

LA POTESTAD CONSULTIVA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: ¿JURISDICCIONAL O ADMINISTRATIVA?¹⁻²

Pablo Fuenzalida C. - Mario Valderrama V.³

RESUMEN: En este trabajo se aborda el carácter de la potestad establecida por el art. 17 C Nº 2 del D.L. Nº 211. Para ello se analizan diversos modelos de regulación relativos a la intervención estatal en la economía. Se sostiene en el presente trabajo que nuestra Constitución consagra la libertad económica como derecho fundamental.

Asentado lo anterior cabe determinar el carácter jurídico de esta potestad existiendo al respecto dos alternativas: que esta potestad sea jurisdiccional o que se asimile más a una de carácter administrativo. Concluimos en el siguiente trabajo que la naturaleza jurídica de esta potestad es administrativa, aunque reviste múltiples características sui generis.

PALABRAS CLAVE: Modelos de regulación - Libertad económica - Potestad jurisdiccional - Potestad administrativa.

ABSTRACT: This paper discusses the kind of normative power established by art. 17 C number 2 from D.L. Nº 211. For this purpose we analyze different regulation models concerning State intervention on the economy.

We affirmed that the Chilean Constitution establishes economical freedom of individuals as a constitutional right.

Upon this, the last thing to discuss is what kind of normative power is the one established in the statute: if it is adjudicative or if it is more like an administrative or executive power. In this paper it is assumed the second possibility, but accepting that it has multiple sui generis characteristics.

1 Agradecemos al profesor Domingo VALDÉS PRIETO por su motivación y las interesantes conversaciones que tuvimos con las cuales pudimos mejorar en varios aspectos el argumento. También agradecemos los comentarios y el generoso apoyo bibliográfico del profesor Carlos CARMONA. El profesor Lucas SIERRA tuvo la amabilidad de revisar una versión más avanzada del mismo y con sus críticas pudimos mejorarlo en la forma y en el fondo. Los errores obviamente son nuestros.

2 Para facilitar la lectura, hemos utilizado ciertas abreviaturas a lo largo del trabajo, que pasamos a detallar. CP: Comisión Preventiva; CR: Comisión Resolutiva; TDLC: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Los fallos de ambas comisiones pueden consultarse en www.fne.cl

3 Estudiantes de Derecho Universidad de Chile.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 19.911 (14/11/2003) modificó el D.L. N° 211, perfeccionando varios de los defectos del diseño institucional que presentaba dicho cuerpo legal. Una de las principales modificaciones consiste en la eliminación de las comisiones resolutorias y preventivas, tanto a nivel central como regional, y la creación de un nuevo y mejorado Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Esta modificación conllevó no sólo a otorgarle un carácter prevalentemente jurisdiccional a esta nueva institución, sino que también el traspaso de las funciones que tenían las comisiones preventivas al TDLC, principalmente aquella que permitiría que tanto los agentes del mercado como las autoridades consultaran si una actuación, actual o eventual, atentaba o no contra la libre competencia⁴.

La reciente modificación incorporó dicha facultad en el art. 17 C N° 2, el cual prescribe lo siguiente:

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

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, así como aquellos que le presenten quienes se propongan ejecutarlos o celebrarlos, para lo cual, en ambos casos, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos;

La naturaleza jurídica de esta potestad no resulta obvia y su determinación es importante tanto desde el punto de vista teórico como desde el punto de vista práctico. Antes de analizar dicha materia nos parece que la existencia de la potestad en comento se justifica por diversas razones de índole jurídica y económica.

Desde el punto de vista jurídico, esta potestad otorga una mayor certeza a los agentes económicos. Ella es un contrapeso a la amplitud e indefinición del injusto monopolístico consagrado en el Decreto Ley N° 211⁵.

Desde una óptica económica, podemos comenzar señalando que, aunque inicialmente las reglas relativas a los contratos, a la responsabilidad por daños y sobre propiedad buscaban el buen funcionamiento del mercado, ellas por sí mismas no lo lograron⁶ debido a la existencia de lo que la literatura especializada denomina fallas de mercado; principalmente ellas son las asimetrías severas de información, las externalidades, los bienes públicos y el monopolio, entre otros. Además de ellas encontramos también los denominados costos de transacción que consisten principalmente en todos aquellos impedimentos a la negociación

4 Artículo 8° del Decreto Ley N° 211 original: Las Comisiones Preventivas Regionales tendrán las siguientes atribuciones y funciones:

b) Pronunciarse respecto de las consultas que se formulen sobre actos o contratos que se propongan ejecutar o celebrar en cuanto puedan alterar la libre competencia.

5 Artículo 3°: "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 17 K de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso". Por no ser objeto de este trabajo tan sólo enumeraremos algunos de los supuestos bienes jurídicos tutelados por el D.L. N° 211: la libertad de ejercer cualquier actividad económica, el bienestar de los consumidores, la autonomía de la voluntad, la igualdad en el mercado, la eficiencia económica. Al respecto puede verse VALDÉS Prieto, Domingo, *La discriminación arbitraria en el Derecho Económico*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1992, pp. 96-101. También pueden verse los diversos criterios que en esta materia ha seguido la CR en las Resoluciones N°s. 171, 316 y 368.

6 SUNSTEIN, Cass, *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, Harvard University Press, Cambridge, 1993, p. 48.

entre partes. Pensemos, por ejemplo, en concesiones de infraestructura portuaria. Se ha dado la práctica de que cada actor que llama a una concesión privada cambie con escasa claridad las restricciones que afectarán a los operadores en las bases de licitación respectivas, entorpeciendo tanto las etapas de negociación como la de ejercicio mismo del concesionario adjudicatario. Por la vía de esta potestad, la CP Central señaló que tanto los conflictos actuales como potenciales podrían evitarse en la medida que los contratos de concesión de infraestructura portuaria establezcan con mayor claridad las eventuales restricciones que afectarán a los operadores que compiten con el concesionario⁷. Esta sugerencia apunta hacia las futuras licitaciones en esta materia y en zanjar estos problemas que sólo traen mayores costos de transacción, por cuanto cada uno de los competidores por la adjudicación de la concesión contratará estudios técnicos para evaluar los riesgos y las inminentes restricciones, o en su defecto, utilizará la vía jurisprudencial o administrativa para obtener la certeza adecuada. Como se ha señalado:

“El principal costo de transacción es el de combinar el riesgo con otros riesgos para reducirlo o minimizarlo; cuando el autoaseguramiento es viable, este costo podría ser menor que en el caso que deba comprarse un seguro en el mercado⁸”.

Otra falla de mercado ya enunciada anteriormente es la existencia de asimetrías severas de información, las que podemos definir como el *“desbalance de la información entre las partes de un intercambio, tan severo que se impi-*

de el intercambio⁹”. En el mercado local, se ha dado la práctica de que dentro de las bases de licitación se establezca la renuncia anticipada a la impugnación del proceso y de su resultado final. Esta práctica ha sido restringida por la vía consultiva, al dictaminar la CP que ellas atentan a la libre competencia por obstruir un proceso de licitación transparente e igualitario para todos los participantes. Al renunciar anticipadamente a los recursos de impugnación, muchos se abstendrán de competir y sólo podrán continuar en el procedimiento quienes puedan invertir más en obtener información sobre la real transparencia del proceso en cuestión, lo que no garantiza que los últimos sean los mejores postulantes¹⁰.

Además, el uso de esta potestad permitirá una mayor eficiencia al desjudicializar posibles conflictos, reduciendo los costos de litigación. El no someter éstos al TDLC o incluso a los tribunales ordinarios significa un verdadero subsidio para los litigantes por parte de los que se excluyen de litigar.

En los apartados siguientes desarrollaremos el problema central sobre el que versa este artículo. Para ello es necesario explicar los diversos modelos que han existido en el derecho de la libre competencia en relación a la intervención del Estado en la economía; para luego analizar el marco jurídico en el cual se desenvuelven las actividades económicas en nuestro país, principalmente el marco constitucional. En los últimos apartados analizaremos las diversas tesis que existen respecto al carácter jurídico de esta potestad y plantearemos nuestra postura y sus consecuencias jurídicas al respecto.

7 Dictamen N° 1.274, considerando 17.

8 POSNER, Richard, *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2000, p. 104.

9 COOTER, Robert y ULLEN, Thomas, *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1999, p. 65.

10 A modo de ejemplo ver Dictámenes N°. 1.249 y 1.253.

II. DIFERENTES MODELOS DE PROTECCIÓN CONTRA POSIBLES ATENTADOS A LA LIBRE COMPETENCIA

Como una cuestión previa al análisis de la naturaleza de la potestad consagrada en citado artículo 17 C N° 2 del actual D.L. N° 211, cabe determinar qué modelo recoge nuestro ordenamiento, teniendo presente que en el ámbito de la doctrina comparada se han formulado al menos tres modelos para dar tratamiento a posibles atentados a la libre competencia.

En el ámbito del derecho continental europeo, en primer lugar, se encuentra el sistema de autorización, enmarcado en el denominado poder de policía. En este modelo la prohibición es la regla general. De esta forma el acto administrativo remueve una prohibición establecida por la administración. La remoción de la prohibición por parte de la administración se fundamenta en razones de interés público calificadas por la propia administración. En consecuencia, en este modelo existe un impedimento normativo que prohíbe posibilidades de acción libre y con ello se considera que la libertad no es válida en sentido jurídico¹¹.

La prohibición con reserva de permiso es la regla de derecho que consta de dos partes distintas. Una, la prohibición, dice siempre lo mismo: no debe ejercerse tal empresa. La reserva de permiso, por el contrario, puede revestir fórmulas muy diferentes según la mayor amplitud de ac-

ción asignada a la voluntad de la autoridad: esta va desde la apreciación libre hasta la simple aplicación al caso individual de la regla que determina el permiso. El permiso no se confunde con el simple reconocimiento de la libertad: antes del ejercicio de ella debe cumplirse una formalidad; es preciso haber obtenido el permiso, para comprobar que el ejercicio de la libertad es posible¹².

A partir de este modelo se construyó el sistema regulativo en los países de Europa continental. Parten de la base de la inexistencia de un derecho subjetivo previo. Estas regulaciones tienden cada vez más a exigir a los particulares el deber de solicitar a las autoridades administrativas la autorización para realizar determinadas conductas.

En este sistema básicamente se puede hablar de una autorización singular y un sistema de exención por categorías. La primera consiste en una prohibición prevista para todos los agentes económicos y a través de un dictamen concreto la administración remueve esa prohibición. La técnica denominada exención por categoría, que fue establecida en el Tratado de Roma, consiste también en una prohibición general con excepción de determinadas tipologías fijadas en una norma. Estas normas de excepción son un eximente al régimen de prohibición general¹³.

En el segundo modelo¹⁴ en principio se establecen normas que permiten el ejercicio de posibilidades de acción, pero ello no inhibe al Estado para establecer mandatos y prohibiciones que limiten el ejercicio de dichos derechos

11 Analizado esto desde el punto de vista de la lógica deóntica, la prohibición es la negación de la permisión. La posición de libertad, en cambio, se fundamenta en un sentido fuerte, en la ausencia de una prohibición y en la ausencia de un mandato. La libertad puede ser entendida como una relación triádica entre el titular de la libertad, un impedimento de la libertad y un objeto de la libertad. En este sentido se puede señalar que la libertad no es válida entendida en su sentido jurídico para el modelo de Mayer. Para este análisis, ver ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 200-201.

12 OTTO MAYER, citado en SORIANO, José Eugenio, *Derecho Público de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 551.

13 SORIANO (n. 11), p. 573.

14 SORIANO (n. 11), pp. 550-551.

sólo en el caso de que existan intereses públicos involucrados que fundamenten la restricción¹⁵. En el caso que existan mandatos o prohibiciones, el particular puede fundamentar que, en su caso, no se configura una razón de interés público que justifique la restricción de su libertad, debiendo el Estado, en efecto, respetar en este caso dicha libertad al ejercicio de sus posibilidades de acción. Presupone la existencia del derecho sin que sea relevante la autorización del Estado y, en consecuencia, no existe discrecionalidad de establecer mandatos y prohibiciones ya que en este modelo existe preeminencia de la libertad por sobre las potestades públicas.

El tercer modelo es el sistema norteamericano basado en la llamada *rule of reason*, formulada en el caso "*Chicago Board vs United States*", donde se estableció que el tribunal debía considerar los hechos concretos de los asuntos en que se produjo la práctica restrictiva de la libre competencia, su situación antes y después, la naturaleza de la práctica restrictiva y su efecto real o probable. Respecto a los poderes de policía, gozan de mayor discrecionalidad al existir tipos muy amplios en la *Sherman Act* y la *Clayton Act*, por lo que se establecen principios-guía (*guidelines*) de conducta para facilitar la labor del operador. El aporte del derecho norteamericano consiste precisamente en incorporar al concepto clásico de poderes de policía, la promoción del bienestar *general (broad and plenary)*, el cual ha sido criticado por cuanto ha terminado confundiendo con el propio poder de legislación. No ha influido directamente en nuestra legislación con relación a esta materia en particular, la del carácter de la potestad con-

sultiva, aunque históricamente sí fue influyente el modelo de la *Sherman Act*, que fue seguido parcialmente en la primera ley antimonopolio nacional¹⁶.

IV. LA CONSTITUCIÓN Y LA LIBERTAD ECONÓMICA

Nuestro ordenamiento jurídico se estructura sobre la base del principio de libertad para desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan. Este derecho fundamental ha sido consagrado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución. Dentro del ámbito de la afectación de los derechos fundamentales están, por cierto, el establecimiento de prohibiciones y mandatos. Como se ha señalado, "*el modelo de libertades básicas que desarrolla la nueva Constitución chilena supone que esa máxima se transforme en principio que recorra la actividad educacional, cultural, económica y social. En el fondo, supone que no sean las libertades y garantías las que hay que fundamentar jurídicamente, sino, precisamente y en forma muy cuidadosa, las excepciones. Ese solo avance metódico sería un paso enorme hacia un régimen constitucional efectivo*"¹⁷.

Por esto, una interpretación del D.L. N° 211 acorde con la Constitución debe contemplar la indeterminación de la libertad, la cual sólo es dable de ser protegida por normas negativas. Se ha entendido el problema de la libertad negativa con la siguiente formulación: "[*Libertad en*] Sentido 'negativo', es el que está implicado en la respuesta que contesta a la pre-

15 Es el caso de los llamados servicios públicos o de utilidad pública, que el Estado otorga su explotación por la vía de concesiones de servicio público (aguas, electricidad, telecomunicaciones, gas).

16 SORIANO (n. 11), pp. 549-550; CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 73-74.

17 BARROS, Enrique, "La interpretación de la Constitución desde la perspectiva de la Teoría del Derecho", en *Revista de Derecho Público* N° 29-30 (1981), p. 33.

gunta “cuál es el ámbito en que al sujeto —una persona o un grupo de personas— se le deja o se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que en ello interfirieran otras personas”¹⁸.

La libertad entonces, goza por regla general de una esfera de inmunidad frente a las posibles intervenciones, por lo cual las normas que la regulan en su aspecto económico deben interpretarse ponderando si amplían o restringen el ámbito de la libertad para realizar actividades económicas y sus excepciones deben ser enunciadas con exactitud y aplicadas de la forma más racional posible¹⁹. En consecuencia, desde el punto de vista constitucional no es aplicable el sistema de autorización.

Como argumento adicional se puede sostener que el modelo de la autorización re-

presenta una concepción históricamente vinculada al autoritarismo prusiano propia del modelo de Estado bajo el gobierno de Bismarck, y posteriormente rescatada por el Estado de Bienestar como una técnica para intervenir en la economía, que no tiene asidero bajo nuestra Constitución vigente²⁰. Además presupone una teoría de las normas en la cual sólo son tales los mandatos y las prohibiciones, y se niega tal carácter a las normas permisivas, lo cual no resulta coherente bajo el alero de la Constitución que, al resguardar esta permisión bajo la forma jurídica de un derecho fundamental, impide que normas inferiores eliminen dicha libertad. Es por ello que se puede afirmar que la Constitución sigue claramente el segundo modelo antes descrito.

18 BERLIN, Isaiah, *Cuatro Ensayos sobre la Libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, p. 191. No está exenta de críticas esta noción de la libertad que la clasifica en sentido negativo y positivo. Autores como Holmes y Sunstein han criticado esta concepción de libertad, por cuanto desde el punto de vista normativo, todos los derechos requieren del actuar positivo del Estado, a través de la creación y mantenimiento de instituciones que velen por ellos, lo que en términos económicos requiere de la existencia de gasto público. “Si los derechos fueran meras inmunidades frente a la interferencia pública, la mayor virtud del gobierno (en cuanto al ejercicio de los derechos concierne) sería la parálisis o la discapacidad. Pero un estado discapacitado no puede proteger las libertades personales, incluso aquellas que parecen completamente ‘negativas’, como el derecho a no ser torturado por policías ni guardias carcelarios. Un estado no puede establecer visitas médicas de control en las cárceles y prisiones por doctores asalariados vía impuestos, preparados para enviar evidencia creíble al tribunal, no puede proteger efectivamente a quienes están encarcelados de las torturas y golpizas. Todos los derechos tienen un costo porque todos los derechos presuponen fondos provenientes de los impuestos de la efectiva maquinaria supervisora para el monitoreo y la seguridad”. HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass, *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, Norton, New York, 1999, p. 44. La traducción es nuestra.

19 BARROS, Enrique, “Legislación y práctica de la libre competencia. Un coloquio con el profesor Ernst J. Mestmäcker”, en *Estudios Públicos* N° 17, verano (1985), p. 12.

20 Pero que tuvo asidero bajo la Constitución de 1925. Como señalaba Góngora, respecto a las bases que inspiraron el establecimiento del Estado de Bienestar en Chile: “En el fondo, pues, el socialismo de Estado que representaron Alessandri y después Ibáñez es un recurso conservador —a la alemana, como en tiempos de Bismarck— contra la revolución social”. GÓNGORA, Mario, *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*, Editorial Universitaria, Santiago, 1998, pp. 164-165. Carl SCHMITT definía de la siguiente forma al Estado de Bienestar, en su famoso libro *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 135-136: “El Estado se convierte en ‘auto-organización de la sociedad’. Desaparece entonces, como ya hemos indicado, la consabida distinción entre Estado y sociedad, Gobierno y nación, desde el momento en que todos los conceptos e instituciones (Ley, presupuesto, autonomía administrativa) contruidos sobre dicha premisa comienzan a plantear nuevos problemas. Pero, al mismo tiempo, se opera una transformación más vasta y más profunda. Organízase la sociedad misma en Estado: el Estado y la sociedad deben ser fundamentalmente idénticos. Con ello todos los problemas sociales y económicos se convierten en problemas políticos y no cabe distinguir ya entre zonas concretas político-estatales y político-sociales. Todas las antítesis que resultan de la premisa del Estado neutro, como una consecuencia inmediata de la distinción entre Estado y sociedad, y que sólo son casos concretos y manifestaciones metafóricas de esta distinción, cesan por completo... La sociedad convertida en Estado, se transforma en Estado económico, Estado cultural, Estado previsor, Estado bienhechor, Estado benéfico, el Estado resultante de la auto-organización de la sociedad no puede ya separarse realmente de ella y abarca todo lo social, es decir, todo aquello que guarda relación con la convivencia humana. En él no existe ya sector alguno frente al cual pueda observar el Estado una neutralidad incondicional en el sentido de la no intervención”.

Respecto al artículo 17 C N° 2, su diseño normativo es armónico con la carta fundamental. Esta norma legal contemplaría un mecanismo que se estructura en dos niveles. El primer nivel se configura de la siguiente forma²¹: un titular del derecho fundamental de libre iniciativa económica, quien tiene frente al Estado una inmunidad cuyo correlativo es la incompetencia del órgano estatal para eliminar o restringir tal derecho. El segundo nivel deriva del sometimiento del particular a la decisión del TDLC, teniendo como correlativo la sujeción frente a la decisión del Tribunal. Es en este segundo nivel en el cual podemos señalar que, en un sentido estricto, es una potestad ya que las normas creadas en virtud de su ejercicio son obligatorias para su destinatario sin ser su asentimiento condición de validez de la misma²².

V. EL CARÁCTER DE LA POTESTAD CONSULTIVA: DOS POSIBILIDADES

Asentado lo anterior cabe determinar la naturaleza jurídica de esta potestad existiendo al respecto dos alternativas: a) esta potestad es

jurisdiccional o b) esta potestad por sí misma se asimilaría más a una de naturaleza administrativa.

a) Los argumentos para sostener que se trata de una potestad jurisdiccional son, en primer lugar, que es la misma ley la que define al órgano como uno de carácter jurisdiccional, sometiéndolo a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema²³. En segundo lugar, esta potestad al estar consagrada en forma expresa por la ley cabría considerarla dentro de la jurisdicción no contenciosa reconocida en nuestro ordenamiento procesal²⁴. En tercer lugar, parte de la doctrina al definir jurisdicción habla de “dirimir en justicia conflictos actuales o *eventuales*”²⁵. Ello tiene asidero en nuestro ordenamiento jurídico. Un ejemplo de ello es el caso del Tribunal Constitucional al cual se le consagró una facultad de conocimiento previo al conflicto, que se conoce en doctrina como jurisprudencia de certeza, con el fin de revestir de validez²⁶ a las normas respectivas en conformidad con el texto constitucional²⁷. Otro ejemplo son las acciones de amparo y protección, en las cuales se permite su ejercicio en forma preventiva. Finalmente, la propia ley consagra un concepto

21 En este punto seguimos las categorías de HOHFELD, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México D.F., 2001, p. 47.

22 BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio, *Los Modos de Creación de las Normas Jurídicas en el Derecho Chileno*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Materiales de clases inéditos, Santiago, 1998, p. 15.

23 Artículo 7°: “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 libre competencia”.

24 Artículo 2° del COT: “También corresponde a los tribunales intervenir en todos aquellos actos no contenciosos en que una ley expresa requiera su intervención”.

25 Hugo PEREIRA citado en MATURANA, Cristián, *La jurisdicción*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Materiales de clase, Santiago, 2001, p. 11. El destacado es nuestro.

26 “[E]l juicio de validez va referido no a la forma de la norma, sino a su contenido, y afecta a la relación de la norma con las determinaciones existentes en niveles superiores del ordenamiento: su vinculación a valores y principios constitucionales es lo que motiva que, en todo caso, sea un juicio complejo pero de carácter jurídico, interno al ordenamiento, y no moral o político. Puesto que responde al modelo de los juicios de valor, resultará ser opinable, variable y flexible. La posibilidad, de realización gradual, de ponderación entre los distintos valores que expresan las normas y de desviación respecto de los principios del ordenamiento, son los datos que permiten formular juicios de validez”. PEÑA Freire, Antonio, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 98-99.

27 Art. 82 N° 2 de la Constitución.

de jurisdicción distinto al constitucional y al del COT, al señalar que consiste en *prevenir, corregir y sancionar* los atentados a libre competencia²⁸.

El planteamiento de que se trata de una potestad jurisdiccional puede ser objetado desde varios puntos de vista. En primer lugar, esta postura entraña un concepto de jurisdicción orgánico consistente en que dicha actividad se vincula sólo a los tribunales establecidos por la ley, pero pierde de vista la función misma de la jurisdicción como método de resolución de conflictos, siendo este rasgo lo distintivo de esta potestad de otras potestades establecidas en resto del ordenamiento. Desde este punto de vista, a nuestro juicio, *es la función la que caracteriza al órgano y no el órgano el que caracteriza a la función*. Un ejemplo claro de lo anterior es que el Senado actúa como tribunal respecto de las acusaciones constitucionales²⁹. En definitiva, el concepto orgánico de jurisdicción presupone aceptar una teoría de la separación de poderes en su sentido radical, que no se condice con la estructura estatal vigente, por lo que resulta adecuado hablar de distribución de funciones³⁰.

En segundo lugar, la doctrina mayoritaria le asigna como característica a la jurisdicción la resolución de los conflictos con eficacia de cosa juzgada. Uno de los elementos que configura la cosa juzgada es la inmutabilidad de la decisión tomada por el tribunal. El legislador sólo en casos muy excepcionales permite

que la sentencia dictada por un órgano de carácter jurisdiccional pueda ser modificada por el cambio de las circunstancias del caso. A lo anterior hay que sumar que el legislador ha establecido requisitos adicionales para que sea posible la revisión de una decisión tomada en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Es así que en materia civil sólo la Excelentísima Corte Suprema está facultada para revisar las sentencias firmes por las causales taxativas establecidas en el artículo 810 del Código de Procedimiento Civil. En materia penal tanto en el Código de Procedimiento Civil como en el Código procesal Penal se faculta a la Excelentísima Corte Suprema para revisar extraordinariamente las resoluciones firmes por las causales establecidas por el legislador en los artículos 657 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 473 del Código Procesal Penal, las cuales también son taxativas. En cambio, el TDLC, sobre la base de nuevos antecedentes, puede modificar su decisión de oficio a pesar de que el particular hubiere recibido un informe favorable con anterioridad. La relevancia de las circunstancias es determinada por el mismo TDLC. En la hipótesis que existiera cosa juzgada esta facultad del tribunal no sería posible por cuanto se entiende que una de las cualidades de la cosa juzgada es que la decisión del tribunal es inmutable, a menos que la ley establezca un recurso que permita al tribunal revisar su decisión en caso de cambio en las circunstancias. Además no existe causal de

28 Art. 73 de la Constitución habla de conocer, juzgar y ejecutar lo juzgado. Igualmente conceptos utiliza el art. 1° COT.

29 Art. 49 N° 1 de la Constitución.

30 Nuestro Tribunal Constitucional así lo falló en la causa Rol N° 176: "*Séptimo: Que teniendo en consideración que el artículo 74 de la Constitución Política de la República, prescribe que es materia de ley orgánica constitucional la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia, es forzoso concluir, que el artículo 13 A del proyecto de ley en estudio versa sobre el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a un funcionario administrativo, que, al ejercerlas, actúa como un tribunal de primera instancia cuyas resoluciones son revisadas en segunda instancia por otro tribunal. Por lo anterior las materias pertinentes contenidas en dicho artículo 13 A que se señalan en el considerando siguiente, se encuentran dentro de la órbita propia de la ley orgánica constitucional antes referida según se desprende del texto constitucional y la jurisprudencia de este Tribunal*". El fallo puede consultarse en el sitio web del Tribunal Constitucional (www.tribunalconstitucional.cl).

inhabilidad para los miembros que dictaminaron con anterioridad la conformidad del acto con la libre competencia³¹.

En tercer lugar, respecto a los sujetos del conflicto, la ley no habla de demandante ni de demandado, sino que de *quien tenga interés legítimo*. Esto es relevante por cuanto el uso que se le puede dar a esta facultad por parte de un competidor puede derivar en un conflicto en cuanto ella sea utilizada para crear una barrera artificial de entrada. Pero en este caso, el determinar si existió o no legitimidad del interés, se resolverá en sede jurisdiccional y no por esta vía consultiva³². Por lo tanto, no nos encontramos ante un conflicto entre dos o más sujetos sino que tan sólo ante la posibilidad de que surja uno.

*El carácter específico del juicio –su diferencia específica respecto de la administración– reside en una relación de dos partes y un juzgado, una relación asociada con la resolución de un tema de competición. Los jueces no juzgan los temas que no están en disputa*³³.

Atendidos estos argumentos nos parece que podemos dar por descartada, en nuestra opinión, su naturaleza jurisdiccional quedando dilucidar si ella es de carácter administrativo.

b) Para determinar si se trata de una potestad administrativa recordemos algunas características de éstas. Las funciones administrativas se caracterizan³⁴ en que el acto administrativo debe emanar de un procedimiento (art. 18 D.L. Nº 211)³⁵; el ser reclamable ante un órgano jurisdiccional (art. 18 inc. final D.L. Nº 211); el ser mutable (art. 19 D.L. Nº 211); su procedimiento es de naturaleza rígida en sentido orgánico y funcional; y su finalidad es satisfacer necesidades públicas. Pero cabe señalar que estamos ante una potestad difícil de encasillar en el ordenamiento administrativo nacional. Se señala que la administración hace cumplir sus actos, pero el D.L. Nº 211 confiere dicha facultad al Fiscal Nacional Económico³⁶. También cabe señalar que la regla general respecto a los actos administrativos es que sean controlados administrativamente por la Contraloría, aunque debe la ley señalar qué actos están sometidos a control, aparte de los ya enumerados en la Constitución, lo que no sucede en este caso; por lo tanto resulta asimilable a un acto exento.

Pero el mayor problema se presenta en la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo que no contempla a este órgano dentro de los órganos de la Administración, como tampoco lo hace la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado. Ello re-

31 Ver art. 19 D.L. Nº 211.

32 En la resolución 169 de la CR, la Compañía Chilena de Fósforos utilizó entre otros procedimientos legales la vía de la denuncia ante la CP Central en contra de INDUGAS S.A., denuncia que además de ser rechazada por la CP, posteriormente fue condenada por la CR por abusar de sus derechos a recurrir ante las diversas autoridades al utilizarlos para impedir, o al menos restringir, la competencia que significarían los productos a importar.

33 DAMASKA, Mirjan R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 154-155. Antes de analizar si es una potestad administrativa, nos parece cuestionable la postura del profesor Ruiz-Tagle, quien concibe a la "comisión antimonopolio" como un tribunal aplicador de políticas, por cuanto no da un argumento de por qué debiera ser de tal calidad, concepción que difícilmente puede ser aplicable atendiendo la estructuración de nuestro ordenamiento jurídico. RUIZ-TAGLE, Pablo, *Derecho, justicia y libertad*, Fontamara, México D.F., 2002, p. 101.

34 En esto hemos seguido a MATURANA (n. 24), p. 40.

35 Ver art. 60 Nº 18 Constitución.

36 Artículo 27 inc. 2º: Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico: letra e) velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicten el tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere esta ley.

sulta relevante por cuanto la primera define al acto administrativo como “*las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contiene declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública*” (art. 3° Ley N° 19.880), y dentro de sus elementos señala que deben ser actos que emiten órganos de la Administración, siendo éste un órgano que no reviste legalmente ese carácter, sino que primordialmente es un órgano jurisdiccional. Sin embargo, en nuestro ordenamiento existen otras potestades administrativas legalmente consagradas de órganos que no pertenecen a la Administración, como es el caso de los Auto Acordados de la Corte Suprema³⁷ y del Tribunal Constitucional³⁸, o los reglamentos internos de la Cámara de Diputados y del Senado³⁹. Por lo tanto, estaríamos ante un caso especial, pero no ajeno a nuestro ordenamiento. Respecto a este punto resulta interesante señalar que aunque tradicionalmente se ha señalado que la LOCBGAE contempla una enumeración taxativa o *numerus clausus*, ello ha comenzado a ser abandonado por cierta doctrina nacional. Se ha señalado que la mención que dicha ley hace de los órganos es meramente declarativa de lo dispuesto en la propia Constitución⁴⁰, basándose en el fallo del Tribunal Constitucional que recayó sobre el Proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Los principales considerandos para estos efectos son los siguientes:

4°.- *Que durante la tramitación del proyecto remitido se produjeron divergencias de opiniones en cuanto a su ámbito de acción, derivadas, fundamentalmente, de las distintas interpretaciones que pueden darse a las expresiones “Administración del Estado” y “Administración Pública” que se utilizan en forma indistinta, en el artículo 38 de la Constitución y en el epígrafe bajo el cual esta norma se encuentra ubicada. El punto debatido resulta de vital importancia, ya que la competencia de esta ley es diferente, según se adopte un concepto amplio de Administración Pública como similar de Administración del Estado, o un concepto restringido de ésta que proviene de distinguir entre una y otra y entender que mientras la Administración del Estado constituye el género, la Administración Pública es la especie comprendiendo, por ende, un campo más delimitado y reducido;*

5°.- *Que, a juicio del Tribunal, el artículo 38 de la Carta Fundamental emplea ambas expresiones como sinónimas y en su sentido más amplio y genérico, porque no resulta justificado pensar que el Constituyente encargara a una ley orgánica constitucional la regulación de la organización básica de sólo una parte o sector de la Administración del Estado y excluyera a otra, ya que la razón para entregar esta materia a una ley de este rango es la misma en uno y otro caso, no resultando lógico, entonces, en términos generales, someterlas a normas legales de distinta naturaleza, habida consideración que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición. A igual conclusión conlleva, además, el espíritu*

37 Ver art. 3 COT.

38 Ver art. 90 LOCTC.

39 Ver art. 4° LOC N° 18.918.

40 Esto lo trata a propósito del caso de la LOC del Banco Central, la cual señala que en su art. 90 que no se le aplicará a dicho órgano la Ley N° 18.575, ante lo cual Ferrada se pregunta si ello afecta la calidad de órgano de la Administración del Estado: “*La respuesta creemos debe ser negativa. En primer lugar, porque una exclusión de la normativa general aplicable a la Administración del Estado (LOCBGAE), no supone de ningún modo la negación de su naturaleza jurídica, más aún cuando ella viene dada, implícitamente al menos, por la misma Constitución. Esta afirmación se deduce de lo expuesto por el propio Tribunal Constitucional en sus sentencias 39/1986 y 78/1989, sentencias ambas que parten de la base de otorgar una interpretación amplia a la voz ‘Administración del Estado’, incluyendo dentro de esta al BCCCh*”. FERRADA, Juan Carlos, “La autonomía como técnica de reparto de potestades públicas: el caso del Banco Central de Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial (1998), p. 342.

del Constituyente al consagrar en nuestra normativa jurídica las leyes orgánicas constitucionales como un todo armónico y sistemático cuyo objeto es desarrollar los preceptos de la Carta Fundamental en determinadas materias, puesto que tales características se pierden si se resolviera que la organización básica de la Administración Pública, "stricto sensu", queda entregada a una ley de esta naturaleza y el resto de los servicios y organismos que integran la Administración del Estado fuera propia de una ley ordinaria o común;

6°.- Que la conclusión anterior, sin embargo, debe entenderse sin perjuicio de que determinadas instituciones u organismos queden excluidos, en cuanto a su regulación específica, del ámbito de esta ley orgánica constitucional, ya que en tales casos, por su naturaleza especial, la Carta Fundamental regula por sí misma su organización básica como ocurre con las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, encarga su reglamentación a leyes orgánicas constitucionales especiales como acontece con la Contraloría General de la República, el Banco Central y las Municipalidades o, por último, se la entrega a una ley de quórum calificado como debe ser la que legisle sobre las empresas públicas que desarrollen actividades empresariales;

Se concluye que existe una *garantía institucional* sobre lo que debe entenderse por Administración del Estado, dada por la Constitución, garantía que no puede reconstruirse tan sólo por la vía legislativa:

"En otras palabras, el constituyente ha diseñado algunas reglas básicas de la Administra-

*ción del Estado, entre ellas su organización, materia que no está disponible para el legislador ordinario, a fuerza de transgredir la Constitución... ¿Acaso si mañana se dictara una nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República que excluyera a la LOCBGAE de aplicación en esta materia, alguien estaría dispuesto a defender que ésta ya no sería parte de la Administración del Estado?"*⁴¹.

Históricamente, cabe agregar, se asimila más a una potestad administrativa que a una jurisdiccional. El mensaje del Ejecutivo de la Ley Nº 13.305 no contemplaba una Comisión calificadora, sino que simplemente creaba el tipo de injusto monopólico, facultando sólo al Consejo de Defensa del Estado para accionar judicialmente, y en el caso de concurrir los elementos del tipo era competente para conocer el Tribunal de Letras del Crimen respectivo. Durante la tramitación de la ley, la Cámara de Comercio planteó que de esta forma se podrían dar múltiples abusos contra la actividad comercial, para lo cual sugirió la creación de una Comisión que ejerciera un sistema de calificación previa de los hechos. Además se le otorgó competencia a la misma para evacuar consultas a petición de los interesados⁴². La ley promulgada señalaba que el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento de la Comisión, podía denunciar o iniciar una querrela⁴³. La ley guardaba silencio respecto a los actos consultados en cuanto a si ellos se encontraban conforme a la legislación o no, y si podían volver a ser calificados o no de una u otra forma. Con posterioridad, en el *Proyecto*

41 FERRADA (n. 39), p. 343. También comparte esto el profesor Carmona, quien señala que estaríamos ante una fórmula material y no formal permitiendo incluir a distintos órganos dentro de la Administración: "*Dentro de la expresión 'órganos' como distinta de servicios, es posible comprender a aquellos no enumerados nominativamente en dicho inciso, pero que cumplen dicha función; y a los órganos de naturaleza especial, que no obstante su naturaleza privada, cumplen una función administrativa (ejemplo: CONAF)*". CARMONA, Carlos, *El principio de control. 1. La dimensión activa*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, materiales de clase, Santiago 2004, p. 8.

42 *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, sesión 29, en lunes 26 de enero de 1959, p. 1668. Intervención del diputado Phillips.

43 Ver art. 177 Ley Nº 13.305 publicada en el Diario Oficial 16/04/1959.

de Decreto-Ley para la Defensa de la Libre Competencia⁴⁴ se intentó subsanar este problema de los actos consultados ante las futuras Comisiones Preventivas, en su art. 12:

Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones de las Comisiones Preventivas Provinciales o Central no acarrearán responsabilidad sino en el caso que posteriormente sean calificados como contrarios a la libre competencia por ellas mismas o por la Comisión Resolutiva, y a partir desde que se notifique o publique la resolución que haga esta calificación.

Por lo tanto otorgó un efecto de legitimación a los actos que no contravinieran la libre competencia que fueren sometidos a consulta, pero muy limitado por cuanto, posteriormente, podrían ser calificados nuevamente por los mismos hechos. Esto fue corregido en el texto oficial del D.L. N° 211 el cual mantuvo las Comisiones Preventivas como aquellas facultadas para conocer de las consultas que se formulen sobre actos o contratos que se propongan ejecutar o celebrar en cuanto puedan alterar la libre competencia (art. 8° letra b); y respecto a los efectos de la calificación y su posible revisión, incorporó a la norma transcrita que la revisión debe hacerse sobre la base de nuevos antecedentes⁴⁵ (art. 14). Además, en su art. 9° consagró un recurso de reclamación ante la Comisión Resolutiva. Por lo tanto, ella ha sido una potestad administrativa tanto porque los órganos facultados en su inicio nunca fueron de carácter jurisdiccional, y principalmen-

te porque no existe propiamente tal un conflicto entre partes ni una solución inmutable que produzca cosa juzgada, lo que queda aclarado teniendo presente esta breve reseña de la evolución de la normativa en cuestión.

Un último argumento permite dejar demostrada su naturaleza jurídica, a la luz de un caso concreto. El caso en cuestión trataba sobre una eventual concesión por parte de la Dirección General de Aguas de nuevos derechos de aprovechamiento solicitados por ENDESA. Cabe señalar que la Corte Suprema había acogido con anterioridad un recurso de amparo económico contra la Dirección fijándole un plazo de 30 días para resolver sobre las solicitudes de agua. El Presidente de la Comisión Nacional de Energía consultó a la CP Central si dicho otorgamiento podría atentar contra la libre competencia. El órgano dictaminó que compartía la postura de dicho Presidente por cuanto ya existen elevadas barreras de entrada a la generación eléctrica, las que aumentarían considerablemente si se le otorgaran dichos derechos. Pero no resolvió que se le nieguen los derechos de agua sino que *“recomienda a la Dirección General de Aguas que, en general, se abstenga de aprobar nuevos derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivas, mientras no esté en vigencia un mecanismo legal y/o reglamentario, según corresponda, que asegure un adecuado uso de las aguas, a menos que se trate de proyectos específicos de interés general que así lo justifiquen”*⁴⁶. ENDESA recurrió de reclamación ante la CR, y es en esta instancia donde aparece con mayor claridad el punto que deseamos demostrar⁴⁷. Ante el reclamo de que

44 El proyecto es el único antecedente que existe como historia de la ley, el cual al parecer fue encargado por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. El citado artículo aparece en la p. 329 del *Boletín de la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno de Chile* sobre la historia del D.L. N° 211, del año 1973.

45 El Dictamen N° 1.281 de la CP Central es bastante ilustrativo al respecto, ya que sobre la base de meras declaraciones de prensa del Presidente del Directorio de Soprole acerca del interés de Fonterra de establecer una alianza estratégica con Nestlé, vino a complementar el dictamen anterior (N° 1193) que involucraba a las mismas empresas ampliando los deberes de información ya establecidos en el primer dictamen.

46 Dictamen N° 992/636, considerando 16.4.

47 Resolución N° 480.

se vulneró el debido proceso en la consulta anterior la CR señaló lo siguiente:

CUARTO: Que esta Comisión debe desestimar el planteamiento de la reclamante... por cuanto en la especie no se aplica el llamado principio del "debido proceso legal" a que se refiere el Art. 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución Política, ya que la Comisión Preventiva Central es un organismo administrativo que no ejerce jurisdicción ni sustancia causas o procesos en sentido estricto, y las investigaciones de mercado que efectúa no están sujetas a procedimientos legales de carácter contenciosos, en las cuales los afectados tengan la calidad de partes o de legítimos contradictores.

A esta altura, se nos podría criticar que estaríamos fundamentando nuestro argumento en una concepción orgánica de la jurisdicción, pero el mismo fallo adopta una postura funcional, como la esbozada más arriba. Por su interés los reproduciremos aquí:

OCTAVO: Que de los términos contenidos en el dictamen reclamado, se advierte que la Comisión Preventiva Central hizo cabal uso de sus atribuciones al declarar, en el plano de la competencia, cuáles serían, a juicio exclusivo de la referida Comisión, los efectos limitantes de la competencia que se producirían en el mercado hidroeléctrico de otorgarse nuevos derechos de agua a Endesa S.A., lo que constituye en todo caso una situación futura e hipotética, ya que a la fecha del dictamen algunas solicitudes de Endesa sobre

derechos de agua habían sido denegadas por la Dirección General de Aguas, sin perjuicio de que esas resoluciones fueron reclamadas por dicha empresa ante la Justicia Ordinaria, cuyo fallo se encuentra pendiente.

NOVENO: Que en este sentido es pertinente recordar que las reglas y principios de la libre competencia expresados por la Comisión Preventiva Central en el dictamen impugnado tiene, en cuanto tales, un valor de orientación para la autoridad administrativa y para los agentes económicos, en su caso, sin perjuicio de que la infracción que pudiera perpetrarse a su respecto pueda dar lugar a medidas de orden correctivo y punitivo aplicadas por esta Comisión Resolutiva, en conformidad con los preceptos de la letra a) el artículo 17 del Decreto Ley N° 211 de 1973.

Sobre la base de este último considerando podemos señalar una distinción: los dictámenes⁴⁸ consultivos de las CP tienen fines orientadores para la administración y los agentes económicos, pero no los tienen para la CR, esto es, no conllevan un prejuzgamiento para la instancia jurisdiccional; y por otra parte las medidas correctivas y punitivas sólo proceden en sede jurisdiccional y no en sede administrativa. En definitiva, la Ley N° 19.911 sólo remitió al TDLC esta potestad en las mismas condiciones y términos que los consagrados en la legislación anterior.

Apoyados en los fundamentos legales, históricos y jurisprudenciales antes expuestos, es válido sostener que esta potestad es admi-

48 Dentro de las diversas formas de los actos administrativos en el derecho chileno, la voz dictamen es la que mejor encuadra respecto a las resoluciones dictadas en ejercicio de esta potestad. Se entiende por dictamen aquel acto jurídico de la administración emitido por órganos consultivos y que contienen informes y opiniones técnico-jurídicas preparatorias de la voluntad administrativa. Además, por regla general son facultativos y no vinculantes, salvo disposición en contrario. CARMONA, Carlos, *Las formas de actuación de la administración*. 3. *Las normas administrativas*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Materiales de clase, Santiago 2003, pp. 189-190. El art. 3° inc. 6 de la Ley N° 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado señala que: "Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias". Pero debemos señalar que dicha ley señala en el inciso siguiente al transcrito que: "Las decisiones de los órganos administrativos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente".

nistrativa a pesar de que reviste múltiples características propias *sui generis*.

VI. ALGUNAS CUESTIONES RESPECTO DE ESTA POTESTAD COMO POTESTAD ADMINISTRATIVA

En primer lugar, el derecho chileno se ve desafiado por el fenómeno jurídico que se conoce como constitucionalización del derecho. Y dicho fenómeno ha significado respecto al derecho administrativo una necesaria huida de éste hacia la Constitución⁴⁹. Ello ha implicado, por ende, la aplicación de las reglas y principios constitucionales para hacer frente a la tensión que se produce entre la libertad de los individuos y la autoridad del Estado o en una formulación más actual la que se produce entre la función de la Administración y el interés del ciudadano usuario de los servicios públicos⁵⁰.

Como se ha señalado respecto a la actual renovación del Derecho Administrativo bajo la Constitución vigente, *“ya parece ser tiempo que el trauma hacia el Derecho Administrativo desaparezca, y se lo comience a apreciar en su real dimensión: una de las más importantes cons-*

*trucciones jurídicas garantísticas del ciudadano frente al Poder Político*⁵¹”.

Y en segundo lugar, ligado a lo anterior, cabe señalar que se ha presentado el problema, que el mismo TDLC ha identificado, en cuanto a la situación hipotética de que se presenten consultas respecto a unos mismos actos, hechos o convenciones que den lugar a procedimientos paralelos y contradictorios. Esta inquietud no sólo la ha manifestado sino que la ha regulado dicho órgano a través del Auto Acordado N° 5 de 2004⁵². En dicho auto acordado, el cual es fundado al igual que los actos administrativos en general y los Auto Acordados de la Corte Suprema, se crea un procedimiento para regular estas situaciones:

2° En aquellos casos en los que ingrese a este Tribunal una consulta de conformidad con el artículo 18 del D.L. N° 211, en relación a hechos, actos o contratos existentes, ejecutados, o concluidos a la fecha de ingreso de dicha consulta, la oposición por legítimo contradictor o la presentación de una demanda o requerimiento, referida a los mismos hechos, hará contencioso el negocio, sujetándose éste en consecuencia al procedimiento contencioso establecido en el artículo 17 D del 211. La oposición deberá efectuarse cumpliendo

49 La expresión es de Ferrada, quien señala que esta necesaria huida se debe a *“la falta de normas legales generales que regulen la actividad administrativa –y no sólo su organización y algunos principios, como lo hace la LOCBGAE– o establezcan procedimientos regulares de impugnación judicial aplicables a la generalidad de las actuaciones administrativas[.]”*. FERRADA, Juan Carlos, *“La progresiva constitucionalización del poder público administrativo chileno: un análisis jurisprudencial”*, en Universidad Austral de Chile, *La constitucionalización del derecho chileno* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003), pp. 73.

50 *“Este proceso además ha tenido un impacto mayor en nuestro derecho –si se puede–, si atendemos al dato de la ausencia de normas legales que regulen con carácter general algunos aspectos básicos del Derecho Administrativo como el procedimiento de emisión de los actos administrativos, el silencio administrativo o la responsabilidad patrimonial, entre otras materias fundamentales. Ello ha dado pie a una amplia creación jurisprudencial, con fuerte vinculación con la doctrina, que no obstante exceder en muchos casos la literalidad de los preceptos constitucionales, ha reconfigurado el contenido esencial de las prerrogativas del poder público. Sin embargo, en este desarrollo se echa en falta, en general, una interpretación más acabada de la instituciones del Derecho Público, notándose en exceso una concepción privatista de las relaciones poder público-ciudadano, inspirada en modelos clásicos superados o de inspiración ideológica sesgada, que poco o nada se relacionan con una construcción más moderna y finalista de la actividad estatal”*. FERRADA (n. 48), p. 65.

51 MONTT, Santiago, *El dominio público. Estudio de su Régimen Especial de Protección y Utilización*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2002, p. 15.

52 Dicho auto acordado fue dictado el 22/07/2004. Disponible en la página web de la Fiscalía Nacional Económica (www.fne.cl).

con todos los requisitos de una demanda o requerimiento, no produciéndose los efectos indicados en este número por la sola presentación en el procedimiento no contencioso de una opinión contraria al hecho, acto o convención consultado;

3° En aquellos casos en los que ingrese a este Tribunal una consulta presentada de conformidad con el artículo 18 del D.L. Nº 211, relativa a hechos, actos, contratos que no han sido celebrados, ejecutados o concluidos a la fecha de ingreso de dicha consulta, no cabrá posteriormente la interposición de demanda o requerimiento en relación a los mismos hechos. En consecuencia, quienes pretendan oponerse a tales conductas deberán hacerlo en conformidad al procedimiento no contencioso ya iniciado. Si igualmente se presentare demanda o requerimiento, ésta se mandará agregar a los autos no contenciosos y se tendrá como antecedente para las resoluciones que dicte el Tribunal en dicho proceso⁵³.

Si atendemos a los fundamentos de este auto acordado así como el procedimiento que en él se establece, nos parece a todas luces razonable, pero no por ello deja de violar la garantía constitucional del debido proceso que prescribe que el establecimiento de procedi-

mientos judiciales debe ser realizado por ley previa⁵⁴. Además, aunque el propio auto acordado señala que el objeto de este procedimiento de consulta consiste en que el TDLC emita “un pronunciamiento orientado a otorgar o a denegar a la parte consultante la certeza jurídica que establece el artículo 19 del D.L. Nº 211”, a largo plazo dicha certeza claramente puede ser destruida si este órgano puede dejar sin efecto un procedimiento reglado por él mismo. No debemos olvidar que el mismo problema ha existido respecto a los Auto Acordados que regulan el recurso de protección dictados por la Corte Suprema. Peor aún, este auto acordado agrega un nuevo gravamen para quien consulte que no se condice con la libertad de iniciativa en materia económica consagrada constitucionalmente, por cuanto “desde la fecha de ingreso de la consulta, los hechos, actos o contratos consultados no podrán celebrarse, ejecutarse o concluirse por la parte consultante sin que previamente hayan sido aprobados por el Tribunal y en la forma establecida por éste⁵⁵”. Con esta nueva prohibición probablemente existirá un pernicioso mecanismo con el cual evitar la entrada de actores al mercado al someter a consultas periódicas actos de potenciales (e incluso ac-

53 Resulta interesante poder comparar este auto acordado con el principio de contradictoriedad que consagra la Ley Nº 19.880 en su artículo 10: “Principio de contradictoriedad. Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.

Los interesados podrán, en todo momento, alegar defectos de tramitación, especialmente los que supongan paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.

En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento”.

También es interesante destacar que esta ley establece un procedimiento de acumulación o desacumulación de procedimientos siempre que guarde identidad sustancial o íntima conexión, o su desacumulación (artículo 33).

54 Art. 19 Nº 3 inc. 4º de la Constitución: Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta.

55 En cambio, la Ley Nº 19.880 respecto a la interposición de recursos administrativos establece la regla general de la no suspensión (artículo 57), y requiere de petición fundada del interesado para poder proceder a ello y de la posibilidad de causar un daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resuelve en caso de que sea acogido el recurso. También contempla la posibilidad de dictar medidas provisionales (artículo 32 inciso antepenúltimo) con la salvedad de que dichas medidas deben ser razonables y proporcionales respecto a la afectación de derechos: “No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados, o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”.

tuales competidores), así como también por la autoridad cuando no pueda legalmente evitar el desarrollo de un proyecto al acudir a esta vía⁵⁶; se estaría transformando un procedimiento que se creó para otorgar mayor certeza en los mercados y en las agencias reguladoras en un verdadero estorbo. ¿No sería más armónico tanto para los particulares como para el propio TDLC someterse en todo lo no regulado por el legislador respecto a esta potestad, a las normas establecidas en la ley de procedimiento administrativo?

VII. CONCLUSIONES

1. La existencia de esta potestad nos parece justificada en nuestro ordenamiento jurídico tanto desde la perspectiva jurídica como económica ya que otorga tanto seguridad jurídica como mayor eficiencia en los mercados.
2. Nuestro ordenamiento jurídico se estructura sobre la base del principio de libertad para desarrollar cualquier actividad económica respetando los límites expresamente establecidos por la Constitución y las normas dictadas conforme a ella. Es así como la libertad económica tiene un mayor peso que las potestades del Estado para intervenir en la esfera individual de las personas.
3. Apoyados en fundamentos legales, históricos y jurisprudenciales nos parece válido sostener que la potestad establecida en el art. 17 C N° 2 es administrativa a pesar de que reviste características propias o *sui géneris*.

4. Como potestad de carácter administrativo ella debe ser analizada a través de las reglas y principios constitucionales como forma de dar confianza y seguridad a los habitantes de la República (administrados) quienes ven afectada su libertad por la autoridad del Estado.
5. Respecto del Auto Acordado N° 5 del año 2004 nos parece que su dictación obedece a fines razonables y a llenar un sensible vacío legislativo; sin embargo, no por ello deja de violar la garantía constitucional que prescribe que el establecimiento de procedimientos judiciales debe ser realizado por ley previa. A nuestro juicio, este auto acordado agrega un nuevo gravamen para quien desee someter a consulta, lo cual no se condice con la libertad de iniciativa en materia económica consagrada constitucionalmente.
6. La actual ley aunque en varios aspectos es un avance, ha resultado ineficiente en su técnica provocando que el propio TDLC busque soluciones que atienden a fines razonables pero que rompen con la armonía propia de la juridicidad y de la división de funciones del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- BARROS, Enrique, "La interpretación de la Constitución desde la perspectiva de la

56 La Ley N° 19.880 define a los interesados, lo cual permite poner un límite a constantes requerimientos o consultas, en su artículo 21: "Interesados. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos.

2. Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

3. Aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva".

- Teoría del Derecho”, en *Revista de Derecho Público* N° 29-30, (1981).
- “Legislación y práctica de la libre competencia. Un coloquio con el profesor Ernst J. Mestmäcker”, en *Estudios Públicos* N° 17, verano (1985).
- BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio, *Los Modos de Creación de las Normas Jurídicas en el Derecho Chileno*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Materiales de clases inéditos, Santiago, 1998.
- BERLIN, Isaiah, *Cuatro Ensayos sobre la Libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.
- CARMONA, Carlos, *Las formas de actuación de la administración. 3. Las normas administrativas*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Materiales de clase, Santiago 2003.
- *El principio de control. 1. La dimensión activa*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, materiales de clase, Santiago 2004.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- COOTER, Robert y ULLEN, Thomas, *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1999.
- DAMASKA, Mirjan R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
- FERRADA, Juan Carlos, “La autonomía como técnica de reparto de potestades públicas: el caso del Banco Central de Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial (1998).
- “La progresiva constitucionalización del poder público administrativo chileno: un análisis jurisprudencial”, en Universidad Austral de Chile, *La constitucionalización del derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
- GÓNGORA, Mario, *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*, Editorial Universitaria, Santiago, 1998.
- HOFELD, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México D.F., 2001.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass, *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, Norton, New York, 1999.
- MATURANA, Cristián, *La jurisdicción*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Materiales de clase, Santiago, 2001.
- MONTT, Santiago, *El dominio público. Estudio de su Régimen Especial de Protección y Utilización*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2002.
- RUIZ-TAGLE, Pablo, *Derecho, justicia y libertad*, Fontamara, México D.F., 2002.
- PEÑA Freire, Antonio, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997.
- POSNER, Richard, *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2000.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983.
- SORIANO, José Eugenio, *Derecho Público de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- SUNSTEIN, Cass, *After the Rights Revolution. Re-conceiving the Regulatory State*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.
- VALDÉS Prieto, Domingo, *La discriminación arbitraria en el Derecho Económico*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1992.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Las siguientes son las normas editoriales a las que deberán ceñirse las colaboraciones de la Revista de *Derecho Administrativo Económico* de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

I. ACERCA DEL ENVÍO DE COLABORACIONES

1. Los trabajos deberán enviarse al Director de la Revista de Derecho Administrativo Económico (Av. Libertador Bernardo O'Higgins N° 340, Santiago, Chile), impresos en hoja tamaño carta a doble espacio y en tres ejemplares, deberá acompañarse además archivo electrónico en diskette, formato Word, Alicia de la Cruz, atdelacr@uc.cl.
2. Los impresos deben tener sus páginas numeradas y ser completamente legibles. Deberá incluirse una biografía corta de cada uno de los autores de no más de 50 palabras (incluyendo sus grados académicos más relevantes, ocupaciones y cargos actuales, y publicaciones principales). Igualmente debe incluir correo postal, correo electrónico, teléfono y fax.
3. Los trabajos cuyos contenidos ya hayan sido publicados, o que estén siendo sometidos a otros árbitros editoriales, ya sea como parte de un trabajo más extenso, o de forma independiente, deben adjuntar una carta en la que se informa al respecto. El envío de un original supone el compromiso por parte del autor de no someterlo simultáneamente a la consideración de otras publicaciones periódicas.
4. Se deberá anteponer un resumen (en español) y en lo posible un abstract (en inglés) del trabajo, de no menos de 100 y no más de 200 palabras cada uno y diez palabras clave. Los títulos y los subtítulos de sección deben ser claros y concisos. Éstos no deben estar subrayados ni contener negritas.
5. La letra cursiva se empleará para los títulos de obras y revistas; para los títulos de fuentes; para la transcripción de texto de fuentes (por ejemplo, artículos de un código o ley o párrafos de una sentencia) y para destacar una palabra u oración del trabajo o de sus citas.
6. Los artículos que no se ajusten con los fundamentos de este estilo no serán considerados para publicación.
7. Aquellos autores cuyos artículos sean publicados recibirán una copia del ejemplar de la revista y 25 separatas de su artículo. Los originales no serán devueltos.

II. ACERCA DE LA REVISIÓN, EVALUACIÓN Y PUBLICACIÓN

Toda colaboración será revisada por el Comité Editorial. En el caso de colaboraciones que correspondan a estudios o monografías serán sometidas además a arbitraje o evaluación de dos especialistas, cuyos resultados serán comunicados anónimamente a los autores. Luego de esta evaluación y subsanadas por el autor las observaciones del arbitraje, se procederá a su publicación en el plazo más breve posible.

En caso de comentarios de jurisprudencia, deberán referirse a sentencias ejecutoriadas y contener la referencia exacta al tribunal, partes, fecha de la resolución que se comenta y sede de su publicación, si no se incluye en la edición.

III. ACERCA DE LAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. La indicación de los lugares citados, sean de autores, sean de fuentes, se hará siempre en notas a pie de página numeradas consecutivamente.

2. La cita de tratados, ensayos, manuales y monografías se recomienda hacerlo conforme con el siguiente modelo:

a) Libros: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* (Editorial Civitas, Madrid, 2004), T. I, pp. 36-38. El título del libro irá en cursiva.

b) Traducciones: CANARIS, Claus-Wilhelm: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*. (Berlin, 1983). Edición traducida al español, *El Sistema en la jurisprudencia* Juan Antonio GARCÍA AMADO, Editorial Fundación Cultural del Notariado, España, 1998) pp. 104-108.

c) Artículos de revistas: EMBID IRUJO, Antonio: "El derecho de aguas en España: influencia europea y tradición nacional", en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol. I N° 2 (1999) pp. 9-46. El título del artículo irá entrecomillado y el de la revista en cursiva.

d) Capítulos en libros editados: SUBIRÓN, José María, "La privatización del sector público empresarial del Estado en España (1996-2002): aspectos jurídicos", en: ARIÑO, Gaspar (dir.), *Privatizaciones y liberalizaciones en España: balance y resultados* (Granada, Editorial Comares, 2004) pp. 140-174. En su caso, "VV.AA." o "AA.VV.", significa que se trata de una obra colectiva.

e) Cuando se trate de mencionar obras precedentemente citadas en el artículo, se recomienda proceder de acuerdo con el siguiente modelo: CASSAGNE: (n. 4), p. 52. Esta forma de citar significa que ahora se invoca la página 52 de una obra de CASSAGNE, cuyo título el lector puede encontrar en la nota 4 del trabajo. Pero si en la nota 4 se hubiera citado más de una obra de CASSAGNE, entonces se seguirá el siguiente modelo: CASSAGNE: *Derecho Administrativo* (n. 4), p. 52. Ello quiere decir que la obra de CASSAGNE ahora citada es una de las de dicho autor señaladas precedentemente en la nota 4, en cuyo título entran las palabras "Derecho Administrativo". Por no orientar adecuadamente al lector, se recomienda evitar el sistema "op. cit."

f) Documento en formato electrónico: Biblioteca Nacional de Chile, Departamento de Estudios, *Normativa comparada de Derecho de Aguas* (en línea), (fecha de consulta: 12 de abril de 2004). Disponible en <<http://www.bcn.cl/portada.html>>. Se deberá señalar la fecha de consulta y la dirección electrónica completa.