

TRIBUNAL DE LA LIBRE COMPETENCIA: ATRIBUCIÓN PROPOSITIVA DEL ART. 18 N° 4

Court of free competition: Propositive attribution of art. 18 no. 4

ALEJANDRA PÉREZ CEBALLOS*
Universidad Bernardo O'Higgins
Santiago, Chile

RESUMEN: Este trabajo se estructura en tres partes importantes: el cambio que se produce con la Ley 19.911 en materia de libre competencia; las repercusiones de la atribución propositiva, su aplicación práctica; y el análisis de su efectividad y finalmente los esfuerzos del legislador para la aplicación práctica de la atribución.

Se planteará la necesidad de fortalecer la atribución propositiva e indicar cómo avanzar hacia una institucionalidad formal para la evaluación permanente de la relación desde el punto de vista de sus efectos en la competencia.

PALABRAS CLAVES: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Atribución Propositiva, Fiscalía Nacional Económica.

ABSTRACT: *This work is structured on three important parts: the change that occurs with Law 19,911 on free competition; the impact of proactive attribution, its practical application; and analysis of its effectiveness and finally the efforts of the legislature to the practical application of attribution. The need to strengthen the proactive allocation and indicate how to move towards a formal institutional*

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Bernardo O'Higgins. Correo electrónico: <alejandra.perez@ubo.cl>

Artículo recibido el 28 de mayo de 2015 y aceptado para publicación el 9 de noviembre de 2015.

framework for ongoing evaluation of the relationship from the point of view of their impact on competition will arise.

KEYWORDS: *Court of Defense of Free Competition, Propositiva Attribution, National Economic Prosecutor.*

I. INTRODUCCIÓN¹

En el año 2003, la Ley n° 19.911 introduce reformas al DL n° 211 de 1973 que fijó normas para la defensa de la libre competencia, marcando un hito relevante en la materia, surgiendo el Tribunal de la Libre Competencia, organismo principalmente jurisdiccional y que asume las funciones que hasta ese entonces pertenecían a la Comisión Preventiva y Resolutiva.

El TDLC es un tribunal especial, independiente y colegiado, dedicado exclusivamente al conocimiento de aquellas materias vinculadas a la libre competencia.

La mencionada reforma invistió a dicho Tribunal de todas aquellas potestades, que consideró necesarias, para resguardar el derecho a la libre competencia en los mercados, de manera jurisdiccional o administrativa. Pretendió perfeccionar el sistema de protección de la libre competencia en nuestro país.

El presente artículo tiene por objeto analizar la llamada atribución propositiva o requisitoria y las repercusiones y consecuencias que ha traído el despliegue de esa atribución a nivel legislativo y sectorial.

La hipótesis que se trabajará en esta oportunidad consiste en demostrar los efectos que produciría una posible superposición de competencia en base a las actividades de promoción de la libre competencia entre la FNE y el TDLC cuando se proponen modificaciones normativas al Presidente de la República.

Se analizará desde los fundamentos normativos el conflicto de límites entre las potestades de ambas entidades, proponiendo una solución al problema,

¹ Abreviaturas: CPE: Constitución Política del Estado; DL: Decreto Ley; DFL: Decreto con Fuerza de Ley; FDT: Fondo de desarrollo de las telecomunicaciones; FNE: Fiscalía Nacional Económica; ICG: Instrucción de Carácter General.; ICN: *International Competition Network*; JAC: Junta de Aeronáutica Civil.; LGT: Ley General de Telecomunicaciones; LOCBGAE: Ley de bases generales de la administración del Estado.; OCDE: **Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico**; TDLC: Tribunal de la Libre Competencia.

sobre aquella que prevalecerá, utilizando los criterios del análisis económico del derecho procesal, derivados de los costos de error y administrativos.

Lo anterior en defensa del fortalecimiento de la atribución propositiva, en progreso hacia una institucionalidad formal para la evaluación permanente de la regulación desde el punto de vista de sus efectos en la competencia.

II. FACULTAD PROPOSITIVA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Las atribuciones del TDLC están contenidas en los Artículos 1°, 2°, 3°, 18° y 26° del DL 211, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicado el 7 de marzo de 2005².

En cuanto a la llamada potestad Jurisdiccional o Sancionatoria, según el artículo 18 N°1, es aquella destinada a determinar las situaciones o conductas constitutivas de un injusto monopólico, y aplicar al caso concreto la pena o sanción pertinente, emitiendo la respectiva sentencia.

La potestad Consultiva (art 18 N°2) se ejerce con la finalidad de determinar en aquellos asuntos de carácter no contencioso la eventual contrariedad con la libre competencia, imponiendo las medidas respectivas si resulta la contradicción de las disposiciones de la ley antimonopólica.

² Artículo 18°.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

- 1) Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley;
- 2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos;
- 3) Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella;
- 4) Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas; y
- 5) Las demás que le señalen las leyes."

Respecto a la potestad Reglamentaria (Art. 18 N°3) se destina a emitir reglamentos antimonopólicos aplicables a la pluralidad de destinatarios que se encuentren en la misma condición.

Finalmente, y al margen a todas estas facultades que he mencionado, debo hacer énfasis respecto a una en particular, objeto principal de discusión en este artículo, esta es: la Potestad Propositiva o Requisitoria (Art. 18 N°4), siendo esta claramente una facultad distinta a la jurisdiccional (consagrada principalmente en el artículo 18° N° 1 del DL 211) y a la de dictar instrucciones generales (artículo 18° N° 3 del DL 211) que posee el ente antimonopólico.

Esta potestad tiene su origen normativo en el artículo 5° del DFL N°1³ al señalar que la función del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia “será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia” y su propósito es evitar la formación o preservación de monopolios o de fallas en los mercados, bajo la herramienta de poder proponer o recomendar la dictación, modificación o derogación de preceptos generales (legales o reglamentarios) para concordarlos con la libre competencia.

En base a dicha atribución, el Tribunal puede “proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales y reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas”.

1. Naturaleza de la facultad propositiva

Actualmente, al ser una facultad puramente propositiva, se ve disminuida su capacidad de obligatoriedad y exigibilidad de la que tuvo históricamente, lo que, sin embargo, ha sido compensado con el fortalecimiento de la independencia del TDLC, otorgándosele a estas propuestas una mayor autoridad técnica y legitimidad.

³ Artículo 5°.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia.

En cuanto a la naturaleza de esta potestad pública, en palabras de Domingo Valdés, estaríamos en presencia de una función controladora del orden jurídico, en el horizonte legal y reglamentario.

“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, por lo tanto, no se le aplica el procedimiento judicial previsto en los arts. 19 a 29, ambos inclusive, del Decreto Ley 211”⁴.

No se está en presencia de una potestad administrativa, toda vez que el TDLC no actúa como órgano administrativo y que el resultado del ejercicio de esta potestad pública no se traduce en un informe, resolución administrativa o una respuesta a una consulta formulada.

Al respecto, el DL 211, en su artículo 31 es claro y explícito al diferenciar la facultad propositiva o requisitoria (del numeral 4) de las demás potestades públicas administrativas, señalando que “el ejercicio de las atribuciones a que se refieren los números 2) y 3) del artículo 18, así como la emisión de los informes que le sean encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales, se someterán al siguiente procedimiento”.

Según palabras de los autores Velozo y González esta facultad es considerada una atribución *sui generis*, usualmente conferida en la práctica internacional a las agencias de competencia, atendiendo a la ausencia de un procedimiento previo y debidamente reglado, así como en la inexistencia o más bien improcedencia de recursos para impugnar su ejercicio.

En definitiva esta facultad es la forma en que el TDLC ejerce la función protectora de la competencia que le asigna según mandato del artículo 1º inciso primero del DL 211, específicamente en la labor de la formulación de las políticas públicas que se implementan por medio de la dictación, modificación o derogación de normas legales y reglamentarias.

Esta atribución la ejerce el Tribunal, de oficio y discrecionalmente, constituyendo además una importante herramienta de coordinación entre la autoridad protectora de la libre competencia y las autoridades sectoriales, propendiendo a una regulación de los mercados con miras a la eficiencia.

⁴ VALDÉS (2006) p. 695.

En relación al objeto de esta atribución, es lograr un ajuste normativo, a un precepto legal o reglamentario emanado o por ser emanado, mediante la dictación, modificación o derogación de los mismos, cuando según Domingo Valdés⁵, reúnan copulativamente los siguientes requisitos: i) promuevan o vulneren la libre competencia, y ii) tales preceptos sean de jerarquía legal o reglamentaria.

Adicionalmente se estima que es una herramienta fundamental para fines de “*advocacy*” o promoción, en relación con los sectores regulados, cuando es la propia norma o el cumplimiento de esta la que genera distorsiones que imposibilitan o restringen la libre competencia.

Es mediante esta atribución que el TDLC cumple su rol de promotor y defensor de la libre competencia, como colaborador del Presidente de la República y de cualquier otro órgano que cuente con facultades reglamentarias y legislativas, ejerciendo la proposición de la modificación o derogación de una normativa o la creación de una nueva regulación, “para fomentar la competencia o regular actividades económicas que se estén desarrollando de manera no competitiva”⁶.

Esta potestad que se le entrega al Tribunal “está específicamente orientada a realizar una vigilancia de la normativa legal y reglamentaria, de tal manera que, ésta no vulnere el estatuto base de la libre competencia en nuestro país”⁷. Se podría estimar que estamos frente a una potestad de carácter unificador de derecho en materia de libre competencia⁸. Complementando lo dicho es que el fundamento normativo de esta atribución se contempla en instrumentos internacionales sobre *Competition Assessment* y *Competition Advocacy* de la OEDC y la ICN.

El ingreso de Chile a la OCDE el año 2010, mediante la ratificación de la Convención de París de 1960, así como la afiliación del TDLC y la FNE a la ICN, son instancias necesarias y fundamentales para que nuestro país pueda adoptar reglas y recomendaciones, que en materia de *competition advocacy*, han sido propuestas por ambas entidades internacionales.

Según el Manual de Evaluación de la Competencia⁹:

⁵ VALDÉS (2006) p. 697.

⁶ SILVA PRADO (2011) p. 7.

⁷ JUNGSMANN DAVIES Y PEÑA BURGOS (2008) p. 7.

⁸ SEVERÍN HONORATO (2012) p. 24.

⁹ OECD (2007) p. 18-25.

“La evaluación del impacto competitivo es un proceso orientado al estudio de regulaciones, reglas o leyes que promulga un gobierno a fin de (1) identificar las que impidan de manera innecesaria la competencia y (2) contribuir a rediseñarlas de forma a que no se obstaculice la competencia indebidamente

(...) Algunos gobiernos han enfocado la evaluación de impacto competitivo tanto en las políticas nuevas como en las vigentes. Esta es la forma más eficaz para mejorar la atmósfera competitiva entre muchos sectores, aunque requiere de una voluntad política considerable”.

Por su parte la *International Competition Network* (ICN), creada el 2001, organización no gubernamental, tiene como finalidad abogar por la adopción de normas y procedimientos superiores en la política de competencia, la formulación de propuestas para la concordancia procedimental y sustantiva, y tratar de facilitar la cooperación internacional en beneficio de los organismos miembros, los consumidores y las economías de todo el mundo.

2. Procedimiento

Respecto a las etapas en que puede utilizarse esta facultad, inicialmente esta puede comenzar por solicitud de la Fiscalía Nacional Económica, por demanda de algún particular (Art. 20 DL 211), o de oficio por el propio Tribunal (art. 18 N° 4 DL 211).

Adicionalmente hay que distinguir dos etapas, considerando la vigencia de la norma cuestionada, en relación a las disposiciones sobre la formación de la ley que establece la Constitución de la República. De manera preliminar diremos que, cuando el Tribunal eleva el requerimiento, el Ministerio que lo recibe debe poner en conocimiento inmediato al Presidente de dichos antecedentes, el cual, al tratarse de una norma legal, “deberá adoptar las providencias necesarias para que ese requerimiento llegue al Congreso en forma íntegra y oportuna. Si se trata de una norma reglamentaria emanada de un ente público autónomo[...] también debe adoptar las mencionadas providencias, asegurando que el requerimiento llegue al destinatario final”.¹⁰

- 1.- Cuando la facultad propositiva se ejerce antes de que una normativa entre en vigencia: Se trata de la intervención de la autoridad especializada en materia de libre competencia, previniendo, antes de que una norma sea dictada, todos los ámbitos que puedan vulnerar la libre competencia

¹⁰ VALDÉS (2006) p. 700.

interviniendo en todos aquellos aspectos relacionados con proyectos de ley, reglamentos y tratados internacionales que sean necesarios para resguardar la estabilidad de la libre competencia en los mercados.

- 2.- Cuando la facultad propositiva se ejerce una vez que una normativa se encuentra vigente: Esta facultad es ejercida por la autoridad, al encontrarse en vigencia una normativa, logrando identificar con anterioridad a la consumación, una conducta contraria a la libre competencia que pueda perjudicar un mercado específico, ejerciendo la proposición de modificación o derogación de la normativa en cuestión, como así mismo la creación de una norma que logre subsanar los problemas y consecuencias provocados en dicho mercado.

A lo mencionado, se agrega que al ser el destinatario final de esta facultad el Presidente de la República, es el encargado de que el requerimiento llegue a concretarse, dependiendo sea el caso y naturaleza del requerimiento, teniendo la doble obligación, primero, al darle curso respectivo y adecuado a la proposición que formula el TDLC, canalizando por medio del Congreso Nacional la modificación o derogación de la normativa legal cuestionada, para que se condiga con la práctica competitiva óptima de un mercado; y en segundo término, debiendo instruir al Ministerio respectivo, la dictación o derogación de las disposiciones de carácter reglamentarias.

Es importante aclarar que al no utilizar el legislador el término “ley” en las disposiciones protectoras de libre competencia, se desprende que por normativa legal o precepto legal, debemos entender, en sentido lato, tanto a la ley propiamente tal, como a toda otra norma con carácter y rango de tal.

3. Límites a la facultad propositiva

En cuanto a los límites de esta atribución, de aspectos formales y sustantivos, considerando el carácter especializado de este Tribunal, que el ejercicio de esta facultad no es de carácter jurisdiccional, y que no se encuentra reglado, ésta debe ser ejercida de manera fundada, a pesar del amplio grado de discrecionalidad que posee el Tribunal, que ha sido entregado mediante un acto de fe del legislador.

Es por este mismo motivo, que el TDLC tampoco debiese recomendar o proponer una medida de carácter inconstitucional. Claramente al no ser el TDLC un Tribunal Constitucional, no le está encomendado ni permitido por el legislador la labor de determinar o verificar la existencia de aspectos inconstitucionales de las normas propuestas.

El vínculo que tiene el TDLC con la Constitución Política de la República radica en las limitaciones constitucionales, que el poder legislativo debe respetar para poder concretar en buen término, la eventual modificación normativa.

En este punto debemos distinguir entre límites de carácter formal y sustantivos:

A).- LÍMITES FORMALES: DICE RELACIÓN CON LA JERARQUÍA JURÍDICA QUE DEBE TENER LA NORMA PROPUESTA, PUDIENDO SER ÉSTA DE NATURALEZA LEGAL O REGLAMENTARIA.

En este aspecto, será relevante el quórum requerido para llevar a cabo la reforma que se proponga, es decir, determinar qué tipo de norma es exigida, y en caso de ser de naturaleza legal, qué tipo de ley, según sea el caso.

Sin embargo, este punto es ajeno a las atribución propia del TDLC, dado que en la normativa de protección de libre la libre competencia no se hace referencia a un desarrollo de carácter procedimental de cambio normativo, por tanto, serán las autoridades competentes quienes determinarán si estiman pertinente la proposición normativa, la manera en que esta se llevará a cabo, es decir, establecer de manera óptima, la forma y jerarquía normativa.

B).- LÍMITES SUSTANTIVOS

Referente a este aspecto, debemos señalar la relación existente entre la restricción impuesta al legislador, consagrada en el derecho de propiedad en el número 24° del artículo 19° de la Constitución Política de la República. Es el propio TDLC, en su Proposición 12-2011, quien establece que para determinar la constitucionalidad de un cambio normativo, se suelen identificar a lo menos tres interrogantes relevantes: ¿existe un derecho expropiable?, ¿existe alguna justificación de interés público que respalde una intervención reguladora sobre el derecho protegido? y, finalmente, ¿existe una privación o expropiación, o sólo una limitación o regulación no indemnizable?¹¹

Adicionalmente se señala que si bien el objetivo de esta atribución y en general la finalidad del TDLC, es fomentar la competencia, ésta no puede vulnerar otros bienes o derechos; al respecto la Corte Suprema ha señalado claramente que “el derecho a la libre competencia no es absoluto y tiene

¹¹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2011).

como límite los principios constitucionales de la dignidad humana y de la subsidiariedad”¹².

En el mismo contexto, la OCDE el año 2004 indicó que “el objetivo [de la facultad propositiva del artículo 18° N° 4], no es promover la libre competencia por encima de otros valores, sino asegurar que la protección de otros valores no interfiera innecesariamente con la capacidad de las empresas de responder con eficiencia a la demanda de los consumidores”¹³.

3. EJERCICIO DE LA FACULTAD PROPOSITIVA

Desde el año 2004, con la entrada en vigencia de la Ley 19.911, los organismos de defensa y promoción de la libre competencia en los mercados son la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Nuestro sistema de protección de libre competencia se caracteriza por contar con un alto estándar técnico en las decisiones, que se demuestra no sólo en la separación de funciones entre el TDLC y la FNE, sino también en la existencia de un tribunal especializado, dotado de profesionalismo, que ha permitido cumplir su labor de promoción y defensa.

La Facultad propositiva actualmente es ejercida de manera exclusiva por el TDLC, un organismo autónomo y diseñado para ser independiente de intereses políticos y económicos particulares y cuya finalidad es proteger e desarrollar el proceso competitivo de los mercados, a través de la búsqueda de mayor eficiencia económica, pudiendo intervenir en el proceso político, como coadyuvante en la formulación de las políticas públicas.

La FNE sólo puede requerir al TDLC que éste ponga en ejercicio cualquiera de sus potestades públicas¹⁴. Entre las atribuciones del TDLC, el DL 211 se refiere a la atribución propositiva en su art. 18 nro. 4).

La FNE carece, por tanto, de una competencia expresa para proponer modificaciones regulatorias al Presidente por medio del TDLC conforme al procedimiento administrativo reglado, no pudiendo desarrollar aquellas actividades, que si bien tengan por finalidad la protección de la libre competencia, produzcan una extralimitación en sus atribuciones legales o invadir la

¹² Excma. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 9265-2010, consideración décimo quinta.

¹³ OCDE (2007).

¹⁴ Artículo 39 letra C, DL 211.

esfera de atribuciones del TDLC, produciendo eventualmente una desviación de poder en el marco del ejercicio de las potestades públicas.

En base a esta descripción, es que planteo la discusión central de este artículo: determinar si la Potestad Propositiva debiese pertenecer de manera exclusiva y excluyente al TDLC (como hasta ahora), o puede ejercerla eventualmente la FNE, de forma conjunta o separada del Tribunal.

Lo anterior, sin duda podría provocar una posible superposición de competencia en base a las actividades propias de cada órgano con miras a promover la libre competencia, planteando en consecuencia la siguiente interrogante, en el marco de una reforma de la normativa de la libre competencia: ¿Cuando la FNE propone modificaciones normativas al Presidente de la República estaría vulnerando la facultad propositiva del TDLC?

1. Facultad ejercida por la FNE

En primer lugar, en apoyo a que la facultad propositiva no sea meramente del TDLC, se podría estimar que eventualmente la FNE podría ejercer dicha potestad, basándonos en la propia ley de protección de la libre competencia.

Según lo establece el art. 1 DL 211, “la presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados”.

Para cumplir con la finalidad anterior, la ley establece que tanto el TDLC como la FNE, en la esfera de sus respectivas atribuciones, son los organismos a los cuales corresponde dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados (Art. 2 DL 211).

El DL 211 expresamente señala en su art. 39 que “el Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, será independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Podrá, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones”

Por otra parte, es atribución y deber del Fiscal Nacional Económico: “c) Requerir al TDLC el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones...” (Art. 39 letra c) DL 211).

Por lo tanto, en base a las disposiciones mencionadas anteriormente, junto con los principios de responsabilidad, eficacia, eficiencia y coordinación (Arts. 3 y 5 LOCBGAE) permiten, a juicio de la FNE, fundar jurídicamente, y de manera suficiente, los siguientes tipos de acciones que forman parte

de las actividades regulares de esta Fiscalía en el ámbito de la promoción de la competencia:

1. Solicitar al TDLC el ejercicio de la atribución propositiva del art. 18 N° 4;
2. Desarrollar acciones de promoción pro-competencia directamente ante el regulador;
3. Publicar y difundir materiales de promoción no vinculantes con el propósito de esclarecer el alcance de la normativa de libre competencia, de acuerdo con la experiencia de su aplicación.

Se cuestiona si el ejercicio de una potestad de dichas características ejercida por un organismo que, paralelamente, está encargado de ejercer jurisdicción, puede traer como consecuencia ciertas complejidades, originadas en el hecho de que un mismo Tribunal debe interpretar y dar aplicación al momento de juzgar a normas que considera dañinas para la competencia, al tiempo que respalda su modificación o eliminación.

Podría ocurrir en la práctica que el TDLC, en un juicio contencioso, respalde una defensa regulatoria en aquellos casos en que sea la normativa respectiva, o la ausencia de ella, la que ha determinado que el acusado no incurrió en un actuar contrario a la libre competencia y, sobre la base de los mismos hechos, proponga de manera paralela la modificación de dicha normativa.

2. Facultad ejercida por el TDLC

Quienes consideran que la facultad propositiva debe ser ejercida sólo por el TDLC, fundan sus argumentos principalmente en el alto grado de independencia de este organismo respecto de intereses políticos o económicos, como e su idoneidad técnica en las materias que se le asignaron y del mecanismo de selección de sus integrantes.

El Tribunal cuenta con una habilitación jurídica expresa para llevar a cabo una proposición, debiendo manifestar la necesidad y orientación que tendrá un cambio en la regulación. La Proposición que realizará el TDLC cuenta con el debido respaldo constitucional y, por la forma en que lo hace, no se encuentra bajo impedimento alguno derivado de limitaciones constitucionales formales o sustantivas que aquí han descrito.

La Ley N° 19.911 es clara al señalar en su mensaje Presidencial, que el eje central del proyecto es el “fortalecimiento del órgano jurisdiccional encargado de resolver los conflictos en esta materia”,¹⁵ creando de esta forma el “Tribunal de defensa de la Libre competencia”, el proyecto busca establecer las condiciones necesarias para que las personas llamadas a analizar y decidir los posibles atentados a la libre competencia reúnan los requisitos de “excelencia profesional y alta dedicación”, imbuidos en el principio de independencia y separación de funciones.

En los mismos esfuerzos por promover y conservar dicha calidad, el ejecutivo al dictar la ley N° 20.361, en su Mensaje Presidencial, señaló que “uno de los ejes centrales de la propuesta que sometemos a vuestra consideración, es el fortalecimiento de la independencia de los integrantes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Mediante el presente proyecto dichos miembros se ceñirán a normas aún más estrictas en lo que se refiere a incompatibilidades, prohibiciones e inhabilidades, a objeto de garantizar la independencia señalada”¹⁶.

Siguiendo en el desarrollo de la calidad de independencia de un Tribunal, el autor *Couture* nos señala que “si el juez no está libre de cualquier interferencia o presión exterior, no podrá impartir justicia imparcialmente según la ley. La garantía de independencia del juez tiene su apoyo en la teoría de la división de poderes. Si el juez es independiente en el orden material, en el orden moral o en el orden funcional, del poder ejecutivo, los poderes del estado no son tres sino dos, el judicial deja de contar como poder”¹⁷.

Desde un aspecto orgánico, el DL 211 es un cuerpo normativo autosuficiente, al regular las atribuciones del TDLC, excluyéndolo de la estructura de gobierno y administrativa regida por la LOCBGAE, liderada por el Presidente de la República. Por este motivo es que el TDLC reconoce como único superior jerárquico a la Corte Suprema, quien ejerce sobre él la Superintendencia directiva, correccional y económica.

El legislador se ha preocupado de promover este principio de independencia, ya sea a través de la forma de generación del mismo tribunal, del

¹⁵ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2002) p. 5.

¹⁶ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de Ley que modifica el Decreto con Fuerza de ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (2006).p.3.

¹⁷ COUTURE (1978), en MASS SANTIBÁÑEZ (2011) p. 61.

nombramiento de sus integrantes, así como también al dotarlo de una planta de personal y presupuesto propio; el art. 3° de la ley así además lo establece, enfatizando dicha característica, al señalar expresamente, “el tribunal de defensa de la libre competencia, es un órgano jurisdiccional especial e independiente”.

En cuanto al nombramiento de sus miembros, el Presidente del Tribunal, que deberá ser abogado, es designado por el Presidente de la República de una nómina de cinco postulantes, confeccionada por la Ilustrísima. Corte Suprema, mediante concurso público de antecedentes.

El nombramiento de los integrantes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se hará efectivo por el Presidente de la República mediante decreto supremo del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción suscrito, además, por el Ministerio de Hacienda.

Lo óptimo es lograr y garantizar la independencia del Tribunal respecto del Poder Ejecutivo y asegurar la calidad profesional de sus integrantes, teniendo como objetivo alcanzar la excelencia técnica de los mismos.

En definitiva, se optó por la siguiente fórmula de designación: dos designaciones (de un abogado y de un economista) las efectúa el Consejo del Banco Central, previo concurso de antecedentes, y la otras dos designaciones las efectúa el Presidente de la República, a partir de dos nóminas de tres postulantes (una para cada profesional), confeccionadas por el Consejo del Banco Central.

En cuanto a la capacidad técnica de tal Tribunal, considerándolo idóneo para ejercer dicha facultad, hay que destacar que el TDLC en el ejercicio de sus funciones al día de hoy, ha aplicado el derecho de la competencia de una forma moderna y como diría el abogado y actual Ministro del TDLC Javier Tapia Canales, en línea con los avances en otras jurisdicciones, manteniendo su carácter esencialmente técnico y tecnocrático.

El modelo de tribunal especializado fue explícitamente diseñado no sólo para aplicar derecho, sino para invertir en análisis económico complejo y profundo, dada la mayor predisposición hacia el uso y consideración de evidencia económica¹⁸.

¹⁸ TAPIA CANALES (2013).

Actualmente los Ministros del TDLC cuentan con un alto nivel de experiencia en sus respectivas áreas de competencia, lo que permite que desempeñen de manera óptima sus labores.

Finalmente una razón fundada que hace preferible la radicación de esta potestad en el TDLC y no en la Fiscalía Nacional Económica, que es un organismo administrativo, se fundamenta en la dependencia política de la FNE con el Ministerio de Economía, que tiene dos consecuencias que pueden limitar su capacidad para hacer *advocacy* normativo, “a saber: (i) su relativa mayor sensibilidad a los vaivenes del proceso político y, por ende, a la acción de los grupos de interés; y, (ii) su posible alineación con los intereses u objetivos de política pública del Gobierno. Al menos, difícilmente serán de conocimiento público los casos en que ello no ocurra”¹⁹.

4. RECOMENDACIONES REALIZADAS POR EL TRIBUNAL DE LA LIBRE COMPETENCIA

Este acápite es relevante y decisivo al momento de determinar si la facultad propositiva desarrollada y promovida por el legislador protector de la libre competencia, ha logrado su consagración y trascendencia en la práctica, en los diversos sectores económicos en nuestro país, cuando estos son aconsejados mediante el requerimiento hecho al Presidente de la República, a través del Ministerio respectivo.

En primer orden, desarrollaré a través de un breve resumen, algunas de las causas vistas ante el TDLC, en las cuales el ente jurisdiccional, hace uso de su facultad propositiva, destacando finalmente la respuesta emitida por la Cartera Ministerial, como ente receptor de dicha propuesta.

1.- Casos y su evolución

A).- LA SENTENCIA 2/2004 DE LA CAUSA ROL NC 03-04 “SOLICITUD DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA DE MODIFICACIÓN DE NORMAS SOBRE EXENCIÓN DE TRIBUTOS DE EMPRESAS SANITARIAS”, EL FISCAL NACIONAL ECONÓMICO SOLICITA AL TRIBUNAL SE SIRVA EJERCER LA FACULTAD QUE LE CONFIERE EL ARTÍCULO 17, LETRA D), EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 5° DEL DECRETO LEY N°211, Y REQUIERA LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 9° BIS , INCISO PRIMERO, DEL D.F.L. N° 382, DE 1988, DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS.

Se acoge la solicitud de la Fiscalía Nacional Económica y se resuelve proponer al Presidente de la República, por medio del Ministerio de

¹⁹ VELOZO y GONZÁLEZ (2011) p. 60.

Obras Públicas, la modificación del D.F.L. N° 382, de 1988, a fin de evitar toda discriminación entre instaladores, independientemente de su naturaleza. Ejerciendo la facultad propositiva, el TDLC emitió un oficio dirigido al Ministerio de Obras Públicas que fue respondido por dicha cartera ministerial con fecha 30 de septiembre de 2004 mediante el oficio n° 2547.

El Ministerio de Obras Públicas es consciente de que puede existir un alcance restringido del art. 9 bis del DFL MOP n° 382/88 y teniendo presente que todo aquel que actúa en la red pública o en su ejecución lo hace en el fondo para el servicio sanitario respectivo, es que el actual proyecto del DS MOP n° 121/91 (reglamento del DFL MOP n° 382/88), expresamente salva la situación que informa la sentencia n° 2/2004 cuando el art. 9 propone la siguiente redacción: “las concesiones para restablecer, construir y explotar servicios públicos destinados a producir y distribuir agua potable, recolectar y disponer aguas servidas, otorgan derecho a usar, a título gratuito, bienes nacionales de uso público para instalar infraestructura sanitaria, sea que la ejecute directamente la concesionaria, los urbanizadores o contratistas con factibilidad de aquélla, siempre además, que no se afecte en forma permanente la naturaleza y finalidad de esos bienes”.

Por otro lado, no cabe caer en confusión cuando se señala que existen otros actores del sector conocidos como “instaladores sanitarios”, que son aquellos no profesionales de la construcción que intervienen en las instalaciones domiciliarias de agua potable y de alcantarillado.

El instalador sanitario solamente puede actuar en el ámbito de la instalación domiciliaria y ésta, por lo general, está dentro del inmueble, por lo tanto, no es posible esperar que se afecte un bien nacional de uso público, y por lo mismo, *no se visualiza la necesidad de modificación normativa*, cuyo efecto no es aplicable, sino a casos de especial y mínima concurrencia.

En consecuencia, con todo lo expuesto y teniendo especialmente en cuenta que la propuesta de modificación reglamentaria está próxima a someterse a la consideración de este Ministerio, es posible señalar que lo informado en el pronunciamiento que interesa será solucionado por esa vía normativa, *sin necesidad de recurrir a la instancia legal*.

B) LA SENTENCIA 18/2005 DE LA CAUSA ROL C-10.04 SOBRE “REQUERIMIENTO DEL FISCAL NACIONAL ECONÓMICO EN CONTRA DE EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE COMBUSTIBLES LÍQUIDOS” SOBRE DISTRIBUCIÓN MAYORISTA Y MINORISTA DE COMBUSTIBLES LÍQUIDOS, ESTACIONES DE SERVICIO, COLUSIÓN, ACUERDOS DE PRECIOS, INTEGRACIÓN VERTICAL, SE SOLICITA AL SEÑOR MINISTRO DE MINERÍA PROPONER AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EL PATROCINIO DE UN PROYECTO DE LEY QUE PERMITA A LOS PARTICULARES CONSTITUIR SERVIDUMBRES LEGALES PARA

LA INSTALACIÓN DE NUEVOS OLEODUCTOS.

El TDLC emitió el oficio N° 207 de 15 de junio de 2005 al Ministerio de Minería, organismo que a la fecha aún no ha respondido por falta de registro.

A la fecha de este trabajo el Ministerio de Minería *no ha respondido a lo propuesto* por el Tribunal.

C) EN LA SENTENCIA 22/2007, CAUSA ROL NC 134-06 "CONSULTA DE ENDESA Y COLBÚN SOBRE PROYECTO AYSÉN", RESPECTO DE SI LA CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN EN CONJUNTO DE LAS CINCO PLANTAS O CENTRALES HIDROELÉCTRICAS QUE CONFORMAN EL "PROYECTO AYSÉN", EN LA XI REGIÓN, CONSTITUYE UNA OPERACIÓN QUE SE AJUSTA A LA NORMATIVA DE LIBRE COMPETENCIA CONTENIDA EN EL DECRETO LEY N° 211, EL TDLC RESOLVIÓ PROPONER A LA SRA. PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA, A TRAVÉS DEL SR. MINISTRO DE ENERGÍA, LO SIGUIENTE:

- a) Considerar en el Reglamento de los Centros de Despacho Económico de Carga actualmente en estudio, un mecanismo que asegure un efectivo monitoreo, por parte de otros generadores, a la actuación de las consultantes y sus empresas relacionadas;
- b) Disponer que en la norma reglamentaria correspondiente, el plazo de antelación con que las concesionarias de servicio público de distribución deberán llamar a las licitaciones del suministro de energía para abastecer a sus clientes regulados, según lo señalado en el artículo 131 del DFL N° 4 de 2007, sea adecuado y suficiente para obtener las autorizaciones y permisos que se requieran para participar en dichas licitaciones.

El TDLC emitió el oficio n° 738 del 22 de octubre de 2007 al Ministro de Energía, organismo que a la fecha *aún no ha respondido* al Tribunal.

Encontrándose los antecedentes actualmente en manos de la Comisión Nacional de Energía, *estando pendiente* la evacuación del informe encargado directamente a esta.

D) EN LA SENTENCIA 55/2007 SOBRE "REQUERIMIENTO DE LA FNE EN CONTRA DE LAN AIRLINES S.A. Y LAN CHILE CARGO S.A.", ROL ROL C 94-06, POR EXPLOTACIÓN ABUSIVA DE SU POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO DEL TRANSPORTE INTERNACIONAL DE CARGA CON DESTINO A PUNTA ARENAS. EL TDLC RESUELVE PROPONER AL MINISTERIO DE HACIENDA QUE INSTRUYA AL SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS, PARA QUE ÉSTE EFECTÚE LAS MODIFICACIONES REGLAMENTARIAS QUE FUEREN NECESARIAS Y ADECUADAS PARA FAVORECER LA LIBRE COMPETENCIA ENTRE EMPRESAS DE ALMACENAJE ADUANERO QUE SE ENCUENTREN DENTRO Y FUERA DE

LOS RECINTOS DE LOS AEROPUERTOS DEL PAÍS. EL TDLC EMITIÓ EL OFICIO N° 335 DE 22 DE JUNIO DE 2007 AL MINISTERIO DE HACIENDA.

En relación con lo propuesto por el TDLC en la sentencia n° 55/2007 y lo oficiado por el Tribunal al Ministerio de Hacienda, esta cartera ministerial ha realizado la instrucción correspondiente al Servicio Nacional de Aduanas para que éste efectúe *las modificaciones reglamentarias* que fueren adecuadas y necesarias para favorecer la competencia entre empresas de almacenaje aduanero que se encuentren dentro y fuera de los recintos de los aeropuertos del país. Dicha instrucción se realizó a través de la providencia n° 392 del 3 de julio de 2007, la cual dio origen a la “resolución exenta n° 1389 del 7 de febrero de 2008”. Dicha resolución imparte instrucciones para que los almacenistas que se sitúen fuera de la zona primaria de los puertos y aeropuertos puedan acceder a estos últimos, retirar y almacenar las mercancías destinadas a sus depósitos.

E) EN LA SENTENCIA DE FECHA 08 DE ABRIL DE 2014, EN CAUSA ROL ERN 15-2013 SOBRE “PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES EN INMUEBLES SUJETOS A RÉGIMEN DE COPROPIEDAD INMOBILIARIA”, EL TDLC RESUELVE PROPONER AL MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO Y AL MINISTERIO DE TRANSPORTE Y TELECOMUNICACIONES, LA MODIFICACIÓN DE DIVERSOS PRECEPTOS LEGALES O REGLAMENTARIOS NECESARIOS PARA FOMENTAR LA COMPETENCIA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES O REGULAR EL EJERCICIO DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS, EN RELACIÓN CON EL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES EN CONDOMINIOS Y EN DESARROLLOS INMOBILIARIOS QUE CONTEMPLAN EL SOTERRAMIENTO DE REDES DE TELECOMUNICACIONES.

El TDLC propone en términos generales:

1. Imponer a inmobiliarias y constructoras la obligación de poner en conocimiento de los operadores de telecomunicaciones, mediante una publicación en un sitio web administrado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, el desarrollo de proyectos inmobiliarios que contemplen en su diseño instalaciones de telecomunicaciones;
2. Establecer como condición necesaria para la recepción definitiva de las obras de los referidos proyectos que las inmobiliarias o constructoras presenten a las Direcciones de Obras Municipales un certificado que acredite la inscripción en el sitio web propuesto precedentemente;
3. Regular las especificaciones técnicas y los criterios necesarios para la instalación de las cámaras exteriores e interiores, los respectivos “poliductos” y la red de distribución interna en condominios de extensión o

- altura, a fin de permitir la utilización de dicha infraestructura por más de un operador de servicios de telecomunicaciones;
4. Modificar el artículo 5.9.7. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, a fin de establecer en dicha norma que las cámaras, “poliductos” y elementos de distribución interior se instalen de acuerdo con las especificaciones técnicas que determine la Subsecretaría de Telecomunicaciones;
 5. Hacer aplicable el artículo 5.9.7. de la Ordenanza General de Urbanismo a los condominios de extensión;
 6. Prohibir a las inmobiliarias o constructoras establecer en el primer reglamento de copropiedad disposiciones que limiten injustificadamente el ingreso de empresas de telecomunicaciones;
 7. Implementar un procedimiento breve y expedito que permita aprovechar las obras civiles a ser ejecutadas sobre bienes nacionales de uso público para desplegar en paralelo infraestructura de soporte para redes de telecomunicaciones.

La iniciativa fue acogida e ingresada a tramitación por el Senado, el 28 de noviembre de 2013, en colaboración en el proceso legislativo, promulgando finalmente el 14 de enero de 2015 la Ley 20.808 que protege la libre elección en los servicios de cable, internet o telefonía.

F) EN LA SENTENCIA DE FECHA 27 DE NOVIEMBRE DE 2014, EN CAUSA ROL ERN 17-2013 SOBRE “EXPEDIENTE DE RECOMENDACIÓN NORMATIVA ART. 18 N°4 DEL DL. 211, SOBRE CRÉDITO PRENDARIO”, DE LA PROPUESTA DE SERVICIOS FINANCIEROS FACTOR PLUS S.A. AL TDLC PARA QUE, EN EJERCICIO DE LA FACULTAD CONFERIDA EN EL ARTÍCULO 18° N°4 DEL DECRETO LEY N° 211, PROPUSIERA A S.E. LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA, A TRAVÉS DE LA MINISTRA DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 3° DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 16, DE 25 DE ABRIL DE 1986 Y LA DICTACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LOS PRECEPTOS LEGALES Y REGLAMENTARIOS QUE ESTIME PERTINENTES, A FIN DE MODIFICAR SUSTANCIALMENTE LA REGULACIÓN VIGENTE RELATIVA AL COMERCIO SOBRE CRÉDITO PRENDARIO O PIGNORATICIO EN CHILE, PONIENDO FIN AL MONOPOLIO ESTATAL SOBRE ESA ACTIVIDAD, GENERANDO UN MERCADO ABIERTO A LA COMPETENCIA.

Con fecha 4 de diciembre de 2014 se envía oficio, orden N° 379 al Ministerio del Trabajo y Previsión Social, el cual a la fecha de este trabajo de investigación *no se encontraba respondido* por dicha cartera.

2.- Conclusiones de los casos

Lamentablemente, como se ha visto y se puede concluir de los casos señalados, esta atribución tan relevante con la cual fue dotado el TDLC para poder velar por la armonía, unidad y concordancia entre la normativa anti-monopólica y el ordenamiento jurídico, carece de eficacia al ser aplicada en la práctica, toda vez que no logra concretarse ni trascender en términos legislativos, y muy escasamente en el ámbito reglamentario o sectorial.

“Lo singular de este proceso es que esta solicitud no es vinculante para el destinatario, en el sentido que no cabe que el tribunal mencionado haga uso de su imperio para obtener un cumplimiento forzado de lo solicitado”²⁰.

La efectividad o no de la propuesta del TDLC dependerá de un elemento subjetivo y de ponderación de la autoridad máxima de un país, esto es del mayor o menor compromiso y sensibilidad que tenga un Gobierno al atender las propuestas protectoras y promotoras de la libre competencia en los mercados, pudiendo influir un determinado gobierno de turno y los ideales políticos en un ciclo político determinado y de la mayor o menor influencia que tengan los grupos de presión en la formulación de las políticas públicas sectoriales. Hasta el momento, las proposiciones realizadas por el TDLC han sido poco efectivas, tomando en cuenta las escasas reformas normativas que han gatillado.

Lo anterior se produce toda vez que no existe una real obligación ni la manera de exigir su cumplimiento al mandatario o destinatario de la propuesta enviada por el TDLC. No se estableció la imperiosa obligación de pronunciarse, y menos de fundamentar su rechazo. Por ende, estaríamos en presencia de lo que podríamos denominar una “facultad de papel”, en que todos los esfuerzos desplegados de buena fe y en promoción de las correctas prácticas competitivas por parte del TDLC no son consideradas y, en ciertas ocasiones, ni siquiera atendidas.

Esto se puede deber a que las autoridades del Poder Ejecutivo, “tal vez por desconocimiento de la ley, no han atendido prioritariamente a los asuntos que el Tribunal ha puesto en su conocimiento y, en aquellas ocasiones que sí han puesto atención a la propuesta del TDLC, no han llevado a cabo la misma”²¹.

²⁰ VALDÉS (2006) p. 694.

²¹ JUNGSMANN DAVIES y PEÑA BURGOS (2008) p. 30.

En opinión de Domingo Valdés la omisión del requerimiento por parte del órgano destinatario podría dar lugar a responsabilidad civil extracontractual del Estado y eventuales responsabilidades Constitucionales²².

“La sola existencia de la potestad propositiva indica que, respecto de este tipo de normas, el Tribunal sólo está facultado para solicitar su modificación o derogación y, por tanto, no está habilitado para modificarlas directamente como consecuencia de la aplicación de una sanción”²³.

5. FACULTAD PROPOSITIVA DESDE EL ENFOQUE DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (COSTOS ADMINISTRATIVOS Y DE ERROR):

Como se evidenció en el desarrollo de este trabajo, lamentablemente la solicitud efectuada por el TDLC a la autoridad administrativa no es vinculante ni obligatoria, toda vez que no puede apremiar el cumplimiento forzado de lo solicitado, utilizando su facultad de imperio.

Actualmente para hacer efectiva esta facultad no se cuenta con recurso alguno al momento de exigir su cumplimiento. Es claro el artículo 31 del D.L N° 211 en señalar aquellos procedimientos que son objeto de recurso de reclamación o reposición, no encontrándose dicha instancia administrativa dentro de ese presupuesto. Se ha estimado que tampoco serían procedentes los recursos de protección ni amparo económico.

Sin embargo, el destinatario no puede desconocer la solicitud efectuada, quedando el trabajo desplegado por el TDLC a medio camino.

Una posible alternativa para poder concretar esta facultad, de manera transparente y legítima al momento de que el Tribunal establezca su propuesta, sería contar con un Auto Acordado que establezca un procedimiento especial, involucrando la participación de los diversos agentes económicos, tanto la FNE, como todo agente que quisiera formular su opinión y propuestas sobre el tema objeto de análisis del TDLC, tal como ocurre con el Auto Acordado N° 5 de 2014, que establece la forma de tramitación de demandas o requerimientos.

Si el sistema se reformula y se reduce en primer lugar la demora injustificada en el proceso y, por otro, hacer vinculante la propuesta, podría obtenerse el óptimo esperado en materia de protección a la libre competencia. Todo

²² JUNGSMANN DAVIES y PEÑA BURGOS (2008) p. 695.

²³ VELOZO y GONZÁLEZ (2011) p. 64.

esto ya que el tiempo excedente conlleva el aumento de los costos sociales en el proceso.

Lo óptimo es que se mejore la relación costos y beneficios sociales, logrando la mayor eficacia del sistema.

En tal sentido, Coase indica una pauta de elección social al momento de resolver un asunto, especialmente por el órgano jurisdiccional. Dicha decisión debe tender a la reducción de los costos, a fin de propender a la eficiencia, ya que la alternativa menos cara genera mayor beneficio social.

Por su parte, Posner expresa la eficiencia como maximización de riquezas, adhiriendo a aquel criterio de elección social que incremente o maximice la riqueza para establecer las reglas de adjudicación.

Al invertir en el proceso (instrumentos y capacitaciones administrativas) aumentando los costos administrativos, podría mejorar la decisión y resultado final de la propuesta, disminuyendo el riesgo de una decisión errónea (costo del error).

Es más barato (socialmente) que cada parte cumpla de manera eficiente su labor, y así funciona de mejor manera el sistema, no debiendo invertir en exceso, al punto que los costos administrativos puedan llegar a ser mayores, sin evitar necesariamente el costo del error procesal.

Si se fomenta el sector legislativo colocando énfasis en garantizar que no se vulnere indebidamente la competencia, tendrán un mayor potencial de lograr sus objetivos y aumentar el bienestar del consumidor. La evaluación de impacto sobre la competencia puede ser llevada a cabo de mejor manera si cuenta con niveles importantes de recursos.

Según la ODCE, "los diseñadores de políticas que elaboran una nueva regulación pueden tener el incentivo de minimizar los problemas potenciales de una regulación propuesta con respecto a la competencia. Es posible que consideren que al identificar un problema de competencia o al consultar con un organismo externo, como la autoridad de regulación o la de competencia, sólo implicaría más trabajo sin generar un beneficio substancial. Por ello es importante enfatizar el hecho que una evaluación de impacto de competitividad mejoraría el resultado de la política si es llevado a cabo"²⁴.

²⁴ OECD (2007) p. 29

Comparto la idea de los autores Velozo y González²⁵ de que el diseño institucional basado en una aproximación orgánica habría implicado que la receptora de dichas facultades hubiese sido la Fiscalía Nacional Económica, decidiendo final y correctamente asignarlas al TDLC, en consideración al alto grado de independencia de este organismo respecto de intereses políticos o económicos, como también de su idoneidad técnica en las materias que se le asignaron, factores que pueden deducirse del mecanismo de selección de sus integrantes.

El TDLC actualmente se encuentra preparado (técnicamente) para poder ejercer la facultad propositiva, y está dotado normativamente para detentar de manera exclusiva esta labor; por tanto, sólo habría que reformular esa facultad y complementarla, para hacerla vinculante o establecer plazos y requisitos de respuesta a aquella proposición, lo cual significaría menos esfuerzo legislativo que crear una nueva atribución a un órgano que no la tiene (FNE). En consecuencia, los costos procesales desde el enfoque del análisis económico del derecho serían menos y los beneficios sociales mayores.

La FNE es supervigilada por el Presidente de la República, quien además tiene la facultad de designar y remover a su máxima autoridad²⁶, colocando en tela de juicio su autonomía como autoridad pública y la independencia de su director o jefe superior.

Los requerimientos formulados por la FNE al TDLC no son vinculantes para el órgano tribunalicio, pudiendo ser iniciados de manera directa por él, estimando que la FNE no sería necesaria en el ejercicio de esta atribución.

Finalmente, se puede estimar que aumentaría el riesgo y costos del error en las decisiones de la FNE, provocando conflictos en el funcionamiento en la eventualidad de iniciar una investigación o entablar una acusación en contra de la libre competencia, protagonizada por el Presidente de la República, o algunos de sus Ministros, principalmente el de Economía, Fomento y Reconstrucción, empresas públicas o sociedades estatales, dando base a una violación del principio constitucional de no discriminación arbitraria a las autoridades públicas de gobierno, en función del vínculo de dependencia que los une.

²⁵ VELOZO y GONZÁLEZ (2011) p. 23.

²⁶ Artículo 3 inciso primero, parte final del DL 211.

CONCLUSIONES

En base a lo dicho en este artículo, el sistema de libre competencia en Chile podría resumirse como un diseño institucional “original” fundamentado en los principios de independencia con el regulador económico y de calidad técnica. El TDLC logra ejercer funciones que propiamente son entregadas a agencias administrativas independientes.

En temas de legitimidad (funcional y procedimental) y eficiencia del TDLC al momento de ejercer en la práctica y al caso concreto, la facultad del art. 18 N° 4 del DL 211 (Facultad Propositiva), actualmente es ejercida de manera exclusiva por el TDLC siendo el órgano legítimamente investido para dichos efectos, pero lamentablemente sus requerimientos no logran concretarse ni trascender en términos legislativos. Esto considerando que dicha facultad no tiene un imperativo vinculante para el destinatario.

En este último punto sin duda se ha evidenciado una falta de compromiso por parte de los órganos legisladores y colegisladores de nuestro país en temas de libre competencia y resguardo de nuestros mercados.

Idealmente debiese mejorar el diseño institucional, comenzado por concretar una normativa que regule, supervise y fiscalice el destino de las recomendaciones efectuadas por el TDLC, al mandatario de las mismas y los efectos que éstas producen en el sector regulado. Crear mecanismos de coordinación para el seguimiento de las recomendaciones del Tribunal a los órganos de la administración, asumiendo cierto grado de responsabilidad al omitir infundadamente la opinión de la autoridad de libre competencia.

Siguiendo a Coase y Posner, lo óptimo es que se mejore la relación entre costos y beneficios sociales, logrando la mayor eficacia del sistema.

Actualmente el órgano más óptimo para ejercer dicha atribución sigue siendo el TDLC, pues cuenta con la habilitación jurídica y técnica para llevar a cabo una proposición y manifestar la necesidad y orientación que tendrá un cambio en la regulación.

Al mantener la atribución en un órgano adecuado y expresamente autorizada para ello e invirtiendo más en el proceso y fiscalización de esta atribución, aumentando los costos administrativos, podría mejorar la decisión y resultado final de la propuesta, disminuyendo el riesgo de una decisión errónea (costo del error).

Finalmente, no debemos olvidar que el régimen del servicio público debe tener presente como fin último la satisfacción de las necesidades públicas, contando con herramientas legales suficientes para atenderlas, dejando de lado las consideraciones de los intereses particulares.

BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO VARGAS, Francisco (2011): "Informe en Derecho: Alcance y Límites de la Potestad Normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia" Disponible en: <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/09-08-11%20INFORME%20EN%20DERECHO%20DE%20FRANCISCO%20AGUERO%20VARGAS%20VTR%20BANDA%20ANCHA%20CHILE%20.SA.pdf>.
- ALARCÓN, Rodrigo (2012): "La próxima Agencia de Calidad de Políticas Públicas bajo la lupa de los especialistas" Disponible en: <http://radio.uchile.cl/2012/09/11/la-proxima-agencia-de-calidad-de-politicas-publicas-bajo-la-lupa-de-los-especialistas>.
- CABANELLAS, Guillermo (2006): "El análisis económico del Derecho. Evolución Histórica. Metas e instrumentos", en KLUGER, Viviana, *Análisis económico del Derecho* (Buenos Aires, Editorial Heliasta).
- CENTRO DE LIBRE COMPETENCIA UC: "En busca de un método de evaluación del impacto, desde el punto de vista de la libre competencia, de normas legales y reglamentarias, y su integración con la facultad propositiva del N°4 del Art.18 del DL211 de 1973"** Disponible en: http://www.lcuc.cl/home2011/wp-content/documentos/papers/Ambito_Preliminar_Investigacion,ConvenioFNECentro_Libre_CompetenciaUC.pdf.
- COASE, Ronald (1992): "El problema del costo social", *Estudios Públicos*, vol. 45.
- COLEMAN, Jules (2004): "Los Fundamentos del Bienestar", *Revista de Derecho y Humanidades*, N°10, p. 17-46.
- CRUZ TANHNUZ, María Elina (2010): "Evaluación de impacto regulatorio en libre competencia" Disponible en: <http://www.lcuc.cl/home2011/wp-content/documentos/presentaciones/presentaciones%20v%20jornada/MEC.pdf>.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2012): "Comentarios al borrador de sector público y libre competencia", *Material de Promoción N° 4*. Disponible

en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Comentarios-G-Sector-Publicos-Version-final-copia.pdf>.

IRARRÁZABAL PHILIPPI, Felipe (2010): "El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia". Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO_0001_2010.pdf.

JARA MIRANDA, Eduardo (2010): "Sexta Cuenta Pública Del Presidente Del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia". Disponible en: <http://www.tdlc.cl/UserFiles/P0001/File/CUENTAS%20PUBLICAS%20TDLc/Cuenta%20Publica%202010.pdf>.

JUNGMANN DAVIES, Ricardo y PEÑA BURGOS, Richard (2008): *Informe final sobre la facultad propositoria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Artículo 18 N° 4 DL 211)* (Santiago de Chile, Centro de Libre Competencia UC).

MASS SANTIBÁÑEZ, Mauricio (2011): *Estudio de las modificaciones introducidas al D.L. N° 211 sobre libre competencia en especial acerca del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Universidad de Chile).

MENCHACA OLIVARES, Tomás (2014): "Cuenta Pública del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia" Disponible en: <http://www.tdlc.cl/UserFiles/P0001/File/CUENTAS%20PUBLICAS%20TDLc/Cuenta%20Pblica%202014.pdf>.

MONTT OYARZÚN, Santiago (2010): *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas* (Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile).

MUFDI GUERRA, Nader (2012): *Institucionalidad De La Libre Competencia En Chile: Una Evaluación Práctica* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Universidad de Chile).

OECD (2007): *Manual de Evaluación de la Competencia (OECD Competition Assessment Toolkit)* p. 18-25.

OCDE (2007): *Derecho y política de la competencia en América Latina: Exámenes Inter-Pares en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú* (Banco

- Interamericano de Desarrollo, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico).
- PFEFFER URQUIAGA, FRANCISCO (2014): "Tribunal de Defensa de la Libre Competencia recomienda normativa". Disponible en: <http://derecho-scl.udd.cl/noticias/2014/03/tribunal-de-defensa-de-la-libre-competencia-recomienda-normativa-sobre-prestacion-de-servicios-de-telecomunicaciones-en-inmuebles-sujetos-a-regimen-de-copropiedad-inmobiliaria/>.
- SEVERÍN HONORATO, Ana María (2012): "El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad" (Memoria para optar al grado académico de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Universidad de Chile).
- SILVA PRADO, José (2011): "Informe en Derecho, Facultad Derecho PUC de Chile". Disponible en: <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe%20en%20Derecho%20Jose%20Pedro%20Silva.pdf>.
- TAPIA CANALES, Javier (2013): "Sobre los 10 años del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile". Disponible en: <http://lalibrecompetencia.com/2013/10/16/sobre-los-10-anos-del-tribunal-de-defensa-de-la-libre-competencia-de-chile/>.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2001): *La libre competencia en el Chile del bicentenario* (Santiago, Thomson Reuters, Centro de la Libre Competencia UC).
- VALDÉS PRIETO, Domingo (2006): *Libre Competencia y Monopolio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 585-701.
- VALDÉS PRIETO, Domingo (2007): "Independencia de la Fiscalía Nacional Económica: Una proposición para garantizarla", *En foco*, vol. 104.
- VELOZO, Javier y GONZÁLEZ, Daniela (2011): "Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia", en TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, *Libro La libre competencia en el Chile del Bicentenario* (Santiago, Editorial Thomson Reuters Puntotex) pp. 21-71.

PÁGINAS WEB

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (BCN). Disponible en: <http://www.bcn.cl>.

DIARIO LA TERCERA: “Proyecto que crea Agencia de Evaluación de Políticas Públicas irá al Congreso” (Publicado el 13 De Enero Del 2014) Disponible en:

<http://www.sustentare.cl/2014/01/13/proyecto-que-crea-agencia-de-evaluacion-de-politicas-publicas-ira-al-congreso/>.

SENADO DE CHILE: Trámite de Proyectos. Disponible en: <http://www.senado.cl/>.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Auto Acordado N° 5/2004 del TDLC.

D.F.L. N° 1 del 7 de marzo de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 211 de 1973.

Ley N° 19.911 del 14 de noviembre de 2003, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Ley N° 20.285 del 20 de agosto de 2008, sobre Acceso a la Información Pública.

Ley N° 20.361 del 13 de julio de 2009, que Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Mensaje de S.E. el Presidente de la República del 17 de mayo de 2002, con el que se inicia un Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Mensaje N° 132-346.

Mensaje de S.E. el Presidente de la República del 5 de junio de 2006, con el que inicia un proyecto de Ley que modifica el Decreto con Fuerza de ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Mensaje N° 134-354.

JURISPRUDENCIA CITADA

Excma. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 9265-2010, consideración décimo quinta

Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, 15 junio 2010, Resolución Rol NC N° 379-10.

Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, 2 de julio de 2009.
Proposición N° 10/2009. Parte pertinente de Sentencia N°85/2009.

Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, 4 de marzo de 2010.
Proposición N° 11/2010. Parte pertinente de Sentencia N°97/2010.

Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, 27 de enero de 2011.
Proposición N° 12/2010 “Sobre Régimen de Acceso a los Recursos Pesqueros”, Rol ERN 12-10.

Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, 19 enero 2011, Proposición de modificación normativa N° 13/2011.

Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, Sentencia 2/2004.

Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, Sentencia 18/2005.

Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, Sentencia 44/2006.

Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, Sentencia 55/2007.

