

INFORME EN DERECHO

ALCANCE Y LIMITES DE LA POTESTAD NORMATIVA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sumario

I.	Antecedentes.....	3
II.	Alcance, contenido y límite de la potestad normativa del TDLC.....	4
a.	El diseño institucional del TDLC.....	4
b.	El TDLC y sus potestades no jurisdiccionales.....	6
c.	La potestad regulatoria del TDLC.....	9
d.	La potestad regulatoria del TDLC y su interacción con otras normas.....	20

III.	Regulación sectorial y libre competencia: la LGT y la facultad de dictar instrucciones en el mercado de la telefonía.....	24
a.	Regulación sectorial y libre competencia en general.....	24
b.	Regulación sectorial y libre competencia: la Ley General de Telecomunicaciones y su reglamentación.....	28
c.	Regulación sectorial y libre competencia: El caso de las instrucciones sobre licitaciones eléctricas.....	31
d.	La LGT y la regulación de la telefonía.....	36
e.	La potestad regulatoria del TDLC y la telefonía.....	38
IV.	Conclusiones.....	40

I. Antecedentes

1. VTR Móvil S.A. 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 el alcance y límites de la potestad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) establecida en el artículo 18 N° 3 del Decreto Ley N° 211 de 1973 (DL 211).

2. Este Informe se solicita en el contexto del procedimiento para la dictación de una instrucción general relativa a la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía según la red de destino de las llamadas, iniciado por el TDLC el día 21 de diciembre 2010, rol NC 386-10 (el Procedimiento). Dicho procedimiento tiene por objeto que el TDLC pueda recabar antecedentes que le permitan analizar la necesidad de dictar instrucciones de carácter general en materia de diferenciación de precios entre tarifas *on-net/off-net*, y en caso de determinar que tal necesidad existe, establecer el ámbito y contenido de dichas instrucciones.

3. Concretamente, se solicita nuestra opinión legal en relación con dos preguntas jurídicas:

Primera pregunta: ¿Cuál es el alcance, contenido y límites de la potestad normativa del TDLC consagrada en el artículo 18 N° 3 del DL 211?

Segunda pregunta: Dada la regulación sectorial en telefonía móvil, ¿puede el TDLC dictar instrucciones generales que regulen la diferenciación de precios en las tarifas cobradas al público por parte de los concesionarios del servicio público de telefonía móvil, en atención al destino de la llamada?

4. Para responder estas preguntas, a continuación analizaremos dos aspectos estructurales de nuestro sistema institucional de protección de libre competencia: la potestad regulatoria del TDLC en tanto órgano encargado de velar por la competencia, y la relación entre regulación sectorial y competencia, particularmente, el principio de concurrencia de las normas de competencia en relación a la normativa sectorial.

II. Alcance, contenido y límite de la potestad normativa del TDLC

a. El diseño institucional del TDLC

5. En materia de diseño institucional, como explican Trebilcock y Iacobucci, una mirada al Derecho Comparado muestra que la promoción y protección de la competencia en los mercados se estructura conforme a alguno de los siguientes modelos¹:

- (a) El modelo judicial bifurcado, como es el caso chileno post-Ley 19.911, donde una agencia administrativa investiga y presenta casos ante un tribunal o corte que realiza funciones de naturaleza jurisdiccional (resolver conflictos con efectos de cosa juzgada).
- (b) El modelo administrativo bifurcado, como el caso canadiense o el caso chileno pre-Ley 19.911, donde una agencia administrativa investiga y presenta casos ante una agencia/tribunal² que realiza funciones de naturaleza administrativa.
- (c) El modelo administrativo integrado, como el caso europeo o de la *Federal Trade Commission* (FTC) en USA, donde una misma agencia administrativa investiga, acusa y resuelve (equivalente a nuestro modelo de las superintendencias).

6. El modelo administrativo bifurcado y, en mayor medida, el modelo administrativo integrado, organizan la gobernanza de la competencia conforme a esquemas tradicionales de Derecho Administrativo. No es inusual en estos modelos, por lo mismo, que los entes de promoción y protección de la competencia, en tanto agencias administrativas, tengan potestades tanto para dictar actos administrativos singulares como para dictar actos de carácter regulatorio (con efecto general). Este el caso de la FTC en Estados

¹ Michael J. Trebilcock & Edward M. Iacobucci, "Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate", 41, *Loyola University Chicago Law Journal*, 455 (2010)

² En el mundo angloamericano, se distingue entre *court* y *tribunal*. Los *courts* equivalen en términos estrictos a nuestros tribunales; los *tribunals* son usualmente órganos no jurisdiccionales, pero que, dado el impacto de sus funciones sobre los derechos de las personas, toman sus decisiones sobre la base de procesos cuasi-judiciales, gozando de muchas de las garantías institucionales de los *courts*.

Unidos y de la Comisión Europea, órganos reguladores de la competencia que pueden dictar normas de efecto general. Este era también el caso de nuestra Comisión Resolutiva antes de la reforma de la Ley 19.911.

7. Por su parte, el modelo judicial bifurcado constituye una forma de gobernanza de la competencia que privilegia los derechos y libertades de los potenciales afectados, al exigir que la toma de decisiones se haga en la forma de un proceso judicial. Dado que puede haber un compromiso o *trade-off* entre justicia y eficiencia, o entre adjudicación e implementación de políticas públicas³, se sacrifica eficiencia e implementación a fin de resguardar justicia y adjudicación.

8. Ahora bien, es importante notar que si el modelo judicial bifurcado va acompañado de una legislación que es abierta e indeterminada, el órgano judicial termina situado en una posición de “regulador del comercio”. La Corte o Tribunal dará contenido a la ley por la vía de resolver casos individuales, siendo dicha Corte o Tribunal el ente que en definitiva adopte las decisiones de política pública relevantes en materia de la competencia. No debe olvidarse que, para la doctrina, adjudicación y reglamentación son técnicas regulatorias intercambiables⁴.

³ Como indica Jerry L. Mashaw, *Bureaucratic Justice* (Yale University Press, New Haven 1983) p. 1, en su clásico estudio sobre justicia burocrática, “[i]n a legal culture largely oriented toward court enforcement of individual rights, ‘administration’ has always seemed as antithetical to ‘law’ as ‘bureaucratic’ is to ‘justice’. Law focuses on rights, administration on policy”. Ver también, Peter Cane, *Administrative Tribunals and Adjudication* (Hart, Oxford 2009) p. 142 (“[I]mplementation tends to favour the promotion of social objectives whereas adjudication tends to favour the promotion of individual interests”).

⁴ Vid. Jeffrey S. Lubbers, *A Guide to Federal Agency Rulemaking* (4th ed, ABA Publishing, USA 2006) 127 (“It is accepted that agencies are generally free to decide whether to formulate policy through rulemaking or adjudication”). Vid. también, P. Morriss et al, “Choosing How to Regulate”, 29 *Harvard Environmental Law Review* 179 (2005), Jeffrey J. Rachlinski, “Rulemaking versus Adjudication: A Psychological Perspective”, 32 *Florida State Law Review* 529 (2005) y Elizabeth Magill, “Agency Choice of Policymaking Form”, 71 *University of Chicago Law Review* 1383 (2004), Richard K. Berg, “Re-Examining Policy Procedures: The Choice Between Rulemaking and Adjudication”, 38 *Administrative Law Review* 149 (1986) y Antonin Scalia, “Back to Basics: Making Law Without Making Rules”, *Regulation* (July/August 1981).

9. Esto nos ha llevado a concluir que en nuestro derecho el TDLC es realmente un regulador del comercio⁵. Esta conclusión se sigue del hecho que el artículo 3° del DL 211 sea en realidad, siguiendo a Easterbrook, un “cheque en blanco”⁶, quedando delegada la facultad de definir el Derecho y Política de la Competencia en el TDLC, *principalmente* por la vía de resolver *jurisdiccionalmente* litigios de conformidad al artículo 18 N° 1 y 20 del DL 211⁷.

b. El TDLC y sus potestades no jurisdiccionales

10. Una pregunta central de diseño institucional en lo que se refiere al modelo judicial bifurcado, es ésta: ¿en qué medida es posible dotar al órgano jurisdiccional regulador del comercio de potestades administrativas que lo asemejen a una especie de “agencia integrada” pero de naturaleza judicial? Esta es una pregunta de Derecho Constitucional que puede replantearse en los siguientes términos: ¿vulnera el principio de separación de poderes una ley que dota a un tribunal de potestades para dictar normas de efecto general?

11. Tratándose de un ente jurisdiccional regulador del comercio, que en términos de diseño compite con agencias administrativas de regulación de la competencia, no debe sorprendernos que el Congreso, al dictar la Ley 19.911, haya decidido dotar al TDLC de una serie de potestades que no son jurisdiccionales. El artículo 18 del DL 211, que consagra las facultades del TDLC, dispone lo siguiente:

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

- 1) Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley;

⁵ Centro de Regulación y Competencia, *El TDLC como ente regulador del comercio*, disponible en <http://www.regcom.uchile.cl/assets/files/Informes%20y%20Papers/Documento%20de%20trabajo%201.pdf> (última visita, 29 de marzo de 2011).

⁶ Vid. Frank Easterbrook, “Workable Antitrust Policy”, 84 *Michigan Law Review* 1696, 1701 (1986) (The Sherman Act “does not contain a program; it is a blank check”).

⁷ Luego de la modificación de la ley 19.911, la calidad de ente jurisdiccional del TDLC no se encuentra en duda. El artículo 5° es claro en este sentido, al señalar que:

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

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

12. Como lo notó hace algunos meses el Tribunal Constitucional, del listado de facultades del artículo 18 del DL 211, sólo el numeral 1° es de naturaleza jurisdiccional, pero no así los demás numerales:

Que de la lectura de lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto Ley N° 211 es posible concluir que –en principio– sólo el número uno dice relación con una atribución en que el órgano actúa propiamente como tribunal, ejerciendo jurisdicción, esto es, resolviendo conflictos externos de relevancia jurídica. *Los demás numerales no establecen potestades propiamente jurisdiccionales, toda vez que en el ejercicio de ellas el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no conoce de pretensiones procesales originadas en un conflicto de carácter jurídico, sino que por solicitud y no demanda de los interesados, se pronuncia sobre ciertas declaraciones y diligencias que, como es propio en los procedimientos no contenciosos, los particulares no pueden realizar por sí, requiriendo de la intervención de un tribunal al que expresamente se le han encomendado las atribuciones administrativas pertinentes⁸ (énfasis agregado).*

13. El listado de facultades del artículo 18 del DL 211 nos recuerda que, en la tensión de valores entre justicia y eficiencia, o entre adjudicación e implementación de políticas públicas, el Congreso Nacional no optó en la Ley 19.911 en forma radical a favor de la justicia y la adjudicación. Estableció un compromiso o *trade-off*, donde el TDLC cumple un rol fundamental de cara a la eficiencia y la implementación de políticas públicas.

⁸ Tribunal Constitucional, Rol 1448-2009, de 9 de septiembre de 2010, C. 16°.

14. El TDLC es así un tribunal especial, una verdadera rareza en términos institucionales. Primero, y lo más importante, por ser un ente jurisdiccional *regulador del comercio* (artículo 18 N° 1 del DL 211); y segundo, por ser un ente jurisdiccional dotado de una serie de potestades administrativas propias de un órgano administrativo (artículo 18 N°s 2 a 5 del DL 211)⁹.

15. Ahora bien, en términos constitucionales de separación de poderes, nos parece mucho más problemático crear un tribunal regulador del comercio que un tribunal dotado de poderes administrativos. Esto es, representa un mayor desafío al principio de separación de poderes un órgano jurisdiccional encargado de aplicar un artículo abierto e indeterminado como el artículo 3° del DL 211 –un tipo penal en blanco, como dirían los penalistas, quienes rechazan por definición los tribunales reguladores–, que establecer un tribunal dotado de potestades administrativas que se aplican de tiempo en tiempo y que representan una parte más bien marginal de la actividad activa del ente en cuestión. Si lo primero pasa el test de constitucionalidad, lo segundo lo hace con mayor razón.

16. Por lo demás, los tribunales siempre han estado dotados de un conjunto de competencias de naturaleza administrativa: la llamada jurisdicción no contenciosa y el poder de dictar autos acordados (en el caso de los Tribunales Superiores de Justicia). De modo que el problema es uno de grados y no de prohibiciones absolutas.

17. El principio de separación de poderes en las complejas sociedades actuales no exige completa diferenciación entre los tradicionales tres poderes legislativo, ejecutivo y judicial, sino que exige un complejo sistema de frenos y contrapesos, donde el control entre los distintos órganos ocupa un lugar central. Control del que no escapa el TDLC en el ejercicio de sus potestades normativas, a pesar de no encontrarse sujeto al control de la Contraloría, como se presenta más adelante.

⁹ En tal sentido, Jorge Streeter Prieto, *Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia*. Documento de Trabajo, (Estudio Philippi, Yrarrazaval, Pulido & Brunner, Santiago, Septiembre 2001), p. 30

c. La potestad regulatoria del TDLC

18. El artículo 18 N° 3 del DL 211 establece la facultad del TDLC para “dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley”. Esta potestad normativa existe en nuestra legislación de protección de la competencia desde sus orígenes, en la Ley 13.305 de 1959¹⁰.

19. Entre los años 1974 y 2004, esta potestad correspondió a la Comisión Resolutiva –ente de naturaleza administrativa¹¹–, la que en ejercicio de la misma dictó distintas instrucciones generales para distintos mercados, como el de telefonía, el aéreo nacional, el eléctrico, etc.¹²

¹⁰ En efecto, el artículo 175 de la Ley 13.305 disponía, dentro de las atribuciones de la Comisión Antimonopolio, “d) Dictar pautas de carácter general a las cuales puedan ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieren estar sujetos a las disposiciones de esta ley.”

¹¹ Aunque Contraloría General haya señalado que la Comisión Resolutiva constituía un órgano jurisdiccional. *Cfr.* Dictamen N° 13.793/2002, CGR.

¹² Se contienen instrucciones generales de la Comisión Resolutiva en las siguientes resoluciones, entre otras:

- a. Resolución 389 de 1993, establece condiciones o medidas para la participación de compañías telefónicas locales en el mercado de larga distancia nacional e internacional.
- b. Resolución 445 de 1993, establece instrucciones generales destinadas a otorgar transparencia al mercado aéreo nacional.
- c. Resolución 488, de 1997, establece instrucciones generales destinadas a aumentar los niveles de competencia y transparencia en el desarrollo del mercado eléctrico.
- d. Resolución 496 de 1997, establece instrucciones para el cumplimiento del plan de autorregulación tarifario para los mercados aéreos nacionales de pasajeros, presentado por LAN Chile S.A. y LADECO S.A.
- e. Resolución 513 de 1998, establece instrucciones sobre fijación de tarifas por la Sociedad Chilena del Derecho de Autor.
- f. Resolución 556 de 2000, establece instrucción sobre operaciones interbolsas y eliminación de “peaje interbolsas”.
- g. Resolución 620 de 2001, realiza una prevención sobre pago de primas en procesos de licitación de suministro eléctrico.
- h. Resolución 634 de 2001, establece instrucciones de carácter general sobre difusión de condiciones de comercialización para laboratorios de producción farmacéutica, droguerías, depósitos, centrales de distribución e importadores de productos farmacéuticos.

20. Reconociendo el carácter *no jurisdiccional* de esta potestad regulatoria del TDLC, Velozo y González han señalado recientemente, a propósito de dicho poder-deber que:

Se trata de una potestad de naturaleza extrajurisdiccional que comprende la dictación de disposiciones externas, generales y permanentes que, como se explicará más adelante, son vinculantes para quienes ejecuten o celebren actos o contratos determinados que tuvieren relación con la libre competencia en mercados específicos o pudieren atentar en contra de ella¹³.

21. La potestad normativa del TDLC como órgano regulador del comercio (*cfr.* ¶ 14), es en su naturaleza equivalente a la potestad normativa de las agencias regulatorias, y más específicamente de las superintendencias, como se verá (*cfr.* ¶ 24 a ¶ 26). Es por esta razón que para determinar el alcance y contenido de dicha potestad nos referiremos primero a aquella otorgada a dichos órganos.

22. En la actualidad el Estado tiene por función preferente regular y tutelar el ejercicio de las actividades económicas desarrolladas por los particulares. Es en este contexto de un Estado regulador –versus un Estado proveedor– que han surgido una serie de órganos cuya función principal es controlar las actividades económicas en aquellas áreas en dónde el legislador ha estimado existe un interés público comprometido¹⁴.

-
- i. Resolución 650 de 2002, establece una instrucción general sobre publicación de tarifas de rellenos sanitarios y estaciones de transferencia-Región Metropolitana.
 - j. Resolución 666 de 2002, establece instrucciones generales sobre información que deberá proporcionar toda persona que habitualmente conceda créditos al público en general o a un sector del mismo.
 - k. Resolución 667 de 2002, establece instrucciones generales sobre contratación de suministro a empresas distribuidoras de electricidad.
 - l. Resolución 692 de 2003, establece prevención respecto de compañías que operan en el mercado de transporte aéreo nacional de pasajeros.

¹³ Javier Velozo y Daniela González “Reflexiones en torno a algunas facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, en AA.VV. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, (ed.). *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (Thomson Reuters, Santiago, 2011), p. 46

¹⁴ En este sentido, Carmona, en los términos citados por José Francisco García: “Para Carmona, las superintendencias se enmarcan dentro de lo que los economistas denominan la “función reguladora del Estado”. Si años atrás al Estado se le asignaba la tarea de desarrollar

23. Estos órganos contralores han sido tradicionalmente —aunque no exclusivamente¹⁵— diseñados como superintendencias¹⁶, esto es, como órganos de la Administración del Estado que ejercen principalmente la actividad de policía, por lo que intervienen “... en los derechos de los sujetos controlados para resguardar el interés público comprometido en su accionar”¹⁷.

24. Para el ejercicio de la actividad de policía, las superintendencias cuentan con amplias potestades normativas, fiscalizadoras, sancionadoras y jurisdiccionales. La potestad normativa consiste en la dictación de “*normas de general aplicación a sus sujetos controlados, tales como instrucciones, circulares, etc.*”¹⁸.

25. Un análisis de la potestad normativa de las superintendencias establecida en nuestro ordenamiento jurídico, nos permite apreciar la presencia de cuatro características comunes: (i) es establecida por ley; (ii) es obligatoria sólo para los sujetos regulados; (iii) su consagración legal es bastante amplia, por lo que su ámbito de competencia suele encontrarse limitado exclusivamente por el ámbito de competencia de la respectiva

actividades económicas o entregar o proteger monopolios, hoy se le asigna un rol tutelar en la actividad económica, es decir, que vele porque la actuación de los privados que comprometa el interés público se desarrolle dentro de ciertos parámetros previamente definidos, de modo que no incurran en abusos que perjudiquen gravemente a terceros o cometan infracciones al ordenamiento jurídico”, José Francisco García, *¿Inflación de Superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio*, Revista Actualidad Jurídica N°19, Enero 2009, p. 334.

¹⁵ Otros órganos de estas características son por ejemplo la Subsecretaría de Telecomunicaciones y el TDLC, como argumentaremos a continuación.

¹⁶ García señala que las superintendencias son “servicios públicos descentralizados que satisfacen necesidades colectivas y su existencia encuentra una justificación económica cuando ciertos supuestos tienen lugar (e.g. fallas de mercado, servicios concesionados, entre otros)”. José Francisco García y Sergio Verdugo. *De las Superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio*. Revista Actualidad Jurídica N° 22, Julio 2010, p. 264.

¹⁷ Carlos Carmona, *Unidad VI, El principio de Control, La dimensión Activa*, apuntes de clases, 2005, p. 7. Las superintendencias ejercen “principalmente” la actividad de policía, sin perjuicio de que puedan ejercer otras funciones. Así, Carmona señala que “es posible encontrar manifestaciones de las otras actividades. Por ejemplo, algunas superintendencias están facultadas para otorgar concesiones (SEC); algunas administran instrumentos de fomento o de estímulo”. *Ibid.*

¹⁸ Carlos Carmona, n. 17, p. 15

superintendencia; y (iv) el incumplimiento de las normas dictadas en el ejercicio de esta potestad puede ser sancionado, teniendo éstas por tanto, fuerza coercitiva.

26. Así por ejemplo, las primeras tres características se aprecian en las siguientes leyes. La Ley 20.255, que establece la reforma previsional, establece en el artículo 47 número 6 que la Superintendencia de Pensiones tiene la facultad de “[d]ictar normas e impartir instrucciones de carácter general en los ámbitos de su competencia”. La Ley 18.410, por su parte, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, establece en el artículo 3° numeral 34, que corresponderá a esta superintendencia “...impartir instrucciones de carácter general a las empresas y entidades sujetas a su fiscalización”¹⁹.

¹⁹ De forma similar, el Decreto Ley 3.538 de 1980, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros establece en el artículo 4 letra a), que corresponde a la superintendencia “[i]nterpretar administrativamente, en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas y fijar normas, *impartir instrucciones y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento*”. El Decreto con Fuerza de Ley N° 3 de 1997, que fija el texto refundido sistematizado y concordado de Ley General de Bancos, establece en el artículo 12 en su inciso 4° que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras podrá “*impartirles instrucciones* [a las empresas fiscalizadas] y adoptar las medidas tendientes a corregir las deficiencias que observare y, en general, las que estime necesarias en resguardo de los depositantes u otros acreedores y del interés público”. La ley 16.395 que fija el texto refundido de la ley de organización y atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social, establece en el artículo 34° que “[c]orresponderá a la Superintendencia de Seguridad Social *impartir a las instituciones sometidas a su control, instrucciones sobre procedimientos administrativos, organización y racionalización de funciones y dependencias*, las que serán obligatorias”. El artículo 38° letra e) establece que la superintendencia podrá “[e]mitir *instrucciones* para el mejor otorgamiento de los beneficios a los imponentes”. El DFL N°1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1970 y de las leyes 18.933 y 18.469, establece en el artículo 110 número 2 que la Superintendencia de Salud podrá “[i]nterpretar administrativamente las leyes, reglamentos y demás normas que rigen el otorgamiento del Régimen, *impartir instrucciones de general aplicación* y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento”. La ley 19.995 establece en el artículo 42 número 7, que le corresponderá al Superintendente de Casinos de Juego “[i]nterpretar administrativamente, en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y normas técnicas que rigen las entidades y materias fiscalizadas; *elaborar instrucciones de general aplicación* y dictar órdenes para su cumplimiento”. La ley 18.175, establece en el artículo 8 número 3 que la Superintendencia de Quiebras podrá “[i]mpartir a los síndicos y a los administradores de la continuación del giro *instrucciones de carácter obligatorio sobre las materias sometidas a su control* y, en especial, fijar normas para la presentación de informes, estados de avance y cuentas provisionarias o definitivas que deban presentar los síndicos”.

27. La cuarta característica, esto es, la fuerza coercitiva de estas instrucciones queda de manifiesto en nuestra legislación. En este sentido, la Ley 16.395, que fija el texto refundido de la ley de organización y atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social, establece en el artículo 57 que:

“[s]in perjuicio de las facultades que corresponden a la Superintendencia de Seguridad Social, en virtud de lo prescrito en los artículos anteriores, ésta podrá aplicar a las instituciones sometidas a su fiscalización, así como a sus directores, jefes de servicio, gerentes generales y ejecutivos relacionados con la administración superior de las mismas, que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan *o a sus instrucciones o dictámenes emitidos en uso de sus atribuciones legales, las sanciones* a que se refiere el artículo 28 del decreto ley N° 3.538, de 1980, previa investigación de los hechos”²⁰.

28. La potestad normativa del TDLC de dictar “instrucciones generales” es similar a la potestad normativa de las superintendencias, al compartir todas las características señaladas previamente. En primer lugar, la misma ha sido establecida por ley, en el artículo 18 N° 3 del DL 211; en segundo lugar, ésta sólo obliga a los particulares en los actos que ejecuten o celebren que tengan relación con la libre competencia, (lo que es señalado expresamente en la ley); en tercer lugar, dicha potestad utiliza la misma voz que aquella utilizada generalmente al describir la potestad normativa de las superintendencias, esto es, “instrucción”, y se encuentra consagrada de manera general, de tal forma que su ámbito de competencia se encuentra delimitado por el ámbito de competencia del mismo tribunal, esto es, el resguardo de la libre

²⁰ En este sentido, el Decreto con Fuerza de Ley N°3 de 1997, que fija el texto refundido sistematizado y concordado de Ley General de Bancos, establece en el artículo 19, que “las instituciones sometidas a la fiscalización de la Superintendencia que incurrieren en alguna infracción a la ley que las rige, a sus leyes orgánicas, a sus estatutos *o a las órdenes legalmente impartidas por el Superintendente*, que no tenga señalada una sanción especial, podrán ser amonestadas, censuradas o penadas con multa hasta por una cantidad equivalente a cinco mil unidades de fomento”. La ley 18.175, establece en el artículo 8 número 5 que la Superintendencia de Quiebras podrá “[a]plicar a los síndicos y a los administradores de la continuación del giro, como sanción por infracciones a las leyes, reglamentos y demás normas que los rijan, *como asimismo por el incumplimiento de las instrucciones que imparta y de las normas que fije*, censura por escrito, multa a beneficio fiscal de una a cien unidades de fomento o suspensión hasta por seis meses para asumir en nuevas quiebras, convenios o cesiones de bienes”.

competencia en los mercados en los términos del DL 211²¹; y finalmente, las instrucciones del TDLC, al igual que las instrucciones de las superintendencias, gozan de fuerza coercitiva. Esto último ha sido señalado por la Corte Suprema:

11º) Que en la reclamación interpuesta a fojas 1.283 por Abbott Laboratories de Chile Limitada se expresa, en primer lugar, que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sólo puede aplicar sanciones por incumplimientos de instrucciones generales, cuando tales incumplimientos sean constitutivos de atentados a la libre competencia. **En efecto, en opinión del reclamante, dicho tribunal carece de facultades para imponer sanciones en casos como el de autos; no obstante lo cual se la ha castigado por un mero incumplimiento de una instrucción general, situación que, de no constituirse como un atentado a la libre competencia, no es sancionable por ese solo hecho.**

(...)

16º) Que la letra b) del artículo 17, del anterior texto del Decreto Ley N°211, vigente a la época de dictación de la Resolución N°634, de 05 de diciembre de 2001 señalaba, en lo que interesa para los efectos de estos reclamos, que La Comisión Resolutiva de la Libre Competencia podía dictar instrucciones de carácter general a las cuales deberán ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieran atentar contra la libre competencia. **Los términos imperativos de la resolución transcrita obligan a su cumplimiento, por lo que su eventual trasgresión por parte de quienes quedan obligados, trae como consecuencia la imposición de sanciones pecuniarias o de otra índole²².**

29. Ahora bien, la equivalencia de la potestad normativa de las superintendencias y de la potestad del TDLC no se sustenta únicamente en el que compartan las mismas características, sino que especialmente en la

²¹ Artículo 2º DL 211. Sin perjuicio de lo anterior y como se señaló previamente, dicha competencia se encuentra escasamente delimitada en la ley. *Vid supra* ¶9 y ss.

²² Corte Suprema, Rol 6.359 de 2005. La redacción del artículo 17 letra b) del DL 211 era similar a la redacción actual. Las modificaciones sufridas no tienen relevancia para los efectos de lo afirmado en este párrafo:

Serán deberes y atribuciones de esta Comisión:

b) Dictar instrucciones de carácter general a las cuales deberán ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieran atentar contra la libre competencia.

función equivalente que ambos órganos cumplen como entes reguladores de la economía, tal como se argumentó previamente²³.

30. En efecto, la creación de superintendencias, o más genéricamente, de agencias reguladoras independientes, tiene por objeto –como señala Carmona– el cumplimiento de tres propósitos: la autonomía o neutralidad política; la especialización técnica y la eficacia^{24 25}. Sin perjuicio de que la creación de un tribunal como órgano regulador del comercio y fiscalizador de la actividad económica sea poco común en nuestro ordenamiento, el diseño del TDLC tuvo como fin precisamente lograr dichos propósitos, como queda en evidencia al estudiar la historia de la Ley 19.911. En este sentido, el Mensaje del proyecto de ley que crea el TDLC establece que:

El eje central del presente proyecto de ley es el fortalecimiento del órgano jurisdiccional encargado de resolver los conflictos en esta materia, el que pasa a denominarse Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. **El proyecto crea las condiciones necesarias para que las personas llamadas a analizar y decidir los posibles atentados a la libre competencia reúnan requisitos de excelencia profesional y alta dedicación, bajo un esquema de separación de funciones e independencia²⁶.**

31. En este mismo sentido, el Fiscal Nacional Económico de la época, ante el cuestionamiento de la potestad normativa del TDLC durante la tramitación de la Ley 19.911 manifestó que:

...diversos órganos de la Administración Pública poseen potestad reglamentaria respecto de los sujetos que se encuentran sometidos a su

²³ Vid supra ¶ 14

²⁴ Carlos Carmona, n. 17, p. 31.

²⁵ Sin perjuicio de lo anterior, un elemento que distingue al TDLC de las superintendencias es que el TDLC fiscaliza a sujetos indeterminados. Esto, sin embargo, no desvirtúa la afirmación de que ambos órganos cumplen funciones similares de policía. Asimismo, dicha característica no es única en nuestro ordenamiento jurídico. Como señala Carmona “[e]xisten algunos otros organismos que no se denominan superintendencias, pero que cumplen la misma función de estas. Así ocurre, por ejemplo, con la Dirección del Trabajo y la Subsecretaría de Telecomunicaciones. Estos órganos ejercen una función de vigilancia y control de un ámbito determinado de la actividad económica. Para ello, la ley las dota de facultades similares a las de las Superintendencias. Pero a diferencia de las Superintendencias, su control se ejerce sobre sujetos indeterminados”. Carlos Carmona, n. 17, p. 5. En idéntico sentido, véase la fiscalización que efectúa el Servicio de Impuestos Internos.

²⁶ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Boletín N° 2944-03, p. 3.

fiscalización, como ocurre con las distintas Superintendencias. En la especie, **las Comisiones Preventiva y Resolutiva de la Libre Competencia, tanto en sentencias emitidas sobre diversas materias como en forma separada, han impartido instrucciones,** por ejemplo, sobre el cobro de intereses por las casas comerciales, las relaciones entre los laboratorios y las farmacias, los útiles escolares, etcétera.

Con el propósito de precisar el alcance de este numeral, sugirió redactar la atribución manifestando que consistirá en dictar instrucciones de carácter general en conformidad a la ley, las que deberán considerar los particulares en los actos y contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella²⁷.

32. Lo anterior, por supuesto, no supone absoluta identidad entre la potestad normativa de las superintendencias y aquella del TDLC, en cuanto la pertenencia de este último al poder judicial tiene consecuencias. De esta manera, la potestad normativa del TDLC, a diferencia de la potestad normativa de las superintendencias, no se encuentra sujeta al control de la Contraloría General de la República. Así lo afirmó la propia Contraloría en el Dictamen 2.072/2011:

En este contexto, es menester considerar que el inciso tercero del artículo 6° de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General, consagra el principio de la no injerencia por parte de este Organismo de Control, en los asuntos sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, al disponer expresamente que esta Entidad Fiscalizadora no intervendrá ni informará aquellas cuestiones que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén radicadas en aquéllos, lo que obliga necesariamente a sostener, con mayor razón aún, que no puede pronunciarse sobre el alcance de una resolución emanada de un órgano jurisdiccional (aplica criterio contenido en el dictamen N° 51.085, de 2010).

Atendido lo precedentemente expuesto, **cumple con indicar que debido al carácter de órgano jurisdiccional especial que reviste el aludido Tribunal de Defensa de la Libre Competencia -sujeto a la superintendencia directiva de la Corte Suprema-, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5° del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del ex Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, esta Entidad Fiscalizadora debe abstenerse de**

²⁷ La redacción de la potestad normativa del TDLC sugerida por el Fiscal en esta oportunidad, fue la que se aprobó finalmente. Segundo informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y de Economía, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 40.

informar sobre el alcance de las señaladas instrucciones (aplica criterio contenido en el dictamen N° 21.291, de 2009).

Esta situación no supone que no exista control de esta potestad del TDLC, como se señalará a continuación.

33. La doctrina agrega que la potestad regulatoria del TDLC responde a la *amplitud* del ilícito anticompetitivo del DL 211²⁸. Asimismo, dicha potestad constituye una regulación directa a los particulares a quienes se dirige la instrucción:

las normas emitidas en ejercicio de la potestad en análisis **deben ser entendidas como una regulación directa y continua para los agentes económicos que participan en los mercados** donde, debido a su estructura y características, existen riesgos significativos de conductas anticompetitivas²⁹.

34. A su vez, las instrucciones de carácter general, como *regulación directa*, no necesariamente se refieren a conductas anticompetitivas en los términos establecidos en el DL 211, atendidas las características del mercado. En efecto, el artículo 18 numeral 3 del DL 211, dispone que el TDLC puede dictar las instrucciones de carácter general “*que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella*”. De lo transcrito se desprende que no es requisito *sine qua non* que la conducta regulada por el TDLC sea contraria a la competencia, o tenga esa potencialidad (“*pudiere*”), sino que incluso basta que ella *tenga relación* con la libre competencia. Sobre el particular, Velozo y González expresan que:

No es una exigencia jurídica que los actos o convenciones que sean regulados en uso de esta potestad necesariamente constituyan infracciones en sí mismas, pues el tenor literal del artículo 18° N° 3 del D.L. N° 211 es claro cuando distingue que los actos o contratos objeto de la regulación pertinente deben tener “relación con la competencia” o bien la potencialidad de “atentar contra ella”³⁰.

²⁸ Velozo y González, n. 13, p. 47:

“se estimó que la institucionalidad en su conjunto debía contemplar la atribución de dictar normas o instrucciones de carácter general en la medida que el modelo normativo se ha inclinado por una definición amplia del ilícito contra la libre competencia”.

²⁹ *Idem*

³⁰ Velozo y González, n. 13, p. 48-49

35. Por otra parte, las instrucciones de carácter general cumplen un rol de certeza jurídica, previsibilidad y eficiencia que no debe desdeñarse. Señala Streeter al respecto:

Hay actuaciones administrativas y judiciales que, si se realizan con respeto de los principios antes mencionados, **son muy eficientes para crear ese grado de certidumbre o seguridad jurídica que es necesario para el buen funcionamiento del régimen económico. En el orden administrativo, la función consultiva y la emisión de instrucciones generales están en este caso; en el orden judicial, por cierto, miramos a una jurisprudencia razonablemente uniforme fundada en el respeto al precedente**³¹.

Las instrucciones y las comunicaciones de carácter general presentan la indudable ventaja de que, mediante ellas, la autoridad administrativa hace ver a todas las personas la forma en que la propia autoridad procederá en el futuro, con lo cual hace previsible su conducta y, en virtud de la llamada doctrina de los actos propios, queda vedada, durante la vigencia de las instrucciones o comunicaciones de que se trate, de modificar su actuación en perjuicio de los administrados³².

36. Más recientemente, al examinar el alcance de la potestad regulatoria del TDLC, la doctrina ha reconocido su finalidad de perseguir seguridad jurídica, estableciendo *ex ante* los criterios que usará el TDLC al examinar conductas empresariales:

constituye un **conjunto de reglas que no sólo permiten acceder *ex ante* a los criterios de interpretación y aplicación de la legislación de defensa de la competencia a casos particulares ... sino que también permite al TDLC, en casos calificados, promover la competencia en los mercados, conforme a la ley ... las Instrucciones Generales constituyen una explicitación de los criterios y parámetros que utilizará el TDLC para analizar casos concretos, permitiendo a los agentes económicos reconocer con costos razonables los límites de juridicidad de diversas conductas específicas (...)** tendientes a prevenir tanto infracciones a las normas contenidas en el D.L. N° 211 como obstáculos al desarrollo del proceso competitivo en determinados mercados que no sean propiamente infracciones³³.

Por lo tanto, además de ser reglas de conducta imperativas, las Instrucciones Generales son **una potente ilustración que entrega el Tribunal a los agentes**

³¹ Streeter, n. 9, p. 27

³² *Idem*, p. 30

³³ Velozo y González, n. 13, p. 48

económicos respecto de los límites de la jurisdicción que impone la legislación de libre competencia, que minimiza la probabilidad de que éstos incurran en “errores de prohibición” –para usar un término acuñado por la dogmática penal- que podrían derivarse de la significativa amplitud de la hipótesis infraccional contenida en el artículo 3° del D.L. N° 211³⁴.

37. La función predictiva de las instrucciones de carácter general, además, ha sido expuesta por el TDLC en *FNE c. Municipalidad de Curicó*:

Que es en este contexto en el que deben ser entendidas las Instrucciones de Carácter General de 2006 impartidas por este Tribunal, **una de cuyas finalidades es la promoción de la competencia y la explicitación de criterios y parámetros de conducta que tienden a prevenir infracciones a las normas contenidas en el Decreto Ley N° 211**, en un mercado en que ello tiene una importancia especial, toda vez que, debido a sus características y estructura, existen riesgos de actuaciones anticompetitivas³⁵

38. En efecto, es del caso recordar que la resolución del TDLC que motiva el Procedimiento tiene dentro de su motivación específicamente el hecho que el TDLC ha conocido en distintas ocasiones, y por procedimientos contenciosos y no contenciosos sobre el asunto:

3. Lo señalado por este H. Tribunal en la Sentencia N° 88-2009, Resoluciones N° 2-2005 y N° 27-2008 e Informe N° 2-2009, respecto de la diferenciación de precios de llamadas según empresa de destino en los servicios públicos telefónicos móviles³⁶;

39. Adicionalmente, y con posterioridad al inicio del Procedimiento, el TDLC dictó sentencia específicamente respecto de una demanda particular, iniciada por una empresa de telefonía, en contra de una concesionaria de telefonía móvil, como es la Sentencia N° 110/2011, de 28 de enero de 2011, *Will S.A. c. Claro Chile S.A.* De este modo, la seguridad jurídica que puede alcanzarse con una eventual instrucción por parte de los posibles afectados (empresas de telefonía que han sido parte de procedimientos ante el TDLC en los que se ha abordado el tópico *on-net / off-net*), es considerable, ya que puede

³⁴ *Idem*, p. 51

³⁵ TDLC: Sentencia N° 77, N° 77/2008, “*Requerimiento de la FNE contra la Ilustre Municipalidad de Curicó*”, C 137-07, 4 de noviembre de 2008, C. 16°

³⁶ Resolución NC 386-10, 21 de diciembre de 2010

prevenir conductas potencialmente anticompetitivas, todo lo que otorga mayor certidumbre a los actores de la industria, como afirma Streeter:

Es difícil exagerar la importancia que tiene, para los administrados, el buen ejercicio de la facultad de emitir instrucciones generales... La seguridad jurídica de los sujetos económicos se incrementa si esa facultad se ejerce con mayor amplitud y en mejor forma³⁷.

d. La potestad regulatoria del TDLC y su interacción con otras normas

40. Determinada la naturaleza de la potestad normativa del TDLC, nos referiremos brevemente a la relación entre estas instrucciones y las demás normas de nuestro ordenamiento jurídico.

41. En primer lugar, se ha discutido acerca de la conformidad de la potestad regulatoria del TDLC con la Constitución. Se ha señalado que esta potestad de dictar instrucciones generales infringiría la Constitución, al tratarse de un ámbito propio de ley (artículo 63, CPR) o bien que se trataría de una potestad reglamentaria propia del Presidente de la República (artículo 32 N° 6 CPR)³⁸.

³⁷ Streeter, n. 9, p. 31

³⁸ El alegato sobre la inconstitucionalidad de la potestad otorgada al TDLC surgió durante la tramitación Ley 19.911. Como se señala en el segundo informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y de Economía, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p 40:

El Honorable Senador señor Novoa planteó sus dudas en cuanto a la constitucionalidad de esta atribución, en los términos en que está planteada, ya que la materia sería propia del dominio legal o, en todo caso, si se fundamenta en la reglamentación de la ley, de la potestad que corresponde, para este efecto, al Presidente de la República. En cambio, conforme a esta disposición el Tribunal podría impartir instrucciones que obligarían a cualquier persona que realice actividades económicas.

Luego la diputada Guzmán alegó ante el Tribunal Constitucional que la dictación de instrucciones generales es materia de ley. Como señala el Tribunal Constitucional en su sentencia rol 391 del 7 de octubre de 2003:

DÉCIMOSEGUNDO.- Que, en relación a este precepto, la diputada señora María Pía Guzmán hizo presente en el Informe de la Comisión Mixta, que se transcribe en la página 65 de la sesión 33, de 27 de agosto de 2003, de la

42. El Tribunal Constitucional, al realizar el control de constitucionalidad del proyecto de ley que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia declaró la constitucionalidad del artículo 18 N° 3 (artículo 17 C, N° 3 del proyecto), resolviendo:

DECIMOTERCERO.- Que se desestimaré la antedicha objeción de constitucionalidad por considerarse que **la aludida norma no contiene, propiamente, una potestad normativa de índole legislativa o reglamentaria que la Constitución Política confiere a otros órganos del Estado de modo exclusivo, sino de una atribución del Tribunal necesaria para el cumplimiento de su misión de promoción y defensa de la libre competencia en los mercados**, cuyo ejercicio, además, se encuentra detalladamente reglado en el artículo 18 del proyecto de ley, el que garantiza la audiencia de los agentes económicos a los que se aplicarán tales instrucciones y a los que se da oportunidad de aportar antecedentes y manifestar su opinión.

Además, se declarará que el uso de la referida atribución queda en todo caso sometida al control jurisdiccional de los órganos competentes.

DECIMOCUARTO.- Que, en mérito de lo expuesto, se declara que **la atribución que se le confiere al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el N° 3 del artículo 17 C, contemplado en el numeral 6 del Artículo Primero del proyecto, es constitucional en el entendido que, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 7° y 18 del precepto antes indicado del proyecto, las referidas instrucciones quedarán sometidas, en cuanto se les exige que se dicten “en conformidad a la ley”, al control jurisdiccional de los tribunales y a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema³⁹.**

43. De esta forma, un primer límite de las instrucciones del TDLC lo constituye el ámbito que la Constitución ha reservado a la ley. Esto es totalmente coherente con lo establecido en el mismo artículo 18 N° 3, el cual señala que las instrucciones deben ser dictadas “*de conformidad a la ley*”.

Cámara de Diputados, **que dicha norma presenta problemas de constitucionalidad**, porque sólo a la ley le corresponde impartir instrucciones de carácter general, criterio que fue reiterado en presentación formulada a este Tribunal por la misma señora diputada, en este control de constitucionalidad.

³⁹ Sentencia Rol 391 de 7 de octubre de 2003. Énfasis agregado.

44. Igualmente en la doctrina nacional se ha entendido que las potestades normativas de alcance general no son de competencia exclusiva del Presidente de la República. Así, no se discute la constitucionalidad de las potestades normativas otorgadas por ley a órganos autónomos del Presidente, como es el caso de las Superintendencias. En palabras de Eduardo Cordero:

... creemos que es posible que el legislador atribuya la potestad reglamentaria a las autoridades administrativas de órganos centralizados y descentralizados, la cual puede coexistir con la potestad general que tiene el Presidente sobre la materia. Sin embargo, es perfectamente posible que nos encontremos frente a potestades concurrentes, cuyo ejercicio puede significar un conflicto normativo real, lo cual demanda de un criterio que pueda resolver esta cuestión⁴⁰.

45. El conflicto normativo real se da entonces entre las normas dictadas por distintos órganos con potestades reglamentarias. Es decir, cómo se solucionan los conflictos entre los reglamentos del Presidente de la República y las instrucciones generales del TDLC, o entre estas últimas y las normas reglamentarias de otros entes autónomos.

46. Las instrucciones no pueden contradecir las normas que dicta el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria, es decir, son de rango inferior a las que dicta el Presidente, en cuanto la norma

⁴⁰ Eduardo Cordero, *Las normas administrativas y el sistema de fuentes*, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios, Año 17-Nº 1, 2010, p. 42. Ver también Enrique Silva Cimma. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*. (Editorial Jurídica, Cuarta Edición, 1996), p. 173 a 177, Carlos Carmona, cita nota n. 17, p. 15. Es necesario destacar que sin perjuicio de que estos autores se refieren exclusivamente a órganos pertenecientes a la administración, el principal argumento dado para fundar dicha afirmación es igualmente aplicable a las potestades normativas otorgadas a órganos que no pertenecen a la administración, como es el caso del TDLC, en cuanto éste se basa en el rechazo de una interpretación restrictiva del artículo 32 N°6. Una doctrina minoritaria al respecto es la del profesor Eduardo Aldunate quien ha sostenido que las potestades normativas otorgadas por ley a órganos autónomos del Presidente son inconstitucionales. En sus palabras: "...las leyes que otorgan facultades regulatorias a entes que no cuentan con habilitación constitucional de potestad normativa, y que presentan autonomía jurídica respecto del Presidente de la República, alteran facultades constitucionalmente entregadas al mismo y son, en consecuencia, inconstitucionales". Eduardo Aldunate, *La distribución de potestades normativas en la constitución: potestades reglamentarias administrativas, autos acordados y facultades del fiscal nacional*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009, N° 33, p. 375.

habilitante o que da origen a la potestad reglamentaria del Presidente es la Constitución (artículo 32 N° 6), y la norma que da origen a la potestad normativa del TDLC es la ley (artículo 18 N° 3 DL 211). En dicho sentido, el hecho que el TDLC no pueda dejar sin efecto normas legales ni reglamentarias, sino sólo proponer su modificación al Presidente de la República (Art. 18 N° 3, DL 211), evidencia – en principio – la subordinación de las instrucciones generales respecto de la potestad reglamentaria:

Además [de la sujeción de la potestad normativa del TDLC a la Constitución y las leyes], la potestad reglamentaria, de ejecución y autónoma, primará sobre las facultades normativas del TDLC, pues éste carece de atribuciones para modificar o dejar sin efecto por vía de Instrucciones Generales el marco normativo vigente⁴¹.

47. En efecto, de acuerdo a la doctrina nacional⁴², la potestad normativa de los entes autónomos, tiene dos rasgos característicos: (i) debe emanar de una clara disposición de la ley. Entonces, siempre es una potestad reglada que opera sólo en las materias que indica la ley; y (ii) en ningún caso puede enervar la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

48. De este modo, no sólo debe respetar la ley que le confiere la facultad, sino que el conjunto del ordenamiento jurídico superior. Asimismo, cuando un *ente autónomo* dicta una disposición determinada, debe adecuarse fielmente a la ley que concede la potestad, subordinándose sustantiva y adjetivamente a las normas superiores, como son las normas de la Carta Fundamental, de la ley y del reglamento⁴³.

49. En caso de antinomia entre las instrucciones del TDLC y otras normas de órganos con potestades normativas habrá que atender en el caso concreto a la competencia otorgada por la ley a cada uno de estos órganos, que en caso del TDLC dice relación con los actos y contratos que ejecuten los particulares que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella. De esta forma, no se podrá excluir el ejercicio de la potestad normativa

⁴¹ Velozo y González, n. 13, p. 54

⁴² División Jurídico-Legislativa, Ministerio Secretaría General de la Presidencia (SEGPRES). *Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle*, Santiago, (2000), T. II, p. 197

⁴³ Jorge Streeter, *Potestad Normativa de Entes Públicos Autónomos*, Materiales de Clase, Facultad de Derecho, (Universidad de Chile, Santiago, 1986), p. 5

reconocida al TDLC en el artículo 18 N° 3, mientras este se enmarque en el ámbito de competencia señalado en el mismo artículo.

50. En resumen y en términos generales, la potestad normativa del TDLC es una potestad equivalente a aquellas de las superintendencias; se encuentra establecida por ley; obliga sólo a los particulares; su ámbito de competencia se encuentra delimitado por el ámbito de competencia del TDLC y tiene una jerarquía inferior a la ley y al reglamento.

III. Regulación sectorial y libre competencia: la LGT y la facultad de dictar instrucciones en el mercado de la telefonía

a. Regulación sectorial y libre competencia en general

51. En nuestro país, tanto las normas sustantivas del DL 211 (incluyendo infracciones) como el ámbito competencial-potestativo de la FNE y TDLC son interpretadas y aplicadas en forma amplia. Conforme a esta latitud competencial, tanto los órganos del Estado –quienes pueden incurrir, en cuanto tales, en conducta contraria al DL 211⁴⁴– como las empresas reguladas sujetas al control de entes públicos sectoriales, pueden ser sujetos pasivos de acciones ante el TDLC⁴⁵.

⁴⁴ *Vid.*, entre otras, TDLC, *Middleton contra Pino y otros*, sentencia 11/2004, Rol C 29-04, 3 de diciembre de 2010, C. 1°:

[E]ste 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 3°, se aplica a *'El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos'*, sin distinguir al efecto entre entes privados o públicos, siendo reiterada la jurisprudencia de la Honorable Comisión Resolutiva, antecesora legal de este Tribunal, en tal sentido.

⁴⁵ La anterior afirmación se aplica al ejercicio de la potestad de adjudicación del TDLC no así del ejercicio de la potestad normativa, por texto expreso de la ley, como se ha señalado previamente.

52. En el caso *Celulinks*, Sentencia 88/2009, el TDLC “aplicó normas de la competencia donde existía regulación sectorial específica”⁴⁶, y, más recientemente, la Corte Suprema señaló expresamente que las opiniones del regulador sectorial, la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL) “no son vinculantes para el Tribunal de Defensa de la Competencia ni para esta Corte [Suprema]”⁴⁷.

53. En efecto, el TDLC rechazó el argumento de la demandada, Telefónica Móviles de Chile [TMCH], de que la ilegalidad incurrida por los demandantes en materia de regulación sectorial de telecomunicaciones – evasión de cargos de acceso – pudiera impedir la aplicación del DL 211. Actuando contra la opinión manifestada por Subtel –quien denunciaba la existencia una “distorsión tarifaria” que pondría en riesgo la consistencia del cálculo tarifario–, el TDLC sostuvo que las normas de la competencia se aplican y permiten llegar a conclusiones distintas a las afirmadas por la SUBTEL:

Que cabe preguntarse hasta qué punto debe la autoridad reguladora sectorial asegurar el *statu quo* por medio de una prohibición integral de desarrollar una determinada actividad económica, como aquella llevada a cabo por las demandantes, con el fin de evitar una distorsión tarifaria o, dicho de otra forma, un desalineamiento entre el flujo real de ingresos por cargos de acceso y aquel estimado para la empresa modelo eficiente con ocasión de la regulación tarifaria pertinente. A juicio de este Tribunal, no puede asegurarse que la fijación de tarifas de cargos de acceso no contenga otras estimaciones o supuestos que, contrastados con la realidad y su dinamismo, impliquen desviaciones que favorezcan a TMCH. Por lo mismo, conviene preguntarse en qué medida resulta razonable el objetivo buscado y en qué medida resulta proporcionado el medio regulatorio con que se pretende alcanzar dicho objetivo, y en qué medida es ésta la aproximación interpretativa más afín con los valores subyacentes de nuestro sistema constitucional y legal...⁴⁸.

54. En la Sentencia N° 100 de 21 de julio de 2010, aunque revocada por la Corte Suprema en enero de 2011, el TDLC afirmó nuevamente la concurrencia

⁴⁶ Paulo Montt, “The Interface between Competition Law and Regulation in Chile—Who’s the Boss”, CPI Antitrust Journal (Julio 2010), p. 4.

⁴⁷ Corte Suprema, *OPS Ingeniería Ltda. y otros contra Telefónica Móviles de Chile*, Rol 8077-2009, 7 de julio de 2010, C. 12.

⁴⁸ TDLC, *OPS Ingeniería Ltda. y otros contra Telefónica Móviles de Chile*, Rol C 126-07, Sentencia 88/2009, 15 de octubre de 2009, C. 79°. Vid. también, TDLC, *Solicitud de la Comisión Nacional de Energía*, Resolución 18/2006, Rol NC 113/06, 16 de noviembre de 2006, C. 16-17.

de las normas sustantivas, infracciones y competencias del DL 211, con las de la normativa sectorial, en ese caso, las concesiones de obras públicas:

Que, además, y considerando que PTLA y el MOP han argumentado que el régimen económico de la concesión se rige exclusivamente por las normas que gobiernan las concesiones de obra pública, es preciso reiterar –como se ha resuelto en innumerables ocasiones anteriores por parte de este Tribunal– que la circunstancia de que las conductas cuestionadas en esta sede deban cumplir con normas distintas de las contenidas en el Decreto Ley N° 211, no excluye la aplicación de este último, en especial, cuando no existe contradicción entre unas y otras⁴⁹.

55. La posición del TDLC no es distinta a la posición de las autoridades europeas de la competencia⁵⁰. En los casos *Deutsche Telekom*⁵¹ y *Telefónica*⁵², la Comisión Europea se pronunció en el sentido de no permitir que las empresas reguladas puedan defenderse en forma necesaria o automática de acusaciones de conducta anticompetitiva basados en regulaciones sectoriales. De acuerdo a la Comisión, la conducta autónoma, es decir, aquella que se ejecuta dentro de los márgenes de libertad reconocidos por la ley sectorial, puede ser objeto de reproche desde el punto de vista de la competencia:

Contrariamente a la posición de DT [Deutsche Telekom, el presunto infractor], la Corte Europea de Justicia y la Corte de Primera Instancia de las Comunidades Europeas han sostenido consistentemente que las reglas de la competencia pueden ser aplicables en los casos en que la legislación sectorial especial no prohíbe que las firmas reguladas lleven a cabo conductas autónomas que prevengan, restrinjan o distorsionen la competencia⁵³.

56. La Corte Europea de Justicia (CEJ), con fecha de 14 octubre de 2010, ratificó la posición de la Comisión, dictando uno de los fallos más

⁴⁹ TDLC, *Nutripro S.A. contra Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. y el Fisco*, Rol C 127-07, Sentencia 100, de 21 de julio de 2010, C. 15°.

⁵⁰ Vid. Damien Geradin & Robert O' Donoghue, "The Concurrent Application Of Competition Law And Regulation: The Case Of Margin Squeeze Abuses In The Telecommunications Sector", The Global Competition Law Centre Working Papers Series, working paper 04/05, (disponible en <http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2004-05.pdf> (última visita 25 de marzo de 2011)).

⁵¹ Vid. Caso COMP/C 1/37.451, 37.578, 37.579, OJ 2003 L 263/9, y Caso T-271/03 *Deutsche Telekom AG v. Commission* (en adelante, Comisión Europea, *DT v. Commission*)

⁵² Comisión Europea, Caso COMP/38.784, OJ 2008 C 83/6, at ¶ 666.

⁵³ Comisión Europea, *DT v. Commission*, ¶ 54.

importantes existentes en la materia. De acuerdo a la CEJ, si las firmas están obligadas a una conducta única por la legislación nacional especial, entonces no puede haber reproche bajo la normativa comunitaria de la competencia. Pero esa situación cambia en la medida en que la legislación nacional deja espacios abiertos para conductas autónomas:

Los artículos 81 y 82 EC pueden ser aplicados si se determina que la regulación nacional deja la posibilidad abierta para que la competencia pueda ser prevenida, restringida o distorsionada por conducta autónoma de las firmas... [L]a Corte ha sostenido que si la legislación nacional promueve o hace más fácil que una firma lleve a cabo conducta autónoma anticompetitiva, tales firmas son responsables bajo los artículos 81 y 82 EC⁵⁴.

57. En Estados Unidos, la situación, en términos generales, no es muy distinta: el Derecho de la competencia y su institucionalidad se mantienen vigentes tratándose de industrias reguladas. Recientemente, en el caso *Credit Suisse*, la Corte Suprema indicó que sólo en casos muy extremos la regulación sectorial excluye la aplicación del Derecho de la competencia. Para ello se exige que haya un “choque claro” (*clear repugnancy*) entre las normativas, lo que ocurre cuando ambas son “claramente incompatibles” (*clearly incompatible*)⁵⁵. El pronunciamiento de la Corte Suprema se refirió al choque entre la regulación financiera y la competencia, y estableció que puede haber “clara incompatibilidad” de conformidad a los siguientes factores:

(1) la existencia de una autoridad regulatoria de conformidad a la ley de valores con capacidad para supervisar las actividades en cuestión; (2) evidencia que la entidad regulatoria responsable ejerce su autoridad; y, (3) el riesgo resultante de que el Derecho de los valores y de la competencia, si ambos aplican al mismo tiempo, puedan producir guías, requisitos, deberes, privilegios o estándares de conducta que estén en conflicto. También notamos (4) que... el posible conflicto se refería a prácticas que caen plenamente dentro [squarely within] del área de actividad del mercado financiero que el Derecho de los valores busca regular⁵⁶.

⁵⁴ Corte Europea de Justicia, Caso C-280/08 *Deutsche Telekom AG v. Commission*, ¶¶ 80, 82.

⁵⁵ *Credit Suisse Sec (USA), LLC v Billing*, 551 U.S. 264 (2007).

⁵⁶ *Id.*, p. 274.

b. Regulación sectorial y libre competencia: la Ley General de Telecomunicaciones y su reglamentación

58. Por otra parte, es quizá la regulación de las telecomunicaciones una de aquellas en la que más se aprecia la importancia y conexión con la legislación sobre libre competencia, lo que implica desde luego a los órganos del DL 211, como es el TDLC. En efecto, al TDLC le corresponde un rol fundamental en determinar la calificación de las condiciones de competencia en el sector, como lo ha hecho últimamente en el *Informe N° 2/2009*⁵⁷. Dicha potestad, contenida en una *ley especial* (Art. 18, N° 5, DL 211), atribuye al TDLC un rol informativo que puede motivar la regulación o liberalización de las tarifas de los servicios públicos de telefonía local y de larga distancia (Art. 29, Ley General de Telecomunicaciones).

59. Adicionalmente, y sin perjuicio de distintas conductas descritas en la LGT como *contrarias a la competencia*⁵⁸, dicho ordenamiento sectorial alude específicamente al rol de los órganos de la competencia al describir la institucionalidad del sector en el artículo 6°, separando aguas entre la

⁵⁷ Para ver las decisiones anteriores, vid. Francisco Agüero “La Calificación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como Condición de la Libertad o Regulación de Tarifas de Telecomunicaciones”, en *Boletín Latinoamericano de Competencia*, N° 18, 2004. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/publications/bic/boletin_18_1.pdf (última visita: 31 de marzo de 2011)

⁵⁸ Es el caso de los artículos 8, 24 H y 36 bis de la Ley General de Telecomunicaciones:

Art. 8, vii, LGT: La prestación o comercialización de estos servicios adicionales no estará condicionada a anuencia previa alguna ni contractual de las concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones ni a exigencia o autorización de organismos o servicios públicos ... De igual manera, las concesionarias a que se refiere este inciso no podrán ejecutar acto alguno que implique discriminación o **alteración a una sana y debida competencia** ...

Art. 24 H, a), ii, LGT. Con todo, los concesionarios de servicio público de telecomunicaciones y los proveedores de acceso a Internet podrán tomar las medidas o acciones necesarias para la gestión de tráfico y administración de red, en el exclusivo ámbito de la actividad que les ha sido autorizada, siempre que ello no tenga por objeto realizar **acciones que afecten o puedan afectar la libre competencia**

Art. 36 bis LGT, iii: Asimismo, cada infracción a lo establecido en el inciso segundo del artículo 24 bis **se considerará como una violación a la libre y sana competencia** ...

interpretación técnica de la SUBTEL, de las potestades y funciones del DL 211, en este caso, el TDLC:

Corresponderá al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la aplicación y control de la presente ley y sus reglamentos.

Le competará además, exclusivamente, la interpretación técnica de las disposiciones legales y reglamentarias que rigen las telecomunicaciones, **sin perjuicio de las facultades propias de los tribunales de justicia y de los organismos especiales creados por el decreto ley N° 211, de 1973.**

El control de todo o parte de las telecomunicaciones, durante estados de excepción constitucional, estará a cargo del Ministerio de Defensa Nacional, en la forma establecida en la legislación correspondiente.

60. Así lo ha dictaminado Contraloría General de la República, la cual ha señalado que, de acuerdo al artículo 6° de la LGT, corresponde a la SUBTEL determinar el sentido de las disposiciones que informan el *marco regulatorio técnico* de las telecomunicaciones⁵⁹.

61. Desde luego, la referencia que hace la LGT a las facultades *propias* de los órganos de la libre competencia obliga al reconocimiento de la potestad normativa del TDLC, como una facultad que dicho órgano puede ejercer en plenitud, con la anuencia explícita de la legislación sectorial de las telecomunicaciones, y con los límites de la LGT, ya señalados.

62. En la misma línea, que demuestra coordinación entre la competencia y la regulación (SUBTEL), se aprecia en reglamentos sobre telecomunicaciones dictados tras recomendaciones por los órganos de la competencia, como es el caso del *Reglamento que regula las condiciones en que pueden ser ofrecidas tarifas menores y planes diversos por los operadores dominantes del servicio público telefónico local necesarias para proteger los intereses y derechos de los usuarios*, D.S. N° 742, de 2003, de Transportes y Telecomunicaciones; como se aprecia en los vistos de dicho reglamento:

b) Que respecto del servicio telefónico local, la Honorable Comisión Resolutiva, mediante la resolución N° 686, de 2003, declaró que tales condiciones no resultaban suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria respecto de dicho servicio, por lo que sus tarifas debían ser fijadas a los operadores que considera dominantes por los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones y de Economía, Fomento y Reconstrucción;

⁵⁹ Contraloría General de la República: Dictamen N° 26505/2002, de 15 de julio de 2002

c) Que mediante la resolución N° 709, de 2003, la Honorable Comisión Resolutiva estimó necesario aclarar su resolución N° 686, en el sentido de reafirmar que las condiciones de mercado no están dadas para autorizar una libertad tarifaria, por lo que debe fijarse una tarifa, la que debe entenderse como máxima, sin perjuicio de que pueden ofrecerse tarifas menores o planes diversos, pero las condiciones de los mismos que protejan y garanticen debidamente a los usuarios frente a los operadores dominantes del mercado debe ser materia de regulación por la autoridad respectiva;

63. Pero la coordinación entre normas que desarrollen y complementen la legislación de telecomunicaciones - reglamentos- y las normas y potestades que emanan del DL 211 obliga a señalar que **sí existen materias que son del ámbito de la SUBTEL y aquellas que no pueden serlo:**

en el evento de entender que las firmas a que se refiere [el artículo 35, Decreto N° 425, de 1996, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Reglamento del Servicio Público Telefónico] se encuentran obligadas a establecer relaciones contractuales determinadas, se vulneraría la garantía constitucional establecida en el N° 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental, por cuanto limitaría la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, al margen de que el cuerpo reglamentario citado tiene por objeto, de acuerdo a la letra e) de sus considerandos, "aclarar y precisar los derechos y obligaciones de los suscriptores del servicio público telefónico, respecto de las concesionarias de servicio público telefónico...", y no regular las relaciones contractuales que las empresas concesionarias para prestarlo, las cuales se sujetan a las normas generales⁶⁰.

64. En síntesis, y siguiendo el criterio de CGR, mientras SUBTEL sí está habilitada legalmente para desarrollar el marco regulatorio técnico de las telecomunicaciones, no lo está para imponer el contenido de relaciones contractuales de empresas concesionarias. Al contrario, y en armonía con el artículo 18 número 3 del DL 211 y el artículo 6° de la LGT, el TDLC sí cuenta con habilitación normativa expresa para dictar regulaciones imperativas que *deben* considerarse por los particulares en los *actos o contratos* que ejecuten o celebren - típicamente una materia del 19 N° 21 de la Constitución- ; mientras que carece de dicha atribución para establecer el marco regulatorio técnico de la industria en comento.

⁶⁰ *Idem*

c. Regulación sectorial y libre competencia: El caso de las instrucciones sobre licitaciones eléctricas

65. En lo que respecta a la interacción de instrucciones generales y regulación sectorial específica, el TDLC ha dictado solamente una instrucción a la fecha (Instrucción N° 1, de 8 de junio de 2006, *Instrucción sobre Residuos Domiciliarios*⁶¹). Ahora bien, dado que la mayor parte de las instrucciones provienen de la institucionalidad antecesora al TDLC, sí es conveniente revisar cómo la Comisión Resolutiva abordó reiteradamente el tema.

66. Pues bien, de las diversas instrucciones de carácter general emanadas de la Comisión Resolutiva, algunas de ellas implicaban cierta tensión entre regulación sectorial y el contenido de las instrucciones dictadas. Quizá el caso más relevante sea el de las diversas instrucciones sobre licitaciones de suministro eléctrico para concesionarias de servicio público. Estas decisiones se inician con la resolución sobre *Integración Vertical en el SIC* (Resolución N° 488, de 1997, de la Comisión Resolutiva), en la cual la Comisión Resolutiva instruyó que se licitaran los suministros de las empresas concesionarias de distribución de electricidad. En dicha instrucción, la Comisión expuso que:

... es necesario desde todo punto de vista, en función de una mayor transparencia, que las empresas distribuidoras liciten públicamente sus abastecimientos de energía y potencia sobre la base de condiciones libremente desarrolladas por ellas, que sean de general aplicación en un momento determinado, objetivas y no discriminatorias, y que, **a diferencia de la situación actual, sean de público conocimiento, eliminando con ello cualquiera posibilidad de discriminación arbitraria e ilegítima, traspasando a los usuarios los eventuales menores costos derivados de este sistema de compras**⁶².

67. La referencia a la *situación actual* que efectúa el resuelvo 4.4. es a una situación en que, primero, en esa época, las licitaciones no eran públicas y, además, no existía exigencia sobre el traspaso de los menores costos por la contratación del suministro a los usuarios. En efecto, es del caso recordar que la regulación eléctrica a la fecha de la Resolución N° 488 - 1997 -, estaba contenida fundamentalmente en la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE)

⁶¹ TDLC, Instrucción N° 1, de 8 de junio de 2006, rol NC 98-05 - Solicitud de la Fiscalía Nacional Económica sobre dictación de instrucciones generales (mercado residuos sólidos domiciliarios)

⁶² Comisión Resolutiva, Resolución N° 488, de 1997, resuelvo 4.4

y el D.S. N° 6, de 1985, de Minería, *Reglamento del CDEC*, que nada disponían sobre la forma de contratar el suministro de electricidad por parte de una empresa concesionaria de servicio público de distribución de electricidad. Eso sí, la LGSE contenía disposiciones sobre el precio máximo que podían dichas empresas cobrar a sus usuarios: precio de nudo, fijado semestralmente por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (actualmente, tras la reforma de la Ley N° 20.018, *precio de nudo de corto plazo*, fijado semestralmente por el Ministerio de Energía).

68. El razonamiento detrás de la instrucción general en análisis se esboza en el encabezado del resuelvo 4° de la Resolución 488:

4. Que, sin perjuicio de lo resuelto precedentemente, esta Comisión, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 17 inciso segundo, letra b), del Decreto Ley N° 211, de 1973, y reconociendo la existencia en el mercado eléctrico de diversas áreas de conflictos actuales y potenciales que derivan de lo imperfectamente competitivo que son algunas de sus actividades, **la incompleta regulación del sector para las realidades actuales**, y la asimetría de información que caracteriza la situación de los distintos participantes en estas actividades, estima necesario formular las siguientes instrucciones de carácter general, **destinadas a aumentar los niveles de competencia y transparencia en el desarrollo del mercado eléctrico**.

69. Dicha instrucción hacía un llamado al ejercicio de la potestad reglamentaria, como recomendación a la autoridad sectorial⁶³. Pues bien, con posterioridad al dictado de la Resolución N° 488, se dicta el D.S. N° 327, de 1997, de Minería, *Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos*, que dispuso en su artículo 240° que:

Para asegurar el cumplimiento de la obligación de dar suministro, los concesionarios de servicio público de distribución deberán disponer permanentemente del abastecimiento de energía que, sumado a la capacidad propia de generación, les permita satisfacer el total de sus necesidades proyectadas para, a lo menos, los próximos tres años.

⁶³ Así, el N° 1 del resuelvo 4° de la Resolución 488, disponía que:

“4.1. La autoridad debe promulgar a la brevedad el reglamento del sector y promover las modificaciones legales que correspondan con el objeto de resolver los problemas de ambigüedad hoy existentes y que dicen relación, muy especialmente, con la regulación del proceso de uso, tarifas y peajes de las redes de transmisión, tanto troncales como de los distribuidores. De igual modo, la autoridad deberá estar siempre atenta a ampliar los espacios de competencia en el sector, cada vez que ello sea posible”

Si la obligación anterior se cumple mediante contratos, para los efectos de tales contrataciones, los concesionarios de servicio público de distribución deberán implementar **un sistema de acceso abierto a los diferentes oferentes del mercado, en que se convoque públicamente a éstos a participar en el abastecimiento que requieran contratar, bajo condiciones libremente definidas, que sean de general aplicación en un momento determinado, objetivas y no discriminatorias, y de público conocimiento.** (...)

70. Como puede colegirse, el artículo 240° del Reglamento LGSE, el cual estuvo *justificado en razones de libre competencia*⁶⁴, si bien establecía la obligación de una convocatoria pública – una licitación- , nada señalaba respecto del traspaso de los menores costos de compra a los usuarios. Razonablemente, tras el dictado del artículo 240°, quedaba por dilucidar si la instrucción general seguía o no vigente.

71. Pues bien, la ocasión se presentó en la Resolución N° 620, de 2001, de la Comisión Resolutiva, *Denuncia de Edelnor con Emelari y otros*, en la que se examinan las licitaciones de suministro efectuadas después del dictado de *Integración vertical en el SIC*, pero en otro sistema eléctrico: el SING. Así, en primer término la Comisión Resolutiva expresa que el artículo 240° se motiva en la instrucción de carácter general de 1997:

Que el artículo 240 del Reglamento Eléctrico, Decreto Supremo N° 327, de 1998, impuso a todas las empresas concesionarias de distribución eléctrica la

⁶⁴ Así, Alejandro Vergara B., “Continuidad del servicio de distribución de energía eléctrica ante la falta de contratos de abastecimiento”, en: *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales*, Vol. III, N° 3, 2011, Actas de las Iª Jornadas de Derecho Eléctrico, p. 801, pp. 799-810:

“2. Origen del art. 240 inc. 2° del DS.N° 327: favorecer la libre competencia.

Es relevante recordar la intención que tuvo la Administración al aprobar el art. 240, en especial su inciso 2°, que está ligado a la libre competencia en el sector; entonces, en su interpretación y aplicación no se puede desconocer esa finalidad.

Cabe tener presente en la interpretación del art. 240 inc. 2°, dado que en su origen existió una esencial relación con una Resolución de 1997, de los órganos antimonopolios, dictada a raíz de la preocupación de la autoridad administrativa por la integración vertical en la industria eléctrica y, consecuentemente, por las barreras de entrada que, a su juicio, observaba en el segmento de la generación. Así:

a) En primer lugar, el precepto se inspiró en la Resolución N° 488, de 11 de junio de 1997, dictada por la Comisión Resolutiva Antimonopolios del DL N° 211. Al efecto, baste con revisar los considerandos de esa resolución para concluir que en opinión de la citada comisión (...)

obligación de realizar licitaciones públicas según se expresa en el numeral 4.4 de la citada Resolución N°488, con el fin de eliminar cualquier posibilidad de discriminación en la asignación de contratos de suministro⁶⁵

72. Seguidamente, la Comisión admite que la instrucción contenida en *Integración vertical en el SIC* estaba destinada sólo al Sistema Interconectado Central (SIC), y era el artículo 240° el que había *generalizado* la obligación a otros sistemas⁶⁶.

73. En lo que nos interesa, la H. Comisión Resolutiva, pese a la vigencia del artículo 240° del Reglamento LGSE, sostiene que la obligación no contenida en dicha norma, vale decir, el traspaso de los menores costos a los usuarios contenido en instrucciones de carácter general, *sigue vigente*:

Se previene a las empresas eléctricas que queda estrictamente prohibido solicitar u ofrecer primas o pagos distintos al precio del servicio públicamente ofertado en los respectivos procesos de licitación, **reafirmando esta Comisión lo expresado en la instrucción general contenida en el numeral 4.4. de la Resolución N°488, de 11 de junio de 1997**, en el sentido que se deberá siempre resguardar el traspaso a los usuarios de los eventuales menores costos por parte de las empresas concesionarias de distribución eléctrica, lo que se asegura mediante un proceso de compra por medio de una licitación pública⁶⁷.

74. Aún más, posteriormente la Comisión Resolutiva optó por dictar una instrucción de carácter general adicional que abordaba *específicamente* la forma de cumplir con la obligación de licitar suministros a precio regulado de la energía contenida en el artículo 240° del Reglamento LGSE. Así, en *Integración Vertical II* (Resolución 667, de 2003), se instruyó que:

⁶⁵ Comisión Resolutiva: Resolución N° 620, de 2001, C. 8°

⁶⁶ Comisión Resolutiva, Resolución N° 620, de 2001, C. 9°:

“esta Comisión comparte las consideraciones efectuadas por la Fiscalía Nacional Económica en su informe de fs. 287, en el sentido de concluir que la exigencia contenida en el numeral 4.4. de la citada resolución, de llamar a licitación para proveer el suministro de las empresas distribuidoras, se estableció con motivo de la integración eléctrica del Sistema Interconectado Central o SIC, **y que fue el Reglamento Eléctrico el estatuto que generalizó esta obligación respecto de todas las empresas de distribución eléctrica del país**, el que entró a regir respecto de la obligación de licitar con fecha 9 de noviembre de 1998;” (énfasis agregado)

⁶⁷ Resolución N° 620, de 2001, Comisión Resolutiva, resuelvo 4°

5°.- En ejercicio de las facultades establecidas en el artículo 17, letra b), del Decreto Ley N° 211, esta Comisión Resolutiva dicta las siguientes instrucciones generales **a las cuales deberá someterse toda persona que por aplicación del artículo 240 del Reglamento Eléctrico**, Decreto N° 327, de 1998, del Ministerio de Minería, deba licitar públicamente suministro y potencia en los términos expresados en dicha norma:

5.1.- En los procesos de licitación de suministro podrán participar todas aquellas empresas, asociaciones o consorcios de empresas con actual o potencial capacidad de suministro;

5.2.- Las bases de licitación deberán permitir a los postulantes presentar ofertas por el total del suministro que se pretenda contratar o por una parte de los bloques de energía y potencia en licitación, e incluirán íntegramente los contratos que se firmarán entre las partes para perfeccionar la entrega del suministro licitado; y,

5.3.- La recepción y apertura de las ofertas serán públicas. Las bases de licitación que se elaboren, así como el resultado de la adjudicación, deberán ser informados a la Fiscalía Nacional Económica en forma simultánea a la realización de dichos actos.

75. Como puede desprenderse, con los ejemplos de las instrucciones de carácter general sobre licitaciones de suministro eléctrico, esta potestad normativa se ha ejercido por los órganos de la competencia ante: (i) ausencia de regulaciones que pudieran afectar la competencia; (ii) existiendo regulaciones sectoriales, las instrucciones preexistentes perviven en todo lo no cubierto por dicha norma reglamentaria, (iii) abarcando aspectos contractuales de quienes son regulados por la instrucción (verbigracia: compra de un insumo y modalidad de adquisición, pese a existir precios regulados, y el traspaso del menor precio en la compra al usuario), y (iv) finalmente, complementando las regulaciones dictadas incluso en cumplimiento de instrucciones previas. Confirma lo anterior lo expresado por la doctrina, la cual considera que, para el caso de mercados regulados, el espacio para la dictación de instrucciones de carácter general permite complementar la regulación sectorial existente:

en lo tocante a los mercados regulados, creemos que las Instrucciones Generales pueden complementar la regulación reglamentaria en aquellos

ámbitos que ésta última ha dejado para la libre actuación de los agentes económicos regulados⁶⁸.

76. De este modo, se aprecia que, para los órganos de la competencia, ante la dictación de instrucciones de carácter general, ellas perviven en todo lo no incompatible con normas posteriores especiales y de jerarquía superior.

d. La LGT y la regulación de la telefonía

77. El Procedimiento para la dictación de una instrucción iniciado por el TDLC tiene por objeto la eventual regulación del servicio público telefónico, el cual se encuentra regulado en la Ley 18.168, Ley General de Telecomunicaciones (LGT) y en sus respectivos reglamentos⁶⁹.

78. De acuerdo al artículo 3° letra b) de la LGT, los servicios públicos de telecomunicaciones –a los que pertenece el servicio público telefónico– son aquellos destinados a satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general.

79. Dichos servicios deben por ley diseñarse para interconectarse con otros servicios públicos de telecomunicaciones. Como consecuencia de lo anterior, el artículo 25 de la LGT establece la obligación de los servicios públicos de telecomunicaciones de establecer y aceptar dichas interconexiones de conformidad con las normas técnicas, procedimientos y plazos que establezca la SUBTEL.

80. Los precios o tarifas aplicados entre los concesionarios por los servicios prestados a través de las interconexiones son fijados por los Ministerios de Transporte y Telecomunicaciones (MTT) y de Economía, Fomento y Turismo (Minecon) cada cinco años, sobre la base de los costos incrementales de desarrollo del servicio respectivo, considerando los planes de expansión de las empresas a implementarse en un periodo no inferior a los siguientes cinco años de acuerdo a la demanda prevista. La metodología y procedimiento de fijación tarifaria se encuentran establecidos en los artículos 30 a 30 J de la

⁶⁸ Velozo y González, n. 13 ,p. 55

⁶⁹ Entre estos podemos mencionar el Decreto N°425 de 1996 del MTT que aprueba el Reglamento del Servicio Público Telefónico.

LGT. En cumplimiento de los artículos mencionados, en el año 2009 se verificó el tercer proceso de fijación de tarifas de interconexión de compañías telefónicas móviles⁷⁰.

81. El artículo 29 de la LGT, por su parte, establece como regla general la libertad tarifaria para los servicios públicos de telecomunicaciones:

Los precios o tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones y de los servicios intermedios que contraten entre sí las distintas empresas, entidades o personas que intervengan en su prestación, serán libremente establecidos por los proveedores del servicio respectivo sin perjuicio de los acuerdos que puedan convenirse entre éstos y los usuarios⁷¹.

82. Como consecuencia de la normativa enunciada, el servicio público de telefonía tiene un diverso régimen tarifario, según se trate de servicios provistos aguas arriba (a otros concesionarios) o de servicios provistos aguas abajo (básicamente a suscriptores o usuarios). En el primer caso, y conforme establece el artículo 25 de la LGT, la tarifa a cobrar es consecuencia de un proceso tarifario cuya metodología y procedimiento se encuentran establecidos en la ley; en el segundo caso, y conforme lo establece el artículo 29, la tarifa es determinada libremente por el proveedor del servicio.

⁷⁰ Cristián Rojas, *Diferencia de precios on-net/off-net y su aplicación en Planes Hogar suministrados sobre tecnología móvil*, Septiembre 2010, elaborado a solicitud de Claro Chile S.A. y presentado en la causa rol 199-10 ante el TDLC, p. 12.

⁷¹ El inciso segundo establece una excepción a dicha regla general:

No obstante, si en el caso de servicios públicos telefónicos local y de larga distancia nacional e internacional, excluida la telefonía móvil y en el de servicios de conmutación y/o transmisión de señales provistas como servicio intermedio o bien como circuitos privados, existiere una calificación expresa por parte de la Comisión Resolutiva, creada por el Decreto Ley N° 211 de 1973, en cuanto a que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria, los precios o tarifas del servicio calificado serán fijados de acuerdo a las bases y procedimientos que se indican en este Título. En todo caso, si las condiciones se modificaren y existiere pronunciamiento en tal sentido por parte de dicha Comisión Resolutiva, el servicio dejará de estar afecto a la fijación de tarifas.

e. La potestad regulatoria del TDLC y la telefonía

83. La potestad normativa del TDLC para dictar instrucciones generales relativas a la diferenciación de precios a usuarios en el servicio público de telefonía según la red de destino de las llamadas, se encuentra limitada por los artículos 25 y 29 de la LGT, en cuanto la misma no puede ser contraria a la ley. Lo relevante es dilucidar de qué manera dichos artículos limitan la potestad del TDLC.

84. El artículo 25 del TDLC establece en forma imperativa la tarificación por la autoridad –conforme a cierta metodología y procedimiento– del servicio de telefonía aguas arriba o dicho de otra forma, la determinación de los cargos de acceso. Esta regulación debe ser considerada como un “dato duro” por el TDLC, inmodificable al momento de analizar las supuestas conductas anticompetitivas, en lo que respecta a su metodología, procedimiento y su carácter de precio máximo..

85. Distinto es el caso del artículo 29 de la LGT. Este artículo consagra la libertad tarifaria en los cobros aguas abajo. En virtud de la concurrencia de las normas de la competencia y de la regulación sectorial, es precisamente en esos espacios de libertad de acción que la ley otorga a los agentes de mercado, en donde opera en plenitud el derecho de la competencia; sólo en caso de un “choque claro” o de “incompatibilidad absoluta” se puede excluir la aplicación del DL 211. Como consecuencia de lo anterior, el TDLC puede regular los precios aguas abajo.

86. De este modo, la tarificación constituye un *precio máximo* a cobrar, pero no un *precio único* a cobrar, dado que “la legislación nacional deja espacios abiertos para conductas autónomas” (en el lenguaje de *Deutsche Telekom*, *vid.* ¶ 0). Por lo que su regulación, por parte del TDLC, de posibles descuentos o rebajas al precio máximo u otras condiciones, es materia de su competencia para dictar instrucciones de carácter general, como se observa ocurrió en materia de precios de nudo de corto plazo, en el derecho de la competencia nacional (*vid.* ¶ 67 y ss.)

87. Esta regulación, sin embargo, estará limitada por las características propias de la potestad normativa del TDLC y por su carácter de regulación general. Así, el TDLC podrá regular la diferenciación de tarifas *on-net/off-net* en el caso que establezca que dicha conducta, estableciendo deberes sobre los

actos y contratos que celebren las empresas concesionarias si: (i) persigue la promoción de la competencia y tiene un rol preventivo general de posibles conductas contrarias al DL 211, más que un rol correctivo o represivo particular⁷²; (ii) es consecuencia del actuar libre de las empresas de tal manera que la regulación –eliminación o modificación de la conducta– no suponga la modificación en forma directa o indirecta de las normas de tarificación de los cargos de acceso; y (iii) no implica invasión del ámbito propio de la SUBTEL, como es el marco regulatorio técnico de las telecomunicaciones (Art. 6°, LGT).

Lo anterior, en cuanto, a diferencia de la potestad jurisdiccional o adjudicativa del TDLC, la potestad normativa puede aplicarse a todos los actores del mercado, sin que el DL 211 distinga *a priori* su aplicación de operadores dominantes en el mercado o no (v.g. los participantes de procesos de licitación).

⁷² Dicho rol preventivo de la potestad normativa del TDLC se colige de los artículos 1°, 2° y 3° del DL 211, que respectivamente disponen:

Artículo 1°.- La presente ley tiene por objeto **promover** y defender la libre competencia en los mercados.

Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán **corregidos**, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley.

Artículo 2°.- Corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, **en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados.**

Artículo 3°.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, **sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso...**

IV. Conclusiones

88. Este Informe ha desarrollado el tratamiento de la potestad regulatoria o normativa del TDLC. En síntesis, nuestras conclusiones son las siguientes:

- Siendo el TDLC un ente jurisdiccional regulador del comercio, al dictarse la Ley 19.911 se resolvió otorgarle al TDLC de una serie de potestades que no son jurisdiccionales, dentro de las cuales está la potestad normativa.
- La potestad normativa del TDLC es equivalente a la potestad normativa de las superintendencias, que les permite dictar normas de general aplicación a los sujetos que controlan.
- Las potestades normativas se caracterizan por estar establecidas por ley, ser obligatorias sólo para los sujetos regulados, tener una consagración legal amplia y poderse sancionar su incumplimiento.
- En el caso de la potestad normativa del TDLC, atendida la redacción del artículo 3º, ellas cumplen un rol de certeza jurídica, previsibilidad y eficiencia.
- La potestad normativa del TDLC tiene como límites el ámbito que la Constitución ha reservado a la ley, y no pueden contravenir normas de ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.
- La potestad en análisis puede ejercerse cuando existe una regulación específica, e incluso en materia de precios máximos regulados por ley, ante (i) ausencia de regulaciones que pudieran afectar la competencia; (ii) materias no cubiertas por la legislación sectorial, (iii) abarcando aspectos contractuales de quienes son regulados por la instrucción y (iv) complementando las normas sectoriales.
- La potestad normativa del TDLC para dictar instrucciones generales relativas a la diferenciación de precios a usuarios en el servicio público de telefonía según la red de destino de las llamadas, se encuentra limitada por los artículos 6 y 25 de la LGT.

- Respecto de los cargos de acceso, la potestad no puede ser contraria a la ley, en materia de procedimiento, metodología y el carácter máximo de los valores calculados por la autoridad sectorial. Para el caso del artículo 29 de la LGT, que consagra un ámbito de libertad, en donde opera en plenitud el derecho de la competencia, se puede regular los precios a cobrar.

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

Atentamente,

Francisco Agüero Vargas

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

Santiago, 18 de julio de 2011 