

ARTÍCULOS

Mercados regulados y libre competencia: La sutil diferencia entre intervenir *en* un mercado regulado e intervenir *el* mercado regulado. Un análisis desde los casos de licitaciones en el mercado de las telecomunicaciones y el mercado aeronáutico

Regulated markets and antitrust: The subtle difference between intervening in a regulated market and intervening the regulated market. An analysis based on the public tenders in the telecommunications market and the aeronautical market

Cristóbal Martínez Varela 

Abogado

RESUMEN La relación entre el derecho de la libre competencia y la regulación sectorial ha sido una materia en constante tensión. El rol que deben cumplir las autoridades de competencia en un mercado que está fuertemente regulado y en el que sus agentes actúan conforme a reglas predefinidas es un tema de compleja definición. El Decreto Ley 211 es considerado parte del orden público económico de Chile, de modo que tanto los organismos públicos como los privados que intervienen en un mercado regulado están, en principio, obligados a respetar sus disposiciones. Sin embargo, en ocasiones, la aplicación de la normativa sectorial supone tensiones con los principios y reglas establecidas en el Decreto Ley 211, lo que levanta la pregunta sobre cuándo corresponde que la autoridad de competencia intervenga en dichos mercados regulados. A partir de dos casos conocidos en 2009 por la Corte Suprema en materia de licitaciones en los mercados de telecomunicaciones y aeronáutico, veremos que la clave para responder a esta respuesta descansa en el diseño de la política pública sectorial, particularmente en si esta otorga o no cierta discrecionalidad a los agentes que intervienen en dicho mercado. Precisamente, es allí donde descansa la diferencia entre que la autoridad de competencia intervenga *en* un mercado regulado y que intervenga *el* mercado regulado.

PALABRAS CLAVE Mercados regulados, potestades discrecionales, licitaciones públicas, intervención.

ABSTRACT The relationship between competition law and sectoral regulation has always been a matter of constant and ongoing tension. The role to be played by competition authorities in a heavily regulated market, where its agents operate according to predefined rules, is inherently complex and multifaceted. Decree-law 211 is regarded as a fundamental part of Chile's economic public order, ensuring that both public and private agencies that intervene in a regulated market are, in principle, obliged to respect its provisions. However, there are occasions when the enforcement of sectorial regulations creates significant tensions with the principles and rules established in Decree-law 211. This raises the important question of when it is appropriate for the competition authority to intervene in such regulated markets. Based on two landmark cases ruled in 2009 by the Supreme Court, concerning public bids in the telecommunications and aeronautical sectors, we will see that the key to answering this question lies in the design of sectorial public policy, particularly in whether it grants a certain degree of discretion to the agencies involved. Precisely, therein lies the crucial difference between the competition authority merely intervening in a regulated market and actively overseeing the regulatory framework within it.

KEYWORDS Regulated markets, discretion, public bids, intervention.

Introducción

La relación entre la libre competencia y la regulación sectorial ha sido una materia no exenta de conflictos en el país. Desde los albores del derecho de la libre competencia, la pregunta por los límites de la intervención de la autoridad de competencia en las políticas públicas sectoriales ha estado marcada por constantes dudas y tensiones. La jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) es una muestra de lo compleja que puede llegar a ser esta pregunta, y de las consecuencias que puede tener el que la autoridad de competencia interfiera en la política pública.

Es un hecho que las políticas sectoriales no siempre están alineadas con los bienes jurídicos tutelados por el Decreto Ley 211, al punto de incluso tener intereses contrapuestos con la libre competencia (Fiscalía Nacional Económica, 2012: 5). Ello se explica ya que la regulación sectorial persigue objetivos propios, que en muchos casos están orientados a satisfacer una necesidad específica para un determinado momento histórico en cierta industria o sector económico relevante para el país. Aunque esas metas tienden a ser compatibles con la libre competencia (y es ideal que así sea), bien pueden llegar a no serlo,¹ pero no por eso la aplicación de dicha normativa sectorial se transforma en un acto contrario al Decreto Ley 211 susceptible de ser sancionado, modificado o dejado sin efecto. Es por eso que el TDLC en la sentencia 44 de 2006 y

1. De hecho, el artículo cuarto del Decreto Ley 211 contempla la posibilidad excepcional de conceder monopolios legales si así la ley lo autoriza.

la Corte Suprema en la sentencia rol 1.855 de 2009 han resuelto que la sola aplicación de normas sectoriales vigentes no puede ser calificada como un acto contrario al Decreto Ley 211.

Ahora bien, eso no significa que la autoridad de competencia esté completamente impedida de conocer y sancionar los ilícitos anticompetitivos cometidos por los organismos públicos o privados que intervienen en dichos mercados regulados.² Desde los tiempos de la Comisión Resolutiva, nuestra jurisprudencia ha sostenido que tanto los órganos públicos como los privados que participan en un mercado regulado se encuentran sujetos a la normativa del Decreto Ley 211 (resolución 37 de 1977 y resolución 173 de 1984), cuerpo legal que forma parte del orden público económico de nuestro país, entendido como el «conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla de acuerdo a los valores de la sociedad nacional articulados en la Constitución» (Cea, 2004: 463). Justamente por esa razón, la Corte Suprema ha resuelto que:

El Decreto Ley 211 presenta una finalidad de carácter económico, entre cuyos objetivos se encuentra la tutela, reglamentación y resguardo de la libre competencia, que forma parte del orden público económico desarrollado en la Constitución [...]. La legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico, que tiene distintas funciones respecto de la prerrogativa en estudio, puesto que, por una parte, vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado (sentencia rol 22.270 de 2021).

En idéntica línea, la Fiscalía Nacional Económica ha señalado que:

La legislación de libre competencia de nuestro país no exime a órgano alguno —sea una entidad pública o privada, y cualquiera sea su organización o estructura societaria— del cumplimiento del Decreto Ley 211, ni establece excepciones a mercados determinados, de manera que en todos los mercados debe cumplirse con la normativa de libre competencia por todo tipo de entidad o individuo (2012: 5).

Como se desprende, la razón de fondo es que los agentes económicos de un mercado regulado pueden actuar al margen de su normativa sectorial, incurriendo así en hechos que pueden ser sancionados por el TDLC en virtud de la facultad establecida en el artículo 18 número 1 del Decreto Ley 211, o conocidos conforme a su facultad para conocer asuntos de naturaleza no contenciosa establecida en el numeral segundo del mismo artículo. Sin embargo, el diseño de la regulación sectorial levanta una segunda hipótesis, en que la autoridad de libre competencia puede intervenir en un

2. Véanse Francisco Agüero (2022) y Felipe Irarrázabal (2010).

mercado regulado, sea mediante la vía contenciosa o no contenciosa, pese a que sus agentes estén actuando conforme a las respectivas normativas sectoriales.

Precisamente, veremos a continuación que la regulación sectorial muchas veces otorga espacios de discrecionalidad a los organismos públicos o privados sujetos a su control, esto es, espacios en los que se confiere cierta libertad para la toma de decisiones del regulador o de los agentes que intervienen en el mercado, cuyo ejercicio, aunque lícito desde una perspectiva sectorial, puede llegar a apartarse de las disposiciones del Decreto Ley 211 y ser sancionado como tal. En palabras de la Fiscalía Nacional Económica, estos espacios de discrecionalidad se explican porque:

No toda normativa legal determina en detalle cómo debe ser el accionar de cada organismo del sector público. Así, en aquellos casos en que el legislador señala la finalidad u objetivo de política pública perseguido, sin establecer cómo este debe específicamente alcanzarse, es el organismo público el que debe buscar de qué manera materializar la orden legislativa, haciendo uso de su potestad discrecional (2012: 8).

La discrecionalidad

La discrecionalidad ha sido analizada por la doctrina fundamentalmente desde la arista de las potestades administrativas de los organismos públicos. Esto sin perjuicio de que, tal como lo ha resuelto el TDLC, la normativa sectorial también puede llegar a otorgar facultades discrecionales a los particulares que intervienen en un mercado regulado, de modo que ha de entenderse que lo aquí sostenido también aplica para aquellos agentes y que, por ende, las actuaciones que realicen en ejercicio de esos espacios de discrecionalidad también pueden ser revisadas en sede de competencia.

Así, en el marco de la demanda interpuesta en causa rol 423 de 2021 del TDLC por Inmobiliaria La Reserva Ltda. en contra de Sacyr Aguas Santiago S. A., empresa privada titular de una concesión de servicio público de producción y distribución de agua potable y recolección y disposición de aguas servidas de ciertos sectores de la región Metropolitana, la demandada opuso una excepción de incompetencia absoluta fundada en que el objeto de la controversia decía relación con materias expresamente reguladas por la legislación sectorial y cuyo conocimiento se encontraba entregado a la Superintendencia de Servicios Sanitarios. El TDLC rechazó dicha excepción, argumentando que se encontraba facultado para conocer la demanda toda vez que la regulación sectorial entrega ciertos ámbitos de discrecionalidad al titular de la concesión de servicios sanitarios (resolución de 29 de septiembre de 2021 en causa rol 423-2021, folio 30, considerando quinto). Sin perjuicio de ello, posteriormente el TDLC dejó sin efecto aquella resolución por considerar que en los hechos específicos que denunciaba Inmobiliaria La Reserva Ltda. no existía un ámbito de discrecionalidad otorgado por el legislador al titular de la concesión de servicios sanitarios (resolución de 19 de octubre de 2021 en causa rol 423-2021, folio 35).

La potestad administrativa ha sido definida por la Fiscalía Nacional Económica como «el poder jurídico para imponer decisiones a otro para el cumplimiento de un fin» (2012: 8). Si bien cualquier organismo del Estado requiere de una respectiva habilitación legal previa para actuar válidamente, conforme al principio de legalidad establecido en los artículos segundo y sexto de la Constitución Política de la República, dicha habilitación puede conferir tanto potestades regladas como discrecionales. En las potestades regladas, la ley establece todos los supuestos del ejercicio de la potestad del organismo público,³ de modo que la actuación de la Administración se limita a una mera ejecución de dicho enunciado legal. En otras palabras, «toda su actuación está predeterminada por las normas jurídicas aplicables, de forma que, constatada la ocurrencia del supuesto de hecho previsto por la norma jurídica de aplicación, no hay más que una decisión posible y lícita en derecho. La decisión administrativa es en este caso la pura y simple ejecución de ley» (Cordero, 2015: 82).⁴ En línea opuesta, en el caso de las potestades discrecionales, la ley habilita a la Administración para definir (al menos parcialmente) sus propias condiciones y criterios de ejercicio, de manera que esta puede adoptar distintas decisiones igualmente válidas.⁵ Así:

La potestad discrecional se dará en los casos en que el legislador le confiere a la Administración un espacio de autodeterminación, un margen o libertad de decisión para elegir entre varias alternativas o soluciones posibles. La adopción de los actos que se dicten en ejercicio de una potestad de esa naturaleza se basará, entonces, en criterios no predeterminados por la norma que concede el margen de decisión, sino en criterios que quedan a la libre consideración de la Administración (Cordero, 2015: 83).

3. Algunos ejemplos de potestades regladas son: el otorgamiento de permisos de edificaciones por parte de la Dirección de Obras Públicas conforme al artículo 116 de Ley General de Urbanismo y Construcciones (Decreto con Fuerza de Ley 458); el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas por parte de la Dirección General de Aguas; la declaración de humedales por parte del Ministerio del Medio Ambiente conforme a la Ley 21.202; la asignación por parte de la Junta de Aeronáutica Civil de las frecuencias aéreas al operador aeronáutico que haya ofrecido la mayor suma de dinero por ella, conforme al artículo cuarto del Decreto 102 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; entre otros.

4. En sentido similar, véase Eduardo Soto Kloss (1996: 56).

5. Algunos ejemplos de potestades discrecionales son: la facultad de los órganos públicos de revocar los actos administrativos que hubiesen dictado, conforme al artículo 61 de la Ley 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado; la facultad de la Tesorería General de la República de declarar incobrables ciertos impuestos o contribuciones morosas, conforme al artículo 196 del Código Tributario; la facultad del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones para prohibir la circulación de determinados vehículos en vías públicas; la facultad de los municipios para definir sus propios planes reguladores, conforme a los artículos 41 y siguientes de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (Decreto con Fuerza de Ley 458); entre otros.

En consecuencia, la doctrina ha expresado que «la discrecionalidad es libertad de apreciación para decidir, frente a determinados hechos objetivos —que la ley ha previsto o descrito como necesidad pública—, la adopción de la mejor medida a fin de satisfacer suficiente y oportunamente dicha necesidad» (Alarcón, 2000, citado en Soto Kloss, 2023: 117). En esa misma línea se han pronunciado la literatura española (Santamaría, 2002: 373-374) y la Corte Suprema, quien ha sostenido que:

En doctrina se distingue entre el ejercicio de facultades regladas y facultades discrecionales. En las primeras toda la actuación previa al nacimiento de un determinado acto administrativo se encuentra prevista y determinada en la ley, por lo que la autoridad debe ceñirse estrictamente a ella tanto al verificar los supuestos de hecho como en el procedimiento que determina la decisión, que está igualmente regulada en relación a la situación fáctica que la origina. En cambio, en el ejercicio de las facultades discrecionales, la Administración goza de cierto ámbito de libertad al momento de adoptar la decisión. Interesa destacar que, en este último caso, indudablemente existen etapas regladas, toda vez que debe existir norma expresa que entregue a un órgano determinado la libertad para decidir, ante precisos supuestos de hecho (sentencia rol 38.773 de 2019).

Sin perjuicio de que esta clasificación de potestades es teóricamente correcta, en la práctica no siempre es sencillo distinguirlas, dado que en la mayoría de los casos las potestades tienen componentes mixtos. Es por ese motivo que la Corte Suprema ha formulado ciertos reparos respecto de esta conceptualización de las potestades de la Administración, afirmando que:

En la realidad no existen actos puramente discrecionales, como tampoco estrictamente reglados; sino que hay actos en que el grado de discrecionalidad otorgado por la ley a la autoridad es mayor o menor. En este aspecto, se debe enfatizar que aun cuando en apariencia se otorgue un alto grado de discrecionalidad a la Administración, siempre existen aspectos que son reglados, cuya transgresión provoca la nulidad. Interesa destacar que en los actos en que la Administración goza de mayor grado de discrecionalidad, no es esta la que se controla por parte de los tribunales, sino que es el aspecto no discrecional el que se somete a escrutinio judicial. Justamente esa es la razón por la que se exige que el acto administrativo sea motivado, puesto que es la herramienta entregada para que el juez verifique la existencia de los hechos y su calificación jurídica, aspectos no discrecionales de todo acto administrativo. Así, por ejemplo, cuando la ley exige la presencia de determinados motivos y la Administración invoca uno que no existe, o cuando la ley no exige un motivo determinado, pero se invoca uno inexistente, el acto es ilegal, puesto que, como se ha señalado por la doctrina, la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad (sentencia rol 8.487 de 2018).

Por ende, debido a que no existirían potestades enteramente discrecionales, la doctrina ha precisado que la discrecionalidad «no es una característica que pueda globalmente predicarse de una potestad, sino de alguno de sus elementos o condiciones de ejercicio: no hay potestades íntegramente discrecionales, sino potestades donde algunos de sus elementos son discrecionales» (Cordero, 2015: 84). Esto en tanto toda potestad discrecional necesariamente guarde ciertos elementos reglados, como: i) el hecho de su existencia, si la potestad ha sido atribuida por la norma o no; ii) el supuesto fáctico que legitima su empleo, los casos y condiciones bajo las que puede ser utilizada; iii) la competencia, la determinación del órgano u órganos a que se atribuye; y iv) el fin de la potestad, la finalidad concreta que el uso de la potestad debe perseguir (Cordero, 2015: 84).

De esta forma, es posible entender que, junto con intervenir ante actos realizados al margen de la normativa sectorial, la autoridad de competencia también puede intervenir en mercados regulados ante actos realizados en el marco de las potestades discrecionales, o bien en el componente discrecional de las potestades mixtas que la legislación le otorga a organismos públicos o privados que intervienen en dichos mercados,⁶ entendidas dichas potestades como aquellas a las que la ley les confiere cierto grado de libertad de acción y decisión. Sin perjuicio de esto, cabe mencionar que en el caso de los organismos públicos esa libertad se encuentra supeditada a la satisfacción de necesidades públicas, por lo que las decisiones que adopten en principio deben ser idóneas para satisfacer dichos intereses públicos. Ello, además de cumplir con otros principios generales como la razonabilidad, la buena fe, la finalidad, la proporcionalidad y la igualdad (Agüero, 2022: 418).

Con todo, hay que advertir que la discrecionalidad también cumple un propósito en el diseño de la política pública sectorial, por ejemplo, ayudar a dinamizar el funcionamiento del mercado, agilizar la función regulatoria y desburocratizar el mercado, por lo que es recomendable que esos espacios sean intervenidos únicamente cuando su ejercicio se traduzca en un riesgo efectivo y comprobable a la libre competencia.

La diferencia entre intervenir en el mercado regulado e intervenir el mercado regulado: El caso Frecuencias 3G y el caso Frecuencias Aéreas

Distinguir cuándo la autoridad de competencia puede intervenir legítimamente el ejercicio de las potestades discrecionales que otorga la normativa sectorial, esto es, intervenir en el mercado regulado, no siempre es sencillo. Sin embargo, es fundamental poder hacerlo, pues si se intervienen los actos realizados en estricto cumplimiento

6. Para un mayor análisis respecto de la interacción entre el derecho administrativo y la normativa de la libre competencia, así como la intervención de las autoridades de competencia ante actos realizados por organismos públicos, véase Nicole Nehme (2011: 317-374).

de la ley, la autoridad estaría derechamente modificando la política pública, es decir, interviniendo el mercado regulado, pasando a llevar la separación de poderes actuando como legislador. Por el contrario, una adecuada y razonable intervención de los espacios de discrecionalidad sectorial en los casos en que dichas facultades estén siendo ejercidas en contravención al Decreto Ley 211 reafirma el compromiso por la tutela de la libre competencia y el resguardo del orden público económico.

Dos casos resueltos por la Corte Suprema en el 2009 demuestran lo sutil que puede ser esta diferencia. El primero es un célebre caso del mercado de las telecomunicaciones, conocido por el máximo tribunal en enero de 2009 tras un procedimiento de consulta iniciado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel) ante el TDLC en el marco de la licitación de las frecuencias del espectro radioeléctrico (caso Frecuencias 3G). El segundo es un caso en materia aeronáutica conocido poco después por la Corte Suprema, en julio de 2009, a raíz de un requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Junta de Aeronáutica Civil a propósito de la licitación de frecuencias aéreas (caso Frecuencias Aéreas).

Caso Frecuencias 3G

Con fecha 30 de mayo de 2007, la Subtel inició un procedimiento no contencioso ante el TDLC con el objeto de consultar si dicho organismo podía restringir la participación de los actuales concesionarios de servicios públicos de telefonía móvil en el próximo concurso público de frecuencias 3G (TDLC, causa rol NC 198 de 2007). Según declaró la propia Subtel en su consulta, los actuales concesionarios de los servicios carecían de impedimento legal para presentarse a la licitación conforme a las disposiciones de la Ley General de Telecomunicaciones, en tanto «las bases del concurso público respectivo no pueden excluir a ningún interesado en postular a estas concesiones, esto es, cualquiera puede hacerlo, bastando para ello que se reúnan los requisitos generales y específicos que establece la Ley 18.168» (TDLC, causa rol NC 198 de 2007).

El TDLC, mediante resolución 27 de 2008, resolvió no establecer exclusiones o restricciones al concurso, enfatizando que la Subtel, órgano encargado de interpretar y emplear la normativa aplicable a la licitación, había corroborado la improcedencia de excluir a concesionarios del concurso y que, por ende:

No es procedente que este Tribunal ordene contravenir la normativa de telecomunicaciones, impidiendo que determinadas personas concursen por un recurso respecto del cual, conforme a la ley, tienen libre e igualitario acceso, más aún si el órgano encargado de interpretar y aplicar tal normativa ha corroborado tal improcedencia.

Sin perjuicio de esto, el TDLC ordenó a la Subtel adoptar determinadas medidas, como la subdivisión de la banda de determinadas frecuencias, definir en las bases de

la licitación los plazos de ejecución y de puesta en servicio que debían comprometer los postulantes, implementar la portabilidad del número telefónico móvil, entre otras.

La Corte Suprema, mediante sentencia de 27 de enero de 2009, confirmó que no era procedente establecer exclusiones o restricciones al concurso y que, por ende, cualquier operador podía participar en él. Sin embargo, ordenó a la Subtel establecer en sus futuras bases de licitaciones que ningún operador podría superar los 60 MHz, de modo que si excedían dicho indicador debían desprenderse del exceso. En opinión del máximo tribunal, ello ayudaba a garantizar el libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones (Corte Suprema, sentencia rol 4.797 de 2008), principio rector de la Ley General de Telecomunicaciones, en virtud del cual cualquier persona puede optar a las concesiones y permisos que establece la ley, además hacer uso y goce de las frecuencias del espectro radioeléctrico (artículos segundo y octavo).

Un aspecto relevante de la regulación sectorial aplicable a este caso es que el artículo sexto de la Ley General de Telecomunicaciones le otorga facultades expresas a la Subtel para interpretar y aplicar todos los cuerpos normativos del mercado de las telecomunicaciones. Asimismo, el mecanismo bajo el cual se asignan las frecuencias del espectro radioeléctrico consiste en una licitación tipo «concurso de belleza» (*beauty contest*), en la que además la Subtel posee cierta libertad a la hora de definir el contenido de las bases.

Por lo tanto, el diseño normativo de este mercado contemplaba espacios de discrecionalidad que hacían posible que la Subtel pudiera imponer ciertas condiciones en las bases de licitación que no estaban expresamente contempladas en la Ley General de Telecomunicaciones. Por lo tanto, aunque sea discutible que la discrecionalidad que le otorgaba la ley a la Subtel pudiera ser usada con el objeto de limitar la tenencia máxima de frecuencias 3G posterior al concurso público, así como la conveniencia de imponer una medida de esa naturaleza, la Corte Suprema consideró que ello sí era posible de acuerdo con la normativa sectorial aplicable y las potestades de la Subtel.

Caso Frecuencias Aéreas

Este caso, resuelto por la Corte Suprema tan solo cuatro meses después, adopta un rumbo que a primera vista puede parecer contradictorio con lo resuelto en el caso Frecuencias 3G, pero que en realidad presenta un matiz relevante que explica la diferencia entre las soluciones adoptadas en ambos casos. El 22 de octubre de 2007, la Fiscalía Nacional Económica interpuso un requerimiento en contra de la Junta de Aeronáutica Civil mediante el cual buscaba modificar las bases de una licitación pública de frecuencias áreas por estimarlas contrarias al Decreto Ley 211, solicitando que en ellas se introdujeran criterios de competencia que ponderaran la necesidad de limitar el máximo de frecuencias áreas que una aerolínea podía adquirir en dichos procesos licitatorios, es decir, excluir o restringir la participación de determinados operadores en los concursos.

El TDLC acogió el requerimiento, declarando que las bases de licitación elaboradas por la Junta de Aeronáutica Civil eran contrarias a la libre competencia y ordenó a dicho organismo modificarlas para que ningún operador aeronáutico que tuviera más de un setenta y cinco por ciento de las frecuencias aéreas en la ruta objeto de la licitación pudiera participar en la primera ronda del proceso (sentencia rol 81 de 2009). La Corte Suprema, no obstante, mediante sentencia de 15 de junio de 2009 dejó sin efecto el fallo del TDLC, por estimar que las bases de licitación elaboradas por la Junta de Aeronáutica Civil daban estricto cumplimiento a la normativa sectorial (sentencia rol 1.855 de 2009). En particular, el Decreto Ley 2.564 de 1979 (Ley de Aviación Comercial) y el Decreto Supremo 102 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones de 1981 (Reglamento de Asignación), cuerpos legales que regulan las licitaciones de frecuencias aéreas, establecían que cualquier operador nacional interesado en operar las frecuencias aéreas podrá participar en los procesos licitatorios, y que estas serán asignadas a aquel que «haya ofrecido la mayor suma de dinero por cada una de ellas» (artículo cuarto del Decreto Supremo 102.).

En ese sentido, sostuvo el máximo tribunal que, atendido el tenor de la normativa sectorial, no le correspondía al TDLC ordenar a la Junta de Aeronáutica Civil modificar las bases de licitación en la forma que lo hizo, porque ello significaría que las frecuencias podrían ser adjudicadas a una aerolínea en contravención a lo que dispone la legislación vigente que regula la asignación de estos recursos. En palabras de la Corte Suprema:

De acuerdo a lo expresado, encontrándose vigente dicha normativa, no le resulta posible al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ordenar la modificación de las bases en la forma que lo hizo, desde que ello importa la posibilidad de tener que adjudicar una o más de las frecuencias licitadas a una empresa distinta de aquella que ofreciera la mayor suma de dinero, en el evento en que esta última tuviese más del 75 % del total de las frecuencias aéreas internacionales [...] contrariando con ello lo que se encuentra expresamente regulado por la legislación de aviación comercial que nos rige (sentencia rol 1.855 de 2009).

Finalmente, recalcó que las facultades del TDLC sobre materias expresamente reguladas por ley se limitan a la proposición de modificaciones normativas, señalando que:

Los jueces están obligados a cumplir su función aplicando la legislación vigente, con prescindencia de la convicción íntima que tengan acerca de la bondad de esta. De estimar el tribunal que el reglamento de la ley de aviación comercial, al que se remite expresamente esta última en materia de licitación de frecuencias aéreas internacionales, atenta contra las normas que regulan la libre competencia, en este caso el Decreto Ley 211, solo le es permitido proponer a la Presidente de la República su

modificación, mas no ordenar a la Junta de Aeronáutica Civil elaborar las bases con prescindencia de lo que este establece (Corte Suprema, sentencia rol 1.855 de 2009).

Criterio que confluye de ambos casos

La diferencia entre lo resuelto en el caso Frecuencias 3G y en el caso Frecuencias Aéreas, como se desprende, se explica fundamentalmente por la libertad (o su ausencia) que las normativas sectoriales entregaban a las respectivas autoridades sectoriales a la hora de elaborar las bases de las licitaciones públicas para asignar las frecuencias. Mientras que en el primero la Ley General de Telecomunicaciones permitía, en opinión de la Corte Suprema, que la Subtel pudiera determinar con cierta libertad el contenido de las bases de licitación de frecuencias del espectro radioeléctrico para efectos de limitar, posteriormente, su tenencia máxima; en el segundo, la regulación aeronáutica impedía que la Junta de Aeronáutica Civil pudiera condicionar la participación de los operadores en los procesos licitatorios, o que discrecionalmente estableciera criterios para la asignación de frecuencias aéreas que implicaran contravenir la disposición legal que establece que las frecuencias se asignan al operador que haya ofrecido la mayor suma de dinero por ellas. A esto se le suma el hecho de que la Subtel tiene facultades para interpretar y aplicar la normativa de las telecomunicaciones, a diferencia de la legislación aeronáutica que limita las posibilidades de intervención de la Junta de Aeronáutica Civil en dicho mercado, en virtud del principio de la mínima intervención estatal (Ley de Aviación Comercial, considerandos primero, segundo y tercero).

Retomando la división de potestades regladas y discrecionales analizadas anteriormente, en el mercado de las telecomunicaciones la potestad del regulador para fijar el contenido de las bases de licitación tenía un componente discrecional que posibilitaba la intervención de la autoridad de competencia, mientras que en el mercado aeronáutico las potestades de la Junta de Aeronáutica Civil están estrictamente regladas. Además, es importante recordar que todo órgano de la Administración del Estado se encuentra sujeto al principio de legalidad, en virtud del cual están obligados a actuar en conformidad a la legislación vigente y respetando los límites que en ella se establecen. Lo que también implica que las facultades de dichos organismos para el cumplimiento de sus funciones públicas deben estar atribuidas y delimitadas por ley (Fiscalía Nacional Económica, 2012: 8).

En consecuencia, dada la existencia de una disposición legal imperativa que obligaba a la Junta de Aeronáutica Civil a asignar las frecuencias aéreas a la aerolínea que ofrezca más dinero por ellas, cualquier condición que impusiera en las bases del concurso que tuviera por resultado que las frecuencias no se asignen a quien haya ofrecido más dinero por ellas habría implicado una contravención de dicho organis-

mo público al principio de ilegalidad (artículos segundo y sexto de la Constitución Política de la República). Justamente por ello la Fiscalía Nacional Económica ha indicado que:

En aquellos casos en que la ley señala qué debe hacerse y cómo debe llevarse a cabo, los organismos del sector público deben cumplir a cabalidad el mandato legal. De esta forma, la potestad reglada de los Órganos de Administración del Estado está por sobre la potestad discrecional (Fiscalía Nacional Económica, 2012: 9).

Casos posteriores que confirman el criterio asentado

Posterior al caso Frecuencias 3G y al caso Frecuencias Aéreas, varios pronunciamientos del TDLC y la Corte Suprema han ratificado esta distinción entre intervenir en el mercado regulado e intervenir el mercado regulado. Entre ellos, destacan el caso Revista Punto Final, en el cual la Corte Suprema desestimó calificar como contrario a la libre competencia actos ejecutados conforme a procedimientos administrativos estrictamente regulados (sentencia rol 9.148 de 2009)⁷; el caso Sonda contra Servicio de Registro Civil e Identificación, en el que la Corte Suprema nuevamente resolvió que los organismos públicos se encuentran obligados a actuar conforme a su normativa sectorial y que los actos ejecutados en cumplimiento de sus prerrogativas reglamentarias no pueden ser revisados por el TDLC (sentencia rol 13.972 de 2013); el caso Cuotas de Pesca para Empresas Pequeñas y Medianas, en el que el TDLC ratificó una vez más que su competencia al revisar bases de licitaciones públicas se limita a los aspectos en los que pudo haber habido discrecionalidad del órgano que las elaboró (causa rol 364 de 2018)⁸ y el reciente caso Casinos de Juego del Maule (TDLC, NC 515 de 2022).

En el caso Sonda contra Servicio de Registro Civil e Identificación, la Corte Suprema, conociendo los recursos de reclamación interpuestos en contra de la sentencia 132 de 2013 del TDLC, que declaró que dicho organismo público habría incurrido en una infracción al Decreto Ley 211 tras incurrir en supuestas discriminaciones al determinar el adjudicatario de una licitación pública, revocó dicho fallo haciendo presente una serie de consideraciones. Sostuvo que la selección del adjudicatario de la licitación objeto de la demanda corresponde a una facultad reglada del Servicio de Registro Civil e Identificación que se encuentra expresamente detallada en las bases administrativas y técnicas de la licitación en cuestión, y que, por lo tanto, dicha

7. Conociendo del recurso de reclamación interpuesto en contra de la sentencia 89 de 2009 del TDLC, la Corte Suprema, mediante sentencia de 26 de abril de 2010, determinó que los actos realizados en el mercado de procedimientos administrativos regulados por ley no pueden ser calificados como contrarios a la libre competencia.

8. Para un análisis de este caso, véase Catalina Íñiguez y Gonzalo Villazón (2023).

actuación no podría constituir una infracción a la normativa de libre competencia. Esto dado que, al aprobar las bases de licitación, el organismo público está obligado a respetar su contenido y a actuar en conformidad a lo establecido en ellas, no siendo entonces procedente que se le impute una infracción al Decreto Ley 211 por actos realizados en cumplimiento de dichas bases. Asimismo, reiteró que la ejecución de este tipo de prerrogativas reglamentadas no es una materia que pueda conocer el TDLC.

De forma más reciente, el TDLC se pronunció el 17 de octubre de 2023 sobre una consulta iniciada por Casinos de Juego del Maule S. A., con el objetivo de determinar si ciertas resoluciones de la Superintendencia de Casinos que aprobaban las bases de licitación para el otorgamiento de permisos de operación de casinos de juego infringían o no el Decreto Ley 211. Mediante resolución de 17 de octubre de 2023, el TDLC declaró que las bases consultadas no infringían el Decreto Ley 211, estableciendo criterios para determinar cuándo es posible que la autoridad de competencia intervenga en las bases de licitaciones públicas y cuándo resulta inadmisibles. En específico, sostuvo que el análisis de las bases de licitación en sede de libre competencia se debe acotar a los aspectos en que existió discrecionalidad por parte del organismo que las elaboró, y enfatizó que no corresponde ordenar la modificación de bases de licitación si con ello se contraría lo regulado por la legislación sectorial vigente aplicable:

La Corte Suprema ha delimitado el ámbito de análisis de las bases de licitación a los aspectos en que pudo existir discrecionalidad por parte del organismo del Estado que las elaboró. En tal sentido, no corresponde a este Tribunal ordenar la modificación de bases de licitación si con ello se contraría expresamente lo regulado por legislación sectorial vigente aplicable en la especie (Corte Suprema, 15 de junio de 2009, rol 1855-2009, c. 7.º y 8.º; y Corte Suprema, 28 de enero de 2011, ingreso C. S. 6100-2010, c. 14.º). [...] El ámbito de análisis de bases de licitación en esta sede se relaciona fundamentalmente con su diseño, pues en ese espacio existe una posibilidad objetiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida, o que se tienda a ello (TDLC, resolución 79 de 2023).

El objetivo de este análisis, según puntualizó el TDLC, «no apunta a determinar si el ente administrativo adoptó una estructura y metodología óptimas», sino únicamente a evaluar «la existencia de riesgos anticompetitivos que se podrían derivar de la metodología diseñada por la Superintendencia de Casinos de Juego para estos efectos, así como su concordancia con el mandato del legislador» (resolución 79 de 2023). Lo que se juzga, por consiguiente, no es si el diseño de la licitación es óptimo a nivel técnico, sino si en las bases se abordan de manera razonable los riesgos anticompetitivos, y que en ellas no se facilite de manera manifiesta la colusión entre los agentes económicos del mercado. De esta forma, destacó el tribunal que «el estándar de conducta aplicable no demanda un diseño óptimo desde la perspectiva económica ni una diligencia extrema, sino el que se hayan abordado los riesgos de manera razo-

nable» (resolución 79 de 2023). Así, en relación con los riesgos de coordinación, concluyó en el mismo considerando que «tal como se ha resuelto y lo reitera la Fiscalía Nacional Económica, este Tribunal ha señalado que para alcanzar ese estándar basta con que, en el diseño de las bases, la autoridad no haya manifiestamente facilitado la colusión» (resolución 79 de 2023).

Como se puede observar, tanto el reciente pronunciamiento del TDLC a raíz el caso Casinos de Juego del Maule S. A., como las sentencias dictadas por la Corte Suprema y dicho tribunal en el caso Revista Punto Final, el caso Sonda contra Servicio de Registro Civil e Identificación y el caso Cuotas de Pesca para Empresas Pequeñas y Medianas, ratifican el criterio asentado en el caso Frecuencias 3G y el caso Frecuencias Aéreas, en cuanto a que la autoridad de competencia está impedida de sancionar las actuaciones realizadas en cumplimiento de la normativa jurídica vigente, pudiendo únicamente intervenir en los actos que sean fruto de facultades discrecionales (o bien del componente discrecional de las potestades mixtas). Allí, precisamente, radica la diferencia entre intervenir *en* un mercado regulado e intervenir *el* mercado regulado.

Conclusiones

El examen de los casos antes mencionados demuestra que no es lo mismo alterar el diseño de la política pública sectorial, esto es, intervenir el mercado regulado, a controlar los espacios de discrecionalidad de los actores públicos o privados que intervienen en él con el fin de tutelar la libre competencia, es decir, intervenir en el mercado regulado. El primer supuesto se encuentra vetado de las facultades sancionatorias del TDLC, cuyas atribuciones sobre esta materia se restringen a la proposición de modificaciones normativas y a las instrucciones de carácter general (artículo 18 número 4 y artículo 39 letra n) del Decreto de Ley 211. El segundo sí está permitido, siempre y cuando sea efectivo que la normativa sectorial otorgue facultades discrecionales a estos agentes, y que el ejercicio de dichas facultades tenga, en el caso concreto, efectos anticompetitivos. La Fiscalía Nacional Económica se ha pronunciado expresamente a favor de esta tesis, declarando que:

En algunos casos, los objetivos de política pública y las regulaciones específicas que los concretizan pueden no estar alineados con los principios de la libre competencia, e incluso llegar a contravenirlos. En la medida que estas disposiciones estén fundadas en un mandato legal expreso y específico que se sobreponga a la normativa de libre competencia, y que la actuación de los Órganos de la Administración del Estado se ciña estrictamente a lo dispuesto en la ley, la Fiscalía Nacional Económica entiende que tal actuación no sería objeto de reproche como ilícito anticompetitivo [...]. Por el contrario, en aquellos casos en que la actuación no está expresamente amparada por una ley, o en que el órgano de Administración del Estado actúa con-

trariando la normativa de libre competencia pese a que la ley sectorial otorga espacios para que su actuación se ajuste a dicha normativa, cabría cuestionar la legalidad de la actuación del órgano de Administración del Estado ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012: 5).

Todo esto refuerza el llamado a que los agentes que intervienen en un mercado regulado, especialmente a los organismos públicos, ejerzan sus potestades discrecionales con prudencia, idealmente ponderando los efectos anticompetitivos de sus posibles decisiones con los objetivos de la política pública, a fin de optar por el curso de acción que represente menos riesgos para la libre competencia, y adoptando las medidas de mitigación necesarias para reducir dichos riesgos.⁹ Así, según la Fiscalía Nacional Económica:

Cuando sea factible, deberán ponderarse las medidas alternativas para la consecución de la política específica que se pretende implementar de modo de evitar o generar el menor impacto sobre la libre competencia. Cuando no existan medidas alternativas plausibles de implementar, se debe reconocer y dimensionar el impacto negativo de la medida a adoptar, a fin de ponderar las posibles medidas de mitigación que contrarresten o compensen dichos efectos. De esta manera, luego de evaluar el impacto negativo sobre la competencia y los beneficios en el ámbito público asociados a la aplicación de la medida, será posible tomar la mejor decisión para la sociedad (2012: 6).

Con todo, concordamos con Agüero al afirmar que, en la práctica, resulta inalcanzable que los organismos públicos estén constantemente realizando un examen previo acerca de todas y cada una de sus decisiones discrecionales con el objeto de descartar o disminuir cualquier riesgo a la libre competencia (Agüero, 2022: 441-442). Por ese motivo, creemos que la intervención del TDLC, especialmente en su arista sancionatoria, se debiese restringir a casos más bien excepcionales y en los que efectivamente exista un peligro o daño grave a la libre competencia.

Finalmente, hay que subrayar que es prácticamente imposible que el legislador o la Administración, mediante su potestad reglamentaria, puedan de antemano prever todos los escenarios jurídicos a los que se verán expuestos el regulador sectorial o los privados sujetos a su control, y menos que contemplen cómo deben reaccionar ante cada una de dichas situaciones (Agüero, 2022: 419). Es por esa razón que la discrecionalidad también es, al menos en cierto grado, deseable en la política pública sectorial, además de ser de utilidad para dinamizar el funcionamiento del mercado y agilizar la

9. En general, se sostiene que el impacto de una medida en la libre competencia se evalúa desde tres grandes aristas. Primero, si con ella se limita el número de actores que participan de un mercado; segundo, si afecta la capacidad de dichos actores para competir; y tercero, si se reducen los incentivos para seguir compitiendo (Agüero, 2022: 441).

función regulatoria, de manera que es doblemente recomendable que esos espacios solo sean intervenidos cuando su ejercicio suponga un riesgo efectivo y grave a la libre competencia. Es de esperar, por lo tanto, que la distinción entre intervenir *en* un mercado regulado e intervenir *el* mercado regulado no se desdibuje en el tiempo, y que las autoridades de competencia no hallen discrecionalidad en donde no la hay para modificar una normativa sectorial que no es de su completo agrado.

Referencias

- AGÜERO, Francisco (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*. Santiago: Der.
- ALARCÓN, Pablo (2000). *Discrecionalidad administrativa: Un estudio de la jurisprudencia chilena*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur.
- CEA, José (2004). *Derecho constitucional chileno: Derechos, deberes y garantía*. Tomo 2. Santiago: Universidad Católica de Chile.
- CORDERO, Luis (2015). *Lecciones de derecho administrativo*. Santiago: Thomson Reuters.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2012). *Guía sector público y libre competencia*. Disponible en <https://tipg.link/R-fN>.
- ÍÑIGUEZ, Catalina y Gonzalo Villazón (2023). *Lineamientos para el diseño de licitaciones por parte de Órganos de la Administración del Estado: Una mirada a la jurisprudencia reciente en sede de libre competencia*. Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez. Disponible en <https://tipg.link/R-fa>.
- IRARRÁZABAL, Felipe (2010). *El sistema chileno de defensa de la libre competencia*. Fiscalía Nacional Económica. Disponible en <https://tipg.link/R-fU>.
- NEHME, Nicole (2011). «Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los Organismos de la Administración del Estado». En Andrea Butelman, Radoslav Depolo, María Elina Cruz y Ricardo Jungmann (editores), *La libre competencia en el Chile del bicentenario*. Santiago: Universidad Católica; Thomson Reuters.
- SANTAMARÍA, Juan (2002). *Principios de derecho administrativo. Volumen 1*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1996). *Derecho administrativo: Bases fundamentales. Tomo 2: El principio de juridicidad*. Santiago: Jurídica de Chile.
- . (2023). *Derecho administrativo. Tomo 2: El acto administrativo*. Santiago: Thomson Reuters.

Aclaración

Todas las opiniones vertidas en el presente artículo son estrictamente personales del autor y no representan a ninguna organización, institución o persona jurídica.

Sobre el autor

CRISTÓBAL MARTÍNEZ VARELA es licenciado con distinción máxima en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, y cuenta con un diplomado en Libre Competencia con mención en Industrias Reguladas de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente se desempeña como abogado asociado en el grupo de Litigios, Libre Competencia y Regulación Económica de Claro & Cía. Su correo electrónico es cristobal.martinez@derecho.uchile.cl.  <https://orcid.org/0009-0003-2536-7132>.

La *Revista de Derecho Económico* es un esfuerzo editorial de profesores del Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile y de juristas externos que presentan ideas y reflexiones surgidas de sus investigaciones. La revista publica artículos sobre aspectos jurídicos relacionados con microeconomía, macroeconomía, políticas económicas, orden público económico, libre competencia, regulación de servicios públicos, derecho del consumidor, derecho bancario, derecho del mercado de valores, derecho tributario, contabilidad, comercio y finanzas internacionales, derecho del medioambiente y recursos naturales, derecho minero, derecho de aguas, derecho de la energía, derecho internacional económico, análisis económico del derecho y otras temáticas afines.

EDITOR GENERAL

Jaime Gallegos Zúñiga

COMITÉ EDITORIAL

José Manuel Almudí Cid, Universidad Complutense, España
Luciane Klein Vieira, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil
Rodrigo Polanco Lazo, Universidad de Berna, Suiza

COLABORADORES

José Ignacio Muñoz Pereira, Javiera Astudillo López, Andrés Urzúa Farías, Maximiliano Aguirre Contreras, Ignacio Badal Acuña, Andrea Barros Ovalle, David Becker Maldonado, Martín Castro Arduengo, Fernanda Reyes Hinrichsen y Sofía Toro Molina

SITIO WEB

revistaderechoeconomico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

jgallegos@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io).