

INFORME EN DERECHO

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y CONCESIONES DE SERVICIO PÚBLICO. EL CASO DE LAS PLANTAS DE REVISIÓN TÉCNICA

Sumario

I.	INTRODUCCIÓN	3
II.	LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA Y LA LIBRE COMPETENCIA.....	4
	i. Intervención del Estado en la economía.....	4
	ii. Las técnicas de intervención administrativa en la economía.....	6
	a. La actividad de policía.....	7
	i. Las autorizaciones	8
	b. La actividad prestacional o de servicio público	11
III.	APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LA AUTORIDAD CONCEDENTE.....	15
	i. La sujeción de la Administración Pública a las normas de competencia anteriores a la Ley N° 19.911	16
	ii. La historia fidedigna de la Ley N° 19.911	18
	iii. La sujeción de la Administración Pública a las normas de competencia tras la Ley N° 19.911	20
	iv. La jurisprudencia del TDLC sobre legitimación pasiva de la Administración Pública.....	23
	v. La jurisprudencia de la Corte Suprema sobre legitimación pasiva de la Administración Pública.....	27
	vi. Prohibición legal de otorgar monopolios.....	29
	vii. Aplicación del derecho de la competencia al proceso de licitación de concesiones de servicio público	33
	viii. Condenas contra la Administración del Estado por conductas contrarias al DL 211	39

ix.	Aplicación del derecho de la competencia al MTT al conceder plantas de revisión técnica	42
a.	Requerimiento de la FNE contra Reglamento de la Ordenanza General de Tránsito sobre revisiones técnicas.....	42
b.	Consulta del MTT sobre bases de licitación de plantas de revisión técnica de buses y taxibuses, de 1988.....	43
c.	Consulta del MTT sobre bases de licitación de plantas de revisión técnica clase B, de 1989.....	44
d.	Reclamación contra dictamen de la Comisión Preventiva de la XII Región, de 1999.....	45
e.	Sentencia N° 11/2004, del TDLC	47
f.	Sentencia N° 14/2005, del TDLC	48
IV.	APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA AL CONCESIONARIO	49
i.	Aplicación del derecho de la competencia a los concesionarios de servicio público	50
a.	Reclamaciones contra la Comisión Preventiva de la XII Región, de 199657	
b.	Instrucciones de carácter general sobre licitaciones de plantas de revisión técnica.....	57
V.	CONCLUSIONES	58

I. INTRODUCCIÓN*

1. La empresa Ramírez y Compañía Ltda. ha solicitado al Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (RegCom) un Informe en Derecho (el Informe) que analice la aplicación de las normas del Derecho de la Competencia a la Administración Pública, al otorgar autorizaciones y concesiones mediante procedimientos licitatorios competitivos, como ocurre en materia de plantas de revisiones técnicas por parte del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (MTT), en adición a la normativa sectorial de la Ley N° 18.696; y el cumplimiento de las normas de libre competencia en el funcionamiento de plantas de revisión técnica de vehículos motorizados, una vez asignadas por la autoridad competente la concesión.

2. El presente Informe se emite en el contexto de la demanda que actualmente conoce el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), caratulada “Ramírez y Compañía Ltda. c. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones”, autos acumulados rol C 256-13.

3. En dicho procedimiento contencioso ante el TDLC, la demandante Ramírez y Compañía Ltda. sostiene, esencialmente, lo siguiente:(i) el llamado a licitación en algunas regiones, como las bases que regulan todo el proceso, tienen efectos que limitan, restringen e impiden la libre competencia al crear barreras a la entrada para nuevos competidores; (ii) se generan riesgos de colusión entre los competidores al crear formas de comunicación entre ellos previas a la entrega definitiva de las propuestas, sin establecer mecanismos claros de resguardo de la información; y (iii) la forma de asignación de las propuestas genera efectos anticompetitivos, puesto que incentiva a los postulantes a ofrecer precios bajo el costo, sin establecer reglas claras que impidan situaciones en que por medio del mero ofrecimiento de precios más bajos, se busque eliminar la competencia¹.

* El presente informe fue elaborado con la colaboración de los investigadores de RegCom Brigitte Leal y Diego Muñoz.

¹ *Demanda de Ramírez y Compañía Limitada contra Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones* Santiago 29 de mayo de 2013), p. 2.

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

Primera pregunta: ¿Debe cumplir el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones las normas de libre competencia al otorgar concesiones mediante procedimientos licitatorios, como ocurre en materia de plantas de revisiones técnicas, en adición a la normativa sectorial de la Ley N° 18.696 y sus modificaciones?

Segunda pregunta: ¿Deben cumplir los concesionarios de plantas de revisión técnica la normativa de competencia, una vez asignadas por la autoridad competente?

5. Como se verá en el presente Informe, a la primera pregunta responderemos que el MTT sí debe sujetarse a las normas de libre competencia al momento de otorgar concesiones de plantas de revisión técnica, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas sobre dicha materia. A la segunda pregunta, respecto a la aplicación de las normas de competencia a los concesionarios una vez otorgada la concesión, expondremos que ellas son aplicables.

6. Para responder estas preguntas, a continuación abordaremos en primer término la intervención del Estado en la economía, enfocándonos en las técnicas de la autorización y la concesión de servicio público. Posteriormente, examinaremos la sujeción de las autoridades concedentes y del concesionario, al Derecho de la Competencia.

II. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA Y LA LIBRE COMPETENCIA

7. En la presente sección del Informe, abordaremos la intervención estatal en la economía, así como las formas o técnicas de dicha intervención, dentro de las cuáles se encuentran las concesiones de servicio público, título utilizado para las plantas de revisión técnica.

i. Intervención del Estado en la economía

8. El Estado es un agente que actúa interviniendo en la actividad económica de múltiples maneras. Como da cuenta la propia Constitución Política de la República (CPR), su intervención va desde el acceso o

adquisición de derechos (verbigracia, Art. 19 N° 23 CPR), pasando al otorgamiento de derechos de propiedad (Art. 19 N° 24 y 25 CPR), el establecimiento de impuestos (Art. 19 N° 20) al establecimiento y regulación de la política monetaria (Banco Central), en lo que se ha denominado “constitución económica”.

9. Ahora bien, la necesidad de que el Estado intervenga en la economía encuentra un vínculo con la propia libertad de empresa, pues ésta requiere la intervención del poder público, muchas veces para ordenar mercados, pero también para crearlos, fijándose limitaciones y obligaciones al dominio², ya que

...el reconocimiento del derecho a la libertad de empresa, no excluye, sin embargo, su posible ordenación por parte de los poderes públicos. El marco de la economía de mercado no excluye, sino que por el contrario permite y, en ocasiones impone, la actuación de éstos en el campo económico. El mantenimiento del mercado y la garantía que la competencia supone para la libertad de empresa, impone precisamente la intervención de los poderes públicos en la actividad económica de los particulares³.

10. Luego, la intervención estatal en la economía requiere la intervención del legislador, el que persigue no solo proteger la competencia –mediante la legislación *antitrust*- sino que también “asegurar una producción compatible con la protección del medio ambiente, el desarrollo de una legislación laboral y de seguridad social y un nivel de remuneraciones de los trabajadores que aseguren una vida digna de estos”⁴.

11. De igual forma, la libertad económica y su desarrollo es de especial importancia en sectores económicos que producen bienes públicos (“no económicos”, según Nogueira) y que inciden en la libertad de las personas,

² Para Cea, el rol del Estado en la economía implica llevar a cabo una política, que implementa medidas microeconómicas que conllevan, como ejemplo, limitaciones y obligaciones al dominio derivadas de la función social, que permiten “regular al mercado y la competencia cuando presentan deficiencias, actuando para ello sobre los precios, la calidad, cantidad y distribución de los artículos ofrecidos, los impuestos, aranceles y subsidios”, *cfr.* José Luis Cea *Tratado de la Constitución de 1980*. (Santiago, Jurídica de Chile, 1988), p. 160.

³ *Mensaje de S.E. el Presidente de la República. Proyecto de ley que fortalece la Fiscalía Nacional Económica*, Boletín N° 2105-03, 17 de octubre de 1997.

⁴ Humberto Nogueira *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Constitución económica, derechos patrimoniales y amparo económico*, T. 4 (Santiago, Librotecnia, 2010), p. 31.

como son la educación y la libertad de opinión, libertades que exigen una especial regulación estatal, fijando contenidos mínimos de instituciones privadas o garantizando el pluralismo informativo, con límites a la concentración económica de medios de comunicaciones⁵.

12. Así las cosas, la misma libertad económica, que tiene límites expresos explícitos en otras disposiciones constitucionales – verbigracia, artículo 1° y artículo 19, N° 8, 16, 8, 19 y 24 de la Constitución- cuenta también con límites intrínsecos que “emanan del contenido implícito en el texto constitucional de que esta actividad económica se desarrolla necesariamente en una economía de mercado, la que opera bajo la regla de la competencia”, de la cual surgen, entre otras, las limitaciones de la libre competencia, salud pública, medio ambiente, etc⁶.

13. Finalmente, como indica Fernández Ordóñez, no toda intervención estatal que, en principio no afecte la competencia, no implica que no tengan consecuencias económicas (positivas y negativas), como ocurre con las medidas tributarias⁷. Así pues, existen medidas de intervención del Estado que claramente no afectan la competencia, pues no se dirigirían a agentes económicos, sino que afectan a personas naturales (verbigracia, impuesto a la renta, gastos en discapacitados) y otras que favorecen a los consumidores y a las empresas (v.g., subsidios a la vivienda). Luego, hay otras medidas de intervención económica que afectan a las empresas, pero sus efectos son generales, no afectando la competencia entre ellas, siempre que no haya discriminación ni tratos privilegiados⁸, como son los impuestos a las empresas.

ii. Las técnicas de intervención administrativa en la economía

14. En las últimas décadas, hemos asistido a un proceso en el cual la actividad de la Administración en la economía ha aumentado notablemente. Esto ha tenido concreción mediante el establecimiento de diversos cauces institucionales, por medios de los cuales se despliega su actividad ordenadora de la economía⁹.

⁵ *Id.*, p. 31.

⁶ *Id.*, pp. 37-38.

⁷ Miguel Ángel Fernández Ordóñez *La competencia* (Madrid, Alianza Editorial, 2000), p. 70.

⁸ *Id.*, p. 71.

⁹ José Luis Villar Ezcurra. *Derecho Administrativo Especial* (Madrid, Civitas, 1999), p. 21.

15. Debemos recordar que la Administración, cuando interviene en la economía, no lo hace bajo una racionalidad propia, sino en razón de aquella que le es concedida por ley. Es esta última – junto con la Constitución – la que habilita a la Administración a intervenir en la economía mediante la creación de normas, actos, contratos y otros mecanismos preestablecidos, de manera que pueda cumplir satisfactoriamente los fines que el ordenamiento le ha mandatado¹⁰.

16. En cuanto a la intervención de la Administración en la economía, en general, y en el ámbito de la protección de la competencia en los diferentes mercados, en particular, corresponde dar una revisión a las concretas técnicas con las cuales cuenta la autoridad administrativa para ordenar el correcto funcionamiento de los mercados y velar de esta manera por la protección de los intereses de la comunidad¹¹.

17. Primero, debemos distinguir las formas de intervención administrativa, que nos llevar a analizar la categorización que a este respecto ha sido construida por la doctrina. Así, las formas clásicas de intervención corresponde a: la policía, el fomento, el servicio público y la empresa pública¹². En lo que nos interesa para el presente Informe, examinaremos las técnicas de policía (que incluye la autorización) y el servicio público.

a. La actividad de policía

18. La actividad de policía corresponde a aquella actividad regular de la Administración por medio de la cual se limita el ejercicio de los derechos y obligaciones de los particulares con la finalidad de procurar el mantenimiento del orden público. Este último sería su elemento teleológico, que justifica el ejercicio de la coacción estatal cuando ha sido quebrantado¹³.

19. La actividad de policía es una actividad ordinaria de intervención, cuyas manifestaciones son constatadas a diario, ordenando de manera

¹⁰ *Id.*, p. 28.

¹¹ *Id.*, p. 38.

¹² *Id.*, p. 29.

¹³ Manuel Rebollo Puig “La actividad de limitación”, en: Tomás Cano Campos (coord.) *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo III: *La actividad de las administraciones públicas*. Volumen II. *El contenido* (Madrid, Iustel, 2009), p. 20.

efectiva el ejercicio de los derechos de los agentes privados en relación a los intereses generales de la comunidad¹⁴.

20. Esta actividad de la Administración posee un sin fin de técnicas por medio de las cuales se manifiesta. A continuación, examinaremos solamente las autorizaciones.

i. Las autorizaciones

21. La autorización administrativa es una de las técnicas de intervención más utilizadas por la Administración para controlar el desarrollo de una actividad económica, en los más diversos planos de actuación de los agentes privados¹⁵. Tanto en la doctrina como en los ordenamientos, se le llama de diversas maneras (v. gr. licencias, dispensas, permisos). En nuestro país, todas estas técnicas reconocen una misma lógica, motivo por el cual las comprenderemos a todas ellas en el concepto de autorización¹⁶.

22. La autorización opera mayoritariamente en aquellas actividades económicas sometidas al principio de libre iniciativa de los particulares, siendo ella una forma de controlar preventivamente los requisitos o condiciones que una actividad u objeto debe reunir para ejercerse en consonancia con los derechos y obligaciones de los demás y en garantía del interés público. El contenido de la autorización, en general, es variado, ya que dependerá en buena medida sobre el objeto en el cual recaiga. A continuación revisaremos dos clasificaciones de importancia en el estudio de la autorización administrativa. La primera de ellas atiende a la forma en que son concedidas por la Administración, mientras que la segunda atiende a la concreta función de la misma¹⁷.

23. La primera clasificación distingue entre autorizaciones regladas y discrecionales. Son regladas aquellas que requieren de parte de la

¹⁴ Villar, n. 9, p. 53.

¹⁵ Juan Carlos Laguna de Paz *La Autorización Administrativa* (Madrid, Civitas Ediciones, 2006) p. 31.

¹⁶ Laguna de Paz señala que, por tales razones, estamos frente a una técnica interdisciplinar, presente tanto en el ámbito público como privado. Sin embargo, al ser un instrumento, se va nutriendo de los principios y reglas propias del régimen jurídico en el cual es utilizada. De ahí que su estudio sectorial sea más provechoso que el intento de establecer una teoría con pretensiones de universalidad sobre la misma. *Id.*, p. 35.

¹⁷ Villar, n. 9, p. 82.

Administración un análisis simple de los requisitos que establece la norma y si ellos son cumplidos por el particular que solicita la autorización. Por el contrario, las discrecionales son aquellas que permiten a la Administración un mayor margen de decisión en cuanto a su otorgamiento, ya sea en relación a su forma o a su oportunidad en relación al interés público protegido¹⁸.

24. La segunda clasificación dice relación más bien con la función y - en ciertos casos - con el contenido de las mismas. Así, se distingue entre autorizaciones simples y operativas. Las primeras tienen como finalidad esencial el control de la actividad realizada y, algunas veces, acotarla dentro de unos límites determinados de acción. En general, suelen otorgarse cuando lo protegido son los derechos y libertades públicas, motivo por el cual se debe controlar, por ejemplo, la circulación de las personas¹⁹.

25. Las autorizaciones operativas, en cambio, aun cuando siguen considerándose como instrumentos de control, van más allá de ello, puesto que su función es dar cauce y orientar positivamente la actividad que realiza el particular, de tal forma que ella sea consonante con los intereses públicos que compromete el desarrollo de tal actividad²⁰. Aquí, es posible distinguir dos subtipos de autorización operativa: las autorizaciones por operación, cuya característica primordial es que regulan una actividad de corta ejecución (como los permisos de construcción), y las autorizaciones de funcionamiento, cuya característica esencial es que brindan una regulación completa y pormenorizada de actividades económicas de ejecución permanente (como las autorizaciones ambientales)²¹.

26. Un ejemplo de controversia relativa a autorizaciones y libre competencia nace a propósito de sendas decisiones del TDLC en materia del mercado aeronáutico. Así, en *Sky Service S.A. c. MTT* se rechaza una demanda en contra del MTT respecto del mecanismo de asignación de frecuencias internacionales adjudicado a la mayor oferta monetaria -pese a la escasez de

¹⁸ *Id.*, p. 84.

¹⁹ Eduardo García de Enterría y Tomás R. Fernández *Curso de Derecho Administrativo*, T. II. (Madrid, Civitas, 1992) p. 138.

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.*, pp. 140-142.

estos derechos- por ajustarse la conducta administrativa a la reglamentación vigente²², lo que favorecería al operador dominante²³:

27. Posteriormente, el criterio de sujeción a una asignación de frecuencias fundada en la reglamentación vigente, y en las bases del proceso concursal ajustado a ésta, fue confirmado por la Corte Suprema en *Junta de Aeronáutica Civil*. En dicha sentencia se impone el criterio que la frecuencia licitada debe ser asignada a quien cumple la legislación vigente²⁴, lo que no puede ser ignorado por parte del TDLC:

encontrándose vigente dicha normativa, no le resulta posible al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ordenar la modificación de las bases en la forma que lo hizo, desde que ello importa la posibilidad de tener que adjudicar una o más de las frecuencias licitadas a una empresa distinta de aquella que ofreciera la mayor suma de dinero, en el evento en que esta última tuviese más del 75% del total de las frecuencias aéreas internacionales directas existentes entre la ruta Santiago-Lima, sumadas las asignadas y por asignar; contrariando con ello lo que se encuentra expresamente regulado por la legislación de aviación comercial que nos rige. *Los jueces están obligados a cumplir su función aplicando la legislación vigente, con prescindencia de la convicción íntima que tengan acerca de la bondad de ésta.* De estimar el tribunal que el reglamento de la ley de aviación comercial, al que se remite expresamente esta última en materia de licitación de frecuencias aéreas internacionales, atenta contra las normas que regulan la libre competencia, en este caso el Decreto Ley 211, sólo le es permitido proponer a la Presidente de la República su modificación, *más no ordenar a la Junta de Aeronáutica Civil elaborar las bases con prescindencia de lo que éste establece*, como erróneamente lo hace en esta causa, por lo que a este respecto se acogerán las reclamaciones planteadas²⁵

28. Es del caso precisar que las plantas de revisión técnica de vehículos motorizados se sometieron, bajo la Ley de Tránsito, a un régimen de

²² TDLC, Sentencia N° 44/2006, *Sky Service S.A. c. MTT*, rol C 70/2005, 26 de septiembre de 2006, C. 55°.

²³ *Id.*, C. 44°:

en consideración a todo lo expuesto, a este Tribunal le asiste el convencimiento de que, bajo las condiciones descritas, un mecanismo de asignación de frecuencias internacionales restringidas vía licitación, como el actualmente en uso, basado únicamente en ofertas monetarias, favorece inequívocamente a la empresa dominante y disminuye significativamente la capacidad de una aerolínea entrante para adjudicarse una frecuencia limitada

²⁴ Corte Suprema, *Junta de Aeronáutica Civil y otro*, rol 1855-09, 15 de junio de 2009, C. 7°.

²⁵ *Id.*, C. 8°.

autorización por la Administración, el cual fue sustituido posteriormente por uno de concesiones, al dictarse la Ley N° 18.696²⁶.

b. La actividad prestacional o de servicio público

29. Una segunda técnica de intervención estatal en la economía es la del servicio público. La actividad prestacional de la Administración es aquella que pretende facilitar o proveer ciertos servicios a los ciudadanos, que sean de interés general para la comunidad²⁷. Así, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado dispone que “[l]os servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua” (Art. 28, LOCBGAE).

30. Es indudable que la idea de servicio público ha estado constituida por una variedad de matices cambiantes en el tiempo y en el espacio. Su origen se remonta a los inicios del siglo XX, donde los procesos de industrialización dieron sustento a diversas políticas de corte intervencionista. Hoy en día, existe una multiplicidad de servicios públicos contemplados para el buen desarrollo de la vida en sociedad²⁸, muchos de los cuales pueden ser concesionados por la autoridad. En nuestro país, encontramos concesiones de este tipo en materia de servicios eléctricos, servicios sanitarios, gas de red y telecomunicaciones, fundamentalmente²⁹. Eso sí, debemos distinguir a la técnica concesional de servicios públicos de la concesión de obras públicas³⁰, conceptualmente distintas³¹.

²⁶ Vid, Contraloría General de la República, Dictamen N° 37116/1988. En su Dictamen N° 40.238, 12 de junio de 2013, se indica que:

...es pertinente apreciar que la evolución normativa precedentemente reseñada da cuenta de un cambio de régimen concerniente a la prestación del servicio de revisión técnica, en términos que el mismo varió de uno de tipo autorizatorio a otro de naturaleza concesional...

²⁷ Juan Francisco Mestre Delgado “La actividad prestacional o de servicio público” en: Tomás Cano Campos (coord.) *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo III: *La actividad de las administraciones públicas*. Volumen II. *El contenido* (Madrid, Iustel, 2009), p. 121.

²⁸ *Id.*, pp. 121-122.

²⁹ Vid Francisco Agüero *Tarifas de Empresas de Utilidad Pública. Telecomunicaciones, agua Potable, Electricidad y Gas* (Santiago, LexisNexis, 2003).

³⁰ Enrique Silva Cimma *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes* (Santiago, Jurídica de Chile, 1995), p. 226, la define como “un acuerdo de voluntades entre la Administración y un tercero por medio del cual este último se obliga a construir una obra pública a su costa a cambio de cobrar en su favor durante cierto tiempo tarifas a los usuarios,

31. Una definición jurisprudencial de las concesiones de servicio público por los órganos de la competencia indica que estas son “actos administrativos que deben formalizarse, en definitiva, a través de un contrato entre el Estado y el Concesionario, que contenga las relaciones a que dan lugar la adjudicación de esas concesiones, los que se rigen por reglas de derecho u orden público”^{32 33}.

32. Así, en virtud de la amplitud que ha tenido esta actividad de la Administración, se han establecidos ciertos principios rectores que las rigen, tales como el de generalidad o universalidad, continuidad y regularidad en la prestación, no discriminación en el acceso a los usuarios, entre otros³⁴. A lo anterior se suma la regulación de ciertos estándares mínimos de progreso tecnológico en la provisión de los servicios y el establecimiento de tarifas acorde a la realidad de los usuarios³⁵.

consintiendo en que su participación quede regulada por un régimen especial de Derecho Público”.

³¹ Para Silva Cimma, en la concesión de servicios públicos, la Administración encomienda a un particular, persona jurídica o natural, la explotación y funcionamiento de un servicio público por su cuenta y riesgo, recibiendo como remuneración el derecho a percibir de los usuarios una tarifa, actuando el particular en nombre y cuenta de la Administración y no mediante “agentes públicos”. Consecuencia de lo anterior, la concesión de servicio público se rige por el derecho público, sin perjuicio de los derechos que adquiere el concesionario, derivados de la concesión. A su vez, la concesión de obra pública consiste fundamentalmente en encomendar a un particular la construcción de una obra pública o destinada al servicio público, a su entero costo, obteniendo como remuneración el derecho de explotar dicha obra (entregándola al uso público) durante cierto tiempo, y transcurrido el cual, ella pasa a poder del Estado, en Silva Cimma, n. 30, pp. 222 y ss.

³² Comisión Resolutiva, Resolución N° 448, C. 5°.

³³ Su carácter contractual no es pacífico, y ha sido refutado señalándose que es más bien un acto unilateral estatal. Al respecto, *vid* Alejandro Vergara “La Concesión Eléctrica: Procedimiento, Servidumbres y Ocupación del Suelo Privado y Público. Propositiones Concretas de Cambios Legislativos”, *Revista Chilena de Derecho* 21, N° 3 (Santiago, P. Universidad Católica de Chile, 1994), p. 468; José Luis Cea “Variaciones del Estatuto del Dominio sobre Concesiones de Radiodifusión Televisiva”, *Revista Chilena de Derecho* 18, N° 3 (Santiago, P. Universidad Católica de Chile, 1991), pp. 479 y ss. Un antiguo estudio al respecto en Samuel Claro *Naturaleza Jurídica de las Concesiones* (Santiago, Universidad de Chile, Imprenta Nacional, Santiago, 1928), p. 76 y ss.

³⁴ Agüero, n. 29, pp. 22-36.

³⁵ Mestre, n. 27, p. 127.

33. A su vez, la decisión de concesionar un servicio público por la Administración comienza con la decisión estatal, unilateral, de desprenderse de la gestión directa de ese cometido, resolviendo encomendárselo a un particular –el concesionario–, quien acepta someterse en sus relaciones con el Estado a normas de Derecho Público³⁶.

34. El sistema de obtención de estas autorizaciones de parte de la Administración es variable, ya que dependerá de las concretas características del sector regulado y la forma en que se deban proveer los servicios. Sin embargo, en todos aquellos casos se busca conciliar tanto los intereses de la comunidad –mandados a la Administración– como los propios de los empresarios interesados en ingresar al concreto mercado en cuestión³⁷.

35. En nuestro ordenamiento, la asignación de las concesiones de servicio público difiere de sector en sector. Así, y sin perjuicio de la naturaleza de monopolio natural de algunas industrias, en materia de gas de red se indica expresamente que las concesiones asignadas “no constituyen monopolio”, reconociéndose que las concesiones como título habilitante no son *escasas* (Arts. 11° y 14°, Ley de Servicios de Gas). Por su parte, en materia de servicios de agua potable y alcantarillado la asignación de las concesiones (solamente para zonas urbanas, y en caso de haber varios interesados), es adjudicada por la menor tarifa ofrecida (Art. 15°, Ley General de Servicios Sanitarios)³⁸. A su vez, las concesiones eléctricas pueden superponerse, pudiendo solicitarse de forma traslapada con otra concesión (Art. 17°, Ley General de Servicios Eléctricos) y las de telecomunicaciones se licitan solo en la medida que exista una norma técnica que solamente permita otorgar un número limitado de concesiones o permisos a su respecto (Art. 13 C, Ley General de Telecomunicaciones).

36. De este modo, no es irrelevante el hecho que pueda haber más de un oferente en un mismo mercado a una situación en que la asignación de la concesión implique el otorgamiento de un monopolio legal. Por lo mismo, su tratamiento debe ser distinto. En efecto, la Corte Suprema se ha referido a estas empresas señalando que la regla general es que éstas se concedan bajo

³⁶ Enrique Silva Cimma, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público*, (Santiago, Jurídica de Chile, 1995), p. 253.

³⁷ García de Enterría y Fernández, n. 19, pp. 146-149.

³⁸ Agüero, n. 29, pp. 392-393.

la forma de un monopolio, es decir, bajo la existencia de un solo operador, con exclusión de otros partícipes en el mercado³⁹.

37. En lo que nos interesa, el carácter de concesiones de servicio público de las plantas de revisión técnica se desprende de la antigua *Ordenanza General del Tránsito*, que establecía un régimen mediante el cual se efectuaba la revisión de los vehículos motorizados, ya sea por la Subsecretaría de Transporte, por medios propios, o bien por los establecimientos que ella señalare⁴⁰. Así, al designar un particular para realizar una función pública (certificación), se estaba concesionando la función pública, como lo confirma la jurisprudencia de la Comisión Resolutiva⁴¹ y del TDLC⁴².

38. Posteriormente, mediante la Ley N° 18.290, *Ley de Tránsito*, se establece un régimen nuevo sobre plantas de revisión técnica, disponiéndose en su artículo 95° que:

El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones determinará los requisitos que deberán cumplir los establecimientos que practiquen revisiones técnicas de vehículos, así como los procedimientos técnicos a que deberán ceñirse tales revisiones y los niveles máximos de emisión de contaminantes que se permitirá.

Los establecimientos que cumplan con los requisitos exigidos, deberán ser autorizados por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones o por las Municipalidades que éste determine.

39. Al dictarse la Ley N° 18.696, sobre regulación del transporte de pasajeros, su artículo 4° dispone que el MTT otorgue concesiones de plantas de establecimientos de revisión técnica de vehículos mediante una licitación pública. Eso sí, se encomienda al MTT la fijación de diversas materias, a saber:

El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones podrá fijar por regiones, provincias o comunas del país establecimientos que practiquen revisiones técnicas a los vehículos que se señale genéricamente y determinará la forma,

³⁹ Corte Suprema, *Naviera Valdivia c. MOP*, rol 4470-2012, 30 de enero de 2013, C. 7°. En similares términos, Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 908, 23 de junio de 1994, §5.-a).

⁴⁰ Artículo 159°, D.F.L. N° 3068, de 1964, de Justicia.

⁴¹ Comisión Resolutiva, Resolución N° 330, rol 368-89, 17 de octubre de 1989, C. 5°.

⁴² TDLC, Sentencia N° 14/2005, *Revisiones Santiago c. MTT*, rol C 37-04, 5 de abril de 2005, C. 8°.

requisitos, plazo de concesión, causales de caducidad y procedimientos para su asignación y cancelación. Las concesiones respectivas deberán otorgarse mediante licitación pública...

40. Finalmente, el artículo 4° de la Ley N° 18.696, que fue reformado por la Ley N° 20.378, alterando el mecanismo de adjudicación, agrega, en lo que interesa, que:

Las concesiones respectivas deberán otorgarse mediante licitación pública, al oferente que ofrezca el menor precio por los servicios para la tecnología y calidad técnica especificada en las bases de licitación. ...

41. Podemos ver que el Legislador ha optado por asignar las concesiones de plantas de revisión técnica mediante la técnica de la asignación competitiva, otorgando la concesión a aquel particular que ofrezca el menor precio por los servicios que se licitan y a la calidad técnica que haya solicitado el MTT en las bases de cada proceso, todo lo cual favorece a los consumidores con menores tarifas.

III. APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LA AUTORIDAD CONCEDENTE

42. En la presente sección del Informe examinaremos si la Administración Pública, personalizada como el Fisco, servicios públicos, empresas públicas y otros organismos públicos pueden ser sujetos pasivos de las normas de libre competencia. De esta forma, en primer término se revisará la sujeción bajo las normas de la Ley N° 13.305 y D.L. N° 211, de 1973, previas a la reforma que creó el TDLC. Posteriormente, se examinará la historia fidedigna de la Ley N° 19.911. Finalmente, estudiaremos la jurisprudencia de los órganos de defensa de la competencia emitidas con motivo de controversias con o consultas efectuadas por la autoridad concedente, en el marco de licitaciones de plantas de revisión técnica de vehículos motorizados.

i. La sujeción de la Administración Pública a las normas de competencia anteriores a la Ley N° 19.911

43. La aplicación del derecho de la competencia a órganos de la administración pública ocurría ya bajo la primera legislación sobre libre competencia, i.e., Título V de la Ley N° 13.305, como precisa Aróstica⁴³.

44. Es más, de acuerdo al artículo 175° de dicha Ley⁴⁴, la potestad consultiva (hoy contenida en el artículo 18 N° 2 y 31 del DL 211) podía ser puesta en marcha tanto por los particulares como por las autoridades públicas que tuvieran dudas respecto a la licitud de sus actuaciones -lo que parece era habitual⁴⁵. Luego, la autoridad pública que tuviera dudas o inquietud de la aplicación del Derecho de la Competencia a alguna actuación suya, podía buscar certeza en las comisiones preventivas, mediante su *interpretación administrativa*⁴⁶. Como veremos más abajo, el MTT ha consultado reiteradamente respecto de bases de licitación de plantas de revisión técnica (*infra*, ¶111-¶116).

45. A lo anterior, se agrega que la Ley N° 13.305 permitía que una empresa del Estado o una empresa en la cual el Estado tuviera parte, directa o indirectamente, podían gozar de una exención respecto de ciertas conductas

⁴³ Iván Aróstica “Acción de amparo económico. Acerca del recurrente y del recurrido” *Gaceta Jurídica*, N° 182 (Santiago, 1995), p. 8, nota al pie N° 4, citando el caso de la estatización de la banca de la década de 1970.

⁴⁴ Dicho artículo prescribía que:

Créase una Comisión que tendrá a su cargo el estudio o resolución de todas las situaciones o hechos que puedan dar lugar la aplicación de este Título y de las denuncias, reclamaciones, *solicitudes* o *consultas* que puedan formular *las autoridades, las entidades públicas* o privadas y los particulares sobre las mismas materias. (las cursivas son nuestras)

⁴⁵ Sin contar con datos minuciosos, la doctrina indica que así ocurría en: Waldo Ortúzar “La Ley Antimonopolios de Chile: cuatro años de experiencia”, *Derecho de la Integración* 11 27 (1978), p. 127. Con ejemplos, Oscar Illanes “Jurisprudencia de la Comisión Antimonopolios. Con referencia a los artículos 173, 174 y 181 de la Ley N° 13.305” *Revista de Derecho Económico* 8-9 (Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1964), pp. 27-53.

⁴⁶ Jorge Streeter, *Naturaleza jurídica y atribuciones de los Organismos y el Servicio creados por la Ley de Defensa de la Libre Competencia*, (Santiago, Apuntes, Facultad de Derecho Universidad de Chile, s/f), pp. 3-4. En similar sentido, Olga Feliú “El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios” *Actualidad Jurídica* 1 (Santiago, Universidad de Desarrollo, 1990), p. 84.

anticompetitivas, mediante un decreto supremo fundado, dictado por el Presidente de la República y motivado en un informe favorable de la Comisión Antimonopolios⁴⁷.

46. Una exención análoga a la contenida en la Ley N° 13.305 fue incluida en el artículo 4° del DL 211, de 1973⁴⁸; pero extendida a un largo listado de instituciones públicas, las cuales eran –coincidentemente- *todos* organismos fiscalizados por Contraloría General de la República⁴⁹. Estas instituciones podían obtener la autorización del Presidente de República respecto *actos o contratos* efectuados por ellas, siempre que lo exigiere el interés nacional y fuera previamente calificado por la Comisión Resolutiva⁵⁰.

⁴⁷ Así, el artículo 174° de la Ley N° 13.305 señalaba que la exención podían obtenerla empresas del Estado o en las cuales éste tuviera participación:

“El Presidente de la República podrá autorizar por decreto fundado y previo informe favorable de la Comisión a que se refiere el artículo siguiente, la celebración o el mantenimiento de aquellos actos o contratos que, mencionados en el artículo anterior, sean sin embargo necesarios para la estabilidad o desarrollo de las inversiones nacionales ante la concurrencia de capitales extranjeros que operen o puedan operar en el mercado chileno, o se trate de actos o contratos *en que sea parte una empresa del Estado o una empresa en la cual el Estado tenga parte, directa o indirectamente*, y siempre que el interés nacional así lo exija.” (las cursivas son nuestras)

⁴⁸ Dicha disposición señaló (hasta 2003) que:

“No obstante y siempre que el interés nacional lo exija, se podrá autorizar por decreto supremo fundado y previo informe favorable de la Comisión Resolutiva que se establece en la presente ley, la celebración o el mantenimiento de aquellos actos o contratos que, referidos en los artículos precedentes, sean sin embargo necesarios para la estabilidad o desarrollo de las inversiones nacionales o *se trate de actos o contratos en que sea parte alguna de las instituciones señaladas en los incisos 1° y 2° del artículo 16° de la ley 10.336*. (las cursivas son nuestras)”

⁴⁹ Los incisos 1° y 2° del artículo 16° de la Ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, se refieren a los entes sujetos a la fiscalización de la Contraloría, que en esencia son los Servicios, Instituciones Fiscales, Semifiscales, Organismos Autónomos, Empresas del Estado y en general todos los Servicios Públicos creados por ley, las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación.

⁵⁰ Dicha justificación para realizar actos o contratos generalmente prohibidos por el DL 211 permitía menoscabar la libre competencia pero, siendo excepcional y justificada en el interés nacional, no resulta necesario cautelar la estabilidad de las inversiones nacionales, sino que una entidad pública fuera parte de la prohibición, *cfr.* Ortúzar, n. 45, p. 131.

47. Ahora bien, la aplicación de las normas de la libre competencia vigentes hasta que se dicta la Ley N° 19.911 debía coexistir con el artículo 5° del DL 211 (derogado en 2003), disposición que trajo alguna dificultad para su interpretación, pudiendo creerse que ella perseguía excluir de la jurisdicción antimonopólica ciertas leyes y reglamentos⁵¹. El artículo 5° establecía que:

Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, continuarán vigentes las disposiciones legales y reglamentarias referidas a las propiedades intelectual e industrial, a la minería, especialmente al petróleo, a la producción, comercio y distribución del salitre, yodo y cobre [...] las que regulan la creación y funcionamiento de las empresas de servicios públicos o municipales; las relativas a empresas bancarias y bolsas de valores...

48. Empero, la existencia de este artículo no impidió la aplicación de las normas de la libre competencia a sectores regulados, especialmente en materia de servicios públicos concedidos⁵². Entonces, derogada la disposición legal que introdujo incertidumbre en la aplicación de las normas de libre competencia a sectores con legislación especial, la aplicación y competencia del TDLC resulta menos controversial (con los límites que veremos, *infra* ¶107).

ii. La historia fidedigna de la Ley N° 19.911

49. En el Mensaje del Ejecutivo con el que se inició el Proyecto de Ley que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Ley N° 19.911) se contenía una proposición explícita de hacer aplicable íntegramente las normas de la libre competencia a *toda persona*, natural o jurídica, fuera de derecho público o derecho privado⁵³, como se indicaba en el artículo 3° propuesto⁵⁴.

⁵¹ Agüero, n. 29, pp. 141-152.

⁵² *Id.*, pp. 237-302.

⁵³ Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 19.911 Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, p. 13.

Artículo 3°. *Toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, 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 sancionada....* (las cursivas son nuestras)

⁵⁴ Como es sabido, dicha disposición de la ley contiene una descripción ejemplar de conductas anticompetitivas, esto es, carteles, abuso de posición dominante y conductas predatorias y de competencia desleal, junto con una figura residual (*universal*), contenida en el inciso 1° del actual artículo 3° del DL 211.

50. Tras el debate legislativo en el Congreso Nacional, la redacción propuesta para el actual artículo 3° fue corregida, eliminándose la referencia a las personas naturales o jurídicas, así como a su naturaleza, quedando finalmente una expresión amplia (“*el que*”), que incluye a *todo* aquel que realice conductas ilícitas, como se dio cuenta inequívocamente en la Comisión del Senado al enmendar la propuesta del artículo 3°⁵⁵.

51. Adicionalmente, el Mensaje, en lo que respecta a la aplicación de las normas del DL 211 a la Administración Pública -incluyendo el artículo 5° del DL 211, cuya aplicación había producido conflictos en su inteligencia como vimos, éste se derogaba- haciéndose expresa alusión a la cuestión, señalando que el tratamiento era “innecesario”, por contenerse el asunto en disposiciones constitucionales, o en la propia ley:

se derogan los artículos 4° y 5°, por estimarse que su contenido es innecesario, ya sea porque la materia está tratada en las garantías constitucionales del artículo 19 números 21, 22, 23, 24 y 25 de la Constitución Política de 1980, que regulan el orden público económico, o porque su tratamiento ya está regulado en otros artículos de esta ley, en especial aquel que se refiere a las atribuciones del Tribunal de Defensa de la Competencia⁵⁶.

52. Paradojalmente, el texto de la propuesta legislativa no derogaba el artículo 4°, sino que lo modificaba, con la siguiente redacción: “No podrán otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas tales como

⁵⁵ *Id.*, p. 147, en cuya discusión se expresó que:

Hubo consenso entre los integrantes de las Comisiones Unidas en que no es necesario que la ley se pronuncie en forma expresa sobre esta materia, por cuanto basta con sancionar, como se hace habitualmente al describir conductas punibles, a todo el que realice los hechos, actos o convenciones de que trata...

El señor Fiscal Nacional Económico manifestó que, al referirse a “el que”, la norma alude a una persona, sea natural o jurídica

⁵⁶ *Id.*, p. 9. Es preciso destacar que el párrafo transcrito también alude a las potestades del TDLC, y cómo ellas implican una sujeción de la Administración a las normas de la competencia, incluyendo la interdicción de conceder monopolios sin ley habilitante.

extractivas, industriales, comerciales o de servicios, salvo que la ley lo autorice”⁵⁷.

53. Como se colige de la norma trascrita, el destinatario natural del artículo 4° no es otro que aquel que puede otorgar una concesión u otro título habilitante que implique un monopolio, como es la Administración, lo que se encuentra prohibido, de acuerdo al DL 211, salvo que una ley así lo permita.

iii. La sujeción de la Administración Pública a las normas de competencia tras la Ley N° 19.911

54. Expuesta la historia de las disposiciones de la Ley N° 19.911 respecto de las personas que pueden ser sujetos activos de infracciones a las normas de competencia, la doctrina sostiene visiones no unívocas respecto de su aplicación para la Administración. Ahora bien, no existe discusión sobre la aplicación de las normas del DL 211 a las empresas públicas, en aplicación de la disposición constitucional que ordena se rijan por el *régimen común aplicable*⁵⁸.

55. Como se verá, los diversos pareceres no inhiben la aplicación de las normas del Derecho de la Competencia a los órganos de la Administración, sino que debaten sobre su alcance e imposición de multas. La discusión en la doctrina se da respecto de la aplicación del Derecho a la Competencia a la Administración respecto del ejercicio de potestades públicas, que son funciones que típicamente no pueden ejercer las empresas públicas, como dispone el artículo 6° de la LOCBGAE⁵⁹.

⁵⁷ Como puede observarse, el texto propuesto en el Mensaje era más extenso que el finalmente aprobado por la Ley N° 19.911, indicando qué tipo de actividades económicas podían tener este carácter monopólico.

⁵⁸ Verbigracia, William García “Los órganos de la Administración del Estado como sujetos de las multas aplicadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho Económico* (Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, en prensa); Eduardo Frei Ruiz-Tagle *Instructivo Presidencial sobre Empresas Públicas que Indica* (Santiago, Mayo de 1998), p. 1; Rodrigo Vallejo y Diego Pardow “Derribando mitos sobre el Estado empresario”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 1 (2008), p. 144; Pablo Ruiz-Tagle “Orden público económico, subsidiariedad y la alternativa democrática”, en Renato Cristi y Pablo Ruiz-Tagle, *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*, (Santiago, LOM, 2006), p. 328; Mauricio Mass *Estudio de las modificaciones introducidas al D.L. N° 211 sobre libre competencia en especial acerca del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011), p. 89.

⁵⁹ Tribunal Constitucional, Rol N° 80, sentencia de 22 de septiembre de 1989, C. 13°:

56. En dicho debate, para Valdés la fórmula y lenguaje del artículo 3° del DL 211 (“*el que*”) incluye a las personas jurídicas de derecho público, “sea que obre personalmente, a través de órganos, mandatarios o agentes oficiosos, y sea que se trate de un simple particular, de una persona pública no comportándose como autoridad sino como competidor, de una autoridad privada o de una autoridad pública en ejercicio de potestades normativas infralegales”⁶⁰, pudiendo así ser éstas “eventualmente responsables por atentados contra la libre competencia”⁶¹.

57. Los argumentos para esta tesis, junto con los constitucionales (Art. 19, N° 21 y 22 CPR), se basan en el control que puede ejercer el TDLC de actuaciones del Banco Central⁶² que infrinjan el DL 211⁶³ y el impedimento para que las actuaciones del Servicio Nacional del Consumidor de recopilación, elaboración, procesamiento, divulgación y publicación de información que faciliten al consumidor un mejor conocimiento de las características de la comercialización de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, atenten contra el DL 211⁶⁴. Este planteo se extiende también a la dictación de actos administrativos⁶⁵.

[su] intencionalidad está claramente expresada en su letra, cual es que cada vez que el Estado quiera ejercer actividades empresariales tendrá que hacerlo bajo la forma de empresas creadas por ley de quórum calificado y que se rijan por el derecho común y, en consecuencia, no puedan ejercer potestades públicas

⁶⁰ Domingo Valdés *Libre Competencia y Monopolio* (Santiago, Jurídica de Chile, 2006), pp. 250-251.

⁶¹ *Id.*, p. 369 y Domingo Valdés “La potestad sancionatoria del TDLC para modificar o terminar actos y convenciones” *Gaceta Jurídica* 392 (Santiago, 2013), p. 85.

⁶² En su momento, la Comisión Resolutiva impugnó acuerdos del Comité Ejecutivo del Banco Central relativos a beneficios para viviendas, declarando su ilicitud respecto de las normas de libre competencia, atendida su naturaleza discriminatoria. Comisión Resolutiva, Resolución N° 239, *FNE y otro c. Banco Central de Chile*, rol 224-85, 26 de agosto de 1986. Vid. Valdés, n. 60, p. 498.

⁶³ El artículo 74° de la Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central, dispone:

En aquellos casos en que la ley que se estima infringida sea el decreto ley N° 211, de 1973, el afectado podrá reclamar ante las Comisiones que dicho cuerpo legal contempla y conforme al procedimiento que el mismo establece, sólo en el plazo señalado en el inciso segundo del artículo 69.

⁶⁴ Art. 58, c), Ley N° 19.496, modificado por la Ley N° 19.955.

⁶⁵ Nicole Nehme, “Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los Organismos de la Administración del Estado”, en Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (coord.) *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*, (Santiago, Thomson Reuters Puntolex, 2011),

58. A su vez, a poco de dictarse la Ley N° 19.911, el ex Fiscal Nacional Económico Pedro Mattar, sostuvo que el DL 211 se aplica “por igual al Estado, a sus organismos y empresas y a los particulares”, por la aplicación de normas constitucionales del orden público económico⁶⁶. Más recientemente, la FNE ha mantenido este predicamento en su Material de Promoción *Sector público y libre competencia*⁶⁷.

59. En una posición distinta, García plantea reparos a la aplicación de sanciones a la Administración Pública por infracciones a la competencia, en base a argumentos constitucionales. A lo anterior agrega los problemas que surgen al aplicar multas a los órganos de la Administración del Estado, incluyendo la presunción de legalidad de los actos administrativos⁶⁸, la indisponibilidad de las potestades públicas⁶⁹ y la inexistencia de un medio especial para exigir el cumplimiento de las resoluciones del TDLC. A esto añade el uso en el DL 211 de un lenguaje dirigido a los *particulares*, a saber, las expresiones “competidores” y “agente económico” (Art. 3° DL 211). Lo anterior daría cuenta de que el DL 211 se concibe para que el sujeto pasivo de la *multa* sea el privado, no un órgano de la Administración que ejerce potestades públicas⁷⁰. En la misma línea, Mass argumenta que la aplicación

pp. 328-329, quien señala que “los órganos del Estado, todos ellos, se encuentran sujetos en la dictación de actos administrativos a las normas de defensa de la libre competencia”.

⁶⁶ Pedro Mattar *Un nuevo Tribunal para la Defensa de la Libre Competencia* (Santiago, Fiscalía Nacional Económica, 30 de octubre de 2003), p. 5.

⁶⁷ Fiscalía Nacional Económica *Sector público y libre competencia. Evaluando sus actuaciones desde la perspectiva de la competencia* (Santiago, 2012), p. 4:

...cabe tener presente que la legislación de libre competencia de nuestro país no exime a órgano alguno -sea una entidad pública o privada, y cualquiera sea su organización o estructura societaria- del cumplimiento del DL 211...

⁶⁸ Presunción de legalidad consagrada en el artículo 3° de la Ley N° 19.880. Ahora bien, la presunción puede vencerse, como reconoce García, n. 58.

⁶⁹ Aunque la práctica jurisprudencial del TDLC da cuenta de conciliaciones aprobadas entre la FNE y tanto particulares como instituciones públicas (verbigracia: con la Dirección General de Aguas), así como la posibilidad de celebrar acuerdos extrajudiciales (Art. 39, ñ), DL 211). Sobre la indisponibilidad del bien jurídico, *vid.* Valdés, n. 60, p. 131 y Domingo Valdés *Informe en Derecho acerca de una conciliación entre Fiscalía Nacional Económica y Farmacias Ahumada S.A.* (Santiago, 2009), pp. 5-8.

⁷⁰ García, n. 58.

textual de la expresión “el que” no debe leerse fuera de contexto de la expresión *actividad económica*⁷¹, porque puede motivar lecturas erróneas⁷².

60. Ahora bien, García sí sostiene que cuando la Administración debe celebrar contratos públicos, el principio de *libre concurrencia* –dispuesto en el artículo 9° de la LOCBGAE - habilita la intervención del TDLC⁷³, entendido como un control *de fondo* “del carácter competitivo o no del contrato, considerado en sí mismo; no de su procedimiento”, que es el control *formal* ejercido por el Tribunal de Contratación Pública⁷⁴.

61. Como puede verse, si bien existe discusión respecto del alcance de la aplicación de las normas de competencia a la Administración, esta es una cuestión de grado fundamentalmente, especialmente en materia sancionatoria, pero en caso alguno de inaplicación⁷⁵.

iv. La jurisprudencia del TDLC sobre legitimación pasiva de la Administración Pública

62. Expuesta la motivación de la ley N° 19.911 en materia de aplicación de las normas de libre competencia a personas jurídicas de derecho público, en la que se encuentra incluida la Administración, a continuación expondremos cuál ha sido el desarrollo jurisprudencial sobre la materia, primero del TDLC y posteriormente, de la Corte Suprema.

63. La primera decisión en que se abordó la cuestión de la legitimidad pasiva de la Administración Pública fue en *Jorge Middleton c. MTT*, causa relativa a plantas de revisión técnica de vehículos. En dicho procedimiento contencioso, la inadmisibilidad planteada por el MTT, respecto del conocimiento del TDLC de las “razones de mérito” al dictarse las resoluciones que establecían las bases técnicas y administrativas de procesos de licitación

⁷¹ Vid. Valdés, n. 60, p. 480, nota al pie N° 461 y Mass, n. 58, p. 91.

⁷² Mass, n. 58, p. 91.

⁷³ García, n. 58.

⁷⁴ *Id.* También, José Luis Lara y Carolina Helfmann “Las ‘cláusulas’ abusivas en la contratación pública: su establecimiento e impugnación” *Revista de Derecho de la Empresa* 19 (Santiago, Universidad Adolfo Ibáñez, 2009), pp. 130-134 y pp. 142-144.

⁷⁵ Por otra parte, la revisión de las diversas potestades del TDLC dan cuenta de una sola potestad jurisdiccional y, las demás, potestades administrativas, muchas de las cuales dicen relación con la Administración Pública, como ocurre en materia de licitaciones portuarias, tarifas de empresas de utilidad pública, entre otros. *Cfr.* Artículo Segundo, Ley N° 19.911.

de plantas de revisión técnica, fue resuelta a favor de la competencia del TDLC, argumentándose que

este Tribunal se considera competente para conocer de actuaciones de la autoridad que infrinjan o puedan infringir las normas que protegen la libre competencia contenidas en el DL 211, *aun cuando hayan sido efectuadas sin exceder sus atribuciones legales*, pues éstas tienen el límite de respetar las normas de orden público económico contenidas en dicho cuerpo legal que, según dispone claramente su artículo 3º, se aplica [...] sin distinguir al efecto entre entes privados o públicos, siendo reiterada la jurisprudencia de la Honorable Comisión Resolutiva, antecesora legal de este Tribunal, en tal sentido⁷⁶.

64. Esta decisión es también la primera en que el TDLC aborda la aplicación de las normas de competencia a sectores regulados por leyes sectoriales, en los cuales la autoridad administrativa concedente se ha sujetado a dicha regulación *especial*, pero que, por efecto del DL 211, ha debido *también* respetar esta legislación *general*, como parte del orden público económico.

65. En el año 2008, el tópico vuelve a plantearse, pero respecto a la Corporación Nacional Forestal (CONAF), organismo público que había efectuado supuestamente una actividad empresarial sin habilitación legal previa, a juicio del TDLC. Es así como en CONAF, el TDLC aborda si la actividad ejercida por esta corporación era una *actividad económica*, en los términos del artículo 1º del DL 211, sintetizando las decisiones sobre el particular:

... para definir si una actividad determinada –en este caso los servicios de extinción aérea de incendios– corresponde a una actividad económica en los términos establecidos en el artículo 1º del D.L N° 211, para los efectos de resguardar la libre competencia, debe atenderse, a juicio de este Tribunal, a la naturaleza misma de la actividad y no a la de quien la realice;

... además, *todo agente económico, esto es, cualquier persona, sea natural o jurídica, pública o privada, con o sin fines de lucro, que concurra individual o colectivamente a un mercado como oferente o demandante de bienes o servicios, realiza actividades que se encuentran sometidas al Decreto Ley N° 211, cuyo artículo 3º, inciso primero, no hace distingo alguno referido a fines o calidades. Así, por ejemplo, este Tribunal se ha pronunciado anteriormente respecto de*

⁷⁶ TDLC, Sentencia N° 11/2004, *Denuncia de Jorge Middleton y otros en contra del MTT*, rol C 29-04, 3 de diciembre de 2004, C. 1º. Las cursivas son nuestras.

conductas anticompetitivas imputadas a organizaciones sin fines de lucro (Sentencias N° 1, 15, 35 y 56), y a organismos públicos (Sentencias N° 4, 11, 13, 14, 20, 32, 34, 37 y 44)⁷⁷

66. Con posterioridad, diversas decisiones del TDLC abordaron su competencia en materia de compras públicas, es decir, la Administración como demandante de bienes o servicios⁷⁸. La mayor parte de esas sentencias se motivan en bases administrativas de rellenos sanitarios, contratados por municipios⁷⁹. Un número menor (dos), responde a la contratación de servicios de publicidad del Estado⁸⁰ y, más recientemente, a la licitación de la elaboración de cédulas de identidad⁸¹.

67. Ahora bien, de la jurisprudencia emanada del TDLC sobre compras públicas⁸², se aprecian decisiones relativas a concursos o licitaciones públicas para la compra de bienes y servicios, principios aplicables a la licitación de un servicio concedido, como son las plantas de revisión técnica.

68. Con posterioridad, y tras *Puerto Terrestre Los Andes*, decisión que aborda expresamente la competencia del TDLC para conocer licitaciones de concesiones de obras públicas y de servicios públicos (*infra*, ¶75 y ¶95), el TDLC ha ahondado su razonamiento sobre su competencia en demandas contra servicios públicos. Es así como en *Rossano Droghetti c. Dirección de Compras y Contratación Pública* el TDLC desechó la excepción de incompetencia argüida por el demandado, señalando que

el Decreto Ley N° 211 es aplicable a todos los sujetos que intervienen directa o indirectamente en los mercados, sea que se trate de particulares o de personas de derecho público, y sea que estas últimas participen como competidores

⁷⁷ TDLC, Sentencia N° 67/2008, *Helicópteros del Pacífico Ltda. c. CONAF y Ministerio de Agricultura*, Rol C N° 124-07, 17 de junio de 2008, C. 9° y 10°. Las cursivas son nuestras. En sentido análogo, la posterior resolución del TDLC, 13 de mayo de 2008, Rol C N° 127-07 (acumulada con rol C N° 159-08), por la cual rechaza una excepción de incompetencia promovida por el Fisco de Chile.

⁷⁸ Francisco Bórquez y Carolina Helfmann “La contratación pública y la libre competencia”, *Revista Anales Derecho UC* 6 (Santiago, 2011), pp. 99-128 y Lara y Helfmann, n. 74.

⁷⁹ *Vid.* Nehme, n. 65, p. 318, nota al pie N° 2.

⁸⁰ TDLC, Sentencia N° 89/2009, *Revista Punto Final c. Ministerios de Hacienda y otros*, rol C 171/2008, 12 de noviembre de 2009, C. 11°.

⁸¹ TDLC, Sentencia N° 132/2013, *Sonda c. Servicio de Registro Civil e Identificación*, rol C 242-12, 25 de octubre de 2013.

⁸² Al respecto, *vid.* Fiscalía Nacional Económica, *Compras Públicas y Libre Competencia* Material de Promoción 1/2011 (Santiago, 2011).

(i.e. empresas públicas), adquirentes o demandantes de bienes o servicios necesarios para el desempeño de sus funciones o potestades públicas (i.e. todos los organismos públicos sea directamente o por medio de centrales de abastecimiento), o en cuanto autoridades que ofrecen o asignan a los particulares recursos económicos o derechos en ejercicio de potestades normativas, aún sin una contraprestación (e.g. derechos de aprovechamiento agua, espectro radioeléctrico, concesiones de obra pública, derechos de tráfico aéreo)⁸³

69. De esta forma, el TDLC reafirma su competencia amplia para conocer no solo de la Administración como empresa pública, oferente o demandante de bienes o servicios, sino que también cuando se ofrecen o asignan recursos escasos o derechos -incluyendo concesiones de obra pública. Esta tesis fue reiterada en *Naviera Valdivia c. MOP*, precisándose qué motiva la actuación del TDLC al asignarse recursos escasos o derechos por la Administración:

En particular, cuando se trata de actos de autoridad por medio de los cuales se asignan recursos o derechos, el D.L. N°211 contribuye a tutelar la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 21, *en la medida que prevenga o reprima situaciones en las que tal asignación produzca la expulsión o una restricción o impedimento ilegítimo o injustificado al acceso o expansión de un competidor en un mercado*⁸⁴

70. Posteriormente, en la citada sentencia, el TDLC, tras desechar la acusación de conceder un monopolio, pasa a examinar las bases diseñadas por el MOP, y su efecto en la competencia:

... lo que podría ocurrir, de acuerdo con los hechos descritos en la demanda, es que el Estado hubiese vulnerado el artículo 3° del D.L. N° 211, por la vía de diseñar e implementar una Licitación en términos tales que permitan al concesionario adjudicatario de la misma excluir en forma anticompetitiva a sus competidores del mercado respectivo⁸⁵

71. Finalmente, el TDLC resolvió conocer las dos acusaciones planteadas por Naviera Valdivia. La primera, contra el concedente (el MOP). La segunda, contra el adjudicatario de la concesión por sus cobros, como concesionario:

⁸³ TDLC, Sentencia N°114/2011, *Rossano Droghetti c. Dirección de Compras y Contratación Pública*, rol 206-10, 17 de noviembre de 2011, C. 9°.

⁸⁴ TDLC, Sentencia N° 121/2012, *Naviera Valdivia Ltda. y otros c. Ministerio de Obras Públicas*, C 219-11, 10 de mayo de 2012, C. 17°. Las cursivas son nuestras.

⁸⁵ *Id.*, C. 20°.

... la primera controversia sobre la cual este Tribunal se pronunciará es aquella vinculada con la eventual transgresión del artículo 3° del D.L. N° 211 por parte de los demandados, específicamente (i) por parte del Fisco, mediante el diseño e implementación de una Licitación que autoriza a un concesionario verticalmente integrado para cobrar una tarifa por el uso de infraestructura portuaria, y (ii) por parte del concesionario, Somarco, por la realización de los cobros respectivos⁸⁶

v. La jurisprudencia de la Corte Suprema sobre legitimación pasiva de la Administración Pública

72. Ahora bien, la legitimidad de la Administración Pública no ha sido una materia pacífica, como dan cuenta diversas decisiones de la Corte Suprema. Así, en *ENASA c. Municipalidad de Cauquenes*, la Corte acoge el recurso interpuesto por el municipio en contra de la Sentencia N° 34/2005 del TDLC, que había acogido la demanda en su contra, respecto de un proceso de licitación de residuos domiciliarios. El Máximo Tribunal rechazó que el municipio fuera considerado un agente económico, en los términos del DL 211, al incumplir las bases, pues

... no corresponde propiamente al ámbito de la libre competencia, sino más bien es propio de un organismo encargado de velar por el cumplimiento de materias relacionadas con la contratación pública, pues no se divisa cómo pudiese verse alterada la libre competencia con los hechos relatados en la demanda, esto es, con eventuales incumplimientos a las bases administrativas de una licitación;

Que por lo reflexionado precedentemente, se concluye que no le corresponde intervenir al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en materias como la de autos, ya que las partes de este proceso no son agentes económicos en los términos del artículo 4° del Decreto Ley N° 211 y, además, porque la materia de autos se encuentra reglamentada en la Ley N° 18.695, Orgánica de Municipalidades⁸⁷

73. Empero, este criterio fue sustituido por la Corte Suprema en 2008, en *FNE c. Municipalidad de Curicó*, cuando se rechaza la reclamación del municipio por el incumplimiento de la Instrucción de Carácter General N°

⁸⁶ *Id.*, C. 21°.

⁸⁷ Corte Suprema, *Empresa Nacional de Servicios de Aseo S.A. c. Municipalidad de Cauquenes*, rol 383-06, 29 de marzo de 2006, C. 8°, 9° y 10°. Inclusive, el C. 13° afirmaba que la contratación municipio-particular se somete a una "régimen jurídico de derecho público", a contrario, se entendería para la Corte que el DL 211 sería una regulación de *derecho privado*.

1/2006, sobre licitaciones de rellenos sanitarios, y se reafirma la competencia del TDLC sobre personas de derecho público que actúan como oferentes o demandantes y cuyas conductas puedan afectar la competencia, pese a la posible competencia del Tribunal de Contratación Pública en los mismos hechos (es decir, pese a existir una legislación sobre compras públicas):

Que en lo relativo a la incompetencia del Tribunal de la Libre Competencia alegada por la Municipalidad de Curicó, aún cuando el municipio es un organismo autónomo, es evidente que interviene en el mercado y que por ello debe respetar las normas de libre competencia ... Tal como lo sostiene el fallo impugnado, en este caso lo importante para determinar si resultan aplicables las normas del decreto ley señalado -y como consecuencia de ello si cabe la actuación del Tribunal de Defensa de Libre Competencia- es si las actuaciones del municipio como oferente o demandante de bienes y servicios pueden incidir o no en la libre competencia, sea impidiéndola, restringiéndola o entorpeciendo. Las normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, *públicas o privadas*, en cuanto éstas concurran al mercado...⁸⁸

74. Ahora bien, en un caso que constituye un límite a la aplicación del Derecho de la Competencia a la actividad de la Administración, cabe destacar la sentencia *Hotelera Rent a Home Ltda. c. Municipalidad de Providencia*, en la cual la Corte Suprema rechaza que una Municipalidad, en el ejercicio de su potestad normativa y fiscalizadora, sea un “agente económico”:

Que atendidas las facultades legales señaladas, no cabe sino concluir que la actividad impugnada corresponde al ejercicio por parte de la Municipalidad de su legítima potestad normativa y fiscalizadora en aras del cumplimiento de su cometido legal, no pudiendo derivarse de los actos señalados que la

⁸⁸ Corte Suprema, *Fiscalía Nacional Económica c. Municipalidad de Curicó*, rol 7796-2008, 27 de mayo de 2009, C. 6°. Las cursivas son nuestras. Dicho considerando también agrega que:

A este último respecto no debe olvidarse que de un mismo acto pueden derivar consecuencias jurídicas de diversa naturaleza, y que el examen de legalidad ha de verificarse sólo por el órgano al que la ley ha conferido competencia en razón del tipo de la eventual transgresión. En la especie el asunto de autos está comprendido en la competencia del tribunal impugnado porque se trata de un conflicto de aquellos señalados en el artículo 3° del D.L. N° 211 y no de un conflicto surgido entre la aprobación de las bases de la licitación y su adjudicación, como lo previene a estos efectos el citado artículo 24 de la Ley N° 19.886

autoridad se haya desempeñado como un agente económico, esto es, un sujeto interviniente en la actividad económica⁸⁹.

75. Con posterioridad, en *Puerto Terrestre Los Andes*⁹⁰, la Corte Suprema, refrendó el criterio contenido en *FNE c. Municipalidad de Curicó*. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Suprema estima que la actuación de la concesionaria al alero de su regulación contractual, en materia de cobros, no implica una infracción anticompetitiva. Es decir, la conducta respecto de tarifas, realizada al amparo de una regulación especial que las autoriza, no viola el DL 211:

no puede menos que decirse que si las tarifas han sido aplicadas conforme al contrato de concesión, o dicho de otra manera: si la concesionaria no ha incurrido en infracción al contrato de concesión no es posible concebir que el cobro sea abusivo y lesivo a la libre competencia, cual es, como ya se ha dicho, el actuar que en ésta jurisdicción especial puede ser sancionado⁹¹.

vi. Prohibición legal de otorgar monopolios

76. En adición a lo expuesto previamente, el DL 211 contiene una interdicción general de conceder monopolios sin habilitación legal previa (*supra*, ¶¶ 51-53). Esta prohibición se refiere a diversos títulos habilitantes, como son las concesiones, autorizaciones y otros actos “que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas”⁹², los cuales pueden ser otorgados por autoridades públicas que otorguen dichos títulos⁹³.

77. Es del caso recordar que el primer artículo del Título V de la Ley N° 13.305, aludía expresamente a la interdicción de otorgar monopolios *a los particulares* respecto de actividades económicas⁹⁴, admitiendo que mediante

⁸⁹ Corte Suprema, *Hotelera Rent a Home Ltda. c. Municipalidad de Providencia*, rol 354-2010, 31 de mayo de 2010, C. 14°. Interesa destacar que esta decisión aborda una potestad que no es ejercida por la administración como agente económico, sino que como autoridad fiscalizadora, guardando diferencias con la asignación de monopolios o de autorizaciones para el ingreso a un mercado.

⁹⁰ Corte Suprema, *Nutripro c. PTLA*, rol 6100-2010, 28 de enero de 2011, C. 6°.

⁹¹ *Id.*, C. 13°.

⁹² Art. 4°, DL 211.

⁹³ Valdés, n. 60, pp. 472 y 477.

⁹⁴ *Id.*, pp. 483-485.

una ley se entregara monopolios a organismos públicos, respecto de actividades industriales o comerciales⁹⁵.

78. Dicha prohibición fue recogida posteriormente en el Decreto Ley N° 211, de 1973, en el artículo 4° de dicho cuerpo legal⁹⁶, admitiendo la doctrina que el DL 211 consideraba que el Legislador sí puede otorgar un monopolio a un particular, contando con atribuciones suficientes para dicho fin⁹⁷, especialmente tras la Ley N° 19.911, que no altera significativamente dicha disposición⁹⁸.

79. Luego, pese a opiniones contrarias a los monopolios otorgados por ley⁹⁹, la Constitución ha prohibido en forma expresa solamente un monopolio para que el Estado sea el único oferente en una actividad productiva¹⁰⁰,

⁹⁵ Art. 172°, inc. 1°, Ley N° 13.305: "Sólo por ley podrá reservarse a instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de administración autónoma o municipales el monopolio de determinadas actividades industriales o comerciales."

⁹⁶ Este inciso encuentra mayor significado a la luz del considerando 4° del DL 211, el cual comprende y permite que "cierta producción de bienes y servicios puede o debe, en determinadas circunstancias, realizarse a través de organizaciones de estructura monopólica estatal, siempre que los fines perseguidos redunden en beneficio de la comunidad y su creación, funcionamiento y resguardos se prevean mediante una ley expresa", *cfr.* Agüero, n. 29, pp. 138-139.

⁹⁷ Jorge Streeter *Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia*. Documento de Trabajo (Santiago, Estudio Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner, Santiago, 2001), p. 26. Por lo demás, el considerando 4° del DL 211, de 1973, señalaba que:

sin embargo, cierta producción de bienes y servicios puede o debe, en determinadas circunstancias, realizarse a través de organizaciones de estructura monopólica estatal, siempre que los fines perseguidos redunden en beneficio de la comunidad y su creación, funcionamiento y resguardos se prevean mediante una ley expresa

⁹⁸ Luego, tras la Ley N° 19.911, el artículo 4° dispuso que "No podrán otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas, salvo que la ley lo autorice."

⁹⁹ Streeter, n. 97, p. 26:

Pero fuera de aquellos casos que la Ley Fundamental reconoce o permite, tal vez no sea posible que el Estado otorgue monopolios, constituya estancos o favorezca a quien sea con un privilegio exclusivo. Ni las igualdades que consagra la Carta Fundamental, ni la regulación de los derechos de propiedad, ni la consagración del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica parecen ser compatibles con los monopolios, los estancos o los privilegios

¹⁰⁰ Juan Carlos Ferrada "La Constitución Económica de 1980. Algunas reflexiones críticas", *Revista de Derecho*, N° 11 (Valdivia, Universidad Austral, 2000), p. 50.

impidiendo que se establezca un monopolio *estatal* sobre los medios de comunicación social (Artículo 19, N° 12, inc. 1°, CPR)¹⁰¹.

80. La jurisprudencia sobre el antiguo precepto, anterior a la Ley N° 19.911, abordó la jurisdicción respecto al otorgamiento de actividades, habitualmente respecto de bienes nacionales de uso público administrados por Municipios o servicios de actividades tales como la concesión de parquímetros (en cuyo caso se reconoció que la adjudicación podía ser *discrecional* por la autoridad, mediante un criterio de rentabilidad social y no exclusivamente de precio)¹⁰².

81. En una decisión posterior, relativa a la adjudicación de un contrato de exclusividad a una empresa que le permitía instalar elementos publicitarios en la comuna de Recoleta, se estimó que el tenor y efectos del contrato eran *análogos* al otorgamiento de un monopolio, poniéndose término al contrato de precario respecto del espacio público municipal, pues:

el contexto general de la situación denunciada, esto es, la exclusividad y el plazo de compromiso, desde el punto de vista de la competencia, tiene efectos muy similares a los de una concesión y por lo tanto se le deben hacer las mismas exigencias que a esta última. Que esto no sólo lo demuestran los plazos renovables establecidos para el permiso, sino el uso preferente, que en lo contractual adquiere el carácter de exclusivo y excluyente, debiendo haber precedido una licitación pública para otorgarse válidamente. Que además desde el punto de vista de la normativa de la libre competencia resulta evidente que el procedimiento empleado por la I. Municipalidad la transgrede, puesto que no ha permitido la posibilidad de participar a terceros de un negocio al cual legítimamente pudieron haber accedido, lo que

¹⁰¹ Ahora bien, algunos autores sostienen que del artículo 19, N° 21 de la Carta, se derivaría una prohibición para la existencia de monopolios privados sobre los medios de comunicación social, *cfr.* José Luis Cea “Estatuto Constitucional de la Información y Opinión” *Revista Chilena de Derecho* N° 8 (Santiago, Universidad Católica de Chile, 1981), pp. 26 y 27. En similar sentido, Francisco Zúñiga “Propiedad y control de los medios de comunicación social: Algunas notas sobre el Estatuto de la Radiodifusión” *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1 (Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2008), p. 173 y Alejandro Silva *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª. Ed. T. XII, *De los Derechos y Deberes Constitucionales*, (Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 2008), p. 347, citado por Zúñiga, *ob. cit.*, p. 174. Esta prohibición es comprensible, por su conexión con la libertad de emitir opinión e informar (otro derecho fundamental).

¹⁰² Comisión Resolutiva, Resolución N° 521, *Recurso de reclamación contra Dictamen N° 1/1998 de Comisión Preventiva de la X Región*, rol 561-98, 29 de julio de 1998.

constituye una barrera a la entrada a un negocio que en esencia debe admitir la pluralidad, objetividad y transparencia¹⁰³

82. Por parte del TDLC, en la sentencia 20/2005, *Denuncia de Nain Rostion c. Municipalidad de Santiago*, resolvió que la concesión mediante un contrato municipal de un monopolio a un particular, sin sustento legal, mediante una cláusula exclusividad, constituía una infracción al artículo 4° del DL 211:

distinto es el caso de la exclusividad otorgada contractualmente por el Municipio a privados, por cuanto las cláusulas insertas en los contratos de concesión de estacionamientos subterráneos, en cuya virtud la I. Municipalidad de Santiago se obliga a eliminar las autorizaciones para explotar estacionamientos en las respectivas áreas de restricción, son contrarias a las normas de la libre competencia, pues, en el evento de modificarse la normativa urbana aplicable a esta actividad, la obligación contractual del Municipio subsistiría sin existir una base legal o normativa que la sustente, todo lo cual, vulneraría el artículo 4° del texto en vigor del Decreto Ley N°211¹⁰⁴

83. Por último, en *Naviera Valdivia c. MOP*, el TDLC desecha una imputación de otorgamiento de un monopolio por la vía de una concesión de obra pública, toda vez que no había una verdadera exclusividad del servicio concedido:

en relación con la infracción al artículo 4° del D.L.N° 211 que denuncian los demandantes, fundada en que la Ley de Concesiones no ampararía la constitución de un monopolio en relación con los servicios de transporte en cuestión (y sólo permitiría concesionar infraestructura), cabe tener presente que formalmente el Estado no ha concedido un monopolio en la provisión de servicios de transporte marítimo-fluvial en la conexión Niebla-Corral, pues no ha otorgado al concesionario exclusividad en la provisión de tales servicios. Por ello, no podría concurrir en la especie la hipótesis proscrita en el artículo 4° del D.L. N° 211¹⁰⁵

¹⁰³ Comisión Resolutiva, Resolución N° 669, *Denuncia de Zhar Publicidad S.A c. Municipalidad de Recoleta y Grupo Sarmiento S.A.*, rol 671-02, 6 de noviembre de 2002, C. 8°.

¹⁰⁴ TDLC, Sentencia N° 20/2005, *Denuncia de Nain Rostion y otros c. Municipalidad de Santiago*, rol C 24-04, 23 de junio de 2005, C. 8°.

¹⁰⁵ TDLC, Sentencia N° 121/2012, *Naviera Valdivia y otros con MOP y otros*, rol C 219-11, 10 de mayo de 2012, C. 19°.

vii. Aplicación del derecho de la competencia al proceso de licitación de concesiones de servicio público

84. En la actualidad, se ha destacado la necesaria adaptación de los servicios públicos al entorno competitivo en el cual se sitúan. El punto de partida debemos situarlo en el acceso libre al mercado que generan los servicios públicos, siempre y cuando se obtengan las autorizaciones que el ordenamiento jurídico contemple para que los particulares puedan gestionar los servicios dentro del marco normativo que les corresponde, de manera que se resguarden eficazmente por los intereses de los ciudadanos-usuarios del sistema¹⁰⁶.

85. Al menos, consideramos que de adjudicarse bajo una estructura competitiva (a través de licitaciones donde haya competencia por el “mercado”) y siendo necesario el monopolio privado, puede decirse que la concesión monopólica como discriminación, no resulta arbitraria (en la medida que se haya dado cumplimiento al DL 211). Arbitrario sería precisamente una concesión que beneficiara a un individuo sin una regulación previa, innecesaria, donde no se pueda participar en la adjudicación bajo igualdad de oportunidades, etc., es decir, en infracción de las normas de competencia.

86. Por ejemplo, y sin que se reconozca *expresamente* el monopolio, el Legislador imposibilitó legalmente la competencia en áreas que se superponen empresas prestadoras de servicios sanitarios¹⁰⁷. Para otorgar esta exclusividad al concesionario, la Ley General de Servicios Sanitarios dispone un procedimiento competitivo de adjudicación para nuevas concesiones de existir varios interesados, recayendo ella en la empresa que, entre otras características, ofrezca la menor tarifa.

87. La competencia del TDLC para conocer asuntos relativos a la asignación de concesiones mediante procedimientos concursales es expresada por Moraga Klenner en los siguientes términos:

La concurrencia libre del participante supone que la Administración no ponga más restricciones o limitaciones que las expresamente dispuestas en la ley, entre las cuales se destaca el marco legal de defensa de la libre

¹⁰⁶ Mestre, n. 27, p. 132.

¹⁰⁷ Arts. 10 y 47 H, Ley General de Servicios Sanitarios.

competencia, cuyos órganos han debido pronunciarse con más o menos profundidad y continuidad acerca de la capacidad de ciertos agentes económicos para gestionar directa o indirectamente las actividades que el Estado decide dar en concesión...¹⁰⁸

88. De ahí que la denominada competencia *por la cancha* o *ex ante*, en estos casos resulte fundamental para garantizar las tarifas más bajas, *ex post* asignación. Una vez asignada, los problemas de competencia se controlan mediante fijaciones de precios, o mediante un control de las prácticas abusivas¹⁰⁹, como veremos más abajo.

89. Este mecanismo de asignación (por menor precio, esencialmente), persigue proteger a los consumidores del potencial ejercicio de poder monopólico de la empresa adjudicataria de la concesión¹¹⁰, tras un proceso de competencia *por la cancha*, previo a la asignación de la concesión. De esta forma, la competencia se produce antes de la asignación, a la cual concurren diversos actores, rivales entre sí. El precio que resulte, fruto de la competencia *ex ante* reemplaza al precio que resultaría de una competencia desregulada en el caso que hubiera varios actores. Así, la disputa por el precio se traslada al proceso de asignación de la concesión al mejor postor¹¹¹. De ahí que la importancia del proceso licitatorio sea crucial, pues el menor precio se obtendrá del mejor o peor diseño del proceso.

90. A este respecto, el TDLC ha expuesto en *Naviera Valdivia c. MOP* cuándo efectivamente entiende dicho Tribunal que hay una competencia por la cancha, al asignarse derechos o bienes escasos:

¹⁰⁸ Claudio Moraga, *Contratación Administrativa*, (Santiago, Jurídica de Chile, 2008), p. 108.

¹⁰⁹ Agüero, n. 29, pp. 133-303.

¹¹⁰ En todo caso, algunos economistas creen que debe permitirse al monopolio natural fijar precios monopólicos, siempre que se licite la concesión del servicio público. Harold Demsetz "Why Regulate Utilities?" *J. Law & Econ.*, 11 (Chicago, University of Chicago, 1968), pp. 55 y ss.

¹¹¹ Esta forma de competencia mediante licitaciones competitivas, se evidencia un compromiso constitucional para que los beneficios de exclusividad en un mercado sean contrapuestos a situaciones que beneficien a las personas, por émulos de competencia. En ellos se está privilegiando el bien común, contribuyendo el Estado a crear las condiciones sociales para que los integrantes de la comunidad obtengan su mayor realización material posible respetando derechos y garantías constitucionales, imitando lo más posible un mercado con competencia por o en el mercado.

Que por otra parte, es preciso tener en cuenta que la Licitación preestablecía las tarifas máximas que el adjudicatario podría cobrar a sus clientes y un estándar de calidad predefinido, y consideraba como criterio principal de adjudicación el menor subsidio solicitado, tal como se desprende del punto 1.4.8.2. de las Bases. Ello no permite considerar que la competencia “por la cancha” o competencia en la Licitación haya sustituido o reemplazado la competencia “en la cancha” o competencia en el mercado final, pues no hubo rivalidad por tarifas o por otras variables de competencia relevantes desde el punto de vista del usuario (como, por ejemplo, calidad). En efecto, sólo tratándose de subastas en las que se asignan derechos exclusivos al postulante que ofrezca las menores tarifas o mejor calidad al usuario final, es posible afirmar en general que la competencia “por la cancha” produciría resultados asimilables a los que genera la competencia “en la cancha”, en el sentido de que la subasta logre emular el equilibrio de un mercado competitivo¹¹²

91. En síntesis, la actividad de servicio público, una de las que más fuertemente ha sido asociada a la idea de Estado gestor, se ha debido adecuar a las necesidades del contexto económico y social actual, de tal manera de responder a las interrogantes que plantea, por ejemplo, la aplicación de las normas de la libre competencia a los órganos de la Administración del Estado. Lo anterior, especialmente ante mandatos de generalidad, continuidad, universalidad, u otros, lo que pueden afectar su gestión económica de haber rivales sin la calidad de “servicio público” que puedan, por ejemplo, hacer *cherry-picking* de los usuarios con mayor disposición a pagar.

92. De especial relevancia fueron los diversos expedientes relativos a la concesión de servicio público telefónico inalámbrico en la banda de 3.400-3.700 MHz, y posteriormente en la banda de 1.900 MHz, en los cuales la intervención de los órganos de libre competencia fue activa y decisiva. Así, frente a una investigación de la FNE y una posterior denuncia de la empresa Smartcom en contra de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL), la Comisión Resolutiva impuso la modificación de una norma técnica dictada por la autoridad sectorial, estableciendo además los criterios que dicha norma debía contener¹¹³.

¹¹² TDLC, Sentencia N° 121/2012, *Naviera Valdivia Ltda. y otros c. Ministerio de Obras Públicas*, C 219-11, 10 de mayo de 2012, C. 31°.

¹¹³ Comisión Resolutiva, Resolución N° 588, *Denuncia de Smartcom c. SUBTEL*, rol 598-00, 20 de diciembre de 2000, resuelvo 1° a 4°.

93. Previamente, además, se había ordenado la suspensión de los efectos de dicha norma, como medida cautelar¹¹⁴. En ambos casos, existían restricciones técnicas respecto del número de concesiones a otorgar, lo que evidencia el límite al número de actores posibles en el mercado:

Que el artículo 13C de la Ley dispone el concurso público como el procedimiento para otorgar concesiones o permisos cuando existe una norma técnica que limita su cantidad, y que es evidente que dicha norma debe dar cuenta de una limitación natural, toda vez que de no ser así, la norma en sí misma constituiría un acto contrario a la libre competencia, por limitar artificialmente el ingreso de competidores al mercado. Del mismo modo, en caso de existir tal limitación natural, como ocurre en la especie con la disponibilidad de sólo 30 MHz de frecuencias adicionales para el servicio público telefónico móvil, no dictar la norma técnica correspondiente también restringe la libre competencia, al impedir que todos los interesados puedan optar en igualdad de condiciones, de conformidad a la ley, por las frecuencias disponibles al efecto¹¹⁵.

94. En ambas decisiones, si bien se reconocía la potestad normativa de la SUBTEL, a renglón seguido se establecía la competencia de la Comisión Resolutiva en la materia, pues se asignaba directamente una frecuencia, en vez de efectuarlo vía licitación:

Que corresponde al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, dictar las normas técnicas sobre telecomunicaciones, y administrar y controlar el espectro radioeléctrico.

Que, sin perjuicio de lo anterior, esta Comisión debe cautelar que las normas técnicas y condiciones que se establezcan para la asignación de uso del espectro radioeléctrico no afecten la libre competencia en los servicios de telecomunicaciones¹¹⁶.

95. Posteriormente, el TDLC conoce la demanda de diversos empresarios contra el Puerto Terrestre Los Andes (PTLA) y el Ministerio de Obras Públicas (MOP), por prácticas cometidas con posterioridad a la adjudicación de una concesión de obra pública licitada por el MOP. Pues bien, la competencia del TDLC respecto del MOP fue impugnada por la defensa

¹¹⁴ Comisión Resolutiva, Resolución N° 566, rol 598-00, 22 de marzo de 2000.

¹¹⁵ Comisión Resolutiva, Resolución N° 588, *Denuncia de Smartcom c. SUBTEL*, rol 598-00, 20 de diciembre de 2000, C. 7°.

¹¹⁶ Comisión Resolutiva, Resolución N° 584, *Denuncia de Chilesat y otros c. SUBTEL*, rol 600-00, 25 de septiembre de 2000, C. 1° y 2°. En idénticos términos, Comisión Resolutiva, Resolución N° 588, rol 598-00, 20 de diciembre de 2000, C. 1° y 2°.

fiscal, siendo rechazada esa argumentación a favor de la competencia del TDLC respecto de la actividad realizada por el Estado por sí, o bien, por medio de concesionarios, incluidos servicios públicos:

... cabe tener presente que los servicios públicos que presta el Estado -ya sea directamente o por medio de concesionarios- y por los cuales se debe pagar un precio -sea por parte de los usuarios o beneficiarios directos o por el Estado en representación del interés público que pudiera existir en la provisión de dichos servicios- constituyen un mercado análogo a cualquier otro, en el sentido que existen en él oferentes y demandantes que transan bienes o servicios en determinadas cantidades y precios;¹¹⁷

.... considerando que el Decreto Ley N° 211 es aplicable a toda clase de actividades económicas, sea que correspondan o no a la prestación de servicios públicos, y sea que los preste el Estado directamente o mediante concesionarios, la forma como el Estado designe al proveedor de un bien o servicio, especialmente por medio del diseño del sistema de licitación, tendrá efectos en el mercado en que ésta incide. De ahí que los efectos en la competencia -o falta de ella- causados por la forma en que el Estado realiza estas licitaciones, afectan finalmente el bienestar general¹¹⁸

....Que en consecuencia, en opinión de estos sentenciadores, *el Estado debe llevar a cabo la tarea de concesionar la provisión de bienes o servicios, así como desarrollar cualquier función que le encomiende el ordenamiento jurídico y que implique su intervención en los mercados, observando las normas de defensa de la libre competencia, de cuya aplicación ninguna norma lo exime*¹¹⁹

96. De esta forma, el TDLC examina el mecanismo de asignación usado por el MOP, toda vez que la asignación de este Ministerio sería una actividad económica, por la cual deben pagar los usuarios y transportistas:

por todo lo razonado precedentemente, en el caso particular que motiva la presente causa, la asignación en concesión por parte del Ministerio de Obras Públicas que ha sido puesta en cuestión por los demandantes, es una actividad económica que consiste en la compra o adquisición de infraestructura y servicios de una calidad específica por un determinado precio que, en la especie, deben pagar los usuarios o transportistas. Es, entonces, labor de los organismos encargados de velar por la libre

¹¹⁷ TDLC, Sentencia N° 100/2010, *Nutripro S.A. c. Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. y Fisco*, rol C 127-07, 21 de julio de 2010, C. 10°.

¹¹⁸ *Id.*, C. 11°. Las cursivas son nuestras.

¹¹⁹ *Id.*, C. 12°. Las cursivas son nuestras.

competencia asegurar que el proceso que se realiza con ocasión de dicha transacción no infrinja las normas del Decreto Ley N° 211¹²⁰

97. Por lo mismo, la importancia del diseño de la licitación termina imponiendo a la autoridad concedente la obligación de velar por la competencia *ex ante* del servicio a concesionar, para evitar abusos *ex post*, entre otros:

para prevenir conductas de abuso de posición dominante por parte de los monopolios resultantes de un proceso de licitación, es preciso que las autoridades concernidas en la asignación de un monopolio tengan un especial cuidado en el diseño de las respectivas licitaciones, tanto para disipar rentas monopólicas, como para evitar vacíos que permitan el oportunismo y el abuso, tanto por parte de los oferentes en la licitación misma, como en el mercado *ex-post*, una vez adjudicada o asignada ésta¹²¹

98. Recientemente, en *Naviera Valdivia c. MOP* el TDLC reprocha la conducta de la administración concedente y del concesionario, siendo el primero el más sancionable, pues él diseña la licitación de una concesión de obra pública y las facultades concedidas al concesionario, “generando la posibilidad e incentivos para el cobro de una tarifa que es exclusoria de competidores y contraria a la libre competencia”¹²². Luego, la conducta de ambos motiva que se haya acogido la demanda por el TDLC:

por haber el Fisco diseñado la Licitación en cuestión y concedido al concesionario resultante facultades que posibilitaron e incentivaron el cobro de una tarifa exclusoria de competidores y por ende contraria a la libre competencia; y, (ii) por haber Somarco cobrado una tarifa que produce los efectos descritos, pudiendo libremente haber establecido una que no excluyera o tendiese a excluir a sus competidores. Tales conductas, en su conjunto, impiden, restringen o entorpecen la libre competencia en el mercado de transporte entre Niebla y Corral o, al menos, tienden a producir dichos efectos, en contravención a lo dispuesto en el artículo 3° del D.L. N° 211¹²³

99. La Corte Suprema, conociendo de la reclamación contra la sentencia 121/2012, revisa con amplitud dicha sentencia, pues se objetaba una licitación

¹²⁰ *Id.*, C. 13°.

¹²¹ *Id.*, C. 92°.

¹²² TDLC, Sentencia N° 121/2012, *Naviera Valdivia Ltda. y otros c. Ministerio de Obras Públicas*, C 219-11, 10 de mayo de 2012, C. 51°.

¹²³ *Id.*, C. 55°.

pública en su globalidad y con ello la estructura tarifaria de la misma¹²⁴, razonando en dicho sentido que:

Como corolario de lo anterior, ha de examinarse si con la licitación efectuada los intereses antes enunciados aparecen o no protegidos, pudiendo advertirse desde ya que éstos se han mantenido incólumes; es más, se ha privilegiado el factor de eficiencia y seguridad en la prestación de los servicios....

En cuanto al interés público, este puede entenderse en un doble sentido: primero, como manifestación del interés ciudadano, situación que se confunde con la del interés de los consumidores y que, por lo tanto, vale lo dicho a ese respecto; y en segundo término como manifestación de los intereses del Estado, y en este caso también éste se ve tutelado pues se ha asegurado a través de las obligaciones que asumió el adjudicatario la conservación y mantención de la infraestructura portuaria de dominio fiscal.

Finalmente, en cuanto al interés de los competidores, cabe comprender aquí a los denunciantes que prestan principalmente el servicio de transporte de carga y de vehículos; entre ellos, las reglas del mercado son similares, pues todos pueden seguir cubriendo las rutas que antes de la licitación hacían, todos ellos se ven en la necesidad de utilizar las rampas fiscales en términos más seguros que antes y todos deben pagar por dicho uso tarifas que son similares, las que la licitación se encargó de regular a través de la fijación de un monto máximo. ...¹²⁵

viii. Condenas contra la Administración del Estado por conductas contrarias al DL 211

100. Ahora bien, que la Administración sea legitimada pasiva, o sujeto activo de infracciones a la libre competencia, es una cuestión distinta a que ella pueda ser o haya sido sancionada por parte del TDLC por prácticas contrarias al DL 211¹²⁶.

101. Por ejemplo, en *CONAF*, el TDLC no sanciona al Ministerio de Agricultura, secretaría de Estado que había sido demandada por una empresa de helicópteros, porque “la responsabilidad infraccional perseguida en esta causa no puede extenderse al Ministerio de Agricultura si éste no tuvo

¹²⁴ Corte Suprema, *Naviera Valdivia c. MOP*, rol 4470-2012, 30 de enero de 2013, C. 14°.

¹²⁵ *Id.*, C. 8°.

¹²⁶ En efecto, de las distintas decisiones que han condenado a la Administración, acogiendo demandas o requerimiento de la FNE, solo una ínfima minoría contienen condenas de multas, a saber, *FNE c. Municipalidad de Curicó* y *Sonda c. Registro Civil*, n. 81.

participación en hechos o conductas que puedan ser sancionados conforme al D.L. N° 211¹²⁷.

102. Por otra parte, en materia de licitaciones convocadas por la Administración, no resulta baladí el hecho que una parte cuente con más información del proceso concursal, especialmente si esto se ha producido por parte del licitante, todo lo cual puede afectar la competencia:

a pesar de que parece irregular que una licitación se adjudique sin considerar una de las variables de evaluación contempladas en las bases, *no constan en autos antecedentes probatorios que acrediten que la empresa ganadora tenía información privilegiada o adicional respecto del resto de los participantes que le otorgara una ventaja ilícita* –circunstancia esta última que, por lo demás, no forma parte de los hechos materia del requerimiento de autos–, ni que permitan concluir que existió una conducta arbitraria y exclusoria de la I. Municipalidad de Antofagasta, que pudiera haber afectado la libre competencia en el proceso de licitación¹²⁸

103. En otra decisión, en la cual la FNE imputaba la comisión de una práctica colusiva en el mercado del transporte, en la cual intervino un secretario regional ministerial (SEREMI) de transportes¹²⁹, organizando reuniones que facilitaron el cartel, el TDLC recomienda al MTT que aquellos se abstuvieran de promover dichos encuentros:

se recomendará al Sr. Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, para que ponga en conocimiento de los Secretarios Regionales Ministeriales de su cartera la presente sentencia, a fin de que, en lo sucesivo, se abstengan de realizar cualquier práctica [organización de reuniones entre competidores] que pueda facilitar acuerdos contrarios a la libre competencia entre los agentes económicos que participan en las distintas industrias y mercados de su sector¹³⁰

¹²⁷ TDLC, Sentencia N° 67/2008, *Helicópteros del Pacífico Ltda. c. CONAF y Ministerio de Agricultura*, Rol C N° 124-07, 17 de junio de 2008, C. 61°.

¹²⁸ TDLC, Sentencia N° 92/2009, *FNE c. Municipalidad de Antofagasta*, 29 de diciembre de 2009, rol C 172-08, C. 64°.

¹²⁹ Pese a no ser requerido por la FNE, la Corte Suprema estimó que el SEREMI sí había intervenido en los hechos reprochados, *cfr.* Corte Suprema, *FNE c. Transportes Central Ltda. y otros*, rol 1746-2010, 29 de diciembre de 2010, C. 12°.

¹³⁰ TDLC, Sentencia N° 94/2010, *FNE contra Transportes Central Ltda. y otros*, Rol C 149-07, 7 de enero de 2010, C. 93°.

104. En este caso, la falta de sanción al SEREMI se debió a que en dicho caso la autoridad regional ministerial no era legitimado pasivo del requerimiento, como expresa la sentencia:

sin perjuicio de que lo hiciera teniendo en vista la necesidad de que se restableciera el orden público y los servicios de transporte colectivo de la ciudad prestados por las requeridas en autos, o que haya abandonado la sala de reuniones en la que se discutió y pactó una tarifa específica, es evidente que la Secretaria Regional Ministerial, Señora Ángela Villarroel, realizó acciones que promovieron o al menos propiciaron que se produjese una colusión entre agentes que operan como oferentes en el mercado de servicios de transporte público de pasajeros en la ciudad de Osorno y, siendo la personera de gobierno directamente relacionada con el Transporte público, puede presumirse que su actuación tuvo especial importancia e incidencia en que el acuerdo finalmente se adoptara. Sin embargo, dado que no fue requerida por la Fiscalía Nacional Económica, este Tribunal se abstendrá de aplicarle una sanción¹³¹

105. Más recientemente, en *Netland c. MTT*, el Máximo Tribunal también rechazó una acusación contra dicho Ministerio por una supuesta conducta predatoria, pues éste no podía ser sujeto activo de dicha práctica anticompetitiva, toda vez que no tenía posición dominante en el mercado:

en lo concerniente a la atribución de la conducta de precios predatorios, no hay duda de que en atención a la forma en que se encuentra redactado dicho ilícito en el artículo 3 letra c) del D.L. N° 211 no es posible que la demandada [MTT] mediante el diseño o implementación del concurso materia de autos pueda convertirse en un sujeto activo de una práctica predatoria con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante¹³².

106. Asimismo, no es claro que el TDLC pueda *anular* directamente actos administrativos contrarios a la libre competencia, pese a una posible lectura literal del artículo 26, a) del DL 211 (*poner término a los actos*)¹³³, así como el imperio de las sentencia del TDLC sobre la Administración¹³⁴.

107. Finalmente, la aplicación del Derecho de la Competencia a la actividad de la Administración tiene como límites el bien jurídico protegido por el DL

¹³¹ *Id.*, C. 92°. Las cursivas son nuestras.

¹³² Corte Suprema, *Netland Chile S.A. c. Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones*, rol N° 9265-2010, 15 de julio de 2011, C. 18°.

¹³³ Nehme, n. 65, p. 331. En un sentido contrario, Valdés, n. 60, pp. 497-499, opinión matizada posteriormente en Valdés, n. 61, p. 88.

¹³⁴ *Id.*, p. 333.

211¹³⁵, la dignidad de las personas y la subsidiariedad¹³⁶ y los objetivos y políticas públicas emanados de la autoridad administrativa¹³⁷, pese al juzgamiento ocasional de la proporcionalidad de los medios usados para implementar dichos objetivos¹³⁸.

ix. Aplicación del derecho de la competencia al MTT al conceder plantas de revisión técnica

108. Expuestas las características esenciales de los servicios públicos, a continuación abordamos las decisiones conocidas por los órganos de la libre competencia relativas al sistema de concesión de revisiones técnicas, incluso anteriores a la Ley N° 18.290, Ley de Tránsito.

a. Requerimiento de la FNE contra Reglamento de la Ordenanza General de Tránsito sobre revisiones técnicas

109. Tras una de las enmiendas a la reglamentación del artículo 159° de la Ordenanza General del Tránsito, la FNE requirió que se solicitara por parte de la Comisión Resolutiva la modificación de dicho reglamento, pues en los hechos, en alguna localidad o grupos de localidades había solo una única planta de revisión técnica. Para la Comisión Resolutiva, lo anterior infringía la prohibición del artículo 4° del DL 211 de otorgar monopolios a los particulares¹³⁹, pues

¹³⁵ Francisco Agüero “Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, 19, Noviembre (2004)

¹³⁶ Corte Suprema, *Netland Chile c. MTT*, rol N° 9265-2010, 15 de julio de 2011, C. 15°. Osvaldo Oelckers, “Acción interventora económica de la administración pública y principio de la subsidiariedad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Valparaíso, N° 6, 1982).

¹³⁷ Implícitamente, debemos señalar que el artículo 4° del Código Orgánico de Tribunales contiene una interdicción para el Poder Judicial de “mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes”. TDLC, Sentencia N° 67/2008, *Helicópteros del Pacífico Ltda. c. CONAF y Ministerio de Agricultura*, Rol C N° 124-07, 17 de junio de 2008, C. 25°; Corte Suprema, *Consulta de SUBTEL sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzada*, rol N° 4797-2008, 27 de enero de 2009, C. 15°.

¹³⁸ TDLC, Sentencia N° 121/2012, *Naviera Valdivia Ltda. y otros c. Ministerio de Obras Públicas*, C 219-11, 10 de mayo de 2012, C. 39°-40°.

¹³⁹ Valdés, n. 60, p. 476, nota la pie 453.

la habilitación de una sola planta revisora en una determinada localidad o en un grupo de ellas importa, en el hecho, configurar un verdadero monopolio en favor de la planta autorizada, que no solo impide el derecho de los usuarios a elegir la planta donde deseen practicar la revisión de sus vehículos sino que también significa coartar el derecho a prestar el servicio correspondiente a esas revisiones técnicas a quienes reúnan los requisitos adecuados para ello¹⁴⁰.

110. De este modo, la Comisión Resolutiva acoge el requerimiento de la FNE para solicitar al MTT la modificación de la reglamentación sobre plantas de revisión técnica, en el sentido de permitir que se otorgara la autorización de una planta de revisión técnica a todos quienes reunieran las condiciones de idoneidad suficientes¹⁴¹, como si fuera una autorización.

b. Consulta del MTT sobre bases de licitación de plantas de revisión técnica de buses y taxibuses, de 1988

111. En 1998, fue el MTT quien consultó a los órganos de la competencia las bases de la licitación pública para concesiones de plantas de revisión técnica de buses y taxi buses de locomoción colectiva del Gran Santiago, en ejercicio del artículo 4° de la Ley N° 18.696. En dicha oportunidad, la Comisión Preventiva Central consideró que, en lo que importaba a la libre competencia, las bases eran

...razonables, pues el procedimiento de asignación de concesiones considera la licitación pública de ellas; el llamado a [presentar] propuestas está avisado a la generalidad de los interesados en participar y establece un período no renovable de cinco años de duración de las concesiones, circunstancias éstas que aseguran un grado de competencia aceptable¹⁴².

112. Ahora bien, la Comisión Preventiva Central, junto con examinar las bases del proceso, y si ellas aseguraban un nivel aceptable de la competencia, representó al MTT la oportunidad de la consulta formulada, toda vez que ésta se recibió cuando la licitación ya estaba convocada y era inminente el plazo de presentación de propuestas¹⁴³.

¹⁴⁰ Comisión Resolutiva, Resolución N° 142, 23 de marzo de 1983, C. 6°.

¹⁴¹ *Idem*.

¹⁴² Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 685, *Consulta del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones sobre revisiones técnicas de buses y taxi buses de Santiago*, 25 de noviembre de 1988, § 2.

¹⁴³ *Id.*, § 3.

113. Posteriormente, ante una solicitud de reposición del citado dictamen, la Comisión Preventiva Central desestimó pronunciarse respecto de aspectos *técnicos* de las bases y la actuación del MTT, incluyendo el número de plantas que se concesionaba (solamente dos), por escapar de su competencia¹⁴⁴.

c. Consulta del MTT sobre bases de licitación de plantas de revisión técnica clase B, de 1989

114. En 1989, el MTT sometió a consulta un proyecto de bases administrativas y técnicas de la licitación pública de concesiones para la operación de plantas de revisión técnica de vehículos “clase B”. Tras el examen del proyecto de bases, la Comisión Preventiva Central estimó que la limitación del número de plantas a concesionar para la Región Metropolitana (a veintisiete) no procedía, pues debería ser

la oferta y la demanda los factores que determinen el N° de Plantas de Revisión Técnica, siendo inconveniente por razones fundadas en la libre competencia, determinar a priori su número e impedir la entrada a un mercado libre para todos aquéllos que cumplen las exigencias y bases técnicas generales y objetivas que establezca la autoridad¹⁴⁵.

115. El recurso de reclamación interpuesto por el MTT en contra del Dictamen 915, tanto respecto del impedimento de limitar el número de oferentes, como de establecer un precio único por revisión, fue acogido por la Comisión Resolutiva, porque:

Para concluir de este modo se tiene presente, en primer lugar, que el cuidado, del medio ambiente y la lucha contra la contaminación del mismo son funciones del Estado, tal como lo previene la Constitución Política de la República, en el N° 8 de su artículo 19, que éste cumple, entre otras, autorizando la existencia de plantas revisoras de vehículos que controlen el estado

¹⁴⁴ Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 690, *Reconsideración de Palacios y Fuchslocher Ltda.*, 26 de enero de 1989, § 5. En sentido similar, por no ser aspectos centrales a la acusación, el TDLC ha resuelto no conocer sobre exigencias en bases de licitación sobre el patrimonio contable de los oferentes, *cfr.* Sentencia N° 121/2012, *Naviera Valdivia Ltda. y otros c. Ministerio de Obras Públicas*, C 219-11, 10 de mayo de 2012, C. 34°.

¹⁴⁵ Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 715, *Consulta del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones sobre revisiones técnicas de vehículos clase B de la Región Metropolitana*, 5 de octubre de 1989, § 6.

de los mismos para alcanzar los objetivos señalados anteriormente y evitar accidentes y cualquier entorpecimiento en la vía pública.

Ahora bien, es propio de estas autorizaciones o concesiones de servicio público que el Estado establezca las condiciones necesarias para que con ellas se alcance el fin perseguido¹⁴⁶.

116. Al acoger el recurso, se tenía en cuenta la normativa constitucional sobre medio ambiente como límite implícito a las normas de libre competencia, pero también se tenía en cuenta el cambio legislativo –efectuado por la Ley N° 18.696- tras el cual se había pasado de autorizar *todas* las plantas que cumplieran con los requisitos exigibles por el MTT, a un régimen de plantas concesionadas que permitía fijar por regiones, provincias o comunas del país los establecimientos que practiquen revisiones técnicas a los vehículos, y determinar la forma, requisitos, plazo de concesión, causales de caducidad y procedimientos para su asignación y cancelación. Para la Comisión Resolutiva, el cambio era evidente, y permitía la fijación del número de plantas a concesionar y el precio único a cobrar¹⁴⁷, dado que:

La comparación de ambas disposiciones [legales] permite concluir que el legislador ha variado su criterio en cuanto a la forma de otorgar las autorizaciones para el funcionamiento de las plantas revisoras de vehículos, dando a la autoridad una mayor intervención en el otorgamiento de tales autorizaciones para lograr los objetivos que se persiguen con tales revisiones¹⁴⁸.

d. Reclamación contra dictamen de la Comisión Preventiva de la XII Región, de 1999

117. En este caso, la Comisión Preventiva de la XII Región emitió el Dictamen N° 03-99, el que desestimó una denuncia presentada contra el SEREMITT de esa región, en el marco de una licitación de concesiones para la operación de plantas de revisión técnica en tres comunas de la misma región, fundada en una infracción DL 211, consistente en una restricción arbitraria del número de oferentes en el mercado y la imposición de altos precios a los licitantes, sin antecedentes técnicos.

¹⁴⁶ Comisión Resolutiva, Resolución N° 330, rol 368-89, 17 de octubre de 1989, C. 5°.

¹⁴⁷ *Id.*, C. 7°.

¹⁴⁸ *Id.*, C. 6°.

118. En la resolución que se pronuncia respecto de la reclamación, la Comisión Resolutiva reitera su competencia para conocer no sólo de las bases de licitación, sino que *también* del desarrollo del proceso mismo, los cuales pueden ser apreciados por el Tribunal¹⁴⁹.

119. Más adelante, la citada Comisión reprocha el efecto de las bases de licitación, como era que el primer concesionario adjudicado fuera favorecido y terminara determinando los precios de licitaciones sucesivas, añadiendo que la competencia que promovía la Ley N° 18.696, terminaba, en los hechos, siendo alterada, con lo cual aborda la regulación especial y cómo la libre competencia subsiste:

Lo descrito ha provocado que la competencia por precios en las licitaciones públicas que exige la ley 18.696, *sea excluida*, lo que evidentemente daña la transparencia en este tipo de procedimientos e impide que la entrega en concesión al mejor postor prospere, *encontrándose estos procesos alterados por una situación de hecho, ajena al espíritu de la ley*¹⁵⁰

120. Posteriormente, la Comisión recordaba la competencia por precio como mecanismo de adjudicación de la licitación pública de plantas de revisión técnica, como mecanismo previsto en la Ley N° 18.696, resolviendo que en el caso de marras no se había dado, siendo entonces competente como tribunal para adoptar medidas:

La doctrina sentada por la jurisprudencia de los organismos de defensa de la competencia, ha considerado que el mecanismo de licitar en forma pública la concesión de ciertos servicios, es el que más beneficios otorga a la sociedad y a los usuarios ya que promueve la competencia por precios, *situación que no se ha desarrollado en la especie, por lo que este Tribunal procederá a establecer las medidas para subsanar esta situación*¹⁵¹

¹⁴⁹ Comisión Resolutiva, Resolución 555, *Reclamación contra Dictamen 3-99 de la Comisión Preventiva de la XII Región*, rol 581-99, 15 de diciembre de 1999, C. 4°:

Que la cuestión debatida versa sobre las bases de licitación ya enunciadas en el considerando precedente y, por consiguiente, el desarrollo de los procesos de licitación llevados a cabo con anterioridad en esa Región por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, constituyen antecedentes del proceso, que deben ser apreciados de acuerdo a las facultades del Tribunal

¹⁵⁰ Comisión Resolutiva, Resolución 555, *Reclamación contra Dictamen 3-99 de la Comisión Preventiva de la XII Región*, rol 581-99, 15 de diciembre de 1999, C. 5°. Las cursivas son nuestras.

¹⁵¹ *Id.*, C. 9°. Las cursivas son nuestras.

121. De esa forma, la Comisión Resolutiva dispuso que las bases de licitación de futuras licitaciones que convocara el MTT en materia de plantas de revisión técnica, deberían tener un contenido respecto de fechas de inicio y término de las concesiones vigentes, con la finalidad de evitar que produjeran situaciones que eliminaran la competencia al interior del proceso de licitación¹⁵². Adicionalmente, resolvió que las bases del proceso de licitación de una planta fueran puestas en conocimiento previo de la FNE y que se efectuara un proceso de licitación simultáneo de concesiones¹⁵³.

e. Sentencia N° 11/2004, del TDLC

122. Tras la dictación de la Ley N° 19.911, el TDLC ha conocido de dos controversias sobre plantas de revisión técnica. La primera fue la *Denuncia de Jorge Middleton y otros c. MTT*, en el marco de las licitaciones de concesiones para operar plantas de revisión técnica en las regiones VII, VIII y IX, respectivamente, consistente en restringir la entrada a la actividad de plantas revisoras a personas naturales y a las pequeñas y medianas empresas, estableciendo la instalación de plantas de varias comunas por cada concesión, modificando el sistema vigente por comunas, solicitándose un nuevo llamado y la aplicación de sanciones.

123. Al pronunciarse sobre el denuncia, el TDLC rechazó algunas acusaciones sobre la creación de eventuales barreras de entrada, examinando si la exigencia impuesta por el MTT para participar en la licitación (de constituir los participantes personas jurídicas) era o no costosa, más allá de su posible justificación, pues esta exigencia no afectaba la competencia en el respectivo mercado relevante¹⁵⁴. Posteriormente, en el mismo sentido, agrega:

Que las mayores exigencias y costos que implique ingresar a la respectiva actividad económica son materia de competencia de la autoridad que efectúa el llamado a licitación, no siendo una materia que corresponda a este Tribunal resolver. Los eventuales problemas que determinados empresarios puedan tener para obtener alguna concesión en el respectivo proceso de licitación, *en la medida que hayan tenido la posibilidad de participar en el mismo en igualdad de condiciones, no implican per se una restricción a la libre competencia*¹⁵⁵.

¹⁵² *Id.*, resuelvo N° 2.

¹⁵³ *Id.*, resuelvo N° 3.

¹⁵⁴ TDLC, Sentencia N° 11/2004, *Denuncia de Jorge Middleton y otros en contra del MTT*, rol C 29-04, 3 de diciembre de 2004, C. 4°.

¹⁵⁵ *Id.*, C. 7°. Las cursivas son nuestras.

124. De igual forma, el Tribunal, admitiendo como resultado esperable de una licitación de una concesión de servicio público la exclusión de algunos postores, considera que se respetan las normas de libre competencia en dicha licitación si todos los participante tuvieron igualdad de oportunidades para participar en dicho proceso y competir para obtener la respectiva concesión¹⁵⁶.

125. Una cuestión relacionada con las concesiones que se otorgan, por su eventual carácter monopólico en algunas localidades, es determinar cómo evitar el posible abuso de concesionario. En este caso, la respuesta es clara: mediante precios máximos y calidades de servicio predeterminadas. En los demás casos, en los que es posible más de una planta, el eventual problema de competencia se controla con *distintos* concesionarios:

Que las bases de licitación establecieron que, en las áreas geográficas en que existe más de una planta de revisión técnica, éstas deben pertenecer a distintos concesionarios, con lo que se evita razonablemente el eventual problema para la libre competencia derivado de la disminución en el número de concesiones. Por el contrario, en las comunas en que exista sólo una planta de revisión técnica, su eventual efecto anticompetitivo no se evitaría otorgando una concesión para cada comuna, como pretenden los denunciantes, pues igualmente en dichas comunas habría sólo una. En estos casos, *el único medio para evitar posibles abusos de posición dominante está dado por la fijación de tarifas máximas en el respectivo proceso de licitación, junto con la imposición de exigencias mínimas en la calidad del servicio, lo que sí se ha hecho en el que nos ocupa*¹⁵⁷

f. Sentencia N° 14/2005, del TDLC

126. En este caso, Revisiones Santiago S.A. interpuso una demanda contra el MTT, basándose en que las bases de licitación favorecieron a grandes empresas internacionales, mediante el requerimiento de altas boletas de garantía; no se permitió la participación de personas naturales en el proceso licitatorio y las tarifas para camiones ofertadas por los pre-adjudicatarios eran predatorias, como resultado de subsidios cruzados.

127. En su decisión, el TDLC reafirma que corresponde al licitante definir aquellas exigencias y costos necesarios para ingresar a la actividad, sin que sea -en principio- una materia del conocimiento del TDLC,

¹⁵⁶ *Id.*, C. 6°.

¹⁵⁷ *Id.*, C. 10°. Las cursivas son nuestras.

...no siendo, en general, una materia en la que deba este Tribunal intervenir, a menos que los términos y condiciones de dicha licitación tiendan a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia de cualquier modo¹⁵⁸.

128. Adicionalmente, junto con reiterar conceptos expuestos en la sentencia N° 11/2005¹⁵⁹, el TDLC rechazó una acusación de una oferta predatoria para la adjudicación de las licitaciones, en las cuales existirían subsidios cruzados, porque no existirían los incentivos para adjudicarse una licitación de esa forma, porque la existencia de tarifas máximas impide posibles abuso de posición dominante de los concesionarios¹⁶⁰, junto con la falta de prueba respecto a los eventuales subsidios cruzados¹⁶¹. Ahora bien, la sentencia del Tribunal aborda, como *obiter dicta*, la ponderación efectuada en las bases de licitación por el MTT:

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal estima que, en principio, no favorece a la eficiencia la existencia de ponderaciones en bases de licitación que no se fundamenten en la realidad de los mercados en que inciden, especialmente si ellas llegaran a diferir entre una licitación y otra¹⁶².

IV. APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA AL CONCESIONARIO

129. En la presente sección del Informe, abordaremos el tratamiento por parte del Derecho de la Competencia a los concesionarios de servicio público, una vez adjudicada u otorgada la concesión, para posteriormente ver cómo ha sido abordada la materia por la jurisprudencia respecto de concesionarios de plantas de revisión técnica.

¹⁵⁸ TDLC, Sentencia N° 14/2005, *Revisiones Santiago c. MTT*, rol C 37-04, 5 de abril de 2005, C. 8°.

¹⁵⁹ *Id.*, C. 11°, en relación con el C. 7° de la Sentencia N° 11/2004.

¹⁶⁰ TDLC, Sentencia N° 14/2005, *Revisiones Santiago c. MTT*, rol C 37-04, 5 de abril de 2005, C. 12°.

¹⁶¹ *Id.*, C. 15°.

¹⁶² *Id.*, C. 15°.

i. Aplicación del derecho de la competencia a los concesionarios de servicio público

130. Las leyes de la competencia, abocadas esencialmente a reprimir el abuso de posición dominante y los carteles, para el caso de los servicios públicos concedidos tienen un rol distinto, toda vez que los concesionarios muchas veces tienen características monopólicas, a lo que se agrega que muchas veces el potencial abuso es controlado mediante mecanismos de fijación de tarifas o precios máximos. Pese a esto, sí se contempla la aplicación de normas de prácticas anticompetitivas a los concesionarios de servicios públicos.

131. Desde luego, el TDLC tiene un destacado rol en determinar las condiciones de competencia en dichos mercados, y en el caso que ellas no puedan garantizarse, se debe proceder a fijar tarifas que controlen el posible abuso, como ocurre en materia de telecomunicaciones¹⁶³, energía eléctrica y agua potable y alcantarillado. En materia de gas de red, el *proxy* del posible abuso lo constituye un chequeo de rentabilidad a los concesionarios¹⁶⁴.

132. Ciertamente, que el Legislador haya entregado el ejercicio de un monopolio a un privado, no lo faculta a abusar de dicha posición¹⁶⁵. Por lo mismo, en muchos casos se han establecido reguladores sectoriales, pero el control de éstos no es suficiente. Así, la Comisión Resolutiva, a poco andar del DL 211, de 1973, indicaba que una concesión de servicio público

no significa que la recurrente, bajo pretexto de ejercitar los derechos antes referidos, pueda vulnerar las disposiciones legales protectoras de la libre competencia, y esto porque ninguna ley que excluya a la Compañía de las disposiciones del Decreto Ley N° 211. Por el contrario, el legislador del Decreto Ley antes referido, sólo en forma excepcionalísima, estableció en el artículo 5° del cuerpo legal en referencia los casos precisos a los que no sería aplicable el mencionado Decreto Ley¹⁶⁶

¹⁶³ Francisco Agüero, "La calificación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como condición de la libertad o regulación de tarifas de telecomunicaciones", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, 18 (2004).

¹⁶⁴ Agüero, n. 29, pp. 188-217.

¹⁶⁵ Para Paredes, el DL 211 es aplicable y prevalece ante las leyes sectoriales "cuando las conductas sobrepasen el espíritu de la ley específica", *cfr.* Ricardo Paredes "Políticas de Competencia en Países sin Tradición de Mercado: el Caso de Chile" *Perspectivas* 1, (Santiago, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, Santiago, 1997) p. 56.

¹⁶⁶ Comisión Resolutiva, Resolución N° 65, C. 2°.

133. Recordemos que el DL 211 contemplaba un artículo 5° sobre las normas para servicios públicos concedidos, entre otros sectores¹⁶⁷. Sobre el particular, la Comisión Resolutiva indicó que continuaban vigentes las normas sobre concesiones de servicios públicos¹⁶⁸, y las condiciones que la autoridad impusiera para el funcionamiento de un servicio público concedido no significaban que los actos de los concesionarios quedaban ajenos al ámbito de aplicación de la legislación de defensa de la competencia¹⁶⁹. La finalidad de la norma buscaba evitar una derogación tácita de múltiples disposiciones, por las normas del DL 211, de 1973¹⁷⁰.

134. Posteriormente, se sostuvo reiteradamente por parte de la Comisión Preventiva Central y de la Comisión Resolutiva que éstas eran competentes para conocer asuntos relativos a empresas concesionarias,

dado el carácter de monopolio natural que tienen las empresas productoras y/o distribuidoras (...), no cabe duda que están sometidas a la supervisión de los organismos creados por el [DL 211]¹⁷¹

¹⁶⁷ El citado artículo 5° del DL 211, de 1973, señalaba, en lo que nos interesa que:

Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, continuarán vigentes las disposiciones legales y reglamentarias referidas a las propiedades intelectual e industrial, a la minería especialmente al petróleo, a la producción, comercio y distribución del salitre, yodo y cobre; las contenidas en el Código Sanitario; las contempladas en la Ley de Alcoholes y Bebidas Alcohólicas; las que regulan la creación y funcionamiento de las empresas de servicios públicos o municipales; las relativas a empresas bancarias y bolsas de valores; como también las que digan relación con los transportes, fletamentos y cabotajes, y crédito prendario.

Igualmente quedarán en vigor las disposiciones legales y reglamentarias que confieren a las autoridades atribuciones relacionadas con el ejercicio de las actividades económicas, incluso aquellas que se refieren a la fijación de precios máximos y control de su cumplimiento....

¹⁶⁸ Comisión Resolutiva, Resolución N° 69.

¹⁶⁹ Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 237, 5 de diciembre de 1979.

¹⁷⁰ Comisión Resolutiva, Resolución N° 239, vistos 7, b) y Domingo Valdés "Legislación Antimonopólica y Distribución Eléctrica Concesionada", *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. XCVIII 3 (Santiago, 2001), p. 73.

¹⁷¹ Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 793, § 10.1, CPC En el mismo sentido, Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 798, p. 11; Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 878, §. 5. En un sentido similar, Comisión Resolutiva, Resolución N° 148, C. 3° y 4° y Resolución N° 281, C. 3° y 5°.

135. Tras la dictación de la Ley N° 19.911, el TDLC ha conocido de múltiples asuntos contenciosos relativos a empresas concesionarias de servicio público, en los sectores de agua potable y alcantarillado¹⁷², energía eléctrica¹⁷³ y telecomunicaciones¹⁷⁴; en las que se ha estimado pertinente la aplicación de las normas de libre competencia, con escasas excepciones¹⁷⁵.

136. Por ejemplo, en *Edelmag*, el TDLC conoce de una controversia respecto al incumplimiento de las bases de la concesión de una empresa eléctrica que establecían el mecanismo de ajuste tarifario para los usuarios. La Corte Suprema, conociendo de la reclamación, señala que

... establecer si el incremento de precios se encuentra justificado en razones de mercado, o, por el contrario, corresponde a un abuso de posición monopólica, situación esta última, que por no ser regulada en forma legal, se debe determinar a la luz de lo establecido en el anexo N° 2 de las Bases de Licitación por las cuales se le adjudicó el servicio de distribución eléctrico en la localidad de Puerto Williams, el que, por lo demás, *reviste el carácter de servicio público, y que constituye la única limitación al poder monopólico que vía concesión le fue otorgado a la requerida*¹⁷⁶.

137. A su vez, en *Emelat*, un caso de una acusación de cobro excesivo y discriminatorio por parte de una empresa concesionaria de servicio público de distribución de electricidad, el TDLC aborda qué prácticas puede cometer una empresa monopólica de este tipo, pese a su regulación (que en este caso, no alcanzaba al precio del servicio prestado):

así, por ejemplo, entre las posibles conductas abusivas se encuentran la imposición artificial de barreras a la entrada, las prácticas exclusorias - incluyendo la fijación de precios excesivos a un insumo esencial para excluir competidores aguas abajo- y otras estrategias de precios tales como la

¹⁷² TDLC, Sentencia N° 89/2009, *Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A.*, rol C 79-05, 2 de julio de 2009.

¹⁷³ TDLC, Sentencia N° 93/2010, *FNE c. Empresa Eléctrica Atacama S.A.*, rol C 183-08, 6 de enero de 2010.

¹⁷⁴ TDLC, Sentencia N° 110/2011, *Sociedad Will S.A. c. Claro Chile S.A.*, rol C 199-10, 28 de enero de 2011; Sentencia N° 104/2010, *FNE c. Telefónica Móviles de Chile S.A. y otros*, rol C 139-07, 13 de septiembre de 2010; Sentencia N° 97/2010, *Voissnet S.A. c. Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.*, rol C 135-07, 4 de marzo de 2010, entre otros.

¹⁷⁵ TDLC, Sentencia N° 120/2012, *Gestora de Fondos de Inversión Privados San Pedro S.A. y otra c. CGE Distribución S.A.*, rol C 216-10, 08 de marzo de 2012.

¹⁷⁶ Corte Suprema, *FNE c. EDELMAG*, rol N° 5505-2008, 26 de noviembre de 2008, C. 10°. Las cursivas son nuestras.

discriminación arbitraria o la fijación de precios de reventa, o estrategias de ventas atadas, entre otras, que no tengan una justificación económica razonable¹⁷⁷

138. En lo que respecta al sometimiento por el concesionario a las leyes de la competencia, en adición a las normas de la concesión –el régimen sectorial-, es materia que ha sido tratada especialmente en casos de concesiones de obras públicas.

139. Así, en *Puerto Terrestre Los Andes*, sentencia pertinente al posible abuso de un concesionario de obras públicas, el TDLC argumenta valorando en primer término la competencia *ex ante*, a efectos de una reducción de tarifas por el concesionarios, pero reconociendo que las normas de competencia rigen *también* después de la adjudicación, sin perjuicio de las normas legales y contractuales de la concesión en particular:

... la circunstancia de que PTLA deba cumplir con las normas de derecho público administrativo aplicables a los contratos de concesión de obra pública, *no implica que su actuar haya de regirse exclusivamente por tales disposiciones, sin consideración a lo preceptuado en la legislación de defensa de la libre competencia*. De hecho, el artículo 21 de la LCOP que citan los demandados, no excluye la aplicación del Decreto Ley N° 211 y, por el contrario, establece la obligación del concesionario de cumplir las normas que regulan la actividad dada en concesión, entre las que está, por cierto, la legislación de defensa de la libre competencia¹⁷⁸

... este Tribunal estima que la asignación de monopolios por parte del Estado debe efectuarse por medio de licitaciones competitivas que permitan reemplazar o sustituir la competencia en el mercado, previniendo conductas contrarias a la competencia por parte de los adjudicatarios o concesionarios. En efecto, y tal como señalan los demandados en sus contestaciones, en el sistema de concesiones de obras públicas la competencia se produce *ex-ante*, entre los participantes de una licitación. Sin embargo, ello no implica que el mercado final o *ex-post* quede al margen de las normas de defensa de la libre competencia, sino que se trata de un mercado en el cual el comportamiento del concesionario monopolista queda regulado tanto por éstas como por el contrato de concesión¹⁷⁹

¹⁷⁷ TDLC, Sentencia N° 93/2010, *FNE c. Empresa Eléctrica Atacama S.A.*, rol C 183-08, 6 de enero de 2010, C. 33°.

¹⁷⁸ TDLC, Sentencia N° 100/2010, *Nutripro S.A. c. Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. y Fisco*, rol C 127-07, 21 de julio de 2010, C. 16°. Las cursivas son nuestras.

¹⁷⁹ *Id.*, C. 91°.

140. De esta forma, el TDLC establece su competencia respecto de las actuaciones del concesionario, en aquellas materias no regidas por el contrato de concesión ni por las normas legales sobre concesiones de obras públicas¹⁸⁰.

141. En el segundo caso, *Naviera Valdivia*, el TDLC profundiza su análisis sobre la coexistencia de normas legales y contractuales que rigen la concesión de obra pública con legislación de competencia, reconociendo como atenuante de responsabilidad la existencia de aquel régimen para el concesionario y su actuación dentro de los límites del contrato¹⁸¹. Eso sí, agrega el TDLC, la coexistencia de regímenes jurídicos no era contradictoria:

no es posible considerar la conformidad con la normativa especial que regula una actividad -en este caso, la de concesiones de obra pública- como eximente de responsabilidad por el incumplimiento de la normativa general de defensa de la libre competencia, *especialmente si no se verifica en la especie una situación de contradicción entre ambas que impida cumplirlas simultáneamente* y, por el contrario, existe un ámbito de discrecionalidad en la conducta de Somarco constitutiva de infracción, toda vez que bien pudo fijar, por debajo del máximo autorizado por su contrato, cualquier tarifa que no produjera o tendiera a producir los efectos contrarios a la libre competencia antes descritos¹⁸²

142. Examinada la jurisprudencia sobre la existencia de servicios públicos concedidos, su regulación sectorial y las normas de competencia, es pertinente recordar la existencia de tratados suscritos por Chile que abordan la materia.

143. En primer lugar, el Tratado entre la República Chile y la Comunidad Europea¹⁸³, el Tratado de Libre Comercio entre Chile y la Comunidad

¹⁸⁰ *Id.*, C. 47°:

... aunque las tarifas reguladas no fuesen competitivas, un concesionario no podría ser sancionado por cobrar la tarifa máxima permitida en su contrato de concesión por los servicios que tales tarifas regulan, sin perjuicio de las otras medidas que este Tribunal podría adoptar en tal caso. No obstante, el cobro por un servicio que no es efectivamente prestado no está amparado por el contrato de concesión, ni por las normas legales especiales que rigen esa relación contractual y en las cuales los demandados pretenden escudarse

¹⁸¹ TDLC, Sentencia N° 121/2012, *Naviera Valdivia Ltda. y otros c. Ministerio de Obras Públicas*, C 219-11, 10 de mayo de 2012, C. 53°.

¹⁸² *Id.*, C. 52°. Las cursivas son nuestras.

¹⁸³ D.S. N° 28, de 2003, de Relaciones Exteriores, que Promulga el Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la República de Chile, por una parte, y la Comunidad

Europea, aborda el tópico, proponiendo una solución para los conflictos de libre competencia respecto de empresas públicas o a las empresas privadas a las que se le haya concedidos derechos especiales o exclusivos, como puede ser una concesión de servicio público. La solución es coherente, por lo demás, con lo dispuesto en el artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sobre *servicios de interés general*¹⁸⁴. En este caso, junto con hacer aplicable las normas de competencia, dispone que ellas se sujetan a dicha legislación, pero siempre que no se impida la finalidad particular de dicha empresa pública o con un derecho especial o exclusivo:

2. Respecto de las empresas públicas y las *empresas a las que se les hayan concedido derechos especiales o exclusivos*, el Comité de Asociación asegurará que, a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo, no se adopte ni mantenga ninguna medida que distorsione el comercio de bienes o servicios entre las Partes en una medida contraria a los intereses de las Partes y que tales empresas estén sujetas a las normas de competencia en la medida en que la aplicación de tales normas no obstaculice la realización, de hecho o de derecho, de las tareas particulares que les hayan sido asignadas¹⁸⁵

144. Aisladamente, en su capítulo sobre telecomunicaciones, dispone el tratado en su artículo 115, sobre “servicio universal”, que “[l]as disposiciones

Europea y sus Estados Miembros, por la otra, sus anexos, declaraciones conjuntas y la corrección introducida al artículo 40 del anexo III, en su versión en español.

¹⁸⁴ Así, el artículo 106 (ex 86) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, prescribe que:

1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión...

¹⁸⁵ Art. 179, Empresas públicas y empresas titulares de derechos especiales o exclusivos, incluidos los monopolios designados, D.S. N° 28, de 2003, de Relaciones Exteriores. Promulga el Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la República de Chile, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por la otra, sus anexos, declaraciones conjuntas y la corrección introducida al artículo 40 del anexo III, en su versión en español (Las cursivas son nuestras).

aplicables a un servicio universal deben ser transparentes, objetivas y no discriminatorias. Asimismo, deberán ser *neutras en el ámbito de la competencia* y no ser más gravosas de lo necesario” (las cursivas son nuestras). Nuevamente, se confirma la aplicación de las normas de competencia a situaciones de concesiones de servicio público, en este caso, de telecomunicaciones.

145. Por su parte, el Tratado de Libre Comercio entre nuestro país y los Estados Unidos de América también contempla una disposición análoga en su capítulo sobre competencia, sobre monopolios públicos o de propiedad privada *designados*, abordando así la cuestión de empresas de utilidad pública o monopolios asignados, normas especiales y libre competencia¹⁸⁶:

3. Cada Parte garantizará que cualquier monopolio de propiedad privada que se designe después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado y que cualquier monopolio gubernamental que designe o haya designado:

(a) opere de manera que no sea incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con este Tratado, en los casos en que dicho monopolio ejerza cualquiera facultad regulatoria, administrativa u otra facultad gubernamental que la Parte le haya delegado en conexión con la mercancía o servicio monopólico, como por ejemplo el poder de otorgar licencias de importación y exportación, aprobar transacciones comerciales, imponer cuotas, derechos y otros cobros;

(b) actúe exclusivamente de acuerdo con consideraciones comerciales en sus adquisiciones o ventas de la mercancía o servicio monopólico en el mercado relevante incluso en lo relativo al precio, la calidad, la disponibilidad, la comercialización, el transporte y demás términos y condiciones de compra y venta, salvo en lo referente al cumplimiento de los términos de su designación que no sean incompatibles con los subpárrafos (c) o (d);

(c) otorgue trato no discriminatorio a las inversiones cubiertas, a las mercancías de la otra Parte y a los proveedores de servicios de la otra Parte en su adquisición o venta de la mercancía o servicio monopólico en el mercado relevante; y

(d) no utilice su posición monopólica para incurrir, en un mercado no monopolizado en su territorio, ya sea directa o indirectamente, en prácticas anticompetitivas que afecten negativamente a las inversiones cubiertas, incluso a través de transacciones con su casa matriz, subsidiarias, u otras empresas de propiedad común¹⁸⁷.

¹⁸⁶ En Estados Unidos, resuelta en *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366 (1973), aunque con una posterior discusión en *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko*, 540 US 398, 405 (2004).

¹⁸⁷ Artículo 16.3: Monopolios designados, D.S. N° 312, de 2003, de Relaciones Exteriores, Promulga el tratado de libre comercio con los Estados Unidos de América, sus anexos y las

a. Reclamaciones contra la Comisión Preventiva de la XII Región, de 1996

146. La competencia para conocer de asuntos relativos a licitaciones de plantas de revisiones técnicas de vehículos fue reiterada por la Comisión Resolutiva en su Resolución N° 462, en la cual, explicitando una resolución anterior (Resolución N° 460)¹⁸⁸, expuso las razones de su rechazo, indicando el ámbito del cual aquella puede conocer e intervenir como autoridad de libre competencia, más allá del precio del servicio:

no obstante la existencia de un proceso de licitación pública y de bases para determinar el precio y otras condiciones del servicio de revisión técnica, los organismos antimonopolios tienen competencia para intervenir, entre otras razones, *porque la concurrencia subsiste en aspectos distintos del precio, como consecuencia de factores diferentes, como la ubicación geográfica de las plantas, la rapidez con que cada una preste el servicio, etc.*¹⁸⁹

b. Instrucciones de carácter general sobre licitaciones de plantas de revisión técnica

147. Ahora bien, sin perjuicio que la Comisión Resolutiva conocía de un asunto particular en la *Resolución 555 (supra, ¶118)*, en ejercicio de su potestad normativa -actualmente contemplada en el artículo 18, N° 3 del DL 211- dictó sendas instrucciones generales respecto a la licitaciones de plantas de revisión técnica que sean convocadas por el MTT, cuyo alcance excede el conflicto particular resuelto, y tiene un efecto general y a futuro:

A.- En las licitaciones que convoque el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, para la operación de plantas de revisión técnica de

notas intercambiadas entre ambos gobiernos relativas a dicho tratado. (Incluye modificaciones).

¹⁸⁸ En este caso, la Comisión Preventiva de la XII Región, mediante dictamen de 13 de marzo de 1996, ordenó dejar sin aplicación la orden que dejaba sin efecto las autorizaciones municipales conferidas para operar plantas de revisión técnica de vehículos motorizados en tres comunas de la XII región, hasta que el MTT informara respecto de la iniciación de actividades de nuevas plantas revisoras fijadas, de acuerdo al artículo 4° de la ley N° 18.696. Contra el dictamen, se dedujo recurso de reclamación sosteniendo que el llamado a licitación no generaba posiciones de dominio abusivas ni rentas monopólicas.

¹⁸⁹ Comisión Resolutiva, Resolución N° 462, rol 598-06, 16 de abril de 1996. Las cursivas son nuestras.

vehículos motorizados, los postulantes deberán competir no sólo por sus ofertas técnicas, sino que, especialmente, por el precio de los servicios que ofrezcan; y

B.- Las tarifas que se adjudiquen o se hayan adjudicado los referidos servicios de revisión técnica de vehículos motorizados, deben entenderse que tienen el carácter de máximas, *por lo que durante la vigencia de la concesión, los concesionarios podrán competir por precio de sus servicios; sin perjuicio de la fiscalización que corresponda a la Subsecretaría de Transportes acerca de la calidad técnica del servicios que otorguen*¹⁹⁰

148. Es de interés que la Comisión Resolutiva no solo haya establecido cómo debía ser la competencia (por oferta técnica, pero *especialmente* por precio de los servicios), sino que los precios resultantes de las licitaciones adjudicadas permitían competencia bajo el precio máximo. De esta forma, las actuaciones de la Comisión Resolutiva en estas licitaciones de concesiones de plantas de revisión técnica tuvo por efecto garantizar la competencia *por las concesiones*, así como contemplar la competencia *ex post* adjudicación, por precio¹⁹¹.

V. CONCLUSIONES

149. Este Informe ha desarrollado la aplicación del Derecho de la Competencia a la autoridad concedente y al concesionario de plantas de revisión técnica. En síntesis, nuestras conclusiones son las siguientes:

- Las concesiones de plantas de revisión técnica pueden asignar un monopolio en ciertas áreas, siendo relevante para el Derecho de la Competencia el resultado de su adjudicación.
- Por lo anterior, la ley ha establecido un mecanismo de asignación que contempla competencia por la concesión, de modo que el asignatario ofrezca el menor precio por los servicios licitados, a una calidad determinada, siendo el diseño de la licitación crucial para un resultado que afecte el bienestar de la colectividad.

¹⁹⁰ Comisión Resolutiva, Resolución 555, *Reclamación contra Dictamen 3-99 de la Comisión Preventiva de la XII Región*, rol 581-99, 15 de diciembre de 1999.

¹⁹¹ Finalmente, si bien estas instrucciones de carácter general no han sido declaradas inaplicables por el TDLC, como resultado de la posterior modificación de la Ley de Tránsito, es del caso señalar que dicho Tribunal, en algunos casos, ha sostenido que legislación posterior ha derogado instrucciones generales, y en otros, ha juzgado que ellas subsisten.

- La existencia de disposiciones legales especiales no impide la aplicación de las normas de libre competencia, incluso en sectores regulados, pues es una legislación general del orden público económico.
- Las normas de prácticas anticompetitivas se aplican no sólo a particulares, sino también a personas jurídicas de derecho público, aun cuando éstas no hayan excedido sus atribuciones legales.
- La aplicación de las normas de competencia a la Administración no se limita a las compras públicas, sino que también a situaciones en que ésta ofrece o asigna recursos económicos o ejerce potestades, como ha ocurrido en materia de derechos de aguas, espectro radioeléctrico, concesiones de obras pública y derechos de tráfico aéreo; especialmente cuando la restricción al DL 211 puede producir una expulsión o restricción al acceso de un competidor a un mercado, lo que puede ocurrir al diseñar o implementarse una licitación.
- La jurisprudencia sobre el DL 211 reconoce que se puede consultar bases de licitaciones de plantas de revisión técnica, a efectos de precaver riesgos anticompetitivos en su diseño, implementación y desarrollo por la Administración y obtener los resultados más beneficios para la sociedad, sin perjuicio de la aplicación de las normas especiales de la Ley N° 18.696.
- Las normas de competencia se aplican también al concesionario una vez otorgada la concesión en aspectos tales como menores precios, calidades, etc., sin perjuicio de la fiscalización del concedente.
- De infringirse las normas sobre competencia en una licitación de plantas de revisión técnica, el TDLC es competente para establecer medidas tales como aquellas que permitan subsanar el defecto o dictar instrucciones generales sobre la materia, incluyendo cierto contenido en las bases que impida las restricciones a la competencia en el proceso, permitiendo la igualdad de los oferentes en el proceso, sin perjuicio de eventuales restricciones técnicas.

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

Atentamente,

Francisco Agüero Vargas

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

Santiago, 29 de noviembre de 2013 