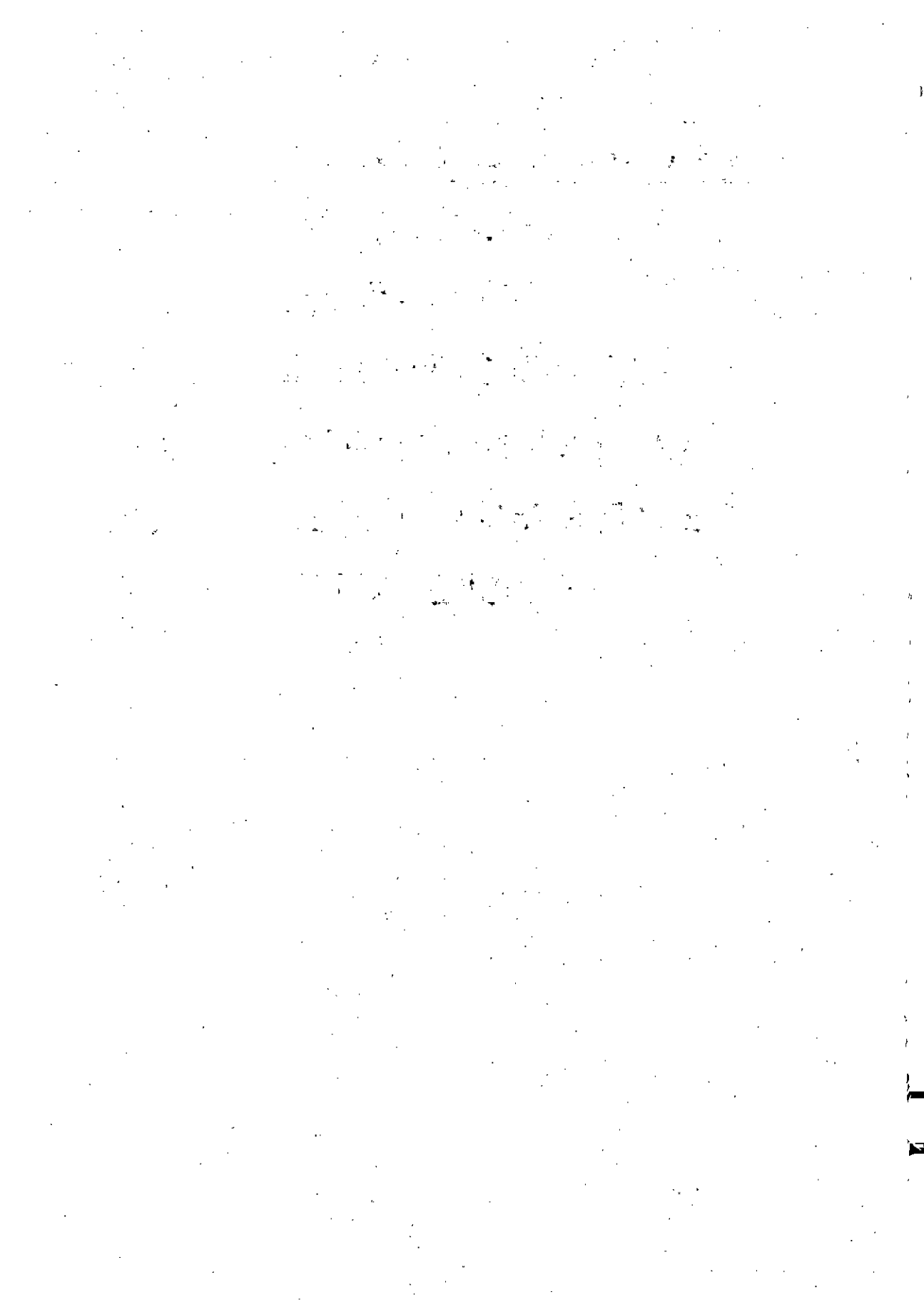


REVISTA DE DERECHO ECONÓMICO

LOS ÓRGANOS DE LA
ADMINISTRACIÓN DEL
ESTADO COMO SUJETOS DE
LAS MULTAS APLICADAS POR
EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE
LA LIBRE COMPETENCIA

WILLIAM GARCÍA MACHMAR



LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO COMO SUJETOS DE LAS MULTAS APLICADAS POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

WILLIAM GARCÍA MACHMAR*

RESUMEN

El autor examina los problemas de la aplicación de multas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en cuanto pueden afectar a los órganos de la Administración del Estado y propone una posible interpretación a la luz del derecho administrativo.

Palabras clave: derecho de la competencia, multa, potestad administrativa, presunción de legalidad, contencioso-administrativo, órganos de la Administración del Estado.

I. INTRODUCCIÓN¹

El objeto del trabajo se centra en el análisis de la multa, como instrumento principal de la intervención pública en la competencia.

El presente trabajo pretende entregar una propuesta de interpretación para la aplicación de multas por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), particularmente en su imposición a los órganos de la Administración del Estado.

Para ello se emplearán los conceptos propios del derecho público administrativo, haciendo cierto contraste con la doctrina dominante en nuestro país en la materia. Se trata, por tanto, de aplicar el sistema conceptual de

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Magíster en Derecho, mención Derecho Público, U. de Chile y Master of Laws, New York University. Agradezco a Anita Martínez Chamorro por sus comentarios a la redacción final y su ayuda para corregirla. Todos los errores son de responsabilidad del autor.
Diciembre de 2013.

1 **Normas citadas:** LDC = DFL N° 1, de 2005, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; LOCBGAE = Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, DFL N° 1 de 2001/19.653, Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República; LBPA = Ley N° 19.880 de bases de los procedimientos administrativos.

esta rama del derecho como un modo de darle coherencia a la realidad nacional.

El trabajo analizará la doctrina dominante en Chile en cuanto al destinatario de las normas de defensa de la competencia. Luego, se abordarán los problemas relativos a la aplicación de multas a órganos de la Administración del Estado y se analizará críticamente la directiva de la FNE sobre la materia. A continuación, se propondrá una interpretación de los preceptos legales y una tipología de la jurisprudencia actual del TDLC. Finalmente, se entregará una breve noticia de la situación en los ordenamientos norteamericano y español.

II. EL DESTINATARIO DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: EL TITULAR DE LA LIBERTAD ECONÓMICA

El derecho de la competencia surge de la necesidad de limitar la libertad privada, mediante normas de orden público "económico", con el fin de lograr una economía "libremente" competitiva. Por eso, el derecho de la competencia cobra eficacia mediante técnicas de limitación de la libertad: multas, órdenes y prohibiciones, como las que enumera de hecho el artículo 26 LDC 21 I. Dicho de otro modo, es una forma de intervención pública en la economía, con ciertas características especiales que ya veremos.

Como consecuencia de lo anterior, resulta lógico que el destinatario natural de las normas que regulan son los particulares, es decir, los titulares del derecho a la libertad (artículo 1º, inciso 1º en relación con los artículos 19 N° 7º y N° 21 de la Constitución). El hecho de que es el particular y no los órganos de la Administración el titular del derecho es obvio para la doctrina constitucional².

2 Sobre la titularidad *privada* de este derecho, la doctrina constitucional es unánime. Por todos, v. FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo, "Derecho Constitucional Económico", T. I, 2ª ed., Santiago, Ed. Universidad Católica, 2006, pp. 219-220, con referencias "filosóficas, de historia fidedigna y de texto constitucional y legal". Vid. también GARCÍA VITORIA, Ignacio, "La libertad de empresa: ¿Un terrible derecho?", Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 111-138, en que enfatiza la conexión entre el derecho y la esfera de autorrealización del individuo, esto es, persona natural.

Ahora bien, la ley no limita expresamente la naturaleza jurídica del sujeto que puede ser el infractor del orden competitivo (pues se limita a decir que será "el que" realice ciertas conductas). Con fundamento en esa cláusula amplia, la doctrina y la jurisprudencia dominantes en Chile han entendido que el destinatario de la norma es cualquier "ente" jurídico, cualquiera sea su calidad³.

El único criterio es determinar a quién se le imputa la infracción, de acuerdo con las reglas generales del artículo 3° sobre el ámbito subjetivo del ilícito anticompetitivo⁴. Las condiciones para imputar responsabilidad pueden sintetizarse de la siguiente manera: "se impone la sanción a quien, conociendo o debiendo conocer que una conducta está prohibida y castigada con una sanción, y siendo libre para llevarla a cabo o no, la realiza, violando la norma sancionadora"⁵.

EITDLC ha sido enfático en afirmar que su competencia es amplia, desde el punto de vista subjetivo, declarando 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 calidad o naturaleza jurídica del sujeto activo que pudiera haber cometido tales infracciones*"⁶.

En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina dominante. Así, Valdés Prieto afirma que la fórmula del artículo 3° DL 211 "comprende toda persona natural o jurídica, de derecho privado o público, sea que obre personalmente, a través de órganos, mandatarios o agentes oficiosos, ya sea que se trata de un simple particular, de una persona pública no comportándose como autoridad, sino como competidor de una autoridad privada o de una autoridad pública en ejercicio de potestades

3 V. *infra* nota 9

4 VALDÉS PRIETO, Domingo, "Libre Competencia y Monopolio", Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006, pp. 250 y ss.

5 HUERGO LORA, Alejandro, "Las sanciones administrativas", Madrid, Iustel, 2007, p. 396

6 Sentencia N° 100, de 21 de julio de 2010, sobre considerando 6°.

normativas infralegales”⁷. Por su parte, Nehme Zalaquett afirma que “los órganos del Estado, todos ellos, se encuentran sujetos en la dictación de actos administrativos a las normas de defensa de la competencia”⁸.

Sin embargo, esta opinión, dominante en la doctrina y la jurisprudencia, debe ser analizada con fuertes reservas. A nuestro juicio no es obvio que el TDLC tenga una potestad para revisar lo actuado por un órgano de la Administración del Estado. Existen razones, que examinaremos a continuación, que apuntan en dirección contraria a la doctrina mayoritaria.

III. PROBLEMAS QUE SURGEN AL APLICAR MULTAS A LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Ante todo, no basta con afirmar la primacía constitucional y citar las normas de la Constitución –como acabamos de ver que lo hace la doctrina dominante– para concluir que, por ese solo hecho, la competencia viene exigida perentoriamente por la Constitución, respecto de todo sujeto⁹.

La Constitución, si bien garantiza indudablemente ciertos derechos de libertad en materia económica, ha entregado las decisiones esenciales al legislador (artículo 63 N° 20). Luego es en la ley que debemos buscar la definición de los deberes recíprocos entre los partícipes de un mercado. Además, en la misma ley están definidas potestades públicas que se confían a los órganos de la Administración del Estado.

Trataremos, en primer lugar, los problemas de diseño procesal que dificultan extender la aplicación de multas a los órganos de la Administración para luego, en segundo lugar, abordar el carácter central que tiene el artículo 4° del DL 211 como cobertura a la actuación pública. Por último, se analiza críticamente la directiva de la FNE sobre la materia.

7 VALDÉS PRIETO, Domingo, Op. cit., p. 251.

8 NEHME ZALAQUETT, Nicole, “Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los órganos de la Administración del Estado”, en Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (ed.) *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 328-329.

9 NEHME ZALAQUETT, Nicole, Op. cit., pp. 320-322.

1. Problemas de procedimiento

El TDLC no es un tribunal contencioso-administrativo. Más bien, se trata de un tribunal especial que puede llegar a conocer de acciones dirigidas contra órganos de la Administración del Estado, pero que por regla general conoce de requerimientos contra privados. Así está configurado el procedimiento. Esto significa que varias de las instituciones del proceso no están diseñadas para la especialidad de la función administrativa.

Por de pronto, el procedimiento contempla la posibilidad de conciliación (artículo 22), institución que sólo en casos excepcionales podría aplicarse a los órganos de la Administración del Estado, los que ejercen potestades públicas (artículo 6º LOCBGAE), las que son, evidentemente, indisponibles para su titular¹⁰.

La misma norma establece los medios de prueba, el procedimiento y el estándar de convicción. Sin embargo, es necesario recordar que, tratándose de los órganos de la Administración del Estado, la carga probatoria se invierte, pues sus actos gozan de presunción de legalidad (artículo 3º LBPA)¹¹, de modo que el estándar de la "sana crítica" sólo puede aplicarse en la medida que el particular haya logrado derribar la presunción de legalidad. En consecuencia, la declaración de ilegalidad es un supuesto necesario para acoger la acción.

Además, el artículo 25 otorga al TDLC una amplia facultad para ordenar medidas cautelares. Al respecto, cabe recordar que, en principio, los actos administrativos gozan de ejecutoriedad, de modo que, aunque sean impugnados, obligan y deben cumplirse tan pronto como sean puestos en conocimiento de sus destinatarios¹².

10 Por todos, véase SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. "Principios Generales de Derecho Administrativo", T. I, Madrid, Iustel, 2006, p. 424.

11 Se trata de una presunción toda vez "que permite al acto desplegar todos sus posibles efectos en tanto no se demuestre su invalidez y que traslada, en consecuencia, al particular la carga de impugnarlo, en la vía administrativa o contencioso-administrativa, según proceda, si quiere obtener su anulación y frenar su eficacia". (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", T. I, 12ª ed., Madrid-Buenos Aires, Civitas-La Ley, 2004, p. 585).

12 Artículos 3º, inciso final, 50, 51 y 52 LBPA.

Si bien es cierto que la orden de suspensión dictada por un tribunal interrumpe la eficacia del acto administrativo (artículo 3º inciso final LBPA), el citado artículo del LDC 21 I no se sitúa en la hipótesis que la suspensión de un acto de la autoridad pública pueda poner en grave riesgo el interés público e, incluso, los derechos de terceros legítimamente interesados en su eficacia. Entonces, la ponderación entre los intereses en juego será una tarea que estará sólo en manos del juez, con el evidente riesgo de arbitrariedad judicial, pues no hay estándares legales a los que acogerse.

Finalmente, la ley no arbitra ningún medio especial para hacer cumplir coactivamente las resoluciones judiciales frente a un órgano del Estado. Aunque el artículo 29 se remite, supletoriamente, al Código de Procedimiento Civil, se limita a los Libros I y II, los que no prevén ninguna hipótesis especial tratándose de la ejecución contra la Administración. El único procedimiento en que sí se tratan estos medios es el juicio de hacienda, el que no está comprendido en la remisión¹³.

De lo anterior se extrae que el procedimiento regulado por la LDC está pensado de forma que el sujeto pasivo de la multa será un privado, pero no se pone en la hipótesis que el sujeto involucrado es un órgano de la Administración del Estado.

2. Carácter central del artículo 4º de la Ley de Defensa de la Competencia

Es necesario resaltar la importancia que tiene la ley como ámbito de referencia inmediato de la actuación administrativa. Tratándose de órganos de la Administración del Estado debemos suponer que actúan siempre con "autorización legal" previa (artículo 2º LOCBGAE). Luego, en principio, toda intervención de estos órganos está amparada en la excepción del artículo 4º LDC, que prohíbe los monopolios "*salvo que la ley lo autorice*".

"ARTÍCULO 4º.- NO PODRÁN OTORGARSE CONCESIONES, AUTORIZACIONES, NI ACTOS QUE IMPLIQUEN CONCEDER MONOPOLIOS PARA EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS, SALVO QUE LA LEY LO AUTORICE".

Dicho de otro modo, la defensa de la competencia reconoce como excepción aquellas actuaciones realizadas con "autorización" legal; y toda actuación administrativa se presume que cuenta con ella.

13 NEHME ZALAQUETT, Nicole, Op. cit., pp. 332-333.

Entonces, puede sostenerse que, desde el punto de vista de los fines de la regulación, el régimen de derecho público, gobernado por el principio de legalidad, se exceptúa —o, lo que es lo mismo, “es exorbitante”— respecto del régimen de defensa de la competencia. Sobre la personalidad de la Administración y sus privilegios exorbitantes, que acompañan el ejercicio de toda potestad, existen excelentes trabajos¹⁴, que no corresponde reproducir acá, más aún si se tiene en cuenta el expreso reconocimiento de estos privilegios exorbitantes en la LBPA. En efecto, todos los actos administrativos, incluso los que el TDLC pueda revisar en ejercicio de su competencia, gozan de presunción de legalidad (artículo 3º inciso final LBPA¹⁵) y, por lo tanto, no pueden enjuiciarse del mismo modo que las actuaciones privadas, que no tienen este privilegio. En consecuencia, para aplicar una multa a un órgano de la Administración del Estado, será necesario, entonces, como supuesto lógico previo, vencer esta presunción y que el Tribunal declare la ilegalidad de la actuación administrativa.

A mayor abundamiento, el texto del artículo 3º LDC, ya en su hipótesis genérica del inciso primero, así como en los literales del mismo artículo, emplean un lenguaje que está dirigido a los particulares (“hecho, acto o convención”, “competidores”, “agente económico”, etc.). Sólo por analogía y mediante una interpretación extensiva pueden aplicarse estas hipótesis a los órganos de la Administración del Estado.

Los argumentos que utiliza Valdés —el empleo de la voz “el que”, los números 21 y 22 del artículo 19 de la Constitución, y la jurisprudencia

14 En Chile, FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. “Las potestades y privilegios de la Administración pública en el régimen administrativo chileno”, en *Revista de Derecho (Valdivia)* [online]. 2007, vol. 20, n. 2, pp. 69-94. En España véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Op. cit., T. I, pp. 29-65. Incluso en Estados Unidos se llega a consecuencias prácticas que son del todo similares a las de nuestro derecho después del fallo *Chevron*. BREYER, Stephen; STEWART, Richard B.; SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian y HERZ, Michael E., “Administrative Law and Regulatory Policy”, 7ª ed., New York, Wolters Kluwer, pp. 288: “APA § 706 says that ‘the reviewing court shall decide all relevant questions of law’ (emphasis added). That provision is consistent with the old saw from *Marbury v. Madison* that it is ‘emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.’ *Chevron* seems in conflict with those familiar and basic propositions; it can thus be seen as a kind of counter-*Marbury* for the administrative state”.

15 “Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia...”.

previa de la Comisión Resolutiva¹⁶— no se hacen cargo de esta incoherencia recién señalada.

En un reciente trabajo, Nehme Zalaquett identifica correctamente que el TDLC debe dilucidar, ante todo, cuál es el nivel de sujeción a la ley de determinado acto administrativo. Dependiendo de este nivel de sujeción podremos determinar cuál es la capacidad que tiene el TDLC para intervenir en la actuación administrativa. Esa aproximación, como se ha dicho, es correcta. Sin embargo, la conclusión a la que llega la autora es completamente ajena al sistema de derecho público y al control judicial de los actos administrativos, según el cual el control de los actos administrativos depende directamente de si la ley ha regulado exhaustivamente su contenido o no, lo que es lo mismo, según si son reglados o discrecionales. Esta distinción entre actos reglados y discrecionales es central en el derecho administrativo, porque afecta el nivel de control sobre la actuación administrativa.

Para Nehme Zalaquett, el poder de revisión del TDLC es más intenso tratándose de los actos administrativos discrecionales y, en cambio, más débil tratándose de los actos reglados. Esta afirmación se extrae de dos pasajes del referido artículo en que se sostiene, por una parte, que la Corte Suprema actuó correctamente revocando una sentencia del TDLC que ordenaba a la Junta de Aeronáutica Civil modificar el sistema de adjudicación de las frecuencias de vuelo entre Santiago y Lima¹⁷; y, por otra parte, que también la Corte Suprema tenía la potestad de limitar la facultad discrecional de la Subsecretaría de Telecomunicaciones para licitar las frecuencias de telefonía móvil digital¹⁸.

La conclusión de la autora está en agudo contraste con la doctrina tradicional del derecho administrativo, según la cual:

"SI LA LEY RENUNCIA A REGULAR LA DISCRECIONALIDAD Y ÉSTA CONSISTE MÁS BIEN EN QUE LA LEY SE REMITE A LA APRECIACIÓN SUBJETIVA DE LOS AGENTES DE LA ADMINISTRACIÓN, NO HAY MODD DE ARTICULAR UN CONTROL DE LEGALIDAD DE SU EJERCICIO; SÓLO PODRÁ VALORARSE SU OPORTUNIDAD, PERO ESTO SERÁ PROPIO DE UN JUICIO POLÍTICO (PODRÁ SER POR ELLO

16 VALDÉS PRIETO, Domingo. Op. cit., pp. 252-254.

17 NEHME ZALAUQUETT, Nicole. Op. cit., pp. 336-338.

18 *Ibíd.*, pp. 342-344

*CONTROLADO POR UN ÓRGANO POLÍTICO...), NO SERÁ EN NINGÚN CASO ARTICULABLE EN UN JUICIO DE DERECHO, QUE ES LO PROPIO DE LOS TRIBUNALES CONTENCIOSOS-ADMINISTRATIVOS*¹⁹.

Dicho de otro modo, cuando la ley ha programado completamente la actividad administrativa, el control debe tener por objeto examinar su sujeción a la ley, pues es esta la que actúa como estándar de referencia inmediato. Pero cuando la ley ha entregado un ámbito de decisión autónomo a la Administración, no cabe control jurídico. Ello no vulnera o ignora el principio de legalidad, sino que es justamente una aplicación de este. Si fuera posible controlar jurídicamente ese espacio de discrecionalidad, entonces esta por definición deja de existir²⁰.

A modo de conclusión, el artículo 4º DL 211 establece que el derecho de la competencia no se aplica ahí donde la ley ha establecido una excepción. Sabemos también que toda actuación administrativa debe estar habilitada por ley. Por lo tanto, la idea que pretendemos sugerir es que, en términos generales, la actuación administrativa no se sujeta al derecho de la competencia del mismo modo que la actuación privada.

3. Análisis crítico de la directiva “Sector Público y Libre Competencia” de la FNE

Antes de proceder a la propuesta interpretativa de este artículo, cabe hacer referencia a un hecho de reciente acontecimiento. En junio de 2012 la Fiscalía Nacional Económica (FNE) publicó una directiva en que intenta orientar la actuación administrativa en materia económica. Su propósito primordial es entregar un método para examinar el impacto de las actuaciones del “sector público” sobre la competencia en los mercados.

En el documento se identifica correctamente que:

“[L]OS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO (OAE) U ORGANISMOS DEL SECTOR PÚBLICO EN EL EJERCICIO DE SUS FACULTADES Y EN CUMPLIMIENTO DE LOS FINES PARA LOS QUE FUERON CREADOS INTERACTÚAN CON LOS MERCADOS. ESTAS INTERACCIONES PUEDEN ADAPTAR DIVERSAS FORMAS –ACTUANDO COMO AGENTE ECONÓMICO (POR EJEMPLO,

19 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Op. cit., T. I, pág. 464. Véase también MAURER, Hartmut. “Derecho Administrativo. Parte General”, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 166-167.

20 Sobre el concepto de discrecionalidad, cómo se reduce y cuáles son las técnicas de control véase SAAVEDRA FERNÁNDEZ, Rubén. “Discrecionalidad Administrativa”. Santiago, Abeledo Perrot, 2011.

COMPRANDO BIENES O SERVICIOS PARA SU OPERACIÓN), EN LA EJECUCIÓN DE PLANES Y PROGRAMAS PROPIOS DE SUS FUNCIONES, O EN EL EJERCICIO DE SU POTESTAD NORMATIVA Y REGULATORIA— LAS CUALES DAN LUGAR A UNA CONSTANTE Y ESENCIAL INFLUENCIA SOBRE LAS DECISIONES DE OTROS AGENTES ECONÓMICOS; POR LO ANTERIOR, LAS ACTUACIONES DE LOS OAE GENERALMENTE TIENEN EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA”²¹.

En efecto, la distinción que ofrece la FNE entre la gestión económica, la prestación de servicios y la regulación del mercado es importante y de ella se derivan consecuencias jurídicas para el derecho de la competencia —como desarrollaré más adelante. Sin embargo, la FNE no ahonda en esa distinción y afirma a continuación que:

“SOBRE ESTE PUNTO, CABE TENER PRESENTE QUE LA LEGISLACIÓN DE LIBRE COMPETENCIA EN NUESTRO PAÍS NO EXIJE A ÓRGANO ALGUNO —SEA UNA ENTIDAD PÚBLICA O PRIVADA, Y CUALQUIERA SEA SU ORGANIZACIÓN O ESTRUCTURA SOCIETARIA— DEL CUMPLIMIENTO DEL DL 211, NI ESTABLECE EXCEPCIONES A MERCADOS DETERMINADOS, DE MANERA QUE EN TODOS LOS MERCADOS DEBE CUMPLIRSE CON LA NORMATIVA DE LIBRE COMPETENCIA POR TODO TIPO DE ENTIDAD O INDIVIDUO”²².

Por lo tanto, aplica sin ningún tipo de distinción el estándar del artículo 3º de la LDC 211. Sin embargo, el artículo 4º de dicha ley admite que existan políticas públicas que dispongan excepciones o estén en contradicción con el derecho de la competencia:

“EN LA MEDIDA QUE ESTAS DISPOSICIONES ESTÉN FUNDADAS EN UN MANDATO LEGAL EXPRESO Y ESPECÍFICO QUE SE SOBREPONGA A LA NORMATIVA DE LIBRE COMPETENCIA, Y QUE LA ACTUACIÓN DE LOS OAE SE CIÑA ESTRICTAMENTE A LO DISPUESTO EN LA LEY, LA FNE ENTIENDE QUE TAL ACTUACIÓN NO SERÍA OBJETO DE REPROCHE COMO ILÍCITO ANTICOMPETITIVO”²³.

Entonces, a juicio de la Fiscalía, la clave está en distinguir entre el ejercicio de potestades regladas y discrecionales²⁴. Sin embargo, en una reinterpretación del sentido de las potestades discrecionales, sostiene que es precisamente tratándose de ellas que aparece con más fuerza el control de ella misma, la Fiscalía, y el TDLC. En efecto, se sostiene en el documento que:

21 Fiscalía Nacional Económica, Sector Público y Libre Competencia. Evaluando sus actuaciones desde la perspectiva de la competencia. Junio de 2012, p. 4. Destacado en el original. se han omitido las notas al pie.

22 *Ibíd.*, pp. 4-5.

23 *Ibíd.*, p. 5.

24 *Ibíd.*, pp. 5, 8-9.

"LAS ACTUACIONES DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS QUE ESTÁN EXPRESAMENTE NORMADAS POR LEY, NO CONSTITUYEN UN ILÍCITO ANTICOMPETITIVO, EN LA MEDIDA QUE ESTÁN COMPLETAMENTE E ÍNTEGRAMENTE AMPARADAS POR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

LAS ACTUACIONES REALIZADAS EN EJERCICIO DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DE LOS DAES SÍ ESTÁN SUJETAS A EVALUACIÓN Y SANCIÓN DE PARTE DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN LA MEDIDA QUE TRANSGREDAN EL DL 211, SIN QUE SE APLIQUE NINGUNA EXCEPCIÓN O EXENCIÓN"²⁵.

De esta manera, la Fiscalía declara que ampliará sus facultades de control precisamente ahí donde la ley especial ha confiado a cada uno de los órganos administrativos la posibilidad de definir, sin un ámbito de referencia normativo, una política pública. Por el contrario, la directiva propone un método bien específico para ejercer esas potestades "discrecionales" —que ya dejarían de serlo— conforme una especie de sistema de evaluación de impacto competitivo²⁶.

IV. EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SÓLO EXCEPCIONALMENTE PUEDE APLICAR MULTAS A UN ÓRGANO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Las contradicciones anteriormente identificadas obligan a reinterpretar la jurisprudencia del Tribunal, pues su doctrina constante en la materia es que se ha considerado competente para controlar la actuación de los órganos de la Administración del Estado. Por lo tanto, acá no cuestionaré esta competencia, que es un hecho, sino que me limitaré a examinar cómo la presencia de un órgano administrativo altera su respuesta repressiva, es decir, la aplicación de multas.

La propuesta que acá se entrega parte de la base de distinguir los varios ámbitos en que actúa la Administración, para lo cual propongo una clasificación de los casos resueltos por el TDLC en que el sujeto pasivo ha sido un órgano de la Administración del Estado.

De este modo, podemos clasificar los casos, según los tipos de órganos involucrados, del siguiente modo, por una parte, aquellos que afectan a

25 Ibid., p. 12. Destacado en el original, se han omitido los gráficos.

26 Ibid., pp. 14-23.

las empresas del Estado y, por otra, aquellos que afectan a órganos que ejercen potestades públicas (artículo 6° LOCBGAE).

I. El Estado Empresario se rige, en general, por la Ley de Defensa de la Competencia

Toda vez que las empresas del Estado y las sociedades en que éste tenga participación, actúan en general bajo las reglas del derecho común²⁷ (art. 19 N° 21 CPR), entonces, pueden perfectamente cometer ilícitos anti-competitivos, en los mismos términos que las empresas privadas²⁸. Esto se fundamenta en el hecho que se trata de entes que, en todo rigor, compiten en un mercado. No es un obstáculo la forma que adopte la empresa, sea una empresa del Estado creada por ley o una sociedad en que el Estado tenga participación conforme a las reglas del derecho privado.

Con todo, es perfectamente posible que una ley de quórum calificado establezca reglas especiales que las exima de este régimen competitivo.

Precisamente en la sentencia N° 70, de 02.07.2008, el TDLC estimó que los precios privilegiados que cobraba ENAMI se debían a su actividad de fomento a la minería, autorizada por ley, y por lo tanto no podían evaluarse como conductas anticompetitivas. En sus considerandos 22° y 31°, argumentó que:

*"ESTE TRIBUNAL CONSIDERA IMPOSIBLE QUE DICHA EMPRESA ABUSE DE LA POSICIÓN DE DOMINIO QUE SOPORTA POR EL SOLO CUMPLIMIENTO DE SU FUNCIÓN, QUE CONSISTE EN SUBSIDIAR A LOS PEQUEÑOS Y MEDIANOS MINEROS, EN EL SENTIDO DE OFRECER CONDICIONES DE COMPRA MÁS VENTAJOSAS QUE LAS QUE SE OBSERVARÍAN EN UN MERCADO COMPETITIVO... EL ROL DE FOMENTO DE ENAMI, Y EN PARTICULAR SU OBLIGACIÓN DE FACILITAR EL ACCESO A MERCADOS A LA PEQUEÑA Y MEDIANA MINERÍA, NO IMPLICA EN NINGÚN CASO QUE DICHA EMPRESA NO PUEDA DIFERENCIAR ENTRE MINERALES DE DISTINTA CALIDAD. LO ANTERIOR, CONSIDERANDO LA CAPACIDAD DE PROCESAMIENTO LIMITADA DE LA DEMANDADA Y LA RELACIÓN EXPUESTA ENTRE LOS COSTOS REALES DE PROCESAMIENTO DEL MINERAL Y LA LEY DEL MISMO"*²⁹.

27 PANTOJA BAUZÁ, Rolando, "La organización administrativa del Estado", Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2004, pp. 178 y ss.

28 Véase por ejemplo, sentencia N° 76, de 14.10.2008, confirmada por la CS, 13.01.2009, que acoge parcialmente requerimiento en contra de EFE y, sentencia N° 64, de 18.04.2008, que rechaza demanda interpuesta contra ENAP.

29 Los mismos razonamientos se confirman en la sentencia de la Corte Suprema, 10.11.2008, considerando 7°.

2. Los órganos de la Administración del Estado que ejercen potestades públicas están, generalmente, exentos de la aplicación de multas por el TDLC

Respecto del segundo grupo de casos, esto es, los órganos del Estado que ejercen potestades públicas (artículo 6º LOCBGAE), podemos decir que son radicalmente distintos³⁰. Puede decirse, incluso, que el solo hecho de que ejerzan potestades públicas los excluye del régimen competitivo y, entonces, respecto de ellos no podría aplicarse la LDC.

Con todo, sobre este punto puede establecerse una segunda distinción, según si el caso afecta la contratación pública o no.

a. El principio de libre concurrencia en la contratación pública faculta la intervención del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

En efecto, existe un grupo importante de casos en que el Tribunal ha debido pronunciarse sobre la licitud, desde el punto de vista de la competencia, acerca del procedimiento o sobre cláusulas introducidas en las bases de licitación³¹.

¿Cómo se explica en este caso la extensión de la competencia del TDLC sobre este tipo de casos? La interpretación que propongo acá es que, conforme al artículo 9º LOCBGAE, la etapa de formación del contrato, en la medida que se sujete al procedimiento de licitación, que es la regla general, se debe regir por el principio de "libre concurrencia". Es decir, la ley convoca expresamente el régimen de defensa de la competencia.

"ARTÍCULO 9º.- LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SE CELEBRARÁN PREVIA PROPUESTA PÚBLICA, EN CONFORMIDAD A LA LEY.

EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL SE REGIRÁ POR LOS PRINCIPIOS DE LIBRE CONCURRENCIA DE LOS OFERENTES AL LLAMADO ADMINISTRATIVO Y DE IGUALDAD ANTE LAS BASES QUE RIGEN EL CONTRATO.

LA LICITACIÓN PRIVADA PROCEDERÁ, EN SU CASO, PREVIA RESOLUCIÓN FUNDADA QUE ASÍ LO DISPONGA, SALVO QUE POR LA NATURALEZA DE LA NEGOCIACIÓN CORRESPONDA ACUDIR AL TRATO DIRECTO".

30 PANTOJA BAUZÁ, Rolando, Op. cit., pp. 229 y ss.

31 Sentencias N° 114, 92, 91, 89, 81, 77, 44, 37, 34, 20, 14, 13, 11 y 4.

Cabe anotar que no son estos casos de contratación privada de la Administración, sino contratación que, rigiéndose por las reglas del derecho público, es decir, en que se ejercen potestades, se somete al principio de la libre competencia.

Esta idea es reconocida por la doctrina administrativa. En efecto, para Moraga Klenner, el artículo 9° LOCBGAE exige “que la Administración no ponga más restricciones o limitaciones que las expresamente dispuestas en la ley, entre las cuales se destaca el marco legal de defensa de la competencia”³².

Es necesario precisar que en estos casos no es el Estado el que compite con actores privados, sino que este crea las condiciones para que los particulares compitan entre sí. La interpretación armónica de la LOCBGAE y la LDC nos lleva a concluir que para el legislador la Administración debe someterse a los estándares del TDLC cuando convoque la colaboración privada para el cumplimiento de sus tareas.

A diferencia del control que ejerce en esta materia el Tribunal de la Contratación Pública, acá estamos hablando de un control de fondo, es decir, del carácter competitivo o no del contrato considerado en sí mismo; no de su procedimiento.

La doctrina del TDLC ha sido sintetizada por Nehme Zalaquett del siguiente modo: no es procedente la incorporación de disposiciones en que los oferentes renuncien al derecho a reclamo o acción jurisdiccional; no pueden incorporarse exigencias que resulten en discriminaciones a favor de determinados agentes económicos; la evaluación de las ofertas no debe conferir amplia discrecionalidad al licitante por aumentar la incertidumbre y el costo del proceso; los criterios de evaluación deben contener una escala, confeccionada de acuerdo a distintos niveles de cumplimiento del criterio y no sólo un puntaje máximo; el licitante está facultado para desestimar ofertas o declarar desierta la licitación, siempre que posteriormente la adjudicación del servicio se efectúe mediante una nueva licitación; las licitaciones basadas únicamente en ofertas monetarias cuando los bienes a licitar son limitados, favorecen a la empresa

32 MORAGA KLENNER, Claudio, “Contratación administrativa”, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 108.

dominante; los bienes no deben ser asignados de modo indefinido, a menos de que existan razones que lo justifiquen, la exigencia de contar el proponente con determinados contratos vigentes es un requisito constitutivo de una barrera de entrada; y los procesos licitatorios deben contemplar plazos necesarios para posibilitar la entrega de ofertas serias por parte de los oferentes³³.

En cualquier caso, el Tribunal ha sido deferente con la Administración. Del total de catorce casos³⁴, ha rechazado nueve y acogido cinco. De estos últimos, en todos ellos ha impartido órdenes a los órganos de la Administración para que dejen sin efecto los procedimientos viciados y cambien sus prácticas futuras, sin aplicar multa³⁵, salvo en un solo caso. En esa sentencia (Nº 77, de 04.11.2008), se aplicó a la Municipalidad de Curicó una multa de 5 UTA. El Tribunal, a pesar de aplicar la sanción, tasó su monto de manera discreta pues estimó que su aplicación significaba un perjuicio económico a la población, *adicional* al hecho de haberse celebrado los contratos respectivos con infracción a la normativa de competencia (considerando 70º).

Ahora bien el problema que resta por dilucidar es la posibilidad que el TDLC aplique multas en aquellos casos en que los órganos administrativos ejercen puramente potestades públicas, fuera del contexto de la contratación.

b. *El ejercicio de potestades públicas impide la aplicación de multas a los órganos de la Administración del Estado*

Para terminar, analizaré la situación en que el TDLC controla el ejercicio de potestades públicas que, sin implicar la celebración de un contrato, inciden en los mercados.

El Tribunal ha afirmado categóricamente que está facultado para extenderse sobre estas materias en su sentencia Nº 100 de 21.07.2010³⁶:

33 NEHME ZALAQUETT, Nicole, Op. cit., pp. 340-342.

34 Sentencias Nros 114, 105, 100, 92, 91, 89, 81, 77, 67, 44, 37, 34, 20, 14, 13, 11 y 4.

35 Sentencias Nros 114, 105, 100, 81, 44, 37 y 34.

36 Se reitera en sus sentencias Nros 114, 121 y 123.

"DÉCIMO: QUE, ESTABLECIDO LO ANTERIOR, CORRESPONDE DETERMINAR SI EN ESTE CASO LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS DEBEN SUJETARSE A LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. AL RESPECTO, CABE TENER PRESENTE QUE LOS SERVICIOS PÚBLICOS QUE PRESTA EL ESTADO -YA SEA DIRECTAMENTE O POR MEDIO DE CONCESIONARIOS- Y POR LOS CUALES SE DEBE PAGAR UN PRECIO -SEA POR PARTE DE LOS USUARIOS O BENEFICIARIOS DIRECTOS O POR EL ESTADO EN REPRESENTACIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO QUE PUDIERA EXISTIR EN LA PROVISIÓN DE DICHS SERVICIOS- CONSTITUYEN UN MERCADO ANÁLOGO A CUALQUIER OTRO, EN EL SENTIDO QUE EXISTEN EN ÉL OFERENTES Y DEMANDANTES QUE TRANSAN BIENES O SERVICIOS EN DETERMINADAS CANTIDADES Y PRECIOS;

UNDÉCIMO: QUE POR CONSIGUIENTE, Y CONSIDERANDO QUE EL DECRETO LEY N° 211 ES APLICABLE A TODA CLASE DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS, SEA QUE CORRESPONDAN O NO A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS, Y SEA QUE LOS PRESTE EL ESTADO DIRECTAMENTE O MEDIANTE CONCESIONARIOS, LA FORMA COMO EL ESTADO DESIGNE AL PROVEEDOR DE UN BIEN O SERVICIO, ESPECIALMENTE POR MEDIO DEL DISEÑO DEL SISTEMA DE LICITACIÓN, TENDRÁ EFECTOS EN EL MERCADO EN QUE ÉSTA INCIDE. DE AHÍ QUE LOS EFECTOS EN LA COMPETENCIA -O FALTA DE ELLA- CAUSADOS POR LA FORMA EN QUE EL ESTADO REALIZA ESTAS LICITACIONES, AFECTAN FINALMENTE EL BIENESTAR GENERAL;

DUODÉCIMO: QUE EN CONSECUENCIA, EN OPINIÓN DE ESTOS SENTENCIADOS, EL ESTADO DEBE LLEVAR A CABO LA TAREA DE CONCESIONAR LA PROVISIÓN DE BIENES O SERVICIOS, ASÍ COMO DESARROLLAR CUALQUIER FUNCIÓN QUE LE ENCOMIENDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y QUE IMPLIQUE SU INTERVENCIÓN EN LOS MERCADOS, OBSERVANDO LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, DE CUYA APLICACIÓN NINGUNA NORMA LO EXIME" (ÉNFASIS AGREGADO).

Es importante destacar que a pesar de la contundencia de la doctrina emanada de esta sentencia, en el caso concreto en cuestión el Tribunal *no condenó al Fisco al pago de la multa*, sino tan solo a la empresa portuaria demandada.

Ahora bien, ¿cuál es el límite del control que ejerce el TDLC? Al respecto, el Tribunal ha señalado en su sentencia N° 105, en que se discutía la legitimidad de un subsidio en el marco del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones, que:

"EL SUBSIDIO ANALIZADO EN AUTOS CONSTITUYE ENTONCES, A JUICIO DE ESTE TRIBUNAL, UNA DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA QUE TIENE EFECTOS ANTICOMPETITIVOS. SIN EMBARGO, DADO QUE SU FUENTE ES LEGAL, ESTE TRIBUNAL NO APLICARÁ SANCIONES RESPECTO DE LA DEMANDADA, SIN PERJUICIO DE SU FACULTAD PARA SOLICITAR LA MODIFICACIÓN O DICTACIÓN DE NORMAS, ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 18 N° 4 DEL DECRETO LEY N° 211;" (CONSIDERANDO 102°).

En consecuencia, el Tribunal ha actuado en este punto con cautela. Del análisis de estos casos puede concluirse que *no se considera habilitado* para sancionar a los órganos de la Administración del Estado que,

en ejercicio de potestades públicas, se aparten de lo dispuesto en el artículo 3º LDC 211, y ha reconocido un límite en los mandatos legales que cumple la Administración. A mi juicio, en esta práctica está subyacente la primacía del principio de legalidad de la actuación administrativa, aunque el Tribunal no usa esa nomenclatura³⁷.

Entonces el TDLC se ha abstenido de aplicar multas. No obstante, ha usado frecuentemente su facultad para dictar medidas correctivas. Es lo que ocurrió en su sentencia N° 81. Sin embargo, al acoger los recursos de reclamación planteados por la Administración, la Corte Suprema, por intermedio del Ministro Pierry, argumentó que:

"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 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, ENCONTRÁNDSE 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, ENCONTRÁNDSE 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, DESDE QUE ELLO IMPORTA LA POSIBILIDAD DE TENER QUE ADJUDICAR UNA O MÁS DE LAS FRECUENCIAS LICITADAS A UNA EMPRESA DISTINTA DE AQUELLA QUE OFRECIERA LA MAYOR SUMA DE DINERO, EN EL EVENTO EN QUE ESTA ÚLTIMA TUVIESE MÁS DEL 75% DEL TOTAL DE LAS FRECUENCIAS AÉREAS INTERNACIONALES DIRECTAS EXISTENTES ENTRE LA RUTA SANTIAGO-LIMA, SUMADAS LAS ASIGNADAS Y POR ASIGNAR, 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 CONVICTIÓN 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 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

37 Sorprende, entonces, una sentencia como la N° 67 en que se rechaza el requerimiento únicamente por razones de fondo, reconociendo el TDLC expresamente que no había una habilitación legal previa.

HACE EN ESTA CAUSA, POR LO QUE A ESTE RESPECTO SE ACDGERÁN LAS RECLAMACIONES PLANTEADAS³⁸.

Es decir, frente a una ley habilitante que puede estar en conflicto con los principios de la competencia, el TDLC se inhibe de sancionar a los órganos de la Administración del Estado, pero ejerce, con amplitud, su función cooperadora, es decir, proponiendo reformas a la regulación que realicen el ideal de la competencia (artículo 18 N° 4 LDC). Con todo, la Corte Suprema también ha señalado los límites al ejercicio de esta facultad:

"UNDÉCIMO: QUE, FINALMENTE, EN CUANTO A LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE EFECTUAR UNA PROPOSICIÓN A S.E. LA PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, CABE SEÑALAR QUE SI BIEN EL ARTÍCULO 18 N° 4 DEL DL 211 SEÑALA ENTRE LAS ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA LA DE PROPONER AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, A TRAVÉS DEL MINISTRO DE ESTADO QUE CORRESPONDA, LA MODIFICACIÓN O DEROGACIÓN DE LOS PRECEPTOS LEGALES Y REGLAMENTARIOS QUE ESTIME CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA, CABE SEÑALAR QUE ELLO NO LE ES PERMITIDO HACERLO EN LA PARTE RESOLUTIVA 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 ÉSTE PUEDE ADOPTAR, SIN QUE EN ELLAS SE MENCIONE TAL PROPOSICIÓN".

Recientemente el TDLC, en la sentencia N° 121 de 2012, muestra los riesgos de esta interpretación amplia de sus facultades, pues aunque reconoce el carácter discrecional de la facultad y que ha sido ejercida dentro de la habilitación legal, entra a analizar el mérito y oportunidad de la política pública, sopesándola con las alternativas que el órgano Administrativo tenía a su alcance:

"TRIGÉSIMO NOVENO: QUE SIN PERJUICIO DE LO ANTERIOR, Y A PESAR DE QUE EL OBJETIVO DE POLÍTICA PÚBLICA ESGRIMIDO NO ES SUSCEPTIBLE, EN SÍ MISMO, DE CONTROL POR PARTE DE ESTE TRIBUNAL, SÍ CONSTITUYE MATERIA RELEVANTE EN ESTA SEDE SI EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO PARA ALCANZARLO PUDO HABER CAUSADO EFECTOS ANTICOMPETITIVOS. LO ANTERIOR, POR CUANTO ESTE TRIBUNAL CONSIDERA QUE PUEDEN EXISTIR OTRAS FORMAS DE CONSEGUIR LOS MISMOS OBJETIVOS DE POLÍTICA PÚBLICA PRODUCIENDO MENORES DISTORSIONES PARA LA LIBRE COMPETENCIA EN EL MERCADO PREEXISTENTE DE SERVICIOS DE TRANSPORTE DE VEHÍCULOS DE PASAJEROS Y DE CARGA EN LA CONEXIÓN NIEBLA-CORRAL. ASÍ, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA LIBRE COMPETENCIA HUBIESE SIDO PREFERIBLE, POR EJEMPLO, LICITAR LA PROVISIÓN DE SERVICIOS PORTUARIOS SEPARADAMENTE DE LA DE SERVICIOS DE TRANSPORTE Y, EN RELACIÓN CON LOS SUBSIDIOS QUE SE OTORGUEN, TODOS LOS QUE ESTÉN EN LA MISMA SITUACIÓN DEBERÍAN PODER ACCEDER A ELLOS, COMO POR LO DEMÁS

38 CS, 15.06.2009, rol N° 1855-2009 (énfasis agregado).

EXIGE EL ARTÍCULO 19 NO 22 DE NUESTRA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. TAMBIÉN, PARA AFRONTAR EVENTUALES DEFICIENCIAS EN LA INFRAESTRUCTURA, HUBIESE SIDO INOCUO PARA LA LIBRE COMPETENCIA QUE LAS INVERSIONES NECESARIAS SE HUBIESEN REALIZADO CON CARGO A PRESUPUESTO PÚBLICO, O BIEN, CON CARGO A UNA TASA QUE DEBAN PAGAR TODOS LOS USUARIOS, SIN DISCRIMINACIONES DE NINGUNA ESPECIE. POR ÚLTIMO, Y TAMBIÉN A MODO DE EJEMPLO, PARA MEJORAR EVENTUALES DEFICIENCIAS DE CALIDAD O DE SEGURIDAD EN LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE, SE PODRÍA HABER INTRODUCIDO REGULACIONES DE APLICACIÓN GENERAL A LOS PROVEEDORES PARTICULARES DESTINADAS A MEJORAR LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS, SUBSIDIANDO AL MISMO TIEMPO LAS BARCAZAS PARA TRANSPORTE DE PASAJEROS Y/O DE VEHÍCULOS QUE CUMPLAN DICHA REGULACIÓN;

CUADRAGÉSIMO: QUE AL RESPECTO, CABE TENER PRESENTE QUE, TAL COMO SE HA SEÑALADO EN OPORTUNIDADES ANTERIORES (SENTENCIA N° 105/2010), AL IMPLEMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS O PERSEGUIR OBJETIVOS DE INTERÉS GENERAL O SECTORIAL DE DIVERSA NATURALEZA, EL ESTADO DEBE INTENTAR PRODUCIR LA MÍNIMA DISTORSIÓN POSIBLE EN EL FUNCIONAMIENTO COMPETITIVO DE LOS MERCADOS, POR MEDIO DE ACCIONES QUE SEAN PROPORCIONALES A LOS FINES PERSEGUIDOS. POR ENDE, LA SUJECCIÓN DEL ESTADO Y SUS ORGANISMOS A LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SE TRADUCE EN EL DEBER DE COMPATIBILIZAR O ARMONIZAR LOS DIVERSOS FINES DE POLÍTICA PÚBLICA DE QUE SE TRATE. CON LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA QUE HABRÁ DE RESPETAR, A LO MENOS, EN LA ELECCIÓN Y DISEÑO DE LOS MECANISMOS POR MEDIO DE LOS CUALES SE PROPONGA ALCANZARLOS;"

Con todo, en este caso también el TDLC se abstuvo de adoptar medidas represivas y aunque ordenó modificar los contratos de concesión, dejó a salvo los contratos en curso³⁹.

Recapitulando, si miramos lo hecho por el Tribunal a la luz del derecho administrativo, podemos concluir que la práctica del Tribunal es coherente

39 "Quincuagésimo séptimo: Que asimismo, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del D.L. N° 211, como medida preventiva, esto es, a fin de que la infracción sancionada precedentemente no se repita en el futuro, se ordenará al Fisco de Chile, por intermedio de los Ministerios correspondientes, después del vencimiento del Contrato, y para el evento de optar por la realización de una nueva licitación, escoger alguna de las dos siguientes alternativas: (a) licitar separadamente o adjudicar a personas diferentes y no relacionadas entre sí o con uno o más usuarios de la infraestructura portuaria, los servicios portuarios esenciales y los servicios de transporte relevantes; o bien (b) en el evento de optarse por un esquema de integración vertical entre ambos servicios, imponer al concesionario el deber de ajustar la tarifa por recalada de naves al valor que resulte de dividir el valor actualizado y anualizado de los costos y las inversiones totales en que deba incurrir y realizar el concesionario para la mantención, conservación y explotación de las obras portuarias construidas y por construir por el MOP para el atraque de embarcaciones en las rampas de Niebla y Corral, por el número total anual esperado de recaladas en el período considerado, entre todos los usuarios, incluyendo al adjudicatario de la licitación, y reduciendo del monto total de los costos e inversiones, el monto de los subsidios que se concedan para financiar tales costos e inversiones, debiendo las Bases y el Contrato respectivo especificar tal monto o establecer los elementos que sirvan para su determinación;" (Sentencia N° 121)

con la idea de que el ejercicio de potestades públicas inhibe la imposición de multas como medidas represivas, aunque no le impide hacer recomendaciones de política pública. Además, identificamos indudablemente dos sectores en que ejerce sus funciones de defensa de la competencia con toda amplitud: Estado empresario y contratación administrativa.

V. NOTAS DE DERECHO COMPARADO

Lo que se viene diciendo resulta totalmente coherente con la situación en el Derecho Comparado, en que se llega a las mismas conclusiones que se describen en este artículo. Nos referiremos brevemente a la situación en España y Estados Unidos. Es necesario advertir que en ambos ordenamientos se analizan conjuntamente, tanto la aplicación del derecho de la competencia a los órganos administrativos como la actuación privada en ejercicio de títulos habilitantes creados por la administración.

I. España

En el derecho español, si bien se afirma que la mera presencia de la Administración no puede ser cobertura de una conducta contraria a las prohibiciones del derecho de la competencia, obviamente la Administración puede incidir en el mercado en el ejercicio de potestades.

"CUANDO EL CONFLICTO VERSA SOBRE ESTE EJERCICIO, LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA NO DETERMINAN LA EXISTENCIA DE INFRACCIÓN Y ADEMÁS SON CUESTIONES RESERVADAS A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA"⁴⁰.

Se han considerado que son intervenciones en el mercado en ejercicio de potestades públicas y, por lo tanto, exentas de control de acuerdo con las normas de la libre competencia las siguientes conductas: aprobación de planes urbanísticos, concesión de licencias para la venta ambulante, concesión de licencias para máquinas expendedoras, concesión de autorizaciones para la ocupación temporal del dominio público, concesión de uso de atraques en puerto, gestión en el ámbito portuario mediante convenio administrativo y la gestión patrimonial por parte de un organismo autónomo.

40 CASES, Lluís. "Regulación y competencia. Límites y conexiones" en MUÑOZ MACHADO, Santiago y ESTEVE PARDO, José (eds.) *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid, Iustel, 2009, p. 452.

El Tribunal español de Defensa de la Competencia afirmó, en sentencia de 20 de marzo de 1998, que, al otorgarse una licencia, un municipio:

*"ESTÁ EN CONSECUENCIA ACTUANDO COMO REGULADOR Y NO COMO OPERADOR ECONÓMICO Y LA ACTIVIDAD QUE DESARROLLA ES UNA ACTIVIDAD REGULATORIA QUE NO PUEDE SER ENJUICADA DE ACUERDO CON LAS NORMAS DE LA COMPETENCIA"*⁴¹.

En cambio, si la Administración actúa como operador económico le resultan plenamente aplicables las prohibiciones del derecho de la competencia. La distinción entre un acto realizado en cuanto regulador y otro en cuanto operador económico es crucial. Así, se han considerado como actos realizados en cuanto regulador (y no como operador): la constitución de una empresa de gestión de suelo y la decisión sobre ejercer (o no) una actividad económica. En cambio, el posterior ejercicio de la actividad elegida, está plenamente sujeto al derecho de la competencia⁴².

2. Estados Unidos

Tal como reconoce Nehme Zalaquett, en Estados Unidos la ley ha fijado excepciones al derecho de la competencia y la Corte Suprema ha sido muy deferente hacia la regulación mediante las agencias administrativas⁴³.

La tensión subyacente es que la actuación estatal puede ser más dañina que la acción privada y, en cuanto constituye una regulación pública, no puede ser superada mediante una competencia más agresiva por parte de las empresas. Sin embargo, un Estado democrático debe tener espacios para promover el interés público y las personas deben tener la libertad para influir en esas decisiones.

En los Estados Unidos resulta perfectamente posible que el derecho federal exceptúe la aplicación del derecho de la competencia respecto de conductas privadas, sea explícita o implícitamente. Esto último, cuando resulta necesaria para que funcione un régimen regulatorio⁴⁴ o

41 *Ibíd.*, pp. 452-455.

42 *Ibíd.*, pp. 453-454, 460-461.

43 NEHME ZALAUQUETT, Nicole, *Op. cit.*, p. 355.

44 *United States v. National Association of Securities Dealers*, (1975); *Gordon v. New York Stock Exchange*, (1975). Vid. FOX, Eleanor, "The framework for U.S. antitrust law. Enforcement, procedure and the scope of the law", en *Cases and Materials on United States Antitrust in Global Context*, 3ª ed., St. Paul MN, West Publishing, 2012, Borrador sin editar.

bien cuando hay contradicción total entre el derecho de la competencia y la ley sectorial⁴⁵. El conflicto entre la regulación federal y el derecho de la competencia se resuelve simplemente recurriendo al principio de especialidad⁴⁶.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación del derecho de la competencia a entidades de naturaleza pública, el caso líder es *Parker v. Brown* (1943), en que un productor de pasas en California impugnó un programa estadual que creaba –siguiendo los lineamientos del *New Deal*– un régimen centralizado de comercialización para todos los productores. La Corte resolvió que la *Sherman Act* no era aplicable, pues esta prohíbe restricciones a la competencia originadas por privados, no por los estados⁴⁷.

Con posterioridad, los casos que se presentaron fueron distintos. Los demandados usaron la doctrina de *Parker* como *defensa*. Es decir, amparándose en alguna regulación estadual se pidió el rechazo de las demandas basadas en el derecho de la competencia. Hoy en día, se entiende que esta defensa sólo puede usarse (i) si el estado ha ordenado expresamente la conducta o si una regulación tiene la intención expresa de desplazar la competencia, (iii) si el estado supervisa activamente la regulación, y (iii) siempre que la regulación Federal no disponga lo contrario (*California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminum Co.*-1980)⁴⁸.

El desarrollo de estas sentencias y precedentes ha llevado a la doctrina a concluir:

45 *Credit Suisse v. Billing* (2007). *Ibíd.*

46 El TDLC se ha inclinado a favor de esta idea en su sentencia N° 121: “Quincuagésimo segundo: Que, en razón de lo anterior, no es posible considerar la conformidad con la normativa especial que regula una actividad –en este caso, la de concesiones de obra pública– como eximente de responsabilidad por el incumplimiento de la normativa general de defensa de la libre competencia, especialmente si no se verifica en la especie una situación de contradicción entre ambas que impida cumplirlas simultáneamente y, por el contrario, existe un ámbito de discrecionalidad en la conducta de Somarco constitutiva de infracción, toda vez que bien pudo fijar, por debajo del máximo autorizado por su contrato, cualquier tarifa que no produjera o tendiera a producir los efectos contrarios a la libre competencia antes descritos;”

47 Hovenkamp, Herbert, “Antitrust. Black Letter Outlines”, 5ª ed., St. Paul MN, West Publishing, 2011, p. 345.

48 *Ibíd.*, p. 346.

"EN BREVE, AQUELLA ACCIÓN QUE ES UN ACTO DEL ESTADO MISMO NO ESTÁ SUJETA AL DERECHO DE LA COMPETENCIA. UNA ACTUACIÓN DE UN MUNICIPIO, AMPARADA EN UNA POLÍTICA CLARAMENTE ESTABLECIDA POR EL ESTADO DE REEMPLAZAR LA COMPETENCIA POR LA REGULACIÓN O QUE ESTANDO AUTORIZADA POR EL ESTADO IMPLIQUE UNA RESTRICCIÓN PREVISIBLEMENTE ANTICOMPETITIVA, TAMBIÉN ESTÁ EXENTA. UN ACTO DE UN PRIVADO QUE ESTÁ ORDENADO O PERMITIDO POR EL ESTADO (O POR UN GOBIERNO LOCAL DEBIDAMENTE AUTORIZADO) EN EJECUCIÓN DE UNA POLÍTICA CLARAMENTE ESTABLECIDA Y QUE ESTÁ ACTIVAMENTE SUPERVISADO POR EL GOBIERNO ESTADUAL O LOCAL, ESTÁ EXENTO, SI EL ALCANCE DE ESTAS EXENCIONES PARECE DEMASIADO AMPLIO, EL FORO ADECUADO ES EL CONGRESO"⁴⁹.

VI. CONCLUSIONES

La LDC 211 dota al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con amplias facultades para aplicar multas a todo sujeto que intervenga en conductas anticompetitivas.

Tratándose de los órganos del Estado, la potestad del TDLC resulta problemática. Aunque el Tribunal no se ha cuestionado el fundamento de su competencia, hay buenas razones para ser cauteloso.

El principio de legalidad debiera amparar toda actuación de los órganos de la Administración del Estado en este ámbito.

Pero es un hecho indiscutible que el TDLC se ha pronunciado en numerosas ocasiones cuestionando la actuación administrativa.

Sin embargo, esta amplitud debe ser mirada con cautela. En la práctica, el TDLC ha sido deferente con la Administración, absteniéndose de adoptar medidas represivas. Así, cuando ha acogido acciones en contra de órganos de la Administración que ejercen potestades, amparadas por la presunción de legalidad, se ha abstenido de aplicar multas, pero ha impartido órdenes para que corrijan sus actos desde el punto de vista de la competencia.

49 Traducción libre de "In short, action that is an act of the state itself is not covered by the antitrust laws. An act of a city that is authorized by the state pursuant to a clearly articulated policy to replace competition with regulation or that is authorized by the state and entails restraints that are foreseeably anticompetitive is exempt. An act of a private party that is directed or permitted by the state (or by an authorized local government) pursuant to such a clearly articulated policy and that is actively supervised by state or local government is exempt. If the scope of these resulting exemptions is unduly broad, recourse lies with Congress". FOX, Eleanor, Op. cit.

En definitiva, la amplitud con que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha entendido su competencia hasta hoy debe ser moderada a la luz del sistema de derecho público y las exigencias de un Estado democrático.

BIBLIOGRAFÍA

- BREYER, Stephen; STEWART, Richard B.; SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian y HERZ, Michael E., "Administrative Law and Regulatory Policy", 7ª ed., New York, Wolters Kluwer, 2011.
- CASES, Lluís. "Regulación y competencia. Límites y conexiones" en Muñoz Machado, Santiago (ed.) *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid, Iustel, 2009.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, "Derecho Constitucional Económico", T. I, 2ª ed., Santiago, Ed. Universidad Católica, 2006.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. "Las potestades y privilegios de la Administración pública en el régimen administrativo chileno", en *Revista de Derecho (Valdivia)* [online]. 2007, vol.20, n.2, pp. 69-94.
- FOX, Eleanor, "The framework for U.S. antitrust law. Enforcement, procedure and the scope of the law", en *Cases and Materials on United States Antitrust in Global Context*, 3ª ed., St. Paul MN, West Publishing, 2012, borrador sin editar.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", T. I, 12ª ed. Madrid-Buenos Aires, Thompson-Civitas-La Ley, 2004.
- GARCÍA VITORIA, Ignacio, "La libertad de empresa: ¿Un terrible derecho?", Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- HOVENKAMP, Herbert, "Antitrust. Black Letter Outlines", 5ª ed., St. Paul MN, West Publishing, 2011.
- HUERGO LORA, Alejandro, "Las sanciones administrativas", Madrid, Iustel, 2007.
- MAURER, Hartmut, "Derecho Administrativo. Parte General", Madrid, Marcial Pons, 2011.
- MORAGA KLENNER, Claudio, "Contratación administrativa", Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2007.
- NEHME ZALAQUETT, Nicole, "Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los órganos de la Administración del Estado", en Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (ed.) *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*, Santiago, Thomson Reuters, 2010.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando, "La organización administrativa del Estado", Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2004.
- SAAVEDRA FERNÁNDEZ, Rubén. "Discrecionalidad Administrativa". Santiago, Abeledo Perrot, 2011.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, "Principios Generales de Derecho Administrativo", T. I, Madrid, Iustel, 2006.

VALDÉS PRIETO, Domingo, "Libre Competencia y Monopolio", Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006.

ANEXO

| Rol | Sentencia | Actuación administrativa | Órgano administrativo | Medida adoptada | Resultado del recurso |
|----------|-----------|-----------------------------------|---|--|--------------------------------|
| C-209-10 | 123 | Actividad prestacional del Estado | Dirección de Bienestar Social de la Armada | Rechaza | |
| C-219-11 | 121 | Concesión | Ministerio de Obras Públicas y Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones | Acoge. No aplica multa. Ordena modificar contratos en el futuro (no los presentes) | |
| C-206-10 | 114 | Licitación | Dirección de Compras y Contratación Pública | Rechaza | |
| C-179-08 | 105 | Subvención | Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones | Acoge. No aplica multa. Ordena adoptar medidas correctivas | - |
| C-127-07 | 100 | Concesión | Fisco | Acoge. No aplica medida respecto del Fisco | CS, rol N° 6100-2010. Revoca |
| C-172-08 | 92 | Licitación | Municipalidad de Antofagasta | Rechaza | - |
| C-189-09 | 91 | Licitación | Municipalidad de Providencia | Rechaza | - |
| C-171-08 | 89 | Licitación | Ministerio de Hacienda | Rechaza | CS, rol N° 9148-2009. Confirma |
| C-148-07 | 81 | Licitación | Junta de Aeronáutica Civil | Acoge. No aplica multa. Ordena adoptar medidas correctivas | CS, rol N° 1855-2009. Revoca |

| Rol | Sentencia | Actuación administrativa | Órgano administrativo | Medida adoptada | Resultado del recurso |
|----------|-----------|----------------------------------|---|--|-----------------------------------|
| C-137-07 | 77 | Licitación | Municipalidad de Curicó | Acoge. Aplica multa | CS, rol N° 7796-2008. Confirma |
| C-124-07 | 67 | Actividad empresarial del Estado | CONAF y Ministerio de Agricultura | Rechaza | - |
| C-70-05 | 44 | Licitación | Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y Junta de Aeronáutica Civil | Acoge. No aplica multa. Ordena adoptar medidas correctivas | - |
| C-45-04 | 37 | Licitación | Municipalidad de San Bernardo | Acoge. No aplica multa | CS, rol N° 2657-2006. Confirma |
| C-72-05 | 34 | Licitación | Municipalidad de Cauquenes | Acoge. No aplica multa. Ordena adoptar medidas correctivas | - |
| C-21-04 | 20 | Licitación | Municipalidad de Santiago | Rechaza. Ordena adoptar medidas correctivas | - |
| C-37-04 | 14 | Licitación | Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones | Rechaza | CS. Confirma |
| C-54-04 | 13 | Licitación | Subsecretaría de Telecomunicaciones | Rechaza | - |
| C-29-04 | 11 | Licitación | Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones | Rechaza | - |
| C-32-04 | 4 | Licitación | Municipalidad de Puente Alto | "Aprueba" | - |