

Demanda de Eléctrica Puntilla S.A. e Hidromaule S.A. contra la Comisión Nacional de Energía (2021): Tribunal de defensa de la Libre Competencia, 16 de diciembre de 2021 (Rol C 435-2021).

Demanda de Eléctrica Puntilla S.A. e Hidromaule S.A. contra la Comisión Nacional de Energía (2021): Tribunal de defensa de la Libre Competencia, 17 de marzo de 2022 (Rol C 435-2021).

Demanda de Eléctrica Puntilla S.A. e Hidromaule S.A. contra la Comisión Nacional de Energía

(2021): Tribunal de defensa de la Libre Competencia, 7 de abril de 2022 (Rol C 435-2021).

Demanda de Ferrovial Power Infrastructure Chile SpA contra el Coordinador Eléctrico Nacional (2023): Tribunal de defensa de la Libre Competencia, 22 de febrero de 2023 (Rol C 476-2022).

Demanda de Ferrovial Power Infrastructure Chile SpA contra el Coordinador Eléctrico Nacional (2024): Tribunal de defensa de la Libre Competencia, 23 de octubre de 2024 (Rol C 476-2022).

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ejerce la función jurisdiccional para preservar y potenciar el bien jurídico de la libre competencia, también en mercados regulados.

The Court for the Defence of Free Competition exercises its jurisdictional function to preserve and strengthen the legal right of free competition in regulated markets.

Jorge Quintanilla Hernández*
Sophia Caicedo**

RESUMEN: El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia desempeña una función fundamental para preservar y potenciar la libre competencia en mercados regulados y no regulados, atendida su competencia para conocer toda impugnación de uno o más actos que restrinjan, actual o potencialmente, dicho bien jurídico, incluyendo las impugnaciones de actos de autoría de un Órgano de la Administración del Estado. Con fundamento en lo anterior, es importante evitar la comunicación de significados equívocos al utilizar expresiones tales como "contencioso energético", ya que tales equívocos pueden generar controversias improductivas en asuntos contenciosos y no contenciosos, dilatando la dictación de resoluciones o sentencias de este Tribunal, las cuales están llamadas a preservar y restablecer, según sea el caso, la consecución del bienestar social y la eficiencia económica en los mercados. Así, las decisiones del Tribunal son fundamentales para garantizar que las actuaciones de cualquier agente del mercado, asociación gremial u OAE no perjudiquen la competencia.

PALABRAS clave: competencia, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Órganos de Administración del Estado, mercados.

ABSTRACT: The Court for the Defence of Free Competition plays a fundamental role in preserving and promoting free competition in both regulated and non-regulated markets, given its competence to know about any controversy related to acts that may actually or potentially restrict this legal right, including those involving State Administration Bodies. Therefore, it is important to avoid ambiguous terminology, such as

* Abogado de la Universidad de Chile. Magíster en Economía y Regulación de Servicios Públicos de la Facultad de Economía de la Universidad de Barcelona, España. Correo electrónico: jquintanilla@quintanillaabogados.cl. Este artículo es dedicado por Jorge a su tía María Bernarda Romo Leyton y a su primo Jorge Andrés Romo (Q.E.P.D.) Noviembre de 2024.

** Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Magíster en Derecho de la Energía de la Universidad Mayor, Chile; Diplomada en Libre Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez; y en Regulación del Sector Eléctrico de la Universidad de Chile. Correo electrónico: scaicedo@quintanillaabogados.cl.

"Energy Contention Tribunal," as such ambiguities can lead to unproductive disputes in both contentious and non-contentious matters. These misunderstandings may delay the Court's resolutions or judgments intended to ensure social welfare and economic efficiency in the markets. Consequently, the decisions made by the Court are vital to ensuring that the actions of any market agent do not harm competition.

Keywords: competition, Court of Defence of Free Competition, State Administration Bodies, markets.

Introducción

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC") fue creado por disposición de la Ley N°19.911 de 2003, a fin de que la libre competencia se convirtiera en el principal mecanismo de asignación de recursos escasos bajo criterios de eficiencia económica. El TDLC, al resolver impugnaciones relacionadas con actos que afectan la libre competencia en mercados regulados y no regulados, actúa también como un garante de la eficiencia económica y del bienestar social.

Su independencia y especialización le permiten resolver controversias suscitadas entre empresas (privadas y públicas), como también las que se formulan frente a los Órganos de la Administración del Estado ("OAE"), cuyos actos restrinjan, actual o potencialmente, la libre competencia en el o los mercados en donde dichos OAE ejerzan su potestad regulatoria.

De esta manera, el Decreto Ley N°211 ("DL 211") persigue que las decisiones de empresas y OAE, en un o más mercados, no perjudiquen el equilibrio competitivo necesario para maximizar el bienestar de los consumidores y de los productores.

En este marco, es crucial entender cómo la intervención de OAE puede influir negativamente en el funcionamiento de los mercados, así como los riesgos asociados al uso de expresiones como "contencioso energético", las que pueden dar lugar a controversias improductivas en la tramitación de asuntos contenciosos y no contenciosos, dilatando la dictación de resoluciones o sentencias del TDLC, las cuales están llamadas a preservar y restablecer, según cual sea la naturaleza del caso (no contencioso o contencioso), la consecución del bienestar social y la eficiencia económica en los mercados.

I. El TDLC es competente para resolver impugnaciones de todo acto que afecte la libre competencia en mercados regulados y no regulados, incluyendo los actos de los OAE

El TDLC fue creado con el objetivo de reemplazar a las Comisiones Preventivas y a la

Comisión Resolutiva¹ en el contexto de transformación económica de Chile, desde un modelo con un alto grado de intervención pública hacia un esquema más abierto, a fin de que el mercado se convirtiera en el principal asignador de recursos².

Como órgano jurisdiccional especial e independiente, el TDLC está compuesto por integrantes especializados, lo que garantiza su solvencia técnica, legal y procedimental en el tratamiento de los asuntos que se le presentan. Su funcionamiento está sujeto a la superintendencia correctiva, direccional y económica exclusiva de la Corte Suprema de Justicia ("CSJ")³.

En cuanto a su función jurisdiccional especial, el Tribunal administra justicia y resuelve controversias en materia de libre competencia no solo como un fin en sí mismo, sino como un medio para preservar el derecho a participar en los mercados, y promover la eficiencia económica, contribuyendo así a la consecución del bienestar de los consumidores⁴. A su vez, su calidad de órgano independiente se manifiesta en que se encuentra desvinculado de la histórica relación de asesoría técnica que mantenía la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") con las comisiones anteriores, como también en su separación del Poder Ejecutivo⁵.

En este marco legal, se establece que el juzgamiento de conductas que vulneren la libre competencia es una atribución exclusiva del Tribunal⁶, mientras que la investigación de dichas conductas es una potestad de la FNE, lo que no excluye el derecho de competidores, asociaciones de consumidores o asociaciones gremiales, entre otros, de presentar directamente demandas ante el TDLC. De esta manera, el TDLC puede conocer de los asuntos conten-

¹ El TDLC entró en funcionamiento en mayo de 2004.

² Historia Fidedigna de la Ley N°19.911, p. 3.

³ Ídem., 6.

⁴ Ídem., 5-6.

⁵ Para lo cual se estableció una incompatibilidad entre ser miembro del Tribunal y ocupar un cargo como funcionario público, junto con causales objetivas para la destitución, Ídem.

⁶ El artículo 2° del DL 211 dispone que corresponde al TDLC dar aplicación a este DL "para el resguardo de la libre competencia en los mercados".

ciosos que se inician a partir de demandas de partes o requerimientos de la FNE, en donde se denuncie la infracción del DL 211.

A su vez, el acto constitutivo de infracción a la libre competencia se encuentra consagrado en términos amplios e indeterminados en el DL 211, lo que implica que el acto prohibido puede ser cometido por un competidor del demandante, una asociación gremial o un OAE⁷.

Específicamente, desde un punto de vista doctrinal, se ha reconocido que el Estado interviene como agente económico en diversos mercados a través de varias funciones, tales como la actividad de policía o control de la economía; el fomento del desarrollo económico; la prestación de servicios públicos y la intervención directa mediante empresas públicas⁸.

En cuanto al mercado eléctrico chileno, el Estado inició su intervención más intensiva durante la década de 1940, asumiendo el desarrollo económico de las actividades que lo conformaban a esa fecha, como resultado de los efectos en Chile de las crisis económicas mundiales (incluida naturalmente la Segunda Guerra Mundial) y el crecimiento de la regulación estatal⁹.

A fines de 1973, el Estado de Chile optó por adaptar el mercado eléctrico a un sistema de economía abierto y de mercado, con el propósito de maximizar el bienestar común mediante una estrategia energética nacional consistente en el establecimiento de condiciones de eficiencia en el desarrollo y operación del sistema eléctrico y la asignación de un rol subsidiario al Estado¹⁰.

La protección de la eficiencia del mercado supone garantizar una competencia efectiva en todos los mercados en donde sea económicamente posible, beneficiando así a todos los actores del mercado, es decir, a productores y consumidores.

La competencia permite que las empresas accedan a los recursos necesarios para operar eficientemente, pudiendo entregar bienes y

servicios de buena calidad. Al mismo tiempo, los consumidores pueden acceder a una gama de opciones en términos de calidad y precios. En este contexto, tanto productores como consumidores se benefician mutuamente.

En suma, la dinámica de la libre competencia contribuye a una asignación de recursos que beneficia a la sociedad en su conjunto.

II. El uso del concepto “contencioso energético” puede inducir a significados equívocos que originen potenciales controversias sobre incompetencia del TDLC, inoficiosas para la consecución de los objetivos del DL 211, como lo son el bienestar social y el incremento de la eficiencia en los mercados

Según lo dispuesto en los artículos 1º, 5º y 18 N°1 del DL 211, el TDLC tiene la función de prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia en cualquier mercado en donde se denuncie la infracción del DL 211.

De acuerdo con lo anterior, el TDLC puede conocer de todos aquellos procesos contenciosos en donde se denuncie la restricción, actual o potencial, del bien jurídico libre competencia, sea que se trate de mercados no regulados, como es el caso de la producción y comercialización de carne de pollo¹¹, productos farmacéuticos¹², papel tissue¹³, etc.; o de mercados sujetos a regulación como, por ejemplo, los mercados de telecomunicaciones¹⁴, eléctrico¹⁵, de servicios sanitarios¹⁶ o de gas de red, entre otros.

Al referirnos a los mercados sujetos a regulación, hablamos de *regulación económica*, entendida como el conjunto de normas tendientes a corregir fallos de mercado o de regulación, propios de las industrias de red, derivados de externalidades, poder de merca-

⁷ Dispone el inciso primero del artículo 3º del DL 211: “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 (...)”.

⁸ Agüero 2022, 19.

⁹ Incluyendo entre los mecanismos de intervención: la aplicación de políticas sobre fijación de precios y la organización de la Empresa Nacional de Electricidad hasta aproximadamente 1970. Bernstein 1988, 369.

¹⁰ Ídem.

¹¹ Rol C-236-11, Agrosuper S.A., Empresas Ariztía S.A., Agrícola Don Pollo Limitada y la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G.

¹² Rol C-184-08; Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A.

¹³ Rol C-299-15; CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A.

¹⁴ Rol C-60-05; Demanda de Voissnet S.A. y requerimiento de la FNE en contra de CTC; Rol C-126-07 Demanda de OPS Ingeniería Ltda. y Otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.

¹⁵ Rol C-147-07; Requerimiento de la FNE contra Empresa Eléctrica de Magallanes S.A.

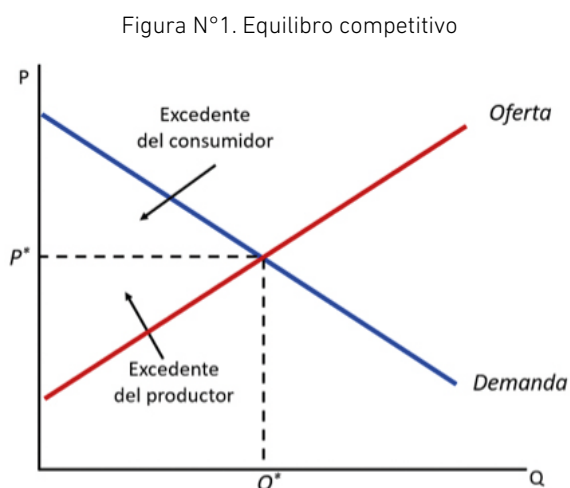
¹⁶ Rol C-79-05; Demanda de Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A.

do, monopolios (oligopolios) y/o monopsonios (oligopsonios) naturales, información imperfecta y asimétrica y cuya presencia: (a) incremente los precios por sobre su nivel competitivo; (b) reduzca la producción a cantidades socialmente ineficientes; y/o; (c) reduzca la innovación tecnológica y el crecimiento económico del respectivo mercado.

En este contexto, frente a la impugnación de uno o más actos que restrinjan la libre competencia en un determinado mercado, el TDLC tiene la función crítica de preservar y restablecer el equilibrio competitivo que posibilite un precio de equilibrio que: (i) maximiza el excedente de los consumidores; y (ii) entrega a las empresas productoras una tasa de retorno normal sobre los recursos invertidos (considerando el riesgo asociado al giro de su negocio), es decir, generándose un legítimo excedente del productor.

Al restablecer el equilibrio competitivo, potenciándolo en cuanto sea posible, el TDLC garantiza dos tipos de eficiencia: la asignativa y la productiva. En cuanto a la eficiencia asignativa, esta "se logra cuando los recursos, que son escasos en la economía, son destinados al uso más valorado entre todos los usos posibles"¹⁷; por su parte, la eficiencia productiva "se logra cuando los bienes se producen al mínimo costo posible"¹⁸.

Ilustramos el precio de equilibrio competitivo en la siguiente Figura N°1, en donde se indica la cantidad socialmente óptima de producir a ese precio (Q^*) y el nivel de dicho precio (P^*) respecto de un determinado bien o servicio¹⁹:



Fuente: Agostini, C. 2022; 4.

¹⁷ Agostini 2022, 4.

¹⁸ Agostini 2022, 4.

¹⁹ Agostini 2022, 4.

Cabe preguntarnos: ¿se afecta este equilibrio del mercado competitivo al restringir la competencia? y, si esto sucede: ¿cómo se afecta el equilibrio del mercado?

La respuesta a la primera pregunta es un rotundo sí, y la respuesta a la segunda pregunta es que una conducta que atente en contra de la libre competencia origina o tiende a crear (i) un equilibrio monopolístico u oligopólico; o (ii) un equilibrio monopsonístico u oligopsonístico.

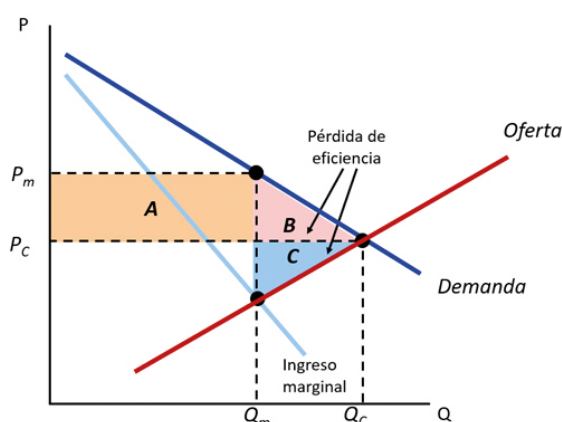
Lo explicamos brevemente con situaciones en que el impacto del acto restrictivo de la libre competencia altera el equilibrio competitivo en un mercado hipotético, causando un equilibrio monopolístico/oligopólico o un equilibrio monopsonístico/oligopsonístico.

i) Equilibrio monopolístico u oligopólico

Seguendo a Agostini (2022), bajo un equilibrio monopolístico u oligopólico, se generan tres impactos: primero, el excedente del consumidor se reduce (áreas A+ B); segundo, el excedente del productor aumenta (área A y se reduce en área C²⁰); y tercero, se genera ineficiencia social (áreas B y C), entendida esta última como la restricción del bienestar de consumidores y productores²¹. En palabras de Agostini "En este nuevo equilibrio entonces, se producen y transan menos unidades que el nivel óptimo"²².

La siguiente Figura N°2 gráfica lo expuesto:

Figura N°2. Equilibrio Monopolístico



Fuente: Agostini, C. 2022; 5.

ii) Equilibrio monopsonístico u oligopsonístico

Bajo un equilibrio monopsonístico u oligopsonístico, se generan tres impactos: primero, el

²⁰ La reducción en el área C es menor que el aumento en el área A para que tenga racionalidad económica el acto abusivo del poder de mercado del oferente/productor.

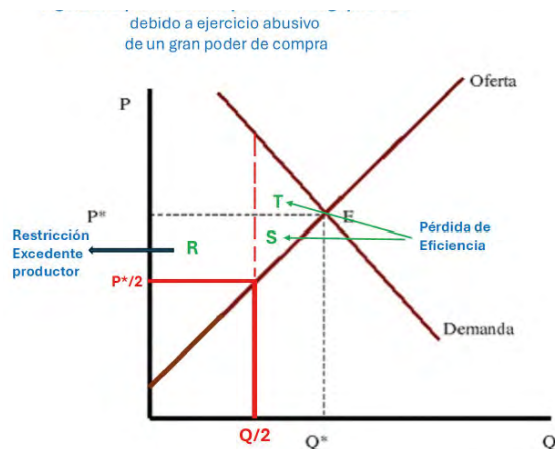
²¹ Agostini 2022, 5.

²² Agostini 2022, 5.

excedente del productor se reduce (áreas R y S); segundo, el excedente del demandante/comprador aumenta en área R y se reduce en área T²³; y tercero, se causa ineficiencia social para consumidores y productores en la asignación de recursos²⁴ (triángulo que suma áreas T y S). El daño anticompetitivo corresponde a las áreas R+T+S.

A continuación, se observa gráficamente lo expuesto:

Figura N°3. Equilibrio monopsónico u oligopsónico



Fuente: Quintanilla, 2024.

De acuerdo con lo observado es fundamental que, ante actos que restringen actual o potencialmente la competencia, el TDLC preserve y restablezca, según corresponda, el equilibrio competitivo en cada mercado, maximizando los legítimos excedentes de consumidores y de productores, sin obstrucciones procesales que cuestionen su competencia absoluta, dilatando el avance de procesos cuya pronta consecución dice directa relación con el bienestar social de consumidores y productores en los mercados.

A fin de explicar esta premisa, ilustramos cómo en Chile también puede haber mercados con presencia de oligopsonios. Nos referimos al mercado de la adquisición de leche cruda en Chile, el cual según un pronunciamiento relativamente reciente del TDLC²⁵, presenta multiplicidad de productores de leche

cruda, de diversos tamaños y con baja organización; mientras que el procesamiento de ella se concentra en pocos actores.

Por su parte, durante 2018, la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") dio apertura a una investigación con el objetivo de identificar eventuales incumplimientos a la Sentencia N°7 de 2024 del TDLC, por parte de las procesadoras de leche cruda. La FNE indicó que, en sus investigaciones, apreciaba ejercicio de poder de mercado conjunto y condiciones facilitadoras para la coordinación oligopsónica, lo que se tradujo en un escaso traspaso de las alzas del precio internacional de la leche en polvo en comparación al traspaso de las bajas, lo que se habría traducido "en la quiebra y/o salida del mercado de un número significativo de productores (...)"²⁶.

Tras lo anterior, la empresa Watt's presentó una Consulta Rol N° NC-445-2018, solicitando al TDLC que se pronunciara sobre las condiciones que debían ser cumplidas en el mercado de recepción y compra de leche cruda y si acaso debían continuar vigentes las medidas establecidas la Sentencia 7 de 2004²⁷.

Al respecto, el TDLC dictó la Resolución N°57 de 2019, declarando la vigencia de las medidas dispuestas por la Sentencia N°7 de 2004, ordenando condiciones adicionales²⁸. En esta Resolución, el TDLC graficó las etapas por las cuales pasa la leche hasta ser convertida en productos finales, pudiendo observarse en la Figura N°4, en su recuadro de líneas punteadas, el segmento de esta industria con características de mercado oligopsónico.

²⁶ Fiscalía Nacional Económica, Investigación de oficio por eventuales conductas anticompetitivas de Soprole Inversiones S.A. y Nestlé Chile S.A., Rol N. 1966-11 FNE y N° 2415-16 acumulada, de 22 de enero de 2018. Rol NC-445-18, foja 320.

²⁷ Mediante la sentencia N°7, de 5 de agosto de 2024 [Rol C N°01-04], el TDLC resolvió que el mercado de la adquisición y procesamiento de leche bovina adolecía de imperfecciones y falta de transparencia, como consecuencia de lo cual dispuso medidas que debían aplicarse en los actos o contratos que se ejecutasen o celebraren en este mercado, entre ellas: (i) que las empresas procesadoras de leche debían mantener un listado de precios de compra, el que detallaría los diferentes parámetros que lo componen, con la debida información a los interesados; y (ii) que dichas empresas deberían anunciar, a lo menos con un mes de anticipación, cualquier cambio en las condiciones de compra de leche fresca. Considerando Cuarto de la Sentencia N°7 de 2004, TDLC.

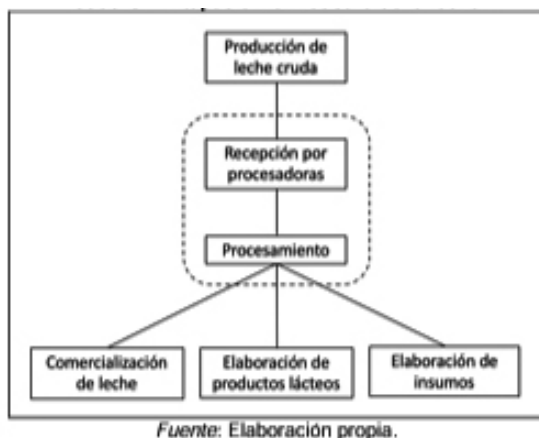
²⁸ Eliminar de las pautas y contratos cualquier cláusula o condición que obstaculizara la movilidad; incluir en sus contratos la posibilidad de que los productores puedan ponerle término unilateral; y que informaran a ODEPA la duración de estos contratos.

²³ La reducción en el área T es menor que el aumento en el área R para que tenga racionalidad económica el acto abusivo del poder de mercado del demandante/comprador.

²⁴ En el marco de la Figura N°3: el demandante/comprador compraría más unidades a un precio que cubriese su costo de producción hasta llegar al punto E; por su parte, el productor produciría más unidades recibiendo un precio que cubre su costo de producción hasta llegar al punto E.

²⁵ Resolución N°57 de 2019 del TDLC.

Figura N°4. Etapas en la industria de la leche



Fuente: TDLC, Resolución 57 de 2019 p. 14.

Ahora bien, en este punto es pertinente preguntarnos: ¿Qué clase de controversias suscitadas en mercados regulados puede conocer el TDLC?

La respuesta a este enunciado es, sin duda, toda controversia en donde se impugne uno o varios actos que restrinjan, actual o potencialmente, la libre competencia en mercados en donde los servicios prestados tengan: (i) características de monopolio natural, por ejemplo, la transmisión y distribución de electricidad; la producción y distribución de agua potable; la recolección y disposición de aguas servidas; (ii) o en donde alguno de sus segmentos constituyan redes monopólicas, por ejemplo, cargos de acceso para el servicio de interconexión de redes de servicio público de telecomunicaciones; o plataformas de los Guardianes de Acceso o *Gatekeeper*²⁹; o (iii) sean potencialmente idóneos para la ejecución de conductas abusivas de poder de mercado con obtención de rentas sobre normales, como ocurre con las redes de transmisión dedicada o de distribución de gas.

Cabe precisar que, en los mercados regulados, se dicta regulación económica con el propósito de emular las condiciones que prevalecerían en un mercado competitivo, no para sustituirla³⁰.

²⁹ En el marco de la Unión Europea, desde el 7 de marzo de 2024, Apple, Alphabet, Meta, Amazon, Microsoft y ByteDance son los seis guardianes designados por la Comisión Europea en septiembre de 2023, debiendo cumplir todas sus obligaciones en virtud de la Ley de Mercados Digitales.

Fuente: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/es/ip_23_4328/IP_23_4328_ES.pdf [fecha de última consulta: 29/11/2024].

³⁰ Galetovic, Sanhueza, 2002; p. 3.

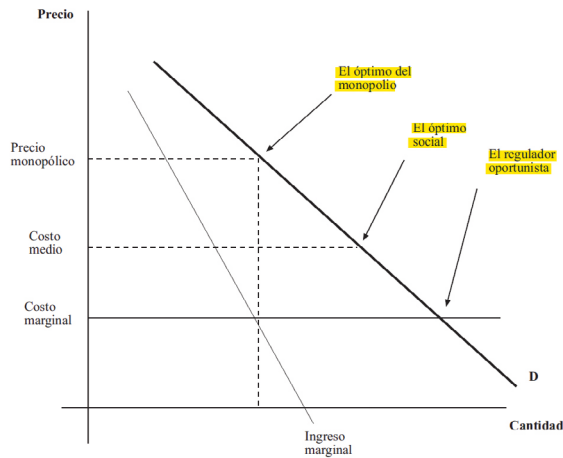
A modo ilustrativo, se dicta regulación económica para: (i) fijar tarifas eficientes, por ejemplo, el Cargo Único de Transmisión o CUT, que fija la Comisión Nacional de Energía ("CNE") o el Cargo de Acceso, que se fija a las compañías telefónicas por permitir la compañía A que, a través de su red, la compañía B, en donde se origina la llamada, pueda terminar dicha llamada conectando al destinatario de ella emplazado en la red de la compañía A; (ii) fijar estándares de calidad y seguridad de servicio, entre ellos la Norma Técnica de Seguridad y Calidad del Servicio de la CNE; (iii) determinar condiciones de acceso a los segmentos monopólicos de las redes, como ocurre con el acceso abierto a redes de transmisión; y (iv) fijar estándares de información a clientes finales y a proveedores de servicio, resultante de la interconexión de redes en sistemas complejos, por ejemplo, a Coordinados en el mercado eléctrico del Sistema Eléctrico Nacional.

La regulación económica procede del Estado, que interactúa con los actores de los mercados, mayoritariamente destinatarios de esa regulación, mediante los OAE, quienes a través de sus actos pueden producir efectos en las condiciones de competencia. Por ende, dichos actos también son sujetos del escrutinio pro competitivo del TDLC (salvo excepciones calificadas que mencionamos más adelante), en el sentido de disponer el TDLC de competencia para evaluar si uno o más de ellos restringe, actual o potencialmente, la libre competencia en el respectivo mercado.

Siguiendo a Galetovic y Sanhueza (2002), la regulación económica supone un choque de intereses contrapuestos y, como tal, explica una parte de los litigios o controversias que pueden ser conocidas y resueltas por el TDLC. La siguiente Figura N°5, de estos autores, ilustra la naturaleza de ese choque para un mercado regulado, en donde el acto de un OAE, que fija un precio cercano al monopólico o que dicta regulación que produce ese nivel de precio estará evidenciando la presencia de un regulador capturado; mientras que, si ese mismo OAE, fija un precio que únicamente cubre el costo marginal de corto plazo o dicta regulación tendiente a ese fin, estará actuando como un regulador oportunista³¹.

³¹ Galetovic, Sanhueza, 2002; p. 4. Los destacados sobre la figura son nuestros.

Figura N°5



Fuente: Galetovic y Sanhueza, 2002; 104.

III. Trascendencia de la competencia del TDLC para resolver procesos contenciosos, sobre actos de OAE que inciden en mercados regulados, a fin de incrementar el bienestar social

Los artículos 6 y 7 (principio de juridicidad) y 19 N°21 (Orden Público Económico) de la Constitución Política sustentan la jerarquía normativa del estatuto que vela por la protección y promoción de la libre competencia, materializado en el DL 211.

En virtud de estos preceptos, los OAE están sujetos al cumplimiento de las normas de defensa de la libre competencia³², lo que implica que pueden ser sujetos de procedimientos por infracciones a dicha normativa, iniciados por la FNE o debido a demandas de otros agentes económicos. En tales casos, el TDLC, tiene la potestad de ordenar la modificación o ajuste de actos de administrativos conforme a las normas de libre competencia, sin perjuicio de sus consecuencias en otras sedes³³.

En la misma línea, la FNE ha señalado que cuando la actuación de un OAE no esté expresamente amparada por una ley o contravenga la normativa de libre competencia, a pesar de que la legislación sectorial le otorgue espacios para que su actuación se ajuste a dicha normativa, cabe cuestionar la legalidad de dicha actuación ante el TDLC³⁴.

Adicionalmente, ha agregado la FNE que, cuando el legislador establece un objetivo de política pública, sin especificar cómo

debe alcanzarse, corresponde al OAE determinar la forma de implementar dicha orden legislativa, utilizando su potestad discrecional. Sin embargo, las decisiones tomadas por el OAE, bajo esta potestad discrecional, podrán ser objeto de investigación por parte de la FNE y de sanción por el TDLC, toda vez que podrían constituir un atentado a la libre competencia³⁵. Igualmente, esas decisiones también podrán ser objeto de demanda por un actor distinto de la FNE.

Por su parte, la FNE ha señalado que las decisiones³⁶ de los OAE ejercen una influencia significativa sobre otros agentes económicos, lo que puede repercutir directamente en la competencia del mercado y afectar el bienestar de los consumidores o, agregamos nosotros, también puede afectar el bienestar de los productores (como veremos al comentar el caso Celulink resuelto por el TDLC en 2009). Por ello, es especialmente importante que los OAE consideren los potenciales impactos de sus decisiones en la libre competencia³⁷.

Estas consideraciones son fundamentales para evaluar el desempeño de los reguladores. Como indica Nehme (2011):

(...) Resulta especialmente relevante el rol que los reguladores sectoriales pueden asumir al definir las condiciones de entrada a los mercados que regulan, con lo que sus acciones u omisiones pueden afectar directamente la estructura presente y futura, el número de competidores y el nivel de competencia en tales mercados.

Esto se agrava cuando los diseños institucionales facilitan la interacción permanente entre regulador y regulado, permitiendo que se produzcan indeseados efectos de *captura* del regulador y otras *fallas* de la regulación³⁸ (...).

En este contexto, siguiendo a Nehme (2011), se ha identificado reglas exigibles a los OAE que ejercen potestades reguladoras, con fundamento en la jurisprudencia del TDLC, que alcanza ya dos décadas, a saber: (i) es im-

³² Nehme 2011, 319.

³³ Nehme 2011, 367.

³⁴ Fiscalía Nacional Económica 2012, 5.

³⁵ Fiscalía Nacional Económica 2012, 8-12.

³⁶ Ya sea actuando como agentes económicos, mediante la adquisición de bienes o servicios; así como, en la ejecución de planes y programas propios de sus funciones, o en el ejercicio su potestad normativa y regulatoria. Fiscalía Nacional Económica 2012, 4.

³⁷ Fiscalía Nacional Económica 2012, 4.

³⁸ Nehme 2011, 323. Agrega Nehme que el resultado de ello es que "una regulación puede tender a favorecer una menor competencia en el mercado, protegiendo a los actores preexistentes, en directo perjuicio de los beneficiarios esperados de la regulación (...)".

perativo que, ante la existencia de dos interpretaciones posibles de la normativa, el OAE opte siempre por aquella que favorezca la competencia; (ii) los OAE deben evitar incurrir en acciones que contengan un "componente anticompetitivo relevante" o que limiten innecesariamente la competencia en el mercado; (iii) en situaciones en donde el OAE esté encargado de asignar insumos esenciales y escasos, debe buscar el mecanismo más propicio para fomentar un entorno lo más competitivo posible; y (iv) si, existiendo un mecanismo eficaz de coordinación, el OAE no consulta a los órganos de defensa de la libre competencia o no se ajusta a las normas del DL 211, entonces ese OAE estará legitimado para enfrentar responsabilidades en un proceso contencioso o no contencioso desarrollado ante el TDLC³⁹.

A continuación, destacamos algunos pronunciamientos jurisprudenciales ilustrativos de este enfoque.

- i) Caso Celulink⁴⁰ Sentencia 88 de 2009, del TDLC.

En este pronunciamiento, el TDLC confirmó su competencia para sancionar hechos que infringieron el DL 211, concretamente, el estrangulamiento de márgenes que aplicó Movistar a las empresas Celulink, vendiéndoles más caro únicamente a ellas las tarjetas de telefonía móvil requeridas como insumo para prestar el servicio celulink. Lo anterior fue resuelto aun cuando dichas empresas de Celulink, en opinión del OAE o regulador sectorial (la Subsecretaría de Telecomunicaciones o "Subtel"), habían infringido la regulación sectorial al no obtener una concesión de servicio público telefónico móvil de reventa para prestar el servicio celulink.

En su Sentencia 88, el TDLC ponderó la restricción del excedente legítimo de los pro-

³⁹ Nehme 2011, 367-368.

⁴⁰ En sus considerandos séptimo a duodécimo, la Sentencia N°88 explicó que el servicio celulink, ofrecido por las demandantes ("empresas Celulink"), permitía que una llamada iniciada en un equipo telefónico fijo con destino a un teléfono móvil, se gestionaba por un equipo conversor, y terminaba en la misma red móvil de destino de la llamada; en donde el equipo conversor tenía la capacidad de identificar la red móvil de destino de la llamada, de modo que siempre la conversión se hacía para que la llamada se originara en la misma red de la compañía móvil en cuya red terminaba esa llamada. El beneficio de la conversión era que se trataba siempre de una llamada móvil On Net, la cual no devengaba el pago de cargos de acceso a la compañía móvil de origen de la llamada. Ese beneficio se traspasaba a la tarifa de clientes corporativos quienes, debido a su alto tráfico desde equipos telefónicos fijos a móviles, contrataban el servicio celulink; pp. 41-42.

ductores⁴¹, en este caso las empresas Celulink, cuestionando la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas por la Subtel, mediante la prohibición integral de desarrollar una actividad económica (el servicio Celulink), surgida espontáneamente en base a un mercado real, voluntario y no clandestino de oferentes y demandantes⁴².

- ii) Requerimiento de la FNE en contra de la Dirección General de Aguas ("DGA")⁴³.

En este caso, la FNE imputó a un OAE actuaciones que infringían la normativa del DL 211. Específicamente requirió a la DGA, por no cumplir oportuna y adecuadamente su obligación de informar a la FNE las transferencias de derechos de aprovechamiento de agua aptos para generación hidroeléctrica, con lo cual se obstruía el trabajo preventivo de la FNE para asegurar que la asignación de esos derechos se hiciera respetando la libre competencia y, consecuentemente, se posibilitaba el potencial despliegue de conductas anticompetitivas de los incumbentes a través de la creación de barreras artificiales a la entrada del mercado de generación.

Al respecto, el TDLC aprobó el acuerdo conciliatorio alcanzado por la FNE y la DGA⁴⁴, en cuyo marco la DGA, además de reconocer que había incurrido en el incumplimiento reprochado por la FNE, entre otras medidas, se obligó a realizar inversiones evaluadas en 400 millones de pesos y a pagar las costas en que debió incurrir la FNE⁴⁵.

- iii) Sentencia de la Corte Suprema en el caso WSP Servicios Postales ("WSP") en contra de la Superintendencia de Servicios de Salud, iniciado ante el TDLC⁴⁶.

La conducta imputada al OAE, en este caso la Superintendencia de Servicios de Salud ("Superintendencia"), como infractora del artículo

⁴¹ Considerandos Septuagésimo octavo y Centésimo quincuagésimo octavo. Señaló el TDLC que dicho excedente estaba compuesto por los minutos que hubiesen vendido las empresas de celulink a sus clientes, valorados de acuerdo con la diferencia entre (i) los precios que ellas pagaban originalmente (a nivel mayorista) a las empresas de telefonía móvil y (ii) los precios que ellas cobraban a sus propios clientes finales. Sentencia 88 de 2009; TDLC.

⁴² Considerandos Septuagésimo octavo y Septuagésimo noveno. Sentencia 88 de 2009; TDLC.

⁴³ Rol C N°235-11; TDLC.

⁴⁴ Resolución de 1 de diciembre de 2011.

⁴⁵ Comunicado de la FNE; disponible en: <https://www.fne.gob.cl/dga-se-obliga-a-realizar-inversiones-avaluadas-en-400-millones-de-pesos-por-conciliacion-con-fne/> [fecha de última consulta: 30 de noviembre de 2024].

⁴⁶ Rol C N°297-15. TDLC.

3 del DL 211, consistió en haber dictado actos administrativos que dispusieron que las cartas certificadas que las ISAPRES envían, por mandato legal, a sus afiliados, debían ser remitidas exclusivamente por Correos de Chile.

Si bien la Sentencia 152 de 2016 del TDLC rechazó la demanda, la Corte Suprema, mediante la sentencia de 4 de octubre de 2017⁴⁷ acogió la demanda en contra de la Superintendencia, declarando modificados los actos administrativos impugnados, a fin de que dichas cartas pudieran ser expedidas también por empresas de correo privado que cumplieran las disposiciones legales.

Que se haya acogido la demanda por la Corte Suprema fue consecuencia de que los actos administrativos de la Superintendencia infringieron el DL 211.

IV. Carácter crítico del efecto disuasivo de la sanción y demás medidas aplicadas por el TDLC frente a una infracción del DL 211

Dada la naturaleza expansiva de los efectos de una conducta anticompetitiva, si ella no es perseguida o si es sancionada benévolamente, existe el riesgo real y gravísimo de que ella sea imitada por otros actores o, si se trata de una actuación de un OAE que infringe el DL 211, el riesgo se traduce en que dicha actuación del OAE sea nuevamente usada en el futuro como un medio eficaz para la consecución de restricciones a la competencia en un determinado mercado. Por ende, es crítico que las medidas dispuestas por el TDLC, incluida la sanción al autor del acto, generen un efecto disuasivo sustancial.

Al respecto el TDLC ha señalado que la sanción que se impone a quien infringe la normativa de libre competencia debe ser de tal severidad que, en definitiva, implique para el infractor un costo mayor que el beneficio que espera obtener del mismo⁴⁸.

Ahora, si bien un OAE no obtiene un beneficio económico cuantificable al infringir el DL 211, como puede ocurrir con un regulador sectorial, igualmente existen otras dimensiones para cuantificar la multa que sí resultan aplicables a un OAE, y cuya aplicación dependerá de las particularidades de la infracción acreditada en el caso concreto.

⁴⁷ Rol N°47.555-2016. Corte Suprema de Justicia.

⁴⁸ Considerando Centésimo quincuagésimo cuarto. Sentencia 88 de 2009. TDLC.

Así, frente a un acto de un OAE, sancionado por infringir el DL 211, el TDLC dispone de potestad para aplicar, entre otras medidas⁴⁹:

i) Modificar o poner término al acto o sistema que sea contrario a las disposiciones del DL 211;

ii) En el caso que el OAE no tenga ventas ni beneficio económico asociado a la infracción, el TDLC le puede aplicar una multa a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a 60.000 unidades tributarias anuales o UTA⁵⁰ (a esta fecha del orden de \$47.923.920.000 o 51,4 millones de dólares).

Para la determinación de la cuantía de la multa, el artículo 26 del DL 211 establece al menos cuatro dimensiones que resultarán aplicables al evaluar el comportamiento específico del OAE infractor, en el caso concreto: (i) la gravedad de la conducta; (ii) el efecto disuasivo; (iii) la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones al DL 211; y (iv) la colaboración que el OAE haya prestado a la FNE antes o durante la investigación.

V. Conclusiones

Al resguardar el bien jurídico de la libre competencia, el TDLC actúa como garante de la eficiencia económica y del bienestar social en los mercados.

Al restablecer el equilibrio competitivo frente a actos que infringen el DL 211, el TDLC asegura dos tipos de eficiencia, la asignativa y la productiva, beneficiando a todos los actores del mercado, tanto a productores como a consumidores.

El TDLC es competente para resolver todo tipo de impugnaciones relacionadas con actos que afecten la libre competencia en mercados regulados y no regulados. Esto incluye la revisión de actos de OAE, dictado en ejercicio de potestades discrecionales, en el sentido de evaluar si estos restringen, actual

⁴⁹ Artículo 26 del DL 211.

⁵⁰ La magnitud de las multas aplicables por el TDLC, según lo dispuesto en el artículo 26 del DL 211, ha sido diseñada para disuadir eficazmente comportamientos que restrinjan el bien jurídico libre competencia. Sus montos no son necesariamente fijos, a diferencia de la regulación que actualmente rige para las sanciones que pueden aplicar fiscalizadores sectoriales como la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (con un máximo de 10.000 UTA para infracciones gravísimas) o la Superintendencia de Servicios Sanitarios (con un máximo de 10.000 UTA en caso de incumplirse el programa de desarrollo del prestador de servicios sanitarios).

o potencialmente, la libre competencia en un mercado determinado.

Existen precedentes jurisprudenciales consolidados en donde se ha exigido a los OAE actuaciones pro competitivas cuando ejercen potestades discrecionales.

Ante actos que restrinjan la competencia, actual o potencialmente, en un mercado regulado, sean de autoría de una empresa, o de una asociación gremial o de un OAE, el marco normativo del DL 211 dispone de las potestades idóneas para dejar sin efecto el acto y aplicar la o las sanciones más adecuadas, según la naturaleza de los efectos de la conducta infractora de que se trate, debiendo lograrse primordialmente un efecto disuasivo para la no reiteración del acto.

Bibliografía citada

- Agostini, C. (2022). *Cálculo de Daños por Conductas Anticompetitivas: Consumidores*. Centro Competencia.
- Agüero, F. (2022). *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como un contencioso administrativo. Una forma de control judicial de la intervención estatal en la economía*. Ediciones DER.
- Bernstein, S. (1988). Competition, marginal costs tariffs and spot pricing in the Chilean electric power sector. *Energy Policy* 16 (4), 369 – 377.
- Galetovic, A. y Sanhueza, R. (2002). Regulación de Servicios Públicos: ¿Hacia dónde debemos ir? *Estudios Públicos* (85), 101 – 137.
- Fiscalía Nacional Económica (2012). *Guía del Sector Público y Libre Competencia. Evaluando sus actuaciones desde la perspectiva de la competencia*.

Fiscalía Nacional Económica (2018). *Investigación de oficio por eventuales conductas anticompetitivas de Soprole Inversiones S.A. y Nestlé Chile S.A.*

Nehme, N. (2011). Aplicación de las Normas de Defensa de la Competencia a los Organismos de la Administración del Estado. En *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*. Thomson Reuters.

Normas citadas

- Constitución Política de Chile [Const.]. 11 de agosto de 1980 (Chile).
- Decreto N°1 de 2005 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, de 1973. 18 de octubre de 2004.
- Decreto N°4/20018 de 2007 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica. 12 de mayo de 2006.

Jurisprudencia citada

- Sentencia N°88: Demanda de OPS Ingeniería Ltda. y Otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A. (2009): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 15 de octubre de 2009 (Rol C-126-07).
- Demanda de Wsp Servicios Postales S.A. con Superintendencia De Salud (2016): Corte Suprema, 4 de octubre de 2017 (Rol N°47.555-2016).
- Resolución N°57: Consulta de Watt's sobre las condiciones de recepción y compra de leche fresca. (2019): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 09 de septiembre de 2019 (Rol NC-445-18).
- Sentencia N°152: Demanda de WSP Servicios Postales S.A. contra Superintendencia de Salud. (2016): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 30 de junio de 2016 (Rol C-297-15).