



2022

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 9559-2020

[3 de junio de 2022]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO ARTÍCULO 31, INCISO
FINAL, DEL DECRETO LEY N° 211, QUE FIJA NORMAS PARA LA
DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

COMUNIDAD DE AGUAS SUBTERRÁNEAS SECTOR DOS
EMBALSE LAUTARO – LA PUERTA; SCM MINERA LUMINA
COPPER CHILE; Y AGRÍCOLA LAS JUNTAS S.A.

EN EL PROCESO SEGUIDO ANTE LA CORTE SUPREMA, POR RECURSO DE
HECHO, BAJO EL ROL N° 58.555-2020

VISTOS:

Que, con fecha 22 de octubre de 2020, Comunidad de Aguas Subterráneas Sector Dos Embalse Lautaro – La Puerta; SCM Minera Lumina Copper Chile; y Agrícola Las Juntas S.A., representadas convencionalmente por Gonzalo Muñoz Escudero, han presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 31, inciso final, del Decreto Ley N° 211, que fija normas para la Defensa de la Libre Competencia, para que surta efecto en los autos caratulados “Sociedad Agrícola Las Juntas S.A. contra Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, en el proceso seguido ante la Corte Suprema, por recurso de hecho, bajo el Rol N° 58.555-2020;

Precepto legal cuya aplicación se impugna:

El texto del precepto impugnado dispone:



D.L 211

“Artículo 31º.- El ejercicio de las atribuciones a que se refieren los números 2), 3) y 4) del artículo 18, así como la emisión de los informes que le sean encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales, se someterán al siguiente procedimiento:

1) El decreto que ordene la iniciación del procedimiento se publicará en el Diario Oficial y en el sitio de Internet del Tribunal y se notificará, por oficio, a la Fiscalía Nacional Económica, a las autoridades que estén directamente concernidas y a los agentes económicos que, a juicio exclusivo del Tribunal, estén relacionados con la materia, para que, en un plazo no inferior a quince días hábiles, éstos y quienes tengan interés legítimo puedan aportar antecedentes.

Tratándose de materias que se relacionen especialmente con zonas determinadas, podrá ordenar que la notificación también se practique mediante la publicación de un aviso en los periódicos locales respectivos.

El Tribunal arbitrará siempre las condiciones necesarias para que todos los intervinientes puedan imponerse del expediente.

2) Vencido el plazo anterior, quienes hayan ejecutado o celebrado, o se propongan ejecutar o celebrar los hechos, actos o contratos consultados, podrán evaluar las recomendaciones que hubiere efectuado la Fiscalía Nacional Económica en la etapa de aporte de antecedentes y comunicar por escrito al Tribunal su concordancia con las mismas.

3) Vencido el plazo señalado en el número 1, el Tribunal deberá citar a una audiencia pública, la cual se llevará a efecto dentro de un plazo no inferior a quince días ni superior a treinta días contado desde la notificación, la que se practicará mediante un aviso publicado en el Diario Oficial y en el sitio de Internet del Tribunal, para que quienes hubiesen aportado antecedentes puedan manifestar su opinión.

En caso de efectuarse la comunicación a que se refiere el número 2, el Tribunal tendrá un plazo de quince días para citar a la audiencia pública, contados desde que haya sido recibida dicha comunicación, la que deberá llevarse a efecto de conformidad con lo señalado en el párrafo precedente.

4) Si las autoridades, organismos o personas referidos en los números anteriores no informaren en los plazos que el Tribunal les fijare al efecto, éste podrá prescindir del informe.

5) De oficio o a petición del interesado, el Tribunal podrá recabar y recibir los antecedentes que estime pertinentes.

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”.



Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

A fojas 1, las requirentes, Comunidad de Aguas Subterráneas Sector Dos Embalse Lautaro – La Puerta; SCM Minera Lumina Copper Chile; y Agrícola Las Juntas S.A. solicitaron al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que declarase que en el área donde se encuentran sus derechos de aprovechamiento de aguas, no existen hechos, actos o convenciones que impida, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, con el fin de eximirse del pago de la patente por no uso de aguas establecido en el artículo 129 bis 9 del Código de Aguas.

Esta solicitud dio origen al procedimiento no contencioso Rol 455-2019, que terminó con el Informe N° 16/2020, de 20 de abril de 2020, el cual concluyó, por voto de mayoría, *“(...) que la no utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye esta Comunidad (se refiere a la “Comunidad de Aguas Subterráneas Sector Dos Embalse Lautaro - La Puerta”) impide, restringe o entorpece la libre competencia en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas y sus mercados conexos, por lo que no procede autorizar la exención a que se refiere el inciso 4° del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas”*.

La requirente presentó un recurso de reclamación en contra de dicho informe, el cual fue declarado improcedente, en atención a lo dispuesto en la norma cuestionada, por lo que se presentó un recurso de hecho, de conformidad a los artículos 200 y 203 del Código de Procedimiento Civil, el cual constituye la gestión pendiente para estos autos constitucionales.

Como conflicto constitucional, se sostiene que el precepto legal cuestionado, en primer lugar, se infringiría la garantía del debido proceso, consagrada en el artículo 19 N° 3, inciso sexto constitucional, particularmente en lo relativo al derecho al recurso, el cual también está incorporado a nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 5 inciso 2° de la Constitución, con las garantías establecidas en los artículos 8.1, 8.2 letra h) y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En segundo término, refieren las requirentes que la norma impugnada vulnera las garantías de la igualdad ante ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, establecidas en los artículos 19 N° 2 y 3° inciso primero, de la Carta Fundamental, pues establece diferencias arbitrarias en la posibilidad de impugnación de las decisiones adoptadas en el marco de un procedimiento no contencioso, ya que algunas de esas decisiones puedan ser revisadas por un tribunal superior y en cambio aquellas que finalizan con un informe, no contemplan esa posibilidad.

Finalmente, argumentan que el Código de Procedimiento Civil, en el artículo 822, permite la doble instancia en los procedimientos no contenciosos, lo que viene a refrendar la falta de razonabilidad en la diferenciación que hace el DL 211.



Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Primera Sala, con fecha 28 de octubre de 2020, a fojas 50, disponiéndose la suspensión del procedimiento. Fue declarado admisible por resolución de la misma sala el día 30 de noviembre de 2020, a fojas 402.

Conferidos los traslados a todas las partes de la gestión pendientes, y a los órganos constitucionales interesados, no fueron evacuadas presentaciones.

A fojas 411 rola resolución que ordena traer los autos en relación.

A fojas 414 se hizo parte la Fiscalía Nacional Económica.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 24 de mayo de 2021 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, y los alegatos de los abogados Nicolás Suazo Contreras, por la parte requirente, y de Nicolás Carrasco Delgado, por la Fiscalía Nacional Económica, y se pospuso el acuerdo.

Se adoptó acuerdo el día 14 de septiembre de 2021, conforme fue certificado por la relatora de la causa.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO. El artículo 129 bis 9º, incisos cuarto a sexto del Código de Aguas entrega competencia al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para declarar la existencia o inexistencia de hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia en los derechos de aprovechamiento de aguas. Esta declaración tiene como objeto la verificación de uno de los requisitos para la procedencia de la exención del pago de patentes por no uso de derechos de aprovechamiento de aguas en ciertos casos.

SEGUNDO. En el marco de la gestión judicial pendiente, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia emite el Informe N° 16 de 2020, cuyo voto de mayoría indica que “(...) *la no utilización de derechos de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye esta Comunidad [se refiere a la “Comunidad de Aguas Subterráneas Sector Dos Embalse Lautaro – La Puerta”] impide, restringe o entorpece la libre competencia en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas y sus mercados conexos, por lo que no procede autorizar la exención a que se refiere el inciso cuarto del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas”*.

TERCERO. Contra dicho informe del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el requirente de inaplicabilidad interpone un recurso de reclamación, el



que es declarado improcedente por el propio Tribunal, conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto Ley N° 211. Precisamente, es el inciso final del recién mencionado artículo aquel cuya inaplicabilidad se solicita:

“El ejercicio de las atribuciones a que se refieren los números 2), 3) y 4) del artículo 18, así como la emisión de los informes que le sean encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales, se someterán al siguiente procedimiento: (...)

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”.

CUARTO. En efecto, de acuerdo con la ley vigente no procede revisión judicial en aquellos casos en que el mencionado tribunal conoce causas en virtud de la competencia que le entrega el artículo 18, N° 7 del referido decreto ley (el que hace una remisión genérica a las demás [atribuciones y deberes] que les señalen las leyes). Sólo procede el recurso de reclamación ante la Corte Suprema respecto de sentencias definitivas [número 1) del artículo 18] (ver artículo 30) y de resoluciones de término [número 2) del artículo 18] (ver artículo 31).

QUINTO. La improcedencia legal del recurso de reclamación es clara. No estamos en presencia de un tema de mera interpretación legal a ser resuelta por una corte y que, por lo mismo, no exista realmente una controversia constitucional. No es así. Lo que está en discusión es si la aplicación del precepto impugnado provoca o no un efecto contrario al texto constitucional. En consecuencia, esta Magistratura constitucional es plenamente competente para conocer y resolver el asunto.

SEXTO. Este Tribunal acogerá la acción de inaplicabilidad interpuesta debido a que la aplicación del precepto impugnado produce un efecto contrario al artículo 19, N° 2º, inciso segundo y 19, N° 3º, inciso sexto, de la Constitución. Específicamente, se argumentará que este tipo de casos concretos presenta equivalencia con situaciones en las que sí existe (y se justifica que así sea) la posibilidad de recurrir a la Corte Suprema. Además, se explicará que, por consideraciones de racionalidad y justicia procedimental, en este caso concreto sí resulta pertinente la posibilidad de revisión judicial de lo resuelto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. De hecho, lo que está en juego, desde esta última perspectiva, es el alcance que ha de tener la facultad de dicho tribunal de informar casos como los descritos, en los que se ha producido un cambio jurisprudencial radical que amerita ser zanjado por una alta corte de justicia.



A) ACERCA DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY.

SÉPTIMO. El Decreto Ley N° 211 le atribuye al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia diversas potestades. Se les suele clasificar entre asuntos contenciosos y no contenciosos. De hecho, los procedimientos aplicables son básicamente dos y responden a la distinción recién anotada. En materia recursiva, sin embargo, la distinción entre lo contencioso y no contencioso no es determinante. En las causas contenciosas siempre procede el recurso de reclamación en contra de las sentencias definitivas. Y en algunas materias agrupadas bajo la segunda categoría (no contenciosas) también se contempla el recurso de reclamación.

OCTAVO. En efecto, en lo concerniente a los asuntos no contenciosos el artículo 31, inciso final, contempla la procedencia del recurso de reclamación respecto de *“las resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones”*. Estamos hablando de la llamada potestad consultiva, la que se encuentra establecida en el artículo 18, N° 2°, del Decreto Ley N° 211. Dicho artículo prescribe que es deber y atribución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia *“conocer a solicitud de quien tenga un 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”*.

En palabras del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la potestad consultiva *“(…) tiene una función preventiva ordenada a evitar o minimizar la posibilidad de que hechos, actos o convenciones determinados, proyectados, ejecutados o celebrados, puedan llegar a lesionar o poner en riesgo la libre competencia o continuar causando daño o poniendo en peligro dicho bien jurídico”* (STDLC N° 86/2009, c.2°).

NOVENO. Si se atiende a la naturaleza o función de la consulta requerida por el artículo 129 bis 9°, incisos cuarto a sexto del Código de Aguas respecto de hechos que, de realizarse, puedan llegar a lesionar o poner en riesgo la libre competencia, no resulta difícil advertir su similitud con los casos que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conoce en virtud del artículo 18, N° 2° del Decreto Ley N° 211 y cuya resolución de término es susceptible de recurso de reclamación para ante la Corte Suprema.

La función en ambos tipos de asuntos no contenciosos es similar, el procedimiento general es el mismo, pero difieren en cuanto a la posibilidad de recurrir de reclamación ante la Corte Suprema. Al estar una consulta como la de autos establecida por una ley especial (el Código de Aguas), el Decreto Ley N° 211 las agrupa bajo el N° 7° del artículo 18, categoría residual y amplia desprovista de dicho tipo de recurso.

DÉCIMO. La Fiscalía Nacional Económica intenta demostrar las diferencias señalando que *“los informes son resoluciones que adopta el H. TDLC una vez que termina el procedimiento no contencioso únicamente a propósito del ejercicio*



de la facultad del artículo 18 N° 7 del DL 211 (atribuciones que leyes especiales entregan al conocimiento del H. TDLC), por medio de las cuales se emiten juicios descriptivos, fundados y especializados en temas regulatorios y de libre competencia, los que producirán efectos en ámbitos sectoriales específicos, o bien servirán para que otros organismos adopten decisiones que les son encomendadas en ciertas áreas regulatorias. Así, en la gestión pendiente, el H. TDLC al emitir el 'informe' participa en una etapa de un proceso de decisión mayor, sirviendo su 'informe' como insumo para ciertas decisiones adoptadas por la Dirección General de Aguas" (ver minuta de alegatos).

UNDÉCIMO. La realidad del caso concreto, en cambio, desconoce el carácter meramente descriptivo de los juicios que supuestamente se hacen con ocasión de lo que se ha llamado potestad informativa. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha ido más allá. Lo que ha hecho (y no estamos afirmando que su proceder haya sido adecuado o inadecuado) es un análisis prospectivo que implica una valoración de riesgos para la libre competencia en los mercados relevantes. La aproximación aludida es reconocida por el mismo Tribunal: "57. Como se señaló, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 inciso 4° al 6° del Código de Aguas, para que una organización de usuarios de aprovechamiento de aguas obtenga una exención del pago de la patente por el no uso de los mismos, este Tribunal debe declarar que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. [/] 58. Sin embargo, tal como se señaló en los párrafos 25, 26 y 27 para dicha declaración debe realizarse un análisis necesariamente prospectivo, centrado en los riesgos y condiciones de competencia que pueden a futuro presentar los mercados afectados en virtud del hecho del informe, esto es, la exención del pago de la patente ...".

Esta particular manera de abordar el asunto, la cual se asemeja a los juicios realizados con ocasión del ejercicio de la potestad consultiva, fue advertida en el voto disidente respectivo, en el cual aludiendo a la jurisprudencia previa (Informe N° 7/2009), recuerda que el Tribunal "debe limitarse en su análisis únicamente a determinar el mercado relevante de autos y si en dicho mercado relevante existen o no hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. [...] la jurisprudencia previa de este Tribunal (véase Informe N° 7/2009) establece que no se considera que existan actos o contratos que afectan la libre competencia si: (i) existe una Comunidad que administra y distribuye las aguas subterráneas, (ii) existe una zona de prohibición en los respectivos acuíferos, y (iii) pese a la existencia de una zona de prohibición habría operado activamente un mercado de derechos de aprovechamiento de aguas, permitiendo el acceso a dichos derechos por parte de quienes lo requieren" (párrafos 2 y 3 del voto disidente -énfasis agregado).

DUODÉCIMO. Además, hay que tener presente que lo resuelto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no es un simple antecedente o insumo para la Dirección de Aguas, sino que zanja de forma definitiva un tema. Al mencionado Tribunal se le solicita por el particular que se pronuncie si la no utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra



y distribuye la Comunidad impide, restringe o entorpece la libre competencia en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas. Ante dicha consulta o solicitud de informe dicho Tribunal resolvió que sí se producía un efecto anticompetitivo, por lo que -de forma equivalente a una condición impeditiva absoluta- declaró que “no procede autorizar la exención a que se refiere el inciso 4º del artículo 129 bis 9 del Código de Agua” (ver parte resolutive del Informe). Como se aprecia, la similitud con el ejercicio de la atribución conferida por el artículo 18, Nº 2º resulta evidente.

DECIMOTERCERO. Asimismo, el que se trate de consultas en virtud de leyes especiales y que se enmarquen en procesos más amplios con participación decisoria de autoridades sectoriales no altera la igualdad sustancial de ambas hipótesis, las cuales, por lo mismo, debieran tener posibilidades recursivas equivalentes.

DECIMOCUARTO. Desde la perspectiva de la disponibilidad de recursos procesales, la racionalidad de las clasificaciones establecidas por el Decreto Ley Nº 211 es limitada. La potestad “residual” del numeral 7º del artículo 18 comprende asuntos de naturaleza diversa¹. Esta dispersión poco sistemática se ve reflejada, además, en que las leyes especiales que otorgan facultades al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia presentan particularidades procedimentales. Por ejemplo, en algunos se establece expresamente la posibilidad de reclamación ante la Corte Suprema² y en otros se alude expresamente a su equivalencia con el numeral 2º del artículo 18.³ En otras palabras, es posible constatar, nuevamente, que situaciones esencialmente similares reciben un tratamiento legal diferente.

DECIMOQUINTO. A las dificultades de diseño legislativo antes anotadas, hay que agregar la complejidad adicional que ha significado la expansión por vía

¹Esta realidad fue tempranamente reconocida en la Primera Cuenta Pública del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (mayo de 2005), en la que se señaló que “llama la atención el número y la dispersión de una serie de leyes especiales que se refieren o que establecen facultades, atribuciones o funciones que el Tribunal debe cumplir respecto de la industria o mercado referido, tratado o regulado por dichas normas especiales. Sería deseable que se pusiera término a tal dispersión por vía legal, ordenando y sistematizando en el propio Decreto Ley Nº 211 las normas especiales antes referidas”.

² En lo concerniente a las potestades informativas del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el ámbito tarifario, mientras la Ley de Servicios de Gas contempla expresamente el recurso de reclamación (ver artículo 31 inciso quinto y sexto del Decreto Ley Nº 323, de 1931, del Ministerio del Interior, Ley de Servicios de Gas, texto incorporado por la Ley Nº 20.999 de 2017), no ocurre lo mismo con el sector eléctrico o con el sector de agua potable y servicios sanitarios.

³ El artículo 2, incisos seis y siete de la Ley Nº 18.772 (que contempla normas para transformar la dirección general del metro en sociedad anónima) cuyo texto fue modificado por la Ley Nº 20.950 de 2016 (que autoriza la emisión y operación de medios de pago con provisión de fondo por entidades no bancarias) establece un sistema de aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. A diferencia de otras materias similares, aquí la ley expresa que el procedimiento aplicable será aquel al que se refiere el numeral 2) del artículo 18 del Decreto Ley Nº 211.



jurisprudencial del ámbito de materias susceptibles de ser reclamadas ante la Corte Suprema. Nos referimos a aquellas determinaciones finales referidas al ejercicio de la potestad para dictar instrucciones generales (artículo 18, N° 3°)⁴ y de la potestad para proponer modificaciones normativas (artículo 18, N° 4°)⁵.

DECIMOSEXTO. Este caso concreto no es igual al visto por el Tribunal Constitucional hace más de una década y que fue resuelto por STC 1448. Tal como lo hemos señalado anteriormente, el artículo 18, N° 7° es una categoría que agrupa asuntos diversos. Aun así, nos ha permitido matizar, o incluso cambiar, ciertas apreciaciones previas.

B) ACERCA DE LA RACIONALIDAD Y JUSTICIA PROCEDIMENTAL.

DECIMOSÉPTIMO. En el apartado anterior hemos explicado por qué el precepto legal impugnado infringe la igualdad ante la ley. Desde la perspectiva de la racionalidad y justicia procedimental, la aplicación del precepto impugnado también es problemático. En este caso concreto se está ante una situación que amerita que la resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sea revisada por la Corte Suprema.

Las particularidades del caso concreto importan. Como se explicó más arriba, hubo un cambio jurisprudencial en la manera de abordar el análisis de este tipo de materias. Dicho de otra forma, la manera de entender cuál era la competencia atribuida por la ley al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia experimentó una modificación, lo que se vio reflejado en posturas opuestas entre sus integrantes. El cambio de criterio jurisprudencial ha sido reconocido por el mismo Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la Cuenta Anual correspondiente al año 2021.

DECIMOCTAVO. Es efectivo que la legitimidad de las decisiones de un tribunal especializado descansa fuertemente en la experticia que éstas revistan. En tal sentido, el valor de que una alta corte de justicia revise lo resuelto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia podría ser, en teoría, más limitado. Sin embargo, por las particulares características de este caso concreto, el aspecto fundamental a ser dirimido por la Corte Suprema dice relación con cuál es la manera jurídicamente correcta de entender el cometido que el Código de Agua le encarga al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. La racionalidad y justicia procedimental sugiere que la mencionada alta Corte pueda conocer y resolver el asunto.

⁴ Véase resolución de la Excma. Corte Suprema, de fecha 11 de abril de 2013, en causa Rol N° 269-2013.

⁵ Véanse resoluciones de la Excma. Corte Suprema, de fecha 25 de octubre de 2019, en causas Roles N°s 25012-2019; 25013-2019; 25014-2019; y 25015-2019.



Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

I. QUE SE ACOGA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 31, INCISO FINAL, DEL DECRETO LEY N° 211, QUE FIJA NORMAS PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, EN EL PROCESO SEGUIDO ANTE LA CORTE SUPREMA, POR RECURSO DE HECHO, BAJO EL ROL N° 58.555-2020. OFÍCIESE.

II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE A TAL EFECTO.

DISIDENCIA

Los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO, NELSON POZO SILVA, la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y el Ministro señor RODRIGO PICA FLORES estuvieron por rechazar el requerimiento, por las siguientes razones:

I. GESTIÓN PENDIENTE Y CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO

1°. Las requirentes, Comunidad de Aguas Subterráneas Sector Dos Embalse Lautaro – La Puerta; SCM Minera Lumina Copper Chile; y Agrícola Las Juntas S.A, han presentado una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso final del artículo 31 del Decreto Ley N° 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia, a objeto de que se sustraiga de su aplicación de la gestión pendiente, consistente en un recurso de hecho deducido por las requirentes en contra de la resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) que no dio a lugar al de reclamación interpuesto en contra del Informe N° 16/2020, de 20 de abril de 2020. Por medio de tal dictamen, el citado Tribunal informó que la no utilización de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye la Comunidad impide, restringe o entorpece la libre competencia en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas y sus mercados conexos, por lo que no procedería autorizar la exención a que se refiere el artículo 129 bis 9, inciso cuarto, de Código de Aguas y cuyo pronunciamiento les fuera solicitada por las requirentes.



Al mencionado recurso de reclamación no se dio a lugar por aplicación del artículo 31, inciso final, del DL N° 211, que ha sido impugnado en estos autos constitucionales.

En contra de dicha resolución, las requirentes interpusieron recurso de hecho, el que se encuentra en estado de acuerdo y cuya tramitación se encuentra suspendida por resolución de este Tribunal.

2°. El precepto impugnado en la acción de inaplicabilidad establece: *“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”.*

3°. En esta acción se alega que la aplicación de la referida norma legal, en el caso concreto, vulnera el debido proceso, en su vertiente del derecho a recurrir, y la garantía de igualdad ante la ley, por cuanto se impide el recurso de reclamación respecto de los informes que emita el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en los casos que se refieren algunos numerales del artículo 18 del DL 211.

En relación al derecho a recurrir, las requirentes estiman que el precepto impugnado “deniega, directa y derechamente, la posibilidad de recurrir o impugnar los informes evacuados por el HTDLC en asuntos no contenciosos sometidos a su conocimiento, como es el caso de su Informe N° 16/2020” (fs. 14).

En cuanto a la igualdad ante la ley, las actoras constitucionales alegan que, discriminatoriamente y sin ninguna justificación racional, se le niega a unos justiciables el mismo recurso de interés general del cual disponen todos quienes están sujetos a la tramitación de asuntos no contenciosos. En efecto, reclaman que “mientras inciso final del artículo 31 del DL N° 211 niega la posibilidad de deducir el recurso de reclamación a que se refiere su artículo 27, contra los informes que emita el HTDLC en asuntos no contenciosos sometidos a su conocimiento, ello sí está permitido por el artículo 822 del Código de Procedimiento Civil en los asuntos no contenciosos que se tramiten conforme a las disposiciones de éste último” (fs. 19).

4°. Encontrándose vinculado el no uso de los derechos de aprovechamiento de las aguas con una eventual afectación a la libre competencia, resulta necesario que, antes de revisar las impugnaciones que formula el requerimiento, esta disidencia analice algunas materias que le servirán como criterios interpretativos para pronunciarse y que dicen relación con: a) las características del pago de la patente de aguas por la no utilización de aguas y su exención; b) la naturaleza de los informes que evacúa el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; y, en fin, c), las características del dictamen del TDLC recaído en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas a que se refiere el art. 129 bis 9 del Código de Aguas.



II. PATENTE DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS Y SU EXENCIÓN

5°. A las aguas se refiere nuestra Constitución cuando dispone “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos” (artículo 19, numeral 24°, inciso final).

Las aguas son un bien nacional de uso público que la Constitución reconoce implícitamente, puesto que sólo sobre su consagración pública el Estado puede “reconocer” y “constituir” derechos de aprovechamiento sobre los mismos. Consecuentemente, el artículo 5° del Código de Aguas dispone que “las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente código”. A mayor abundamiento, la jurisprudencia de este Tribunal le ha reconocido indubitadamente a las aguas el mismo carácter en las sentencias Roles N°s 260, 1254 y 1309, entre otras, correspondiendo a la propia legislación determinar su estatuto.

6°. Las consecuencias de ese estatuto son primordiales. Primero, porque hay prohibición de configuración de una propiedad sobre las aguas mismas, siendo solo derechos que se constituyen o reconocen sobre su aprovechamiento. Segundo, porque centrar la dimensión propietaria en el uso no puede llevar a desnaturalizar el bien: sigue siendo un bien nacional de uso público “y es indudable que los intereses de la colectividad, sean éstos considerados como intereses generales de la Nación o bajo el concepto de utilidad pública, son factores pertinentes y dignos de ser considerados al momento de otorgar o modificar derechos de aprovechamiento de aguas, como también al regular su ejercicio, pues tales derechos, como lo señala el artículo 6° del mismo Código, son derechos reales que recaen sobre las aguas y permiten un cierto uso o goce de ellas, según lo determine el acto de autoridad pertinente” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1578, considerando 12°). Tercero, porque la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento sobre las aguas está igualmente sometida a la función social de la misma; en particular, “es del caso recordar que la propia Carta Fundamental señala, en el numeral 8° de su artículo 19, que es deber del Estado velar por que el derecho al medio ambiente libre de contaminación no sea afectado, en tanto que el numeral 24° del mismo artículo entiende que la función social de la propiedad comprende la preservación del patrimonio ambiental, dentro de la cual cabe la conservación de los caudales de aguas, de lo cual deriva el deber del Estado de adoptar todas las medidas para evitar su agotamiento” (Sentencia Rol N° 1309, considerando 6°). Es que, como dijo el voto disidente en STC Rol N° 7015, tratándose de “bienes de fuerte impronta ambiental han de valorarse criterios conservacionistas que se derivan directamente de la Constitución, sea como “deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza” (artículo 19, numeral 8°, de la Constitución) sea como función social exigida por “la conservación del patrimonio ambiental” (artículo 19, numeral 24°, inciso segundo de la Constitución). En



consecuencia, si bien muchos principios gobiernan la tutela ambiental, uno de los principales es el principio precautorio, que asume criterios que precaven contra el riesgo irreversible de afectar la disposición de un caudal ecológico suficiente [Francisca Moya Marchi (2013), *El principio de precaución*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 52, pp. 153-228, y Jorge Bermúdez Soto (2015), *Fundamentos de Derecho Ambiental*, Segunda edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso, p. 46 y siguientes] (c. 20°).

El Código de Aguas, contenido en el DFL N° 1.122 de 1981, no sólo establece que las aguas son bienes nacionales de uso público y que a los particulares se les otorga el derecho de aprovechamiento de ellas en conformidad a lo dispuesto en él, sino que el derecho de aprovechamiento “es un derecho real, que recae sobre las aguas y confiere el uso y goce de ellas. Tal derecho es de dominio de su titular, pudiendo éste usar, gozar y disponer de él en conformidad a la Ley” (art.6°).

7°. Pues bien, con miras a mejorar la administración de los recursos hídricos existentes en el país, se dictaron las Leyes N° 20.017, en el año 2005, y N° 20.099 el 2006, las que modificaron el Código de Aguas para incorporarle el Título XI, denominado “Del pago de una patente por la no utilización de las aguas”. En el mensaje de la Ley N° 20.017 se señaló que “La acumulación de derechos de aguas en forma desmesurada sin que exista un uso actual o futuro previsible, sino únicamente la posibilidad de lucrar con ellos, no obstante su obtención original gratuita, constituye el germen de dificultades muy graves para el desarrollo futuro del país” (p. 5).

De esta manera, al establecer el pago de la patente por no uso del derecho de aprovechamiento de aguas, se busca armonizar un uso racional del agua de acuerdo a su función social con fuertes tendencias al conservacionismo del bien.

Como se expone en el Informe de la Comisión de Constitución del Senado, el profesor José Luis Cea justificó la normativa señalando que “ha sido aclarado ya que la normativa en análisis no cercena el dominio en ninguna de sus facultades y atributos esenciales, porque lo que hace es regular su ejercicio para que sea legítimo y no abusivo, al importar una carga tributaria derivada de la función social. Se trata, en efecto y con precisión, dijo, de una obligación originada en los intereses generales de la Nación, la utilidad pública y la conservación del patrimonio ambiental, triple y copulativa causalidad prevista en el texto expreso, con el carácter de intrínseca o inherente a aquella función. Indicó que las razones que llevan al legislador a proyectar la normativa sobre patentes, constan en los anales fidedignos de las normas respectivas. De ellos fluyen también, con cualidad inequívoca, la proporcionalidad del gravamen en relación con el fin lícito perseguido con ella. Resulta, entonces, que estos preceptos en gestación contienen una obligación impuesta al ejercicio de la propiedad, fundada en su función social, dominio que subsiste incólume en su núcleo esencial, como está ya dicho. Efectivamente, indicó, el derecho de propiedad se integra no sólo con atributos y facultades esenciales vinculadas a su ejercicio, sino que también



conlleve deberes para que aquél sea legítimo y no abusivo.” (Historia de la Ley 20.017, p. 484).

En ese mismo sentido, la Corte Suprema también ha precisado que: “Aun cuando no utilice la totalidad del caudal de su dominio, el titular del derecho de aprovechamiento sigue siendo dueño del mismo y, por lo tanto, la autoridad correspondiente está impedida de superponer otro derecho de la idéntica naturaleza sobre la parte no utilizada del recurso hídrico. Esto podría traducirse en que, aun si no se emplean las aguas, ninguna otra persona distinta del titular del derecho de aprovechamiento respectivo podría hacerlo, situación anómala y jurídicamente inaceptable, si se considera que el agua constituye un elemento vital para la subsistencia. De allí es que, si lo natural y obvio es que los derechos de aprovechamiento de aguas se soliciten y obtengan por quien realmente necesite de dicho elemento, el hecho que el titular de tales derechos no los use o los aproveche en muy menor medida, de lo cual será indiciario el no tener obras de captación, dará pábulo al pago de una patente que lo grave.” (SCS 7931-2012).

8°. Ahora bien, el Código de Aguas establece una serie de exenciones y/o excepciones al pago de la patente por no uso, que la doctrina ha clasificado en: a) Excepción general, en virtud de la cual no son consideradas como afectos al pago de patentes las titularidades en que existieren las obras necesarias para la captación de aguas y, en el caso de los derechos no consuntivos, las obras de restitución, y b) Excepciones particulares, que son aquellas medida que aluden a factores puntuales de ciertos derechos; a saber: en orden a las características del derecho, su caudal y ubicación geográfica; según el titular del derecho de aprovechamiento de que se trata; en cuanto a aspectos relativos a la libre competencia; en consideración a los acuerdos y medidas de distribución de las organizaciones de usuarios, están exceptuados los derechos que por decisión de dichas organizaciones estén sometidos al régimen de turno o reparto proporcional; y, en función de la actividad a que se destinan las aguas, están exentos los derechos que posean las empresas de servicios sanitarios y que se encuentren afectos a su respectiva concesión, hasta la fecha que deba comenzar a utilizarse el recurso, según su programa de desarrollo. (Rivera Bravo, D. & Vergara Blanco, A. (2015). “Patente por no uso de aguas. Aplicación Práctica y conflicto interpretativos”. *Informe Académico para el proyecto Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema*. p. 3-4).

El artículo 129 bis 5 del Código de Aguas establece que los derechos de aprovechamiento consuntivos de ejercicio permanente – como es el caso de las requirentes - respecto de los cuales su titular no haya construido las obras señaladas en el inciso primero del artículo 129 bis 9, estarán afectos, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales medios, al pago de una patente anual a beneficio fiscal, la que se rige y calcula por las reglas que el mismo artículo establece.

Sin embargo, están exentos del pago de la patente de la totalidad o una parte de aquellos derechos de aprovechamiento de aguas que son administrados y



distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, tal como lo preceptúa el artículo inciso 4° del 129 bis 9 del Código de Aguas. Para acogerse a dicha exención, la misma disposición del Código, en su inciso 5°, exige que “el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a petición de la respectiva organización de usuarios o de algún titular de un derecho de aprovechamiento que forme parte de una organización de usuarios y previo informe de la Dirección General de Aguas, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17 C y 18 de la ley N° 19.911, declare que en el área señalada en el inciso anterior, no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Esta declaración podrá ser dejada sin efecto por el mismo Tribunal, si existe un cambio en las circunstancias que dieron origen a la exención. Esta exención regirá una vez que haya sido declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y no tendrá efecto retroactivo.”.

9°. Como puede observarse, si el pago de la patente por el no uso de agua se vincula con la conservación del patrimonio ambiental a afectos de que ese bien nacional de utilidad pública, que es escaso, sea usado por quien realmente lo necesite, también se relaciona con la libre competencia, porque, al recaer en un mercado fuertemente regulado por los bienes jurídicos que la legislación busca proteger, la ley busca disuadir la ocurrencia de un régimen especulativo sobre un bien nacional de uso público, por lo que, sólo de comprobarse que esto último no sucede en el hecho, puede declararse su exención.

III. LA POTESTAD DICTAMINANTE DEL TDLC

10°. 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.

11°. El artículo 18 del DL N° 211 establece que el TDLC tiene las siguientes atribuciones y deberes:

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 quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no*



contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, 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. 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;

5) Substanciar, a solicitud exclusiva del notificante de una operación de concentración, el procedimiento de revisión especial de operaciones de concentración, cuando éstas hubieren sido prohibidas por el Fiscal Nacional Económico conforme a lo establecido en el artículo 57;

6) Dictar, de conformidad a la ley, los autos acordados que sean necesarios para una adecuada administración de justicia; y

7) Las demás que le señalen las leyes."

En base a esta diversidad de facultades, la doctrina indica que, según la forma específica del tipo de autoridad pública ejercitada, ellas dan lugar a los siguientes actos: "1) sentencias jurisdiccionales mediante las cuales se determina la existencia o inexistencia de un injusto monopolio 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 o proposiciones normativas." (Valdés Prieto, D. (2006). Libre Competencia y monopolio. Ed. Jurídica de Chile. p. 589).

Si bien la mayoría de los tribunales conoce también de asuntos administrativos, cabe recalcar que, en el caso preciso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, según se advierte en la historia de la Ley N° 19.911, no puede obviarse que ha sido muy discutido atribuir a dicha magistratura atribuciones que no importen el ejercicio de la función propiamente jurisdiccional. En tal sentido, la Corte Suprema, informando a la Cámara de Diputados sobre el proyecto del Ejecutivo, señaló: "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).

12°. No obstante lo anterior, como las atribuciones administrativas que se enmarcan dentro de dicha especie son tan relevantes para la realización de su cometido, esto es, la defensa de la libre competencia, se ha sostenido que “paradójicamente, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es más que un órgano jurisdiccional, puesto que exhibe una variedad de funciones extra jurisdiccionales inusuales en un tribunal, lo que ha llevado a ciertas confusiones en la caracterización del mismo.” (Valdés Prieto, D. ob. cit. p. 585)

Resulta entonces que solo la facultad establecida en el número uno del ya transcrito artículo 18 del DL. 211 se relaciona directamente con la función jurisdiccional del TDLC, por cuanto en las demás el Tribunal no conoce de pretensiones procesales originadas en un conflicto de relevancia jurídica, lo que explica que se inicien por solicitud y no por demanda. Entre las potestades extra jurisdiccionales se encuentran la potestad consultiva, la normativa, la propositiva, la dictaminante o informativa y la potestad revisora de operaciones de concentración. En tal sentido, sólo la sentencia es la que busca resolver un conflicto jurídico para luego de conocer los hechos y aplicar el derecho, declarar y tal sentencia no se da en el ejercicio de actividades de carácter administrativo.

Como consecuencia de la diversidad de atribuciones, que se explica principalmente por razones históricas y presupuestarias, la ley establece dos procedimientos según la facultad en virtud de la cual está conociendo: el meramente jurisdiccional, que se rige por los artículos 19 a 29 del DL N° 211 y culmina normalmente con la dictación de una sentencia, y el que cabe aplicar cuando ejerce las atribuciones a que se refieren los números 2), 3) y 4) del artículo 18 así como también la emisión de informes que le sean encomendadas en virtud de disposiciones legales especiales y que se enmarca dentro de lo que dispone el N° 7 de dicho precepto, se rige por lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto Ley, para terminar con la dictación de una resolución o un informe, según se trate de la potestad consultiva o informativa, respectivamente. Por su parte, el ejercicio de la atribución contemplada en el número 5) del artículo 18 se sujeta al procedimiento del artículo 31° bis.

En efecto, aunque el artículo 18 del DL N° 211 no alude expresamente a la potestad de informar, ésta se encuentra comprendida en su número 7°, en cuanto allí se prescribe que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá, entre otras atribuciones: “las demás que le señalen las leyes”. Atendiendo al texto de diversas



leyes especiales puede constatarse que ellas confían a la magistratura antimonopólica la atribución en comento. Cabe además recordar que, a partir de lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N° 19.911, que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su art. 1° N° 2, dicho organismo pasó a ser el sucesor y tener las atribuciones que la legislación preexistente les confería a la Comisión Resolutiva y a las Comisiones Preventivas, señalando tal disposición que tendría “las atribuciones que otras disposiciones legales, no citadas precedentemente, otorgan a las Comisiones Resolutiva y Preventivas, en su caso, en materias de libre competencia en las actividades económicas”.

Por otra parte, el legislador se refiere en términos explícitos a la facultad de dictaminar en el artículo 31 del DL 211, cuando indica 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”

13°. En cuanto al fundamento y objetivo de la potestad dictaminante, ella dice relación con la protección del bien jurídico de la libre competencia en los mercados monopólicos, que es concreción de la libertad para ejercer actividades económicas que asegura a todas las personas el artículo 19 N° 21 de la Carta Política y que ha de ejercerse -según dispone la misma norma constitucional- “de acuerdo a las normas legales que la regulan”.

Con tal propósito se 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, en especial aquellos regulados, como sucede con el de los derechos de aprovechamiento de aguas. Sobre este punto *“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”* (Valdés Prieto, D., ob. cit, p. 596 a 598).

14°. Cabe recordar además que la facultad de informar por parte de los tribunales se encuentra reconocida incluso en el propio ordenamiento constitucional.



En efecto, la Ley Fundamental, en su artículo 77 establece que la ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, “sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema” (inciso 2°), para lo cual “deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en el que se solicita la opinión pertinente” (inc. 3°) debiendo, en caso de que se hubiere presentado una urgencia al proyecto, “evacuar la consulta” dentro del plazo que implique la urgencia (inc. 5°) y “si no emitiere opinión dentro de los plazos aludidos, se tendrá por evacuado el trámite” (inc. 6°). Asimismo, la Corte Suprema puede declarar que los jueces no han tenido buen comportamiento, “previo informe del inculpado y de la Corte de Apelaciones respectiva” (art. 80 inc. 3°). De ese modo, 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 la Carta Fundamental preceptúa que es atribución del Tribunal Constitucional, “informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 53, número 7) de esta Constitución”, esto es, acerca de la inhabilidad por impedimento físico o mental que afecte al Presidente de la República o al Presidente electo de los motivos que eventualmente justificarían su dimisión.

15°. De acuerdo al Diccionario Panhispánico de Español Jurídico de la Real Academia Española, “informe” es, desde un punto de vista general, “*documento que elaboran y publican instituciones públicas o privadas, grupos de trabajo o personas especialmente cualificadas sobre una cuestión de interés general o corporativo, o bien sobre la actividad desarrollada durante un determinado período*” y desde un punto de vista administrativo, “*opinión especializada necesaria antes de resolver determinados procedimientos*”, reconociéndose que su sinónimo es “dictamen”, concepto, a su vez, que significa “*informe elaborado por técnicos en una determinada materia que actúan como peritos en un proceso*”, “*opinión, juicio o valoración técnica que se emite para la posterior emisión de un acto jurídico*”.

Como resulta de las definiciones ya transcritas, el informe consiste en una opinión técnica especializada que debe encontrarse suficientemente argumentada, para lo cual debe basarse en antecedentes fácticos y jurídicos que le sirvan de fundamento, que busca ilustrar, servir de insumo, o sea, de una opinión que pueda ser tomada o no en cuenta por el órgano con competencia para tomar una decisión que produzca efectos jurídicos.

16°. La norma impugnada en el requerimiento y contemplada en el art. 31 del DL. 211 se ubica entonces dentro del procedimiento no contencioso a que alude dicho cuerpo legal. Se trata de juicios técnicos específicos que la ley confía al TDLC ya que producirán efectos en el mercado o que se tomarán en cuenta por otros organismos estatales.



Por su naturaleza, no se puede confundir un dictamen del TDLC con las resoluciones de término, mediante las cuales se concluye un procedimiento administrativo. Tampoco hay confusión entre un informe y los autos, decretos o sentencias interlocutorias por cuanto mediante un informe no se adopta ninguna medida o decisión de mero trámite o sanción.

De este modo la Corte Suprema ha expresado “que en el caso de una consulta antimonopólica no existe un conflicto o litis trabada entre partes en las que éstas reclaman ante un tribunal que mediante una sentencia ponga fin a la controversia por la vía de decir el derecho de cada una de ellas. Si bien el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aclara si la conducta consultada es jurídica o antijurídica en relación con la libre competencia, la potestad consultiva no es jurisdiccional, puesto que falta la controversia entre partes que exigen un justo arreglo. Lo que caracteriza esta potestad consultiva es determinar si un hecho, acto o contrato consultado pugna con la libre competencia en un mercado relevante específico” (SCS 30190-2014, c. 3°).

17°. Por otra parte, cabe destacar que el procedimiento que se sigue en aquellos casos en que el TDLC debe emitir un informe, contempla una serie de garantías que se encuentran contenidas en el propio precepto legal cuestionado. Al respecto, la Corte Suprema ha manifestado que “se debe destacar que el procedimiento intentado garantiza la publicidad, transparencia e igual derecho de intervención de todos los agentes interesados en el asunto” (SCS 30190-2014, c. 4°).

En efecto, como puede leerse de los incisos del art. 31 que preceden al final que ha sido impugnado por las requirentes, la emisión de los informes que le sean encomendados al TDLC en virtud de disposiciones legales especiales, se someterá al siguiente procedimiento:

1) El decreto que ordene la iniciación del procedimiento se publicará en el Diario Oficial y en el sitio de Internet del Tribunal y se notificará, por oficio, a la Fiscalía Nacional Económica, a las autoridades que estén directamente concernidas y a los agentes económicos que, a juicio exclusivo del Tribunal, estén relacionados con la materia, para que, en un plazo no inferior a quince días hábiles, éstos y quienes tengan interés legítimo puedan aportar antecedentes. Tratándose de materias que se relacionen especialmente con zonas determinadas, podrá ordenar que la notificación también se practique mediante la publicación de un aviso en los periódicos locales respectivos. El Tribunal arbitrará siempre las condiciones necesarias para que todos los intervinientes puedan imponerse del expediente.

2) Vencido el plazo anterior, quienes hayan ejecutado o celebrado, o se propongan ejecutar o celebrar los hechos, actos o contratos consultados, podrán evaluar las recomendaciones que hubiere efectuado la Fiscalía Nacional Económica en la etapa de aporte de antecedentes y comunicar por escrito al Tribunal su concordancia con las mismas.

3) Vencido el plazo señalado en el número 1, el Tribunal deberá citar a una audiencia pública, la cual se llevará a efecto dentro de un plazo no inferior a quince días ni superior a treinta días contado desde la notificación, la que se practicará mediante un aviso publicado en



el Diario Oficial y en el sitio de Internet del Tribunal, para que quienes hubiesen aportado antecedentes puedan manifestar su opinión. En caso de efectuarse la comunicación a que se refiere el número 2, el Tribunal tendrá un plazo de quince días para citar a la audiencia pública, contados desde que haya sido recibida dicha comunicación, la que deberá llevarse a efecto de conformidad con lo señalado en el párrafo precedente.

4) Si las autoridades, organismos o personas referidos en los números anteriores no informaren en los plazos que el Tribunal les fijare al efecto, éste podrá prescindir del informe.

5) De oficio o a petición del interesado, el Tribunal podrá recabar y recibir los antecedentes que estime pertinentes.

De las reglas transcritas fluye que la intención del legislador fue que todos quienes tuviesen un interés legítimo en relación a la materia sobre la que recaiga el informe puedan aportar antecedentes, para lo cual incluso se llama a una audiencia pública a quienes los hayan aportado para darles la oportunidad de manifestar su opinión, es decir se garantiza el derecho a ser oído. Sin embargo, no existe una contraposición de intereses para buscar someter a la parte contraria, no hay una pretensión y una defensa: se trata de un procedimiento en que hay diferentes partes que aportan antecedentes para que el órgano técnico especializado llegue a dar su opinión frente a lo que se le consulta.

IV. DEL DICTAMEN A QUE ALUDE EL ART. 129 BIS 9 DEL CÓDIGO DE AGUAS.

18°. Frente a un mercado fuertemente regulado, como es el de los derechos de aprovechamiento de las aguas existentes en nuestro país, con el fin de evitar que el no uso de este recurso escaso produzca especulación, acaparamiento y con ello efectos dañosos en la constitución de nuevos derechos y en las transferencias de los derechos existentes, se ha confiado al TDLC examinar y emitir un dictamen sobre si no existen “hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia” para, de constatar que no existe tal peligro, liberar del pago de la patente a quien no ha hecho uso de sus derechos sobre las aguas.

Resulta que el problema del acaparamiento de derechos de agua sin utilización crea una barrera de entrada para que nuevos inversores en proyectos asociados a la utilización de los recursos hídricos ya concedidos, lo cual se minimiza a través de la creación de un costo como es el de la patente por no uso, el cual busca “incentivar a que los derechos de aprovechamiento no utilizados sean en algún momento transferidos hacia mejores y más eficientes usos” (Aranda Valenzuela, P. (2014). “Los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile y su marco regulatorio”. *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, (4), pp. 105-122). Es por ello que, de comprobarse que el referido no uso no producirá efectos dañosos, el organismo técnico especializado emitirá una opinión favorable a la liberación del pago de la patente. Ello lo obliga a describir las características y circunstancias de las condiciones de competencia del mercado regulado del agua en el área geográfica correspondiente, para llegar a



concluir si de esos antecedentes, existe o no un peligro cierto de que se afecte la libre competencia.

19°. Por lo dicho, el informe no se pronuncia sobre actos que se hayan ejecutado ya y que atenten directamente en contra de la libre competencia, sino que se limita a prever que podrían llegar a existir actos coordinados si se alzara el pago de las patentes, por lo que realiza un análisis de riesgo, teniendo presente todos los factores que deben considerarse para tales efectos.

Así, por lo demás, lo explica el mismo informe sobre el que recae la gestión pendiente, al señalar que para declarar que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, “[D]ebe realizarse un análisis necesariamente prospectivo, centrado en los riesgos y condiciones de competencia que pueden a futuro presentar los mercados afectados en virtud del hecho objeto del informe, esto es, la exención del pago de la patente a que se refieren los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6 del Código de Aguas. Para los efectos anteriores, el análisis debe considerar cómo la creciente sequía que afecta la zona afectada aumenta los riesgos de acaparamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas por parte de titulares que no los utilizan y, consecuentemente, los incentivos para restringir la oferta en el mercado de dichos derechos.

En efecto, como hemos adelantado, la falta de dinamismo y profundidad del mercado secundario de derechos podría ser consecuencia de la sequía que afecta la zona. En un escenario de escasez de recursos hídricos, los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas que no los están utilizando, tenderán razonablemente a no cederlos, al menos en su totalidad. Sin embargo, lo deseable en condiciones de sequía extrema es que los derechos de aprovechamiento de aguas que no se están utilizando sean transados a otros potenciales usuarios de estos derechos que aumentan su demanda por los mismos, ya que la sequía les afecta también a ellos negativamente al disminuir el caudal de aguas. De este modo, los derechos de aprovechamiento de aguas estarán en manos de quienes más los valoren.

La exención del pago de la patente anual por la no utilización de los derechos de aprovechamiento de agua a sus titulares no hace sino aumentar las posibilidades de que la oferta en el mercado secundario, ya restringida por las condiciones de sequía, se vea restringida aún más, aumentando el acaparamiento de este recurso en manos de titulares que no lo están utilizando. Lo anterior, además, considerando que la CAS 2 administra el uso del 100% de los derechos de aprovisionamiento de aguas subterráneas en la zona, por lo que en un contexto de exención en el pago de la patente se incrementa su beneficio y, por lo tanto, aumenta el riesgo que ella misma coordine a sus asociados para implementar esta práctica, dado el elevado porcentaje de derechos que administra. En este contexto, la existencia de la patente produce en sí misma un aumento de la oferta (al menos en el margen), porque el tenedor de los derechos incorporaría parte del costo de oportunidad de mantener un derecho sin usar, lo que incentiva la venta de una parte ellos cuando no son utilizados por sus titulares. En consecuencia, eximir de su pago genera incentivos para acaparar los derechos de aprovechamiento de aguas no utilizados, restringiendo, por lo tanto, la competencia y la asignación eficiente de este recurso”.



20°. Por otro lado, ha de tenerse presente que la declaración que realice el Tribunal antimonopólico no es permanente en el tiempo toda vez que el inciso quinto, del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, prescribe que “Esta declaración podrá ser dejada sin efecto por el mismo Tribunal, si existe un cambio en las circunstancias que dieron origen a la exención”. Al respecto la doctrina manifiesta 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 (Valdés Prieto, D. ob. cit. p. 598).

Además, el informe emitido por el TDLC se inserta dentro de otro procedimiento que se encuentra consagrado en el Código de Aguas. En efecto, según el inciso sexto del mismo artículo 129 bis 9°, el informe debe ser comunicado a la Dirección General de Aguas para la determinación que dicha repartición debe efectuar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 bis 8, precepto este último referido al listado que debe confeccionar el Director General de Aguas con los derechos de aprovechamiento afectos a la patente.

V. DERECHO AL RECURSO Y DEBIDO PROCESO LEGAL

21°. El primer reproche de inconstitucionalidad que las requirentes formulan en contra del inciso final del art. 31 del DL. 211, en cuanto dispone que los informes que emita el Tribunal de la Libre Competencia -en ejercicio de la atribución conferida por el número 7° del art. 18 de ese mismo cuerpo legal, que se remite a “las demás que le señalen las leyes”, entre las cuales se encuentra aquella regulada en el art. 129 bis 9 del Código de Aguas- dice relación con la vulneración al debido proceso y, en particular con el derecho al recurso, por cuanto los mencionados informes sólo podrán ser objeto del recurso de reposición, sin que pueda interponerse un recurso de reclamación en su contra.

22°. Esta Magistratura ha señalado que el derecho al recurso forma parte integrante del derecho al debido proceso y así se consigna, entre otras sentencias, en las recaídas 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”*

Sin embargo, es igualmente claro y no controvertido que no se trata de un derecho absoluto y, más todavía, que “(...) 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 Constitución, 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 art. 93, N° 6, CPR. (STC Rol N° 1.448, c. 43°; 1.838, c. 19°) y 2.853, c. 21°)” (Rol N° 3.338, c. 7°);

En ese sentido, se ha precisado que, a veces, la ausencia de recursos puede ser constitucionalmente compensada por la jerarquía, integración, composición e inmediatez del tribunal que conoce del asunto. Incluso más, cuando se reconoce legalmente el derecho al recurso, en el contexto señalado, menos existirá una exigencia constitucional respecto al tipo específico de recurso, vale decir, apelación conducente a una doble instancia, o casación, tendiente a revisar los errores de derecho in procedendo o in iudicando, o reclamación, como sucede en este caso.

Es decir, la exigencia constitucional del derecho al recurso como componente del debido proceso, “depende de múltiples circunstancias sistémicas y de contexto procesal, o incluso concretas, y no configura un requisito de validez del juicio per se” (Rol N° 2.798, c. 16°). Por lo dicho, 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.

23°. En el caso concreto, el propio artículo 31 del Decreto Ley permite la interposición de un recurso de reposición, el que fue deducido por las requirentes en la gestión pendiente y rechazado por el Tribunal. Debe agregarse además la existencia de 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.

Existen al respecto precedentes en relación a decisiones de los tribunales superiores de justicia que conocieron de sendos recursos de amparo económico recaídos en 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, en relación a 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. A lo señalado pueden agregarse otras acciones como la nulidad de derecho público en contra del informe por constituir un acto administrativo, como da cuenta el primer requerimiento de inaplicabilidad presentado ante esta nueva Magistratura Constitucional (Rol 467/2006) en el que la gestión pendiente decía relación con un recurso de ese tipo en contra de unas bases de licitación.



24°. Asimismo, la Corte Suprema ha admitido recursos de reclamación en ejercicio de las facultades administrativas que ejerce el TDLC que han sido dictadas en resoluciones de término, pero no así por la vía de informes.

Si un dictamen detecta algún hecho o acto que haya sucedido con anterioridad y que vulnera la libre competencia, podría existir una situación que luego devinieran en lo contencioso y pudiese dar origen a una reclamación.

Mientras tanto, el informe que hubo de practicar el TDLC en el caso de la gestión pendiente no lo lleva a dictar resoluciones de término sino a efectuar un análisis prospectivo, de riesgo en la eventualidad de que dejara de pagarse la patente, para concluir si pudiese o no en el futuro atentarse en contra de la libre competencia.

25°. Conviene anotar también que el informe emitido por el TDLC se inserta dentro de otro procedimiento. En efecto, el inciso sexto del artículo 129 bis 9° del Código de Aguas establece que el informe debe ser comunicado a la Dirección de General de Aguas para la determinación que ésta debe efectuar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 bis 8. Tal artículo se refiere al listado que debe confeccionar el Director General de Aguas con los derechos de aprovechamiento afectos a la patente.

En consecuencia, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia solo se limita a “informar aquello que le es solicitado por la norma que le otorga la potestad informativa y evitar toda suerte de juicios o proposiciones de regulaciones particulares en relación con el caso singular que se le ha solicitado informar, que signifique apartarse de los estrictos términos de la potestad pública específica en virtud de la cual está actuando dicho tribunal” siendo una potestad eminentemente técnica y descriptiva (Valdés Prieto, D. ob. cit. p. 599).

Por lo tanto, una vez evacuado el informe, el procedimiento se sigue ante la DGA, siendo este el organismo encargado de dictar la resolución que produce el efecto jurídico que los solicitantes del dictamen esperan: cual es la declaración de exención del pago de la patente por el no aprovechamiento de los derechos de agua de que gozan.

El artículo 136 del mismo Código dispone que las resoluciones del Director General de Aguas son susceptibles del recurso de reconsideración y el artículo 137 prevé el recurso de reclamación en contra de las resoluciones de término dictadas por el Director General de Aguas en conocimiento de un recurso de reconsideración y toda otra que dicte en el ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, frente a la resolución que dicte la DGA y que no dé lugar a la exención de pago de la patente, existen dichos medios de impugnación.

26°. En definitiva, el diseño recursivo establecido en la norma impugnada por las requirentes es concordante con la naturaleza de la potestad dictaminante que ejerce el TDLC. En tal sentido, en la sentencia Rol N° 1448 este Tribunal señaló que “el procedimiento dispuesto en el aludido artículo 31 fue especialmente diseñado para el



ejercicio de las atribuciones administrativas del tribunal antimonopólica y sus características se entienden desde la perspectiva de la finalidad que el legislador tuvo en cuenta para su establecimiento” (c. 45°).

En relación con lo anterior se ha precisado que el legislador buscó modelar un sistema de reclamación amplia en cuanto a la competencia que dicho arbitrio confiere a la Excelentísima Corte Suprema, pero limitado respecto de los actos susceptibles de ser recurridos, como lo ha entendido esta Corte, al señalar “[q]ue, en concordancia con lo antes dicho, del texto del artículo 31 del Decreto Ley N° 211 no se advierte la imposición de limitaciones a la actividad jurisdiccional de esta Corte que ha sido puesta en movimiento a través del recurso de reclamación. El citado precepto legal sólo restringe su procedencia en relación a las resoluciones que son susceptibles del mismo, pero no establece limitaciones que pudiesen afectar a la Corte Suprema en el conocimiento y decisión del recurso. De tal manera, requerida su intervención, ésta puede conocer del asunto en su integridad” (Rol N° 4.797-2008, c. 8°). En efecto, “el diseño dispuesto por el legislador buscó equilibrar, por una parte, el carácter especializado y complejo de los asuntos sobre libre competencia, asegurando el derecho a recurrir de las partes, con dotar de plena competencia a la Excelentísima Corte Suprema en esta materia, de otra, con lo cual se comprende un régimen recursivo acotado tanto en los medios de impugnación como en las resoluciones recurribles, pero amplio en la esfera del conocimiento que, para resolverlos, se le reconoce a dicha Corte” (Rol N° 6019 c. 21°).

En relación a los recursos, y a la restricción que se establece, esta Magistratura ha expresado “[h]ay que considerar que la sentencia definitiva es susceptible de reclamación ante la Corte Suprema. Finalmente, hay otra serie de resoluciones que, en el marco de la Ley del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, tampoco son objeto de recursos. No vemos, por tanto, arbitrariedad en ese diseño, el cual corresponde configurar al legislador” (artículo 19, N° 3) (STC Rol N° 3130, c. 22°).

27°. Específicamente el precepto impugnado en estos autos “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.” (Rol 1448 c. 45), de modo que los Ministros que suscriben este voto no consideran que se infrinja el debido proceso legal asegurado en el artículo 19 N° 3, inciso sexto, de la Constitución.

28°. Asimismo, no debe olvidarse que el legislador discutió incorporar el recurso de reclamación como medio para impugnar los informes ante la Corte Suprema en dos oportunidades.

Como consta en la Historia de la Ley N° 19.911, que Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el proyecto 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, según consta 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°s. 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”. Mediante la Ley N° 20.361 se reemplazó la oración “Las resoluciones que fijen condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos podrán también ser objeto de recurso de reclamación” por “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.”*



29°. Por otra parte, el proyecto de la Ley N° 20.945, que Perfecciona el sistema de Defensa de la Libre Competencia, proponía intercalar en el inciso segundo del artículo 31, entre la frase “sea que fijen o no condiciones” y la expresión “, sólo”, la siguiente frase “y los informes” permitiendo impugnar los informes mediante el recurso de reclamación. Sin embargo, lo anterior fue reparado por la Corte Suprema al expresar que “Esta Corte Suprema en informes anteriores (Oficio 3 de junio de 2003, AD 195-44) ha hecho presente su disconformidad con asignar esta competencia, netamente administrativa, al TDLC, cuyas decisiones deben enmarcarse en el plano jurisdiccional. Es del caso que el informe, por su naturaleza jurídica, no participa del carácter de resolución judicial susceptible de ser impugnada y de revisión por un Tribunal Superior. Tal como lo ha asentado el Tribunal Constitucional los Informes “revisten el carácter de actos administrativos habilitantes establecidos por el legislador” (sentencia de 7 de septiembre de 2010, autos Rol N° 1448-09), por la vía de disponer que se evacúen, en diversos cuerpos normativos cuando se requiere un dictamen eminentemente técnico, verbigracia, Ley General de Servicios Eléctricos, Ley General de Telecomunicaciones, Ley General de Servicios Sanitarios, etc. En tales condiciones, no resulta coherente la satisfacción de una exigencia legal, de carácter técnico, con establecer un medio de impugnación respecto del contenido de ese presupuesto habilitante, para ante un tribunal superior, estrictamente jurisdiccional” (Oficio N° 52-2015 CS, p. 35 HL N° 20.945).

30°. De acuerdo entonces a lo que se ha expresado, si el legislador consideró que tal régimen debía ser acotado por las características propias de la materia sobre que recae la jurisdicción del TDLC, los reproches formulados en el requerimiento constituyen, por lo tanto, alegaciones abstractas en contra de la decisión legislativa de impedir la interposición de un recurso de reclamación en contra de un dictamen fundadas en la afectación a las garantías de un racional y justo procedimiento y, dentro de ello, el derecho al recurso, por cuanto tal informe constituye una opinión o juicio emitido por un órgano técnico especializado que conduce a que en definitiva deba pronunciarse la DGA y cuya resolución de término puede llegar a ser impugnada ante un tribunal.

31°. Al respecto cabe además recordar que la doctrina jurisprudencial de este órgano constitucional ha resuelto que a esta Magistratura no le corresponde crear, ni otorgar recursos. Esa es una decisión del legislador, a quien le corresponde ponderar el impacto que la apertura de los recursos genera en el sistema. Todo lo anterior resulta relevante porque mediante la presente inaplicabilidad no sólo se busca que este Tribunal permita al juez prescindir de aplicar la regla cuestionada en el caso concreto al momento en que tome su decisión, sino también se busca que por tal supresión se habilite a presentar un recurso de reclamación en una situación no prevista por el legislador.

En esta materia entonces no es posible concebir que mediante el arbitrio de la inaplicabilidad se pueda configurar un nuevo medio impugnativo, tomando en



consideración que el artículo 93, N°6 de la Constitución Política otorga una impronta de legislador negativo a esta judicatura, que en ningún caso permitiría optar por la creación de algún recurso. En otras palabras, el Tribunal Constitucional no está llamado a suplir lo que el legislador no ha hecho, sino que sólo a anular o dejar sin efecto el producto de la obra legislativa que resulte contraria a la Constitución en su aplicación a un caso concreto.

VI. IGUALDAD ANTE LA LEY

32°. Se ha alegado, por otra parte, que existiría una vulneración a la garantía constitucional de la igualdad ante la ley y de no discriminación arbitraria.

Debe tenerse presente que la misma no es una garantía absoluta, en la medida que lo prohibido por la normativa constitucional es el establecimiento de diferencias de carácter arbitrario, quedando la posibilidad de establecer distinciones razonables entre quienes no se encuentran en una misma condición o posición, si la misma es relevante. Estas diferencias no podrán ser arbitrarias ni indebidas, por lo que deben fundamentarse en presupuestos razonables y objetivos, y tanto su finalidad como sus consecuencias deben ser adecuadas, necesarias, proporcionadas (en este sentido ver STC 1469, cc. 12° a 15° y STC 2841, c. 9°).

Así, si bien cabe al legislador formular diferencias o estatutos especiales, tales distinciones son constitucionalmente admisibles sólo cuando obedecen a presupuestos objetivos, pertinentes y razonables; cuando resultan proporcionadas e indispensables y cuando su propósito sea perseguir finalidades necesarias y tolerables (STC 1502, c. 11°) (En el mismo sentido, STC 3121, c. 14°).

33°. Ese escrutinio supone, en primer término, determinar cuál es el universo de aquellos que deben ser tratados como iguales y, en este sentido, sólo cabe desechar la argumentación planteada por el actor, pues el trato igual debe darse entre aquellos que se encuentran regidos por leyes especiales en cuanto a la tramitación de un procedimiento y no entre estos últimos y los afectos a los procedimientos ordinarios.

Tal como ha expresado esta Magistratura, dentro de la libertad de que goza el legislador para configurar los procedimientos –siempre que respete las exigencias de racionalidad y justicia- puede dar un trato diverso a situaciones que, objetivamente, son disímiles, esto es, a aquellas que, por su propia naturaleza o por el tipo de interés comprometido, exijan una tramitación más rápida y eficaz. En este contexto, lo que resultaría irrazonable sería que, dentro del universo de aquellos que están afectos a procedimientos especiales e, incluso, al mismo procedimiento especial, se produjeran diferencias injustificadas.

34°. En el caso del inciso final del artículo 31 del DL 211 no se advierte arbitrariedad alguna en la exclusión del recurso de reclamación.



En primer lugar, debe tenerse presente que el informe es dictado por un órgano técnico y especializado conformado por cinco integrantes, dentro de los cuales su presidente debe haber tenido una destacada actividad profesional o académica especializada en materias de libre competencia o en Derecho Comercial o Económico. Además, se compone de otros cuatro profesionales universitarios expertos en materias de libre competencia, dos de los cuales deberán ser abogados y dos licenciados o con post grados en ciencias económicas. Al respecto, como se afirmó previamente, la ausencia del recurso está constitucionalmente compensada por la composición del Tribunal.

Por otra parte, el acto emitido por el TDLC recae sobre una situación específica que amerita un tratamiento jurídico diverso. En efecto, como ya se ha dicho, el Informe del TDLC es un acto evacuado en ejercicio de la potestad informativa que solo tiene por objeto pronunciarse sobre las condiciones de competencia de un mercado determinado, sin resolver una controversia entre partes. En efecto, como precisa la doctrina: *“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). El informe se caracteriza por su carácter eminentemente técnico y su escaso contenido jurídico normativo.” (Valdés Prieto, ob. cit. p. 598).

Además, debe tenerse en cuenta el inciso quinto del artículo 129 bis 9, el cual prescribe: “Esta declaración podrá ser dejada sin efecto por el mismo Tribunal, si existe un cambio en las circunstancias que dieron origen a la exención” y, por lo tanto, las conclusiones a que llegue en su dictamen pueden mutar según las variaciones o cambios que experimenten los mercados relevantes y competidores objeto del respectivo análisis.

35°. En armonía con la naturaleza de la atribución en virtud del cual el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia emite el informe que fuera impugnado por el requirente en la gestión pendiente, dicho organismo precisó que “no puede perderse de vista que lo que el Código de Aguas mandata a este Tribunal es un informe, el que por su naturaleza no jurisdiccional no lo habilita para emitir pronunciamientos sobre eventuales conductas anticompetitivas -lo que es propio de un procedimiento contencioso- sino sobre las condiciones de competencia de un mercado determinado” (párrafo 26 del Informe N° 16/2020)

36°. Por último, debe considerarse que de la revisión de la historia fidedigna del establecimiento de la preceptiva legal que se cuestiona resulta evidente que se tuvo en cuenta la naturaleza jurídica de los informes.

El hecho de que el legislador haya discutido y decidido excluir la procedencia del recurso de reclamación en contra de los informes en dos oportunidades es determinante para comprender sus características.



Así, durante la tramitación de la Ley N° 19.911 si bien hubo la intención de introducir una modificación destinada a conceder el recurso de reclamación en contra del informe, finalmente ella fue desechada. Luego, en la discusión legislativa de la Ley N° 20.945 también se debatió sobre la incorporación de la procedencia del recurso de reclamación, sin embargo, teniendo en consideración lo expuesto por la Corte Suprema -en cuanto a que no resultaba coherente establecer un medio de impugnación por el carácter técnico del Informe que emite el TDLC, lo cual era contradictorio con la naturaleza estrictamente jurisdiccional del Tribunal superior-, el legislador decidió no incorporar el recurso de reclamación como medio de impugnación en contra del informe.

37°. Por los razonamientos ya expuestos, quienes suscriben este voto no divisan entonces fundamentos suficientes para estimar que la aplicación del artículo 31, inciso final, del DL N° 211, a la gestión que pende ante la Corte Suprema, importe una vulneración al derecho a la igualdad ante la ley asegurado en el numeral 2° del artículo 19 constitucional.

VII. DEFECTOS FORMALES DE QUE ADOLECE LA ACCIÓN

38°. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, esta judicatura constitucional ha razonado con anterioridad que, si bien una de sus salas puede dar por cumplido el requisito de admisibilidad, el pleno de este Tribunal puede formular un rechazo formal acerca de la procedencia de un requerimiento como resultado del examen que le compete realizar (STC Roles 2.693, 2.881, 3.146, 5.192, entre otras).

39°. Pues bien, debe tenerse presente que la declaración de inaplicabilidad solicitada por la actora no puede tener el efecto que se le atribuye en el libelo. En efecto, la gestión de la que pende el requerimiento recae en un recurso de hecho interpuesto por la requirente en contra de la resolución del TDLC que no dio a lugar el recurso de reclamación interpuesto por la misma parte.

La doctrina define el recurso de hecho como “[a]quel acto jurídico procesal de parte que se realiza directamente ante el Tribunal superior jerárquico, a fin de solicitarle que enmiende con arreglo a derecho la resolución errónea pronunciada por el inferior acerca del otorgamiento o denegación de una apelación interpuesta ante él” (Maturana Miquel, C. & Mosquera Ruiz, M. (2010). Los Recursos Procesales. Ed. Jurídica de Chile. p. 223)

Hay que recordar que el recurso de hecho se interpone ante el tribunal superior para ser conocido y resuelto por ese mismo tribunal. Es un recurso extraordinario, cuya procedencia está condicionada a causales taxativamente enumeradas en la ley; y es un recurso de libre interposición. Y su sentido es precaver que el juez inferior decida, a su propio arbitrio, si procede, o no, la apelación que se deduzca en contra de sus resoluciones en los supuestos que se contemplan en los artículos 196, 203, 204, 205 y 206 del Código de Procedimiento Civil.



En consecuencia, nada de lo planteado en este requerimiento puede ser resuelto por esa vía, puesto que la resolución que no concede un recurso de reclamación no se encuentra dentro de las hipótesis de procedencia del recurso de hecho, en ninguna de sus vertientes,

40°. Por todas las consideraciones ya expuestas, a juicio de los ministros que suscriben este voto de minoría, el Tribunal Constitucional debió rechazar el requerimiento de autos.

Redactó la sentencia el Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN y la disidencia, la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 9559-20-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, y por sus Ministros señor IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, señores GONZALO GARCÍA PINO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y Ministros señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Se certifica que los Ministros señores JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL y señor GONZALO GARCÍA PINO concurren al acuerdo, pero no firman, por haber cesado en sus funciones.

Firma el señor Presidente del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la alerta sanitaria existente en el país.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.