



SOBRE LA REVISIÓN JUDICIAL DE LOS DICTÁMENES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA FRENTE AL TDLC POR INFRACCIONES DE LAS NORMAS SOBRE LIBRE COMPETENCIA

Matías Mori Arellano



Sobre la revisión judicial de los dictámenes de la Contraloría General de la República frente al TDLC por infracciones de las normas sobre libre competencia

Agosto 2021



Matías Mori Arellano¹

Abogado UC, Master en Derecho, Universidad de Chicago, Master en Administración Pública, Universidad de Harvard, Socio MOMAG Abogados.

I. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA INTERVENCIÓN ECONÓMICA ESTATAL Y SUS EFECTOS EN LOS MERCADOS: “TODA INTERVENCIÓN DEL MERCADO TIENE EFECTOS ECONÓMICOS”

La premisa económica central en materia de libre competencia supone que, por regla general, los mercados contribuyen de mejor forma al bienestar social si los mismos operan en condiciones de competencia. En mercados competitivos los consumidores, por un lado, eligen libremente las maneras de maximizar la satisfacción de sus necesidades eligiendo entre la oferta de bienes y servicios de su preferencia. Y los productores -libremente- dirigen sus esfuerzos a la producción de bienes y servicios que son mayormente valorados por los consumidores (eficiencia alocativa) y al menor precio por unidad (eficiencia productiva)².

En este contexto, la intervención regulatoria debe estar orientada a asegurar la competencia en los mercados y corregir las fallas que interfieren en su correcto funcionamiento, en beneficio de productores y consumidores³⁻⁴. La intervención estatal del mercado debe ser excepcional y pertinente cuando existan condiciones que la justifiquen. Dicha “*excepcionalidad fundada*” es reconocida por ambas corrientes de pensamiento dominantes en materia de competencia⁵.

Sin embargo, y por distintas razones de índole política, de organización industrial o simples inercias históricas, encontramos distintos ejemplos de intervención estatal aún en ausencia de fallas de mercado que

1 En la elaboración de este trabajo conté con la asistencia de los abogados Alexandra Guerra Estay, abogado PUCV, y Matías Palma Hermosilla, Abogado U. de Chile

2 E. Thomas Sullivan y Jefferey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications* (Durham: Legal Text Series, 2ª ed., 1997), 9.

3 La noción de falla de mercado ha sido explicada de la siguiente manera: “Simply stated, [the First Fundamental Theorem of welfare economics] reads: (1) if there are enough markets, (2) if all consumers and producers behave competitively, and (3) if an equilibrium exists, then the allocation of resources in that equilibrium will be Pareto optimal. Market failure is said to occur when the conclusion of this theorem is false, that is, when the allocations achieved with markets are not efficient”. John O. Ledyard, “Market Failure” en *Allocation, Information and Markets*, eds. John Eatwell, Murray Milgate y Peter Newman (Londres: The Macmillan Press Limited, 1989), 185.

4 En relación con la finalidad económica de existencia del mercado: “Markets are institutions that exist to facilitate exchange, that is, they exist in order to reduce the cost of carrying out exchange transactions.” Ronald H. Coase, *The Firm, the Market and the Law* (Chicago: The University of Chicago Press, 1990), 7.

5 Respecto de las distintas orientaciones acerca de la legislación de libre competencia: “There is, today, a battle for the soul of antitrust. On one side is the Chicago School, which asserts that the law should be derived from and explained by economics. Chicagoans believe that business has a strong tendency to produce efficiency when unconstrained by positive law. On the other side is what I call the New Coalition, which believes that law is essentially different from economics; economics is one of the tools used to carry out the spirit of the law.” Eleanor M. Fox, “The Battle for the Soul of Antitrust”, *California Law Review* 75, N° 3 (mayo 1987), 917, <https://www.jstor.org/stable/3480656>.

justifiquen dicha intervención⁶. Cualquiera sea su antecedente, los efectos económicos de dicha regulación son relevantes y afectan las condiciones de competencia, pudiendo alterar el acceso al mercado, el precio de los bienes y servicios ofrecidos, niveles de producción, entre otros factores⁷. La intervención estatal del mercado no necesariamente produce resultados virtuosos.

Pues bien, en un contexto democrático, la intervención estatal puede manifestarse a través de la dictación de leyes por parte del Congreso, la dictación de sentencias por parte de los Tribunales de Justicia, y la dictación de actos administrativos por parte de la Administración del Estado⁸. La pregunta relevante para este análisis dice relación con la intervención regulatoria y la vulneración a las normas de la libre competencia: ¿Hasta qué punto o en qué grado pueden los actos estatales incidir en un mercado sin considerar la existencia de infracciones a las normas que regulan la libre competencia? ¿Cuáles son las vías de acción idóneas para prevenir o remediar una eventual infracción de dichas disposiciones que tienen por antecedente un acto estatal?⁹

Estas preguntas ya han sido formuladas y respondidas judicialmente en Estados Unidos durante el siglo pasado. Ello, en disputas judiciales en las que se ha invocado como defensa del demandado la preeminencia de aplicación de leyes estatales respecto de cargos basados en infracciones de leyes federales, dentro de las que se incluyen las normas sobre competencia¹⁰. Si bien estos casos tienen por antecedente la jerarquía normativa propia del sistema jurídico norteamericano, es útil considerar el razonamiento de las cortes respecto del contenido substantivo de las normas pertinentes, su objeto, finalidad y vigencia frente a la actuación estatal. En los primeros fallos la respuesta de las cortes fue: *"las normas sobre libre competencia regulan acuerdos privados que tienen efectos restrictivos en el comercio pero éstas no regulan la acción estatal o los actos oficiales dirigidos por el Estado"*¹¹. En la actualidad, sin embargo, se ha transitado desde una noción de inmunidad automática y general a un criterio de análisis pormenorizado de los

6 Solo a modo ejemplar, considérese la situación del litio, mineral que por expresa disposición de la Ley N°18.097 no es susceptible de concesión minera por lo que, en razón de lo dispuesto por el artículo 19 N°24 inciso décimo de la Constitución, es el Presidente de la República quien tiene la potestad de fijar los requisitos y condiciones bajo los cuales podrán celebrarse contratos especiales de operación u otorgarse concesiones administrativas respecto de la exploración, explotación y beneficio de los yacimientos de litio. Otro ejemplo de intervención regulatoria estatal se encuentra en el Decreto Ley N°1939 de 1977, que en su artículo 7° dispone que los nacionales de países limítrofes se encuentran impedidos de adquirir el dominio y otros derechos reales o ejercer la posesión o tenencia de bienes raíces situados en zonas fronterizas.

7 *"Economic justifications for regulation include: (1) market failures that suggest noncompetitive conditions or that competition is not workable; (2) inadequate or scarce resources; (3) inadequate market information; or (4) the existence of a natural monopoly. Noneconomic justifications include political reasons that attempt to protect certain industries from competition. Sullivan y Harrison, Understanding Antitrust and its Economic Implications, 53.*

8 *"Markets are shaped by laws, regulations and institutions. Every law, every regulation, every institutional arrangement has distributive consequences..."* Joseph E. Stiglitz, *The Price of Inequality* (Nueva York: W.W. Norton & Company, 2013), 66.

9 Cabe notar, en todo caso, que nuestro ordenamiento jurídico contempla mecanismos de coordinación que permitirían a la Administración del Estado evitar infracciones a la libre competencia como consecuencia de su intervención regulatoria. Así, el art. 37 bis de la Ley 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos, contempla la posibilidad de requerir informes a otros órganos en los casos en que un órgano de la Administración del Estado evacúe un acto administrativo de carácter general. En el mismo sentido, el artículo 5° de la Ley 20.416 que Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño establece un mecanismo de publicidad de las normas generales que afecten a empresas de menor tamaño, que permite advertir oportunamente los riesgos anticompetitivos que dichas normas podrían generar.

10 *"The constitutional primacy of federal over conflicting state law assures that antitrust will dominate whenever there is a head-on conflict between antitrust and state law or policy; state law may prevail only to the extent that Congress is held to have deferred to it. But that way of putting the matter may do as much to obscure as to illustrate important problems."* Lawrence Sullivan, *Antitrust* (Eagan: West Publishing Co., 1996), 731 - 732.

11 *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341 (1943): Primer caso en que la doctrina del federalismo fue implementada para justificar y validar la creación a nivel estatal de una comisión que fijó los precios y delimitó cuotas de producción de pasas a los productores del Estado de California. Federalismo corresponde a aquella doctrina que reconoce la soberanía estatal en materias regulatorias salvo cuando éstas entran en conflicto con regulación dictada por el gobierno federal. En la ausencia de conflicto entre normas estatales y federales ambas normas pueden coexistir.

grados de fiscalización de la regulación estatal dictada por el Estado interventor del mercado¹². Hoy, las exenciones de cumplimiento en materia de la aplicación de las normas sobre libre competencia no son absolutas y no operan de manera automática como se consideró al inicio de este debate¹³. La “*inmunidad de cumplimiento*” de las normas sobre libre competencia en relación con actos regulatorios ha sido y seguirá siendo objeto de discusión en Estados Unidos.

Si bien las discusiones técnicas en derecho comparado no siempre son trasladables a nuestra realidad nacional, algunas encuentran un correlato en aspectos relevantes del ordenamiento jurídico local, como son los que dicen relación con la intervención del mercado fundado en actos de la autoridad. Lo anterior, ya que, para algunos, los actos estatales en un primer análisis podrían considerarse como exentos de reproche desde un punto de vista de la libre competencia, aunque no nieguen que pueden afectar el desarrollo de los mercados.

Este es el caso de los dictámenes de la Contraloría General de la República (“CGR”). En la preparación de este trabajo no se encontraron textos o fallos que se refirieran de manera directa a los problemas que en materia de libre competencia pudieran tener por origen las interpretaciones normativas contenidas en los dictámenes de la CGR. Ello sorprende, ya que, desde un punto de vista económico, es pacífico que todo acto regulatorio tiene efectos sobre el mercado y no se pueden excluir ex ante interferencias competitivas producto de interpretaciones vinculantes para una parte relevante del mercado, como lo es, la Administración del Estado.

II. SOBRE LA POTESTAD DICTAMINANTE DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: EFECTOS DERIVADOS DE LA INTERPRETACIÓN CON EFECTOS VINCULANTES PARA LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO CONTENIDA EN LOS DICTÁMENES Y POSIBILIDAD DE REVISIÓN EN SEDE JUDICIAL

En Chile, la CGR es un organismo autónomo que ejerce el control de legalidad de los actos de la Administración, fiscaliza el egreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examina y juzga las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; lleva la contabilidad de la generalidad de la Nación, y desempeña las demás funciones que le encomiende su ley orgánica constitucional¹⁴.

La facultad de los ciudadanos para solicitar un dictamen ante la Contraloría General de la República tiene por antecedente el artículo 19 N° 14 de la Constitución Política de la República que autoriza a “*presentar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que de la*

12 *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773 (1975): Demandante cuestionó la aplicación de un sistema de tarifas mínimas para el ejercicio profesional de abogados que no había sido ordenado ni tampoco fiscalizado por la Corte Suprema estatal. Se resolvió que la inmunidad estatal no opera de manera automática sino solo cuando el estado tiene injerencia en la aplicación y dictación del mismo. Sobre la materia ver también: *Cantor v. Detroit Edison Co.*, 428 U.S. 579 (1976); *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350 (1977).

13 “*As more recent cases forcefully demonstrate, the state action exemption is not an imperative, nor a rule to be mechanically applied, but an invitation to judgement about the proper relationship of state policy to antitrust in particular to factual and statutory settings*”. Sullivan, *Antitrust*, 735.

14 Enrique Navarro Beltrán, “Jurisprudencia Constitucional en materia de control de legalidad (toma de razón y potestad dictaminante) de la Contraloría General De La República”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 19, N° 2 (2012), <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/1983>.

proceder en términos respetuosos y convenientes". Luego, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N°18.575 dispone en su artículo 8° que *"los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones o, a petición de parte cuando la ley lo exija expresamente o cuando se haga uso del derecho de petición o reclamo"*. Finalmente, el artículo 5° de la Ley Orgánica de la Contraloría N° 10.336 señala dentro de las facultades del Contralor General de la República la facultad de emitir dictámenes *"a petición de parte o de jefaturas de servicios o de otras autoridades"*¹⁵.

La CGR ha definido los dictámenes como: *"informes que tienen por objeto interpretar una norma legal o reglamentaria, fijando su verdadero sentido y alcance, siendo su cumplimiento obligatorio para la respectiva autoridad y para las personas que se acojan a ellos, constituyendo a su vez la jurisprudencia administrativa que deben observar los órganos sometidos a su fiscalización"*¹⁶⁻¹⁷.

Los dictámenes de la CGR tienen las siguientes características: (a) son informes interpretativos de normas legales y reglamentarias de cumplimiento obligatorio para la Administración; (b) son impugnables y revisables por parte de la judicatura mediante el ejercicio de cualquier vía de impugnación contemplada en el ordenamiento; y (c) carecen de fuerza obligatoria para los particulares, y son solo un antecedente para considerar por la judicatura¹⁸.

Hace décadas la posibilidad de impugnar judicialmente los dictámenes de la CGR no fue una cuestión pacífica y el debate se centró en la procedencia del recurso de protección¹⁹. La defensa de la Administración -eminentemente formalista- se fundaba en el hecho que la facultad interpretativa se encontraba en la ley y que por lo mismo no podía ser entendida como un acto ilegal.

Al respecto, la Excm. Corte Suprema aclaró este punto y señaló: *"Que tampoco es efectivo que no puede recurrirse de protección en contra de un dictamen de la Contraloría, porque ésta los emite de acuerdo con sus facultades. En efecto, aunque, al emitir un dictamen, la Contraloría lo hace dentro de sus atribuciones y aun de sus obligaciones, en la forma no puede considerarse este acto arbitrario o ilegal, pero su contenido puede serlo y, al igual que una resolución pronunciada por un juez competente, pero contrariando una disposición legal, puede y debe ser enmendada por la autoridad superior, así un dictamen de la Contraloría por la autoridad judicial competente, en este caso la Corte de Apelaciones respectiva"*²⁰. Además, el máximo tribunal también ha señalado

15 El modo en que deben solicitarse dichos pronunciamientos a la CGR está regulado en el Dictamen CGR N°24.143 de 2015.

16 Dictamen CGR N°82.297 de 2014.

17 *Municipalidad de Concepción contra Contraloría General de la Región del Bio Bio*, Rol N° 1.875-2011, Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción (2012), c. 4: *"resulta ser una cuestión jurídicamente indiscutible que respecto de los órganos de la administración central, centralizados o descentralizados, sometidos a la fiscalización de este Ente Contralor, los dictámenes de la Contraloría General son vinculantes y deben ser acatados. Lo contrario, implicaría que todo el andamiaje jurídico que sirve de soporte a la administración del Estado se desmoronaría, transformando en inocuo la tarea fiscalizadora del ente contralor. No debe perderse de vista que la Contraloría General, en el desempeño de su función fiscalizadora, se encarga de velar porque los actos de la administración se ajusten a la constitución y a las leyes de la República."*

18 Rol N° 89-1989, Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago (1989), c. 5, citado en Navarro Beltrán, "Jurisprudencia Constitucional en materia de control de legalidad", 440. Recurso de protección rechazado que resuelve en su considerando 5° *"que los dictámenes de la Contraloría agregados a esta causa si bien significan un aporte valioso en relación con el fondo del problema planteado en el recurso, esto es, la legalidad o ilegalidad con que se habría tomado el acuerdo que dio origen a las sociedades en cuestión, es lo cierto que tal problema escapa al objeto de la protección solicitada, tal como se dijo anteriormente; además, tales dictámenes no obligan a este Tribunal y a lo sumo podrían ser considerados como antecedentes ilustrativos en relación con la cuestión que nos preocupa."*

19 Eduardo Soto Kloss precisó a principios de la década de los 80 que la acción constitucional puede dirigirse contra *"persona natural o jurídica, particular o autoridad, cualquiera sea ésta, si la administración, el juez, el legislador o el Contralor."* Eduardo Soto Kloss, *El Recurso de Protección* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982), 309.

20 *Soc. Contractual Minera Toqui con Contraloría General de la República*, Rol N° 427-1988, Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago (1989), c. 7.

que la revisión judicial de los dictámenes de la CGR no se encuentra limitada al recurso de protección, sino que, también se encuentra abierta a otros mecanismos de impugnación de diversa naturaleza²¹. Lo anterior, es evidente, atendido que el contenido de los dictámenes deriva de una labor interpretativa que no se encuentra exenta de posibles errores que pueden tener efectos adversos para los ciudadanos.

Las opiniones de la CGR expresadas en dictámenes tienen efectos económicos. Los dictámenes de la Contraloría no se refieren a asuntos abstractos o meramente teóricos, sino que se pronuncian sobre cuestiones concretas y específicas, respecto de las cuales se ha suscitado una controversia o, al menos, una duda acerca de la correcta aplicación e interpretación de las normas respectivas²². Los dictámenes constituyen actos jurídicos que cumplen una función interpretativa, en cuanto tienen por objeto fijar el sentido y alcance de las disposiciones que rigen el actuar de los servicios públicos sometidos a la fiscalización de la Contraloría General.

Los dictámenes en su conjunto, uniformes en su interpretación, armónicos en su sentido y constantes en el tiempo, configuran la jurisprudencia administrativa. La jurisprudencia administrativa y los dictámenes que la constituyen permiten que la actuación administrativa gane en previsibilidad, esto es, afirma la legítima expectativa que tienen los ciudadanos de que la Administración tome decisiones que sean armónicas con los criterios manifestados con anterioridad en situaciones equivalentes²³.

Los dictámenes y la jurisprudencia administrativa que de ellos se deriva, son obligatorios para la Administración y sus funcionarios, especialmente para aquellos que desempeñan funciones de asesoría jurídica al interior de los organismos que la integran. Los dictámenes no son una mera directriz, sin fuerza obligatoria, sino que, teniendo su fundamento vinculante en la Constitución Política de la República y en la ley N°10.336, su incumplimiento por parte de las autoridades significa la infracción de sus deberes funcionarios, comprometiendo su responsabilidad administrativa. La CGR ha señalado que los dictámenes son obligatorios *"tanto para la autoridad del respectivo servicio...para los funcionarios afectados y (para) aquéllos encargados de su cumplimiento..."*²⁴.

Tomando en consideración los efectos jurídicos emanados del ejercicio de la potestad dictaminante sorprende que -no sea claro ni evidente- que la CGR considere los efectos económicos de sus interpretaciones ni tampoco el debido resguardo en el cumplimiento de las normas vigentes en materia

21 Navarro Beltrán, "Jurisprudencia Constitucional en materia de control de legalidad", 441: *"En ese mismo sentido, la Corte Suprema, ha sentenciado que los dictámenes de la Contraloría General de la República obligan a la Administración; por ello, al afectado no le cabe ya actuar ante la autoridad administrativa contra tal pronunciamiento, sino ante los órganos jurisdiccionales por medio de las acciones procesales pertinentes. Y si se trata de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, será apto el recurso de protección, **sin perjuicio de que queda siempre a salvo la posibilidad de recurrir a otras acciones que establezcan las leyes, desde que el recurso referido constituye solo un medio para que la acción de la justicia sea más operante y eficaz.**"*

22 El Dictamen CGR N° 24.143 de 2015 -que imparte instrucciones para la atención de solicitudes de pronunciamiento jurídico-, establece que las consultas que se le presenten deben referirse a asuntos concretos en los cuales los recurrentes tengan derechos o intereses específicos, individuales o colectivos, y no a situaciones hipotéticas. Mismo sentido, Dictamen CGR N° 60.368 de 2016.

23 Dictamen CGR N° 2741 de 2020: *"Finalmente, es dable hacer presente que en virtud de lo manifestado en el dictamen N° 15.076, de 2017, entre otros, al producirse un cambio de jurisprudencia, en resguardo del principio de seguridad jurídica, el nuevo criterio sólo genera efectos para el futuro, sin afectar las decisiones administrativas adoptadas durante la vigencia de la doctrina que ha sido sustituida por el nuevo pronunciamiento."*

24 Dictamen CGR N° 84.184 de 2015: *"la obligatoriedad de los pronunciamientos de esta Entidad Fiscalizadora es pura y simple, sin que proceda someterla a plazo o condición alguna, por lo que sostener lo contrario, supondría que la eficacia de aquellos y el control de la Administración que estos traducen, quedarían entregados a la diligencia del órgano respectivo y a su cumplimiento dentro de determinado lapso, lo que no resulta admisible, debiendo hacerse presente, además, que su inobservancia significa la infracción de los deberes funcionarios de los servidores involucrados, comprometiendo su responsabilidad administrativa."*

de libre competencia²⁵. Por lo mismo, estas interpretaciones con efectos obligatorios para algunos pueden con altas probabilidades tener por consecuencia: impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos²⁶.

III. POSIBILIDAD DE QUE UN DICTAMEN DE LA CGR INCIDA EN EL FUNCIONAMIENTO DE UN MERCADO EN PARTICULAR: LOS CRÉDITOS DE CONSUMO ENTREGADOS POR LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN Y SU RÉGIMEN DE DESCUENTO PARA LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Es evidente que pueden existir tensiones entre la intervención regulatoria interpretativa en un mercado en particular y la observancia de las normas sobre libre competencia. Recientemente, la CGR ha interpretado ciertas normas administrativas en materia laboral que han tenido incidencia en el mercado financiero de los créditos de consumo²⁷. Ello, al pronunciarse sobre el régimen de descuentos aplicables a los créditos de consumo ofrecidos por las Cajas de Compensación de Asignación Familiar (“CCAF”) a los funcionarios públicos.

Los créditos de consumo que ofrecen las CCAF se encuentran sujetos a distintos regímenes de cobro y de descuento según sea el estatuto normativo que rija la vinculación laboral del funcionario público. En el caso de los funcionarios públicos regidos por el Estatuto Administrativo, la CGR ha dictaminado que los descuentos por créditos sociales poseen el carácter de voluntarios en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 del Estatuto Administrativo (“EA”), y, por tanto, se encuentran sujetos a un tope máximo de descuento del 15% del monto de la remuneración. Por otro lado, en el caso de los funcionarios públicos regidos por el Código del Trabajo (“CT”), la CGR ha dictaminado que los descuentos por créditos sociales poseen el carácter de descuentos legales en virtud de lo dispuesto en el artículo 58 inciso 1° del CT es decir, son obligatorios para el empleador y, en virtud de ello, no se encuentran sujetos a topes en materia de descuento.

En términos económicos, un mismo producto financiero (crédito de consumo) entregado por un mismo agente colocador de crédito (CCAF) tiene un doble tratamiento respecto de un mismo empleador (Estado) en relación con los descuentos que se pueden realizar de las remuneraciones del deudor de un crédito de consumo (funcionario público) según se encuentre sujeto al EA o al CT.

El Dictamen N° 72.680 de 2021 contiene esta interpretación que fija un dispar tratamiento en materia de deducciones a la que pueden estar afectos los funcionarios públicos deudores de créditos de consumo. Lo anterior, se expone en la siguiente tabla:

25 Las nociones básicas en materia de libre competencia no son ajenas a la tradicional labor interpretativa de carácter administrativa de la CGR. Un ejemplo, dice relación con el proceso de toma de razón de las bases de licitaciones públicas. En efecto, la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, dispone en su artículo 9°, inciso segundo: “El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato.” Dicha libertad de concurrencia sin duda tiene efectos económicamente favorables. Permite al Estado contar con una mayor oferta de bienes y servicios que demanda, y además, elimina la existencia de barreras de entrada a los oferentes en estos mercados.

26 DL 211 artículo 3°.

27 Respecto de la competencia en este mercado de crédito: “la oferta de estos créditos está desconcentrada, pues se han identificado al menos 55 proveedores significativos. Entre ellos hay 15 bancos; al menos 10 operadores de tarjetas ligadas a cadenas de casas comerciales, supermercados, farmacias y similares; 4 cajas de compensación de asignación familiar; 15 compañías de seguros; 10 cooperativas de ahorro y crédito y al menos 3 empresas de crédito automotriz en gran escala...” Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.715, 8, https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/4380/HLD_4380_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.

Funcionarios Públicos ²⁸	
Regidos por Estatuto Administrativo	Regidos por el Código del Trabajo
<p>A los funcionarios públicos regidos por el EA, se les aplica, ya sea el art. 96 de la Ley 18.834 (Estatuto Administrativo), o bien el art. 95 de la Ley 18.883 (Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales)²⁹.</p> <p>En ambos casos, la CGR consideró que los créditos sociales no podrían comprenderse en la voz "demás establecidas expresamente por las leyes" ya que al nacer éstos, no por disposición del legislador, sino de un acuerdo entre el funcionario y la CCAF respectiva, "tienen el carácter de voluntarios, y por ende, se encuentran afectos al límite del 15%" que consignan ambos artículos.</p>	<p>A los funcionarios públicos regidos por el CT, se les aplica el art. 58 inciso 1° del CT. Dicho artículo incluye en su inciso primero -que regula los descuentos obligatorios-, la voz "instituciones de previsión social".</p> <p>La CGR interpretó que "el anotado código laboral expresamente señala que son descuentos legales las obligaciones con instituciones de previsión, tal como han sido definidas las cajas de compensación en el anotado artículo 1° de la ley N° 18.833". Como consecuencia de lo anterior, además, establece que dichos descuentos, al no tener carácter voluntario, no están sujetos al límite del 15% que aplica en el caso de funcionarios sometidos al EA.</p>

La interpretación de CGR respecto de la naturaleza legal de los descuentos asociados a los créditos ofrecidos por la CCAF llegó incluso al punto de sostener la aplicación del privilegio señalado en el artículo 69 de la Ley N°18.833, otorgándosele una prevalencia en el cobro de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2472 N°6 del Código Civil, claramente, una ventaja por sobre otros oferentes de crédito³⁰.

Si bien podría sostenerse que la interpretación contenida en los dictámenes se limita a fijar el sentido y alcance de una norma, dentro de los parámetros facultativos de la CGR, lo cierto es que dicha interpretación tuvo (y tiene) efectos relevantes en el mercado del crédito tanto respecto de los consumidores de crédito, como también, de los oferentes de estos productos.

Desde el punto de vista de la demanda por créditos de consumo, los consumidores podrían verse ante precios diversos en la oferta de un idéntico producto. Ello, ya que, un tipo de funcionarios tendrán una tasa superior de cobrabilidad de créditos comparado con aquellos de otro grupo (CT sobre EA). Desde el punto de vista de la oferta de crédito, las CCAF tienen ventajas al asegurar o proyectar el cobro de sus acreencias cuando se compara con otros oferentes colocadores del mismo producto lo que se puede traducir en diferenciales de tasas de interés.

28 Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.567: "Artículo 1°.- El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes. *La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.*"

29 Ambos artículos establecen, en su inciso primero, que "Queda prohibido deducir de las remuneraciones del funcionario otras cantidades que las correspondientes al pago de impuestos, cotizaciones de seguridad social y demás establecidas expresamente por las leyes."

30 Dictamen CGR N° 14.951 de 2019. Dicho dictamen fue posteriormente ordenado dejar sin efecto por la Excm. Corte Suprema, en *Institución Financiera Cooperativa COOPEUCH c/ Contraloría General de la República*, Rol N° 20.701-2020, Sentencia Corte Suprema (2020).

IV. LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO Y LA SUJECCIÓN A ÉSTAS DE LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Las normas que resguardan la libre competencia en Chile han sido entendidas como elementos centrales del orden público económico, consagrado constitucionalmente en el numeral 21 del artículo 19° de la Constitución Política. En este sentido, la doctrina ha señalado que *“La legislación antimonopólica, contenida principalmente en el Decreto Ley 211, constituye una formulación concreta del orden público y de la moral y, en tales sentidos, un límite a la garantía del derecho a desarrollar cualquier actividad económica”*³¹.

De ahí, y en virtud de la amplitud del tipo sancionatorio del artículo 3° del DL N° 211, que tanto la jurisprudencia como la doctrina han sostenido sistemáticamente la sujeción de los Órganos de la Administración del Estado a las normas de defensa de la libre competencia. En efecto, en esta materia el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha estimado reiteradamente que es *“Competente para conocer de actuaciones de la autoridad que infrinjan o puedan infringir las normas que protegen la libre competencia contenidas en el DL 211, aun cuando hayan sido efectuadas sin exceder sus atribuciones legales, pues éstas tienen el límite de respetar las normas de orden público económico contenidas en dicho cuerpo legal que, según dispone claramente su artículo 3°, se aplica [...] sin distinguir al efecto entre entes privados o públicos”*³².

En el mismo sentido, se puede apreciar también que, junto con afirmarse la sujeción de los Órganos de la Administración del Estado al DL N°211, la misma jurisprudencia ha enfatizado que ésta es procedente *“aun cuando hayan sido efectuadas sin exceder sus atribuciones legales”*, consideración que se hace en análogos términos respecto de la sujeción de los dictámenes de la CGR al escrutinio de la judicatura ordinaria.

Ahora bien, considerando la naturaleza de la CGR, cabe tener presente que la competencia para conocer eventuales infracciones al DL N°211 alcanza incluso a los órganos que gozan de autonomía constitucional. En este sentido, un antiguo pronunciamiento de la Comisión Resolutiva, predecesora del TDLC, señaló: *“a) El único organismo facultado para conocer y pronunciarse en materias de libre competencia es esta Comisión Resolutiva. Ni la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de recursos interpuestos en conformidad con el artículo 35 de la Ley Orgánica del Banco Central de Chile, podría pronunciarse en estas materias. b) Los artículos 1° y 3° del Decreto Ley N° 211, de 1973, no distinguen ninguna clase de personas jurídicas a las que podría sustraerse de la aplicación de sus normas (...) c) El artículo 98 de la Constitución Política de la República, de 1980, dispone que el Banco Central de Chile, no podrá adoptar ningún acuerdo que signifique, de manera directa o indirecta, establecer normas o requisitos diferentes o discriminatorios en relación a personas, instituciones o entidades que realicen operaciones de la misma naturaleza, lo que unido a lo expresado en el N° 22 del artículo 19 de la misma Constitución, significa que es la propia Carta Fundamental la que se ha encargado de elevar a rango constitucional los principios que informan las disposiciones del Decreto Ley N° 211, de 1973.”*³³.

Las consideraciones anteriores permiten sostener que no existen argumentos para excluir, *prima facie*, a la CGR de la obligación de observar las normas sobre libre competencia en el ejercicio de sus funciones, y en particular el DL N° 211, de lo que se sigue la posibilidad de que dicha observancia sea resguardada exclusivamente por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

31 Domingo Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009), 130.

32 *Denuncia del Sr. Jorge Middleton Hoschhauser y otros en contra del MTT, C-29-2004, Sentencia TDLC N° 11/2004 (2004), c. 1.*

33 *Denuncia de don Pablo Tirado sobre discriminación del Banco Central en el mercado de viviendas, Rol 224-85, Resolución de la Comisión Resolutiva N° 239/1986. Citado en Nicole Nehme, “Aplicación de las normas de Defensa de la Competencia a los Organismos de la Administración del Estado”, en *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*, ed. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2011), 317-373.*

En este punto, sin embargo, subsiste la pregunta acerca de cómo asegurar la observancia de las normas de libre competencia por parte de la Administración del Estado, cuando la facultad que se ejerce consiste precisamente en interpretar la normativa de rango legal. En estos casos, el problema consistiría en la posibilidad de que una norma de rango legal sea efectivamente contraria a la libre competencia, y que correctamente interpretada por la CGR, su aplicación por los agentes económicos diera lugar a riesgos anticompetitivos.

Estimamos que dicha paradoja es sólo aparente, puesto que se basa en un supuesto errado que consistiría que el DL N° 211 es un mero criterio interpretativo, que eventualmente podría ceder frente al texto legal expreso interpretado por la CGR. Sin embargo, lo cierto es que, como fue explicado, el DL N° 211 es una norma legal que, como cualquier norma de dicho rango, produce efectos generales y debe ser observada tanto por particulares como por la Administración del Estado. Así, creemos que el caso de un dictamen de la CGR cuya interpretación de una determinada norma legal produzca riesgos anticompetitivos, debe ser tenido como un dictamen ilegal, del mismo modo que un dictamen que contravenga cualquier otra norma de rango legal, ejemplos de lo cual hay tantos como recursos de protección acogidos en contra de estos pronunciamientos del organismo contralor.

Ahora bien, la particularidad de esta hipótesis de ilegalidad radica en que, tal como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia en la materia, los ilícitos anticompetitivos son de competencia excluyente del TDLC, de modo que dicho tribunal es el único facultado para conocer y pronunciarse acerca de la eventual infracción al DL N° 211 por parte de la CGR.

V. VÍA DE ACCIÓN FRENTE AL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA PARA IMPUGNAR INTERPRETACIONES CONTENIDAS EN DICTÁMENES DE LA CGR

Nuestra propuesta es formulada desde el entendido de que, habiéndose aceptado la posibilidad de revisar la legalidad de las interpretaciones normativas contenidas en un dictamen de la CGR, resulta jurídicamente razonable sostener que, en caso de que un dictamen infrinja preceptos del DL N° 211 y produzca riesgos anticompetitivos en el contexto de un mercado en particular, es el TDLC el órgano especializado llamado a confirmar la vigencia de las normas de libre competencia en el caso concreto y, eventualmente, declarar la ilegalidad del pronunciamiento contralor.

En cuanto a la forma procesal a través de la cual puede ser encausada la acción frente al TDLC, y sin perjuicio de que los detalles de este análisis bien podrían ser objeto de un estudio diverso e independiente, creemos que se tienen a disposición tanto la vía contenciosa como la consultiva. Lo anterior, dependerá esencialmente de las particularidades del caso sometidos al conocimiento del TDLC.

La consulta, se encuentra regulada en el artículo 18 N°2 del DL 211, que consagra la siguiente facultad del TDLC: ***“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”³⁴.***

34 De acuerdo a lo dispuesto por el propio TDLC esta facultad consiste en lo siguiente: *“La potestad establecida en el artículo 18 N°2 del D.L. N°211, de acuerdo a la cual el Tribunal puede 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. Como ha sido señalado consistentemente por la jurisprudencia de este Tribunal, el objeto de esta*

El procedimiento aplicable en materia de consulta corresponde a aquel establecido en el artículo 31 del Decreto Ley N°211. La legitimación activa para consultar se encuentra en: las partes del hecho, acto o convención, y en terceros que tengan interés legítimo en dicho hecho, acto o convención. En este contexto, puesto el asunto en conocimiento del TDLC, éste debería pronunciarse acerca de la efectividad de que el dictamen en cuestión vulnera las normas de la libre y competencia y, en ese evento, disponer las medidas tendientes a cesar los efectos de dicha infracción.

Por su parte, el procedimiento contencioso tiene su fuente normativa en el artículo 18 N°1 del DL N°211 que faculta al TDLC para: *"1) Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley".*

Su procedimiento se encuentra regulado en los artículos 20 y siguientes, dentro de los cuales conviene destacar la posibilidad de decretar medidas cautelares necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas al conocimiento del tribunal. En la sentencia definitiva que dicte el TDLC en el contexto del procedimiento contencioso, podrá adoptar las medidas señaladas en el artículo 26 del DL N°211, siendo pertinente destacar la aplicación de multas a beneficio fiscal y eventualmente de manera posterior a la verificación de la infracción se podría deducir una acción de indemnización de perjuicios por parte del demandante.

potestad es otorgar certeza jurídica a los consultantes sobre la compatibilidad del hecho, acto o convención consultado con el D.L. N°211, obteniendo, de este modo, los derechos que confiere el artículo 32 del mismo Decreto Ley" (TDLC, Auto Acordado N°21/2020).

VI. CONCLUSIONES

1. Toda intervención del mercado mediante la dictación de una norma, sentencia o acto de autoridad tiene efectos económicos. En legislaciones comparadas se ha discutido la posibilidad que ciertos actos de intervención se encuentran exentos de cumplimiento de las normas aplicables en materia de libre competencia. La jurisprudencia ha evolucionado históricamente partiendo desde una interpretación de inmunidad mecánica y automática del acto de autoridad a una que ordena el análisis pormenorizado del caso concreto.
2. En nuestro país, la Contraloría General de la República por medio del ejercicio de la potestad dictaminante interpreta normas jurídicas contenidas en leyes o reglamentos y dichas interpretaciones son vinculantes para una parte del mercado, esto es, los Órganos de la Administración del Estado. Los dictámenes no son meras recomendaciones para aquellos que son obligados por estas interpretaciones. Por lo mismo, es atendible y razonable esperar que en la elaboración de estas interpretaciones se consideren de manera precisa la totalidad de las normas legales vigente, incluidas, aquellas relativas a la protección de la libre competencia.
3. Hace algunas décadas se discutió acerca de la posibilidad que dichas interpretaciones fueren revisadas por la judicatura con ocasión de la interposición de recursos de protección. La Excm. Corte Suprema pacificó dicho debate resolviendo que, si bien la facultad interpretativa de la CGR tiene por antecedente una norma legal, el contenido de dicha interpretación podía ser vulneratorio de los derechos de los particulares, y por lo mismo, revisable judicialmente por la vía protección y demás acciones que contempla el ordenamiento. Los dictámenes de la CGR no son vinculantes para la judicatura.
4. Creemos que en materia de libre competencia los dictámenes de la CGR son revisables judicialmente por la vía consultiva y/o contenciosa ante el TDLC. Ello, para los efectos de verificar que dichos dictámenes afecten adversamente el mercado y los derechos de particulares en materia de competencia. La CGR no se encuentra exenta de observar en su labor interpretativa el bloque normativo vigente, que incluye, sin lugar a duda, las normas en materia de competencia.
5. Finalmente, creemos que la revisión del contenido y efectos de los dictámenes de la CGR en el mercado es pertinente y de competencia exclusiva del TDLC. Cuestión, que a la fecha, no habría sucedido en dicha sede.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Matías Mori Arellano, "Sobre la revisión judicial de los dictámenes de la Contraloría General de la República frente al TDLC por infracciones de las normas sobre libre competencia", *Investigaciones CeCo* (agosto, 2021),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile