



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

SEPTIEMBRE, 2021

FACULTADES¹ PROPOSITIVAS DE LAS AUTORIDADES DE LIBRE COMPETENCIA

**PROGRAMA UC - LIBRE
COMPETENCIA**

**LIBRE COMPETENCIA EN POCAS
PALABRAS - N°II**

1 DOCUMENTO ELABORADO POR EL PROGRAMA UC | LIBRE COMPETENCIA, CON LA COLABORACIÓN DE JOAQUÍN CUNEO Y JIMMY OSORIO

1. ¿QUÉ DEBEMOS SABER SOBRE LA FACULTAD PROPOSITIVA?

La Potestad Propositiva, también llamada “requisitoria”, se ha conceptualizado como aquella en virtud de la cual la autoridad de competencia “envía un despacho solicitando a una autoridad se sirva ajustar un determinado cuerpo normativo a las exigencias del Derecho Antimonopólico” (2).

Pues bien, de lo indicado se tiene que el objetivo esencial de esta potestad es “establecer si un determinado cuerpo normativo, cuya jerarquía corresponda a una ley o a un reglamento, debe ser ajustado o no a fin de evitar vulneraciones a la libre competencia” (3). En el mismo sentido se ha dicho que la facultad en comento supone una sugerencia que, de ordinario, la autoridad de competencia efectúa respecto a un problema con el propósito de solucionarlo precisamente mediante la acción o decisión de la autoridad pública competente (4).

Así las cosas, la potestad se configura como “una facultad de carácter vigilante de las normas legales y reglamentarias que requieran de un aporte significativo y especializado en materias de libre competencia” (5). En consecuencia, el ejercicio de la potestad no constituye actividad jurisdiccional ni administrativa, pues no existe un conflicto jurídico entre legítimos contradictores.

Como se dijo, esta potestad también recibe la denominación “requisitoria”. Sin perjuicio de ello, y atendida la realidad normativa que se verá, el concepto no resulta del todo feliz. Lo anterior, por cuanto “requerir” supone la acción de “ordenar”, lo cual no se condice con el objeto del ejercicio de esta potestad, el cual es “sugerir”, es decir, “proponer”.

2 VÁLDES (2006) p. 694.

3 VÁLDES (2006) p. 696-697. SENTENCIA ROL CS 34013-2019, c. 12°

4 CENTRO DE LIBRE COMPETENCIA UC (2008) p. 6.

2. ¿QUÉ SABEMOS SOBRE LA FACULTAD PROPOSITIVA EN CHILE?

2.1. Chile

Facultad del TDLC: El artículo 18 n°4 del DL 211 preceptúa que entre las atribuciones y deberes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) está el “Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas. En todo caso, el ministro receptor de la propuesta deberá manifestar su parecer sobre ésta. La respuesta será publicada en el sitio electrónico institucional del Tribunal, de la Fiscalía y del Ministerio de que se trate”.

En un primer orden de ideas, cabe reiterar lo dicho *supra*, en el sentido que la recomendación que dicte el TDLC en el ejercicio de esta facultad carece de obligatoriedad para la autoridad a la cual se dirige, en este caso, el Presidente de la República. En ese sentido, es más bien una recomendación cuyo objeto es “lograr un ajuste normativo, a un precepto legal o reglamentario emanado o por ser emanado, mediante la dictación, modificación o derogación de estos” 6. Con todo, y sin perjuicio que la propuesta no es vinculante para el Presidente de la República, la ley N° 20.945 le impuso un deber legal de respuesta mediante el Ministro de Estado receptor.

Ahora bien, el propio TDLC interpretando el precepto citado, ha reiteradamente fallado

o que el ejercicio de la facultad por parte del Tribunal es de carácter privativa y discrecional (7). Así las cosas, se tiene que el tribunal dará inicio al procedimiento, regulado en el artículo 31 del DL 211, de oficio o a petición de parte. En este último caso, los antecedentes presentados al TDLC deben mostrar “la necesidad de que una reforma legal o reglamentaria deba ser efectuada por razones de libre competencia, ya sea porque hay disconformidad de ciertas normas con la libre competencia, porque existen vacíos normativos susceptibles de ser llenados para fomentar la competencia, o porque ciertas actividades económicas requieren ser reguladas para que su prestación se efectúe en condiciones competitivas” (8).

Finalmente, y en virtud que el ejercicio de la potestad se materializa con una sugerencia, el tribunal ha señalado que: i) la facultad no autoriza a pronunciarse respecto a proyectos futuros; y ii) la facultad no resulta útil si el ejecutivo ya se ha pronunciado de algún modo respecto a la materia (9).

De todo lo dicho, se tiene que la presente potestad “está específicamente orientada a realizar una vigilancia de la normativa legal y reglamentaria, de tal manera que, ésta no vulnere el estatuto base de la libre competencia en nuestro país” (10).

Facultad de la FNE: El artículo 39 letra q) prescribe que entre las atribuciones y deberes de Fiscal Nacional Económico está el “*Proponer fundadamente al Presidente de la República, a través del ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios*”

para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas. Este tipo de proposiciones tendrán siempre como antecedente una investigación o un estudio sobre la evolución competitiva de los mercados”.

Como se indicó supra, el ejercicio de la potestad propositiva no constituye actividad jurisdiccional. Por lo mismo, existieron cuestionamientos a la circunstancia que el legislador haya radicado esta facultad en el TDLC mas no en la FNE. Sin perjuicio de ello, se ha dicho que lo anterior fue así debido a que la dependencia política de la Fiscalía podría limitar el ejercicio de esta (11). Así las cosas, la ley N° 20.945 haciéndose cargo de ese cuestionamiento otorgó esta potestad al Fiscal Nacional Económico.

En consecuencia, en la actualidad la potestad propositiva se encuentra radicada en el TDLC y en el Fiscal Nacional Económico, aunque con diferencias, entre las cuales destaca que la propuesta de la FNE debe estar precedida de una investigación o un estudio sobre la evolución competitiva del mercado referido.

La Excma. Corte Suprema: En el Expediente de Recomendación Normativa N° 25-2018 se discutió si la Corte Suprema posee la facultad de revisar, vía recurso de reclamación, una recomendación normativa dictada por el TDLC o la resolución que la rechaza, según sea el caso.

En esos autos la Asociación Nacional de Televisión A.G. (ANATEL) le solicitó al TDLC que propusiera la creación de normas que ayudaran a fomentar la competencia respecto a las tarifas que se pagan por el

6 PÉREZ (2015) p. 80.

7 ERN 27-2021, c. 1°.

8 ERN 27-2021, c. 1°.

9 ERN 24-2018, c. 8°.

10 CENTRO DE LIBRE COMPETENCIA UC (2008) p.7.

11 VELOZO y GONZÁLEZ (2006) p.60

concepto de derechos de autor. El TDLC resolvió no ejercer su facultad propositiva, pues no consideró necesario proponer la creación de normas atendido a que en la ley de propiedad intelectual (LPI) no habría preceptos contrarios a la libre competencia, teniendo presente que la naturaleza de estas es proteger los derechos de autor y asimismo promover la innovación.

Atendido lo anterior ANATEL y otros intervinientes interpusieron recursos de reclamación contra esa decisión, los que no fueron acogidos a tramitación, por cuanto, a juicio del TDLC, estos no proceden cuando se refiere a su facultad propositiva en cuanto ella es conocida *“a través del procedimiento del artículo 31 del DL N° 211, cuya regulación específica no admite el recurso de reclamación a su respecto (...)”* (12). Esto motivó a las recurrentes a presentar recursos de hecho ante la Corte Suprema, los que fueron acogidos por cuanto el máximo tribunal entendió que del tenor literal del artículo 31 del DL 211 no se infiere que la intención del legislador fue limitar el recurso de reclamaciones únicamente a pronunciamientos dictados en conformidad al artículo 18 n° 2 del DL 211 (13).

Conociendo el caso la Corte Suprema no se refirió en su momento a la posibilidad que tiene de revisar el uso que hace el TDLC sobre su facultad propositiva, dado a que la discusión se centró en el fondo del asunto, pero la aceptación de estos recursos hace entender que la facultad no sería del todo privativa y estaría eventualmente sujeta a observación por parte del máximo tribunal. Sin perjuicio de lo anterior, y dado a que este es el primer caso en que se planteó este problema, es necesario estar atentos a futuros procesos que permitan un entendimiento acabado de la materia.

3. EN EL EXTRANJERO

12 ERN 25-2018, Resolución de fecha 22 de agosto de 2019, p.1.

13 SENTENCIA ROL CS 25015-2019, c 3°.

3.1. México

La Ley Federal de Competencia Económica preceptúa en su artículo 12 fracciones N° XIV y XV que la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) tendrá la atribución de emitir opinión, que carecerá de efecto vinculante y deberá publicarse, cuando lo considere pertinente, o a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría, de alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión o a petición de parte, respecto de:

- i. Iniciativas de leyes y anteproyectos de reglamentos y decretos en lo tocante a los aspectos de libre competencia y competencia económica; y
- ii. Leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y actos administrativos de carácter general en materia de libre competencia y competencia económica.

Como se puede apreciar, la facultad propositiva de la autoridad de competencia mexicana puede ser ejercida, a diferencia del caso chileno, en dos momentos: ex ante y ex post. En consecuencia, por mandato legal la COFECE está facultada para actuar en beneficio de la competencia en los mercados incidiendo en la formación o modificación de leyes, reglamentos o decretos de la materia.

Por otro lado, el mismo artículo de la ley en sus fracciones XII y XIII preceptúa que la COFECE también tendrá la atribución de emitir opinión, que carecerá de efecto vinculante y deberá publicarse, cuando lo considere pertinente, o a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría, o a petición de parte, y en la medida que se puedan verificar efectos contrarios al proceso de libre competencia económica, respecto de:

- i. Los ajustes a programas y políticas llevados a cabo por autoridades públicas; y

ii. Los anteproyectos de disposiciones, reglas, acuerdos, circulares y demás actos administrativos de carácter general que pretendan emitir autoridades públicas.

Finalmente, es del caso indicar que se ha planteado la necesidad de reforzar la actuación de la COFECE, en el sentido que la misma no se limite a emitir opiniones que carecen de efecto vinculantes, sino que también esté facultada para presentar controversias constitucionales contra la legislación y regulación que revista elementos anticompetitivos (14).

4. LISTA DE CASOS MÁS IMPORTANTES

4.1 Solicitud de Recomendación Normativa de la Cámara Chilena de la Construcción al TDLC (2014)

Solicitud: La Cámara Chilena de la Construcción solicitó al TDLC proponer a la Presidenta de la República la dictación de preceptos legales y/o reglamentarios necesarios para fomentar la competencia en la oferta de servicios asociados al suministro de energía eléctrica, a fin de corregir los vacíos de la regulación actual que crean incentivos para permitir que las empresas de distribución eléctrica incurran en conductas contrarias a los principios de la libre competencia en dicho mercado.

Resolución: El TDLC en la Proposición N° 17 decidió ejercer la potestad, atendido a que la misma tiene por objetivo fomentar la competencia, por un lado, en la publicidad de servicios asociados o de productos en que las empresas de distribución eléctrica compiten con terceros y, por otro, en la oferta de servicios asociados al suministro de energía eléctrica.

Disponible en:
https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/Recomendacion_Normativa/Proposicion_17_2015.pdf

4.2 Opinión de la COFECE del anteproyecto que modifica el “Acuerdo para obtener permisos de importación y exportación de hidrocarburos y petrolíferos”

Anteproyecto: La Secretaría de Energía presentó un anteproyecto de un nuevo texto del acuerdo que establece los requisitos para obtener los permisos de importación y exportación de hidrocarburos y petrolíferos, así como las causales para su caducidad y revocación. En ese sentido, el proyecto suprime e impone nuevos requisitos, junto con incluir nuevas causales de revocación.

Opinión: La COFECE opinó no aprobar el anteproyecto, por cuanto para que exista competencia en el mercado de la comercialización de gasolinas es condición necesaria que la regulación asociada al otorgamiento y supervisión de los permisos de importación de hidrocarburos y petrolíferos no obstruya o dificulte indebidamente su obtención, uso y renovación.

Disponible en:
<https://www.cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Opiniones/V170/3/5344481.pdf>

4.3 Expediente de Recomendación Normativa N° 25-2018 sobre la competencia en la negociación de tarifas por el uso de derechos de autor, conexos y otros.

Solicitud: ANATEL solicitó al TDLC que hiciera uso de su facultad propositiva para la creación de normas de que mejoren la competencia en el mercado de los derechos de autores y la modificación de normas en la LPI.

Resolución: El TDLC rechazó esta solicitud y el posterior recurso de reclamación, pero la Corte Suprema acogió los recursos de hecho dando trámite al recurso de reclamación

Disponible en:

https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/otras_resoluciones/Resolucion-de-Termino-ERN-25-2018.pdf

https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/2020/09/Resoluci%C3%B3n-10.09.20-Corte-Suprema.pdf

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CENTRO DE LIBRE COMPETENCIA UC (2008): “Informe Final sobre la Facultad Propositiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Artículo 18 N°4 DL 211)”

CHILE. DECRETO LEY N° 211, de fecha 1 de junio de 2017

MCKINSEY & COMPANY (2017): “Estudio y análisis de la percepción sobre temas de competencia económica y la labor de la COFECE: Informe de resultados 2017”

MÉXICO, Ley Federal de Competencia Económica, de fecha 10 de noviembre de 2014

PÉREZ, ALEJANDRA (2015): “Tribunal de la Libre Competencia: Atribución Propositiva del Art. 18 N°4”, en Revista Ars Boni Et Aequi

VÁLDES, DOMINGO (2006): “Libre Competencia y Monopolio”

VELOZO, JAVIER y GONZÁLEZ, DANIELA (2011): “Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, en Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Libro La libre competencia en el Chile del Bicentenario

JURISPRUDENCIA CITADA

EXPEDIENTE DE RECOMENDACIÓN NORMATIVA ART. 18 N°4 DL 211 (ERN N° 24-2018). Resolución de término.

EXPEDIENTE DE RECOMENDACIÓN NORMATIVA ART. 18 N°4 DL 211 (ANATEL Y OTROS) (ERN N° 25-2018). Resolución de término.

EXPEDIENTE DE RECOMENDACIÓN NORMATIVA ART. 18 N°4 DL 211 (ERN N° 27-2021). Resolución de inicio.

SENTENCIA CORTE SUPREMA ROL 34013-2019.

SENTENCIA CORTE SUPREMA ROL 25015-2019