamentaria del Presidente de la República), la potestad regulatoria del TDLC sí se sujeta a un procedimiento establecido. De igual forma, es manifiesto que la dictación de una ICG contempla un extenso análisis y motivación jurídico-económica, sin duda mayor al que se observa –al menos, públicamente– en una normativa emitida por una superintendencia o por la potestad reglamentaria del Presidente.

84. La elaboración de una ICG debe cumplir formalidades, que contemplan publicidad, participación, motivación y control en la decisión del TDLC. Por un lado tenemos límites formales, y por otro, límites asociados al principio de legalidad, no pudiéndose infringir la jerarquía normativa ni invadir materias con reserva legal. Tampoco podrá exceder su habilitación legal ni contemplar una irretroactividad desfavorable⁸⁵.

85. El procedimiento del artículo 31° del DL 211 es el procedimiento *común* aplicable, además, para el ejercicio de la potestad consultiva del TDLC (Art. 18 N° 2, DL 211) y la elaboración de informes requeridos por leyes especiales (Art. 18, N° 5, DL 211). Al ser un procedimiento común a tres potestades del

⁸⁰ Tribunal Constitucional, rol N° 391, 7 de octubre de 2003, C. 13.

⁸¹ Velozo y González, n. 32, p. 57.

⁸² Con anterioridad a dicha ley, el DL 211 no contemplaba un procedimiento para dictar ICG.

⁸³ José Pedro Silva, *Informe en Derecho*, (Santiago, 28 de marzo de 2011), agregado a fojas 3296-3335 de los autos rol NC N° 386-10, p. 12.

⁸⁴ Camacho, n. 59, p. 431

⁸⁵ Ramón Martín Mateo, *Manual de Derecho Administrativo* (Thomson Aranzadi, 24ª. Ed., Madrid, 2005), pp. 109-110.

TDLC, no se aplica lo dispuesto en el artículo 31, N° 2 del DL 211⁸⁶, exclusivo del ejercicio de la potestad consultiva.

86. Por otra parte, en lo no previsto en el mentado artículo 31°, el TDLC no ha previsto regular la elaboración de una ICG mediante un auto acordado, a diferencia de lo ocurrido con la potestad consultiva⁸⁷.

87. A su vez, el procedimiento de elaboración de una instrucción de carácter general, establecido en el artículo 31 del DL 211, es distinto del que se utiliza para sancionar una infracción a dicha ley, siendo así independiente del procedimiento jurisdiccional⁸⁸.

88. Este procedimiento tiene las características que expondremos a continuación:

c. La tramitación de una ICG puede iniciarse a solicitud de parte, de la FNE o de oficio por el TDLC

89. La jurisprudencia del TDLC ha resuelto que la tramitación de una ICG puede iniciarse por solicitud de parte interesada, por petición de la FNE⁸⁹ o de oficio por el TDLC⁹⁰. Ahora bien, siendo una potestad discrecional, y a

⁸⁶ Por ende, tampoco es aplicable el inciso 2° del N° 3 del artículo 18°, DL 211.

⁸⁷ Vid. TDLC, Auto Acordado N° 12/2009, *Sobre información relevante para el control preventivo de operaciones de concentración*; 20 de marzo de 2009, y TDLC, Auto Acordado N° 5 /2004, *sobre forma de tramitación de demandas o requerimientos, por un parte, y de consultas, por la otra, cuando recaigan sobre unos mismos hechos, en relación con la aplicación del procedimiento denominado "no contencioso" del artículo 31 del texto en vigor del Decreto Ley N° 211, 22 de julio de 2004.*

⁸⁸ TDLC, Resolución intermedia, *Demanda de Comasa contra Capel*, Rol C N° 186-09, 4 de mayo de 2009, C. 4°:

“Que, como excepción subsidiaria de corrección del procedimiento, la demandada argumenta que la petición de COMASA, referida a la dictación de instrucciones de carácter general en materia de cooperativas, corresponde a una materia propia del procedimiento no contencioso, regulado en el artículo 31 del D.L. N° 211, por lo que no procedería un procedimiento infraccional como el iniciado por la demandante, pidiendo se rechace dicha solicitud”.

⁸⁹ TDLC, Resolución intermedia, *Solicitud de la Fiscalía Nacional Económica sobre dictación de instrucciones generales (mercado distribución estrenos cinematográficos)*, rol NC 124-06, 28 de marzo de 2006, C. 1°.

⁹⁰ TDLC, Resolución intermedia, *Procedimiento para la dictación de Instrucción General sobre los efectos en la libre competencia de la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía "Tarifas on-net / off-net"*, rol NC 386-2010, 21 de diciembre de 2010.

diferencia de cuando ésta es solicitada por la FNE o un interesado, en que conoce de una petición, su iniciación *motu proprio* por el TDLC lo obliga a motivarla razonada y latamente, como puede observarse en la resolución que inició el procedimiento que concluyó con la ICG N° 2/2012, en lo referente a las diferencias de tarifas *on-net/off-net*.

90. La solicitud para iniciar el procedimiento del artículo 31° del DL 211 debe ser fundada⁹¹, y la potestad debe ser utilizada, a juicio del TDLC, en casos *especialmente calificados*⁹².

91. La calificación de los motivos para iniciar el procedimiento reglado para dictar o modificar una ICG puede ser por la necesidad de abordar cambios regulatorios o en las condiciones de mercado⁹³, decisiones reiteradas del TDLC que hayan sancionado prácticas restrictivas a la competencia o que se hayan pronunciado respecto de consultas o informes requeridos por leyes especiales⁹⁴, entre otros.

d. Es un procedimiento que se inicia por una resolución fundada del TDLC que fija el ámbito de la discusión regulatoria

92. En términos procedimentales, la tramitación para dictar una ICG se inicia con una resolución fundada del TDLC, que expone someramente los motivos legales y fácticos para iniciar el procedimiento⁹⁵. Ahora bien, si el procedimiento se inicia de oficio por el TDLC, sin que medie una petición de la FNE o de un interesado, lógicamente la resolución debe fundarse con mayor intensidad que en las circunstancias señaladas en el ¶ 89 anterior.

⁹¹ TDLC, Resolución intermedia, *Consulta de FEDELECHE F.G. sobre Información disponible para Agentes del Mercado Lechero*, rol NC N° 342-09, 22 de julio de 2009: “ni la consultante ni la Fiscalía Nacional Económica han aportado antecedentes que, a juicio de este Tribunal, sean suficientes para iniciar un procedimiento con el fin de dictar una Instrucción de Carácter General”.

⁹² TDLC, Resolución intermedia, *Solicitud de dictación de Instrucción General sobre transacciones con tarjetas bancarias de crédito y/o débito*, rol NC N°412-12, 9 de enero de 2013.

⁹³ TDLC, Resolución intermedia, *Procedimiento sobre modificaciones a las Instrucciones de carácter general N°1/2006*, rol NC 409-12, 30 de agosto de 2012.

⁹⁴ *Vid.* los decretos de inicio del procedimiento de la ICG N° 2/2012.

⁹⁵ TDLC, Resolución intermedia, *Procedimiento para la dictación de Instrucción General sobre los efectos en la libre competencia de la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía "Tarifas on-net / off-net"*, 21 de diciembre de 2010, rol 386-10, y TDLC, Resolución intermedia, rol NC 389-11, 8 de enero de 2011.

93. La resolución que inicia el procedimiento de dictación de una ICG (un *decreto*), tras exponer su motivación, fija los términos de la norma que cuya elaboración se analizará por el TDLC. De este modo, en todas las resoluciones que han iniciado procedimientos de elaboración de una ICG, el TDLC expresamente ha acotado el ámbito de la regulación en discusión, como se ve a continuación:

Téngase por presentada la solicitud de la Fiscalía Nacional Económica de fecha 18 de octubre de 2005, en orden a dictar instrucciones de carácter general para el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios⁹⁶.

Dése inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31° del texto en vigor del Decreto Ley N° 211, respecto del ejercicio de la facultad establecida en el artículo 18 N° 3 del mismo cuerpo legal, sobre los efectos en la libre competencia de la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía, según la red de destino de las llamadas (tarifas on-net / off-net)⁹⁷.

Dése inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31° del D.L. N° 211, respecto del ejercicio de la facultad establecida en el artículo 18 N° 3 del mismo cuerpo legal, sobre los efectos en la libre competencia de la oferta conjunta de servicios de telecomunicaciones⁹⁸

Dese inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31° del D.L. N° 211, sobre Modificaciones a las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006, para el Mercado de la Recolección, Transporte y Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios, Aplicables a Todo el Territorio Nacional⁹⁹.

94. De lo anterior se colige que el TDLC al dictar esta resolución ya está determinando, en parte, el contenido del resultado del procedimiento. En efecto, el TDLC no podría dictar una instrucción general sobre una materia que no fue la contemplada en el *decreto* de inicio del procedimiento, porque malamente podrían los interesados aportar antecedentes sobre una posible

⁹⁶ TDLC, Resolución intermedia, *Solicitud de la Fiscalía Nacional Económica sobre dictación de instrucciones generales (mercado residuos sólidos domiciliarios)*, Rol NC 98-05, 19 de octubre de 2005.

⁹⁷ TDLC, Resolución intermedia, *Procedimiento para la dictación de Instrucción General sobre los efectos en la libre competencia de la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía "Tarifas on-net / off-net"*, rol 386-10, 21 de diciembre de 2010.

⁹⁸ TDLC, Resolución intermedia, 8 de enero de 2011, *Solicitud de la Fiscalía Nacional Económica de instrucciones de carácter general respecto de ofertas conjuntas de servicios de telecomunicaciones*, rol NC 389-11.

⁹⁹ TDLC, Resolución intermedia, *Procedimiento sobre modificaciones a las Instrucciones de carácter general N°1/2006*, rol NC 409-12, 30 de agosto de 2012.

regulación ajena al procedimiento. Además, está limitando el tipo de razones y argumentaciones que los interesados pueden hacer valer en el desarrollo del procedimiento. De este modo, el decreto fija la *competencia* regulatoria del procedimiento de dictación de la ICG.

e. Es un procedimiento público

95. De acuerdo al artículo 31°, N° 1 del DL 211, el “decreto” que inicia del procedimiento de elaboración de una ICG se debe publicar en el Diario Oficial, así como en el sitio de Internet del TDLC, junto con notificarse, por oficio, a la FNE, a las autoridades que estén directamente concernidas y a los agentes económicos que, a juicio exclusivo del TDLC, estén relacionados con la materia, para que, si así lo estiman, puedan aportar antecedentes al expediente¹⁰⁰. Como se ve, esta participación en la elaboración de una norma general guarda similitud con el trámite de *información pública* de la Ley N° 19.880¹⁰¹.

96. La publicidad del procedimiento no se acota con el decreto que inicia la tramitación de una posible ICG, sino que también alcanza al expediente, para lo cual el TDLC debe arbitrar que siempre los *intervinientes* puedan imponerse de aquél.

97. Posteriormente, el procedimiento considera una audiencia pública, para que expongan los intervinientes, la cual debe citarse también mediante una publicación en el Diario Oficial y en la página web del TDLC (Art. 31, N° 3, DL 211).

98. Un aspecto a destacar de las ICG es la publicidad del procedimiento para su elaboración, así como del contenido de la misma, todo lo cual contrasta con la regulación sectorial que pudiera adoptar una superintendencia¹⁰², garantizando la participación de los afectados e incluso contemplando mecanismos de control.

¹⁰⁰ El artículo 31, N° 1 del DL 211 contempla también publicaciones en periódicos locales si se trata de materias relacionadas especialmente con zonas determinadas.

¹⁰¹ Aunque ha sido un trámite escasamente utilizado por la Administración, con la exigencia de dicha ley.

¹⁰² Camacho, n. 59, p. 432.

f. Es un procedimiento participativo

99. Como se indicó más arriba, de acuerdo al artículo 31, N° 1 del DL 211, las publicaciones y notificaciones que ordena efectuar el TDLC buscan que tanto la FNE –como representante del interés económico–, las autoridades públicas concernidas y los agentes económicos que así lo estimen, tengan el derecho de aportar *antecedentes* al procedimiento.

100. Pese a que pudiere creerse que la participación es acotada solamente a quienes el TDLC notifica el decreto (FNE, autoridades que estén directamente concernidas y a los agentes económicos que, a juicio exclusivo del Tribunal, estén relacionados con la materia), el DL 211 establece, además, que también pueden aportar antecedentes y opinar en él, ellos y “*quienes tengan interés legítimo*”, lo que da cuenta de un elevado número de actores que puede participar y opinar. Por lo tanto, la calidad de interviniente no está restringida a aquellos que han sido notificados del procedimiento, sino que también incluye a los que hayan tomado conocimiento mediante las publicaciones respectivas siempre que, además, intervengan aportando antecedentes.

101. Ahora bien, en el entendido de procedencia de recursos contra la ICG (*vid infra*), el número de partícipes da cuenta también de quienes tendrían legitimidad para deducirlo, a saber: el o los consultantes, el Fiscal Nacional Económico y cualquiera de los terceros que hubieren aportado antecedentes al procedimiento de dictación de una ICG (Art. 31°, inc. final, DL 211).

102. El procedimiento de elaboración de una ICG contempla así la participación de los reguladores sectoriales (i.e., Subsecretaría de Telecomunicaciones), de la FNE, de empresas afectadas, consumidores, etc. Todos ellos pueden ser escuchados, habiéndose tomado en cuenta sus aportes en la elaboración de la ICG por el TDLC.

103. Con lo anterior, se aprecia que el TDLC recibe, durante la tramitación de la ICG, antecedentes legales, fácticos (de hecho, técnicos y económicos) y opiniones de los intervinientes (solicitantes, autoridades administrativas, asociaciones gremiales o de consumidores y eventuales afectados), todo lo

cual le permite fundar mejor su decisión, contenida en la ICG, tras el debate promovido por este tipo de procedimientos¹⁰³.

g. Es un procedimiento que contempla una audiencia pública

104. Además de acompañar antecedentes al procedimiento, los intervinientes en el proceso (i.e., quienes hubiesen aportado antecedentes, pese a no haber sido notificados), tienen el derecho a participar en la audiencia pública que al efecto convoque el TDLC, vencido los plazos señalados en el DL 211, para que puedan manifestar su *opinión* (Art. 31, N° 3, DL 211)¹⁰⁴.

105. El hecho que distintas visiones puedan ser expuestas en el procedimiento, tanto por escrito como oralmente (en la audiencia pública), permite que el contenido de la instrucción dé cuenta de diversos aspectos de hecho, de derecho y económicos que configurarán la ICG, en un debate público, dialéctico y contradictorio entre los interesados que intervienen en el expediente.

106. Este rasgo procedimental fue puesto de relieve en la tramitación de la Ley N° 19.911, al afirmarse que “se establece un procedimiento sumario, en que se franquea la posibilidad de que concurren terceros para los efectos de que puedan ser escuchados cuando se va a tomar este tipo de medidas por el tribunal. La idea es tener la mayor transparencia y posibilidad para los efectos de que los terceros involucrados puedan conocer de la materia y ser escuchados”¹⁰⁵.

h. El TDLC tiene un rol inquisitivo para obtener antecedentes para la mejor elaboración de la ICG

107. Si bien el procedimiento ante el TDLC promueve que los terceros interesados y autoridades respectivas puedan exponer los antecedentes de que disponen, esto no inhibe al TDLC de requerir información *motu proprio* a

¹⁰³ Pedro Pierry, “Las audiencias públicas”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, (Valparaíso, N° XIII, 1989 - 1990), p. 166.

¹⁰⁴ Ahora bien, se colige de lo expuesto por Pierry que ésta no sería propiamente una audiencia pública, que permita “la máxima publicidad”, sino que está acotada por la participación en el procedimiento y la eventual legitimación que pondere el TDLC, *Id.*, p. 169.

¹⁰⁵ Biblioteca del Congreso Nacional, n. 10, p. 580.

los. Así, conforme lo preceptuado en el N° 4 del artículo 31° del DL 211, el TDLC puede recabar y recibir de oficio o a petición de parte, los antecedentes que estime pertinentes para la elaboración de la ICG, como ocurrió reiteradamente durante la tramitación de la ICG N° 2/2012, bajo apercibimientos, incluso.

i. Es un procedimiento que termina con una resolución motivada

108. Terminado el procedimiento contemplado en el artículo 31° del DL 211, el TDLC emite –si así lo estima, tras evaluar los antecedentes acompañados en el expediente– una resolución de término, la cual deberá, motivadamente, desechar la dictación de una ICG, o bien, establecer el contenido de la misma. Es solo en este último caso en que la resolución será propiamente una instrucción general. Como es sabido, el TDLC ha dictado tres instrucciones de carácter general, y desechado *ad limine* las solicitudes de dictación de otras tantas, sin que hasta la fecha se haya procedido a rechazar la dictación de una ICG tras concluirse el procedimiento del artículo 31° del DL 211.

109. La regla general en las normas administrativas dictadas por el Presidente de la República o por las superintendencias es que no deben cumplir con una motivación especial. Sin embargo, procedimiento de formación de las instrucciones de carácter general por el TDLC exige una decisión fundada.

110. En primer lugar, toda vez que la resolución inicial determina el contenido del procedimiento resulta lógico que la decisión final sea congruente con ésta. La forma de cumplir esta correspondencia es con una adecuada fundamentación de la resolución terminal, por aplicación de la obligación del artículo 8° de la Constitución. Luego, al motivarse la resolución, se reduce la discrecionalidad del TDLC¹⁰⁶.

111. En segundo lugar, esta necesidad de motivación viene exigida por el carácter público y participativo del procedimiento. Resultaría un sinsentido que la ley exija que el TDLC convoque a aportar antecedentes y opiniones y,

¹⁰⁶ Mauricio Duce, *Informe en Derecho: El estándar de convicción y los alcances del recurso de reclamación en el derecho de defensa de la libre competencia en Chile* (Santiago, 2007), p. 9. Disponible en: http://www.reformasprocesales.udp.cl/wp-content/uploads/2012/10/InformeenDerechoFNE_RevistaUDP2009.pdf (última visita, 19 de julio de 2013).

luego, éstas fueran indiferentes para la resolución final. Para darle entonces utilidad a los mecanismos de participación, la decisión terminal debe dar motivaciones que se hagan cargo de lo aportado por los intervinientes.

112. En tercer lugar, tratándose de una decisión discrecional, la necesidad de fundamentación está reforzada. En efecto, sólo mediante la motivación de los actos discrecionales es posible realizar un control efectivo de éstos. De acuerdo con Maurer

[P]ara la validez de una decisión discrecional son importantes, precisamente, las consideraciones discrecionales del órgano, y éstas sólo pueden ser declaradas, en último término por el propio órgano¹⁰⁷.

j. La ICG es publicada en el Diario Oficial, por su alcance general

113. Finalmente, la práctica ha sido que las ICG dictadas por el TDLC entren en vigencia solamente a contar de la fecha que sean publicadas en el Diario Oficial¹⁰⁸. Esta publicidad de la ICG no es exigencia del DL 211, y recuerda naturalmente el mandato del artículo 48 de la ley N° 19.880 de publicar en el Diario Oficial las “normas de general aplicación o que miren al interés general” (Art. 48, a), Ley N° 19.880) y “los que interesen a un número indeterminado de personas” (Art. 48, b), Ley N° 19.880).

IV. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD NORMATIVA DEL TDLC

a. Procedencia del control jurisdiccional

114. Como señalamos más arriba, al examinarse la constitucionalidad de la ley N° 19.911, el Tribunal Constitucional declaró que “el uso de la referida atribución [18 N° 3 DL 211] queda en todo caso sometida al control

¹⁰⁷ Hartmut Maurer, *Derecho Administrativo. Parte General*. (Marcial Pons, Madrid, 2011), p. 272.

¹⁰⁸ Cfr. TDLC, ICG N° 1/2006, *Solicitud de la Fiscalía Nacional Económica sobre dictación de instrucciones generales (mercado residuos sólidos domiciliarios)*, NC 98-05, 8 de junio de 2006; TDLC, ICG N° 2/2012, rol NC 386-10, 18 de diciembre de 2012, *Procedimiento para la dictación de Instrucción General sobre los efectos en la libre competencia de la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía "Tarifas on-net / off-net" y de las ofertas conjuntas de servicios de telecomunicaciones*, y TDLC, ICG N° 3/2013, rol NC 409-12, 21 de marzo de 2013, *Procedimiento sobre modificaciones a las Instrucciones de carácter general N°1/2006*.

jurisdiccional de los órganos competentes”¹⁰⁹. Así, al afirmar la constitucionalidad de esa disposición, la sentencia declara que lo efectúa precisamente “en el entendido de lo expresado en el considerando DECIMOCUARTO de esta sentencia”¹¹⁰, esto es, que hay control jurisdiccional de los tribunales y, además, la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema¹¹¹.

115. Sobre el particular, Valdés -antes de la reforma legal de 2009 al DL 211-, consideraba que contra la potestad normativa del TDLC eran procedentes los recursos de reposición, el recurso de protección, recurso de amparo económico y acciones de nulidad de derecho público¹¹². Por su parte, Grunberg afirma que contra una ICG procedía el recurso de reposición y el recurso de reclamación contemplado en el DL 211¹¹³.

116. Por estos días, la Corte Suprema conociendo de un recurso de hecho en contra de una resolución del TDLC sobre la procedencia de la reclamación contra una ICG, imbricando lo resuelto en su momento por el Tribunal Constitucional, ha razonado que:

Conforme al planteamiento del Tribunal Constitucional es claro que las denominadas “instrucciones de carácter general” tienen el alcance de una resolución de término emanada de un órgano jurisdiccional especial y, como tal, susceptible de ser revisada mediante el recurso de reclamación que conoce esta Corte Suprema en su calidad de superior jerárquico jurisdiccional, disciplinario y económico del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia¹¹⁴.

117. Ahora bien, una antigua jurisprudencia de la Corte Suprema -previa a la modificación de la Ley N° 20.361- rechazaba la posibilidad de interponer recursos de reclamación en contra de una instrucción general¹¹⁵, si bien en 2007, la Corte Suprema conoció de un recurso de queja contra la ICG N° 1/2006¹¹⁶.

¹⁰⁹ Tribunal Constitucional, rol N° 391, C. 13°.

¹¹⁰ *Id.*, declaración 5. Las mayúsculas son del original.

¹¹¹ *Id.*, C. 14°.

¹¹² Domingo Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, (Jurídica de Chile, Santiago, 2006), p. 689.

¹¹³ Grunberg, n. 49, p. 250.

¹¹⁴ Corte Suprema, *Recurso de hecho Tu Ves S.A.*, rol 269-2013, 11 de abril de 2013, C. 6°.

¹¹⁵ Corte Suprema, Rol N° 4355-2006, 28 de diciembre de 2006, C. 5°.

¹¹⁶ Corte Suprema, *Solicitud de la FNE sobre dictación de instrucciones generales*, rol 3948-2007, 31 de julio de 2007.

118. En dicho sentido, la Corte Suprema, al informar el proyecto de ley que creó el TDLC, señalaba que éste tendría no sólo una función represiva, sino también

funciones preventivas, consultivas y vinculantes, que hoy son propias de decisiones de las Comisiones Preventivas Regionales o Central (art. 14). De esta forma, *y sin recurso alguno* (art.18), puede absolver consultas sobre actos o contratos existentes o propuestos, *dictar instrucciones generales a las que deben ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieren atentar contra la libre competencia*, proponer al Gobierno derogaciones o reformas legales o reglamentarios¹¹⁷

119. Esta posición es compartida, con otro razonamiento, por Velozo y González, quienes rechazan la posibilidad de la procedencia de recursos de reposición y reclamación en contra de las ICG¹¹⁸.

120. En efecto, en materia de recursos jurisdiccionales en contra de decisiones del TDCL se produjo un cambio significativo el año 2009, con la ley N° 20.361¹¹⁹. Este cambio al artículo 31° del DL 211, basado parcialmente en la resolución que rechazó la fusión *D&S/Falabella*¹²⁰, contempló expresamente la posibilidad de interponer *solamente* el recurso de reclamación en contra las resoluciones *de término* dictadas en procedimientos no contenciosos:

Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. *Las resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27.* Dicho recurso deberá ser fundado y podrán interponerlo el o los consultantes, el Fiscal Nacional Económico y cualquiera de los terceros que hubieren aportado antecedentes de conformidad con lo dispuesto en el número 1. (las cursivas son nuestras).

¹¹⁷ Corte Suprema, Oficio N° 001471, Santiago, 20 de junio de 2002, en Biblioteca del Congreso Nacional, n. 10. Las cursivas son nuestras.

¹¹⁸ Velozo y González, n. 32, pp. 55-58.

¹¹⁹ El texto anterior del artículo 31, inciso final del DL 211, disponía que “Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones que fijen condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos podrán también ser objeto del recurso de reclamación.”. Alguna interpretación sostenía que no cabía el rechazo de la operación consultada, por lo que sólo cabía la reclamación en caso de *fijarse condiciones*.

¹²⁰ TDLC, Resolución 24/2008, *Consulta sobre Fusión de D&S y Falabella*, rol NC 199-07, 31 de enero de 2008.

121. Empero, como bien indica la sentencia *Tu Ves* de la Corte Suprema, la situación post-ley 20.361 en materia de recursos contra decisiones no contenciosas del TDLC es distinta.

122. En primer lugar, en la sentencia *Tu Ves* la Corte concluye que de lo argumentado por el Tribunal Constitucional en su STC 391/2003, se colige que las instrucciones de carácter general “tienen el alcance de una resolución de término emanada de un órgano jurisdiccional especial y, como tal, [es] susceptible de ser revisada mediante el recurso de reclamación que conoce esta Corte Suprema en su calidad de superior jerárquico jurisdiccional, disciplinario y económico” del TDLC¹²¹.

123. En segundo lugar, razona la Corte Suprema que después de la reforma de la Ley N° 20.361 al DL 211, el recurso de reclamación solo se excluye para los informes requeridos por leyes especiales (Art. 18 N° 5, DL 211), pero no para las instrucciones de carácter general, del artículo 18 N° 3 del DL 211¹²².

124. En tercer lugar, en un razonamiento *a minore ad maius*, la sentencia *Tu Ves* argumenta que, dado que la Corte Suprema puede conocer por vía de reclamación de una autorización singular de un hecho, acto o convención *específico*, con mayor razón ella puede conocer de una instrucción de carácter general¹²³.

125. Finalmente, junto con reconocer la naturaleza *compleja y técnica* de este tipo de asuntos¹²⁴, la sentencia culmina dando cuenta que el recurso de reclamación admitido es una manifestación *más* del hecho que *siempre* se ha podido conocer de recursos en contra de ICG por un ejercicio ilegal o abusivo (aunque como hemos visto, lo anterior no es pacífico):

Que finalmente es indiscutido que la potestad establecida en el numeral 3° del artículo 18 del Decreto Ley N° 211 siempre ha podido ser revisada por el Poder Judicial mediante la interposición de las respectivas acciones ante los

¹²¹ Corte Suprema, Recurso de Hecho, *Tu Ves S.A.*, Rol N° 269-2013, 11 de abril de 2013, C. 6°.

¹²² *Idem*, C. 7°.

¹²³ *Id.*, C. 8°.

¹²⁴ *Id.*, C. 9°: “El recurso de reclamación surge, por tanto, como la vía adecuada -atendida la naturaleza compleja y técnica de esta clase de asuntos- que tienen los agentes económicos para desafiar las decisiones que emanen de ese Tribunal al amparo de la facultad que se ha examinado”.

tribunales ordinarios de justicia, *si su ejercicio era acusado de ilegal o abusivo...*¹²⁵

126. Ciertamente, el recurso de hecho es fruto del rechazo del TDLC a admitir la reclamación interpuesta por Tu Ves S.A. contra la ICG N° 2/2012, por las razones expuestas primero en la resolución reclamada¹²⁶, y más extensamente, en el informe del TDLC a la Corte Suprema¹²⁷.

127. Por la tesis de la procedencia de recursos, Maturana y Mosquera exponen que *también* puede ser objeto del recurso de reclamación la sentencia definitiva dictada por el TDLC en un proceso de consulta o de dictación de instrucciones de carácter general¹²⁸.

128. Por su parte, el Ministro Sr. Juica también sostuvo que, respecto del procedimiento no contencioso de los números 2 y 3 del artículo 18 del DL 211, era admisible el recurso de reclamación en contra de las resoluciones de término, esto es, las que hacen concluir el procedimiento no contencioso¹²⁹.

129. Finalmente, el Presidente del TDLC ha admitido recientemente el control jurisdiccional de una ICG –precisamente en este caso– por la vía del recurso de reclamación, aunque exponiendo sus aprensiones al alcance de esta revisión¹³⁰.

¹²⁵ *Id.* Las cursivas son nuestras.

¹²⁶ TDLC, Resolución intermedia, rol NC 386-10, 3 de enero de 2013, que resuelve que “atendida la naturaleza de la facultad establecida en el numeral 3) del artículo 18 del D.L. N° 211, conferida por el legislador a este Tribunal, y el tenor literal del inciso final del artículo 31 del mismo cuerpo legal, que se refiere a resoluciones de término que “fijen o no condiciones”, las cuales, a juicio de este Tribunal, sólo pueden corresponder a aquellas emitidas en ejercicio de la facultad contenida en el numeral 2) del referido artículo 18, no ha lugar, por improcedente”.

¹²⁷ TDLC, Ordinario N° 47, 29 de enero de 2013.

¹²⁸ Mario Mosquera y Cristián Maturana, *Los Recursos Procesales*, (Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010), p. 43.

¹²⁹ Milton Juica, “Aspectos orgánicos en la jurisdicción del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y recursos procesales en el Decreto Ley N° 211 de 1973”, p. 37., en Hernán Díaz (ed.), *Tres Décadas. Testimonios y perspectivas sobre el ejercicio del Derecho*. (Santiago, 2011).

¹³⁰ Tomás Menchaca, *Novena cuenta pública del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, (Santiago, 13 de mayo de 2013), p. 15.

b. Alcance del control jurisdiccional de la potestad normativa del TDLC por vía del recurso de reclamación

i. El recurso de reclamación contra resoluciones del TDLC

130. El debate sobre el efecto y alcance de la sentencia de la Corte Suprema que conoce del recurso de reclamación ha sido persistente tras su instalación mediante la ley N° 19.911, primero respecto de las sentencias y, tras la reforma de la ley N° 20.361, respecto de las resoluciones de término de procedimientos no contenciosos¹³¹.

131. Como primera cuestión, el DL 211 no ha señalado cuál es la competencia o el alcance de la sentencia que se dicte por la Corte Suprema¹³², ora respecto de sentencias, ora respecto de resoluciones. La expresión utilizada por la ley *-reclamación-* es ocupada por el legislador al establecer mecanismos de impugnación en contra de actuaciones administrativas que por excepción “ejercen jurisdicción”¹³³.

132. Ciertamente, la denominación fue fruto del lenguaje de la Ley 13.305 y del DL 211, que así calificaban el recurso que conocía la Corte Suprema contra las decisiones *jurisdiccionales* de la Comisión Antimonopolios¹³⁴ y Comisión Resolutiva¹³⁵, respectivamente. La deficiencia, nota Juica, es que “no es apelación ni nulidad”¹³⁶, por lo que hay que concluir que se cumplen ambos fines, con lo que la Corte Suprema actúa como tribunal de instancia, conociendo tanto cuestiones de hecho como de derecho respecto de las decisiones jurisdiccionales que ejerce el TDLC.

¹³¹ *Verbigracia*, Duce, n. 106, pp. 14-21; Elina Cruz y Sebastián Zárate, “Building trust in antitrust: the Chilean case,” Eleanor M. Fox and D. Daniel Sokol (eds.) *Competition Law and Policy in Latin America*, (2009), p. 159; Agüero y Montt, n. 5.; Francisco Pfeffer “¿Tiene el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia facultades para no autorizar una fusión? (A propósito del frustrado caso de fusión de Falabella y D&S)”, *Revista Actualidad Jurídica*, (N° 18, 2008), entre otros.

¹³² Juica, n. 129, p. 38.

¹³³ *Id.*

¹³⁴ Art. 175, Ley 13.305.

¹³⁵ Art. 19, DL 211, de 1973. También existía un recurso de reclamación de los dictámenes de las Comisiones Preventivas, del que conocía la Comisión Resolutiva, *cfr.* Art. 9°, DL 211/1973.

¹³⁶ Juica, n. 129, p. 38.

133. El alcance que puede tener un recurso de reclamación en contra de una resolución que ejerce la potestad consultiva del TDLC ha variado en el tiempo, como destacan Nehme y Mordoj:

La Corte Suprema, en virtud del recurso de reclamación, pareciera tener idénticas potestades que el TDLC en la materia, pese a una antigua jurisprudencia que se pronunciaba en un sentido más limitado¹³⁷

134. Es en la sentencia de reclamación recaída en la *Consulta de SUBTEL sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzada*, se hace explícito el alcance de la revisión judicial –“*un área de injerencia con márgenes amplísimos*”, como afirma Mufdi¹³⁸- en caso de consultas:

SEXTO: Que según se desprende de la historia fidedigna del establecimiento del recurso de reclamación - tal como aparece de la discusión producida en las distintas etapas de gestación de la ley- la Corte Suprema puede en virtud de este medio de impugnación *revisar íntegramente los fundamentos* que tuvo en cuenta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para arribar a su decisión, *incluyendo el análisis jurídico y económico que ha permitido arribar a la resolución del asunto de que dicho tribunal conoce;*

SÉPTIMO: Que, en este sentido, la Corte Suprema puede examinar entonces no sólo las condiciones impuestas en el proceso, sino también la globalidad de la materia del asunto resuelto, y ello en razón tanto de la estrecha vinculación existente entre dicha materia y las condiciones que se determinen o que puedan determinarse, como de las situaciones de influencia recíproca que pueden producirse entre ellas;

OCTAVO: Que, en concordancia con lo antes dicho, del texto del artículo 31 del Decreto Ley N° 211 no se advierte la imposición de limitaciones a la actividad jurisdiccional de esta Corte que ha sido puesta en movimiento a través del recurso de reclamación. El citado precepto legal sólo restringe su procedencia en relación a las resoluciones que son susceptibles del mismo, pero no establece limitaciones que pudiesen afectar a la Corte Suprema en el

¹³⁷ Nicole Nehme y Benjamín Mordoj “Diseños institucionales de control de concentraciones. Análisis y propuestas” *Estudios Públicos*, 125 (Santiago, 2012), p. 108.

¹³⁸ Nader Mufdi, *Institucionalidad de la libre competencia en Chile: una evaluación práctica*, (Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2012), p. 180. Disponible en: http://www.tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112877/de-mufdi_n.pdf?sequence=1 (última visita: 19 de julio de 2013).

conocimiento y decisión del recurso. *De tal manera, requerida su intervención, ésta puede conocer del asunto en su integridad*¹³⁹

- ii. Los aspectos de política pública sectorial y la subsidiariedad como límite al control

135. Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo anterior, la Corte Suprema en la *Consulta de SUBTEL sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzada*, hace explícito que sí se registran límites a la revisión, los cuales son precisamente aspectos de “política pública sectorial”:

Que los argumentos que se han señalado demuestran la improcedencia de establecer tal condición, razón por la cual se la dejará sin efecto, considerando *además que se trata de una medida propia de políticas públicas sectoriales*¹⁴⁰

136. En fecha más reciente, la Corte Suprema ha distinguido que el derecho de la competencia conoce *límites* en la sentencia *Netland Chile c. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones*¹⁴¹, dónde se afirma que, en el marco de la subsidiariedad establecida en la Constitución, el rol de fomento estatal en las telecomunicaciones constituye un instrumento de política pública crucial para resolver problemas de equidad:

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

¹³⁹ Corte Suprema, *Consulta de SUBTEL sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzada*, rol N° 4797-2008, 27 de enero de 2009. Las cursivas son nuestras.

¹⁴⁰ *Id.*, C. 15°.

¹⁴¹ Corte Suprema, rol N° 9265-2010, 15 de julio de 2011.

El esquema de competencia no es perturbado por cuanto no es tocado el derecho de las personas a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación del servicio referido. El Estado Administrador en el presente caso se vale del modelo o diseño establecido por el legislador para lograr la prestación del servicio, pero también la eficacia de ésta. Vale decir, no sólo debe preocuparse cuando no hay oferta, sino también cuando la que existe no es suficiente y no se presta en condiciones de eficiencia, todo lo cual da soporte a un régimen subsidiado estableciendo un precio máximo que es similar al que rige en el resto del país, dirigido a sectores de la población ubicados en sectores rurales y de bajos ingresos¹⁴².

137. Por lo señalado, los límites admitidos por la Corte Suprema en sentencias de recursos de reclamación se enmarcan en la subsidiariedad, en relación con el reconocimiento a políticas públicas emanadas de la autoridad administrativa¹⁴³, como había sido reconocido por Oelckers hace más de treinta años¹⁴⁴.

- iii. El control jurisdiccional de la potestad normativa del TDLC es respecto a una norma abstracta y general

138. Ahora bien, como hemos notado, la dictación de una ICG es precisamente una potestad no jurisdiccional, de tipo *administrativa* y de alcance general en el mercado, en todo análoga a la potestad reglamentaria.

139. En efecto, resulta evidente que un recurso de reclamación en contra de una sentencia, que *dice el derecho* para el caso concreto respecto de un hecho, acto o convención (18 N° 1 DL 211), guarda semejanza con el alcance del citado recurso para una resolución que impone medidas a una consulta relativa a hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse (18 N° 2 DL 211). En ambos casos, existe una decisión con alcance *singular* (efecto relativo de las sentencias en un caso, la autorización condicionada para la resolución que dicta el TDLC en una consulta, en el otro). Al contrario, en el caso del control judicial de la potestad normativa del TDLC (18 N°3 DL 211), lo que

¹⁴² *Id.*, C. 15°.

¹⁴³ Implícitamente, debemos señalar que el artículo 4° del Código Orgánico de Tribunales contiene una interdicción para el Poder Judicial de “mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes”.

¹⁴⁴ Osvaldo Oelckers, “Acción interventora económica de la administración pública y principio de la subsidiariedad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Valparaíso, N° 6, 1982).

tenemos es la revisión jurisdiccional de una potestad regulatoria de alcance *general*.

140. La distinción entre una *medida* y una *instrucción de carácter general* aparece de resoluciones del propio TDLC, al conocer de una solicitud de dictación de ICG en el marco de un mercado en el cual recientemente se habían establecido *medidas* en una sentencia (con procedimientos distintos en el DL 211, como expusimos en ¶40). En efecto, al solicitar la FNE la dictación de instrucciones generales para un mercado en el cual el TDLC había establecido medidas para dos empresas en su *Sentencia N° 16/2005*¹⁴⁵, se considera que respecto a las medidas hay “cosa juzgada formal” –al contenerse en una sentencia- situación ciertamente distinta a la dictación de una ICG:

Primero: Que de la interpretación armónica de las normas contenidas en los artículos 18° numerales 1), 2) y 3) y 39° literal c), todos del Decreto Ley N° 211, se desprende que este Tribunal está facultado para discernir, conforme con su mérito, si admite o no a tramitación aquellas solicitudes, sean de parte interesada o del Fiscal Nacional Económico, que digan relación con el ejercicio de la atribución contenida en el numeral 3° del artículo 18° del mencionado cuerpo legal;

Segundo: Que la solicitud del señor Fiscal Nacional Económico implicaría, de admitirse a tramitación, *la revisión de la suficiencia de las medidas ordenadas por este Tribunal en lo dispositivo de su Sentencia N° 16, de 2005, la que se encuentra ejecutoriada y produce, por lo tanto, el efecto de cosa juzgada formal...*

Cuarto: Que, adicionalmente, este Tribunal considera que el período transcurrido desde la dictación de la sentencia mencionada en el considerando Segundo de esta resolución, es insuficiente para evaluar, en primer término, el comportamiento de las partes y del mercado en relación con las medidas ordenadas en lo dispositivo del fallo en cuestión;

Quinto: Que, a mayor abundamiento, la solicitud del señor Fiscal Nacional Económico de fojas 62 y siguientes, no aparece basada en hechos o circunstancias distintos de los que tuvo en cuenta este Tribunal al dictar su Sentencia N° 16/2005...

¹⁴⁵ TDLC, Sentencia N° 16/2005, *Avocación en Recurso de Reclamación de UIP Chile Ltda. y Andes Films S.A., contra el Dictamen N° 1.277 de la Comisión Preventiva Central*, rol C 23-04, 20 de mayo de 2005.

Sexto: Que de todo lo anterior se desprende que no es necesario ni oportuno revisar lo ya resuelto por la vía de dictar instrucciones generales que puedan implicar modificaciones a la citada sentencia¹⁴⁶.

141. Desde luego, el rasgo de *general* de la instrucción dictada por el TDLC resulta crucial, porque no solo no constituye una decisión jurisdiccional con efecto relativo sino que, al contrario, es aplicable *erga omnes*, con alcance general, por lo mismo, el procedimiento contemplado en el DL 211 debe ser distinto. En tal sentido, afirma Silva Prado que:

Su especialidad [como acto “reglamentario”] está en su contenido meramente normativo, que regla *ex ante* situaciones generales con niveles de abstracción similares a cualquier norma jurídica general, con independencia de su jerarquía. Lo anterior, no excluye para el control de su legalidad y/o constitucionalidad, pero marca una diferencia con los actos administrativos habituales, diferencia que queda evidenciada en la ritualidad prevista por el legislador para este caso¹⁴⁷.

c. El control judicial de la reglamentación de la actividad económica

142. En la presente sección, analizaremos el control concreto de las potestades reglamentarias o normativas, como potestades discrecionales, y posteriormente la jurisprudencia nacional que ha conocido de acciones en contra de actos en ejercicio de dicha potestad.

i. El control jurisdiccional de potestades normativas

143. De este modo, constituyendo una potestad reglamentaria ejercida por el TDLC, análoga a la propia de las superintendencias, y de carácter *discrecional*, examinaremos a continuación el control jurisdiccional de actuaciones regulatorias, esto es, de la potestad reglamentaria.

144. Señala Pierry, al referirse al control de la discrecionalidad, que “[e]l control de la legalidad recae sobre el aspecto reglado del acto o actuación de la Administración. En su aspecto discrecional no es susceptible de control

¹⁴⁶ TDLC, Resolución intermedia, *Solicitud de la Fiscalía Nacional Económica sobre dictación de instrucciones generales (mercado distribución estrenos cinematográficos)*, rol NC 124-06, 28 de marzo de 2006. Las cursivas son nuestras.

¹⁴⁷ Silva, n. 83, p. 32.

alguno. Donde existe, no puede haber control de la legalidad, quedando, por otra parte, excluido el control de la oportunidad”¹⁴⁸.

145. Ahora bien, el control de esta potestad se ejerce usando los medios para determinar la validez de los actos administrativos, a saber: incompetencia, vicio de forma o de procedimiento, desviación de poder y violación de la ley. La *violación de ley* naturalmente incluye a la Constitución, la ley y el reglamento. Además, se ha incluido tradicionalmente a los principios generales del derecho¹⁴⁹.

146. La doctrina nacional ha señalado que los límites del reglamento pueden ser formales o sustanciales. Los primeros incluyen la competencia del órgano (constitucional o legal), el procedimiento de elaboración -lo reglado- y el respecto a la normativa superior. En los segundos, relativos a la materia, se incluyen el respecto al dominio legal y los límites propios de la discrecionalidad administrativa. Estos límites propios comprenden el control de los elementos reglados, los conceptos jurídicos indeterminados, la finalidad del acto y la proporcionalidad¹⁵⁰.

147. Respecto de los elementos reglados, ellos son siempre controlables, desde luego con los límites de la ley que otorga el poder discrecional¹⁵¹.

148. El control del fin del acto se califica también como de *desviación de poder*, vicio que alude al incumplimiento del fin concreto señalado en la norma habilitante¹⁵². Como bien expresa Bandeira de Mello, “hay desviación de poder cuando el agente se vale de una competencia para alcanzar una finalidad no abrigada por ella”¹⁵³, es decir, persigue un fin distinto al interés público que busca la norma habilitante, que en el caso que nos ocupa, se

¹⁴⁸ Pedro Pierry, “El control de la discrecionalidad administrativa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (Valparaíso, N° 8, 1984), pp. 163-164.

¹⁴⁹ *Id.*, p. 168 y Jorge Bermúdez, “El control de la discrecionalidad administrativa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Valparaíso, N° 17, 1996), p. 279.

¹⁵⁰ Jorge Bermúdez, *Derecho Administrativo General* (Abeledo Perrot, Santiago, 2010), pp. 42-43.

¹⁵¹ Kamel Cazor, *La sumisión a Derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República* (Universidad Central de Chile, Santiago, 2002), tomo II, p. 248.

¹⁵² *Id.*, p. 252.

¹⁵³ Celso Bandeira de Mello, “Discrecionalidad administrativa y control judicial”, en: *Anuario de Derecho Administrativo* (Universidad de Chile, Santiago, 1975/1976, N° 1), p. 460.

encuentra en el artículo 18 N° 3 del DL 211, en relación con los artículos 1° y 2° de dicha ley.

149. En lo que se refiere a la proporcionalidad o razonabilidad¹⁵⁴, Mendoza añade que hay arbitrariedad cuando la medida que se elige, aunque esté en el catálogo posible a escoger, es excesiva o innecesariamente rigurosa (“desproporcionada”) en relación a los fines que se pretende alcanzar¹⁵⁵.

150. Luego, respecto del control de la reglamentación, el juicio de proporcionalidad debe ser *abstracto*, siendo un análisis de conformidad o validez según la ley o la Constitución, debiendo intervenir dicho principio en la actividad reglamentaria destacadamente “cuando exista la lesión de un derecho fundamental”¹⁵⁶.

151. La discrecionalidad en el ejercicio de esta potestad normativa conlleva el uso de conceptos jurídicos indeterminados en su aplicación legal (*cfr.* Art. 18 N° 3, DL 211), por expresa disposición del Legislador, pero que son determinados al momento de su aplicación, con elementos de incertidumbre en los cuales se reconoce o debe admitir un margen de tolerancia, que se aleje de la esencia o núcleo del concepto, pero que mantenga su finalidad, con razonabilidad y racionalidad de la decisión del regulador.

152. A lo ya señalado se agrega que la decisión del TDLC en orden a emitir una ICG debe estar motivada, especialmente atendida su discrecionalidad. Si bien no resulta aplicable la exigencia del artículo 26 del DL 211 a las instrucciones generales¹⁵⁷, sí resulta plenamente aplicable la obligación constitucional de hacer pública la fundamentación de la decisión (*cfr.* Art. 8°, inc. 2°, CPR), por lo que la instrucción debe explicitar porqué se adopta,

¹⁵⁴ *Cfr.* Eduardo Soto, “Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos: notas para un mejor entendimiento del problema”, en *Revista de Derecho Público*, (Universidad de Chile, Santiago, N° 43/44, 1988), p. 127.

¹⁵⁵ Ramiro Mendoza, “Acerca del Control de la Discrecionalidad Técnica en Materia Eléctrica”, en *Revista Chilena de Derecho*, (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Vol. 25, N° 3, 1998), p. 719.

¹⁵⁶ Daniel Sarmiento, *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho español* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007), pp. 57 y 65.

¹⁵⁷ Que dispone, en su inciso 1° que “La sentencia definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia. En ella se hará expresa mención de los fundamentos de los votos de minoría, si los hubiere...”.

indicando el motivo de su contenido. El control de la motivación, para Pierry debe ser

La extensión de este control deberá depender del margen de discrecionalidad que la ley por omisión haya dejado en manos de la Administración, y podrá ser mayor en aquellos actos que dicen relación con las libertades públicas y menor en aquellos que se refieren a aspectos internos de la organización administrativa y a la planificación económica, en los cuales una mayor discrecionalidad parece aconsejable¹⁵⁸.

153. Agrega Bermúdez que el control de la motivación debe ser no sólo de hechos (que consten en el expediente) sino que de los fundamentos de derecho, siendo revisable el acto dictado sin motivación o con motivación insuficiente¹⁵⁹.

154. Fuera de los elementos ya reglados, por el DL 211, como son los presupuestos de hecho, competencia, procedimiento y fin público; puede existir una decisión discrecional por la Administración. Sólo ahí los Tribunales pueden valorar la decisión, sometiéndola a los principios generales de *igualdad* e interdicción de la arbitrariedad. Cumpliéndose estos requisitos, se entiende válida la decisión discrecional adoptada, si la hubiera, en lo relativo al caso límite.

155. Luego, si la decisión discrecional presenta vicios, el debate posterior es qué puede efectuar el órgano jurisdiccional que revisa la decisión. Así, la discusión se da en el espectro que va de la nulidad del acto (y que se dicte el acto de reemplazo por el órgano recurrido) o la sustitución de la decisión por el tribunal *ad quem* (con lo cual se dicta o modifica el acto reclamado por el juez)¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Pierry, n. 148, p. 176.

¹⁵⁹ Bermúdez, n. 149, p. 280.

¹⁶⁰ *Id.*, p. 283. Vid por ejemplo el Mensaje del proyecto de ley sobre lo contencioso administrativo, boletín N° 687-07 (Santiago, 1992), en el cuál se dispone que el objeto de la acción contencioso-administrativo era:

... en primer término, reclamar contra los actos administrativos para obtener que ellos sean anulados, acción que se conoce en doctrina como recurso de nulidad.

En segundo lugar, también, se puede reclamar en contra de actos u omisiones, no ya para obtener la anulación, sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, como por ejemplo, el reconocimiento de un derecho; para impugnar un acto u omisión de las autoridades

156. Por una parte, los tribunales carecen de facultades legales para ejercer funciones administrativas y, por lo tanto, para reemplazar o sustituir los actos discrecionales. En efecto, la Corte Suprema ha señalado, en relación a lo anterior que:

Los tribunales no están llamados por la ley, [...] a suplir o substituir a la autoridad que regula, por mandato legal¹⁶¹.

157. Por otra parte, la doctrina ha constatado que los tribunales se inhiben de sustituir una decisión discrecional de la Administración, no sólo porque carecen de las facultades legales, sino también porque carecen de los elementos de juicio necesarios para hacer la ponderación correcta. No corresponde sustituir una decisión discrecional de la Administración por una infundada discrecionalidad judicial¹⁶².

158. En el derecho comparado, el control jurisdiccional de la regulación emitida por autoridades administrativas, análoga a la potestad de las superintendencias, no suele inmiscuirse en el mérito de la decisión sino solo en su legitimidad, exigiéndose un respeto de las reglas procedimentales, los derechos de defensa y la motivación de la decisión, en el caso de Italia¹⁶³. En el caso de Francia, se distingue el control efectuado a decisiones regulatorias de autoridades administrativas, dependiendo si son actos de la autoridad sancionatorios o no sancionatorios. En el primer caso, se admite un control *pleno*, mientras que para los demás actos de una autoridad el control es solo de legalidad (competencia del regulador, procedimiento, concordancia con el ordenamiento)¹⁶⁴. Finalmente, en el caso norteamericano, solamente se anula una decisión de un regulador si ésta es “arbitraria, caprichosa, un abuso discrecional o de cualquier otra manera un desacuerdo con la ley”¹⁶⁵.

administrativas, o para obtener cualquiera otra declaración conducente al pleno ejercicio del derecho lesionado....

¹⁶¹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCIV, año 1997, segunda parte, sección quinta, pp. 199 y ss.; citado por Rubén Saavedra *Discrecionalidad Administrativa*. (LegalPublishing, Santiago, 2011), p. 232.

¹⁶² Saavedra, n. 161, p. 238.

¹⁶³ Eduardo Víruga, *La Constitución y las comisiones reguladoras de los servicios de red*, (Centro de Estudios Político Constitucionales, Madrid, 2004), pp. 134-135.

¹⁶⁴ *Id.*, p. 102.

¹⁶⁵ *Id.*, p. 66, citando a Stephen Breyer y Richard Stewart, *Administrative Law and Regulatory Policy*, (Little, Brown and Company, Boston, 1985), pp. 178-179. Al respecto, *vid.* Jesús

ii. La jurisprudencia sobre control judicial de potestades normativas

159. Expuesta en la sección anterior cuál es el desarrollo efectuado por la doctrina nacional y extranjera sobre el control de la discrecionalidad administrativa, a continuación cotejaremos estos planteos con la jurisprudencia judicial, en particular, contra actuaciones u omisiones de la administración relativas al ejercicio de la potestad reglamentaria¹⁶⁶.

160. En primer término, hemos señalado que sí puede haber control de los elementos *reglados* de la potestad normativa. Un ejemplo de dicho control es el recientemente efectuado respecto de la potestad reglamentaria municipal recaída en instrumentos de planificación territorial, a saber, “planos reguladores”. Así, en *Rafael Correa c. Alcalde de Municipalidad de Talagante*¹⁶⁷, la Corte Suprema acoge una acción de amparo económico por la omisión o incumplimiento manifiesto de trámites esenciales en la elaboración del plan regulador comunal (v.g.: toma de razón por Contraloría General de la República). Empero, en tal caso la Corte Suprema ordenó, al acoger la acción cautelar económica, la suspensión del decreto impugnado hasta que se diera cumplimiento al control preventivo de legalidad.

161. En dicho caso, entonces, la revisión de la potestad reglamentaria responde a un control del *procedimiento e información*¹⁶⁸, esto es, que el acto se dicta conforme al procedimiento reglado que contempla la legislación, con respaldo en el expediente, tanto fáctico como técnico.

Avezuela *Supervisión presidencial y potestad normativa de las agencias reguladoras en los Estados Unidos*, (Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011), p. 119-122, también Mariano Magide *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, (Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000).

¹⁶⁶ Una descripción de la jurisprudencia –al año 2002– en Andrea Rojas y Guillermo Jiménez (eds.) *Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000-2006)*, (LOM, Santiago, 2010), pp. 356-358.

¹⁶⁷ Corte Suprema, *Rafael Correa c. Alcalde de Municipalidad de Talagante*, rol 2462-2012.

¹⁶⁸ Hemos usado la denominación que se establece en el Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia un proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental, Mensaje N° 1419-357 (Santiago, 28 de octubre de 2009) en Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales*, (Santiago, 2012), pp. 14-15. Al respecto, *vid.* Luis Cordero “El principio del control público en el Derecho Administrativo Chileno”, pp. 727-728, en Rolando Pantoja (coord.), *Derecho Administrativo Chileno* (Porrúa / Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007).

162. Examinándose la competencia de la autoridad para dictar reglamentos, para la jurisprudencia es esencial que el órgano administrativo haya actuado dentro de la esfera de sus atribuciones, es decir, contando con habilitación constitucional o legal¹⁶⁹:

Que, el sustrato doctrinario común de todas las impugnaciones de ilegalidad que se plantean, se hace residir en la presunta incompetencia de las autoridades recurridas para regular las condiciones de funcionamiento de los servicios de transporte público de pasajeros, particularmente en lo relativo a las condiciones de operación de tales servicios y de utilización de las vías, aspectos todos los cuales han podido ser legítimamente abordados a través de la potestad reglamentaria, previo cumplimiento de las remisiones normativas específicas y determinadas fijadas al respecto por el legislador, como ha sucedido en la especie¹⁷⁰.

163. En lo que respecta al control de los elementos discrecionales en la potestad reglamentaria del Presidente de la República, se ha resuelto que la *oportunidad* para ejercer una potestad normativa es una cuestión que no puede ser determinada por la vía judicial, si es que no existe norma que establezca un plazo para ejercerla no pudiéndose ordenar la dictación de un reglamento que la autoridad no ha dictado¹⁷¹. Asimismo, se ha sentenciado que la *derogación* de reglamentos es una cuestión que no puede ser juzgada por el Poder Judicial, si es que la decisión revocatoria ha sido motivada¹⁷².

¹⁶⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1.208-2002, C. 7°.

¹⁷⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Roles acumulados 5606, 5607, 5609, 5785, 5587 y 5884, todos de 2003, 19 de marzo de 2004, C. 27°.

¹⁷¹ Cfr. Corte de Apelaciones de Santiago, *O.N.G. Conacción y otros c. Presidente de la República*, rol 3544-2001, 7 de septiembre de 2001, C. 7°:

“Que, por otra parte, el petitorio del recurso en cuanto pretende obligar al Presidente de la República a ordenar la publicación en el Diario Oficial del decreto que modifica el Reglamento Sanitario de Alimentos, no es posible ser acogido, sin vulnerar una potestad reglamentaria exclusiva y discrecional del Presidente de la República, al tenor del artículo 32 N°8 de la Ley Fundamental, sin que exista norma alguna que señale un plazo para ejercerla, como ocurre, en cambio, respecto de la promulgación y publicación de una ley (artículo 72 del Estatuto citado).” Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema, rol 3851-01, 12 de noviembre de 2001.

¹⁷² Corte de Apelaciones de Santiago, Recurso de Protección, rol 4653-2005, 18 de octubre de 2005, C. 4°.

164. Por otra parte, el control de la discrecionalidad de la potestad reglamentaria del Presidente de la República se sujeta a los principios generales del derecho, como es el de proporcionalidad, bajo lo que se ha denominado como *estándar de razonabilidad*¹⁷³, examinándose así:

8º) Que corresponde, en seguida, examinar si las decisiones adoptadas a través de los aludidos decretos, además de legales, respetan la proporcionalidad o congruencia que debe existir entre las medidas de intervención adoptadas y los motivos y fines que las justifican, pues, de contravenirse, los actos respectivos devendrían arbitrarios...

13º) Que, en consecuencia, es dable concluir que las actuaciones regulatorias de los recurridos no han sido ilegales ni tampoco contrarias a la razón, desproporcionadas en orden a la congruencia entre sus motivos y los fines de interés público perseguidos, o manifiestamente carentes de fundamento científico, lo que permite igualmente evaluarlas como no arbitrarias.¹⁷⁴

165. En lo que dice relación con la *arbitrariedad*, respecto de acciones de protección interpuestas en contra del Presidente de la República, la jurisprudencia ha fundado el rechazo de éstas en la fundamentación y motivación de las decisiones, por ejemplo, al estar basada en estudios técnicos:

tal como se ha informado, luego de un largo estudio, tanto de la ley en su etapa de formación como posteriormente a su publicación se contrataron especialmente asesorías a fin de establecer el mecanismo de las empresas auditoras externas y el monto de los valores que se deben pagar las cooperativas que deben ser revisadas por estos entes¹⁷⁵.

166. De la jurisprudencia reseñada, así como de la doctrina citada, se aprecia, por de pronto, que el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria - y por ende, de la potestad normativa del TDLC- se ha referido a aspectos *reglados* de la misma.

167. Enseguida, si observamos el contenido de las decisiones judiciales, ésta no alcanza la *revisión plena* del acto que se impugna, no habiéndose jamás sustituido la parte impugnada del acto bajo control. Esto resulta

¹⁷³ Biblioteca del Congreso Nacional, n. 168, p. 14

¹⁷⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, *Asociación Salud Natural A.G. c. Presidente de la República*, rol 1208-2002, 8 de julio de 2002, C. 8 y 13º.

¹⁷⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, *Recurso de Protección, Cooperativa Agrícola Control Pisquero del Elqui c. Presidente de la República*, rol 3249-2004, 10 de noviembre de 2004, C. 10º.

particularmente importante cuando se aprecia que ciertas acciones autorizan al tribunal a “*restablecer el imperio del derecho*” u otras expresiones análogas. Ni siquiera en tal caso los tribunales se han considerado autorizados para reemplazar el acto administrativo. Ello se explica porque, tratándose de actos administrativos discrecionales, el tribunal no tiene norma jurídica que aplicar, pues el legislador ha entregado la decisión a la discreción administrativa.

V. CONCLUSIONES

168. Este Informe ha desarrollado el alcance del control jurisdiccional de la potestad regulatoria o normativa del TDLC. En síntesis, nuestras conclusiones son las siguientes:

- El TDLC cuenta con una potestad extra-jurisdiccional de naturaleza normativa, análoga a la que disponen las superintendencias para instruir a los sujetos fiscalizados, establecida en la ley, obligatoria para sus destinatarios y con sanciones por su incumplimiento.
- La potestad normativa del TDLC que dispone el artículo 18 N° 3 de DL 211 consiste en dictar instrucciones de carácter general para cumplir una finalidad de interés general, vinculada a la promoción y defensa de la libre competencia.
- La potestad normativa del TDLC tiene un carácter general, es vinculante y permanente, y no tiene destinatarios específicos sino que está dirigida a toda persona en el mercado respectivo, actual o potencial; a diferencia de las *medidas* que pueda imponer el TDLC a sujetos específicos, mediante un procedimiento distinto al de dictación de una instrucción general.
- Las instrucciones generales del TDLC deben subordinarse a la Constitución, a la ley y a la potestad reglamentaria del Presidente de la República.
- La iniciativa para dictar una instrucción general es discrecional por parte del TDLC, para lo cual se sigue un procedimiento reglado, público, participativo y con audiencia pública; y en el cual el TDLC puede requerir activamente antecedentes a los agentes económicos, pudiendo concluir con una decisión motivada del TDLC consistente en una norma de carácter general, la cual es publicada en el Diario Oficial.

- A diferencia de la potestad consultiva, en que se solicita al TDLC un parecer o conformidad con la libre competencia respecto de un hecho, acto o convención determinados, y dónde el control es amplio en aspectos de derecho y económicos; la potestad normativa es respecto de situaciones generales, no singulares, tal como la potestad reglamentaria del Presidente de la República.
- La potestad normativa del TDLC está sometida al control jurisdiccional de la Corte Suprema, mediante el recurso de reclamación, al igual que la potestad consultiva.
- La jurisprudencia judicial en materia de reclamaciones contra decisiones del TDLC reconoce un ámbito limitado a la revisión judicial como es la política pública sectorial y el principio de subsidiariedad.
- El control judicial de la potestad normativa del TDLC mediante el recurso de reclamación es análogo al control de la potestad reglamentaria del Presidente de la República; y siendo una potestad discrecional pueden controlarse aspectos reglados, como procedimiento y razonabilidad, pero nunca una revisión plena del acto, porque en esos casos el tribunal *ad quem* no tiene norma jurídica que aplicar, ya que el legislador ha entregado la decisión a la discreción del regulador.

Es cuanto podemos informar. Quedamos a su disposición para aclarar y ampliar cualquier aspecto relacionado con el presente Informe.

Atentamente,

Francisco Agüero Vargas

**M.Sc. en Regulación Económica y Competencia,
The City University, London
Profesor de Derecho de la Competencia, U. de Chile
Profesor de Regulación de Servicios Públicos, U. de Chile
Director, Centro de Regulación y Competencia
Facultad de Derecho, Universidad de Chile**

Verónica García de Cortázar G.

**Abogada, Universidad de Chile
M.A. Políticas Públicas,
King's College London
Investigadora, Centro de Regulación
y Competencia,
Facultad de Derecho, U. de Chile**

William García Machmar

**Abogado, Universidad de Chile
Magíster en Derecho, U. de Chile
LLM, New York University
Investigador, Centro de Regulación y
Competencia,
Facultad de Derecho, U. de Chile**

Santiago, 22 de julio de 2013 