

Santiago, siete de septiembre de dos mil diez.

**VISTOS:**

Con fecha 27 de julio de 2009, el señor Pablo Méndez Soto, abogado, en representación del Sindicato de Trabajadores de la Empresa Portuaria Coquimbo, ha deducido requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso final del artículo 31 del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción -que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211, de 1973-, en el recurso de hecho pendiente ante la Corte Suprema bajo el Rol de ingreso N° 3.733-2009, interpuesto por su parte en contra de la resolución denegatoria del recurso de reclamación dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en procedimiento no contencioso sobre solicitud de informe de la Empresa Portuaria de Coquimbo para Licitación del Frente de Atraque, sitios 1 y 2, del puerto del mismo nombre. Lo anterior, por cuanto, a su juicio, la aplicación de la norma impugnada vulnera los derechos y garantías asegurados en el artículo 19, numerales 2°, 3°, 22° y 26°, de la Constitución.

La norma legal impugnada dispone:

*“Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones que fijen condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos podrán ser también objeto del recurso de reclamación.”*

Como antecedentes de la gestión en la que incide el requerimiento se indica que la Empresa Portuaria de Coquimbo solicitó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, también “TDLC”) un informe sobre la licitación de los frentes de atraque de los sitios 1 y 2 del puerto del mismo nombre, en razón de lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542,

sobre Modernización del Sector Portuario, por lo que se dio inicio al procedimiento no contencioso tramitado bajo el Rol NC-303-2008, en el que ese sindicato se hizo parte. Luego, por resolución de 14 de mayo de 2009, el mencionado tribunal evacuó el informe requerido y fijó las condiciones a las que debería sujetarse el mencionado procedimiento de licitación. Con fecha 29 de mayo de 2009, el sindicato requirente interpuso un recurso de reclamación en contra de la referida resolución del TDLC, según se indica en el libelo, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 31 del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, que constituye la norma legal impugnada en este proceso constitucional, el que por resolución de 1° de junio del mismo año fue rechazado "*por improcedente*", en razón de lo dispuesto en la misma norma legal invocada por el peticionario.

En contra de esta última resolución del TDLC, el 5 de junio de 2009, el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Portuaria de Coquimbo dedujo ante la Corte Suprema un recurso de hecho, que constituye la gestión pendiente en la que incide la acción constitucional materia de estos autos, y, según manifiesta el requirente, de prosperar dicho recurso se espera que la Corte declare admisible la reclamación como medio de impugnación en este caso y, de esta forma, se permita a esa parte solicitar que se eleven los antecedentes a ese máximo tribunal, y todo ello, en razón del ya aludido artículo 31.

El requirente ha indicado en su libelo, asimismo, que el recurso de hecho deducido ante la Corte Suprema sería procedente si se tiene en consideración que el recurso de reclamación que prevé el precepto legal impugnado, en cuanto a su naturaleza jurídica, sería una verdadera apelación, es decir, constituiría una segunda instancia, y agrega que tal interpretación se confirmaría

si se tiene a la vista la historia fidedigna del establecimiento del artículo 27 del DFL N° 1, de 2005, de Economía, que fue incorporado por la Ley N° 19.911.

En cuanto a la cuestión constitucional que se somete a la resolución de esta Magistratura, como ya se indicó, el requirente denuncia que la aplicación que se ha dado al precepto legal impugnado en la gestión judicial que individualiza, vulneraría la garantía de igualdad ante la ley, asegurada en los numerales 2° y 22° del artículo 19 de la Constitución Política, porque la distinción que contiene la misma norma en cuanto al tipo de acciones y recursos que pueden ser deducidos en contra de las dos actuaciones del TDLC a que se refiere la misma disposición, esto es, entre los informes y las resoluciones que emanen del organismo, sea que establezcan o no condiciones, no encontraría fundamento jurídico, racional ni lógico. En concreto, se alega que tal distinción normativa constituiría una diferencia arbitraria y, por ende, inconstitucional, toda vez que el agravio, que es un requisito de la legitimación activa, puede provenir tanto de un acto del TDLC que fija condiciones a las que deben someterse determinados actos o contratos, como de los informes que el organismo emita en los casos que corresponda. De la manera expresada, la norma legal contraría el principio de la doble instancia y, además, sería contraria a la justicia, porque por la sola vía de que el TDLC no fije condiciones para un acto o contrato sometido a su consulta se deja a los interesados agraviados dentro de un procedimiento de única instancia.

Siguiendo el mismo razonamiento aludido, el sindicato peticionario entiende que también resulta vulnerada la garantía asegurada en el inciso quinto del numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, por cuanto la revisión por el tribunal superior de lo fallado

por uno inferior constituye un requisito del debido proceso.

Por último, se afirma que ambos preceptos constitucionales invocados resultan afectados en su esencia, lo que resulta constitucionalmente cuestionable en razón de lo dispuesto en el numeral 26° del referido artículo 19 de la Carta Política.

Con fecha 13 de agosto de 2009, la Primera Sala del Tribunal declaró admisible la acción de inaplicabilidad deducida y dispuso la suspensión del procedimiento en el que incide -fojas 23 a 26-. En seguida, pasados los autos al Pleno, el Tribunal dio conocimiento del requerimiento a los órganos constitucionales interesados, al TDLC y a la Empresa Portuaria de Coquimbo, a los efectos de que pudiesen hacer valer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimasen pertinentes.

Mediante Oficio Ordinario N° 296, de 3 de septiembre de 2009, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia formuló, en síntesis, las siguientes observaciones al requerimiento deducido en estos autos:

En primer lugar el organismo, fundado en la normativa legal que regula sus atribuciones y el procedimiento que se sigue ante él, indica que no existe norma alguna que haga procedente el recurso excepcional de reclamación en contra de los informes que emita. En seguida, señala que en el caso de autos, en su calidad de órgano especializado en materias de libre competencia y en un procedimiento no contencioso, el 14 de mayo de 2009 emitió el Informe N° 4/2009, en razón de lo dispuesto en el numeral 5) del artículo 18 del DL N° 211 y en los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542, que "Moderniza el Sector Portuario Estatal", respecto de las condiciones de competencia a que debe sujetarse una licitación pública para entregar en concesión el frente de atraque del Puerto de Coquimbo.

En cuanto a los efectos de dicho informe, el tribunal indica que, conforme a lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542, éste obliga a la Empresa Portuaria de Coquimbo en términos de que si ésta decide licitar deberá hacerlo con sujeción a las condiciones fijadas en el mencionado instrumento. Hace notar, en seguida, que el informe en cuestión nada dispone con respecto al sindicato de trabajadores de la mencionada empresa portuaria y, por ende, éste tampoco en nada resulta obligado. Y ello, agrega, porque esa entidad participó en el citado procedimiento no contencioso aportando antecedentes, en la calidad de “*tercero interviniente*” prevista en el numeral 2° del artículo 31 del Decreto Ley N° 211, y no como “*parte*” en el sentido procesal del término.

Finalmente el mismo órgano hace presente que ante él no existiría ninguna causa pendiente en la que pudiera incidir el requerimiento de inaplicabilidad deducido en este proceso y que respecto del informe emitido no se ha deducido el único recurso legalmente procedente como es el de reposición; por consiguiente, entiende que aquel informe está produciendo todos sus efectos.

Lo anterior permite concluir a la misma entidad que el precepto legal impugnado no resulta decisivo para la resolución del asunto pendiente en que incide, que, como se ha señalado, es un recurso de hecho deducido ante la Corte Suprema. A los efectos de fundar tal aserto señala que si se acoge el requerimiento de inaplicabilidad deducido y se deja de aplicar el inciso final del artículo 31 del Decreto Ley N° 211 al fallar el recurso de hecho pendiente ante la Corte Suprema, de todos modos no habría norma legal que conceda el recurso de reclamación en contra del informe evacuado por el organismo, ni principio de doble instancia que aplicar.

En cuanto respecta a la Empresa Portuaria de Coquimbo, a través de su Presidente, señor Hugo Miranda Ramírez, mediante carta dirigida al señor Secretario de este Tribunal, ingresada el día 10 de septiembre de 2009, manifestó que no ejercerá el derecho a presentar observaciones y antecedentes que se le ha conferido en autos, atendido que mediante el informe citado precedentemente, el cual se ajusta a lo pedido por esa empresa, el TDLC ya estableció *“las condiciones de competencia”* bajo las cuales deberá realizarse el respectivo proceso de licitación.

Habiéndose traído los autos en relación, el día 29 de abril de dos mil diez se procedió a la vista de la causa, oyéndose los alegatos del abogado Jorge Luis Peña Garay, por la parte requirente.

Con igual fecha se decretó, como medida para mejor resolver, oficiar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para que se sirva remitir a esta Magistratura Constitucional copia autorizada del Informe N° 4/2009, de 14 de mayo de 2009, evacuado a requerimiento de la Empresa Portuaria de Coquimbo. Dicha medida fue cumplida, conforme consta a fojas 172.

**CONSIDERANDO:**

**I. LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL DE AUTOS.**

**PRIMERO:** Que el artículo 93, inciso primero, N° 6° de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”*;

**SEGUNDO:** Que la misma norma constitucional expresa en su inciso decimoprimeros que, en este caso, *“la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto”* y agrega que

*“corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”;*

**TERCERO:** Que, de este modo, para que prospere la acción de inaplicabilidad es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) que se acredite la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial; b) que la solicitud sea formulada por una de las partes o por el juez que conoce del asunto; c) que la aplicación del precepto legal en cuestión pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto y sea contraria a la Constitución Política de la República; d) que la impugnación esté fundada razonablemente; y e) que se cumplan los demás requisitos legales;

**CUARTO:** Que, en cuanto al primer requisito, la gestión pendiente en la que se solicita un pronunciamiento de inaplicabilidad es el Recurso de Hecho, Rol N° 3.733-2009, sustanciado ante la Corte Suprema, que fuera deducido en contra de la resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que declaró improcedente la reclamación interpuesta respecto del informe emitido por ese organismo en el proceso no contencioso Rol NC-303-2008, sobre Solicitud de Informe de la Empresa Portuaria de Coquimbo para la Licitación del Frente de Atraque, Sitios 1 y 2, del Puerto de Coquimbo;

**QUINTO:** Que, respecto al segundo requisito, la acción de inaplicabilidad de autos ha sido deducida por el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Portuaria de Coquimbo, agrupación que es la que ha recurrido de hecho

ante la Corte Suprema, por lo que tiene la calidad de parte en el proceso pendiente en que tendrá efectos este pronunciamiento de inaplicabilidad;

**SEXO:** Que, respecto al tercer requisito, en el presente caso la norma legal es decisiva para la resolución del asunto descrito en el considerando cuarto. Específicamente, el requirente ha pedido una declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 31, inciso final, del Decreto Ley N° 211 de 1973, que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia (cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción).

El texto del precepto reprochado reza de la manera que sigue: *"Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones que fijan condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos podrán ser también objeto del recurso de reclamación."*;

**SÉPTIMO:** Que, en cuanto al cuarto requisito, el requirente funda su acción aduciendo que la redacción del precepto impugnado le impide a los terceros intervinientes -que presentan antecedentes en los procedimientos no contenciosos que sustancia el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia- deducir reclamación para ante la Corte Suprema, respecto de los informes y de las resoluciones -referidas a la celebración o ejecución de actos y contratos consultados al Tribunal Antimonopólico- que no fijan condiciones. A su juicio, ello importaría una vulneración de los derechos a la igualdad ante la ley, a un procedimiento racional y justo y a la esencia de los derechos, reconocidos en los numerales 2°, 22°, 3° y 26° del artículo 19 de la

Constitución, respectivamente, por cuanto, sea que fije o no condiciones para la licitación y posterior adjudicación, una resolución puede igualmente causar agravio. Afirma que el precepto reprochado vulnera el derecho a la igualdad, toda vez que sólo establece la reclamación para el caso en que se fijen condiciones en una resolución. Explica que ello importaría un distingo injustificado y, por consiguiente, una discriminación arbitraria en materia de legitimación activa para quienes han sido agraviados por resoluciones que no establecen condiciones. Por otra parte, precisa que el precepto impugnado infringiría el derecho al debido proceso, toda vez que el régimen de recursos que establece para los procedimientos no contenciosos le impide a quien resulte agraviado por una resolución que no fija condiciones deducir en su contra una reclamación, la que, según la historia de la Ley N° 19.911, tiene la misma naturaleza jurídica que el recurso de apelación. De esta manera se le privaría de la segunda instancia, en circunstancias que la posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior es un elemento que debe estar presente en todo procedimiento que se siga ante cualquier órgano que ejerza jurisdicción, sin importar su ubicación en la estructura y organización estadual;

**OCTAVO:** Que de lo dicho se desprende que en la especie han concurrido todas las exigencias y requisitos constitucionales y legales para que este Tribunal se pronuncie sobre la cuestión planteada por los requirentes; por lo que corresponde analizar -en esta fase- los razonamientos jurídicos de las partes y la veracidad de las infracciones constitucionales denunciadas respecto del precepto legal aplicable a la referida gestión judicial;

## II. REFERENCIA GENERAL A LAS POTESTADES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.

**NOVENO:** Que la institucionalidad chilena sobre defensa de la libre competencia tuvo sus orígenes en el año 1959, con motivo de la dictación de la Ley N° 13.305, que estableció la Comisión Antimonopolio. Con posterioridad, el Decreto Ley N° 211, de 1973, estructura un nuevo sistema sobre la base de una Comisión Resolutiva Antimonopolios, Comisiones Preventivas (regionales y central) y una Fiscalía Nacional Económica, todos ellos organismos de defensa de la libre competencia. Por su parte, con motivo de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.911, el año 2004, se eliminan las referidas comisiones y se instaura un Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del mismo modo que a fines de los noventa la Ley N° 19.610 había fortalecido las atribuciones de la aludida Fiscalía;

**DÉCIMO:** Que el artículo 18 del Decreto Ley N° 211 da cuenta de la diversidad de potestades de dicha magistratura, cuyas atribuciones y deberes son: "1) *Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley;* 2) *Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos;* 3) *Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella;* 4) *Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que*

*corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas; y 5) **Las demás que le señalen las leyes.**";*

**DECIMOPRIMERO:** Que en Chile, el conocimiento de las infracciones a la legislación sobre protección de la libre competencia se encuentra entregado a un órgano jurisdiccional (el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia), y no a un ente administrativo -sea o no autónomo-, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones (Guillermo Cabanellas, Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia, Buenos Aires, 2005, Tomo II, p. 341 y ss., y José Massaguer y otros, Comentarios de la Ley de Defensa de la Competencia, Madrid, 2008, p. 425 y ss.);

**DECIMOSEGUNDO:** Que, cabe recordar que según consta en la historia fidedigna de la ley N° 19.911, que creó al aludido tribunal, fue muy discutida, desde el comienzo de la tramitación del proyecto de ley respectivo, la circunstancia de que se atribuyera a una magistratura atribuciones que no importan propiamente el ejercicio de la función jurisdiccional. En tal sentido, la propia Corte Suprema, informando a la Cámara de Diputados sobre el proyecto del Ejecutivo, señaló que: *"Esta Corte no comparte absolutamente este fundamento del mensaje y del articulado pertinente del Proyecto. La reforma propuesta supone que el Tribunal deberá conocer fuera de juicio materias técnicas, que los particulares le presenten en consulta en razón de actos o contratos que proyecten y que pudieran afectar materias de libre competencia, con los efectos que señala el artículo 20, vale decir,*

*precisamente las que conocen hoy las Comisiones Preventivas. En el hecho estas cuestiones han resultado ser numerosas, requieren de una particular especialización técnica más allá de las ciencias del derecho y objetivamente no tienen un sentido realmente jurisdiccional, propio de un tribunal de justicia.”* (Oficio de Corte Suprema. Remite a Cámara de Diputados opinión solicitada. Fecha: 22 de junio, 2002. Cuenta en Sesión 10, Legislatura 347);

**DECIMOTERCERO:** Que la jurisdicción ha sido definida por esta misma Magistratura como *“el poder - deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir”* (Rol 386, consid. 9°). Por lo mismo, la doctrina procesal ha definido la función jurisdiccional como *“la función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas en la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”* (Eduardo Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ed. Depalma, 1985, p. 40);

**DECIMOCUARTO:** Que, de esta manera, para que pueda estarse en presencia de la función jurisdiccional, es menester que la atribución otorgada tenga por objeto resolver conflictos de relevancia jurídica, entendiéndose por tales a aquellos que se originan cuando la acción u omisión de un individuo produce el quebrantamiento del ordenamiento jurídico, es decir, infringe la ley o norma reguladora de su conducta, sea permisiva, prohibitiva o imperativa;

**DECIMOQUINTO:** Que si bien la mayoría de los tribunales conocen también de asuntos administrativos, cabe recalcar que en el caso preciso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia las atribuciones que se enmarcan dentro de dicha especie son tan relevantes para la realización de su cometido, esto es, la defensa de la libre competencia, como las atribuciones jurisdiccionales. Ello ha llevado a un autor a sostener que *“paradójicamente, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es más que un órgano jurisdiccional, puesto que exhibe una variedad de funciones extrajurisdiccionales inusuales en un tribunal, lo que ha llevado a ciertas confusiones en la caracterización del mismo.”* (Domingo Valdés Prieto, “Libre competencia y monopolio”, Editorial Jurídica de Chile, año 2006, p. 585). Como consecuencia de lo anterior, el mismo autor señala que en atención a la forma específica del tipo de autoridad pública ejercitada por el tribunal, ello da lugar a los siguientes actos: *“1) sentencias jurisdiccionales (...) mediante las cuales se determina la existencia o inexistencia de un injusto monopólico y en el primer caso establece la sanción aplicable; 2) resoluciones administrativas, mediante las cuales se absuelve una consulta antimonopólica y de establecerse una contrariedad entre la conducta consultada y la libre competencia se fijan condiciones o términos para eliminar tal contrariedad; iii) informes administrativos acerca de ciertos competidores o mercados relevantes; iv) reglamentos administrativos, denominados “instrucciones de carácter general”, y v) requisiciones.”* (Domingo Valdés Prieto, ob. cit, pág. 587);

**DECIMOSEXTO:** Que de la lectura de lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto Ley N° 211 es posible concluir que -en principio- sólo el número uno dice relación con una atribución en que el órgano actúa propiamente como

tribunal, ejerciendo jurisdicción, esto es, resolviendo conflictos externos de relevancia jurídica. Los demás numerales no establecen potestades propiamente jurisdiccionales, toda vez que en el ejercicio de ellas el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no conoce de pretensiones procesales originadas en un conflicto de carácter jurídico, sino que por solicitud y no demanda de los interesados, se pronuncia sobre ciertas declaraciones y diligencias que, como es propio en los procedimientos no contenciosos, los particulares no pueden realizar por sí, requiriendo de la intervención de un tribunal al que expresamente se le han encomendado las atribuciones administrativas pertinentes. Algunas de ellas, como la de informar que motiva el presente requerimiento, se radicaban en las denominadas comisiones preventivas. Dicho de otro modo, se trata de *"una categoría de potestades públicas cuya naturaleza es administrativa y particular y que paradójicamente, por razones históricas y presupuestarias, hoy se encuentra radicada en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia"*(Domingo Valdés Prieto, ob.cit., p. 595);

**DECIMOSÉPTIMO:** Que, atendida la diversa naturaleza que asiste a las atribuciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el legislador ha establecido para su ejercicio dos órdenes de procedimientos. En efecto, las que revisten carácter propiamente jurisdiccional se rigen por lo dispuesto en los artículos 19 a 29 del Decreto Ley N° 211, y su ejercicio supone que el procedimiento terminará mediante una sentencia que pone término al litigio, en circunstancias que el ejercicio de otras potestades, en las que el Tribunal actuará más bien como órgano esencialmente administrativo, se ciñe al procedimiento estatuido en el artículo 31 del referido Decreto Ley, que culminará la dictación de un acto que

tendrá la denominación de resolución o un informe, como en el caso de autos;

### **III. ACERCA DE LA POTESTAD DE INFORMAR DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.**

**DECIMOCTAVO:** Que corresponde analizar la atribución no jurisdiccional que se materializa en la emisión de informes que describen el grado de competencia y la estructura de un mercado relevante determinado, en particular, la establecida en la Ley N° 19.542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal, y que motiva el presente requerimiento de inaplicabilidad;

**DECIMONOVENO:** Que si bien el texto del artículo 18 del Decreto Ley N° 211 no alude de manera expresa a la potestad de informar, ésta se encuentra consagrada en su número 5°, que prescribe que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá, entre otras atribuciones: *“las demás que le señalen las leyes”*. Esta facultad se comprende atendiendo al texto de diversas leyes especiales que otorgan a la magistratura antimonopólica la atribución en comento y, específicamente, a partir de lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 19.911 - que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia-, por el cual dicho organismo pasó a ser el sucesor y tener las atribuciones que la legislación preexistente esencialmente relativa a las industrias reguladas, les confería a la Comisión Resolutiva y a las Comisiones Preventivas. En efecto, el artículo segundo de la Ley N° 19.911, en su inciso 2°, expresó que *“igualmente el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conocerá de las materias a que se refieren las siguientes disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con las Comisiones Preventivas: artículos 14 y 23 de la ley N° 19.542...”*, disposición que al otorgar una atribución o potestad fue estimada como orgánica y constitucional por parte de esta Magistratura, según consta en sentencia de

7 de octubre de 2003, en los autos Rol N° 391. No obstante, el legislador se refiere en términos explícitos a la facultad de informar en el artículo 31 del cuerpo legal sobre libre competencia, al señalar que se sujetará al procedimiento que en dicho precepto se prescribe: *“la emisión de los informes que le sean encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales”*;

**VIGÉSIMO:** Que, en cuanto al fundamento y objetivo de la potestad informativa, se ha precisado que ésta dice relación con la protección del bien jurídico de la libre competencia en los mercados monopólicos, concreción de la libertad para ejercer actividades económicas en armonía con las normas legales que las regulen -reconocida y tutelada en el artículo 19 N° 21 de la Carta Política-, para lo cual el legislador le ha entregado al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la facultad de informar, que se materializa en una declaración acerca de la estructura y forma de funcionamiento de determinados mercados relevantes a que aluden diversas legislaciones. Se ha manifestado al respecto sobre este punto que: *“son muy importantes las atribuciones que se le han otorgado en materia de regulación de mercados monopólicos, confiriéndosele en algunos casos potestad para definir en forma obligatoria algunos aspectos de la regulación. Así, por ejemplo, en la Ley General de Telecomunicaciones se establece que el TLDC deberá informar, antes del inicio del respectivo proceso de regulación tarifaria, cuáles servicios quedarán afectos a tal regulación; algo similar ocurre en los mercados eléctrico, sanitario y en las normas que regulan la actividad portuaria”* (Tomás Menchaca: *“Evolución del antiguo al nuevo sistema”*. En Anales de Derecho UC. Temas de libre competencia, N° 2, año 2009, p. 13). En el mismo sentido se ha precisado que *“un significativo número de legislaciones que rigen las denominadas industrias reguladas, generalmente*

*caracterizadas por la presencia de monopolios naturales, contemplan disposiciones que confieren potestades no contenciosas al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con la finalidad de que emita declaraciones o informes acerca de la estructura y forma de funcionamiento de determinados mercados relevantes a que aluden tales legislaciones (...). Esta potestad informativa exhibe la particularidad de que versa sobre la descripción de un mercado relevante concreto o un competidor concreto, en un tiempo determinado y sobre la base de determinados antecedentes que le son allegados por la autoridad pública técnica tutelar de la respectiva industria regulada u otras autoridades públicas o interesados en entregar datos, de conformidad con lo previsto en el art. 31 del Decreto Ley 211. De allí que las conclusiones que obtiene este Tribunal Antimonopólico, con motivo del ejercicio de esta potestad informativa, son mutables en función de las variaciones o cambios que experimenten los mercados relevantes y competidores objeto del respectivo análisis. Por ello, no cabe sostener forma alguna de cosa juzgada judicial o administrativa en relación con la actividad de esta potestad pública informativa" (Domingo Valdés Prieto, ob. cit, p. 596 a 598);*

**VIGESIMOPRIMERO:** Que, si bien de conformidad a lo ya razonado en esta sentencia, la naturaleza que reviste la potestad informativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es de carácter administrativo, en atención a que cuando la magistratura antimonopólica informa de conformidad al cometido que le confiere la legislación especial no dirime propiamente un conflicto de relevancia jurídica, ha de tenerse presente además lo afirmado por la doctrina especializada en cuanto a que *"la conclusión a la que arriba el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se traduce en la emisión de un informe que*

*debe estar dotado de una adecuada fundamentación económica; de allí su carácter eminentemente técnico y su escaso contenido jurídico normativo.*" (Domingo Valdés Prieto, ob. cit., p. 598). Por lo demás, esta cualidad administrativa de la potestad de informar fue reconocida explícitamente por la Comisión Resolutiva, antecesora del Tribunal, al sostener que *"el informe en cuestión debe ser evacuado por esta Comisión, en cumplimiento de un encargo privativo y específico del legislador, de carácter administrativo y técnico, en conformidad a disposiciones legales particulares referidas a una determinada actividad económica"* (Resolución N° 537, 27 de enero de 1999);

**VIGESIMOSEGUNDO:** Que es menester precisar que, si bien la potestad informativa y la de absolver consultas se someten a similar procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, debe diferenciárselas, atendido que, en toda la extensión de su libelo, el requirente se refiere indistintamente a las expresiones "resolución e informe", en circunstancias que estos actos no tienen la misma naturaleza y emanan del ejercicio de atribuciones diversas. En efecto, resolución significa "cosa que se decide" o "decreto, providencia, auto o fallo de autoridad gubernativa o judicial" (Diccionario de la Real Academia, 22<sup>a</sup>. Ed., 2001, Tomo II, p. 1957). Mientras que informe importa la "descripción, oral o escrita, de las características y circunstancias de un suceso o asunto" (ibid., p. 1275). Por lo mismo, como lo expresa el propio artículo 31 del DL 211 que se impugna, las resoluciones se "dictan", mientras que los informes se "emiten". Y emitir es "dar, manifestar por escrito o de viva voz un juicio, dictamen, una opinión" (ibid, Tomo I, p. 883). De forma tal que emitir un informe es manifestar por escrito acerca de las características y circunstancias de un asunto. Por lo demás, cabe recordar

que la facultad de informar por parte de los tribunales de justicia se encuentra reconocida incluso en el propio ordenamiento constitucional. En efecto, la Ley Fundamental, en sus artículos 77, inciso segundo, y 80, inciso tercero, establece que los tribunales superiores de justicia, bajo ciertas circunstancias, deben emitir un informe ya sea para manifestar su opinión sobre una ley que otorga atribuciones a los tribunales, ya sea para dar cuenta de los antecedentes que motivan la eventual responsabilidad de los jueces inferiores. Por otra parte, en su artículo 93, inciso primero, N° 11, preceptúa que es atribución del Tribunal Constitucional, informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 53, número 7) de la Constitución, esto es, en relación a la inhabilidad del Presidente de la República como a los motivos que eventualmente justificarían su dimisión. Respecto a las facultades de la magistratura antimonopólica, la doctrina autorizada ha señalado que la diferencia entre la potestad informativa y la de absolver consultas viene dada por el objeto para el cual ha sido establecida cada una de ellas, explicando al respecto que *“la actividad de absolver consultas tampoco debe ser identificada con otra potestad pública administrativa de naturaleza particular, cual es la que ostenta el Tribunal Antimonopólico para informar acerca de un mercado relevante concreto. Se diferencia más sutilmente la potestad consultiva de la potestad informativa. Ambas constituyen actividad no contenciosa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, esto es, ejercicio de atribuciones meramente administrativas en el caso particular. Consideramos que la diferencia radica en el objeto de estas potestades. La potestad consultiva refiere a la legitimidad antimonopólica de un determinado hecho, acto o convención ejecutado o por ejecutarse, en tanto que la potestad informativa tiene por finalidad*

*describir la estructura y grado de competencia en un mercado singular sin pronunciarse sobre la contradictoriedad específica de un determinado acto o contrato ejecutado o por ejecutarse con la libre competencia.*" (Domingo Valdés Prieto, ob. cit., p. 636);

#### **IV. LA POTESTAD DE INFORMAR ESPECÍFICAMENTE EN MATERIA PORTUARIA.**

**VIGESIMOTERCERO:** Que, en el caso de autos, la facultad de absolver consultas y la de informar -que expresamente le otorga al Tribunal Antimonopólico la Ley N° 19.542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal, mediante sus artículos 14 y 23- es aún más clara. Cuando el tribunal conoce de una consulta, de conformidad al número 2° del artículo 18 del Decreto Ley N° 211, procede ante una solicitud que voluntariamente le presenta un particular respecto de la licitud, desde la perspectiva del derecho de la libre competencia, de un hecho, acto o contrato, sea futuro o existente. Y esta potestad exhibe un carácter preventivo, en orden a que advierte al consultante acerca de las consecuencias de la operación consultada sin imponerle una sanción, evitando un posterior litigio y otorgando certeza jurídica respecto de la adecuación o contrariedad entre aquélla y la libre competencia en un mercado particular. El Tribunal de la Libre Competencia tiene esta facultad preventiva por cuanto no es factible para los particulares preestablecer todas las acciones que pueden importar un atentado a la libre competencia. Esta es la finalidad que animó al legislador a otorgarle la comentada atribución al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, según consta en la historia fidedigna de la ley en los siguientes términos: *"la facultad que se entrega al tribunal para absolver consultas es fundamental, puesto que al ser tan amplios los conceptos que la ley contempla, resulta difícil para cualquier particular, antes de emprender,*

*determinar qué conductas resultan atentatorias a la libre competencia. Señaló que su experiencia le permitía afirmar que la absolución de muchas consultas había contribuido a crear un clima de certeza jurídica, constituyendo un importante aporte en la orientación de los agentes económicos y en la reordenación de los mercados” (Historia Fidedigna de la Ley N° 19.911, Segundo Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Primer Informe de las Comisiones Unidas de Constitución y Economía, de 15 de mayo de 2003);*

**VIGESIMOCUARTO:** Que, por su lado, en lo que respecta a la atribución de informar que establece la Ley N° 19.542 -que esta normativa otorgó a la Comisión Preventiva Central y que por el artículo segundo de la Ley N° 19.911 fue conferida al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia-, en virtud de la cual el Tribunal emitió el informe que el requirente de autos pretende impugnar, cabe, en primer lugar, traer a estas motivaciones el texto de las disposiciones de aquel cuerpo legal que facultan al aludido órgano jurisdiccional para informar respecto de las licitaciones de frentes de atraque bajo un sistema monooperador:

*“Artículo 14.- Las empresas podrán dar en arrendamiento u otorgar concesiones portuarias de sus bienes hasta por treinta años. Sin embargo, cuando la finalidad del arrendamiento o de la concesión sea ajena a la actividad portuaria, su duración no podrá exceder de diez años.*

*Tratándose de frentes de atraque, la participación de terceros sólo se efectuará a través de concesiones portuarias. Para que proceda otorgarlas, en los puertos o terminales estatales de la Región deberá existir otro frente de atraque capaz de atender la nave de diseño de aquel frente objeto de la concesión portuaria; de lo contrario, el*

directorío deberá contar con un **informe de la Comisión Preventiva Central**, establecida en el decreto ley N° 211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por decreto supremo N° 511, de 1980, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. **En este caso, las concesiones deberán realizarse en los términos que establezca el citado informe (...)**".

**"Artículo 23.-** Las labores de movilización de carga en los frentes de atraque existentes a la fecha de publicación de esta ley, sus extensiones o mejoramientos, así como en los nuevos frentes de atraque que sean construidos por las empresas directamente, en el caso de excepción previsto en el inciso primero del artículo 19, estarán sometidas a un esquema multioperador. Estos servicios deberán ser prestados por empresas de muellaje habilitadas. No obstante lo señalado en el inciso anterior, el directorío de la empresa podrá, mediante licitación pública, implementar un esquema monooperador en dichos frentes de atraque, concesionados de conformidad a lo dispuesto en esta ley. Para ello, en los puertos o terminales estatales de la región deberá existir otro frente de atraque capaz de atender la nave de diseño de aquel frente objeto de la licitación, operado bajo un esquema multioperador; de lo contrario, el directorío deberá contar con un **informe de la Comisión Preventiva Central**, establecida en el decreto ley N° 211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por decreto supremo N° 511, de 1980, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. **En este último caso, la licitación deberá realizarse conforme a los términos señalados en el respectivo informe (...)**";

**VIGESIMOQUINTO:** Que, como puede apreciarse del texto de las disposiciones transcritas, el informe del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, respecto a la licitación de frentes de atraque bajo el sistema monooperador, reviste el carácter de obligatorio, desde el momento que el legislador ha establecido como un requisito para poder efectuar la aludida licitación el que ésta se lleve a cabo *"conforme a los términos señalados en el respectivo informe"*. Por consiguiente, no se trata en esta hipótesis de absolver una consulta y desarrollar una labor preventiva respecto al derecho de la libre competencia. El motivo de la aludida obligatoriedad se encuentra en la historia de la Ley N° 19.542. En efecto, ya en el mensaje del proyecto se señaló que ***"para asegurar un ambiente de competencia, transparencia y equidad, en el proyecto de ley se consideran una serie de disposiciones orientadas a incentivar la participación del máximo de oferentes, como, por ejemplo, el proceso de selección del concesionario se deberá realizar por medio de licitación pública; los concesionarios de frentes de atraque no podrán estar relacionados entre sí, salvo informe favorable de las comisiones establecidas en el decreto ley 211, de 1973; los concesionarios deberán constituirse como sociedades anónimas de giro exclusivo, y para concesionar deberán existir a lo menos dos frentes de atraque equivalentes por puerto y cuando no se cumpla esta condición se deberá consultar previamente a la Comisión Preventiva Central, establecida en el citado decreto ley."*** (Mensaje de S.E. el Presidente de la República. Fecha: 6 de junio de 1995). A su vez, el ex Fiscal Nacional Económico manifestó durante la tramitación del proyecto de ley en referencia que *"asimismo, se establece, como norma general, el procedimiento de consulta ante la Comisión Preventiva*

*Central para licitaciones de frentes de atraque que operen en situaciones donde no hay competencia, lo cual ha sido motivo de preocupación de muchos legisladores en este proyecto de ley. **Dicha Comisión deberá disponer las condiciones y términos de la concesión, a fin de impedir que se generen situaciones que puedan constituir monopolios o desgarantizar los derechos económicos de los usuarios. En todo caso, siempre una empresa autónoma podrá concesionar sus frentes de atraque. No hay impedimento alguno en la ley para que así lo haga; sólo que las condiciones para hacerlo, cuando un terminal o puerto opera en una situación no competitiva, deberán ser establecidas previamente por la Comisión Preventiva Central.*** (Historia de la Ley N° 19.542, tercer trámite constitucional, Cámara de Diputados, Discusión en sala, 4 de noviembre de 1997). En tal sentido, la doctrina administrativa puntualiza que se trata de una “exigencia requerida por el legislador con la inequívoca intención de asegurar la igualdad de todos los oferentes en la licitación pública a que debe convocarse, ya que este procedimiento de selección -por mandato del art. 19 N° 2 de la Constitución- ha de estar exento de diferencias arbitrarias” (Iván Aróstica, Derecho Administrativo Económico, 2001, p. 66);

**VIGESIMOSEXTO:** Que el aludido carácter de requisito legal que inviste el informe sobre licitación de frentes de atraque también queda en evidencia si se tiene en consideración que durante la discusión del proyecto de ley en comento, en el Senado, se intentó eliminar el actual artículo 23 -disposición que permite la licitación de un frente de atraque bajo un esquema monooperador- por estimarse que ello podría importar un monopolio inconveniente para la actividad económica portuaria. (Segundo trámite constitucional, Senado, Segundo informe de la Comisión de Intereses Marítimos, de 14 de julio de

1997). Del mismo modo, cabe tener en consideración que, específicamente respecto al sistema monooperador, la jurisprudencia ha explicitado la finalidad que tiene el informe del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y también su carácter de requisito legal, al señalar que: *"dado que el sistema monooperador, que si bien por una parte presenta ventajas, por otra aumenta los riesgos de colusión monopólica, por lo que es necesario establecer resguardos competitivos en esta situación de competencia imperfecta, es que la ley exigió un informe de la Comisión Preventiva Central, para que la licitación se efectúe en los términos que tal organismo señale. (...) Pero en caso del sistema monooperador, que pese a sus ventajas también presenta mayores riesgos a la libre competencia, es que la ley N° 19.542 dispuso que las Empresas Portuarias, además de los resguardos que ellas deben tomar, estableció como requisito que el llamado a licitación para los frentes de atraque debe efectuarse en los términos que señale un informe de la Comisión Preventiva Central del decreto ley N° 211, de 1993"*. (Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 514-1999, de 25 de marzo de 1999);

**V. LA FACULTAD DE INFORMAR ES DIFERENTE DE LA DE ABSOLVER CONSULTAS, LO QUE JUSTIFICA UN ESTATUTO LEGAL RECURSIVO DIFERENCIADO, POR LO QUE NO SE INFRINGE LA IGUALDAD ANTE LA LEY.**

**VIGESIMOSÉPTIMO:** Que la requirente fundamenta su reproche de constitucionalidad en el trato diferenciado que tendría el régimen de impugnaciones tratándose de resoluciones y de informes, y si éstos establecen o no condiciones, lo que estima infringiría la igualdad ante la ley. En primer lugar, como se ha explicitado en los dos capítulos anteriores, se trata de materias diferentes, lo que justifica el sistema recursal que prevé el legislador;

**VIGESIMOCTAVO:** Que, sin perjuicio de lo ya explicitado en esta sentencia, cabe señalar, a mayor abundamiento, que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha precisado además que, a diferencia de lo que sucede en la consulta, cuando el Tribunal de la Libre Competencia emite su informe no coopera con el particular en orden a determinar las conductas que resultan atentatorias contra la libre competencia, sino que viene a concretar la voluntad del legislador por cuanto: *“es imposible que la ley pueda contemplar la totalidad de las conductas monopólicas posibles de realizar. Así estos organismos técnicos y especializados quedan facultados para aplicar los principios del orden público económico a un caso en particular.”* (Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 514-1999, de 25 de marzo de 1999);

**VIGESIMONOVENO:** Que este cometido lo hace, como prescribe imperativamente el articulado de la Ley N° 19.542, estableciendo los términos o condiciones conforme a los cuales deberá efectuarse la licitación. Así, por demás, lo sostuvo la antigua Comisión Resolutiva, al dejar constancia que *“el informe o dictamen recurrido, por el contrario, fue evacuado por esa Comisión, en cumplimiento de un encargo privativo y específico del legislador, en conformidad a las disposiciones legales particulares referidas a una determinada actividad económica, cuyo objeto preciso fue informar determinadamente a las autoridades de las mencionadas empresas públicas sobre las condiciones de competencia que deben aplicarse en los recintos portuarios para prevenir una adecuada concurrencia de los agentes económicos”*. (Resolución N° 529, de 9 de septiembre de 1998);

**TRIGÉSIMO:** Que, como se recordará, según lo asentado en las consideraciones precedentes, es posible afirmar que el informe (y no una resolución) que pretende

impugnar el requirente y que motiva la gestión judicial pendiente, es un acto administrativo, emanado del ejercicio de atribuciones administrativas del Tribunal de la Libre Competencia -específicamente de la consignada en el artículo 18, N° 5, del Decreto Ley N° 211 en relación con lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542-, con sujeción al procedimiento no contencioso establecido en el artículo 31 del mismo cuerpo legal. Así también lo considera la doctrina administrativa (Iván Aróstica, Derecho Administrativo Económico, 2001, p. 66);

**TRIGESIMOPRIMERO:** Que, a su vez, de conformidad a los razonamientos expuestos en esta sentencia, el referido informe se diferencia de una resolución que se dicta conociendo de una consulta en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 N° 2, por cuanto reviste el carácter de obligatorio desde el momento que es una exigencia que ha establecido el legislador en miras a permitir la licitación de un frente de atraque bajo la modalidad de monooperador, y supone que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fije los términos de la operación, dado que ésta aumenta los riesgos de colusión monopólica, estableciendo de esta manera los resguardos competitivos pertinentes. Además, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, cuando emite su informe, no le señala a un particular que ha consultado las conductas que resultan contrarias a la libre competencia, sino que viene a concretar la voluntad del legislador;

**TRIGESIMOSEGUNDO:** Que, por consiguiente, no es correcta la afirmación del requirente, que consta a fojas 13 de autos, relativa a que en la tramitación del procedimiento sobre solicitud de informe de la Empresa Portuaria de Coquimbo Rol NC 303-2008, se haya dictado una *“resolución (sentencia de término) del TLDC que participa de ambas cualidades jurídicas, a saber: (1) Evacúa un informe, y (2) Fija las condiciones para la*

*ejecución de un acto y celebración de un contrato". En otras palabras, en el aludido procedimiento no se absolvió una consulta mediante una resolución sino que se dictó un informe, que según se acredita a fojas 128 a 171, fijó los términos para la licitación del frente de atraque bajo sitios 1 y 2 del Puerto de Coquimbo;*

**TRIGESIMOTERCERO:** Que adicionalmente y por este motivo, tampoco resulta coherente que la acción de autos se sustente en que la disposición legal impugnada no permita objetar resoluciones o informes que no fijen condiciones, toda vez que justamente se está en presencia de un informe que fijó los términos para la tantas veces aludida licitación, acto que reviste los caracteres de administrativo y presupuesto legal habilitante para efectuar la licitación. Tal como señaló esta propia Magistratura, dicho informe deberá establecer "la forma en que debe realizarse la licitación respectiva" (sentencia Rol N° 467);

**TRIGESIMOCUARTO:** Que, como se ha explicado, la requirente impugna la norma contenida en el inciso final del artículo 31 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción -que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973-, sobre Normas para la Defensa de la Libre Competencia, por estimar que introduce un trato diferenciado en el régimen de impugnaciones respecto de las resoluciones e informes dictados o emitidos por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, según establezcan o no condiciones que deban ser cumplidas en los actos y contratos. Al poder deducirse recurso de reclamación sólo respecto de las primeras, la requirente sostiene que se produce una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley que asegura el numeral segundo del artículo 19 de la Constitución Política;

**TRIGESIMOQUINTO:** Que en los considerandos anteriores, se ha explicado detalladamente las diferencias que existen entre las facultades del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de dictar resoluciones que fijen condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos y la de emitir informes en las materias a que se refiere la norma impugnada. En este último caso, correspondiente a la situación que motiva el requerimiento, el Tribunal aclara que se trata de una facultad de carácter administrativo -y no jurisdiccional- que constituye el presupuesto necesario para efectuar la licitación de frentes de atraque bajo un sistema monooperador, en conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 19.542, sobre Modernización del Sector Portuario Estatal;

**TRIGESIMOSEXTO:** Que, en relación a esta materia, debe tenerse presente que, conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Magistratura, la igualdad ante la ley *"consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición."* (Sentencias roles N°s. 28, 53 y 219). Bastaría, por ende, según ya se ha razonado en esta sentencia, esta sola consideración para desechar cualquier eventual vulneración de la igualdad ante la ley producto de la aplicación del precepto legal impugnado en la causa *sub lite*, toda vez que el fallo ha razonado sobre las diferencias existentes entre la facultad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en orden a emitir informes versus aquélla que le permite dictar resoluciones que fijen condiciones que deban ser

cumplidas en los actos o contratos a que se refiere la Ley N° 19.542. Se trata, por lo tanto, de situaciones diferentes que ameritan un tratamiento jurídico diverso como el que se ha establecido en el inciso final del artículo 31 del ya citado D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción en materia de recursos;

**TRIGESIMOSÉPTIMO:** Que, sin perjuicio de lo señalado, y como también lo ha reiterado la jurisprudencia de este órgano constitucional, el derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N° 2° de la Carta Fundamental, exige analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos que excluyan la presencia de la arbitrariedad. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas reguladas por la ley, su finalidad y los derechos del afectado que debe estar en condiciones de tolerar tal afectación (sentencias roles N°s. 755, 790, 1138, 1140, 1254, 1365 y 1584);

**TRIGESIMOCTAVO:** Que los mencionados estándares se cumplen precisamente en la especie porque tal y como se desprende de las citas de jurisprudencia judicial y administrativa, así como de la doctrina citada en los considerandos 28° a 30° de la sentencia, la facultad de informar asignada hoy al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en los casos de licitación de sitios portuarios, no tiene por objeto resolver una controversia entre partes, sino que complementar la voluntad del legislador quien, por la propia generalidad de la norma legal, no ha podido contemplar todas las conductas monopólicas en torno a una actividad como la del sector portuario. Así, no puede sostenerse que las personas o

los entes aludidos por dichos informes experimenten una diferencia intolerable, toda vez que no se trata de privarlos del ejercicio de su actividad sino que de someterlos, más bien, a condiciones que sean compatibles con las exigencias de la libre competencia en la actividad de que se trata proveyendo, además, a la indispensable certeza jurídica;

**VI. DE LA IMPUGNACIÓN DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DE INFORMAR EMANADA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.**

**TRIGESIMONOVENO:** Que el requirente ha solicitado se declare inaplicable el precepto impugnado, aduciendo que el régimen de recursos establecido en el artículo 31, inciso final, del Decreto Ley N° 211 contravendría el derecho a un justo y racional procedimiento, toda vez que no le permitiría deducir reclamación o, lo que a su juicio es lo mismo, apelar de una resolución que no fija condiciones;

**CUADRAGÉSIMO:** Que el derecho al recurso forma parte integrante del derecho al debido proceso. Así se ha señalado, entre otras sentencias, en los roles N° 376, 389, 478, 481, 821, 934, 986 y 1.432. De este modo, se ha dicho expresamente que *"el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores.."*;

**CUADRAGESIMOPRIMERO:** Que, desde luego, como también lo ha precisado esta Magistratura, *“aunque nuestra Constitución exige un debido proceso que consagre la revisión de las sentencias, ello no significa que consagre el derecho a la doble instancia. En otras palabras, el derecho al recurso no es equivalente al recurso de apelación”* (sentencia Rol N° 1.432). Lo anterior, atendido que el fin que la ley busca satisfacer a través de cada procedimiento varía según el objeto que hace necesaria su existencia, por lo que la determinación de los actos procesales que deberán componerlo y, específicamente, las características del medio de impugnación, en orden a lograr por el órgano jurisdiccional un adecuado conocimiento del conflicto jurídico, dependerán de esta circunstancia;

**CUADRAGESIMOSEGUNDO:** Que, en atención a lo anterior, como también lo ha indicado esta Magistratura en diversas sentencias de inaplicabilidad, aunque el derecho al recurso es un elemento integrante del denominado *“debido proceso”*, *“la decisión de sustituir o modificar el sistema de acciones y recursos respecto de las decisiones judiciales constituye una problemática que -en principio- deberá decidir el legislador dentro del marco de sus competencias”*. (Sentencia roles N°s 1.373, 1.432, 1.443 y 1.535, entre otras);

**CUADRAGESIMOTERCERO:** Que, de las consideraciones anteriores, se colige que si bien la exigencia de un justo y racional procedimiento establecida en la Constitución importa que se consagre la revisión de las decisiones judiciales, ello no significa que se asegure perentoriamente el derecho al recurso y a la doble instancia, esto es, a la apelación, para cualquier clase de procedimiento, convocando al legislador a otorgarlo a todo sujeto que tenga alguna clase de interés en él. Por lo mismo, esta Magistratura no ha sido llamada a

examinar, mediante razonamientos de constitucionalidad en abstracto, si el sistema de impugnación que establece un precepto legal contraviene o no la Carta Fundamental, sino que para analizar el reproche de constitucionalidad en el caso concreto, debe considerar siempre la naturaleza jurídica del proceso. En otras palabras, una discrepancia de criterio sobre la decisión adoptada por el legislador en materia de recursos o mecanismos impugnatorios no resulta eficaz y pertinente por sí misma para configurar la causal de inaplicabilidad, que en tal carácter establece el artículo 93, número 6º, de la Carta Fundamental. (Entre otros, Rol 1065-2008);

**CUADRAGESIMOCUARTO:** Que, de esta manera y para poder resolver la supuesta infracción que se imputa al debido proceso, es menester reiterar las características administrativas que asisten al proceso en el que el legislador, a juicio del requirente, ha violentado el derecho al recurso;

**CUADRAGESIMOQUINTO:** Que, tal como consta en la parte expositiva de esta sentencia, se ha reprochado el inciso final del artículo 31 del Decreto Ley N° 211, por cuanto no concedería el denominado "recurso de reclamación" a terceros intervinientes que han aportado antecedentes respecto de resoluciones e informes que no fijen condiciones. Como ya se consignara en motivaciones anteriores, el procedimiento dispuesto en el aludido artículo 31 fue especialmente diseñado para el ejercicio de las atribuciones administrativas del tribunal antimonopólico y sus características se entienden desde la perspectiva de la finalidad que el legislador tuvo en cuenta para su establecimiento. Según consta en la historia fidedigna de la ley, se dejó constancia que *"en el caso del artículo 18 (actualmente, el artículo 31), que planteaba el diputado señor Luksic, y en los números 2 y 3 del artículo 17 C, como también para la **emisión de***

*los informes que le sean encomendados al tribunal, respecto de disposiciones legales especiales, se establece un procedimiento sumario, en que se franquea la posibilidad de que concurran terceros para los efectos de que puedan ser escuchados cuando se va a tomar este tipo de medidas por el tribunal”;*

**CUADRAGESIMOSEXTO:** Que, en todo caso, en lo que se refiere al establecimiento de la reclamación en los procedimientos no contenciosos, son escasos los antecedentes relativos a su naturaleza y alcance. En efecto, el proyecto de ley del Ejecutivo establecía que las resoluciones o informes que dictara el Tribunal de la Libre Competencia no serían susceptibles de recurso alguno. En el primer trámite constitucional, en el segundo informe de la Comisión de Constitución y Economía Unidas, se acordó que sería procedente el recurso de reposición atendido el siguiente debate: *“La indicación número 79, del Honorable Senador señor Novoa, propone modificar el inciso segundo, para disponer que tales resoluciones o informes serán susceptibles del recurso de reclamación referido en el artículo 17 L. El Honorable Senador señor Novoa afirmó que, en el ejercicio de estas atribuciones, el Tribunal podrá hacer declaraciones, incluso afirmando que determinado acto o convención es contrario a la libre competencia. Por eso, es necesario contemplar algún mecanismo que permita reclamar -o apelar, conforme a la nomenclatura ahora acordada- de la decisión que se adopte. Anticipó que no tenía inconveniente en que, como alternativa a su propuesta, se adoptara otra fórmula que signifique una mayor rapidez desde el punto de vista procesal. Los señores representantes del Ejecutivo manifestaron su desacuerdo con la indicación, porque se trata de materias no contenciosas, respecto de las cuales no es pertinente conceder tal recurso. Algunos de los señores Senadores*

*integrantes de las Comisiones Unidas observaron que también es posible presentar recursos en asuntos no contenciosos y que, en la especie, por los efectos de estos pronunciamientos, es aconsejable contemplarlos para quienes no se conformen con ellos. Al término del debate, las Comisiones Unidas resolvieron contemplar la posibilidad de interponer el recurso de reposición, en caso de que no se compartan los criterios que formule el Tribunal en el ejercicio de estas atribuciones. El Honorable Senador señor Parra dejó constancia que, pese a que el tema ya ha sido resuelto por las Comisiones Unidas, estima absolutamente inadecuado entregar al Tribunal el conocimiento preventivo de las materias relacionadas con la libre competencia, porque no se condice con su naturaleza de órgano jurisdiccional y debería ser asumido por la Fiscalía Nacional Económica".*

Posteriormente, en segundo trámite constitucional, el primer Informe de las Comisiones Unidas de Constitución y Economía precisó que *"las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto de los recursos de reposición y de nulidad."* Durante la discusión en Sala, el diputado Saffirio, informando del proyecto, expuso que: *"Las resoluciones o informes que dicte o emita el tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto de los recursos de reposición y de nulidad, sin perjuicio del recurso de protección y amparo económico, si procedieran, por infracción a lo dispuesto en los N<sup>os</sup>. 21 y 22 del artículo 19 de la Constitución Política."* El Senado, sin embargo, rechazó todas las modificaciones y por indicación sustitutiva del Ejecutivo aprobada en la Comisión Mixta se estableció finalmente que *"las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición."*

*Las resoluciones que fijen condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos podrán también ser objeto del recurso de reclamación”;*

**CUADRAGESIMOSÉPTIMO:** Que de la revisión de la historia fidedigna del establecimiento de la preceptiva legal que se cuestiona resulta evidente que se tuvo en consideración la naturaleza jurídica diversa de las resoluciones y de los informes, habida consideración de que estos últimos revisten el carácter de actos administrativos habilitantes establecidos por el legislador;

**CUADRAGESIMOCTAVO:** Que lo anterior no importa en modo alguno la inexistencia de mecanismos impugnatorios de la decisión administrativa que se contiene en el informe que emana del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, desde que en primer lugar la propia disposición autoriza la interposición de un recurso de reposición o más bien reconsideración -que no se ejerció en el caso del presente requerimiento-, a lo que debe agregarse las acciones constitucionales que franquea el ordenamiento jurídico, habida consideración de que la Corte Suprema ejerce la superintendencia directiva, correccional y económica respecto de los tribunales de la República, entre ellos por cierto el Tribunal que emitió el informe;

**CUADRAGESIMONOVENO:** Que, por lo demás, existen precedentes en relación a decisiones de los tribunales superiores de justicia que conocieron de sendos recursos de amparo económico respecto de informes emanados de la entonces Comisión Preventiva Central y emitidos en virtud de lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542 (sentencias de la Corte Suprema roles N°s 514-1999 y 1.469-1999). Por otra parte, también se han deducido respecto de dicha potestad informativa recursos de protección (sentencias roles N°s 3617-1998 y 3594-1998 de

la Corte de Apelaciones de Santiago), atendido que, en su carácter de acto administrativo, el informe puede llegar a ser ilegal o arbitrario como lo puede ser cualquier otro acto emanado de órganos que no actúan en ejercicio propiamente de la jurisdicción. Ello también se desprende de la historia fidedigna de la ley y que se reseñó en el considerando cuadragésimosexto precedente. A lo señalado pueden agregarse otras acciones como la nulidad de derecho público de las propias bases de licitación, gestiones pendientes que incluso motivaron el primer requerimiento de inaplicabilidad presentado ante esta nueva Magistratura Constitucional (Rol 467/2006);

**VII. EFECTOS DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD EN EL CASO CONCRETO DE ACOGERSE EL REQUERIMIENTO Y OTROS CONFLICTOS DE LEGALIDAD.**

**QUINCUAGÉSIMO:** Que, según expresa el requirente en su escrito de inaplicabilidad, a fojas 5: *“el inciso final del artículo 31 constituye la única norma legal aplicable para la resolución del Recurso de Hecho, de que conoce actualmente la Corte Suprema”*. Agregando luego que *“el precepto legal impugnado necesaria y forzosamente recibe aplicación en la resolución de la gestión judicial pendiente ante la Excm. Corte Suprema (Recurso de Hecho), toda vez que se refiere precisamente a la procedencia o no de la interposición, por parte de terceros intervinientes, del Recurso de Reclamación en contra de la sentencia de término del TDLC recaída en un procedimiento no contencioso”*;

**QUINCUAGESIMOPRIMERO:** Que, así las cosas, de acogerse el presente requerimiento de inaplicabilidad, el tribunal que conoce del recurso de hecho -en este caso la Corte Suprema- no podría considerar el precepto legal en cuestión, todo lo cual no se condice con la finalidad perseguida, según se desprende de la propia presentación efectuada ante dicho máximo tribunal;

**QUINCUAGESIMOSEGUNDO:** Que la acción de inaplicabilidad tampoco puede tener por finalidad el que se pretenda la creación de una disposición jurídica especial para la resolución del conflicto que motiva la gestión pendiente. En efecto, como se ha resuelto, *“tampoco puede pretenderse a través de la acción de inaplicabilidad que este Tribunal establezca una normativa específica para la decisión de un determinado asunto judicial, desde el momento que, como lo ha señalado reiteradamente esta Magistratura, el propósito de esta acción es inaplicar un determinado precepto para un caso concreto por tener un efecto contrario a la Carta Fundamental”* (Rol 1327);

**QUINCUAGESIMOTERCERO:** Que, por otra parte, el requirente hace referencia a una serie de consideraciones en relación a la forma en que debe interpretarse adecuadamente el precepto en cuestión, lo que escapa a la esfera propia de esta Magistratura, al reiterarse en diversas sentencias de control concreto de constitucionalidad que *“en sede de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional sólo ha sido autorizado por la Carta Fundamental para efectuar el control de constitucionalidad concreto de los preceptos legales objetados y, por consiguiente, no ha sido llamado a resolver sobre la aplicación e interpretación de normas legales, cuestión que, de conformidad a la amplia jurisprudencia recaída en requerimientos de inaplicabilidad, es de competencia de los jueces del fondo”* (sentencias roles N°s 1.314 y 1351, entre otras);

**QUINCUAGESIMOCUARTO:** Que, por último, y también dentro del ámbito de la interpretación de la ley, cabe precisar que el requirente ha solicitado la inaplicabilidad del inciso final del artículo 31 vigente a la fecha en que dedujo el recurso de hecho en contra del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Esta

disposición fue modificada por la Ley N° 20.361 y actualmente su texto prescribe que: *“Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27. Dicho recurso deberá ser fundado y podrán interponerlo el o los consultantes, el Fiscal Nacional Económico y cualquiera de los terceros que hubieren aportado antecedentes de conformidad con lo dispuesto en el número 1.”*. En cuanto a la historia de esta modificación, se tuvo presente lo manifestado por el Fiscal Nacional Económico, don Enrique Vergara, quien señaló al respecto que *“la resolución recurrible debe ser la de término, sea que fije o no condiciones, que apruebe o no. En la actualidad, continuó, está muy limitado el derecho a recurrir, sólo es procedente respecto de resoluciones que fijen condiciones, mas no la resolución que aprueba o deniega pura y simplemente”*;

**QUINCAGESIMOQUINTO:** Que el nuevo artículo 31, inciso final, entró en vigencia con posterioridad a la fecha en que se dedujo el recurso de hecho en que se ha solicitado a esta Magistratura un pronunciamiento de inaplicabilidad, por lo que compete a los jueces del fondo determinar si, de conformidad a lo dispuesto en la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, procede o no aplicar esta disposición para resolver el recurso de hecho; en este caso, será la Corte Suprema quien soberanamente dilucidará si corresponde aplicar el antiguo o el nuevo texto del artículo 31, inciso final. Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en consideración que el nuevo precepto legal no modifica la redacción normativa de la reclamación en lo que atañe a la impugnación de los informes emanados del Tribunal de

Defensa de la Libre Competencia, en atención precisamente a la circunstancia de que se trata de un acto administrativo, establecido como presupuesto legal para la licitación portuaria.

**Y VISTO** lo prescrito en los artículos 19, N°s 2°, 3° y 22°, y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

**SE DECLARA:**

**QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1 Y SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN ESTOS AUTOS, OFICIÁNDOSE AL EFECTO A LA CORTE SUPREMA.**

Se previene que el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake concurre a la sentencia, pero no comparte la inclusión de los considerandos quincuagesimoprimer y siguientes.

Redactó la sentencia el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán y la prevención, su autor.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**ROL 1448-09-INA.**

Se certifica que el Ministro señor José Luis Cea Egaña concurrió a la vista de la causa y al acuerdo, pero no firma por haber cesado en su cargo.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por los Ministros señores José Luis Cea Egaña (Presidente Subrogante), Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.