

## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS SUJETOS ACTIVOS DEL INJUSTO MONOPÓLICO INFRACCIONAL

Domingo Valdés Prieto\*

### RESUMEN

El artículo se centra en el análisis de uno de los elementos centrales de la denominada faz objetiva del tipo infraccional previsto en el artículo tercero del Decreto Ley 211: el sujeto activo. En términos generales, el presente trabajo revisa las principales características y clasificaciones de los sujetos activos del injusto monopólico infraccional. En lo particular, se centra en dos temas que han merecido mayor discusión doctrinaria en torno a este elemento: primero, la naturaleza de los vínculos entre los diversos agentes económicos que pueden verse involucrados en un injusto monopólico y, segundo, las razones que justifican la aplicación del tipo infraccional antimonopólico a autoridades públicas dotadas de potestades infralegales.

**Palabras clave:** Derecho de la libre competencia – injusto monopólico – sujeto activo – autoridades públicas.

### ABSTRACT

*The article centers its analysis on one of the central objective elements of Chilean antitrust law infringements: the active subject of said infringement. In general, this work reviews the ways in which this element may be classified, as well as its main characteristics. In particular, it focuses on two aspects subject of debate: first, the nature of the relationships between the different economic agents that may participate in an antitrust infringement and, second, the reasons that justify considering public authorities as possible active subjects in infringement of competition law.*

**Key words:** Competition law – antitrust law infringements – active subject – public authorities.

La denominada faz objetiva del tipo infraccional previsto en el artículo tercero del Decreto Ley 211 está construida sobre la descripción del sujeto activo, del sujeto pasivo y la acción u omisión, debiendo estas últimas hallarse vinculadas con un determinado resultado. Esta vinculación es de naturaleza causal; de allí que ésta es denominada nexos causal.

### 1. La Expresión “El que”

---

\* Abogado, Universidad de Chile y Master of Laws, The University of Chicago. Profesor Titular de Derecho Económico y Libre Competencia por la Universidad de Chile. Miembro de la Comisión Asesora Presidencial en Materia de Libre Competencia.

Se inicia la descripción del tipo infraccional del injusto de monopolio con la expresión “*El que...*”, expresión que alude a la persona que opera como sujeto activo, esto es, quien perpetra una acción u omisión típica.

La Excma. Corte Suprema de la República ha conceptualizado, con precisión, el sujeto activo al sentenciar: “*El sujeto activo. Esto es, la persona que realiza el hecho descrito en el tipo legal, denominado por la ley “agente económico”. Es posible que sea una persona natural, jurídica o colectiva*”<sup>1</sup>.

De lo afirmado por la Excma. Corte Suprema se sigue que todo sujeto activo debe ser una persona<sup>2</sup>, sea ésta natural<sup>3</sup>, o bien jurídica<sup>4</sup>, aún cuando algún pasaje del Decreto Ley 211 emplee los términos “agente económico”<sup>5</sup>. Esta sinonimia entre las voces “persona” y “agente económico” resulta acreditada también por los ejemplos que utiliza la parte segunda del tipo infraccional antimonopólico para ilustrar quién puede ser “El que”. Así, la letra a) alude a “competidores”, la letra b) a “agentes económicos” y la letra d) a “personas”, todos los cuales constituyen ejemplificaciones de las personas que caen bajo la expresión “El que”. Ello también se ve confirmado por quienes pueden sufrir las sanciones previstas en el artículo 26 del Decreto Ley 211: la letra b) está referida a personas jurídicas de derecho privado, en tanto que la letra c) alude a multas impuestas a personas jurídicas y personas naturales.

## **2. Clases de Sujetos Activos por la Naturaleza de la Personalidad**

En cuanto a la personalidad se planteó que la formulación contenida en el “Proyecto de Reforma del Decreto Ley 211 que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, esto es, la alusión a personas naturales y personas jurídicas, de derecho público o privado, sería insuficiente. En apoyo de tal supuesta insuficiencia se argumentó con dos ejemplos: i) el caso de centrales de abastecimiento de ciertos ministerios u organismos públicos, que comercian artículos a pérdida basados en capitales provistos anualmente en leyes de presupuestos, y ii) el caso de sociedades de hecho que carecen de personalidad jurídica no obstante ser reconocidas como agentes económicos en diversas leyes. Como un paliativo a tal insuficiencia, se propuso aludir a “agentes económicos”.<sup>6</sup>

Sobre el particular, hemos de considerar que en el primer ejemplo propuesto siempre existe una persona jurídica a la cual habrá de imputarse la actividad del organismo público, ya que si no se trata de un ente público dotado de personalidad jurídica propia, habrá de acudir a la persona jurídica Fisco, según enseña el Derecho administrativo.

---

<sup>1</sup> Sentencia de la Excma. Corte Suprema de 7 de septiembre de 2012, considerando 78, numeral 2, Rol N°2758-2012 (Recurso de Reclamación contra Sentencia 119/2012 del TDLC).

<sup>2</sup> Para un análisis del concepto de persona, véase AMENGUAL, GABRIEL., *Antropología Filosófica*, Cap. VIII, pp. 205-239, editorial BAC, Madrid, 2007.

<sup>3</sup> Artículos 25 y 55, Código Civil.

<sup>4</sup> Artículo 545, Código Civil.

<sup>5</sup> Así, por ejemplo, artículo 3, letra b), del DL 211.

<sup>6</sup> SOFOFA, “Observaciones al Proyecto de Ley que Modifica el Decreto Ley 211, de 1973, sobre Defensa de la Libre Competencia”, presentado ante el Senado con fecha 11 de julio de 2002.

Respecto del segundo ejemplo, resulta evidente que la acción reprochada podrá ser imputada a la persona natural que ha actuado por esa “sociedad de hecho”.

En síntesis, el Derecho se ha ocupado de hacer operativa la noción de persona y por ello no quedan lagunas de imputación en virtud de las cuales pueda evanescerse la responsabilidad monopólica.

La fórmula “*El que*” comprende toda persona natural o jurídica, sea de derecho privado o de derecho público, sea que éstas obren personalmente, a través de órganos, mandatarios o agentes oficiosos o en otra forma que comprometa el actuar de cualesquiera de ellas<sup>7</sup>. La persona jurídica puede corresponder a un simple particular, a una persona pública comportándose como competidor o bien a una persona pública operando en cuanto autoridad pública en ejercicio de potestades normativas de jerarquía infralegal.

Es precisamente esta fórmula la que el TDLC ha descrito acertadamente al sentenciar: “*El DL 211 es aplicable a todos los sujetos que intervienen directa o indirectamente en los mercados, sea que se trate de particulares o de personas de derecho público, y sea que éstas participen como competidores (i.e empresas públicas), adquirentes o demandantes de bienes o servicios necesarios para el desempeño de sus funciones o potestades públicas (i.e todos los organismos públicos sea directamente o por medio de centrales de abastecimiento) o en cuanto autoridades que ofrecen o asignan a los particulares recursos económicos o derechos en ejercicio de potestades normativas, aún sin una contraprestación (e.g. derechos de aprovechamiento de agua, espectro radioeléctrico, concesiones de obra pública, derechos de tráfico aéreo)*”<sup>8</sup>.

La importancia de esta descripción es que confirma lo que ya habíamos sostenido en cuanto a que no es relevante la naturaleza de la persona que atenta contra la libre competencia<sup>9</sup> y que la participación de la misma en un mercado puede ser directa o indirecta. La participación es *directa* cuando una persona oferta o demanda bienes económicos en un determinado mercado. Por contraste, la participación resulta *indirecta* cuando intervienen autoridades públicas otorgando, concesionando o asignando recursos económicos o bien ejercitando sus potestades públicas en forma tal que puede afectar el adecuado funcionamiento de los mercados correspondientes.

### **3. Calificaciones de Sujetos Activos**

El sujeto activo del tipo infraccional antimonopólico no requiere de la concurrencia de ninguna calificación especial para reflejarse en el inciso primero del mencionado tipo, lo cual no es óbice para que ciertas especies y subespecies de injusto monopólico puedan requerir calificaciones especiales en la persona agente<sup>10</sup>. Determinar los elementos genéricos, específicos y particulares de un atentado contra la libre competencia no es un ejercicio meramente académico o especulativo,

---

<sup>7</sup> Sentencia 136/2014, considerando 17, del TDLC.

<sup>8</sup> Sentencia 114/2011 del TDLC, considerando 9.

<sup>9</sup> Sentencia 77, considerando 10; Sentencia 133, considerando 19, Sentencia 134, considerando 10 y Sentencia 136/2014, considerando 7, todas del TDLC.

<sup>10</sup> Así, por ejemplo, la letra b) del artículo tercero del DL 211 exige una posición dominante ostentada por el o los perpetradores de un abuso de posición dominante.

sino que -según ha puesto de relieve el propio TDLC en un fallo<sup>11</sup> y, por lo demás, así lo ha confirmado la Excm. Corte Suprema en una sentencia<sup>12</sup>- resulta una tarea de la mayor trascendencia para juzgar si una determinada conducta puede ser calificada de ilícito monopólico o no. En efecto, son precisamente aquellos elementos los que deberán acreditarse en cada proceso a objeto de sancionar a sus pretendidos autores por la perpetración de ilícitos monopólicos.

En todo caso, nunca tales calificaciones pueden referirse a la nacionalidad del sujeto activo, ya que no procede distinguir para efectos del tipo infraccional en análisis si los sujetos activos son personas nacionales o extranjeras, puesto que el trato en materia económica ha de ser el mismo para el extranjero que para el nacional<sup>13</sup>. El sujeto activo extranjero que opera en Chile puede tener presencia en nuestro país a través de un mandatario, de una representación o una agencia, todas las cuales son formas que puede asumir la personalidad dando satisfacción a la expresión “*El que...*”. En tal sentido, resulta de muy dudosa constitucionalidad la reforma introducida al Decreto Ley 211 por la Ley 20.945 (2016) que permite notificar a una filial de una empresa extranjera de los requerimientos o demandas que se interpongan en contra de esta última<sup>14</sup>, puesto que una matriz y su filial constituyen personas jurídicas diversas para todos los efectos jurídicos.

#### **4. Clases de Sujetos Activos por la Naturaleza de sus Vínculos**

Procede aclarar que, de conformidad al tipo del injusto monopólico en estudio, la conducta será ilícita no sólo cuando quien la ejecute obre individualmente, sea por autoría directa o mediata, sino también cuando esa conducta sea realizada en forma colectiva. En cuanto a esta última modalidad de actuación, ésta puede dar lugar a múltiples formas de coautoría, conspiración, autoría concomitante, instigación, complicidad y encubrimiento, categorías que si bien se originaron en el ámbito penal, por vía del *ius puniendi* estatal se emplean para abordar la responsabilidad correspondiente en el orden infraccional antimonopólico.

El sujeto activo debe intervenir en la conducta reprochada por el tipo infraccional en alguna de las formas antes señaladas, puesto que de otra forma aquélla no podría serle imputada y consecuentemente no le cabría responsabilidad monopólica alguna. Es por ello que el Tribunal Antimonopólico, acertadamente, declaró liberada de responsabilidad por transgresión del Decreto Ley 211 a una sociedad que había sido objeto de requerimiento por parte de la Fiscalía Nacional Económica, no obstante haberse aquélla constituido con posterioridad a la perpetración de las conductas objetadas y no ser la sucesora legal de la desaparecida compañía autora de estas últimas, sino que haberse limitado a la compra de sus activos<sup>15</sup>.

Es importante señalar que en ciertos ilícitos, tales como prácticas concertadas, se ha observado la intervención de terceros cuya responsabilidad monopólica no ha sido aún determinada por el

---

<sup>11</sup> Sentencia 57/2007 del TDLC, considerando 31.

<sup>12</sup> Sentencia de la Excm. Corte Suprema de la República de fecha 28 de enero de 2008, considerando 4. Rol N°4052-2007.

<sup>13</sup> Artículo 19 N°22, Constitución Política de la República.

<sup>14</sup> Artículo 21, inciso segundo, DL 211.

<sup>15</sup> Resolución 56/1979 de la Comisión Resolutiva, considerando 4 y resuelvo 2.

Tribunal Antimonopólico. Así, ciertas formas de prácticas concertadas exigen intercambios de información entre competidores concertados para lograr las adecuaciones necesarias en los precios pre-acordados, sea que tales intercambios se verifiquen directa o indirectamente. Lo anterior no significa identificar las *prácticas concertadas* con los intercambios de información, ya que éstos son medios para la realización de aquéllas.

Las *prácticas concertadas* se verifican indirectamente en aquellos casos en los cuales intervienen terceros - distintos de los competidores partícipes en la correspondiente *convención monopólica* y subsecuentes *prácticas* - que facilitan o realizan la transmisión de información comercialmente sensible, sea reciente o futura, entre éstos. La transmisión de información tiene por objeto que o bien los contenidos de la *convención colusoria* se actualicen según las necesidades observadas en el mercado relevante correspondiente y se trasladen a los partícipes en el cartel, o bien se ejecuten las *prácticas* consecuentes. Estos terceros deben ser personas *ajenas* al injusto monopólico de que se trata, ya que de lo contrario estaríamos ante otros miembros o coautores del cartel horizontal en su modalidad de ilicitud conocida como “práctica concertada”. Es muy importante establecer de qué terceros se trata, ya que los contactos o anuncios de precios a clientes no se consideran contactos indirectos para efectos de demostrar una convención monopólica que estructura las prácticas concertadas<sup>16</sup>.

Las *prácticas concertadas* pueden asumir la modalidad denominada “hub & spoke”. La modalidad “*hub & spoke collusion*” o también denominada “colusión A-B-C” resulta de una estructura facilitadora, según la cual el centro (“hub”) serían los terceros y los rayos (“spokes”) serían las concertadas. Los facilitadores de la supuesta *práctica concertada* al circular información comercialmente sensible, sea reciente o futura, permitirían la articulación de esta modalidad de colusión horizontal.

En la jurisprudencia europea los casos de “hub & spoke collusion” requieren, al menos, una *concertación* entre cada una las competidores (“spokes”) y cada uno de los terceros (“hub”)<sup>17</sup>

El intercambio de información que se verifica a través de terceros debe ser comercialmente sensible, sea reciente o futura<sup>18</sup>.

La secuencia lógica de transmisión de dicha información sensible debería contemplar un competidor como origen, un tercero como transmisor y otra competidor como receptor. Ciertamente, esta secuencia es multiplicada por la cantidad de terceros y competidores que intervienen en este pretendido esquema común. Es presupuesto del funcionamiento de este

---

<sup>16</sup> Pasta de Madera II

<sup>17</sup> Office of Fair Trading (2003), “Decision of the Office of Fair Trading No. CA98/06/2003: Price Fixing of Replica Football Kit”, 1 August, Case CP/0871/01 y Office of Fair Trading (2010), “Decision of the Office of Fair Trading: Case CE2596-03 Tobacco”, 15 April.

<sup>18</sup> US Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors (April 2002). Paragraph 3.31(b): “The competitive concern depends on the nature of the information shared. Other things being equal, the sharing of information relating to price, output, costs, or strategic planning is more likely to raise competitive concern than the sharing of information relating to less competitively sensitive variables. Similarly, other things being equal, the sharing of information on current operating and future business plans is more likely to raise concerns than the sharing of historical information”.

intercambio el que los receptores confíen en que la transmisión es fidedigna y confiable y que su traslación tiene una finalidad comercial propositiva.

De lo anterior se sigue que el monitoreo de precios de la competencia no constituye una transferencia de información sensible y, por tanto, tampoco un indicio de colusión horizontal. Sobre el particular ha sentenciado el TDLC con toda precisión:

*“En general los supermercados fijan libremente sus precios con el objeto de competir por la preferencia de los consumidores intentando ofrecer un servicio de mejor calidad y un conjunto de bienes a precio competitivo para un grupo determinado de consumidores representativos. Para hacerlo, necesariamente deben comparar sus precios con los de empresas de su competencia y utilizar para ello los niveles de precios de una canasta de bienes representativa”<sup>19</sup>.*

En consecuencia, no basta que existan contactos entre competidores a los cuales se les imputa participación en una *práctica concertada*, sino que estos contactos deben traducirse en intercambios de información comercialmente sensible<sup>20</sup>, sea reciente o futura. Para que dicha información sea comercialmente sensible es indispensable que no sea pública y, por tanto, que no esté disponible a los consumidores finales o al mercado en general y que, adicionalmente, no se encuentre agregada. Luego, el monitoreo de precios recíproco no constituye una forma de colusión horizontal y, por tanto, tampoco una forma de *práctica concertada* a la luz del DL 211. Por el contrario, la doctrina económica moderna ha sostenido que cuantos más datos se tenga de los competidores, mayor será la eficiencia del correspondiente mercado relevante<sup>21</sup>.

La Excma. Corte Suprema ha confirmado aquel criterio al sentenciar: *“(…) el factor decisivo es el intercambio de información o toma de contacto entre competidores – que bajo las circunstancias de rivalidad, que a la libre competencia subyacen, no deberían tener lugar- se encuentra allí el núcleo de la práctica concertada o acuerdo colusorio tácito.”<sup>22</sup>*. Así, no se trata de cualquier intercambio de información o toma de contacto entre competidores, sino que de trasladar información que hace referencia al proceso de competencia mismo, esto es, información comercialmente sensible y que sin ser pública, tenga el carácter de reciente o futura.

El intercambio de información debe generar un comportamiento en el receptor de la misma, que resulte concordante con el contenido de la información recibido. Entre otras palabras, debe existir una relación causa-efecto entre la información recepcionada y el consecuente comportamiento por parte del competidor.

## **5. Análisis de las Diversas Categorías de Sujetos Activos**

---

<sup>19</sup> Sentencia 147/2015 del TDLC, considerando 69 (FNE vs. SMU). En este mismo sentido, considerando 72.

<sup>20</sup> Sentencia 139/2014 del TDLC (Pollos), considerandos 244 y 245.

<sup>21</sup> GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M., El Intercambio de Información entre Empresas y la Libre Competencia, en FontGalán/Pino Abad, “Estudios de Derecho de la Competencia”, pp. 363 y ss., Madrid, 2005.

<sup>22</sup> Sentencia de la Excma. Corte Suprema de 7 de septiembre de 2012, considerando 80, numeral 2, Rol N°2758-2012 (Recurso de Reclamación contra Sentencia 119/2012 del TDLC).

Es importante advertir que aproximarse a las diversas categorías de sujetos activos partiendo de la premisa de que el derecho de la libre competencia “surge de la necesidad de limitar la libertad privada” 23, constituye un grave error “ab initio” y que, en cuanto tal, conduce a conclusiones equivocadas. En efecto, el Decreto Ley 211 tutela el adecuado funcionamiento de los mercados mediante la interacción de la oferta y la demanda y aquél puede ser conculcado tanto por competidores, que sean personas privadas y personas públicas, como por autoridades públicas en ejercicio de potestades infralegales. De allí que lo tutelado no es una libertad privada sino que algo mucho más complejo y de gran valor social, cual es el adecuado funcionamiento de los mercados. Por ello, imaginar que el Decreto Ley 211 se ocupa tan solo de una libertad privada conduce a una mirada incompleta del bien jurídico tutelado, el cual constituye parte integral del orden público económico nacional y, por tanto, lleva a una interpretación reduccionista de los sujetos activos previstos en el artículo tercero de dicho cuerpo normativo.

### 5.1. Sujeto activo competidor

Participan *directamente* quienes compiten en el mismo como oferentes o demandantes de bienes económicos o servicios, sea que estos competidores sean personas jurídicas constituidas de conformidad al derecho privado, v.gr. Banco de Chile, o al derecho público, v.gr., Banco del Estado. Asimismo, las personas jurídicas de derecho privado son competidoras, sea que persigan fines de lucro<sup>24</sup> o no<sup>25</sup>, como bien ha confirmado el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia al establecer: “*cualquier persona, sea natural o jurídica, pública o privada, con o sin fines de lucro, que concurra individual o colectivamente a un mercado como oferente o demandante de bienes o servicios*”<sup>26</sup>. Por tanto, no resulta de la esencia del sujeto activo competidor contemplado en el tipo infraccional del artículo tercero en comento el desarrollar actividades económicas con fines de lucro<sup>27</sup>.

### 5.2. Sujeto activo autoridad pública

Podría, todavía, plantearse la duda acerca de si las personas constituídas de conformidad al derecho público que revisten la categoría de autoridades públicas y que actúan indirectamente sobre los mercados quedan alcanzadas por el Decreto Ley 211. Al respecto, tenemos la certeza de que las autoridades públicas que ejercen potestades infralegales que puedan conculcar la libre competencia, caen bajo el espectro de aplicación de nuestra legislación antimonopólica y, particularmente, del tipo infraccional en análisis.

Cabe advertir que algunas de estas autoridades públicas compiten y a la vez ejercitan potestades

---

<sup>23</sup> GARCÍA MACHMAR, W., Los Órganos de la Administración del Estado como Sujetos de las Multas Aplicadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 128, en Revista de Derecho Económico, Año XLIX, Número 76, Santiago, 2014.

<sup>24</sup> Artículo 547, inciso primero, Código Civil.

<sup>25</sup> Artículo 545, inciso segundo, Código Civil.

<sup>26</sup> Sentencia 67/2008 del TDLC, considerando 10.

<sup>27</sup> Sentencias 4/2004, 11/2004, 13/2005, 14/2005, 20/2005, 32/2005, 34/2005, 37/2006 y 44/2006 del TDLC.

públicas, v.gr., Banco Central de Chile y Correos de Chile, en tanto que otras autoridades públicas no compiten en un sentido estricto sino que intervienen en los mercados exclusivamente mediante el ejercicio de potestades públicas.

El que tales autoridades queden alcanzadas por el tipo infraccional antimonopólico resulta ampliamente fundado por las siguientes razones:

a) El inciso segundo del artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República prescribe que en el evento que el Estado y sus organismos desarrollen actividades empresariales o participen en éstas –supuesto que haya mediado una ley de quórum calificado autorizándolos y tal autorización se haya fundado en el principio de subsidiariedad–, tales actividades deberán estar sometidas a la legislación común aplicable a los particulares. Dicha legislación común, ciertamente, comprende el Decreto Ley 211. Al efecto, no debe confundirse la legislación común mencionada que rige las actividades económicas de los entes públicos que desarrollan actividades empresariales con la normativa de derecho público que regla la creación y funcionamiento interno de estos últimos.

b) El inciso primero del artículo 19 N°22 de la Constitución Política de la República dispone que el Estado y sus organismos no pueden discriminar arbitrariamente en el trato que brindan en materia económica. Constituiría una gravísima discriminación arbitraria el que ciertos competidores, por el mero hecho de constituir autoridades públicas, quedasen sustraídos a las normas fundamentales de la libre competencia. Luego, esta discriminación arbitraria está vedada al legislador y, por tanto, ninguna ley –tampoco el Decreto Ley 211– puede crear excepciones o inmunidades en favor de ciertas personas ante la libre competencia por la sola circunstancia de gozar de una personalidad de derecho público y ejercer potestades públicas.

c) El artículo 74 de la Ley 18.840, Orgánica del Banco Central de Chile, contempla la reclamación de las decisiones de esta autoridad pública de rango constitucional ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Debe recordarse que el Banco Central de Chile no sólo es un importantísimo competidor en el mercado cambiario sino también una autoridad pública reguladora de este último. Si es posible hacer efectiva la responsabilidad monopólica del Banco Central, quinto poder del Estado cuya autonomía está garantizada constitucionalmente, con mayor razón podrá ésta hacerse efectiva respecto de autoridades públicas del Estado de origen meramente legal.

d) La Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores establece en su artículo 58, inciso segundo, letra c) que el Servicio Nacional del Consumidor tendrá entre sus funciones la de recopilar, elaborar, procesar, divulgar y publicar información para facilitar al consumidor un mejor conocimiento de las características de la comercialización de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. A lo anterior añadió la Ley 19.955 la siguiente disposición: *En el ejercicio de esta facultad, no se podrá atentar contra lo establecido en el Decreto Ley 211, de 1973, que fija normas sobre la defensa de la libre competencia.* De ello se sigue que el Servicio Nacional del Consumidor no puede bajo pretexto de ejercitar la potestad pública antes mencionada vulnerar la libre competencia. Podría alguien pretender argumentar que como tal advertencia está referida a esta potestad pública en particular, no rige el Decreto Ley 211 respecto de las demás atribuciones de dicha autoridad administrativa. Estimamos que tal raciocinio debe ser rechazado por estrellarse



contra la sistemática del Decreto Ley 211 y las garantías constitucionales antes mencionadas. Resulta, a diferencia, más lógico ver en tal disposición un claro recordatorio al Servicio Nacional del Consumidor de que en el ejercicio de esa singular y delicada potestad pública no puede vulnerar ese fundamental bien jurídico tutelado que es la libre competencia.

e) La jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia establece que ninguna persona queda excluida de la aplicación del tipo antimonopólico del artículo tercero. Confirmando esta interpretación, en el sentido de que las personas no requieren de calificación especial alguna para realizar el sujeto activo del tipo en comento, el Tribunal Antimonopólico ha resuelto: “*Los arts. 1º y 3º del Decreto Ley 211, de 1973, no distinguen ninguna clase de personas jurídicas a las que podría sustraerse de la aplicación de sus normas*”.<sup>28</sup> Lo anterior, naturalmente, no significa que el intérprete no deba distinguir a fin de excluir las autoridades públicas en ejercicio de potestades normativas de jerarquía igual o superior al rango legal, las cuales en atención al rango normativo de sus respectivas potestades quedan intocadas por el Decreto Ley 211, de 1973. Esto no importa inmunidad monopólica para las autoridades públicas dotadas de atribuciones legales o supralegales, según hemos explicado al comentar los alcances del art. 19, N<sup>os</sup> 21 y 22 de la Constitución Política de la República. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha confirmado lo anterior al sentenciar que el sujeto activo de un injusto monopólico: “*(...) no requiere tener ninguna calidad especial, de manera que comprende a cualquier persona, sea natural o jurídica, pública o privada, con o sin fines de lucro, que concorra individual o colectivamente a un mercado. Por lo tanto, dado que las normas de libre competencia son de orden público, si se hubiese querido exceptuar de cumplir con ellas al Estado o a alguno de sus organismos (...) tal excepción habría debido establecerse por ley, lo que no ha sido el caso. Por el contrario, el Estado y sus organismos deben desarrollar cualquier función que le encomiende el ordenamiento jurídico y que implique su intervención en los mercados, observando las normas de la libre competencia, de cuya aplicación, como se dijo, ninguna norma los exime*”<sup>29</sup>. Respecto de estos entes administrativos constituye parte medular de nuestra legislación antimonopólica su sujeción al Decreto Ley 211 y es por ello que la Comisión Resolutiva – cuyo sucesor es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia - había observado: “*El ejercicio por parte de la autoridad de facultades discrecionales encuentra un límite en las normas legales que regulan la libre competencia*”<sup>30</sup>.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha confirmado que el Decreto Ley 211 tiene por destinatario a las autoridades públicas no sólo para efectos del artículo cuarto sino que también para efectos del artículo tercero de dicho cuerpo normativo: “*Que se ha planteado en estrados que la denuncia de autos sería inadmisibile por el hecho de que sólo se impugnan las razones de mérito que ha tenido el Ministro recurrido para dictar las resoluciones impugnadas. Al respecto, este Tribunal se considera competente para conocer de actuaciones de la autoridad que infrinjan o*

---

<sup>28</sup>Resolución N°239, vistos 7, letra b), Comisión Resolutiva.

<sup>29</sup> Sentencia 121/2012 del TDLC, considerando 5. En este mismo sentido, Sentencia 89/2009 del TDLC, considerando 10; Sentencia 92/2009 del TDLC, considerando 7; Sentencia 113/2011 del TDLC, considerando 3; Sentencia 114/2011 del TDLC, considerando 8; y Sentencia 132/2013 del TDLC, considerando 7.

<sup>30</sup> Resolución 173/1984 de la Comisión Resolutiva. En el mismo sentido, Resoluciones 306/1989 y 584/2000 de la Comisión Resolutiva.

*puedan infringir las normas que protegen la libre competencia contenidas en el D.L. N°211, aún 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”<sup>31</sup>.*

La Excma. Corte Suprema de la República ha confirmado también este criterio al confirmar una condena del TDLC contra la Municipalidad de Curicó sentenciando: *“No debe olvidarse que de un mismo acto pueden derivar consecuencias jurídicas de diversa naturaleza, y que el examen de legalidad ha de verificarse sólo por el órgano al que la ley ha conferido competencia en razón del tipo de la eventual transgresión. En la especie el asunto de autos está comprendido en la competencia del tribunal impugnado porque se trata de un conflicto de aquellos señalados en el artículo 3° del D.L. 211 y no de un conflicto surgido entre la aprobación de las bases de la licitación y su adjudicación, como lo previene a estos efectos el citado artículo 24 de la Ley 19.886”<sup>32</sup>.*

Es importante advertir que una autoridad pública puede ser sujeto activo de una infracción monopólica no sólo cuando opera como competidor en un determinado mercado relevante sino que también al ejercer sus potestades públicas de forma tal de afectar dicho bien jurídico. Así lo confirma el TDLC: *“Que en este orden de consideraciones, existe abundante jurisprudencia tanto de este Tribunal como de sus antecesoras – las Comisiones Preventivas y Resolutiva – y de la Excma Corte Suprema, que ha señalado reiteradamente que las normas de libre competencia del D.L. N°211 no contemplan ninguna excepción en cuanto a los sujetos a quienes se aplica y que, por lo tanto, también deben ser cumplidas por los órganos de la Administración del Estado, por cuanto es perfectamente posible que éstos, a través de sus actuaciones en el mercado, impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o tiendan a producir dichos efectos;”<sup>33</sup>. A continuación precisa el TDLC: *“Que, por consiguiente, el Decreto Ley N°211 es aplicable a todos los sujetos que intervienen directa o indirectamente en los mercados, sea que se trate de personas de derecho privado, público o de administración autónoma, y sea que que estas últimas participen como oferentes, adquirentes o demandantes de bienes o servicios, o en cuanto autoridades que ofrecen o asignan recursos económicos”* (énfasis añadido)<sup>34</sup>. Lo relevante es determinar si las actuaciones de los órganos del Estado en la asignación de derechos o recurso entorpecen o eliminan la libre competencia, ocasionando pérdidas de bienestar social o que afecten negativamente la eficiencia económica en el uso o asignación de recursos escasos<sup>35</sup>.*

---

<sup>31</sup> Sentencia 11/2004 del TDLC. En este mismo sentido, Sentencias 91/2009 del TDLC.

<sup>32</sup> Sentencia de la Excma. Corte Suprema de la República, de 27 de mayo de 2009, causa Rol 7796-2008.

<sup>33</sup> Sentencia 132/2013 del TDLC, considerando 6.

<sup>34</sup> Sentencia 132/2013 del TDLC, considerando 8. En este mismo sentido, Sentencia 113/2011 del TDLC, considerando 8; Sentencia 114/2011 del TDLC, considerando 9; y Sentencia 121/2012 del TDLC, considerando 6.

<sup>35</sup> Sentencia 77/2008 del TDLC, considerando 9, y Sentencia 132/2013 del TDLC, considerando 9.

f) La propia jurisprudencia del Tribunal Antimonopólico ha hecho efectiva la responsabilidad monopólica de importantes personas jurídicas de derecho público e, incluso, de autoridades públicas, como es el caso del Banco Central de Chile, al cual representó que ciertas discriminaciones arbitrarias efectuadas por aquél mediante acuerdos emanados de su Comité Ejecutivo contravenían el Decreto Ley 211<sup>36</sup>. Asimismo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha sentenciado acerca de demandas interpuestas contra autoridades públicas como el Ministro de Transporte y Telecomunicaciones y la Ilustre Municipalidad de Cauquenes, reconociendo siempre la legitimidad pasiva de estos últimos<sup>37 38</sup>.

g) Importantes autoridades públicas, como la Dirección General de Aguas, han reconocido expresamente que el Decreto Ley 211 les rige al igual que a los competidores de los diversos mercados. Así, la Dirección General de Aguas declaró por Oficio N°725, de 23 de agosto de 1996, que dentro de la institucionalidad del país existe una legislación de fondo –que al igual que la Constitución Política de la República todo órgano del Estado, como lo es la mencionada Dirección, está obligado a respetar y acatar, como asimismo los particulares– y que esa legislación de fondo está contenida en el Decreto Ley 211 que vela por la tutela de la libre competencia.

h) Se ha dicho por un articulista que el Decreto Ley 211 no alcanzaría a las personas jurídicas de Derecho Público por la circunstancia de que el tipo infraccional antimonopólico “emplea un lenguaje que está dirigido a los particulares (“hecho, acto o convención”, “competidores”, “agente económico”, etc.). Sólo por analogía y mediante una interpretación extensiva pueden aplicarse estas hipótesis a los órganos de la Administración del Estado”<sup>39</sup>. La verdad es que el argumento citado carece de substancia, ya que todos saben que los órganos de la Administración del Estado emiten actos<sup>40</sup> y celebran convenciones<sup>41</sup> con el objeto de satisfacer los fines públicos para los cuales han sido dotados de sus correspondientes potestades. Asimismo, las nociones de agente económico y competidor resultan perfectamente predicables de órganos administrativos que demandan u ofertan bienes y servicios en los mercados y no resulta necesario acudir a analogías

---

<sup>36</sup>Resolución 239, Declaración 2, Comisión Resolutiva.

<sup>37</sup> Sentencia 14/2005 del TDLC.

<sup>38</sup> Sentencia 34/2005 del TDLC. Sin embargo, la Sentencia de la Excm. Corte Suprema de 29 de marzo de 2006, Rol N°383-2006, estimó en su considerando noveno que “no le corresponde intervenir al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en materias como las de autos, ya que las partes de este proceso no son agentes económicos en los términos del artículo 4 del Decreto Ley 211 y, además, porque la materia de autos se encuentra reglamentada en la Ley 18.695, Orgánica de Municipalidades.” Disentimos de esta conclusión toda vez que el sujeto activo para efectos de una eventual responsabilidad monopólica infraccional no necesariamente ha de ser un agente económico en un sentido privatístico sino que puede tratarse de cualquier autoridad pública que puede vulnerar la libre competencia en cualquiera de sus formas, contándose entre estas últimas los procesos licitatorios y consecuentemente el diseño de las bases respectivas.

<sup>39</sup> GARCÍA MACHMAR, W., Op. Cit., p. 133.

<sup>40</sup> Artículo 3, inciso segundo, Ley 19.980: “Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”.

<sup>41</sup> El contrato administrativo es “un acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebradas entre un órgano del Estado en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, y otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas”, según enseña MARIENHOFF, M., Tratado de Derecho Administrativo, pg. 34, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973. Una clara referencia a estas convenciones públicas se halla en el artículo 9 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y un ejemplo concreto se observa en el artículo 47 de la Ley Orgánica del Banco Central de Chile que autoriza a esta autoridad pública a “convenir con inversionistas o acreedores, externos o internos, y demás partes en una operación de cambios internacionales, los términos y modalidades en que el capital, intereses, utilidades o beneficios que se generen puedan ser utilizados, remesados al exterior o restituidos al inversionista o acreedor interno, como, asimismo, asegurarles, para estos efectos, libre acceso al Mercado Cambiario Formal.”

sino que simplemente atender a lo que enseña la Economía y observar lo que sucede en los mercados. En efecto, un *agente económico* es una: “Unidad básica donde se generan y toman decisiones respecto a la actividad económica. Un agente económico puede ser una persona, una empresa o cualquier organización que realice actividades económicas. Los agentes económicos típicos mencionados en la teoría económica son las personas o familias, en su papel de consumidores de bienes o servicios, y como oferentes de manos de obra; las empresas como demandantes de trabajo y oferentes de bienes o servicios y el Gobierno”<sup>42</sup>. El Gobierno o Administración del Estado, mirado desde la óptica del derecho interno, se halla conformado por una pluralidad de personas jurídicas de derecho público<sup>43</sup>, lo que explica la justificada resistencia de los economistas a considerar el Gobierno como una sola unidad básica, en el sentido antes anotado<sup>44</sup>.

En relación a la noción de *competidor*, cabe señalar que múltiples personas de derecho público ofertan bienes en competencia con otros agentes económicos, v.gr., Banco del Estado compite con Banco Itaú por la apertura de cuentas corrientes bancarias. Asimismo, personas integrantes de la Administración del Estado compiten por la obtención de bienes o servicios en condiciones más convenientes, v.gr., licitaciones públicas realizadas por Municipalidades para la colocación de luminarias o licitaciones públicas desarrolladas por el Servicio de Registro Civil para la elaboración de pasaportes bajo ciertos estándares de seguridad.

En suma, el lenguaje empleado por el Decreto Ley 211 y particularmente por el tipo infraccional antimonopólico no está dirigido sólo a particulares sino que aquél se prevale de términos económicos cuya aplicación resulta apropiada para referirse a entidades administrativas, según se ha demostrado. En tal sentido, buscar asilo en el artículo 4 del mencionado cuerpo normativo<sup>45</sup> para intentar articular la argumentación de que el Decreto Ley 211 está referido exclusivamente a particulares resulta un esfuerzo inútil por varias razones.

La primera es que el artículo 4 no autoriza “toda intervención” de órganos administrativos por la circunstancia de que la última frase de dicho precepto señale: “salvo que la ley lo autorice”. Ello se debe a que el artículo 4 sólo está referido al *otorgamiento de monopolios para el ejercicio de actividades económicas*, lo que constituye tan sólo una de las múltiples formas que tienen las autoridades públicas dotadas de potestades infralegales para intervenir en el mercado. Así, por ejemplo, estas autoridades públicas podrían perpetrar una discriminación arbitraria monopólica, según fue imputado el Servicio de Registro Civil en una demanda antimonopólica; incurrir en una negativa de venta, según fue acusado el Banco del Estado, entre muchas otras prácticas. Por tanto, lo señalado por el artículo 4 constituye un limitado subconjunto de las múltiples conductas proscritas por el tipo infraccional previsto en el artículo 3 del Decreto Ley 211. Luego, todas las

---

<sup>42</sup> Fundación BHC para el Desarrollo, “Términos Económicos de Uso Habitual”, p. 21, Editorial Universitaria, Santiago, 1982.

<sup>43</sup> Artículo 1, inciso segundo, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

<sup>44</sup> Fundación BHC para el Desarrollo, Op. Cit., p. 131. En este mismo sentido, RICHARD G.LYPSEY, “Introducción a la Economía Positiva”, p. 59, Ediciones Vicens-Vives, Barcelona, 1993.

<sup>45</sup> Artículo 4, DL 211: “No podrán otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas, salvo que la ley lo autorice”.

demás conductas continúan reprochadas por el mentado tipo infraccional.

La segunda razón por la cual falla este argumento es porque la frase “salvo que la ley lo autorice” se refiere a otras leyes que autoricen expresamente el otorgamiento de monopolios, v.gr., la ley general de servicios sanitarios que permite constituir monopolios de distribución de agua potable y recolección de aguas servidas, y no a las leyes que confieren potestades infralegales a ciertas autoridades públicas. De allí que imaginar que la expresión “salvo que la ley lo autorice” se refiere a una forma de inmunidad del actuar de las referidas autoridades públicas ante el Decreto Ley 211 porque éstas deben estar “habilitadas por ley” resulta incoherente con el tenor literal del mismo artículo cuarto en comento y, por cierto, insuficiente ante la amplitud lógica y teleológica del artículo tercero del Decreto Ley 211. La “habilitación por ley” no garantiza a las autoridades públicas inmunidades ni ante el Derecho de la Libre Competencia ni ante otros importantes cuerpos normativos ya que resulta esencial no identificar la habilitación por ley para actuar con la actuación concreta realizada en un caso específico en el cual puede conculcarse diversos bienes jurídicos, entre ellos la Libre Competencia.

En conclusión, resulta indudable que son destinatarios del tipo infraccional antimonopólico no sólo las personas regidas por el derecho privado y por el derecho público, sino que también las autoridades públicas dotadas de potestades infralegales.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

1. **AMENGUAL, G.**, Antropología Filosófica, Cap. VIII, editorial BAC, Madrid, 2007.
2. **FUNDACIÓN BHC PARA EL DESARROLLO.**, “Términos Económicos de Uso Habitual”, Editorial Universitaria, Santiago, 1982.
3. **GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.**, El Intercambio de Información entre Empresas y la Libre Competencia, en FontGalán/Pino Abad, “Estudios de Derecho de la Competencia”, Madrid, 2005.
4. **GARCÍA MACHMAR, W.**, Los Órganos de la Administración del Estado como Sujetos de las Multas Aplicadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en Revista de Derecho Económico, Año XLIX, Número 76, Santiago, 2014.
5. **MARIENHOFF, M.**, Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973.
6. **LYPSEY, R.**, “Introducción a la Economía Positiva”, Ediciones Vicens-Vives, Barcelona, 1993.