

APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA A LOS ORGANISMOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

NICOLE NEHME Z. * - **

RESUMEN

De acuerdo con la jurisprudencia vigente en Chile, los organismos administrativos (reguladores) están sujetos al D.L. N° 211 en el ejercicio de sus potestades públicas. Este artículo muestra que esto tiene implicancias relevantes para el diseño institucional y la implementación del régimen chileno de libre competencia.

Sin embargo, el análisis de la misma jurisprudencia revela cómo, a pesar de esta posición, aún quedan cuestiones pendientes, especialmente aquellas relacionadas con las atribuciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) para invalidar los actos de la administración que se consideran directamente anticompetitivos; el rol del TDLC donde los actos anticompetitivos de la administración derivan del ejercicio de una facultad legal que vincula al regulador; el actual alcance de las recomendaciones que hace el TDLC a través de los procedimientos no contenciosos; entre otras.

Analizada y sistematizada la jurisprudencia relevante, se concluye que la doctrina relativa al sometimiento de los órganos de la administración al derecho de la libre competencia es una particularidad del sistema legal chileno, derivado del principio constitucional de legalidad, digna de ser destacada a la luz del bicentenario de nuestra independencia.

Tomando en cuenta la exitosa experiencia comparada, y las deficiencias todavía existentes en nuestro sistema, se propone la adopción de políticas preventivas frente a regulaciones contrarias a la competencia, haciendo un llamado a la incorporación en Chile de un programa de *advocacy* para la promoción de la competencia entre los órganos administrativos. Lo anterior puede ayudar a prevenir actos de la autoridad con eventuales efectos anticompetitivos en los mercados y/o incentivar a los órganos administrativos a promover y ajustar sus actuaciones en un sentido procompetitivo.

ABSTRACT

According to the prevailing case law in Chile, administrative agencies (regulators), acting as authorities, are subject to the D.L. N° 211, the Competition Law.

* Abogada de la Universidad de Chile. Socia del Estudio FerradaNehme. Su principal área de práctica se concentra en el Derecho de la Libre Competencia y la Regulación Económica. Profesora de Derecho Económico, Universidad de Chile.

** Agradezco la muy valiosa colaboración de Benjamín Mordoj y Mónica Cortés y los lúcidos comentarios de Patricia Miranda.

This article shows that this has relevant implications for the institutional design and implementation of the Chilean regime of competition law.

However, the same case law analysis reveals how, despite this position, already established, some pending questions remain, such as those relating to the attributions of the Antitrust Court (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, TDLC) to directly invalidate administrative acts deemed anti-competitive; the TDLC's role in cases where the anti-competitive administrative act derives from the exercise of a legal competence which is binding to the regulator; the mandatory nature of the TDLC decisions when affecting administrative agencies; the actual scope of the recommendations made by the TDLC through non-contentious procedures in cases of general scope regulations; among others.

Once the relevant case law and the questions arising from it are analyzed and systematized, it is concluded that the established doctrine about the subjection of the administrative agencies to Competition Law, is a peculiarity of the Chilean legal system. Jurisdictions normally considered as more developed, are just recently submitting the acts of their regulators to their competition regulations. This is a particular feature of our constitutional principle of legality, noteworthy in the light of the bicentennial of our independence.

Taking into account some successful comparative experience, and the deficiencies our institutional design still presents with regard to the adoption of preventive policies regarding the enactment of regulations contrary to competition, a call is made for the incorporation in Chile of a program for the promotion of the competition rules before the regulators –competition advocacy-. Consequently, certain guidelines are suggested that could be applied in Chile to help preventing actions by the authority with eventual anticompetitive effects in the markets and/or encourage government pro-competitive conducts.

Este artículo explica cómo, de acuerdo con la histórica jurisprudencia que ha existido en Chile, los órganos de la administración del Estado (los reguladores¹), actuando como autoridad², se encuentran sujetos a las normas de defensa de la libre competencia, en virtud de una directriz constitucional emanada de lo establecido en los artículos 6° y 7° (principio de juridicidad) y 19 N° 21 (orden público

¹ Se entiende regulación en un sentido amplio, esto es, comprensivo de todo acto de los órganos de la administración del Estado, por medio del cual se afecte a sectores que presenten fallas de mercado; que influya en la entrada a ciertas actividades económicas o salida de las mismas; y/o, que afecte a las condiciones económicas en las que una determinada actividad se desarrolle. ARIÑO (2003) p.588. En consecuencia, no se incluye sólo aquella regulación que se presenta como sustitutiva de la actividad del mercado, cuando la competencia no puede darse producto de fenómenos de monopolio natural.

² Agregamos algunas precisiones. Primero, no consideramos aquí los casos en que tales órganos actúan como agentes económicos, desarrollando actividades económicas, pues en ese caso la aplicación a su respecto de las normas de libre competencia no diverge de la aplicación general que ha de darse a las mismas respecto de todos los agentes económicos. Segundo, pese a que en casos como el de las licitaciones de recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha remarcado el carácter de agentes económicos que tienen las distintas Municipalidades que convocan a tales procesos (vid., a modo de ejemplo, Sentencias N° 92/2009 y 77/2008), consideramos estos casos aquí, pues lo anterior no altera la sujeción de tales entidades al derecho de la competencia también en su carácter de autoridad, que es aquello que interesa para efectos de este artículo. En su más reciente decisión sobre la materia, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia lo expresó indirectamente señalando que: "Adicionalmente, al licitar estos servicios, una municipalidad no actúa simplemente como un demandante directo de ellos, sino que lo hace también en representación de otros -los habitantes de la comuna- quienes soportan en definitiva el costo de esos servicios. De ahí que los efectos en la competencia -o falta de ella- causados por la forma en que el municipio realice estas licitaciones, afectan finalmente a los consumidores y el bienestar general". Sentencia N° 92/2009; Considerando 10°.

económico como un límite intrínseco al ejercicio de la libertad económica) de la Constitución Política de la República (“CPR”). Se muestra aquí que ello posee consecuencias relevantes en el diseño institucional y aplicación del sistema chileno de libre competencia.

El análisis detallado de la jurisprudencia emanada de los organismos de defensa de la libre competencia en la materia, revela que la sujeción de los órganos de la administración del Estado a la legislación pro-competencia se ha afirmado reiteradamente; se ha materializado en recomendaciones e incluso en órdenes dirigidas a las autoridades concernidas; y, en lo referido a normativas de alcance más general, se ha traducido en la proposición de su modificación o derogación para ajustarla a la normativa de libre competencia. Ahora bien, el mismo análisis jurisprudencial revela cómo, a pesar de esta doctrina ya asentada, subsisten algunas preguntas, como las referidas a la potestad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) de invalidar *stricto sensu* los actos de la administración que estime anticompetitivos; el rol que cabe al TDLC en casos en que el acto administrativo anticompetitivo derive del ejercicio de una potestad reglada, que se imponga al regulador, especialmente cuando ello derive de una fuente legal; la imperatividad de las decisiones del TDLC cuando se dirigen a órganos de la administración del Estado; el alcance real de las recomendaciones efectuadas por el TDLC por vía no contenciosa, relativas a normativas de alcance general; entre otras.

Una vez descrita la jurisprudencia relevante, y las preguntas que de ella surgen, se concluye que la doctrina asentada sobre la sujeción de los órganos de la administración del Estado a la normativa de libre competencia, resulta una particularidad del régimen jurídico chileno, que recién otras jurisdicciones, normalmente entendidas como más desarrolladas, se encuentran homologando, y que constituye a su vez una particularidad de nuestro principio constitucional de juridicidad digna de destacarse a la luz del bicentenario de nuestra independencia.

Luego, y tomando en consideración cierta experiencia comparada exitosa, y las falencias que sigue presentando nuestro diseño institucional en materia de adopción de políticas preventivas en lo referido a la dictación de regulaciones contrarias a la libre competencia, se aboga por la incorporación a Chile de un programa de promoción de las normas de defensa de la libre competencia ante los reguladores -mecanismo comúnmente llamado de *competition advocacy*-. A partir de un examen de las normas jurídicas vigentes, así como de algunas actuaciones que la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) ha desarrollado en este sentido, se concluye que dicho programa de promoción de la competencia, encaminado a crear una verdadera *cultura de la competencia* en el aparato público chileno, resultaría jurídicamente plausible, además de socialmente deseable. Por lo anterior, se sugieren ciertas directrices que podrían aplicarse en Chile para ayudar a precaver actuaciones de la autoridad con eventuales efectos anticompetitivos en los mercados y/o a fomentar conductas pro-competitivas por parte de los órganos de la administración del Estado.

Para lo anterior, este artículo se estructura de la siguiente forma.

Después de esta introducción, la sección I, se refiere al lugar que la normativa de defensa de la libre competencia ocupa en el ordenamiento jurídico chileno, y las consecuencias que de ello derivan en lo que se refiere a la sujeción de los órganos de la administración del Estado a esa normativa.

La sección II revisa las decisiones más importantes que, en lo relativo a los actos de los órganos de la administración del Estado, han pronunciado los organismos chilenos de defensa de la libre competencia. Esta sección propone una clasificación de los casos en que la jurisprudencia ha intervenido restringiendo, limitando, o sancionando la actuación de las autoridades administrativas por afectar la libre competencia. Sugiere asimismo algunas directrices que ayudarían a materializar, en nuestro derecho, el mandato referido, en cuanto a que el regulador debe ajustar su comportamiento a las normas de defensa de la libre competencia.

La sección III, contrasta la doctrina existente en Chile en materia de sujeción de los órganos de la administración del Estado a las normas de defensa de la libre competencia, con la experiencia comparada, particularmente aquella de la Unión Europea y los Estados Unidos de América. Se concluye que la interpretación imperante en Chile, favorecedora de una aplicabilidad amplia del derecho de la competencia al regulador –y que no constituye necesariamente un estándar generalizado a nivel internacional–, es un aspecto de nuestro derecho digno de destacarse.

La sección IV, trata acerca de la institución de la *competition advocacy* y los beneficios que, como perfeccionamiento de nuestra institucionalidad, generaría su adopción en términos de eficacia y reducción de costos de administración del sistema de libre competencia.

La sección V, finalmente, presenta las conclusiones de este artículo.

I. EL LUGAR DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO. DEBER DE RESPETAR LA NORMATIVA DE LIBRE COMPETENCIA POR TODOS LOS SUJETOS DE DERECHO

I.1. Libre competencia y la garantía del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política

A pesar de que la CPR no consagra explícitamente una protección a la libre competencia, la garantía para ejercer una actividad económica lícita contenida en el inciso 1° de su artículo 19 N° 21, supone una libertad económica en régimen de competencia. De esta manera, aunque no se haga mención expresa a la normativa de libre competencia en la CPR, lo cierto es que esta última constituye un límite intrínseco de la referida libertad económica³.

En este contexto, el actual Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2005 (actual Ministerio de Economía, Fomento y Turismo), que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del

³ FERNANDOIS (2006) pp.124-125.

Decreto Ley N° 211 de 1973 de Defensa de la Libre Competencia (“D.L. N° 211”) viene a materializar el mandato de garantizar tal límite intrínseco, constituyéndose en una de las normas legales que, en palabras de la CPR, *regulan* la libertad de ejercicio de una actividad económica lícita.

Se ha señalado, en consecuencia, que el D.L. N° 211 cumple tres funciones simultáneas en nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, posee una finalidad tutelar de la libre competencia, concretando la garantía establecida en el artículo 19 N° 21 de la CPR. En segundo término, limita aquellos comportamientos que, en ejercicio de la libertad económica, se estiman como atentatorios contra la libre competencia. Y, finalmente, hace operativa la mencionada garantía constitucional, en cuanto establece una restricción de aquellas reconocidas por la CPR respecto de las actividades económicas lícitas⁴. Se habla entonces de una *paradoja* de la libre competencia, desde que el libre ejercicio de una actividad económica requiere de una protección que regule sus límites intrínsecos, a través de una intervención normativa de rango legal, permitiendo que cualquier sujeto de derecho pueda ejercer dicha libertad⁵.

Es por todo lo anterior que la doctrina ha señalado, reiteradamente, que el sistema chileno de tutela de la libre competencia, en general, y el D.L. N° 211, en particular, forman parte del denominado *orden público económico*⁶⁻⁷, cualquiera sea la finalidad que a dicho concepto se atribuya –y que en su tradicional desarrollo ha sido clasificado por sus funciones en un *orden* de regulación, de protección o de fomento⁸-. Así, se ha entendido que, en el marco del orden público de *regulación*, el D.L. N° 211 constituye la normativa que, tutelando la libertad económica, la regula en función de sus límites intrínsecos, para precaver, impedir o sancionar sus excesos en perjuicio de los restantes sujetos de derecho⁹. Y se ha asociado el objetivo del *orden público económico* con la institucionalización de normas de la máxima jerarquía jurídica que aseguren el respeto y promoción de un conjunto de valores, en el marco de la libre competencia en un mercado legalmente regulado¹⁰.

⁴ VALDÉS (2006) p.128.

⁵ VALDÉS (2006) p.128; FERNANDOIS (2006) p.130; EVANS (1999) p.171.

⁶ Según da cuenta la definición de Raúl VARELA en el año 1940, para quien el orden público económico consistiría en “El conjunto de medidas y reglas legales que dirigen la economía, organizando la producción y distribución de las riquezas en armonía con los intereses de la sociedad”. Citado en STREETER (1999) p.33.

⁷ CEA (1988) p.158, señala que el orden público económico estaría compuesto por: “El conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”.

⁸ STREETER (1992).

⁹ Lo mismo se ha afirmado en derecho comparado. Vid. SAINZ (1977) p. 128, pp. 597 y 598: “En el Derecho positivo español el principio de libre competencia es una manifestación del orden público económico. Desde el punto de vista jurídico este principio significa que los competidores deben organizar y promover su competencia en base a la mejora de la oportunidad y calidad de sus prestaciones. La libertad de competencia tiende, pues, de un lado, a hacer viable el principio de iniciativa privada y, de otro, a impedir que la competencia se produzca por la vía del daño, del perjuicio o de la restricción forzada de la actividad de los demás (prácticas restrictivas, prácticas desleales) fomentando, por el contrario, la mejora de las propias prestaciones como único medio lícito de concurrir en el mercado”. En el mismo sentido, ANTOINE (2009) pp.128 y 211.

¹⁰ CEA (1991) p.18; FELIÚ (2000) p.74.

Desde antiguo, los organismos de defensa de la libre competencia han reconocido la pertenencia del D.L. N° 211 al *orden público económico* chileno, señalando que el principio de la autonomía privada (que se reconoce como el de libertad económica en lo constitucional) reconoce entre sus diversas limitaciones intrínsecas el respeto a las normas reguladoras contenidas en el D.L. N° 211¹¹. Asimismo, se ha expresado que la normativa que ampara la libre competencia se fundamenta y desarrolla como principio básico del *orden público económico* que sustentan diversos preceptos de la CPR¹².

De lo anterior se concluye que existe legitimidad constitucional del D.L. N° 211, y en el actuar de los organismos de defensa de la libre competencia creados por dicho estatuto –esto es, de la FNE y del TDLC, de acuerdo a sus respectivas potestades legales– para establecer regulaciones e inclusive limitaciones que garanticen el libre ejercicio de una actividad económica lícita, por la vía de reprimir, sancionar o precaver aquellos comportamientos que podrían impedir, trabar o afectar ese libre ejercicio (y tal es el caso de las conductas colusorias, de abuso de posición dominante o de competencia desleal tipificadas en el artículo 3° del D.L. N° 211). Por el contrario, el alcance y finalidad del D.L. N° 211 presenta una mayor complejidad dogmática, según se desarrolla a continuación¹³.

1.2. La cuestión relativa al alcance del D.L. N° 211. Sujeción del regulador a las normas de defensa de la libre competencia

El ejercicio de potestades públicas de regulación por parte de un órgano de la administración del Estado, puede frecuentemente contradecir los objetivos competitivos que el D.L. N° 211 y los organismos de defensa de la libre competencia se encuentran llamados a tutelar y promover. De hecho, las regulaciones administrativas normalmente no son neutras desde el punto de vista competitivo, puesto que en muchas ocasiones influyen de manera determinante en la estructura de los mercados y en sus niveles de competencia, o porque en otras ocasiones vienen a normar mercados que precisamente presentan fallas relevantes en estado natural¹⁴. Ejemplos muy variados se pueden encontrar en las normativas que buscan regular, por ejemplo, el funcionamiento de los mercados de energía, telecomunicaciones, sanitarias, obras públicas, puertos, pesca, minería, recursos forestales, entre muchísimos otros.

Así las cosas, y como lo demuestra la experiencia, las restricciones a la competencia contenidas en esas regulaciones que buscan objetivos sectoriales normalmente se dan en la forma de limitaciones a la entrada a determinados merca-

¹¹ Cfr. Comisión Preventiva Central. *Dictamen N° 1120/2000*. Considerando 3°.

¹² Cfr. Comisión Preventiva Central. *Dictamen N° 981/1996*. Párrafo 3.1.1. Comisión Resolutiva, *Resolución N° 239/1986*, decisión de incidente de incompetencia.

¹³ Este artículo no aborda el particular caso de los monopolios legales, que suponen la forma más intensa de intervención estatal en una actividad económica y, dada su entidad, poseen un tratamiento expreso en el artículo 4° del D.L. N° 211: “No podrán otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas, salvo que la ley lo autorice”.

¹⁴ BREYER ET AL. (2006) pp.10-13. ANTOINE (2009) pp.2-3.

dos o salida de los mismos; inadecuada asignación de insumos esenciales para competir; incentivos a la coordinación de precios y producción entre competidores; intervención en la libre fijación de precios, cantidades, métodos de producción o tecnologías; o incentivos a la concentración de mercados¹⁵.

Resulta especialmente relevante el rol que los reguladores sectoriales pueden asumir al definir las condiciones de entrada a los mercados que regulan, con lo que sus acciones u omisiones pueden afectar directamente la estructura presente y futura, el número de competidores y el nivel de competencia en tales mercados¹⁶.

Esto se agrava cuando los diseños institucionales facilitan la interacción permanente entre regulador y regulado, permitiendo que se produzcan indeseados efectos de *captura* del regulador¹⁷ y otras *fallas* de la regulación¹⁸. En el proceso regulatorio –esto es, en el marco de la adopción de decisiones que afectan la estructura y comportamiento de los agentes que participan en un determinado mercado– existe un cierto punto donde los beneficios de una determinada política afectan a tal número de personas, que los costos de transacción hacen imposible tomar parte en dicho proceso. En consecuencia, existe en tal caso espacio para que determinados grupos organizados y con intereses consistentes entre sí, típicamente los entes regulados, se organicen de mejor forma que los beneficiarios difusos de una regulación, normalmente los consumidores. El resultado de lo anterior es que una regulación puede tender a favorecer una menor competencia en el mercado, protegiendo a los actores preexistentes, en directo perjuicio de los beneficiarios esperados de la regulación¹⁹.

En España, por ejemplo, la Comisión Nacional de la Competencia ha señalado:

“Sin cuestionar la necesidad de que el sector público intervenga en la economía mediante la regulación de determinadas actividades económicas, que puede estar justificada por la persecución de determinados objetivos públicos y la presencia de fallos de mercado, es cierto que en muchos casos esas actuaciones pueden distorsionar u obstaculizar el desarrollo de las actividades económicas más de lo que sería estrictamente necesario para conseguir sus legítimos objetivos. Estas distorsiones pueden ser de muy distinta naturaleza. Pueden manifestarse en la imposición de formas concretas de organización de la provisión de bienes y servicios, como cuando se determina otorgar en exclusiva sin causa debidamente justificada una concesión en lugar de recurrir a un sistema de autorizaciones para la provisión del servicio. O en la aparición de cargas administrativas desproporcionadas, a veces asociadas a la gran cantidad de normas que se generan en distintos niveles de gobierno. Estas cargas afectan al comportamiento de los agentes económicos ralentizando sus ope-

¹⁵ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2007) pp.80 y 88.

¹⁶ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2004a) p.5.

¹⁷ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2007) p.3.

¹⁸ Un desarrollo de la teoría expuesta por STIGLER en NEHME (2007) pp.65-66.

¹⁹ COOPER ET AL. (2005) p. 1101.

*raciones, distrayendo recursos de otras actividades productivas y generando obstáculos a la libre entrada y salida del mercado*²⁰.

Lo anterior hace extremadamente relevante responder a la pregunta sobre si las autoridades administrativas, en la dictación de los actos administrativos de alcance general o particular que configuran la regulación a la que nos referimos, se encuentran sujetas a las normas de defensa de la libre competencia²¹. Dicho de otro modo, si las normas de libre competencia pueden aplicarse para exigir de tales autoridades que sus actos administrativos, de alcance general o especial, dictados en la búsqueda de sus objetivos sectoriales, tengan a pesar de ello, y obligatoriamente, un determinado contenido, o deban omitir o modificar algún otro, para no infringir las normas de defensa de la libre competencia.

Para dar respuesta a esa pregunta, en lo que respecta a Chile, en las siguientes páginas se efectúa una revisión de las decisiones más importantes que, en lo relativo a los actos dictados por órganos de la administración del Estado, han sido pronunciadas por los organismos de defensa de la libre competencia -incluyendo no sólo al actual TDLC sino que también a las antiguas comisiones antimonopolios, especialmente la Comisión Resolutiva-. En concreto, se propone una clasificación de los casos en que la jurisprudencia de libre competencia ha intervenido restringiendo, limitando, o sancionando la actuación de entes de la administración del Estado por afectar la libre competencia, tanto en lo que se refiere a actos de alcance particular como a otros de efecto general. A partir de lo anterior, se concluye que, en Chile, existe una doctrina asentada relativa a la plena sujeción de los órganos de la administración del Estado a las normas de defensa de la libre competencia; pero que, al mismo tiempo, subsisten preguntas relevantes sobre el alcance de esa doctrina.

II. REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LIBRE COMPETENCIA EN RELACIÓN A ACTOS DE ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Dado lo escueto de nuestro D.L. N° 211 (tanto en sus antiguas versiones, como en la actual) y la circunstancia de que no trata expresamente de la sujeción de los órganos de la administración del Estado a sus disposiciones, la revisión de los criterios jurisprudenciales asentados por sus máximos organismos -Comisiones Preventivas, Comisión Resolutiva (conjuntamente "Comisiones") bajo la

²⁰ COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (2008) p. 5. En el mismo sentido, Cooper et al. (2005) p. 1100: "Although regulation sometimes is needed to correct a market failure, it also can be used to restrict competition in order to transfer wealth from consumers to a favored industry. It has long been recognized that because of industry's superior efficiency in political organization relative to consumers, consumer interests often are subservient to industry interests in the regulatory process".

²¹ ANTOINE (2009) pp.51, incluye entre los actos administrativos respecto de los cuales cabe hacerse esa pregunta, a aquellos en que el órgano público interviene arbitrando el juego de la competencia; a aquellos en que la propia autoridad administrativa se pone en una situación anticompetitiva al ejercer una potestad pública, y aquellos que conforman normativas que no tienen por objeto un determinado mercado, pero que igualmente tienen el efecto de crear un riesgo anticompetitivo.

normativa previa a 2004, y el TDLC posteriormente²²– resulta esencial para entender qué conductas de los reguladores se han estimado objetables, y cómo, en términos de protección de la libre competencia.

Por ello, se analizan en el comentario que sigue decisiones de las autoridades de defensa de la competencia que: (i) confirman la sujeción de los actos de los órganos de la administración del Estado a la normativa de libre competencia; (ii) aprueban actos de tales órganos presentados para su examen; (iii) recomiendan u ordenan por vía contenciosa, según el caso, a órganos de la administración del Estado ejecutar, modificar o revocar determinados actos, con una finalidad pro-competitiva, incluyéndose una diversidad de casos referidos a bases de licitación o concursos públicos; (iv) condenan –raramente– a órganos de la administración del Estado al pago de multas a beneficio fiscal por incumplimiento del D.L. N° 211; y, (v) proponen la modificación, derogación o dictación de ciertos preceptos legales y/o reglamentarios en uso del procedimiento no contencioso del D.L. N° 211.

II.1. Afirmación de que los órganos de la administración del Estado se encuentran sujetos a las normas de defensa de la libre competencia

Históricamente, la jurisprudencia chilena ha establecido que la protección de la libre competencia, el favorecer la existencia de mercados no concentrados y la promoción de la libertad de elección de los usuarios finales, son propósitos que deben tener presente, en la celebración de sus actos administrativos, todos los organismos del Estado que intervienen en materia económica.

Afirmó en este sentido desde sus inicios la Comisión Resolutiva que *“El ejercicio por parte de la autoridad de facultades discrecionales encuentra un límite en las normas legales que regulan la libre competencia”*²³. O bien que²⁴ *“Paralelamente al ejercicio de atribuciones discrecionales, atendidos su amplitud y los efectos que pueden producir, la legislación suele contemplar mecanismos de fiscalización que coexisten con aquellas potestades, y que tienen por función precisamente revisar a la luz de determinados ordenamientos jurídicos los fundamentos y calificaciones que la autoridad ha tenido en vista para tomar una resolución. Y es justamente ésta la situación que se observa en el presente caso, toda vez que el legislador del D.L. N° 211, de 1973, entrega a esta Comisión Resolutiva funciones específicas destinadas a la defensa de la libre competencia en las actividades económicas y en esa virtud le asiste competencia suficiente para avocarse al conocimiento de esas*

²² Cabe destacar en lo que se refiere al actual TDLC, que de un total de 108 sentencias emitidas en sede contenciosa hasta la fecha de la elaboración de este artículo (diciembre de 2010), 24 analizan conductas de órganos públicos y/o les imponen o recomiendan conductas a realizar. En el caso de sus resoluciones derivadas de procedimientos no contenciosos, la cifra es de 11 sobre 32. En cuanto a los informes, prácticamente todos se han referido a actos de entes públicos (seis de siete); y la única instrucción general que ha sido dictada por el TDLC se dirigió a municipalidades.

²³ Resolución N° 173/1984 de la Comisión Resolutiva.

²⁴ Resolución N° 37/1977 de la Comisión Resolutiva.

*materias y, por tanto, para analizar y calificar los motivos o fundamentos en que se han basado tales resoluciones*²⁵.

Así, la mirada que se asentó desde los inicios de la jurisprudencia chilena de libre competencia, fue que las autoridades del Estado y los servicios que forman la administración pública no pueden ejercer sus atribuciones apartándose de las leyes que protegen la operación de mercados eficazmente competitivos. Siendo el D.L. N° 211 la principal tutela de la autonomía de las personas en el ámbito en que ejercen su libertad económica, y formando esa ley parte sustantiva del *orden público económico*, se afirmó que ésta se aplica tanto a los particulares, como a las propias autoridades públicas cuando ejecutan los actos administrativos que la ley ha puesto dentro de su competencia. Esto fue decidido reiteradamente por la Comisión Resolutiva. Por ejemplo, expresó que *“Una de las normas de mayor importancia que regulan esta garantía constitucional [de desarrollar cualquier actividad económica] y que forman parte del llamado Orden Público Económico es, precisamente, el decreto ley N° 211, ya que sus disposiciones tienen por objeto evitar la distorsión de la economía a que puede conducir la manipulación de la oferta y la demanda en el mercado*²⁶”.

Y aplicando lo anterior en materia de la regulación de telecomunicaciones, por ejemplo, precisó que²⁷:

“(...) La Ley N° 18.168, denominada Ley General de Telecomunicaciones, no es la única norma que deben observar tanto la autoridad como las empresas participantes en el mercado de las comunicaciones para actuar en él. En efecto, además de las normas de la ley mencionada y de sus disposiciones complementarias, deben respetarse y dársele cumplimiento a todas las disposiciones legales y reglamentarias relativas a otros ámbitos del quehacer jurídico, tales como las relativas a impues-

²⁵ Objetivos del D.L. N° 211 que se definieron desde un inicio por la Comisión Resolutiva. Por ejemplo, en su *Resolución N° 368/1992*: *“(...) La finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado, no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado (...) el Decreto Ley N° 211 cumple, así, una trascendente función social, de alto interés nacional, ya que dice relación con la satisfacción de las necesidades vitales de las personas, para lo cual, velando por el bien común, crea adecuadas condiciones económico-sociales en el mercado, las que se alcanzan con una sana y efectiva competencia (...) la libre competencia ... asegura a todas las personas, con igualdad de oportunidades, el derecho a ‘desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen’”.*

²⁶ *Resolución N° 368/1992* de la Comisión Resolutiva.

²⁷ *Resolución N° 306/1989* de la Comisión Resolutiva. En el mismo sentido, *Resolución N° 584/2000* de la Comisión Resolutiva, en materia de concesiones de servicio público telefónico inalámbrico: *“Que corresponde al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, dictar las normas técnicas sobre telecomunicaciones, y administrar y controlar el espectro radioeléctrico. Que, sin perjuicio de lo anterior, esta Comisión debe cautelar que las normas técnicas y condiciones que se establezcan para la asignación del espectro radioeléctrico no afecten la libre competencia en los servicios de telecomunicaciones”.*

tos (...) y, muy especialmente, en lo que interesa al caso sub lite, las normas que regulan el orden público económico, contenidas en la Constitución Política de la República y en el Decreto Ley N° 211, de 1973, sin que pueda sostenerse con algún fundamento, que la remisión que haga alguna ley a este decreto ley o a alguno de sus órganos para encomendar a estos últimos un cometido especial, pueda tener la virtud de limitar las atribuciones exclusivas que tienen tales organismos para la prevención, investigación, corrección y represión de los atentados a la libre competencia o de los abusos en que incurra quien ocupe una situación monopólica”

La Comisión Resolutiva incluso afirmó su competencia *excluyente* para conocer de materias referidas a actuaciones eventualmente contrarias a la libre competencia de organismos del Estado autónomos con rango constitucional, como el Banco Central²⁸. La Corte Suprema avaló esa posición, rechazando un recurso de queja que se había interpuesto contra la decisión de la Comisión Resolutiva.

En una de sus primeras sentencias, el TDLC dejó asentada su plena conformidad con la doctrina de sujeción de los organismos de la administración del Estado al D.L. N° 211, en una decisión que ha pasado a ser la referente en esta materia:

“Que se ha planteado en estrados que la denuncia de autos sería inadmisibile por el hecho que sólo se impugnan las razones de mérito que ha tenido el Ministro recurrido para dictar las resoluciones impugnadas. Al respecto, este Tribunal se considera competente para conocer de actuaciones de la autoridad que infrinjan o puedan infringir las normas que protegen la libre competencia contenidas en el D.L. N° 211, aun cuando hayan sido efectuadas sin exceder sus atribuciones legales, pues éstas tienen el límite de respetar las normas de orden público económico contenidas en dicho cuerpo legal que, según dispone claramente su artículo 3°, se aplica a ‘El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos,’ sin distinguir al efecto entre entes privados o públicos, siendo reiterada la jurisprudencia de la Honorable Comisión Resolutiva, antecesora legal de este Tribunal, en tal sentido”²⁹.

Al análisis constitucional que hemos referido previamente (vid. *supra* I.1), entonces, se agregó la consideración de que el artículo 3° del D.L. N° 211, que

²⁸ Resolución N° 239/1986 de la Comisión Resolutiva, en que resolviendo un incidente de incompetencia, decidió: “a) El único organismo facultado para conocer y pronunciarse en materias de libre competencia es esta Comisión Resolutiva. Ni la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de recursos interpuestos en conformidad con el artículo 35 de la Ley Orgánica del Banco Central de Chile, podría pronunciarse en estas materias. b) Los artículos 1° y 3° del Decreto Ley N° 211, de 1973, no distinguen ninguna clase de personas jurídicas a las que podría sustraerse de la aplicación de sus normas (...) c) El artículo 98 de la Constitución Política de la República, de 1980, dispone que el Banco Central de Chile, no podrá adoptar ningún acuerdo que signifique, de manera directa o indirecta, establecer normas o requisitos diferentes o discriminatorios en relación a personas, instituciones o entidades que realicen operaciones de la misma naturaleza, lo que unido a lo expresado en el N° 22 del artículo 19 de la misma Constitución, significa que es la propia Carta Fundamental la que se ha encargado de elevar a rango constitucional los principios que informan las disposiciones del Decreto Ley N° 211, de 1973”.

²⁹ Sentencia N° 11/2004 del TDLC.

tipifica los ilícitos de libre competencia, se aplica a cualquier sujeto (“el que”) y a todo acto (“cualquier hecho, acto o convención”), lo que reafirmaría la sujeción de los órganos de la administración del Estado a sus normas.

Dicho lo anterior, es interesante examinar que, una vez dictada la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (“Ley sobre Contratación Pública”), la Corte Suprema adoptó por un corto período una posición vacilante en cuanto a la aplicabilidad del D.L. N° 211 a actos de la autoridad propios de la contratación administrativa, invocando, entre otros argumentos, la especialidad de la normativa administrativa y de contratación pública respecto de la de libre competencia³⁰. Sin embargo, la misma Corte Suprema clarificó recientemente su posición, precisando, en línea con la jurisprudencia histórica existente en la materia, la especialidad de las normas de libre competencia en lo que se refiere a actuaciones que pueden afectar el funcionamiento de los mercados, y consecuentemente la libertad económica de las personas, así como su plena exigibilidad respecto de los órganos públicos inclusive en materias que afecten a la contratación administrativa³¹.

Con todo lo cual, se ha reafirmado estas alturas la tradicional mirada, establecida desde la dictación del D.L. N° 211, en cuanto a que los órganos del Estado, todos ellos, se encuentran sujetos en la dictación de actos administrativos

³⁰ Corte Suprema. *Sentencia de 29 de marzo de 2006*. Al conocer una reclamación de la Municipalidad de Cauquenes en contra de la *Sentencia N° 34/2005 del TDLC*, la Corte –revocando lo resuelto por este último Tribunal– señaló en los considerandos 8° a 10° de su sentencia: “Que la materia reclamada en autos, esto es, el supuesto incumplimiento de las bases administrativas para la adjudicación del servicio de recolección de residuos domiciliarios, limpieza y barrido de calles y disposición final de residuos domiciliarios, no corresponde propiamente al ámbito de la libre competencia, sino más bien es propio de un organismo encargado de velar por el cumplimiento de materias relacionadas con la contratación pública, pues no se divisa cómo pudiese verse alterada la libre competencia con los hechos relatados en la demanda, esto es, con eventuales incumplimientos a las bases administrativas de una licitación; Que por lo reflexionado precedentemente, se concluye que no le corresponde intervenir al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en materias como la de autos, ya que las partes de este proceso no son agentes económicos en los términos del artículo 4° del Decreto Ley N° 211 y, además, porque la materia de autos se encuentra reglamentada en la Ley N° 18.695, Orgánica de Municipalidades; Que además de lo ya concluido, cabe señalar que lo que en definitiva se reclamó a través de la demanda es la forma en que la Municipalidad de Cauquenes decidió la licitación de que se trata, y ello no es susceptible de ser reclamado por esta vía (...) Que, en todo caso, conviene dejar en claro que lo anterior no significa que la asignación del concurso o licitación pudiese estar exenta de todo defecto de procedimiento; pero, si lo tuviere, las misma Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades contempla los mecanismos de impugnación que pueden utilizar los afectados con alguna decisión que estima ilegal, sin perjuicio del control que la misma ley le entrega a la Contraloría General de la República”.

³¹ Esto se encuentra en la sentencia de la Corte Suprema que confirmó una condena del TDLC en contra de la Municipalidad de Curicó, en su *Sentencia N° 77/2008*. 27 de mayo de 2009, causa Rol 7796-2008. En su sentencia confirmatoria, la Corte Suprema señaló, en lo pertinente del considerando 6° de su decisión, que: “No debe olvidarse que de un mismo acto pueden derivar consecuencias jurídicas de diversa naturaleza, y que el examen de legalidad ha de verificarse sólo por el órgano al que la ley ha conferido competencia en razón del tipo de la eventual trasgresión. En la especie el asunto de autos está comprendido en la competencia del tribunal impugnado porque se trata de un conflicto de aquellos señalados en el artículo 3° del D. L. N° 211 y no de un conflicto surgido entre la aprobación de las bases de la licitación y su adjudicación, como lo previene a estos efectos el citado artículo 24 de la Ley N° 19.886”.

a las normas de defensa de la libre competencia³². La jurisprudencia que sigue ilustra la forma en que las autoridades de libre competencia han hecho efectivo ese principio y las preguntas que subsisten en lo referido a la exigibilidad concreta de tal principio, en sede jurisdiccional de libre competencia.

II.2. Aprobación de actos de organismos públicos: competencia del TDLC limitada a la perspectiva de la libre competencia

La jurisprudencia revela que la aprobación de actos administrativos, cuando se ha efectuado como consecuencia de su examen en sede contenciosa o no contenciosa, se ha hecho evidentemente en el marco estricto de competencia del TDLC, que se remite a determinar el cumplimiento de tales actos con el D.L. N° 211.

Ilustrativa es en este sentido la Sentencia 91/2009 del TDLC, que en su considerando vigésimo segundo explicó que *“La actividad fiscalizadora de la Municipalidad y las clausuras decretadas (...) se encontraban dentro del ámbito de sus atribuciones municipales, las que en este caso –y por lo que se ha venido señalando– no corresponderían a un ejercicio arbitrario de sus potestades públicas con fines exclusionarios y, por ende, no merecen reproche desde el punto de vista de la libre competencia, sin perjuicio de lo que pueda establecerse al respecto en otras sedes o instancias”*³³.

En un sentido consistente con el anterior se puede leer el fallo de la Corte Suprema que eliminó ciertos considerandos de una sentencia del TDLC en materia de regulación de telecomunicaciones, que contenían una interpretación del TDLC acerca del sentido y alcance de la misma normativa de telecomunicaciones. Con esto, la Corte Suprema decidió que el análisis de la legalidad de los actos administrativos a ser realizado por el TDLC, tiene por natural límite el que ese análisis se efectúe desde la estricta perspectiva de la libre competencia³⁴.

³² En el mismo sentido, es destacable lo señalado recientemente por el TDLC en relación con la necesaria armonización que la regulación sectorial debe tener con las normas de defensa de la libre competencia. En efecto, en el considerando 80° de su *Sentencia N° 97/2010*, el TDLC estimó necesario: *“A a fin de evitar que se repitan conductas como la de autos y con el objeto de armonizar la normativa sectorial con la de libre competencia y dotarla de aplicación general a las empresas de telecomunicaciones (...)”*, proponer la dictación de una normativa sectorial que incluya la obligación de las empresas de telefonía local de comercializar separadamente cada uno de los productos o servicios que integren una oferta conjunta de servicios de telecomunicaciones (normalmente conocidos como triple play).

³³ Otros casos en los que el Tribunal ha aprobado actos de organismos públicos sometidos a su examen se dan a propósito de bases de licitación puestas en su conocimiento, los que serán analizados en detalle en la sección II.2. de este artículo.

³⁴ *“Que sin perjuicio de lo dicho en torno a la inadmisibilidad de la reclamación deducida por Telmex, esta Corte no puede dejar de observar que, en lo que respecta a los considerandos 71° a 81° del fallo reclamado, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia carece de competencia para pronunciarse acerca de la naturaleza jurídica de los servicios de telefonía IP a efectos de la aplicación de la Ley General de Telecomunicaciones, como el mismo órgano jurisdiccional por lo demás lo advierte según se lee del fundamento trigésimo noveno. De este modo, resultan improcedentes las consideraciones que se han discurredo hacer en los motivos septuagésimo segundo al octogésimo primero (72° al 81°), eliminándose del razonamiento septuagésimo primero (71°) la última oración que dice: “Todo ello sin perjuicio de lo que se señala a continuación.” Sentencia de fecha 15 de julio de 2005, dictada en autos Rol N° 6236-06 en virtud de un Recurso de reclamación contra la *Sentencia N° 45/2006 del TDLC*.*

II.3. Recomendación o exigencia directa a organismos públicos de ejecutar, modificar o revocar determinados actos, con una finalidad pro-competitiva

Si un ente público desatiende el deber fundamental que se desprende de la constitución económica y de la legislación básica en materia de régimen económico nacional, corresponde que el organismo de que se trate, en cumplimiento de su deber administrativo de rectificar sus actos contrarios a derecho, corrija lo que se ha hecho y lo enmiende conforme a derecho.

Existe en este sentido una lata jurisprudencia que sugiere o impone esa obligación, según el caso. La revisión de esa jurisprudencia revela que las Comisiones y el TDLC han recomendado a órganos de la administración del Estado la modificación, rectificación o interpretación en un sentido pro-competitivo de ciertos actos administrativos, o incluso lo han impuesto en calidad de obligación. Esa jurisprudencia es particularmente abundante en materia de concursos o licitaciones públicas.

Interesa resaltar, sin embargo, algunos aspectos relevantes de esa jurisprudencia.

Primero, la imposición de obligaciones en esta materia se ha aplicado tradicionalmente respecto de actos administrativos de alcance particular, puesto que respecto de reglamentos u otras normas jurídicas de alcance general se ha optado por utilizar la facultad especial de proponer la modificación de reglamentos a que se refiere el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211 (vid. *infra* II.4), en sede no contenciosa.

Segundo, no existe claridad sobre el alcance de la potestad del TDLC de ordenar la modificación de actos administrativos anticompetitivos, cuando la dictación de esos actos ha obedecido a la ejecución de una potestad reglada, más aun cuando ejecuta una ley. El reciente caso referido a la Junta Aeronáutica Civil, que se examina más adelante (vid. *infra* II.3.2), parece revelar una mayor intervención de la Corte Suprema dirigida a limitar el actuar del TDLC sobre actos administrativos, cuando los mismos se han dictado en cumplimiento de una potestad reglada, ejerciendo a este respecto la Corte Suprema una función de delimitación de la aplicación del D.L. N° 211 cuando ésta se pueda oponer al de otras normativas sectoriales que impongan obligaciones a las autoridades de que se trate³⁵.

Tercero, también la jurisprudencia se encuentra en proceso de delinear hasta qué punto puede intervenir el TDLC en la ejecución de potestades discrecionales de los órganos de la administración del Estado, cuando la aplicación de la normativa de libre competencia pugna con los fines sectoriales encomendados a esos órganos; o, dicho de otra manera, si es siempre posible armonizar los objetivos de libre competencia con aquellos sectoriales, y cuáles priman en caso de contradicción. Interesante en este sentido fue la decisión del caso 3G (vid. su análisis en mayor detalle en *infra* II.3.3), en que, frente a la consulta hecha por la Subsecretaría de Telecomunicaciones (“Subtel”) al TDLC acerca de si correspondía a ese organismo establecer algún tipo de exclusión, restricción o requisito para la participación de

³⁵ Nótese que en derecho comparado también se restringe la aplicación del derecho de la competencia cuando las autoridades públicas concernidas cumplen con sus propias leyes. (ANTOINE, 2009) p.60. Ahora, ello debe mirarse con la debida consideración de las diferencias de esas normativas comparadas con nuestra tradición jurídica (vid. *infra* III.1).

los concesionarios de servicio público telefónico móvil en el concurso público de espectro radioeléctrico de tercera generación, 3G, el TDLC declinó recomendar restricción alguna, por considerar en síntesis que ello era materia de la normativa sectorial que a Subtel cabía interpretar, restringiendo entonces el TDLC su propia competencia en aras a no interferir en el ejercicio discrecional de las potestades que, en su mirada, correspondían a Subtel. En una dirección opuesta resolvió la Corte Suprema, conociendo de recursos de reclamación interpuestos en contra de la decisión del TDLC, cuando, revisando el mérito de ésta, y aplicando con primacía el D.L. N° 211, concluyó que sí cabía restringir la participación de los concesionarios ya existentes, limitando su derecho a mantener bloques de espectro no superiores a los 60 MHz en la banda de frecuencias de 3G. Esta sentencia de la Corte Suprema, que en una primera mirada puede parecer contradecirse con la de Junta Aeronáutica Civil, realmente resuelve un problema distinto: el de la interacción del D.L. N° 211 con normas sectoriales cuando éstas corresponden al ejercicio de potestades discrecionales.

Cuarto, las Comisiones y el TDLC han evitado intervenir directamente modificando por sí los actos administrativos estimados contrarios a la libre competencia, y han optado en cambio por solicitarlo o exigirlo según el caso al propio autor del acto administrativo. Ha quedado abierta la pregunta, entonces, acerca de la potestad que tendrían tales tribunales –actualmente el TDLC– de ejercer directamente una potestad anulatoria *stricto sensu* respecto de actos administrativos considerados contrarios al derecho de libre competencia.

Una lectura literal del artículo 26 inciso 2° letra a) del D.L. N° 211 llevaría a pensar que el TDLC sí contaría con esa potestad, cuando tal precepto señala que el TDLC podrá “Modificar o *poner término* a los actos, contratos (...) que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley”, sin distinguir la naturaleza de esos actos, y su origen público o privado. Podría entenderse entonces que habría sido un ejercicio de prudencia, más que la ausencia de una potestad anulatoria, lo que habría llevado al TDLC a preferir solicitar o exigir a sus propios autores la modificación de actos de la administración estimados como anticompetitivos, en lugar de invalidarlos directamente por vía de una sentencia.

La mirada opuesta llevaría a entender que debiera evaluarse estrictamente la eventual existencia de una potestad anulatoria de parte de los órganos de defensa de la libre competencia. De la jurisprudencia emanada de la Contraloría General de la República (“CGR”), se deriva que la invalidación de un acto (lo que podríamos extender conceptualmente a la situación de anulación) no podría vulnerar situaciones jurídicas declaradas o constituidas por el acto administrativo invalidado, respecto de terceros de buena fe –cuestión que generalmente ha sucedido en los mercados cuando se discute el alcance de una norma administrativa ya dictada; lo anterior, desde que el principio de certeza jurídica y su necesaria protección, habrían creado una confianza en el tercero sujeto del acto administrativo respecto de la legitimidad y validez del mismo³⁶. Alguna jurisprudencia de

³⁶ Lo anterior, máxime si, de conformidad con el inciso final del artículo 3° de la LBPA, los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad frente a sus destinatarios. Ver, a modo de ejemplo, el Dictamen N° 46.644, de 26 de agosto de 2009.

la misma Comisión Resolutiva se pronuncia, asimismo, en un sentido de excluir que su competencia se extienda a la anulación de actos administrativos³⁷.

Quinto, no se encuentra resuelta la pregunta acerca de la imperatividad de las decisiones del TDLC, cuando éstas se dirigen a actos de la administración del Estado. En efecto, sentencias del TDLC que ordenen la modificación o derogación de actos realizados o dictados por los órganos de la administración del Estado, pueden quedar incumplidas, no contemplando el D.L. N° 211 una norma explícita que establezca un mecanismo de ejecución³⁸.

En caso de incumplimiento, es probable que la única opción que entregue el D.L. N° 211, es que la FNE, o algún particular, requieran o demanden a ese órgano

³⁷ *Resolución N° 239/1986* de la Comisión Resolutiva, en que resolviendo un incidente de incompetencia, decidió: “*El requerimiento del señor Fiscal Nacional Económico no tiene por objeto que esta Comisión Resolutiva deje sin efecto los acuerdos objetados [del Banco Central], cosa que por lo demás no está facultada para hacer, sino sólo obtener que los represente a quien corresponda, por contravenir las normas del Decreto Ley N° 211, de 1973.*”

³⁸ Interesante es analizar, por ejemplo, la evolución que tuvo la recomendación del TDLC a la Subtel, para que ésta implementara la denominada “portabilidad del número telefónico” destinada a asegurar que cada titular de un número telefónico pudiera mantenerlo a pesar de cambiar de proveedor telefónico. Esta medida, dirigida a reducir los costos de cambio de los consumidores y, así, aumentar la competitividad de la industria, fue objeto de una recomendación por la Comisión Resolutiva y otra por el TDLC. La recomendación se reemplazó luego por una orden dirigida a la Subsecretaría en cuestión, cuando el TDLC constató en una tercera decisión que dicha medida no se había implementado. A pesar de ello, la Corte Suprema afirmó que la ejecución de esa orden, al conformar parte de una política a cargo de la cual se encontraba la Subsecretaría de Telecomunicaciones, correspondía a una materia más propia de las políticas públicas sectoriales quitando con eso imperatividad a la exigencia del TDLC. Lo anterior es ilustrativo de la dificultad que referimos. Vid. *Resolución N° 686/2003 de la Comisión Resolutiva*, resuelvo 3°: “(...) Se deberá proceder a la fijación de tarifas, respecto de todos los proveedores, de las facilidades para la aplicación de la portabilidad del número, cuando existan las condiciones técnicas y económicas que lo hagan viable, según lo determinen los respectivos Ministerios”; *TDLC, Informe N° 2/2009* §163: “En relación a la portabilidad del número telefónico, este Tribunal estima que al ser implementada, se reducirán los costos que enfrentarían los consumidores de cambiarse a otra compañía telefónica, con lo que aumentaría la competencia en el mercado. Con este convencimiento, la Resolución N° 686 de la H. Comisión Resolutiva, en el año 2003, exigió que se implementara la portabilidad del número cuando fuera técnica y económicamente factible. Este Tribunal opina que al no estar implementada aún esta recomendación, corresponde prevenir que se realicen todos los esfuerzos posibles para contar con portabilidad numérica en un periodo breve, tanto en telefonía fija como en telefonía móvil, de manera que con ello se inyecte presión competitiva a todo el mercado de las telecomunicaciones”; *TDLC, Resolución N° 27/2009*, p.82: “En este contexto, la portabilidad numérica permitiría reducir las barreras de entrada, pues se reduciría así el tiempo en el que un potencial entrante adjudicatario del Concurso podría entrar al mismo y, de esta forma, incrementar la competencia. Por lo precedentemente expuesto, y considerando que la evidencia internacional sitúa a Chile entre los países de baja tasa de movilidad de usuarios entre empresas, lo que confirma que hay costos de cambio que dificultan la competencia, este Tribunal ordenará a la Subtel implementar la portabilidad numérica, en forma previa a la fecha prevista como plazo máximo para la entrada en operación o puesta en marcha de los proyectos técnicos de quienes finalmente resulten ser los adjudicatarios del Concurso”. Luego, Sentencia de la *Corte Suprema, de 27 de enero de 2009*, considerandos 14° y 15°: “*Que, de esta forma, la citada condición provocará inevitablemente que los nuevos competidores se vean imposibilitados de prestar sus servicios mientras no se haya implementado la referida portabilidad numérica, cuyos plazos de ejecución dependerán del diseño y tecnología que se decida adoptar así como de la regulación que se dicte al efecto. De lo señalado se advierte que se generará un retardo en el ingreso de nuevos operadores al mercado de la telefonía móvil; (...) 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.*”

de la administración del Estado ante el TDLC, para que este último, considerando el precedente de incumplimiento, imponga una multa o incremente su monto según en el caso³⁹. Pero incluso en tal evento, y más allá del costo a nivel de responsabilidad política que ello pueda generar al órgano en cuestión, puede subsistir la pregunta acerca de cómo obligar al órgano destinatario de la multa a su pago efectivo.

Inclusive, si se analiza la materia en sede no contenciosa (vid. *infra* II.4), y se evalúan los efectos de las proposiciones que pueda hacer el TDLC de cambios a leyes o reglamentos para ajustarlos a la libre competencia (casos en los que el TDLC ejerce una potestad ya distinta de la jurisdiccional, más asimilable a la de un órgano técnico especializado⁴⁰), lo cierto es que los efectos de esas proposiciones, en los hechos, no exceden mucho a los de imponer una carga pública de argumentación al Presidente de la República, o en su caso al Congreso Nacional, si alguno de ellos se aleja de la recomendación efectuada por el TDLC. Y hay que reconocer que esa carga de argumentación no resulta realmente en un incentivo efectivo para seguir los lineamientos del TDLC, si no existe una masa social o académica crítica –o al menos derivada de la labor de la FNE– que dé seguimiento y publicidad al destino de las proposiciones del TDLC en estas materias (sobre esta materia, se volverá *infra* en la sección IV).

Dicho lo anterior, se revisan a continuación algunas de las decisiones más relevantes de las autoridades de defensa de la competencia en lo que se refiere a recomendaciones u órdenes dirigidas a los órganos de la administración del Estado, para que ajusten sus actos al derecho de la libre competencia.

II.3.1. Recomendación de dictación, modificación, interpretación o derogación de actos administrativos particulares o de implementación de ciertas políticas públicas

Con conciencia acerca de su carácter no vinculante (lo que se reflejaría por ejemplo en la no obligatoriedad de consultar sobre su cumplimen-

³⁹ La posibilidad de que la FNE requiera a los entes públicos que incumplan con las órdenes impartidas por el TDLC, se materializó recientemente a través de un requerimiento contra de la Municipalidad de Antofagasta. En su acción, la FNE señaló, entre otras materias, que dicha Municipalidad había incumplido las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006 que el TDLC dictó en relación con los procesos licitatorios para el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios. Sin embargo, dado que el TDLC rechazó el requerimiento, al no estimar incumplidas tales Instrucciones, no existe certeza de cuál es la posición que el TDLC adoptará respecto de eventuales incumplimientos de sus sentencias, resoluciones, instrucciones o recomendaciones. Sentencia N° 92/2009.

⁴⁰ La facultad contemplada en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211 ha sido denominada potestad requisitoria, señalándose respecto de la misma que: “No supone la resolución de un conflicto jurídico antimonopólico destinado a señalar lo justo en particular con motivo de una controversia que reclama una composición judicial o litis, por lo cual no exhibe una naturaleza jurisdiccional y (...) tampoco corresponde a una atribución de naturaleza administrativa (...) puesto que al ejercitar la potestad requisitoria el Tribunal Antimonopólico no se está comportando como un ente administrativo. En efecto, la puesta en movimiento de la potestad requisitoria no remata ni en un informe ni en una resolución administrativa que evacua o responde una consulta formulada (...) La potestad requisitoria parece de otro orden: una suerte de función contralora del orden jurídico en el nivel legal y reglamentario (...)” (VALDÉS, 2006) p.695.

to)⁴¹, las Comisiones primero, y el TDLC luego, han efectuado en ocasiones *recomendaciones* en lo relativo a actos administrativos con efectos anticompetitivos.

Se mencionan a continuación algunos ejemplos, tanto derivados de juicios contenciosos como no contenciosos desarrollados ante el TDLC⁴².

En el considerando quincuagésimo cuarto de la Sentencia N° 44/2006, el TDLC recomendó, en términos generales y sin dirigirse a ninguna autoridad en particular, la evaluación de criterios de apertura unilateral a la oferta de cabotaje aéreo en Chile para así favorecer el desarrollo económico regional.

En el caso de la Sentencia N° 56/2007 se decidió *“Recomendar a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras adoptar las medidas que sean conducentes a efectos de que las entidades sometidas a su fiscalización cumplan estrictamente con la obligación que les impone el artículo 19°, inciso segundo, de la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, en orden a que comuniquen a la Cámara de Comercio de Santiago A.G. el pago o extinción de las deudas previamente informadas como incumplidas, efectuando el pago de la tarifa correspondiente, con cargo al deudor. Lo anterior, al menos hasta el 1° de enero de 2010, fecha a partir de la cual se habrán eliminado dichas tarifas”*. Contra esta recomendación se interpuso reclamación ante la Corte Suprema, la que en definitiva fue rechazada por entender la Corte que el TDLC se encontraba *“Expresamente facultado por el Decreto Ley N° 211 artículo 18 N° 3, y [ello] forma parte del ejercicio de la función preventiva y promotora de la libre competencia”*.

En la Sentencia N° 94/2010 –sobre un acuerdo entre transportistas para concertar tarifas de transporte público de pasajeros en Osorno y acordar el congelamiento del parque de buses de recorrido urbano–, el TDLC recomendó al Ministro de Transporte y Telecomunicaciones poner en conocimiento de esa sentencia a todos los Secretarios Regionales Ministeriales de su cartera *“A fin de que en lo sucesivo se abstengan de realizar cualquier práctica que pueda facilitar acuerdos contrarios a la libre competencia entre los agentes económicos que participan en las distintas industrias y mercados de su sector”*.

⁴¹ Sentencia N° 34/2005, considerando décimo noveno. En este mismo sentido la Sentencia N° 37/2006 señaló: “Dado que el referido dictamen como la resolución citada contienen sólo recomendaciones, este Tribunal no estima reprochable, en sí mismo, que la Municipalidad de San Bernardo no haya consultado previamente sus bases de licitación. Por esta razón desecha lo concerniente a este punto de la demanda de autos”.

⁴² Las extintas Comisiones también realizaron recomendaciones a los reguladores. A modo de ejemplo, cabe destacar, la Resolución N° 718/2003 de la Comisión Resolutiva: “Recomendar a la Superintendencia de Servicios Sanitarios realizar un trabajo similar al efectuado por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en el sentido de elaborar una clasificación única de los servicios prestados por las empresas sanitarias, según su contenido y naturaleza, a fin de presentar ante esta Comisión, en una sola oportunidad, la nómina de aquellos servicios que se prestan en condiciones monopólicas, para un análisis integrado del mercado de los servicios sanitarios”; y, el Dictamen N° 1270/2003: “Se recomienda a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras que aplique íntegramente lo dispuesto en su circular N°3209 de diciembre de 2002, no sólo a los eventuales interesados en constituir sociedades de apoyo al giro vinculadas con sistemas de pagos, sino a todas las sociedades de ese tipo hoy existentes, entre las cuales se encuentra Transbank”.

En materia no contenciosa, la Resolución N° 2/2005, sobre toma de control de la empresa BellSouth Comunicaciones S.A. por Telefónica Móviles S.A., dirigió recomendaciones a Subtel. Entre ellas, “*Que se disponga, para todos los operadores de telefonía móvil, la obligación de efectuar ofertas de facilidades para la reventa de planes por parte de comercializadores sin redes*”. La Corte Suprema confirmó el carácter no vinculante de esa recomendación, insistiendo en la discrecionalidad de la autoridad sectorial para implementarla⁴³. La Resolución N° 20/2007, por su parte, previno a Subtel para que los concursos para asignación de frecuencias radiofónicas se desarrollaran en condiciones públicas, transparentes, objetivas y no discriminatorias, a fin de ajustarse a las condiciones de competencia en el mercado.

El TDLC también ha recomendado que ciertos organismos públicos consulten preventivamente al propio TDLC o a la FNE según el caso, la licitud, desde la perspectiva del D.L. N° 211, de bases de licitación o de concursos públicos. Tal es el caso de la Resolución N° 04/2005, dictada a raíz de una consulta de la Municipalidad de San Miguel, por la que se recomendó a todas las municipalidades del país remitir a la FNE copia de las bases de licitación públicas a que llamaran para el desarrollo de actividades de recolección, transporte y tratamiento de basura. Lo propio ocurrió con la Resolución N° 6/2005⁴⁴, que realizó una recomendación en similares términos a la Dirección General de Aeronáutica Civil, para que consultare en forma previa al TDLC las bases de licitación para el otorgamiento de concesiones para operar redes hidrantes en aeropuertos.

II.3.2. Exigencia de dictación, modificación, interpretación o derogación de actos administrativos de alcance particular. El caso JAC

Las decisiones del TDLC que se han dirigido a órganos de la administración del Estado con *alcance imperativo* son variadas.

En ocasiones, el TDLC ha ordenado la eliminación de cláusulas contractuales. En la Sentencia N° 20/2005 ordenó a la Municipalidad de Santiago suprimir de los contratos de concesión de estacionamientos subterráneos, la cláusula por la que obligaba a eliminar los estacionamientos de superficie en las áreas de restricción.

En otras, el TDLC ha impuesto exigencias en lo relativo al contenido de bases de licitación, siguiendo al efecto una jurisprudencia ya asentada por la

⁴³ Al respecto la Corte Suprema señaló: “En cuanto a la recomendación novena, tampoco resulta procedente su eliminación, como se ha pretendido, precisamente porque involucra una simple recomendación y que va dirigida a una entidad pública, como es la Subsecretaría de Telecomunicaciones, y cuyo real alcance sólo se apreciará una vez que dicha repartición, si lo estima pertinente, implemente la medida que se le recomienda”. Sentencia de fecha 4 julio de 2007, dictada en autos Rol N°396-05, por Recurso de reclamación contra Resolución N° 02/2005 del TDLC.

⁴⁴ Dictada en proceso iniciado por consulta de Shell Chile S.A.C.I. respecto de la política adoptada por la Dirección General de Aeronáutica Civil, manifestada en actos administrativos que aparentemente conducían a la creación de un monopolio para la distribución y venta de combustibles en los aeropuertos nacionales a favor de los propietarios de redes hidrantes.

Comisión Resolutiva⁴⁵ (vid. *infra* II.3.3). Por ejemplo, la Resolución N° 25/2008 ordenó al Ministro de Obras Públicas la modificación de las bases de precalificación del Programa de Licitaciones y Relicitaciones de Concesiones de Infraestructura Aeroportuaria, de manera de no excluir la participación de personas relacionadas con empresas de transporte comercial de aeronaves pequeñas.

También, ha impuesto el TDLC ciertas obligaciones de información a entes públicos. Tal es el caso de la Resolución N° 18/2006, por la que el TDLC ordenó a la Dirección General de Aguas (“DGA”), informar a la FNE acerca de toda solicitud y adquisición de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos para generación hidroeléctrica y su publicación en el sitio web de la DGA, con el fin de controlar posibles hipótesis de acaparamiento indebido de tales derechos por parte de privados.

Y en un caso que ha generado importantes repercusiones, y cuyo alcance doctrinario es aún incierto, por medio de su Sentencia N° 81/2009, el TDLC acogió parcialmente el requerimiento de la FNE contra la Junta Aeronáutica Civil (“JAC”) por las licitaciones que ésta había efectuado de frecuencias aéreas en la ruta Santiago-Lima, licitaciones en las que había considerado como solo factor de adjudicación las ofertas en dinero de las empresas participantes, mas no otros criterios pro-competitivos como lo había recomendado en su momento la Sentencia N° 44/2006 del mismo TDLC. Consideró el TDLC, en síntesis, que la circunstancia de que la JAC licitara estas frecuencias –insumos esenciales en la mirada del TDLC- teniendo por único criterio las ofertas en dinero, restringía la entrada de nuevos competidores al mercado, constituyéndose en una barrera de entrada. Por eso, decidió el TDLC que la JAC debía incorporar en las bases de esas licitaciones restricciones a la adjudicación de frecuencias a un mismo actor y otras condiciones pro-competitivas. Resolvió el TDLC:

“(…) Ordenar a la Junta de Aeronáutica Civil lo siguiente:

a) *Modificar dichas bases [de licitación pública de siete frecuencias directas entre las ciudades de Santiago y Lima] dentro del término de treinta días corridos*

⁴⁵ Por ejemplo, la Resolución N° 584/2000 de la Comisión Resolutiva, en materia de concesiones de servicio público telefónico inalámbrico. En tal sentido los siguientes considerandos de la Resolución aludida: “PRIMERO: Que corresponde al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, dictar las normas técnicas sobre telecomunicaciones, y administrar y controlar el espectro radioeléctrico. SEGUNDO: Que, sin perjuicio de lo anterior, esta Comisión debe cautelar que las normas técnicas y condiciones que se establezcan para la asignación del espectro radioeléctrico no afecten la libre competencia en los servicios de telecomunicaciones”. También la Resolución N° 389/1993 de la Comisión Resolutiva –sobre la participación de empresas de telefonía local en la provisión del servicio de larga distancia–, entregó una serie de instrucciones a Subtel. En ellas, la Comisión Resolutiva le encargó implementar y velar por el cumplimiento de las decisiones contenidas en el fallo, y elaborar un marco operativo con tal objeto, señalándole una gama de principios que debían regir para su elaboración, otorgándole un plazo de 18 meses para la implementación de las medidas. En el mismo sentido, destaca la Resolución N° 647/2002: “De oficio, además, se ordena a la Superintendencia de Valores y Seguros dejar sin efecto en lo pertinente el Oficio Circular N° 4456, de 17 de julio de 2000, el que habría prohibido, entre otras, las operaciones de arbitraje interbolsas, por las razones dadas en los motivos 22 a 27. Esta Comisión, en síntesis, declara que no puede aceptar que un organismo público prohíba lo que la propia Comisión consideró legítimo y necesario para que exista competencia en el mercado bursátil, más aún, cuando la mencionada Superintendencia desde hace muchos años conocía este tipo de operaciones y nunca las objetó”.

contados desde que la presente sentencia quede ejecutoriada, a fin de que éstas establezcan que la autoridad aeronáutica chilena podrá adjudicar a un mismo postulante, en una primera ronda, como máximo un 75% del total de frecuencias aéreas internacionales directas existentes en la ruta Santiago-Lima, sumadas las asignadas y por asignar (...) Las bases deberán además ser modificadas, a fin de procurar que los plazos de inicio de operaciones que se exijan a los postulantes, no restrinjan o perjudiquen la participación del mayor número de interesados posible (...)

c) Asegurar que las bases de licitaciones de frecuencias aéreas internacionales que realice en lo sucesivo garanticen la creación de las mejores condiciones de competencia entre todas las empresas interesadas en el servicio de transporte aéreo en dicha ruta, de acuerdo con los términos establecidos en la presente sentencia (...)."

El 15 de junio de 2009, la Corte Suprema revocó la Sentencia N° 81/2009 y se pronunció en particular sobre la orden dirigida por el TDLC a la JAC recién referida. El fallo de la Corte Suprema fue tajante. Concluyó en síntesis que, en la medida que la JAC estuviera aplicando la normativa jurídica vigente a efectos de las licitaciones de frecuencias aeronáuticas, normativa que le imponía la obligación de adjudicar tales licitaciones en base a la mejor oferta presentada en dinero, y que ejecutaba una ley (Decreto Ley N° 2.564, Ley de Aviación Comercial), no podía el TDLC, a riesgo de hacer incurrir a la JAC en una infracción al principio constitucional de juridicidad, imponer a la JAC por vía de su sentencia la obligación de actuar de manera diferente a aquello previsto en su legislación y demás normativa sectorial. Y agregó la Corte Suprema que, en caso de estimar el TDLC que dicha legislación atentara contra la libre competencia, sólo le estaría permitido proponer al Presidente de la República su derogación o modificación en los términos del artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211 (vid. *infra* II.4).

La sentencia de la Corte Suprema, y el hecho de que la doctrina que de ella deriva pudiera leerse como contradictoria con aquella general vigente en materia de sujeción de los actos de los organismos públicos a la libre competencia (vid. *supra* I.2 y II.1), deja planteadas varias interrogantes de relevancia.

La primera es si esta sentencia debe entenderse como una que decide que toda normativa sectorial debe primar por sobre el D.L. N° 211, y que en cuanto la autoridad esté aplicando su normativa sectorial, no podría exigírsele enmendar su conducta por aplicación del D.L. N° 211. Un entendimiento de esta naturaleza supondría un vuelco absoluto en la jurisprudencia que hemos citado *supra* (II.2 a II.3.1) y despojaría al D.L. N° 211 de cualquier imperativo en lo relativo a órganos de la administración del Estado. Nuestra interpretación es que no debiera darse tal sentido a la sentencia de la Corte Suprema. Ella más bien se explica en base a las particularidades del caso. En el caso en análisis, es cierto que la JAC estaba sometida a una norma imperativa y concreta, que le entregaba una potestad reglada, con un único y exclusivo criterio de adjudicación (el monetario) a considerar para efectos de las licitaciones de frecuencias

aeronáuticas⁴⁶. No se trataba de que su normativa sectorial le entregara ciertas facultades discrecionales y que el TDLC hubiera ordenado a la JAC aplicar esa discrecionalidad en un determinado sentido pro-competitivo. Nos parece que este último punto no estaría en discusión en esta sentencia de la Corte Suprema, más aun teniendo en cuenta lo que se explicará a propósito del caso 3G (vid. *infra* II.3.3). Pero sí ella asentaría que, frente a la situación de una potestad reglada, que impusiera al regulador ciertas exigencias precisas, no podría el TDLC por aplicación del D.L. N° 211 exigir a la autoridad comportarse de una manera diferente, al no estarle entregada esa posibilidad en su normativa sectorial. En suma, nos parece que la sentencia de la Corte Suprema en el caso JAC en nada obsta a que el TDLC exija que potestades que gocen de alguna discrecionalidad, o contengan facultades para el órgano de la administración del Estado, se ejerzan con el contenido o interpretación que ordene el TDLC para armonizarlas con el cumplimiento de la legislación de defensa de la libre competencia⁴⁷. Por supues-

⁴⁶ Cuestión que al menos la Corte Suprema interpretó de esa manera. A diferencia del TDLC, que consideró que la normativa aplicable entregaba a la JAC algún grado de discrecionalidad, la Corte Suprema interpretó que la JAC se encontraba afectada a una potestad reglada, que no le entregaba más opción que efectuar licitaciones en base a un criterio monetario. La diferente interpretación de uno y otro Tribunal en esta materia, queda en evidencia de la lectura de las consideraciones que siguen:

I. Sentencia TDLC. Considerandos 154° y 156°.

Centésimo quincuagésimo cuarto. "Que, entonces, lo procedente es concluir que si la intención del legislador, expresamente declarada, fue alcanzar los fines de la ley de aviación mediante la promoción de las mejores condiciones de competencia, en los casos en los que se dispusiere de un número inferior de frecuencias internacionales en una ruta determinada que operadores interesados en prestar el respectivo servicio de transporte en dicha ruta, la licitación pública que es menester realizar para asignar las frecuencias correspondientes debe, precisamente, promover la competencia. Consecuencialmente, es éste último objetivo el que debe inspirar cualquier reglamento que la autoridad competente, por mandato de la ley, dicte para fijar las condiciones y procedimientos a los que habrá de sujetarse la licitación pública en cuestión; (...)

Centésimo quincuagésimo sexto. Que por lo tanto, en opinión de este Tribunal y de acuerdo al análisis del mercado que se ha realizado a lo largo de esta sentencia, asignar las licitaciones de las frecuencias aéreas restringidas, considerando solamente el monto de dinero ofertado, tal como se ha venido haciendo hasta ahora, no es coherente con los objetivos de la propia ley de aviación comercial ni tampoco con el medio que dicha ley considera idóneo para alcanzar esos objetivos, esto es, la creación de las mejores condiciones de competencia entre todas las empresas interesadas en el servicio de transporte aéreo chileno".

II. Sentencia Corte Suprema. Considerandos 7° y 8°.

"SÉPTIMO: Que atento lo anterior resulta de meridiana claridad que al elaborar las bases para el proceso de licitación de las frecuencias aéreas restringidas materia de esta causa la Junta de Aeronáutica Civil no hizo más que dar fiel cumplimiento a la legislación vigente que resulta aplicable en la especie. Es el Decreto Supremo N° 102, por remisión del Decreto Ley N° 2564, el que establece que las frecuencias deben ser asignadas a la empresa que haya ofrecido la mayor cantidad de dinero por cada una de ellas, encontrándose obligada la Junta a elaborar las bases de licitación en concordancia con tales condiciones, según expresamente lo dispone el inciso segundo del artículo 3 de la Ley de Aviación;

OCTAVO: Que de acuerdo a lo expresado, encontrándose vigente dicha normativa, no le resulta posible al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ordenar la modificación de las bases en la forma que lo hizo (...) contrariando con ello lo que se encuentra expresamente regulado por la legislación de aviación comercial que nos rige. Los jueces están obligados a cumplir su función aplicando la legislación vigente, con prescindencia de la convicción íntima que tengan acerca de la bondad de ésta. De estimar el tribunal que el reglamento de la ley de aviación comercial, al que se remite expresamente esta última en materia de licitación de frecuencias aéreas internacionales, atenta contra las normas que regulan la libre competencia, en este caso el Decreto Ley N° 211, sólo le es permitido proponer a la Presidente de la República su modificación, más no ordenar a la Junta de Aeronáutica Civil elaborar las bases con prescindencia de lo que éste establece, como erróneamente lo hace en esta causa, por lo que a este respecto se acogerán las reclamaciones planteadas".

⁴⁷ Vid., a modo de ejemplo Sentencia N° 97/2010, considerando 80°.

to que deben esperarse futuros pronunciamientos de la Corte Suprema para que se asiente la doctrina a que nos referimos.

Una segunda interrogante es si la doctrina de esta sentencia de la Corte Suprema se aplica sólo en caso de que la potestad reglada del órgano del Estado de que se trate emane de fuente legal, o se extiende igualmente a casos en que la misma emane de normas reglamentarias. Nuestro entendimiento es que el alcance de la sentencia debiera limitarse a los casos en que la potestad reglada tenga origen legal, pues si se extendiera a casos de potestades contempladas en normas de inferior jerarquía, lo cierto es se despojaría de toda eficacia a la mayor jerarquía del D.L. N° 211 –norma de rango evidentemente legal y que además tiene su fuente en el *orden público económico* constitucional– y a la circunstancia de que forma parte del principio de juridicidad (y de la jerarquía de normas inherente a la aplicación de tal principio). De esta manera, nos parece que la doctrina que emana de la sentencia de la Corte Suprema en análisis, en nada debiera restringir la posibilidad de que el TDLC, en aplicación de la norma de rango legal que es el D.L. N° 211, exija la modificación o derogación de actos de autoridad dictados en base a normas reglamentarias (evidentemente mientras tales normas reglamentarias no sean de simple ejecución de una ley, como sucedió en el caso de JAC).

Una tercera pregunta es si la instrucción emanada de la Corte Suprema debe entenderse como que el TDLC ha perdido su potestad de exigir directamente, por vía contenciosa, la modificación o derogación de actos administrativos contrarios a la libre competencia, y se le ha limitado a la posibilidad de proponer al Presidente de la República la modificación de leyes o reglamentos en sede no contenciosa. Nos parece que esta conclusión general no emana del caso JAC. Es la particularidad del caso (potestad reglada basada en norma imperativa de origen legal en antinomia con el D.L. N° 211) la que lleva a esa conclusión en la sentencia concreta. Pero ello en nada obsta a que, en otras circunstancias en que no se produzca esa directa antinomia, el D.L. N° 211 efectivamente se traduzca en una orden –no sólo una sugerencia o proposición de cambio de legislación– dirigida al órgano para que enmiende su concreta conducta conforme al derecho de la libre competencia⁴⁸.

Resulta interesante constatar, finalmente, que la jurisprudencia de la CGR se ha restado de pronunciarse sobre estas materias⁴⁹.

⁴⁸ Otras sentencias han impartido órdenes a entes públicos, y han sido posteriormente revocadas por la Corte Suprema. Se trata de la *Sentencia N° 34/2005*, en la causa iniciada por demanda de ENASA S.A. contra la Municipalidad de Cauquenes. La Corte Suprema revocó la sentencia condenatoria del TDLC, por considerar que la revisión del incumplimiento de las bases no era materia de la competencia de dicho Tribunal, como se vio supra II.1. Asimismo, la *Sentencia N° 85/2009* fue revocada por la Corte Suprema en aquella parte que formulaba recomendaciones, sobre la base de las mismas consideraciones expuestas en el caso JAC.

⁴⁹ A modo de ejemplo, puede revisarse el reciente *Dictamen N° 44.527* de CGR, de 17 de agosto de 2009. Este Dictamen recayó en una consulta de Subtel, que consultó si excedía su competencia si daba cumplimiento a una orden emanada del TDLC en su *Sentencia N° 29/2005*, la que le había ordenado determinar las condiciones técnicas generales que debían reunir los equipamientos y programas computacionales de autorización y captura de transacciones de operaciones realizadas con tarjetas de crédito y débito bancarias; y, asimismo le había ordenado adoptar las medidas de seguridad tendientes a evitar la realización de operaciones fraudulentas o indebidas en esas materias. Ello, en relación con una solicitud de informe que la FNE había hecho a Subtel, para conocer si había cumplido con estas órdenes del TDLC, y cómo lo había hecho. En su Dictamen, la CGR señaló que no le correspondía pronunciarse sobre una materia que era de competencia del TDLC. En el mismo sentido se pronunció la CGR en sus *Dictámenes N° 21.291* de 23 de abril de 2009 y *N° 64.057*, de 17 de noviembre de 2009.

II.3.3. Recomendaciones o exigencias relativas a bases de licitación o concursos públicos

En muchos otros casos, que configuran a estas alturas una jurisprudencia asentada, el TDLC ha efectuado exigencias en materias de concursos o licitaciones públicas, para que éstos no restrinjan indebidamente la competencia entre los interesados y no incorporen distorsiones innecesarias a los mercados⁵⁰. Lo interesante es que esta particular jurisprudencia ha derivado indistintamente de sentencias de juicios contenciosos; resoluciones o informes⁵¹ emitidos como consecuencia de procedimientos no contenciosos; e inclusive instrucciones de carácter general (las únicas dictadas hasta la fecha se dirigen a municipalidades)⁵². Listamos a continuación algunas exigencias dirigidas a entes públicos que se pueden derivar del análisis de esa jurisprudencia.

(a) *No es procedente la incorporación de disposiciones en que los oferentes renuncien al derecho a reclamo o acción jurisdiccional.* Se ha considerado que tal renuncia debe eliminarse pues constituye una “*Vulneración a las normas de orden público, que conllevaría la nulidad de dicha cláusula, toda vez que el derecho de acción en materias de libre competencia es irrenunciable en forma anticipada y no puede ser modificado ni alterado por mero consenso de las partes*”⁵³⁻⁵⁴.

(b) *No pueden incorporarse exigencias que resulten en discriminaciones a favor de determinados agentes económicos.* Así lo señaló el TDLC en la Sentencia N° 34/2005 (luego revocada), al considerar que la exigencia de que un 90% del personal que el oferente contratara debía provenir de la comuna de Cauquenes podía resultar en una discriminación a favor de quienes ya se encontraran ofreciendo el servicio, o de potenciales operadores locales. En el mismo sentido se

⁵⁰ Las *Sentencias N° 13/2005* y *N° 92/2009* analizan el comportamiento de entes públicos en procesos licitatorios, no obstante ambas acciones fueran rechazadas. La primera consistió en una demanda de Entel Telefonía Local S.A en contra de Subtel, en relación a las bases del concurso público de telefonía local inalámbrico. La segunda causa, se inició por un requerimiento de la FNE en contra la Municipalidad de Antofagasta, a causa de ciertas cláusulas en la licitación de transporte, recolección y disposición de residuos sólidos.

⁵¹ *Informes N° 3/2009*, *N° 4/2009*, *N° 5/2009* y *N° 6/2009*, emitidos a solicitud de las empresas portuarias de San Antonio, Coquimbo y Valparaíso, se refieren a los términos y condiciones que deben contener las licitaciones de los respectivos puertos bajo un esquema monooperador. Estos informes fueron solicitados en cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542, de 1997, que Moderniza el Sector Portuario Estatal.

⁵² *Instrucción de Carácter General N° 1/2006*, que entrega lineamientos a las municipalidades respecto de las bases de licitación de servicios de recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios, que deben elaborarse en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N° 19.695, Orgánica de Municipalidades. Dichas Instrucciones contienen una serie de indicaciones del contenido y la forma en que deben realizarse las citadas licitaciones.

⁵³ *Sentencia N° 32/2005* pronunciada a raíz de una demanda interpuesta por la empresa Scientific Games Latinoamérica S.A., contra Polla Chilena de Beneficencia S.A., por haber mantenido a determinadas empresas proveedoras como participantes de las licitaciones. Ello, en circunstancias que habían incurrido en incumplimiento grave de sus contratos de aprovisionamiento. A pesar de que la redacción del fallo podría dar a entender lo contrario, en concordancia con lo que se ha señalado respecto de la posible ausencia de una potestad invalidatoria del TDLC, el considerando sexto del referido fallo señaló que la demandada debía abstenerse de incluir dicha cláusula en el futuro.

⁵⁴ En este mismo sentido se pronuncian la *Sentencia N° 4/2004*, que resuelve una presentación de la Municipalidad de Puente Alto; y la *Sentencia N° 37/2006*, iniciada por demanda de Demarco S.A. en contra Coinca S.A. y de la Municipalidad de San Bernardo.

pronunció respecto de la exigencia en cuanto a que los proponentes contaran con experiencia en el país –en perjuicio de potenciales operadores extranjeros–.

(c) La evaluación de las ofertas no debe conferir amplia discrecionalidad al licitante, por aumentar la incertidumbre –y de esta manera el costo– del proceso. Así lo señaló el TDLC en el considerando décimo quinto de la Resolución N° 13/2006: “Este Tribunal considera que la inclusión de la cláusulas que otorguen discrecionalidad al accionar de la autoridad, tanto en el procedimiento de licitación como durante la explotación de la concesión misma, tiene efectos anticompetitivos, toda vez que al aumentar la incertidumbre del negocio se reducen los incentivos a participar en la licitación y, por lo tanto, disminuye la competencia ex ante”⁵⁵.

(d) Los criterios de evaluación deben contener una escala, confeccionada de acuerdo a distintos niveles de cumplimiento del criterio y no sólo un puntaje máximo⁵⁶.

(e) El licitante está facultado para desestimar ofertas o declarar desierta la licitación, siempre que posteriormente la adjudicación del servicio se efectúe mediante una nueva licitación⁵⁷.

(f) Las licitaciones basadas únicamente en ofertas monetarias cuando los bienes a licitar son limitados, favorecen a la empresa dominante, por lo que deben enmendarse. Así lo señaló la Sentencia N° 44/2006 en los siguientes términos: “Un mecanismo de asignación de frecuencias internacionales restringidas vía licitación, como el actualmente en uso, basado únicamente en ofertas monetarias, favorece inequívocamente a la empresa dominante y disminuye significativamente la capacidad de una aerolínea entrante para adjudicarse una frecuencia limitada.” En forma similar, la Sentencia N° 81 de 2009, agregó que: “Las licitaciones de insumos o recursos productivos limitados exclusivamente en base a las ofertas monetarias, en los casos en que no existe suficiente competencia en el mercado aguas abajo, invariablemente favorecerá a la empresa dominante, aumentando la concentración de mercado”⁵⁸.

(g) Los bienes no deben ser asignados de modo indefinido, a menos que existan razones que lo justifiquen. Así se señaló en la Sentencia N° 81/2009 (luego revocada): “Este Tribunal no vislumbra ninguna razón pro-competencia, o de eficiencia asignativa, que justifique otorgar las frecuencias aéreas de forma indefinida, pues estima que no existen inversiones de naturaleza tal en esta industria que requieran horizontes demasiado extendidos de asignación de las autorizaciones correspondientes. Lo anterior cobra más fuerza aún si en verdad es relevante reducir las barreras a la entrada que existen en esta industria”.

(h) La exigencia de contar el proponente con determinados contratos vigentes, es un requisito constitutivo de una barrera de entrada al mercado, por lo que debe enmendarse. Así lo señala la Resolución N° 7/2005, en relación a una consulta de

⁵⁵ En este mismo sentido, ver el considerando vigésimo séptimo de la Sentencia N° 34/2005.

⁵⁶ Sentencia N° 34/2005, considerando vigésimo octavo.

⁵⁷ Sentencia N° 37/2006, considerando décimo cuarto.

⁵⁸ Confirma este criterio la Resolución N° 27/2008. En el mismo sentido lo hace la Resolución N° 588/2000 de la Comisión Resolutiva.

Ecosider S.A. sobre bases de licitación de residuos sólidos de la Municipalidad de San Fernando⁵⁹⁻⁶⁰.

(i) *Los procesos licitatorios deben contemplar los plazos necesarios para posibilitar la entrega de ofertas serias por parte de los oferentes.* La Resolución N° 27/2008 señaló que era necesario “Definir en las bases los plazos de ejecución y puesta en marcha del servicio que ofrezcan los postulantes de modo tal de no perjudicar a los no instalados”⁶¹.

Puede verse que en estos casos el TDLC ha evaluado el mérito de los actos administrativos vigentes o a ser dictados y que, en base a la aplicación del D.L. N° 211, ha exigido o solicitado la modificación de algunos de sus contenidos para favorecer la libre competencia. Ello plantea la pregunta acerca de hasta qué punto puede intervenir el TDLC en el ejercicio de potestades discrecionales de los órganos de la administración del Estado, por la vía de imponer obligaciones por aplicación del D.L. N° 211.

Un caso emblemático en que ello se ha planteado es en la Resolución N° 27/2009 del TDLC y la posterior sentencia revocatoria dictada por la Corte Suprema⁶², en el marco de la consulta efectuada por Subtel respecto de la licitud de limitar parcial o totalmente la participación de los operadores móviles preexistentes, en el concurso público para la asignación de frecuencias destinadas a la provisión de servicios de telefonía móvil digital avanzada (“caso 3G”). En el caso 3G, el principal fundamento jurídico que el TDLC tuvo en consideración para rechazar un posible límite parcial o total a la participación de los mencionados concesionarios móviles preexistentes, radicó en la interpretación que efectuó del artículo 2° inciso 1° de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones (“LGT”)⁶³. El TDLC señaló en su Resolución que no era procedente que ordenara contravenir la normativa de telecomunicaciones, impidiendo que determinadas personas concursaran por

⁵⁹ La citada sentencia señala, además, que exigir un contrato de arrendamiento con un relleno sanitario o la propiedad de éste aparece como un elemento distorsionador que constituye una barrera de entrada.

⁶⁰ A los criterios anteriores se puede agregar lo señalado por el TDLC en la *Sentencia N° 44/2006 del TDLC*, en el sentido de que con la metodología de adjudicación basada en ofertas en sobre cerrado, si bien no desaparecerían las ventajas de la empresa dominante –como sí ocurriría, a su juicio con las subastas definidas a viva voz– a lo menos aumentaría la probabilidad de que un entrante pudiera ingresar al mercado.

⁶¹ En este mismo sentido, el considerando duodécimo de la *Resolución N° 7/2005*, señaló: “Que, por último, tal como sostuvo en estrados la FNE, resulta reveladora la información sobre los plazos del proceso de licitación bajo consulta (artículo 3.2 de las bases). Dicho proceso se limitó a un período de diez días hábiles, incluido un día sábado, término que evidentemente resulta exiguo. En efecto, para cualquier competidor, actual o potencial, salvo para aquel que estaba ejecutando el contrato al momento de la licitación, un lapso tan corto impide hacer los estudios y proyectos necesarios para formular un oferta seria, atendidas las características de los servicios que se licitan y, sobre todo, si se toma en consideración que el inicio del servicio estaba previsto para tener lugar casi un año después de su adjudicación”.

⁶² Corte Suprema. Causa Rol N° 4797-2008, de 27 de enero de 2009.

⁶³ La mencionada disposición señala que: “Todos los habitantes de la República tendrán libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones y cualquier persona podrá optar a las concesiones y permisos en la forma y condiciones que establece la ley”.

un recurso al que la LGT otorgaba libre e igualitario acceso. Más aun, el TDLC interpretó que la propia Subtel, a través de su consulta, entendía que, conforme a la mencionada ley, no resultaba procedente excluir a ningún concesionario preexistente en el futuro concurso público⁶⁴–⁶⁵. Con ello, el TDLC prefirió evitar intervenir en la forma en que, estimó, Subtel debía ejercer ciertas potestades discrecionales.

Como se adelantara, distinta fue la interpretación que la Corte Suprema otorgó al principio de libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones en armonía con la protección de la libre competencia. La Corte Suprema entendió que, para garantizar la igualdad de acceso al mercado de la telefonía móvil, resultaba necesario interpretarla en consonancia con el D.L. N° 211 y, así, garantizar a los futuros entrantes la asignación de una porción de espectro radioeléctrico, en tanto insumo esencial, para desarrollar dicha actividad. En consecuencia, razonó la Corte Suprema, la participación de las concesionarias preexistentes en el concurso público, ponía en duda la garantía de igualdad de acceso establecida en la LGT, al tiempo que afectaba la libre competencia en los mercados de los servicios de telecomunicaciones móviles:

“Que, de este modo, las condiciones que se establezcan para la asignación del espectro radioeléctrico no deben afectar la libre competencia en los servicios de telecomunicaciones móviles, evitando que la asignación de dicho espectro constituya un mecanismo que impida que los potenciales nuevos entrantes puedan competir en este mercado de manera eficaz (...) Que, sobre la base de lo referido, resulta de sobra justificado acotar la cantidad de espectro radioeléctrico que puede detentar cada operador, a fin de incentivar su uso eficiente y garantizar de manera efectiva el libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones, propósito al que aspira la legislación vigente sobre la materia”⁶⁶.

⁶⁴ Vid. Resolución N° 27/2008, p.71.

⁶⁵ Este fundamento se encontraba en contradicción con anteriores decisiones de la Comisión Resolutiva. Así por ejemplo, en su Resolución N° 588 de 20 de diciembre de 2000, cuyo Resuelvo 4° estableció que, en el concurso público de la banda de frecuencias de 1900 MHz, no podían participar en una misma área geográfica las empresas o grupo de empresas relacionadas o coligadas que poseyeran a esa fecha un derecho por más de 30 MHz en la dicha banda.

⁶⁶ Corte Suprema. Causa Rol N° 4797-2008, *Sentencia de 27 de enero de 2009*. Considerandos 17 y 20 a 22. Previo a la conclusión citada, la Corte Suprema explicó: “La resolución reclamada identifica como la principal barrera de entrada al mercado de la telefonía móvil la disponibilidad del espectro radioeléctrico. Como se ha dicho, no sólo constituye el insumo esencial para la provisión de ese servicio o producto, sino que también la proporción de espectro radioeléctrico asignada a cada operador determina los costos de prestar los servicios y su calidad. De ello se sigue que una efectiva competencia requiere que se promueva la homogeneidad en la cantidad de espectro con que deben contar los distintos actores que participan en este mercado, pues –de lo contrario– la excesiva mayor cantidad de espectro radioeléctrico con que cuente un operador de telefonía móvil frente a sus competidores derivará inevitablemente en ventajas de costos para el primero y, por ende, en ventajas competitivas difícilmente remontables para el resto de los operadores que deseen participar en el mercado (...) Que tampoco puede perderse de vista el hecho que se está frente a la prestación de un servicio público y que no existen derechos de propiedad de particulares sobre el espectro radioeléctrico, el cual es administrado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la que debe velar por el acceso igualitario al mismo y por su uso eficiente, lo que importará no sólo que nuevos oferentes puedan acceder a una porción o bloque sino la obligación para la autoridad de cautelar que quienes lo posean lo hagan en condiciones equivalentes, de manera que puedan competir en el mercado de las telecomunicaciones móviles en situación de competencia razonable en beneficio de todos los usuarios (...)”.

Resulta interesante constatar cómo en el caso 3G, la Corte Suprema dirigió la forma en que Subtel debía ejercer sus potestades discrecionales de llamar a concurso público para asignar espectro radioeléctrico; y lo hizo fijando límites a esa discrecionalidad, dados por la necesidad de que Subtel la ejerciera de manera de *“Evitar que la asignación de dicho espectro constituya un mecanismo que impida que los potenciales nuevos entrantes puedan competir en [el] mercado de manera eficaz”*. Futuras sentencias de libre competencia que fijen los límites al ejercicio de la discrecionalidad administrativa en aras a la tutela de la libre competencia, permitirán confirmar la vigencia de esta sentencia de la Corte Suprema.

Finalmente, valga resaltar que en el caso 3G, la Corte Suprema adoptó una mirada más *amplia* que el TDLC en cuanto a la aplicación del D.L. N° 211 a ciertos actos administrativos, lo que reafirmaría que su decisión en el caso JAC –del mismo año– no respondió a una intención de restringir *per se* la aplicabilidad del D.L. N° 211 a los órganos de la administración del Estado, sino que se explicaría más bien por las particularidades de este último caso, que se han analizado (vid. *supra* II.3.2).

II.4. Proposición de modificar, derogar o dictar preceptos legales y/o reglamentarios de alcance general

Como se ha visto, los mecanismos para hacer efectiva la rectificación o enmienda de actos administrativos contrarios a la libre competencia, contemplados en la legislación y aplicados por la jurisprudencia, han sido diversos, y se han extendido desde la imposición de la obligación de rectificación al mismo organismo público, con ciertas variantes según los casos, hasta la proposición (no vinculante) de modificación de preceptos legales y reglamentarios. Trataremos este último punto en esta sección II.4.

El D.L. N° 211 prevé expresamente esta última variante, aquella de proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado correspondiente, la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios que se estimen contrarios a la libre competencia (artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211). Esta potestad encuentra su origen en los artículos 5 y 17 inciso 2° letra d) del D.L. N° 211 original de 1973, dictado en un período en que subsistían innumerables normas intervencionistas de la economía, que habrían podido entenderse por lo tanto como tácitamente derogadas por el D.L. N° 211 recién dictado⁶⁷. Para evitarlo, se prefirió dar una prudente intervención al máximo organismo del sistema de tutela de la libre competencia para que –actuando en el orden administrativo o contralor– pudiera solicitar fundadamente a quien correspondiera en derecho

⁶⁷ Basta recordar, para ilustrar este aserto, que en el reglamento sobre establecimiento de industrias se contemplaba como una causa justificada para denegar la autorización de funcionamiento de una empresa, el que ya hubiera otras industrias que abastecieran el mercado nacional de la mercancía de cuya producción se tratara. Como el legislador no estimó prudente, en esa oportunidad, que se desmantelara toda la normativa intervencionista propia de una economía dirigida por el Estado, es que se dictó el artículo 5°, incorporado en el D.L. N° 211 con el objeto de que fuera la experiencia jurídico-económica la que paulatinamente, como efectivamente fue ocurriendo, permitiera pasar gradualmente de una economía intervenida a otra economía social basada en un mercado libre.

que se dejaren sin efecto, se modificaren o se adecuaren a la nueva realidad competitiva, por medio del correspondiente acto legislativo o administrativo, aquellas reglas que no promovieren la competencia en el sector económico de que se tratare.

Las Comisiones antecesoras al TDLC ejercieron en variadas oportunidades esa facultad⁶⁸. También lo ha hecho el TDLC, según se verá a continuación.

Así, por ejemplo, en la Sentencia N° 02/2004, el TDLC propuso al Presidente de la República, por medio del Ministro de Obras Públicas, la modificación de la normativa que eximía a las empresas concesionarias de servicios sanitarios del pago de ciertos derechos municipales por el uso de bienes nacionales, sin extender dichos beneficios a otros instaladores sanitarios, a fin de evitar toda discriminación entre instaladores, independiente de su naturaleza. Se consideró que la diferencia constituía una discriminación de fuente legal que entorpecía la libre competencia, por lo que se estimó que el Decreto con Fuerza de Ley N° 382 de 1988 (“Ley General de Servicios Sanitarios”) debía ser reformado⁶⁹.

En la Sentencia N° 61/2007, de oficio, tras el análisis de una demanda interpuesta contra del Terminal Aéreo SCL por abuso de posición dominante y acuerdos colusorios en la asignación de las subconcesiones en los servicios de taxis en el Aeropuerto de Santiago, el TDLC propuso, en términos amplios y sin especificar cuerpo normativo alguno *“La modificación de los preceptos legales y reglamentarios pertinentes, de manera tal que cuando se faculte a un concesionario de obra pública o de servicio público para asignar subconcesiones u otro tipo de contratos que consideren una limitación de los operadores de determinado servicio, se establezcan los mecanismos de licitación necesarios para evitar conductas abusivas, mediante procedimientos competitivos de asignación que garanticen que las tarifas a público no sean abusivas, y/o regulando los precios o tarifas que recibirá el concesionario”*⁷⁰.

⁶⁸ Ver, a modo de ejemplo: *Dictamen N° 903/1994* de la Comisión Preventiva Central: “Es necesario requerir de la H. Comisión Resolutiva que, en uso de sus facultades, solicite del Supremo Gobierno la modificación de los preceptos legales contenidos en la Ley N° 18.933 [sobre Isapres] que, referidos a las materias que se señalan a continuación, limitan o entorpecen la libre competencia”; *Resolución N° 732/ 2004* de la Comisión Resolutiva: “Se solicita al Supremo Gobierno su patrocinio a fin de que promueva una reforma legal a la Ley N° 17.393, a fin de modificar las disposiciones allí contenidas que signifiquen una restricción a la libre competencia, en particular, en el mercado de los servicios de distribución y venta al público de diarios y periódicos”; *Resolución N° 719/2003* de la Comisión Resolutiva: “En consecuencia, considero necesario solicitar al Supremo Gobierno su patrocinio a fin de proceder, por la vía legal, a eliminar este requisito o al menos rebajar el monto del patrimonio exigido en el citado artículo 72, de la Ley N° 18.045 [sobre mercado de valores]”; *Resolución N° 445/1995* de la Comisión Resolutiva: *“Por último, esta Comisión estima necesario requerir del Supremo Gobierno que patrocine una modificación al régimen legal vigente que regula el mercado nacional de la aeronavegación comercial, en cuanto faculte a la autoridad para fijar tarifas a los servicios de transporte aéreo cuando las condiciones de mercado no sean suficientes para garantizar un sistema de libertad tarifaria, previo informe favorable de la Comisión Resolutiva, pudiendo la autoridad dejar sin efecto esas tarifas si las condiciones de mercado se modifican.”*

⁶⁹ Entendemos que, hasta esta fecha (diciembre de 2010), la proposición del TDLC no se ha traducido en cambios normativos.

⁷⁰ Esta sentencia fue reclamada ante la Corte Suprema, aunque dicha reclamación no recayó sobre el ejercicio de las facultades del TDLC contenidas en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211.

En algunos casos, se ha propuesto también la modificación de normas reglamentarias o la incorporación de nuevos contenidos a las mismas. En el primer sentido, en la Sentencia N° 55/2007, el TDLC determinó proponer al Ministro de Hacienda que instruyese al Servicio Nacional de Aduanas para efectuar las modificaciones reglamentarias necesarias *“Para favorecer la libre competencia entre empresas de almacenaje que se encuentre dentro y fuera de los recintos de los aeropuertos del país”*⁷¹. En el segundo sentido, la Resolución N° 22/2007 del TDLC propuso al Poder Ejecutivo, a través de Ministro de Energía, la incorporación de modificaciones al actual Decreto N° 291 de 2008 del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (hoy Ministerio de Economía, Fomento y Turismo), que establece el Reglamento sobre Estructura, Funcionamiento y Financiamiento de los Centros de Despacho Económicos de Carga, que a la sazón se encontraba en estudio, así como la inclusión de un plazo adecuado para que las concesionarias de servicios público de distribución llamasen a licitación de energía para abastecer a sus clientes regulados.

Asimismo, el TDLC ha señalado en su Sentencia N° 105/2010 que, en el futuro: *“Recomendará al Presidente de la República, por intermedio del Sr. Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, que realice cambios sustanciales a los mecanismos de asignación de subsidios con cargo al Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones”*. Es decir, no formuló directamente una recomendación al amparo del artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211, pero estimó pertinente reservar el ejercicio de tal potestad.

En lo procedimental, hasta esta fecha (diciembre de 2010), el TDLC ha ejercido esta potestad tanto como resultado de procedimientos contenciosos como no contenciosos⁷². Más aun, por medio de la Sentencia N° 85/2009 (parcialmente revocada en esta parte), junto con proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción (hoy Ministerio de Economía, Fomento y Turismo), modificaciones a la Ley General de Servicios Sanitarios y al Decreto con Fuerza de Ley N° 70 del Ministerio de Obras Públicas, Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios, el TDLC decidió que esa potestad podía ejercerse no sólo a través de los procedimientos contencioso y no contencioso

⁷¹ Esta sentencia fue reclamada ante la Corte Suprema, no obstante dicha reclamación se centra en las sanciones impuestas a LAN y LAN Cargo S.A. y no hace alusión a las propuestas de modificaciones reglamentarias.

⁷² Así en la *Resolución N° 28/2008* se propuso al Presidente de la República, a través del Ministerio de Hacienda, la modificación del D.L. N° 825 de 1974, a fin de poner término a la discriminación arbitraria que dicha norma introducía para las empresas nacionales en relación con las extranjeras, en lo relativo a la carga impositiva que mantienen. Tal pronunciamiento surgió a raíz de una consulta presentada por la Asociación de Transporte Marítimo, Lacustre, Fluvial y Turístico Sur Austral A.G. (ARMASUR) respecto a discriminaciones de fuente legal que entorpecían la competencia en el mercado de cruceros. Su principal objeto era que el TDLC accediera a proponer la dictación y modificación de preceptos legales y reglamentarios necesarios para fomentar y equiparar la competencia en dicho mercado. De igual modo, en su *Sentencia N° 97/2010*, muy recientemente, el TDLC decidió nuevamente hacer uso de la mencionada potestad propositiva en el marco de un procedimiento contencioso, por medio del cual propuso al Presidente de la República, a través del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, la dictación de una normativa sectorial aplicable a las empresas de telecomunicaciones, que contemple la obligación de éstas de comercializar separadamente cada uno de los productos o servicios de telecomunicaciones que integren una oferta conjunta.

previstos en el D.L. N° 211. Sin embargo, no precisó cuáles serían las reglas a las que se sujetaría en caso de ejercer esa potestad sin sujeción a tales procedimientos:

“Centésimo trigésimo tercero. Que, atendido que el D.L. N° 211 no ha establecido un procedimiento específico respecto del ejercicio de la facultad de este Tribunal para proponer modificaciones de normas legales y reglamentarias que estime contrarias a la libre competencia, y habida cuenta de que dicha facultad corresponde a una de orden preventivo y no jurisdiccional, este Tribunal podría efectuar dicha proposición incluso actuando de oficio y sin sujetarse a ninguno de los procedimientos establecidos en los artículos 19 y siguientes y 31 de la citada ley. De ahí que, con mayor razón, esté desde luego habilitado para hacerlo en el marco de un proceso, como es el de autos, en el que ha tomado cabal conocimiento de los hechos que justifican el ejercicio de esta facultad, que es privativa de este Tribunal”⁷³.

A pesar de lo anterior, no existe plena certeza acerca del procedimiento en virtud del cual ha de aplicarse esa potestad. La Corte Suprema parece haber decidido que no podría ejercerse como resultado de un procedimiento contencioso.

En efecto, en la Sentencia N° 81/2009 a la que hemos hecho referencia (vid. *supra* II.3.2) y que puso término a un procedimiento contencioso iniciado por requerimiento de la FNE, el TDLC propuso por intermedio del Ministro de Transporte y Telecomunicaciones y la JAC, la modificación del Decreto Supremo N° 102 de 1981 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, que reglamenta la Licitación Pública para Asignar Frecuencias Internacionales a Empresas Aéreas Nacionales, por estimar el TDLC que restringía la libre competencia al asignar frecuencias internacionales restringidas. No obstante lo anterior, la Corte Suprema, conociendo de recursos de reclamación, falló que la proposición de modificaciones legales y reglamentarias por parte del TDLC no debía ser realizada en la *“Parte resolutive de una sentencia que se pronuncia en un procedimiento contencioso sobre actuaciones que pueden constituir infracciones a la ley que tiene por objeto la promoción y defensa de la libre competencia, toda vez [que], como ya se dijo, la competencia en dicho ámbito se la entrega el artículo 26 del decreto mencionado, que señala las medidas que este puede adoptar, sin que en ellas se mencione tal proposición”*. Ello fue reafirmado posteriormente por la decisión parcialmente revocatoria de la Sentencia N° 85/2009 del TDLC, en la cual la Corte Suprema señaló que: *“Se encuentra fuera de toda discusión que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la esfera de sus atribuciones administrativas se encuentra investido de la facultad a que alude el N° 4 del artículo 18 del D.L. N° 211 (...) Estas medidas, al contrario de lo que sostiene el fallo, no pueden formar parte de una sentencia llamada a dirimir un conflicto contencioso que sólo puede terminar aplicando alguna de las sanciones expresamente señaladas en el artículo 26 del D.L. N° 211, o en la absolución (...) Asimismo es necesario considerar que la proposición de toda modificación legal debe hacerse al Presidente de la República*

⁷³ Sentencia N° 85/2009.

por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a través del Ministro de Estado que corresponda, al tenor de lo señalado en el citado N° 4 del artículo 18 del D.L. N° 2 11, por lo que mal podría hacerse a través de una sentencia llamada a dirimir una controversia". Finalmente, la Corte Suprema parece entender que es el procedimiento no contencioso la instancia idónea para estas recomendaciones, las que: *"Pueden formularse por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el ámbito de sus atribuciones no jurisdiccionales, cuestión que no admite discusión o controversia alguna"*.

Con ambas decisiones, la Corte Suprema pareció dar a entender que, al no incluir el artículo 26 del D.L. N° 211 que se refiere a las medidas que pueden ser adoptadas por el TDLC en sede contenciosa, la de proponer la derogación o modificación de preceptos legales y reglamentarios, ello podría efectuarse únicamente por la vía de un procedimiento no contencioso; cuestión que a su vez la Sentencia N° 97/2010, antes citada, refutaría. A la fecha de redacción de este artículo (diciembre de 2010), se encuentra pendiente la decisión del recurso de reclamación interpuesto en contra de la esta Sentencia, y se espera que en la decisión de esos recursos la Corte Suprema clarifique su doctrina sobre la materia.

II.5. Condena a órganos de la administración del Estado al pago de multas a beneficio fiscal

Finalmente, ha habido casos aislados en que el TDLC ha ido más allá de la recomendación o exigencia de enmendar actos administrativos contrarios a la libre competencia, y ha impuesto multas (más bien simbólicas dada su entidad).

Tal fue el caso de la Sentencia N° 77/ 2008, en que condenó a la Municipalidad de Curicó al pago de 5 UTM por infringir el artículo 3° del D.L. N° N° 211, al establecer cláusulas que tendieron a restringir la competencia en un proceso licitatorio de servicios de recolección, transporte y disposición de residuos sólidos⁷⁴. Dicha sanción se fundó, entre otras razones, en que las bases de la licitación permitían a la municipalidad desentenderse de criterios objetivos de evaluación y *"Aceptar cualquier oferta que estime conveniente a los intereses Municipales"*. Lo anterior, luego de recalcar que las municipalidades y demás organismos públicos debían regir su actuar no solamente por las leyes administrativas, sino que también por la legislación de defensa de la libre competencia, de orden público.

Nos parece posible que, en el futuro, el TDLC incremente la entidad de las multas que imponga a órganos del Estado, especialmente en casos en que éstos

⁷⁴ En dicha Sentencia además se previno *"A la Ilustre Municipalidad de Curicó en orden a que, en lo sucesivo, en los casos en los que incluya en las bases de licitación una exigencia de experiencia, deberá referirse en general a 'experiencia relevante' y no necesariamente en el rubro de recolección, transporte y disposición de residuos"* y, se recomendó *"Tanto a la Ilustre Municipalidad de Curicó como a la Fiscalía Nacional Económica, que la revisión de bases de licitación, así como el intercambio de información y opiniones al que haya lugar entre ambos con ocasión de ese proceso, se realice teniendo en especial consideración la necesidad de resguardar plazos prudentes, que permitan realizar los correspondientes llamados a licitación y principiar los servicios contratados, dando tiempo suficiente a las empresas para preparar y presentar sus propuestas e iniciar adecuadamente las prestaciones a las que se obliguen, respectivamente"*.

se hayan desentendido del cumplimiento de alguna previa exigencia del TDLC en materia de libre competencia (vid. *supra* II.3), como una forma de instar por el cumplimiento de sus decisiones; o en casos en que la actuación del órgano estatal haya sido especialmente grave, por ejemplo, directamente facilitadora de actos de abuso de posición dominante o de colusión⁷⁵.

II.6. Hacia la materialización de la obligación del regulador de comportarse de modo pro-competitivo

La concreción del mandato impuesto al regulador, en el sentido de actuar conforme con la libre competencia, puede asumir múltiples formas, como se deriva de la jurisprudencia examinada. Dada su relevancia, nos interesa formular aquí tres reglas básicas que, agrupando algunos de estos criterios jurisprudenciales, muestran cómo tal obligación debiera llevarse a cabo en la práctica.

En todos los casos, el común denominador supone exigir del regulador que tome conciencia acerca de los impactos competitivos que sus actos u omisiones pueden generar en el mercado regulado, y que, en consecuencia, obre de modo coherente con el mandato de actuar pro-competitivamente ya identificado⁷⁶.

Primera regla. Entre dos interpretaciones posibles, el regulador debe siempre preferir aquella más pro-competitiva. En efecto, no existiendo razones de política pública que hagan preferir una opción regulatoria por sobre otra, la mayor coherencia con el artículo 19 N° 21 y su concreción en el D.L. N° 211 exige que el bien jurídico de la libre competencia sea afectado en el mínimo posible. Ello, sin perjuicio de las medidas o condiciones que contribuyan a mitigar los impactos –previamente declarados como indispensables– para la libre competencia.

Segunda regla. El regulador debe evitar incurrir en hechos que tengan un componente anticompetitivo relevante. En línea con la práctica internacional, entendemos que el regulador se encuentra obligado a abstenerse de fomentar comportamientos anticompetitivos de parte de los actores dominantes y preexistentes que participan del mercado que tales organismos regulan. Este principio, *del mínimo impacto competitivo*, constituye uno de los pilares fundamentales de los programas de promoción de la libre competencia entre los entes públicos.

⁷⁵ En la *Sentencia N° 94/2009*, aun cuando aparentemente el TDLC parece haber estimado que la autoridad pública habría incurrido en un ilícito al facilitar conductas colusorias, no la habría sancionado por no haber sido legitimada pasiva en el proceso. En el considerando nonagésimo segundo, el TDLC señaló que la Secretaria Regional Ministerial “Realizó acciones que promovieron o a lo menos propiciaron que se produjese una colusión entre agentes que operan como oferentes en el mercado de servicios de transporte público de pasajeros en la ciudad de Osorno y, siendo la persona del gobierno directamente relacionada con el transporte público puede presumirse que su actuación tuvo especial importancia e incidencia en el acuerdo que finalmente se adoptara. Sin embargo, dado que no fue requerida por la Fiscalía Nacional Económica, este Tribunal se abstendrá de aplicarle una sanción”.

⁷⁶ En el derecho comparado, esto es consistente con lo señalado, a modo de ejemplo por la OFFICE OF FAIR TRADING (2007) p.17 en Reino Unido. En la sección V se vuelve sobre esta materia, con el objeto de formular algunas proposiciones en relación con los programas de promoción de la libre competencia entre los entes públicos que se conocen en el ámbito comparado.

Tercera regla. Si el regulador debe asignar insumos esenciales y escasos, debe propender hacia el mecanismo más pro-competitivo posible. Y, a falta de potestad expresa, debe consultar al TDLC, guardando así un estricto apego al principio de juridicidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la CPR. Ello es por lo demás consistente con la práctica jurisprudencial del TDLC, la Corte Suprema, así como también de las antiguas Comisiones.

III. UNA MIRADA SOMERA AL DERECHO COMPARADO. PRECISIONES FINALES EN RELACIÓN A LA APLICACIÓN DEL D.L. N° 211 A LOS ACTOS DE AUTORIDAD

III.1. Síntesis del estado de la discusión en el derecho comparado

La mirada *amplia* del alcance de la normativa de defensa de la libre competencia presente en Chile, y que no discute *en principio* la sujeción de los órganos del Estado a tal normativa, no pareciera ser la vía por la cual han transitado los exponentes más relevantes del derecho comparado (circunstancia que no ha estado exenta de críticas en tales jurisdicciones)⁷⁷.

Según se analiza brevemente en esta sección, las potestades revisoras de actos administrativos por parte de los órganos jurisdiccionales de libre competencia presentes en la Unión Europea y los Estados Unidos, son normalmente más limitadas que en la experiencia chilena, circunstancia que puede entenderse como una fortaleza de nuestro sistema jurídico.

III.1.1. Jurisprudencia de la Unión Europea

En la Unión Europea, la aplicación del derecho comunitario de la competencia a las medidas regulatorias adoptadas por cada Estado Miembro⁷⁸, ha mostrado una evolución en los últimos 25 años⁷⁹⁻⁸⁰.

⁷⁷ COOPER ET AL. (2005) pp. 1110-1111.

⁷⁸ La referencia a la jurisprudencia de la Unión Europea en esta materia, no es estrictamente homologable a la que se ha citado para Chile, precisamente por el carácter supra-nacional de esta organización, cuyo órganos (Comisión Europea y Tribunal de Justicia de Primera y Segunda Instancia) necesariamente emiten jurisprudencia de libre competencia que recae sobre el análisis de la licitud de normativas de alcance general de los Estados Miembros. En este sentido, no se refiere a actos particulares de la administración de cada uno de los Estados concernidos, pues la licitud de esos actos queda normalmente sujeta a las decisiones de los tribunales -en ocasiones tribunales en lo contencioso-administrativo- con jurisdicción interna en cada uno de estos distintos Estados. Sin embargo, aunque el paralelo no es exacto, igualmente parece interesante hacer esta breve remisión a los criterios jurisprudenciales de la Unión Europea, pues reflejan, en lo sustancial, los criterios bajo los cuales se considera dable intervenir en sede de libre competencia frente a regulaciones administrativas.

⁷⁹ VAN BAEL ET AL. (2005) pp.980.

⁸⁰ En el ámbito del derecho comunitario existe una regulación especial y un tratamiento único de la jurisprudencia sobre las ayudas de Estado (denominadas state aids y reguladas por el artículo 106), en lo que constituye efectivamente una interacción relevante entre las regulaciones administrativas y las normas de libre competencia. Sin embargo, este artículo no se refiere a las ayudas estatales, desde que éstas escapan a su objeto.

El fundamento legal que permitió a la Comisión Europea y a la Corte de Justicia la revisión –incluyendo la anulación y modificación– de tales medidas y actos, se encontraba en los antiguos artículos 3.1.g y 10° (hoy derogados)⁸¹ del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“Tratado”), en relación con los artículos 101 y 102 (antiguos artículos 85 y 86, respectivamente) del mismo⁸².

Las dos primeras disposiciones obligaban a los Estados Miembros a fijar un régimen que garantizara que la libre competencia no sería falseada en cada mercado interior, y establecían un mandato para evitar la adopción de decisiones por los Estados Miembros que pudieran hacer peligrar un régimen de competencia sin distorsiones. Por su parte, los artículos 101 y 102 del Tratado se aplicaban únicamente a empresas, públicas o privadas, por lo que en principio tales preceptos se encontraban fuera del régimen aplicable a las decisiones regulatorias de entes administrativos de los Estados Miembros.

Sin embargo, como se verá a continuación, la jurisprudencia y los criterios emanados de la Comisión Europea en distintas oportunidades, pretendieron conciliar la naturaleza de los mandatos que se encontraban contenidos en los artículos 3.1.g y 10° del Tratado, en relación con las prohibiciones que los artículos 101 y 102 fijaban para las empresas. Ello sin embargo impuso naturales limitaciones a la Comisión y a la Corte de Justicia.

La primera vez que la Corte de Justicia se refirió con mayor exhaustividad al alcance de la revisión que los órganos comunitarios podían efectuar de decisiones de los Estados Miembros con potenciales impactos para la competencia, fue en el año 1977, a propósito del caso *INNO*⁸³. Dicho caso se refirió a una legislación belga que exigía a los fabricantes e importadores de productos de tabaco, aceptar los precios mínimos fijados por el gobierno de ese país. En su decisión, la Corte de Justicia determinó que existía una violación al artículo 102 del Tratado, en cuanto tal legislación beneficiaba a los actores dominantes del mercado, al aislarlos de la competencia, por la vía de impedir a sus competidores de menor tamaño la posibilidad de incrementar sus participaciones de mercado. Es así como la Corte estimó, al resolver ese caso, que el mandato de no vulnerar la competencia en los mercados internos incluía al artículo 102 del Tratado, por lo que los Estados Miembros no podían establecer medidas que vulneraran el Capítulo I de la Sección VII (antigua sección VI) del Tratado, que contiene las disposiciones sobre protección a la competencia⁸⁴.

⁸¹ El impacto que la derogación de ambas disposiciones pueda tener en la jurisprudencia de la Corte de Justicia, es una materia abierta a esta fecha.

⁸² El actual artículo 106 (antiguo artículo 86) del Tratado también es comúnmente invocado en la revisión judicial de los actos de la autoridad de cada Estado Miembro. Sin embargo, dado su alcance restrictivo (empresas públicas, empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos y empresas encargadas de servicios de interés económico general), para efectos del presente artículo nos centraremos en las antiguas reglas previstas en los artículos 3.1.g y 10 del Tratado.

⁸³ GB-INNO-BM (NV) v. Vereniging van de Kleinhandelaars in Tabak (ATAB), [1977] ECR 2115.

⁸⁴ GB-INNO-BM (NV) v. Vereniging van de Kleinhandelaars in Tabak (ATAB), [1977] ECR 2115; §31-33.

Siguiendo posteriores casos como *Van Eycke*⁸⁵, *Leclerc*⁸⁶ y *Cullet*⁸⁷, la Comisión Europea estableció en su Decimoquinto Informe sobre la Política de Competencia de 1985, hipótesis taxativas y restrictivas de actos de administración de los Estados Miembros que pudieran estimarse contrarios a la libre competencia. Básicamente, restringió esas hipótesis a actuaciones estatales que pudieran directamente facilitar ciertas *conductas* entre los agentes económicos –acuerdos colusorios o abusos de posición dominante– o ayudar a sustraer a las empresas beneficiadas de las normas de libre competencia. Decidió la Comisión:

“La contribución de los Estados miembros a fin de no falsear la competencia se traduce en las normas relativas a las empresas públicas y a determinadas ayudas estatales.

En cambio, los artículos 85 [101] y 86 [102] están destinados únicamente a las empresas y no son, pues, vinculantes para los Estados miembros. La única obligación que se desprende para éstos del artículo 5 [10], en relación con los artículos antes mencionados, consiste en impedir que se pongan trabas a las prohibiciones que el Tratado impone a las empresas. Un Estado miembro violaría las obligaciones que le impone el artículo 5 [10]:

a) Si impusiera, favoreciera o facilitara la celebración de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas incompatibles con los apartados 1 y 3 del artículo 85 [101], o un abuso de posición dominante con arreglo al artículo 86 [102];

b) Si reforzara los efectos de tales acuerdos o abusos, haciendo extensivos unos y otros a empresas que no formaban parte de los mismos;

c) O, por último, en la hipótesis excepcional de adoptar una medida pública restrictiva de la competencia con el fin específico de permitir a las empresas sustraerse a la aplicación de los artículos 85 [101] y 86 [102], sin que pudiera alegarse un interés público”⁸⁸.

Con posterioridad, la Corte de Justicia tuvo oportunidad de precisar estos criterios –mayoritariamente contenido en el caso *Van Eycke*– en sucesivos casos como *Aubert*⁸⁹, *Asjes*⁹⁰, *Vlaamse Reisbureaus*⁹¹, *Ahmed Saeed*⁹² y *Consorzio Industrie Fiammiferi*⁹³.

⁸⁵ Pascal Van Eycke v. ASPA, [1988] ECR 4769.

⁸⁶ Association des Centres Distributeurs Edouard Leclerc v. SARL Au Blé Vert, [1985] ECR 1.

⁸⁷ Henri Cullet et Chambre Syndicale des Réparateurs Automobiles et Détaillants de Produits Pétroliers v. Centre Leclerc à Toulouse et Centre Leclerc à Saint-Orens-de-Gameville, [1985] ECR 305.

⁸⁸ COMISIÓN EUROPEA (1985) pp.99-100.

⁸⁹ Bureau National Interprofessionnel du Cognac (BNIC) v. Yves Aubert, [1987] ECR 4789.

⁹⁰ Procedimientos criminales contra Lucas Asjes y otros, Andrew Gray y otros, Jacques Maillot y otros y Léo Ludwig y otros, [1986] ECR 1425.

⁹¹ Vereniging van Vlaamse Reisbureaus v. Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten, [1987] ECR 3801.

⁹² Ahmed Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro GmbH v. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV, [1989] ECR 803.

⁹³ Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, [2003] ECR I-8055.

En la actualidad, y a partir de la doctrina derivada de estas normas y sentencias, se entiende que la legislación comunitaria prevé que un Estado Miembro puede ser responsable por sus decisiones regulatorias bajo el derecho de la competencia, básicamente en cuanto facilite *conductas* anticompetitivas de parte de agentes económicos; en particular cuando: (i) requiere que las empresas adopten comportamientos o acuerdos de naturaleza anticompetitiva; (ii) incorpore tales acuerdos o comportamientos anticompetitivos como hipótesis dentro de su legislación interna; o, (iii) delegue potestades regulatorias, que inciden en la actividad económica, en agentes particulares (y en la medida que no se trate de expertos independientes, conforme a lo asentado por la Corte en los casos *Reiff*⁹⁴ y *Arduino*⁹⁵).

Lo relevante, para efectos de su comparación con el caso chileno, es que bajo el derecho comunitario no existirá legitimación pasiva de un Estado Miembro –y tampoco una modificación o anulación de la normativa objetada– mientras no se produzca, *efectivamente*, una conducta, unilateral o coordinada de parte de los agentes económicos, que se considere anticompetitiva en los términos de los artículos 101 y 102 del Tratado. O, como se ha dicho, la sola circunstancia de que la normativa nacional produzca efectos anticompetitivos o que establezca *estructuras* de mercados que reduzcan la competencia (como barreras de entrada o de salida) no es suficiente, por sí misma, para sustentar una infracción a los artículos 3.1.g y 10° del Tratado⁹⁶.

Es por lo anterior que la responsabilidad que surge para los Estados Miembros viene a ser *secundaria* o *derivativa*, desde que se encuentra supeditada a que se gatille un conflicto respecto de los artículos 101 y 102 del Tratado, en relación a una o más empresas⁹⁷.

La limitación antes anotada no ha estado exenta de críticas, por considerarse una interpretación restrictiva fundada en un excesivo formalismo⁹⁸. En efecto, el análisis de la Corte de Justicia es que, al no existir una aplicación directa de los artículos 101 y 102 a los Estados Miembros, desde que tales disposiciones estarían sólo dirigidas a las empresas, la competencia de la Corte sólo existiría en la medida que se acredite una conexión causal entre una infracción a estas disposiciones por un agente económico y un acto regulatorio de un determinado Estado⁹⁹. A la inversa, y en la medida que tales efectos anticompetitivos no se hubieran producido en alguno de los mercados a los que dicha regulación se encuentra orientada, tal regulación –aun cuando establezca claros incentivos para la comisión de ilícitos a la competencia– estaría ajustada a la normativa comunitaria.

Si se aplica, en calidad de ejemplo, la doctrina europea a alguno de sus Estados Miembros, se constata, que ella efectivamente dista de la lata tradición chilena existente en esta materia. En Francia, por ejemplo, se decidió históricamente

⁹⁴ Bundesanstalt für den Güterfernverkehr v Gebrüder Reiff GmbH & Co. KG, [1993] ECR I-5801.

⁹⁵ Manuele Arduino, [2002] ECR I-1529.

⁹⁶ VAN BAEL ET AL. (2005) pp.987. También, ANTOINE (2009) pp.57 a 70.

⁹⁷ VAN BAEL ET AL. (2005) pp.987.

⁹⁸ BAQUERO (2007) p.587

⁹⁹ MONTI (2007) p.448. En el mismo sentido, la Corte de Justicia en el caso Wolf W. Meng, [1993] ECR I-5751.

que los actos administrativos podían someterse a la normativa de competencia, sólo en cuanto configuraran en sí actos de producción, de distribución o de servicio, en los términos de la legislación francesa de competencia¹⁰⁰. Sólo en los últimos años, la corte en lo contencioso administrativo francesa, el Conseil d'Etat, ha entendido que las normas de libre competencia forman parte del "bloque de legalidad" francés aplicable a los actos de los órganos de la administración del Estado. Y sólo en los últimos años se encuentran sentencias que se homologan a las que hemos revisado para Chile, en cuanto a sujetar con mayor amplitud a los órganos del Estado a las normas de libre competencia¹⁰¹.

Lo visto en el caso europeo, entonces, se aleja del derecho chileno, aplicado de acuerdo a la jurisprudencia examinada, a partir de cuyo análisis se concluye que en Chile, la sujeción del regulador a las normas de defensa de la libre competencia es *amplia*. Y ello, tanto en cuanto el regulador infrinja la libre competencia al establecer en sus regulaciones condiciones *estructurales* de los mercados favorecedoras de distorsiones de mercado (barreras de entrada, barreras de salida, concentración excesiva, etc.), como en cuanto la infrinja por incentivar o facilitar *conductas* anticompetitivas de parte de los agentes económicos (típicamente actos colusorios o abusos de posición dominante). Esto es, la jurisprudencia chilena cubre los actos administrativos tanto con efectos *estructurales* en los mercados, como *conductuales*, en los comportamientos de los agentes económicos. Ello, además, con independencia de que sus actos se hayan traducido efectivamente en una infracción a la libre competencia cometida por uno o más particulares.

III.1.2. Jurisprudencia de los Estados Unidos

Intentar clarificar, de modo sucinto, la situación del derecho antimonopolios de los Estados Unidos en relación con los actos de autoridad, es una labor ardua. En efecto, existe un complejo sistema de excepciones de la normativa de defensa de la competencia respecto de determinadas actividades y/o mercados, cuestión que se dificulta todavía más por las distinciones que se hacen entre regulaciones federales y estatales. Incluso más, bajo la doctrina asentada por la Corte Suprema en el caso *Noerr-Pennington*, el hecho de que grupos de presión induzcan al regulador a dictar normas que, en su beneficio directo, posean marcados efectos

¹⁰⁰ ANTOINE (2009) p.39.

¹⁰¹ Por ejemplo, Conseil d'État, N° 223645, 22 de noviembre de 2000, decisión por medio de la cual se resolvió que un alcalde debía velar porque las medidas administrativas que adoptara en materia de publicidad no afectaran las reglas de la competencia más allá de lo estrictamente indispensable para cumplir con los objetivos de la publicidad en lugares públicos: "3/ Si la réglementation locale de l'affichage en zone de publicité restreinte ne peut légalement avoir par elle-même pour objet de créer une position dominante sur un marché pertinent, elle peut avoir un tel effet, notamment par la limitation du nombre des emplacements d'affichage. Toutefois la création d'une position dominante par l'effet de la réglementation locale de l'affichage en zone de publicité restreinte n'est incompatible avec le respect des dispositions relatives à la concurrence que si cette réglementation conduit nécessairement à l'exploitation de la position dominante de manière abusive. Il résulte de ce qui précède qu'il appartient au maire, lorsqu'il réglemente la publicité sur le territoire de sa commune, de veiller à ce que les mesures de police prises par lui ne portent aux règles de concurrence que les atteintes justifiées au regard des objectifs de la réglementation de l'affichage".

anticompetitivos, no constituiría en sí mismo un atentado a la libre competencia bajo el derecho de los Estados Unidos¹⁰².

En concreto, una revisión de la normativa de los Estados Unidos permite llegar a dos conclusiones preliminares: (i) existe una importante *deferencia* hacia la regulación que efectúan los órganos estatales; y, (ii) la existencia de excepciones a la fiscalización de determinadas situaciones por los órganos antimonopolios, fijadas expresamente por distintas leyes¹⁰³, demuestran que muchas veces la protección de la competencia en un mercado se sacrifica en aras de otras consideraciones de política pública que se han estimado más relevantes.

Se ha señalado al respecto:

*“El Congreso ha modificado o desplazado expresamente la aplicación de la normativa antimonopolios de ciertas aéreas (v.gr., mercado de valores, energía) en que ha concluido que el éxito del esquema de regulación federal podría verse frustrado si la normativa antimonopolios fuera íntegramente aplicada. El Congreso adicionalmente, en ocasiones, ha modificado expresamente la aplicación de la normativa antimonopolios (v.gr., en lo referido a agrupaciones agrícolas, acuerdos de operación conjunta de periódicos), no para ajustar la regulación ordinaria, pero sí para facilitar los resultados de ciertos particulares mercados aprobados por el Congreso, y que podrían haber sido inhibidos por la normativa antimonopolios”*¹⁰⁴.

La regla general en materia de aplicación del derecho de la competencia a los actos administrativos, descansa en la denominada excepción *Parker*, según la cual, cuando una regulación estatal expresamente obliga o autoriza a uno o más agentes económicos a incurrir en una conducta evidentemente anticompetitiva, las Cortes regularmente aplican la llamada *deferencia* hacia dicha regulación y se abstienen de actuar¹⁰⁵. Se abstienen, en consecuencia, de aplicar la normativa de libre competencia, en lo referido a esas conductas¹⁰⁶.

¹⁰² Eastern Railroad Presidents Conference et al., v. Noerr Motor Freight Inc., et al. 365 U.S. 127, 81 S.Ct. 523. Más lejos, en el caso Parker v. Brown (317 U.S. 341, 63 S.Ct. 307, 87 L.Ed. 315.), la Corte Suprema señaló que: “Where a restraint upon trade or monopolization is the result of valid governmental action, as opposed to private action, no violation of the [Sherman] Act can be made out”.

¹⁰³ Tanto es así que, por ejemplo, el Decreto N° 312, de 31 de diciembre de 2003, que promulgó el Tratado de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos de América, dispuso a petición de Estados Unidos, en el artículo 16.1.3 de su Anexo, que: “Cada Parte, a solicitud de la otra Parte, pondrá a su disposición información pública concerniente a las excepciones dispuestas de conformidad con sus leyes de competencia. Las solicitudes especificarán las mercancías y los mercados particulares de interés, e incluirán indicios de que la excepción pudiere restringir el comercio o la inversión entre las Partes”.

¹⁰⁴ SULLIVAN (2006) pp.755-756. Traducción libre de: “Congress has explicitly modified or displaced the application of antitrust in some areas (e.g., securities markets, energy) where it concluded that the success of a federal regulatory scheme might be frustrated if antitrust fully applied. Congress has also, in a few instances (e.g. agricultural collectives, joint newspapers operating agreements) expressly modified the application of antitrust not to accommodate conventional regulation but to facilitate a particular market outcome that Congress approved and thought might be inhibited by antitrust (...)”.

¹⁰⁵ Para un mayor detalle de la state action doctrine, y los casos vinculados a la deferencia hacia la regulación estatal, ver SULLIVAN (2006) pp.798-816.

¹⁰⁶ Gran parte de esta deferencia se explica en razones políticas y constitucionales de protección de la normativa estatal frente a determinada legislación federal, como lo es precisamente el conjunto de leyes pro-competencia que componen el sistema jurídico de los Estados Unidos.

De modo más reciente, la Corte Suprema de dicho país ha reafirmado que, en ausencia de una referencia expresa a las leyes de defensa de la competencia (denominadas *saving clauses*), debe establecerse si existe una incompatibilidad manifiesta (*clear repugnancy*) entre un estatuto regulatorio y las referidas normas de libre competencia. Y en presencia de tal incompatibilidad, la que se analiza caso a caso por los tribunales, debe entenderse que el derecho de la libre competencia no resulta aplicable a la situación regulada por la ley sectorial¹⁰⁷.

III.2. Conclusiones acerca de la sujeción de las autoridades del Estado a las normas de defensa de la libre competencia en Chile

La revisión de las más relevantes decisiones de los órganos de defensa de la libre competencia, en relación con actos de autoridad, permite concluir que, en Chile, la sujeción del regulador a las normas de defensa de la libre competencia se encuentra relativamente zanjada¹⁰⁸. Y ello, tanto en cuanto el regulador infrinja la libre competencia al establecer en sus actos administrativos condiciones estructurales de los mercados favorecedoras de distorsiones de mercado (barreras de entrada, barreras de salida, concentración excesiva, etc.), como en cuanto la infrinja por incentivar o facilitar conductas anticompetitivas de parte de los agentes económicos (típicamente actos colusorios o abusos de posición dominante).

Y si decimos *relativamente*, es porque, a pesar de que, como se ha visto, la jurisprudencia de libre competencia ha asentado desde hace décadas que el regulador sí puede ser sujeto pasivo de una demanda o requerimiento ante el TDLC –o destinatario de resoluciones, instrucciones generales, proposiciones o informes de dicho Tribunal en relación con hechos actuales o futuros que inciden en los mercados regulados– la Corte Suprema: (i) mostró, en cierta oportunidad, una posición vacilante al respecto, con motivo de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.886 sobre Contratación Pública, según da cuenta la doctrina del caso Cauquenes¹⁰⁹, la que hoy podría entenderse abandonada por la posterior sentencia de la misma Corte del año 2008¹¹⁰; y, (ii) podría considerarse que restringió en el caso JAC la extensión de la potestad de enmienda de actos administrativos del TDLC, en los casos en que tal enmienda pudiera po-

¹⁰⁷ Credit Suisse Securities (USA) LLC, FKA Credit Suisse First Boston LLC, Et Al. v. Billing Et Al. 551 U.S. 264 (2007).

¹⁰⁸ En el mismo sentido se pronuncia VALDÉS (2006) p.458: “Así, resulta factible que la actividad de algún órgano o persona jurídica de Derecho público entre en colisión con algún bien jurídico cautelado por otro órgano o persona y amparado por una legislación específica. Ello explica, entonces, cómo puede suceder que una determinada autoridad pública vulnere la libre competencia sin hallarse previa y expresamente justificada para ello (violación al principio de legalidad) o lo haga excediéndose de la autorización específica y excepcional que ha recibido (violación al principio de especialidad). De esta manera, se da lugar a una ofensa perpetrada por una autoridad pública contra la propia legislación antimonopolística”.

¹⁰⁹ Vid. supra II.1.

¹¹⁰ 27 de mayo de 2009, causa Rol 7796-2008.

ner a la autoridad administrativa en posición de incumplir obligaciones –potestades regladas– impuestas por su normativa sectorial, de origen legal. Esto podría sin embargo afirmarse con mayor certeza sólo una vez que se cuente con un número más representativo de sentencias de la Corte Suprema en la materia¹¹¹.

Es interesante constatar, además, que el problema que debe dilucidarse en sede de libre competencia, de acuerdo a lo que se deriva de nuestra mirada jurisprudencial, no es el carácter de *agente económico* del regulador que actúa ordenando un determinado mercado, ni tampoco si éste pretende mediante sus hechos alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante, en los términos del artículo 3° del D.L. N° 211 –como originalmente lo entendió la Corte Suprema en el citado fallo Cauquenes–. En concreto, lo que debe determinarse es si el actuar o la omisión del regulador provoca *efectos negativos* en la estructura, conducta, equilibrio o desarrollo competitivo del mercado sometido a su tutela, o de otra manera incentiva o facilita conductas anticompetitivas de los regulados, infringiéndose con ello el respeto que, en virtud del principio de juridicidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la CPR, debe guardarse al D.L. N° 211. Así, por lo demás, lo ha entendido correctamente el TDLC en una decisión clarificadora:

“Se debe tener presente que los artículos 3° y 18° N° 1 del Decreto Ley N° 211 atribuyen competencia a este Tribunal para conocer y resolver respecto de cualquier situación que pudiere constituir una infracción a la libre competencia, esto es, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o tienda a producir dichos efectos, sin que se prevean excepciones o limitaciones a ella, derivadas de la circunstancia de que tales infracciones puedan haber sido cometidas por entidades públicas;

Que en efecto, la expresión amplia ‘El que...’ que utiliza el legislador en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 para aludir al sujeto activo de una infracción a la libre competencia, revela que éste no requiere de ninguna calidad especial, de manera que comprende a cualquier persona natural o jurídica, de derecho público o privado;

Que, además, el Decreto Ley N° 211 es aplicable a toda clase de actividades económicas, sea que correspondan o no al ejercicio de funciones públicas. Dado que las normas de libre competencia son de orden público, si se hubiese querido exceptuar al Fisco de cumplir con ellas, tal diferencia habría debido establecerse por ley, lo que no ocurre en la especie;

(...) Lo anterior, [es] sin perjuicio de que puedan existir otros Tribunales con competencia para conocer y resolver respecto de si las mismas conductas denunciadas en autos, infringen o no, además, alguna normativa distinta del Decreto

¹¹¹ Aunque lo que no resulta evidente deducir del D.L. N° 211 ni de la jurisprudencia, es si los órganos de defensa de la libre competencia cuentan en Chile con una potestad anulatoria stricto sensu de actos administrativos que se estimen contrarios a la libre competencia. Vid. supra II.3

*Ley N° 211, o dan lugar o no a responsabilidades diferentes de las contempladas en ese cuerpo legal*¹¹².

En efecto, y a diferencia de los matices que presenta la experiencia comparada (vid. *supra* III.1), en nuestro país se ha entendido que el escrutinio de la acción del regulador en sede de libre competencia no es producto de la posibilidad que éste tiene de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado¹¹³, sino que tal examen se realiza a propósito de los efectos que su actuar u omisión puede tener en la *estructura* del mercado, o en la *conducta* de agentes económicos, en cuanto a través de su actuar se puede, precisamente, permitir que determinados agentes de mercado se favorezcan de una competencia actual o potencial nula o atenuada.

Así, un análisis de la jurisprudencia de libre competencia, muestra que existe una interpretación *amplia* asentada acerca de los alcances del D.L. N° 211, en cuanto a que los órganos de la administración del Estado también deben ajustar su comportamiento a las normas de defensa de la libre competencia, pudiendo ser compelidos a ello como resultado de un procedimiento contencioso iniciado por requerimiento de la FNE o la demanda de algún particular, lo que puede devenir en la exigencia compulsiva de modificar o ajustar su actuar a determinados criterios. Esto último con las prevenciones que derivan de los casos Cauquenes y JAC que hemos citado, y cuyas implicancias seguirán ilustrando los fallos venideros.

En tal contexto, al optar por una extensión *amplia* de la legislación de libre competencia, las autoridades correspondientes han entendido, correctamente, que dentro de las opciones de política pública de cada regulador, debe existir una internalización de las consecuencias que, para la competencia en cada mercado, impliquen tales decisiones (sean éstas actos u omisiones) y que debe cada regulador debe actuar en el sentido de favorecer efectos pro-competitivos en los mercados¹¹⁴.

Como se ha visto, dicha situación difiere de lo que sucede en derecho comparado, dados los límites que, con mayor o menor intensidad, se imponen en países desarrollados en lo referido al imperio del derecho de libre competencia respecto de los actos de los reguladores.

¹¹² *Resolución del TDLC de 13 de mayo de 2008*, causa Rol C N° 127-07 (acumulada con la causa Rol C N° 159-08), por medio de la cual rechaza una excepción de incompetencia promovida por el Fisco de Chile, este último, en calidad de co-demandado y representante de la Dirección General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas. En el mismo sentido y a contrario sensu, el considerando 22° de la ya citada Sentencia N° 91/2009 del TDLC: "Que, en consecuencia, este Tribunal estima que la actividad fiscalizadora de la Municipalidad y las clausuras decretadas con fecha 22 de febrero y 7 de mayo de 2008, se encontraban dentro del ámbito de sus atribuciones municipales, las que en este caso -y por lo que se ha venido señalando- no corresponderían a un ejercicio arbitrario de sus potestades públicas con fines exclusorios y, por ende, no merecen reproche desde el punto de vista de la libre competencia, sin perjuicio de lo que pueda establecerse al respecto en otras sedes o instancias".

¹¹³ Evidentemente, esto no se aplica a las empresas del Estado que, en cuanto actúan como agentes económicos, están simplemente sometidas al D.L. N° 211 bajo las mismas reglas y principios que cualquier otra empresa.

¹¹⁴ En este mismo sentido ARIÑO (2003) pp.589-590.

Así, la interpretación imperante en Chile, favorecedora de una aplicabilidad *amplia* del derecho de la competencia al regulador -y que no constituye necesariamente un estándar generalizado a nivel internacional-, es un positivo aspecto de nuestro derecho de libre competencia digno de destacarse a la luz de la celebración del bicentenario de nuestra independencia.

IV. LOS COSTOS DE LA PREVENCIÓN POR CONTRASTE CON LOS COSTOS DEL LITIGIO. LA IMPORTANCIA DE INTRODUCIR EN CHILE MECANISMOS DE COMPETITION ADVOCACY

IV.1. Antecedentes generales. Costos asociados a la legitimación pasiva del regulador

A pesar de la bondad intrínseca de la doctrina chilena descrita, la práctica actual muestra un relevante grado de judicialización contenciosa -sea a través de requerimientos de la FNE o de demandas de particulares- en que el regulador asume el rol de legitimado pasivo en el marco de procedimientos que necesariamente culminan en decisiones de corte represivo y *ex post*.

Pese a que en este artículo no se presentan estadísticas que lo cuantifiquen y avalen, creemos que el favorecer, adicionalmente, un rol preventivo de alcance más general¹¹⁵ para el cumplimiento de la normativa de defensa de la libre competencia por parte de los órganos de la administración del Estado, pareciera ser una opción deseable desde el punto de vista del beneficio social, que debiera promoverse como complemento de las funciones represivas del TDLC.

Primero, porque, como se ha señalado en la sección II, los órganos de defensa de la libre competencia podrían estar afectos a limitaciones para corregir efectos anticompetitivos en regulaciones, cuando tales correcciones supongan adoptar decisiones contrarias a potestades regladas de los órganos de la administración del Estado concernidos, en aplicación del principio de juridicidad. Todo ello, en virtud de la jurisprudencia asentada por la Corte Suprema en el caso JAC.

Segundo, porque desde el punto de vista del diseño institucional chileno, y considerando que el actuar de los órganos de la administración del Estado goza de una presunción de legalidad¹¹⁶, la jurisprudencia de los órganos de defensa de la libre competencia ha sido cautelosa en cuanto a la imposición efectiva de las multas a beneficio fiscal contempladas en el artículo 26 del D.L. N° 211 -sanción típica y paradigmática del D.L. N° 211- para el caso de ilícitos anticompetitivos generados por actos u omisiones de la autoridad. Se ha visto cómo el TDLC ha sido reacio a imponer sanciones pecuniarias al regulador; y, cuando excepcio-

¹¹⁵ La participación preventiva de las autoridades de defensa de la libre competencia se restringe actualmente a las regulaciones sectoriales que lo prevén expresamente. Por ejemplo, las leyes sectoriales en telefonía fija, puertos, medios de comunicación social, entre otras. Sin embargo, no constituye una regla general.

¹¹⁶ Artículo 3°, inciso 8°, Ley de Bases de Procedimiento Administrativo ("LBPA"), de 2003.

nalmente lo ha hecho, las multas, en virtud de su evaluación prudencial, han sido considerablemente menores a las impuestas a particulares.

Tercero, porque en todo procedimiento contencioso existen costos asociados a la puesta en marcha del aparato jurisdiccional del Estado, así como costos de fiscalización de lo resuelto por los organismos que ejercen dicha jurisdicción¹¹⁷. En el caso del sistema de libre competencia chileno, tal fiscalización del cumplimiento de las decisiones del TDLC y la Corte Suprema, recae en la FNE, en virtud del artículo 39 letra d) del D.L. N° 211¹¹⁸, con los costos en términos de tiempo y dedicación de sus funcionarios que ello implica para dicho servicio. Las fiscalizaciones, además, resultan complejas en mercados regulados en que los privados gozan de relevantes asimetrías de información. En otros términos, y como se ha señalado, existen costos terciarios del sistema que no se encuentran presentes, o lo están en muy menor medida, en el contexto de una labor de naturaleza preventiva.

Cuarto, porque, reconociendo todo lo anterior, la experiencia comparada ya ha mostrado desde hace un tiempo que los beneficios asociados a crear una verdadera *cultura de la competencia* en los órganos reguladores de la administración del Estado, que garantice el diseño y adopción de decisiones pro-competitivas –o que al menos minimicen el impacto en la estructura competitiva del mercado que regulan–, superan con creces los beneficios asociados a la judicialización contenciosa de las decisiones regulatorias¹¹⁹.

Esta labor preventiva, que supone la coordinación estrecha entre las autoridades de defensa de la libre competencia y los órganos de la administración del Estado con potestades regulatorias, es lo que comúnmente recibe el nombre de *competition advocacy* y que, atendida su importancia, se trata a continuación.

IV.2. Una cultura de la competencia en Chile. Importancia de implementar políticas de prevención de atentados a la libre competencia por parte de autoridades públicas (competition advocacy), como parte del cumplimiento del artículo 19 N° 21 de la CPR

Se ha señalado que la relación ideal entre las autoridades antimonopolios y los reguladores sectoriales, se encarna a través de un gobierno central que promueva una amplia revisión de las regulaciones existentes desde la óptica de la libre competencia, asegurando que tanto los reguladores como los organismos pro-competencia incorporen como práctica una *cultura de la competencia*, que permanentemente la promueva¹²⁰.

¹¹⁷ CALABRESI (1984) p.288.

¹¹⁸ El inciso 2° del artículo 39 del D.L. N° 211 señala: “Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico: (...) d) Velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicten el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere esta ley”.

¹¹⁹ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2005) §3-5.

¹²⁰ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2005) §6.

De modo general, se entiende por promoción de la libre competencia –o *competition advocacy*– el uso de la experiencia de los órganos de defensa de la libre competencia –entre nosotros, de modo primordial, la FNE– en la protección de la competencia, con el objeto de persuadir a las órganos de administración del Estado y al Poder Legislativo, en todos los niveles del sistema político, para que diseñen y adopten decisiones regulatorias o políticas públicas que promuevan la libre competencia y el beneficio de los consumidores –o, desde otra mirada, que eviten que esas decisiones o políticas contengan distorsiones que afecten el normal desenvolvimiento de los mercados–¹²¹.

Tal promoción de la competencia supone una actividad de la autoridad de defensa de la libre competencia que se relaciona con instar por un ambiente competitivo para las actividades económicas, a través de mecanismos no jurisdiccionales, y principalmente por la vía de (i) una interacción con las entidades públicas y el Poder Legislativo; y, (ii) el incremento de la conciencia pública acerca de los beneficios que involucra la libre competencia¹²².

Como lo ha señalado reiteradamente la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”), la competencia puede verse afectada de modo significativo mediante variadas formas de políticas públicas, así como diseños institucionales. De hecho, las prácticas anticompetitivas de los agentes económicos se encuentran regularmente facilitadas por distintas intervenciones de los poderes públicos en el mercado. Por lo tanto, la obligación de los órganos de defensa de la libre competencia se extiende más allá de la mera aplicación y fiscalización del cumplimiento de las normas de defensa de la libre competencia, pues abarca también una mayor participación en el diseño de las políticas económicas de cada país que pudieran afectar negativamente la estructura, comportamiento o el desarrollo competitivo del mercado. Dichos órganos deben, en consecuencia, asumir un rol de promoción de la competencia, actuando de modo proactivo para conseguir la adopción de políticas públicas que disminuyan las barreras de entrada a los mercados y, en resumen, minimicen intervenciones gubernativas innecesarias, ahí donde exista espacio para la competencia¹²³.

En el marco de esta promoción de la competencia llevada a cabo por la autoridad antimonopolios, distintos países cuentan ya con guías prácticas, dirigidas a los reguladores, con el objeto de orientarlos en la importancia de la libre competencia, sus beneficios y la necesidad de considerar los impactos en ésta que sus decisiones pueden provocar. A modo de ejemplo, en junio de 2008, la Comisión Nacional de la Competencia de España (“CNC”) publicó sus *Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*¹²⁴, que formó parte del Plan de acción de la CNC para los años 2008 y 2009. En dichas *Recomendaciones* se recogieron, entre sus principales objetivos, el promover la competencia en aquellos sectores en que

¹²¹ COOPER ET AL. (2005) p. 1091.

¹²² INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2002) p.25.

¹²³ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (1998) §93.

¹²⁴ COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (2008).

se encuentre restringida, sea por las características del mercado, o por la regulación; e, impulsar el conocimiento y la elaboración de estudios en defensa de la competencia¹²⁵. Entre dichos estudios, destacó la elaboración de informes sobre las actuaciones regulatorias de las administraciones públicas que evalúen su diseño y su impacto desde una perspectiva de competencia e incorporen recomendaciones de adopción de medidas pro-competitivas, o de remoción de medidas obstaculizadoras de la competencia en los mercados¹²⁶.

Otro tanto sucede con la Office of Fair Trading de Gran Bretaña (“OFT”) y con la Comisión Europea, quienes han diseñado, siguiendo los lineamientos de la OCDE y la International Competition Network (“ICN”)¹²⁷, verdaderos procedimientos denominados Análisis de Impacto Regulatorio (“AIR”)¹²⁸ o Evaluación de Impactos de la Competencia (“EIC”), que incorporan recomendaciones y formularios para los reguladores, con el objeto de asesorarlos en el diseño de políticas regulatorias¹²⁹.

En el contexto de decisiones del regulador, los AIR o EIC incorporan diversos criterios, solicitando a los reguladores evaluar si las decisiones que se proponen adoptar suponen, entre otras, las siguientes consecuencias:

(i) Limitación directa o indirecta del número o extensión de los agentes económicos del mercado (v.gr. otorgamiento de derechos exclusivos, aumento de costos para nuevos agentes en relación a actores preexistentes).

(ii) Limitación de la capacidad de los agentes económicos para competir en determinado mercado (v.gr. restricción sustancial a los oferentes para publicitar los productos).

(iii) Reducción de los incentivos de los agentes económicos de un mercado a competir vigorosamente (v.gr. requiere o promueve el intercambio entre agentes,

¹²⁵ COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (2008) p.6.

¹²⁶ COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (2008) p.6.

¹²⁷ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2004a y 2004b).

¹²⁸ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2007) p.35.

¹²⁹ COMISIÓN EUROPEA (2005) pp.28-29: *“Las directrices de evaluación de impacto reconocen que ‘una competencia fuerte en un entorno de apoyo a las empresas es un motor clave para el crecimiento de la productividad y la competitividad’. Así pues, el examen de la competencia forma parte integrante de la evaluación de impacto. Las directrices de evaluación de impacto enumeran –no exhaustivamente– los tipos de propuesta que hay que examinar en busca de posibles impactos negativos sobre la competencia (por ejemplo, las normas sobre las industrias de red liberalizadas, las medidas que tienen un impacto en las barreras de entrada y salida, las exenciones de las normas de competencia, etc.). El «criterio de competencia» básico aplicado en el contexto del examen de la política de competencia supone plantearse inicialmente dos preguntas fundamentales. Primero: ¿qué restricciones de la competencia pueden derivarse directa o indirectamente de la propuesta (crea restricciones a la entrada en el mercado, afecta a la conducta empresarial, etc.)? Segundo: ¿existen medios menos restrictivos para lograr el objetivo político en cuestión? El examen de la competencia puede dar lugar a elegir unos métodos reguladores menos restrictivos o basados en el mercado para alcanzar ciertos objetivos políticos, evitando así unas restricciones innecesarias o desproporcionadas de la competencia. Esto redundaría en interés tanto de los consumidores como de la industria”.*

o la publicación o información de precios, costos y/o ventas; impone o aumenta los costos de los consumidores para cambiar de oferentes)¹³⁰.

En caso que cualquiera de estas consecuencias pudiera producirse, los reguladores deben (con la ayuda de expertos en la materia) cuantificar y objetivamente justificar los costos del impacto en la competencia y, junto con lo anterior, solicitar ayuda de la autoridad de defensa de libre competencia respectiva para minimizar dicho impacto o, en su caso, eliminarlo¹³¹.

En el contexto de decisiones regulatorias adoptadas por el Poder Legislativo, las reglas de *competition advocacy* instan por establecer procedimientos en el Congreso, que permitan a la autoridad de defensa de libre competencia respectiva, intervenir en aquellos proyectos de ley que pudieran afectar el adecuado desarrollo de la competencia en los mercados.

Sin embargo, atendida la numerosa actividad legislativa, que haría virtualmente imposible la revisión y fiscalización de la totalidad de los proyectos de ley en discusión que pudieran tener un impacto para la libre competencia, la experiencia comparada recomienda la instauración de procedimientos que permitan al organismo de defensa de la libre competencia centrarse en las etapas previas de la discusión legislativa, y sólo respecto de aquellos proyectos que presenten un significativo impacto para la competencia en uno o más mercados¹³².

Es importante destacar que las reglas de *competition advocacy* no abogan por la limitación o ausencia de la actividad reguladora del Estado, sea que ésta se lleve a cabo mediante leyes o por intermedio de actos administrativos. Por el contrario, reconociendo la bondad intrínseca de estas regulaciones para la consecución de distintos fines, la creación de una *cultura de la competencia* entre los órganos reguladores pretende armonizar distintos bienes jurídicos que se estiman dignos de protección, desde que reconoce los mayores costos asociados a un litigio entre organismos de la propia administración del Estado –o su imposibilidad en su caso–, o de modo más radical aun, entre el Poder Legislativo y el organismo de defensa de la libre competencia¹³³. Y, en el caso chileno, como se ha visto, la promoción y protección de la libre competencia ocupa un lugar en la propia CPR, razón por la cual la armonización de los distintos fines –aquellos perseguidos por cada normativa sectorial y el D.L. N° 211– se hace tanto más deseable.

¹³⁰ OFFICE OF FAIR TRADING (2007) p.8.

¹³¹ Sin perjuicio de lo anterior, la ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2005) §39, recomienda también que el gobierno central de cada país promueva una regulación pro-competitiva, adoptando acciones tales como: la designación de personas a cargo de organismos reguladores con sensibilidad en materias de libre competencia; incluir un mandato para los reguladores sectoriales, en cuanto a promover regulaciones con componentes pro-competitivos; y, otorgar al fiscalizador competencias revisoras respecto de los reguladores, la que debe contar con un apoyo técnico del propio regulador sectorial.

¹³² ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2004) pp.4-5.

¹³³ En este sentido, la INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2002) p.35, ha señalado que: “*In countries with a competition law in force private anticompetitive conduct can effectively be combated with the enforcement of such laws. In contrast, public regulatory intervention, whether or not adopted in response to pressure from special interest groups, is perfectly legal as a rule, and therefore harder to be influenced. What competition authorities can do in such cases is advocating with public authorities and the legislative power to adopt a regulatory framework as competition-friendly as possible and with the relevant regulatory agencies for the rejection of unnecessarily anticompetitive measures. In that field it is no longer enforcement powers but the persuasiveness of arguments that matters.*”

IV.3. Concreción de una política de competition advocacy en Chile. Proposición de reglas para su efectiva implementación.

El ingreso de Chile a la OCDE en el año del bicentenario, mediante la ratificación de la Convención de París de 1960, así como la afiliación del TDLC y la FNE a la ICN, abren relevantes espacios para que nuestro país adopte reglas y directrices que, en materia de *competition advocacy*, han sido propuestas por ambas entidades internacionales.

De hecho, la FNE ya ha iniciado el desarrollo de ciertas actividades con efecto preventivo en el marco de los convenios que ha suscrito con entidades públicas (concretamente, el Ministerio de Obras Públicas) destinadas a evitar colusiones en casos de contratación pública¹³⁴, generando además una guía de detección y un formulario de denuncias en la materia.

Aunque se trate de iniciativas loables, lo cierto es que se requiere un compromiso permanente del organismo fiscalizador de libre competencia para que, más allá de casos concretos como los descritos, desarrolle una verdadera política de promoción de la competencia a favor de los órganos públicos.

Lo anterior puede materializarse a través de convenios de cooperación entre el fiscalizador y autoridades públicas –como el citado acuerdo entre la FNE y el Ministerio de Obras Públicas–, con el objeto de que se le permita exponer su posición ante el Congreso Nacional, o ante los distintos órganos de la administración del Estado, en aquellas materias respecto de las cuales se advierta que la dictación de leyes o normas administrativas pueda generar un impacto relevante en la competencia. Ello, considerando que, en nuestra mirada, y al igual como sucede con la Federal Trade Commission de los Estados Unidos de América¹³⁵, la potestad de implementar programas de *competition advocacy* arranca de la competencia que se otorga a la FNE en el artículo 39 del D.L. N° 211, concretamente en los literales f), k), l) y, m)¹³⁶.

¹³⁴ MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2009).

¹³⁵ La competencia de la Federal Trade Commission para instar por un programa de *competition advocacy*, arranca de la sección 6 de la FTC Act, que le permite: “Recoger y compilar información relativa a personas sujetas a la FTC Act” y “Hacer públicas, de tiempo en tiempo, aquellas partes de la información obtenida que sean de interés público.” Como puede verse, dichas potestades son aun más limitadas que las otorgadas por el D.L. N° 211 a la FNE.

¹³⁶ El inciso 2° del artículo 39 del D.L. N° 211 señala: “Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico: (...) f) Solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos y servicios públicos, de las municipalidades o de las empresas, entidades o sociedades en que el Estado o sus empresas, entidades o sociedades, o las municipalidades, tengan aporte, representación o participación, quienes estarán obligados a prestarla, como asimismo, a proporcionar los antecedentes que obren en sus archivos y que el Fiscal Nacional Económico les requiera, aun cuando dichos antecedentes se encuentren calificados como secretos o reservados, de conformidad a la legislación vigente, caso este último en que se requerirá la autorización previa del Tribunal (...) k) Requerir de los organismos técnicos del Estado los informes que estime necesarios y contratar los servicios de peritos o técnicos; l) Celebrar convenios o memorándum de entendimiento con otros servicios públicos y universidades, en materias de cooperación recíproca. Asimismo, celebrar convenios con agencias u otros organismos extranjeros que tengas por objeto promover o defender la libre competencia en las actividades económicas; m) Convenir con otros servicios públicos y organismos del Estado la transferencia electrónica de información, que no tenga el carácter de secreta o reservada de acuerdo a la ley, para facilitar el cumplimiento de sus funciones. Asimismo y previa resolución fundada del Fiscal Nacional Económico, podrá convenir la interconexión electrónica con organismos o instituciones privadas.”

Más allá de que la FNE pueda implementar convenios con distintas entidades del Estado a través de los instrumentos jurídicos pertinentes, estimamos que es posible formular algunas reglas, de general cumplimiento para la totalidad de los organismos públicos, con el objeto de comenzar a instaurar una *cultura de la competencia* en Chile. De este modo, se podrá avanzar en cumplir con la materialización de la obligación del regulador de comportarse de modo pro-competitivo, descrita en la sección I precedente.

Proponemos en este sentido que se perfeccione nuestro diseño de defensa de la libre competencia en las materias que siguen:

(i) En lo *sustancial*, previo a la dictación de leyes o actos de autoridad que pudieran afectar de manera relevante la competencia en un determinado mercado, se debiera consultar a la FNE o directamente al TDLC, según la relevancia de la materia, sobre las medidas que debieran adoptarse para eliminar o mitigar los efectos anticompetitivos de tales actos, de manera de elegirse aquellos mecanismos normativos menos lesivos para la competencia, con el objeto de evitar afectaciones innecesarias o desproporcionadas a esta última. Para que lo anterior resulte eficaz, debieran fijarse criterios claros y estandarizados que ayuden a sus destinatarios a identificar cuándo debieran ellos recurrir a los órganos de defensa de la libre competencia –y a cuál según el caso– conforme a lo elaborado en la materia, por ejemplo, en países como España¹³⁷.

Como lo muestra la experiencia comparada, lo anterior supone que el regulador se formule en toda ocasión en que dicte un acto administrativo, a lo menos, las siguientes interrogantes: (a) ¿Qué restricciones para la competencia pudieran derivarse del proyecto de regulación que se pretende implementar? (v.gr. limitación de la capacidad de los agentes económicos de un mercado para competir o incentivos a competir menos vigorosamente); y, (b) ¿Existen medios menos restrictivos para la competencia en orden a alcanzar el objetivo de política pública que dicha regulación se propone satisfacer? Y que, habiéndose formulado esas interrogantes, busque una respuesta a las mismas por la vía de la cooperación obtenida de parte de los organismos de defensa de la libre competencia.

(ii) En lo *procedimental*, debieran facilitarse mecanismos institucionales que permitan en general una eficaz interacción entre las autoridades administrativas y aquéllas pro-competencia, para el caso en que las primeras tuvieran dudas acerca del alcance o licitud de sus políticas públicas o actos actuales o proyectados de acuerdo al D.L. N° 211. Ello supondría garantizar un medio expedito para que las autoridades administrativas puedan obtener respuesta a sus inquietudes y debiera reflejarse en una reforma al D.L. N° 211 el que, en la actualidad, no provee un procedimiento de esta naturaleza. De hecho, el procedimiento no contencioso previsto en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, que es el único

¹³⁷ Como hemos afirmado en un trabajo previo (NEHME, 2007), pp. 77 y 78: “*Resulta altamente recomendable generar mecanismos formales de coordinación para que, en el marco de la dictación de normas legales o reglamentarias, se emita a priori, de forma pública, obligatoria y transparente la opinión de los organismos de defensa de la competencia respecto de las normas de regulación económica. Los mecanismos de coordinación reducen los costos de transacción y agencia envueltos, maximizan la eficiencia de la regulación económica e incrementan el valor de la coexistencia de reguladores económicos y autoridades antimonopolios.*”

institucionalmente reconocido en la actualidad, demora en los hechos un plazo cercano a un año y medio, plazo suficientemente largo como para desincentivar conductas de *competition advocacy*¹³⁸. También debiera considerarse la creación de un mecanismo, dentro del proceso de dictación de leyes, para que se solicite la opinión de los organismos de defensa de la libre competencia (probablemente el de la FNE, pues el TDLC, en su rol de órgano jurisdiccional, podría sufrir luego imputaciones de prejuzgamiento¹³⁹) cuando dichas leyes pudieran tener plausiblemente un efecto relevante en la *estructura* de los mercados concernidos o en las *conductas* competitivas de sus actores económicos.

(iii) Por otra parte, debieran establecerse mecanismos de coordinación, formales y transparentes, para seguir el cumplimiento por los órganos de la administración del Estado de las recomendaciones u órdenes que les pudiera dirigir el TDLC, lo que favorecería la responsabilidad del regulador económico, quien si decidiera no seguir la opinión de las autoridades de libre competencia, tendría la carga pública de la argumentación de su decisión y, a lo menos, la responsabilidad política por los daños a la competencia que sus decisiones generaren¹⁴⁰. En el mismo sentido, debiera diseñarse e implementarse un mecanismo de seguimiento eficaz, con publicidad, del cumplimiento por el Poder Ejecutivo o Legislativo en su caso, de las proposiciones que efectúe en TDLC de modificación o derogación de leyes y reglamentos considerados contrarios a la libre competencia, para evitar que tales proposiciones terminen en los hechos careciendo de cualquier efecto.

(iv) De existir mecanismos de *competition advocacy*, sería más plausible aun que su inobservancia por un determinado regulador llevara a que, de modo consistente con la asentada jurisprudencia sobre la materia, dicho regulador fuera con mayor legitimidad llamado a actuar ante el TDLC, como legitimado pasivo en un procedimiento contencioso o interviniente en un procedimiento no contencioso.

V. CONCLUSIONES

1. El artículo 19 N° 21 consagra la constitucionalidad de un estatuto legal que vele por la promoción y protección de la libre competencia. Ello se ha materializado a través de la dictación y vigencia del D.L. N° 211 y, muy especialmente, por

¹³⁸ Un caso bastante cercano al de *competition advocacy* sería la consulta presentada por Subtel ante el TDLC para que éste informara acerca de las condiciones en que debía efectuarse el concurso público para la asignación de frecuencias de telefonía móvil digital avanzada, 3G antes citado (Rol NC N° 198-07). La consulta demoró, de acuerdo al procedimiento no contencioso actualmente previsto en el D.L. N° 211 -aunque éste sufrió ciertas dilaciones adicionales por las particularidades del caso- cerca de un año y ocho meses, incluyendo el proceso de reclamación ante la Corte Suprema.

¹³⁹ Alternativamente, si se prefiriera la obtención de la opinión del TDLC, el D.L. N° 211 debiera prever que ella no debiera implicar prejuzgamiento.

¹⁴⁰ Los mecanismos de coordinación no deben agotarse en aquellos puramente destinados a la dictación de normas, sino que también deben extenderse a la coordinación de la información para la resolución de casos concretos sometidos a las autoridades de la libre competencia. La interacción entre organismos de defensa de la libre competencia y reguladores puede ser particularmente útil en definir mercados relevantes, obtener estadísticas de la industria y articular tesis de daño competitivo, entre otros.

la jurisprudencia generada por el TDLC y la Corte Suprema, dictada en aplicación e interpretación de ese cuerpo normativo.

2. Un análisis exhaustivo de la jurisprudencia de libre competencia generada hasta la fecha (diciembre de 2010) en Chile, revela que se ha asentado una interpretación *amplia* acerca de los alcances del D.L. N° 211, en cuanto a que los órganos de la administración del Estado también deben ajustar su comportamiento a las normas de defensa de la libre competencia, pudiendo ser compelidos a ello como resultado de un procedimiento contencioso iniciado por requerimiento de la FNE o la demanda de algún agente económico; procedimiento que puede resultar inclusive, de acuerdo a la jurisprudencia analizada, en la exigencia compulsiva de la modificación o ajuste del acto administrativo concernido, conforme a estándares dictados por la propia autoridad de libre competencia, sin perjuicio de sus consecuencias en otras sedes. Esa interpretación también se ha extendido a la proposición de modificación de leyes o reglamentos, como resultado de procedimientos no contencioso iniciados al amparo del artículo 31 del D.L. N° 211.

3. La doctrina, ya asentada en Chile, en cuanto a la sujeción de los órganos del Estado a las normas de defensa de la libre competencia, no impide que persistan importantes preguntas, algunas de ellas derivadas de recientes sentencias de la Corte Suprema, entre las cuales: (i) ¿Cuál es el alcance de la potestad del TDLC de ordenar la modificación de actos administrativos anticompetitivos, cuando la dictación de esos actos ha obedecido a la ejecución de una potestad reglada, en ocasiones de origen legal?; (ii) ¿Hasta qué punto puede intervenir el TDLC en la ejecución de potestades discrecionales de los órganos de la administración del Estado, cuando la aplicación de la normativa de libre competencia pugna con los fines sectoriales encomendados a esos órganos; o, dicho de otra manera, ¿es acaso siempre posible armonizar los objetivos de libre competencia con aquellos sectoriales, y cuáles priman en caso de contradicción insalvable?; (iii) ¿Está dotado el TDLC de una potestad anulatoria directa, *stricto sensu*, sobre los actos de la administración del Estado que estime anticompetitivos?; (iv) ¿Cuál es el imperio de las sentencias del TDLC cuando se dirigen a órganos de la administración del Estado, exigiéndoles la modificación o derogación de un acto; y con qué potestades cuenta el TDLC en caso de incumplimiento?; (v) ¿Cuál es el alcance de la potestad del TDLC de recomendar la modificación de normas legales y reglamentarias, cuál es el efecto de esas recomendaciones, y bajo qué procedimiento han de dictarse ellas necesariamente?

Este artículo ha pretendido simplemente delinear estas preguntas, cuya respuesta debe ser materia de un desarrollo separado. Es de esperar, adicionalmente, que la jurisprudencia venidera ayude a esclarecer algunas de las respuestas a estas preguntas.

4. Como forma de materializar el mandato antes descrito, este trabajo ha planteado resumidamente algunas reglas de comportamiento que serían exigibles para las autoridades administrativas con potestades reguladoras. En concreto, se ha señalado que (i) entre dos interpretaciones posibles, el regulador debiera siempre preferir aquella más pro-competitiva; (ii) el regulador debiera evitar incurrir en hechos que tengan un componente anticompetitivo relevante,

o que reduzcan innecesariamente la competencia en los mercados en que su actuar pueda tener efectos (*principio del mínimo impacto competitivo*); y, (iii) si el regulador debe asignar insumos esenciales y escasos, debiera propender hacia el mecanismo más pro-competitivo posible.

5. La interpretación asentada en Chile en materia de control de los actos administrativos contrarios a la libre competencia, se encuentra un paso más adelante que aquella consagrada en muchas jurisdicciones comparadas, inclusive de países desarrollados. En ese sentido, la comprensión existente en nuestro país de que, la correcta aplicación del principio constitucional de juridicidad y de la garantía de libertad económica, deviene en un mandato aplicable a los organismos públicos para que en su actuar no afecten la libre competencia en los mercados, ni *estructuralmente* ni en lo referido a los *comportamientos* generados en los agentes económicos, supone la aplicación de una forma de contencioso administrativo particular a nuestra tradición jurídica, y que nos parece digna de destacar a la luz de la celebración del bicentenario de nuestra independencia.

6. Así como la tradición de represión de los actos administrativos con consecuencias anticompetitivas es digna de destacarse, y puede entenderse como un factor que ha podido contribuir al desarrollo económico del país, nuestro diseño institucional puede ser sustancialmente perfeccionado en lo que se refiere a la existencia de programas de promoción de las normas de defensa de la libre competencia y de prevención de ilícitos por parte de los organismos de la administración del Estado (*competition advocacy*).

7. Proponemos perfeccionar nuestro diseño institucional en los siguientes aspectos: (i) en lo *sustancial*, previo a la dictación de leyes o actos de autoridad que pudieran afectar de manera relevante la competencia en un determinado mercado –y debieran fijarse criterios estandarizados que ayuden a sus destinatarios a identificar cuándo podría ello producirse, como sucede en el derecho comparado–, se debiera consultar a la FNE o directamente al TDLC, según la relevancia de la materia, sobre las medidas que debieran adoptarse para eliminar o mitigar los efectos anticompetitivos de tales actos, de manera de elegirse aquellos mecanismos normativos menos lesivos para la competencia; (ii) en lo *procedimental*, debieran facilitarse, por medio de una reforma al D.L. N° 211, mecanismos institucionales que permitan una eficaz interacción entre las autoridades administrativas y aquéllas pro-competencia, garantizando así un medio expedito para que las primeras puedan obtener respuesta a las inquietudes que, en materia de impactos para la competencia, pudieran surgirles a propósito de determinada política pública; (iii) se debieran establecer mecanismos de coordinación, formales y transparentes, para dar seguimiento a las órdenes impartidas por el TDLC a los órganos de la administración del Estado, lo que debiera a su vez favorecer la responsabilidad de los reguladores, quienes si decidieran no seguir la opinión de las autoridades de libre competencia, asumirían la carga pública de la argumentación y aquella política de los efectos de sus actos; y, (iv) debiera diseñarse e implementarse un mecanismo de seguimiento eficaz, con publicidad, del cumplimiento por el Poder Ejecutivo o Legislativo en su caso, de las proposiciones que efectúe en TDLC de modificación o derogación de leyes

y reglamentos considerados contrarios a la libre competencia, para evitar que tales proposiciones terminen en los hechos careciendo de cualquier efecto; y, (v) existiendo mecanismos eficaces de coordinación, debiera ser aun más plausible que las autoridades administrativas que no soliciten el previo parecer de los órganos de defensa de la libre competencia o no se ajusten al mismo en su caso, en materias relevantes para la competencia, sean llamadas a actuar ante el TDLC, como legitimadas pasivas en un procedimiento contencioso o intervinientes en un procedimiento no contencioso.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTOINE, Aurélien (2009): *Prérogatives de Puissance Publique et Droit de la Concurrence* (París, L.G.D.J.) 495 pp.
- ARIÑO, Gaspar (2003): *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica* (Colombia, Universidad Externado de Colombia) 899 pp.
- AVILÉS, Víctor (1998): *Orden Público Económico y Derecho Penal* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur) 353 pp.
- BAQUERO, Julio (2007): "The State Action Doctrine", en: AMATO, Giuliano *ET AL.* (edit.), *EC Competition Law. A Critical Assessment* (Portland, Hart Publishing) pp.551-590.
- BREYER, Stephen *et al* (2006): *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and Cases* (Nueva York, Aspen Publishers) 1002 pp.
- CALABRESI, Guido (1984): *El Coste de los Accidentes* (Traducc. Joaquim BISBAL, Barcelona, Editorial Ariel) 350 pp.
- CEA, José Luis (1988): *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 402 pp.
- CEA, José Luis (1991): *Notas sobre Orden Público Económico*, Gaceta Jurídica N° 135: pp. 18-32.
- COMISIÓN EUROPEA (1985): *Decimoquinto Informe sobre la Política de Competencia*. Disponible en: <http://bookshop.europa.eu/eubookshop/download.action?fileName=CB4585430ESC_001.pdf&eubphfUId=10575144&catalogNbr=CB-45-85-430-EN-C> [fecha de consulta: 11 de enero de 2010].
- COMISIÓN EUROPEA (2005): *Informe sobre la Política de Competencia*. Disponible en: <http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2005/es.pdf> [fecha de consulta: 11 de enero de 2010].
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (2008): *Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una Regulación de los Mercados más Eficiente y Favorecedora de la Competencia*. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Administracion/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=29523&Command=Core_Download&Method=attachment> [fecha de consulta: 11 de enero de 2010].
- COOPER, James *ET AL* (2005): *The Theory and Practice of Competition Advocacy at the FTC*, Antitrust Law Journal, Vol. 72, No. 3, pp. 1091-1112.
- EVANS, Enrique (1999): *Los Derechos Constitucionales*, Tomo III (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 455 pp.
- FELIÚ, Olga (2000): *El Ejercicio de la Libertad Económica y las Facultades de los Organismos Antimonopolios*, Revista Actualidad Jurídica N° 1: pp. 71-88.

- FERMANDOIS, Arturo (2006): *Derecho Constitucional Económico. Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 333 pp.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2002): *Advocacy and Competition Policy*. Disponible en: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf>> [fecha de consulta: 11 de enero de 2010].
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2004a): *Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group. Report to the Third ICN Annual Conference*. Disponible en: <<http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc377.pdf>> [fecha de consulta: 11 de enero de 2010].
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2004b): *Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group. Report to the Fourth ICN Annual Conference*. Disponible en: <<http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc381.pdf>> [fecha de consulta: 11 de enero de 2010].
- MONTI, Giorgio (2007): *EC Competition Law* (Nueva York, Cambridge University Press) 527 pp.
- NEHME, Nicole (2007) *Mercados Regulados y Libre Competencia*, IV Día de la Competencia, Fiscalía Nacional Económica, 2007 pp. 61 a 81.
- OFFICE OF FAIR TRADING (2007): *Completing Competition Assessments in Impact Assessments. Guideline for Policy Makers*. Disponible en: <http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft876.pdf> [fecha de consulta: 11 de enero de 2010].
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (1998): *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy* (OECD Publishing) 200 pp.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2005): *The Relationship Between Competition Authorities and Sectoral Regulators. Issues Paper, Session II*. Disponible en: <<http://www.oecd.org/dataoecd/58/7/34375749.pdf>> [fecha de consulta: 11 de enero de 2010].
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2007): *Guía para Evaluar la Competencia. Versión en Español*. Disponible en: <<http://www.oecd.org/dataoecd/15/46/39680183.pdf>> [fecha de consulta: 11 de enero de 2010].
- SAINZ, Fernando (1977): *Orden Público Económico y Restricciones de la Competencia* (Revista de Administración Pública Nº 84, España) pp. 597-643
- SULLIVAN, Lawrence ET AL (2006): *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook* (Estados Unidos, Thomson/West) 1135 pp.
- STREETER, Jorge (1992): *El Orden Público Económico* (Apuntes de Clases, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile)

VALDÉS, Domingo (2006): *Libre Competencia y Monopolio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 751 pp.

VAN BAEL, Ivo *ET AL* (2005): *Competition Law of the European Community* (La Haya, Kluwer Law Internacional) 1682 pp.

NORMAS

1. Constitución Política de la República de Chile.
2. Federal Trade Commission Act, 1914. Estados Unidos de América.
3. Decreto Ley N° 2.564, Ley de Aviación Comercial. Diario Oficial, 22 de junio de 1979.
4. Decreto Supremo N° 102 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, que Reglamenta la Licitación Pública para Asignar Frecuencias Internacionales a Empresas Aéreas Nacionales. Diario Oficial, 17 de junio de 1981.
4. Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones. Diario Oficial, 2 de octubre de 1982.
5. Decreto con Fuerza de Ley N° 70 del Ministerio de Obras Públicas. Diario Oficial, 21 de junio de 1989.
6. Decreto con Fuerza de Ley N° 382, Ley General de Servicios Sanitarios, Diario Oficial, 21 de junio de 1989.
7. Ley N° 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal. Diario Oficial, 19 de diciembre de 1997.
8. Ley N° 19.911 que Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Diario Oficial, 14 de noviembre de 2003.
9. Ley N° 19.880 que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. Diario Oficial, 29 de mayo de 2003.
10. Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Diario Oficial, 30 de julio de 2003.
11. Decreto N° 312 que Promulga el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, sus Anexos y las Notas intercambiadas entre ambos Gobiernos relativas a dicho Tratado. Diario Oficial, 31 de diciembre de 2003.
12. Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (hoy Ministerio de Economía, Fomento y Turismo) de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973. Diario Oficial, 7 de marzo de 2005.
13. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Versión Consolidada C 115. Diario Oficial de la Unión Europea, 9 de mayo de 2008.

14. Decreto N° 291 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (hoy Ministerio de Economía, Fomento y Turismo), que establece el Reglamento sobre Estructura, Funcionamiento y Financiamiento de los Centros de Despacho Económicos de Carga. Diario Oficial, 4 de agosto de 2008.
15. Ley N° 20.361 que Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (hoy Ministerio de Economía, Fomento y Turismo), de 2005, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Diario Oficial, 13 de julio de 2009.

