

EN LO PRINCIPAL: Interponen recurso de hecho. **EN EL PRIMER OTROSÍ:** se traiga a la vista expediente que indica. **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Solicitan alegatos. **EN EL TERCER OTROSÍ:** Se tenga presente.

EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA

MARIO BRAVO RIVERA y **GABRIEL MATÍAS TRAFILAF ORTIZ**, abogados, con domicilio en avenida Isidora Goyenechea N° 3250, oficina 1001, piso 10, comuna de Las Condes, Santiago, en representación de **Duqueco SpA; Energía Coyanco S.A.; Besalco Energía Renovable S.A.** y de **Hidromaule S.A.**, en relación con el expediente caratulado *“Expediente de recomendación normativa sobre el Decreto Supremo N° 88 del Ministerio de Energía en lo referido al mecanismo de estabilización de precios para medios de generación de pequeña escala”*, que se sigue ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) bajo el Rol ERN N° 27-21, a S.S. Excma. respetuosamente decimos:

De conformidad a lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Civil, venimos en deducir, dentro de plazo legal, **recurso de hecho**, ante esta Excma. Corte Suprema, en contra de la resolución dictada por el H. Tribunal de Defensa de Libre Competencia (“TDLC” o “H.Tribunal”) con fecha 22 de septiembre de 2022 (“resolución impugnada”), notificada por el estado diario el mismo día, en autos contenciosos Rol ERN N° 21-21, mediante la cual, el TDLC, resuelve no conceder el recurso de reclamación, interpuesto por esta parte en tiempo y forma, transgrediendo la jurisprudencia reciente de esa Excma. Corte Suprema en relación a la procedencia del recurso de reclamación en resoluciones de término en procedimientos conocidos bajo las atribuciones que el DL 211, en su artículo 18 N°4

le otorga al TDLC, ocasionando un grave perjuicio a esta parte y a la normativa de libre competencia en su conjunto.

Por esa razón, solicitamos a esa Excm. Corte Suprema que acogiendo el presente recurso de hecho, enmiende la resolución recurrida y **disponga que el recurso de reclamación de autos sea admitido a tramitación para ser conocido por S.S. Excm.**

La resolución objeto de este recurso de hecho, reza lo siguiente:

“VISTOS Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, a folio 215, Hidromaule S.A.; Duqueco SpA; Energía Coyanco S.A.; Besalco Energía Renovable S.A. y Trans Antarcic Energía S.A. interpusieron recurso de reclamación contra la decisión de 31 de agosto de 2022 de este Tribunal, que determinó no ejercer la facultad conferida por el artículo 18 N° 4 del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”) en relación con el Mecanismo de Precio Estabilizado del artículo 149 inciso 5° de la Ley General de Servicios Eléctricos, en relación con el D.S. N° 88, de 2020, del Ministerio de Energía;

Segundo: Que el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211 dispone: *“[e]l Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes (...) 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”;*

Tercero: Que la atribución otorgada a este Tribunal para proponer a S.E. el Presidente de la República la modificación o derogación de ciertos preceptos legales y reglamentarios fue incorporada a nuestra legislación por el inciso final del artículo 5° del texto original del D.L. N° 211, que la otorgó a la Comisión Resolutiva. Esa disposición señalaba que *“[l]a Comisión Resolutiva podrá solicitar la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios (...)*

en cuanto limitando o eliminando la libre competencia, los estime perjudiciales para el interés común". A pesar de las sucesivas modificaciones a las normas de defensa de la competencia, que incluyeron la creación de un tribunal especializado que reemplazó las comisiones por la Ley N° 19.911, de 2003, esta atribución del órgano especializado en libre competencia se ha mantenido en lo sustancial;

Cuarto: Que, tanto por su origen histórico como por su sentido y alcance, se desprende que el ejercicio de la atribución conferida en el numeral 4 del artículo 18 del D.L. N° 211 no tiene naturaleza jurisdiccional. En efecto, la doctrina entiende la jurisdicción como la satisfacción de un interés jurídico mediante la aplicación en el proceso de la ley, conociendo, resolviendo y, eventualmente, haciendo ejecutar lo juzgado (Bordalí, Andrés, *Derecho Jurisdiccional*, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 53-54). La satisfacción de ese interés se da por medio de una decisión vinculante de un órgano jurisdiccional, la cual afecta, por regla general, a individuos determinados. Adicionalmente, una de las funciones que cumplen los tribunales de justicia en un Estado de Derecho contemporáneo es la de controlar la juridicidad de la actuación de otros poderes del Estado, lo que explica su potestad respecto de los actos de la administración. En cualquier caso, la función jurisdiccional supone una decisión con carácter vinculante respecto de uno o más individuos;

Quinto: Que, en este sentido, esta atribución es fundamentalmente diferente a las establecidas en los numerales 1, 2, 3 y 5 del referido artículo 18, cuyo ejercicio necesariamente da lugar a decisiones vinculantes, ya sea para quienes han sido parte o intervenido en el proceso (como ocurre respecto de las atribuciones referidas en los numerales 1, 2 y 5), ya sea para la generalidad de los agentes que participan de un mercado (como ocurre en el caso de la atribución del numeral 3). En efecto, el resultado del procedimiento de recomendación normativa es una mera proposición al Poder Ejecutivo, el que puede acogerla o rechazarla, donde la única carga recae sobre el Ministro de Estado receptor de la misma, y que está limitada a la obligación de "manifestar su parecer". En otras palabras, al decidir ejercer o no esta atribución, este Tribunal no decide un conflicto entre partes, ni determina la comisión de infracciones –como ocurre en el marco del procedimiento contencioso y en la resolución del recurso especial de revisión contra las decisiones del Fiscal Nacional Económico que hayan prohibido operaciones de concentración–, ni otorga derechos ni establece obligaciones –como ocurre

en la llamada potestad consultiva y en la de dictación de instrucciones de carácter general;

Sexto: Que no obsta a esta interpretación el hecho que, tras la dictación de la ley N° 20.945 en 2016, la proposición de recomendación normativa deba sujetarse al procedimiento establecido en el artículo 31 del D.L. N° 211. Ante todo, la referida reforma sólo vino a consagrar la práctica anterior de este Tribunal, la que a su vez tuvo origen en lo resuelto por la Excma. Corte Suprema en sentencia de 18 de mayo de 2010. Allí, conociendo de un recurso de reclamación contra la Sentencia 85/2009 de este Tribunal, la Excma. Corte afirmó que el ejercicio de esta atribución “(...) no [puede] formar parte de una sentencia llamada a dirimir un conflicto contencioso (...)”, lo que llevó al Tribunal a adoptar el procedimiento no contencioso en la materia;

Séptimo: Que el hecho de que la atribución pueda ejercerse sólo después de llevar a cabo un procedimiento no contencioso, donde no hay contienda entre partes, sino únicamente antecedentes aportados por terceros interesados, sólo da cuenta de la necesidad de que la decisión que se adopte esté adecuadamente fundada y que exista una oportunidad para manifestarse sobre la conveniencia o no de eventuales propuestas de reforma desde la perspectiva de la libre competencia, en un símil a las consultas públicas en sede administrativa, incorporadas en nuestra legislación por la Ley N° 20.500;

Octavo: Que, por lo mismo, se ha entendido que el ejercicio de esta atribución es discrecional para este Tribunal, a quien se le ha conferido dado su carácter técnico y especializado en libre competencia;

Noveno: Que confirma la interpretación anterior el que la mencionada Ley N° 20.945 haya conferido a la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) en el actual artículo 39 q) del D.L. N° 211, una facultad descrita en términos prácticamente idénticos a los del artículo 18 N° 4: “Proponer fundadamente al Presidente de la República, a través del ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas. Este tipo de proposiciones tendrán siempre como antecedente una investigación o un estudio sobre la evolución competitiva de los mercados”. Incluso, el mensaje de la Ley 20.945 proponía derechamente “trasladar” esta facultad

a la FNE (Historia de la Ley N° 20.945, p. 13) y sólo durante la tramitación del proyecto se optó por mantener la atribución, además, en este Tribunal;

Décimo: Que esta potestad también es ejercida por la FNE de manera discrecional, sin que se prevea recurso alguno ante un órgano jurisdiccional cuando es ese organismo quien decide ejercerla ni tampoco cuando no la ejerce. Así, por la naturaleza de la atribución de que se trata, queda excluida del control de juridicidad propio de las actuaciones del poder estatal que suponen el ejercicio de una potestad pública, lo que permite inferir, a su vez, que su ejercicio por este Tribunal no supone una actividad jurisdiccional;

Undécimo: Que, finalmente, el inciso final del artículo 31 del D.L. N° 211, establece que “[l]as resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, solo podrán ser objeto del recurso de reclamación (...)”. Esta norma fue objeto de reforma por la Ley N° 20.361, de 2009, en tanto el texto antes vigente disponía “Las resoluciones que fijen condiciones que deben ser cumplidas en actos o contratos podrán también ser objeto de recurso de reclamación”. De acuerdo con la historia fidedigna de su establecimiento, la justificación de esa reforma fue, en palabras del Fiscal Nacional Económico de la época, el hecho que “[estaba] muy limitado el derecho a recurrir, sólo es procedente respecto de resoluciones que fijen condiciones, mas no la resolución que aprueba o deniega pura y simplemente” (Historia de la Ley N° 20.361, p. 222). Así, es claro que el sentido de la modificación legal fue extender la aplicación del recurso de reclamación en el marco del ejercicio de la atribución prevista en el art. 18 N° 2 del D.L. N° 211, única hipótesis en la que efectivamente se pueden fijar condiciones. Por lo demás, a esa fecha, el ejercicio de la atribución del numeral 4 de esa norma no estaba sujeto a procedimiento alguno; y

Duodécimo: Que, en consideración a lo expuesto, cabe concluir que el ejercicio de la atribución conferida a este Tribunal en el numeral 4 del artículo 18 del D.L. N° 211 no es susceptible de recurso de reclamación para ante la Excm. Corte Suprema;

SE RESUELVE: No ha lugar al recurso de reclamación, por improcedente. Notifíquese por el estado diario.

Rol ERN N° 27-21.

Certifico que, con esta fecha, se notificó por estado diario la resolución precedente.”

El recurso de hecho se funda en los siguientes antecedentes de hecho y argumentos de derecho:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Tal como consta en autos, nuestras representadas, el día 19 de marzo de 2021, solicitaron al TDLC el inicio de un Expediente de Recomendación Normativa (en adelante “ERN”), de conformidad al artículo 18 N°4 del DL 211, que regula la libre competencia en nuestro país.
2. Esta solicitud de ERN tiene por objeto proponer -la modificación del Artículo 14º del D.S. N° 88/2020 así como todas aquellas disposiciones relacionadas con el “Mecanismo de estabilización de precios”, incluyendo sus disposiciones transitorias- por lo que nos encontramos ante los dos supuestos señalados por V.S. en cuanto se solicita por una parte, modificar o derogar el reglamento, en lo que se refiere a este mecanismo contemplado el artículo 149 inciso 5º de la LGSE, por estimar que dichas disposiciones reglamentarias son contrarias a la libre competencia y por otra, asimismo, se proponga las modificaciones (dictación) de dichos preceptos que fomenten la libre competencia en el mercado de generación eléctrica.
3. Es necesario señalar a S.S. Excma. que estamos en presencia de un Reglamento, que fue dictado por el Ministerio de Energía, que en lo que respecta a las disposiciones reglamentarias cuyas modificaciones se solicitan, sostenemos que dichas normas atentan a la libre competencia al distorsionar

- el proceso competitivo en el mercado relevante de generación eléctrica, fijando un precio, al aumentarle el costo a un subconjunto de generadores (que son competidores) y, en último término, a los consumidores.
4. En resumen, podemos sostener que las normas que solicitamos se recomienden modificar, establecen los siguientes elementos nefastos para la competencia en el mercado, puesto que alteran el proceso competitivo, a saber:
 - a) Fijación de un precio sin mediar una ley.
 - b) Distorsión entre el precio fijado y el precio de mercado spot (subsidio).
 - c) Asignación del costo del subsidio a los competidores, incrementándole sus costos.
 - d) Aumento del precio final a consumidores.
 5. Es tan temeraria la actuación del TDLC, que todos estos hechos, nefastos para competencia en el mercado, no podrían ser conocidos por esa Excma. Corte Suprema si no se enmienda la resolución del TDLC que negó la tramitación del recurso de reclamación, recurso que fue interpuesto por esta parte en tiempo y forma, de acuerdo a la ley y a la misma jurisprudencia de esa Excma. Corte Suprema.
 6. En ese mismo sentido, nos parece de suma gravedad lo resuelto por el TDLC, puesto que priva a esta parte de un recurso que viene a revisar lo resuelto por el tribunal a quo, lo que se transformaría en una verdadera denegación de justicia, cuestión que no es tolerable en un estado de derecho como el

nuestro, puesto que esta parte -y otras en el procedimiento no contencioso- sostiene que la modificación legal que se solicita recomendar es absolutamente pertinente, puesto que la actual legislación da pie a la especulación, por los subsidios permitidos en el Decreto 88, lo que viene a alterar el proceso competitivo en el mercado relevante, cuestión que, de acuerdo a nuestra legislación, no es tolerable.

II. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECLAMACIÓN

7. En primer término, es pertinente destacar a esa Excma. Corte Suprema que el recurso de reclamación procede respecto a procedimientos de Expedientes de Recomendación Normativa. Así lo ha sostenido S.S. Excma. en diferentes fallos y, en consecuencia, se evidencia el yerro del TDLC al no admitir a tramitación el recurso de reclamación interpuesto por esta parte.
8. En efecto, es pertinente recordar que en causa ERN-25-2018 del TDLC, el H. Tribunal no acogió a tramitación, declarando inadmisibles, los recursos de reclamación interpuestos por las partes agraviadas por la resolución de término en ese procedimiento no contencioso de Expediente de Recomendación Normativa.
9. Pues bien, ante tal decisión del H. Tribunal, se presentaron sendos recursos de hecho, que fueron acogidos por esa Excma. Corte Suprema¹. De hecho, S.S. sostuvo que:

¹ Véase en recurso de hecho, Rol Ingreso Corte: 25.012-2019

“Tercero: Que, según ha indicado en reiteradas oportunidades esta Corte, este último inciso del artículo 31 establece una única distinción, entre las resoluciones que no son de término e informes, respecto de las cuales sólo procede el recurso de reposición; y aquellas decisiones de término, sea que fijen o no condiciones, a las que el legislador reserva el recurso de reclamación.

Corresponde, entonces, dejar anotado que del tenor literal de la señalada disposición no es posible inferir que la utilización de la expresión ‘resoluciones’ o la referencia a eventuales condiciones que ellas impongan, manifieste la intención del legislador de limitar el arbitrio únicamente a los pronunciamientos dictados al amparo del numeral 2º del artículo 18, pues el aludido precepto no formuló tal diferenciación.

Cuarto: Que, a mayor abundamiento, en relación a las resoluciones susceptibles del recurso de reclamación en aquellas materias reguladas por el Decreto Ley N° 211, se ha resuelto: “no se atiende a su contenido de fondo como criterio para definir los recursos procedentes, bastando que ponga término al procedimiento, sea que fije o no condiciones” (CS Rol 10.557-2014, en el mismo sentido, CS Rol 269-2013).

Quinto: Que, en consecuencia, del examen de la normativa antes referida fluye que resulta procedente la interposición del recurso de reclamación en contra de las sentencias que resuelven sobre el ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 18 N°4 del Decreto Ley N° 211, de modo que el presente recurso de hecho deberá ser acogido.

*Por estas consideraciones, se **acoge** el recurso de hecho deducido por la Asociación de Radiodifusores de Chile, en contra de la resolución de fecha 22 de agosto de 2019 y, en consecuencia, se **declara admisible** el recurso de reclamación presentado por dicha entidad, en contra de la sentencia de*

veinticuatro de julio último, dictada en autos Rol ERN N° 25-2018, debiendo el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia disponer a su respecto la tramitación que en derecho corresponda.” (el destacado es nuestro).

10. Sin perjuicio de lo anterior y, considerando que la resolución antes citada constaba en el recurso de reclamación interpuesto, el TDLC decidió no acoger a tramitación el recurso de reclamación interpuesto por esta parte, transgrediendo claramente la jurisprudencia de esa Excma. Corte Suprema, su superior jerárquico jurisdiccional, disciplinario y económico.
11. Así las cosas, esta situación reviste de una gravedad inquietante puesto que el recurso de reclamación interpuesto por esta parte y objeto de este recurso de hecho fue interpuesto (i) dentro del plazo legal y (ii) fue interpuesto contra una resolución que resolvió sobre el ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 18 N° 4 del Decreto Ley N° 211 y tal como lo ha sostenido la Excma. Corte Suprema *“en reiteradas oportunidades esta Corte, este último inciso del artículo 31 establece una única distinción, entre las resoluciones que no son de término e informes, respecto de las cuales sólo procede el recurso de reposición; y aquellas decisiones de término, sea que fijen o no condiciones, a las que el legislador reserva el recurso de reclamación.”*
12. Considerando lo anteriormente mencionado, resulta evidente que el recurso de reclamación tuvo que prosperar. Sin embargo, en una acción inentendible e injustificable, el TDLC decidió ignorar lo establecido en la ley y la jurisprudencia de su superior jerárquico, provocando un perjuicio a esta parte y a la estabilidad de la normativa de la libre competencia.

13. Atendido a lo anterior, es fundamental que el yerro del TDLC sea analizado y corregido en su conjunto, es inexplicable como un tribunal de justicia ignore tan flagrantemente lo resuelto por su superior jerárquico jurisdiccional, disciplinario y económico. Estos hechos podrían, si S.S. Excma. lo estimase, ser fundantes del establecimiento de medidas disciplinarias a los miembros del TDLC por tales acciones.

III. VULNERACIÓN AL DERECHO A RECURRIR

14. Es dable señalar que en los términos planteados por el TDLC, la resolución recurrida y objeto de este recurso de hecho, viene en manifestar claramente una vulneración a las reglas del debido proceso, puesto que deniega a nuestras representadas el derecho a recurrir ante el superior jerárquico jurisdiccional y disciplinario con el fin de enmendar los errores cometidos en la resolución de término.
15. Como se ha señalado a lo largo de este recurso de hecho, el recurso de reclamación, interpuesto por esta parte, era absolutamente procedente, puesto que recogía los requisitos legales, procesales y de la jurisprudencia de esa Excma. Corte Suprema.
16. En efecto, no podemos soslayar que es esta misma Excma. Corte Suprema quien estableció los requisitos para la procedencia del recurso de reclamación, en relación a las resoluciones dictadas bajo las atribuciones del artículo 18 N° 4 del DL 211, y el recurso interpuesto por esta parte cumple con creces dichos requisitos y presupuestos de validez para su concesión.

17. A mayor abundamiento, el artículo 31 del DL 211, en su párrafo final, establece que:

“Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27. Dicho recurso deberá ser fundado y podrán interponerlo el o los consultantes, el Fiscal Nacional Económico y cualquiera de los terceros que hubieren aportado antecedentes de conformidad con lo dispuesto en el número 1”.

18. Es evidente S.S. Excma. que estamos en presencia de una resolución que pone término al proceso no contencioso iniciado por esta parte. Es más, terminó el procedimiento no contencioso con la negativa del TDLC en recomendar las modificaciones legales solicitadas por nuestras representadas. A pesar del intento de justificación del TDLC para su decisión, recogida en el considerando undécimo de la resolución que rechazó el recurso de reclamación, no es posible recoger tal justificación, puesto que es esta misma Excma. Corte Suprema quien estableció que no puede existir una diferenciación entre resoluciones dictadas bajo el artículo 18 numerales 1, 2, 3 y 4 del DL 211, todas las resoluciones de término son susceptibles del recurso de reclamación, de conformidad con la jurisprudencia de esa Excma. Corte Suprema que ha resuelto: *“no se atiende a su contenido de fondo como criterio para definir los recursos procedentes, bastando que ponga término al procedimiento, sea que fije o no condiciones”* y la resolución objeto del recurso de reclamación es evidentemente una resolución de término de

procedimiento, tal como fue resuelto por esa Excma. Corte Suprema en su reiterada jurisprudencia.

POR TANTO,

A LA EXCMA. CORTE SUPREMA SOLICITAMOS: Se sirva tener por interpuesto el presente recurso de hecho, acogerlo en todas sus partes, declarando admisible el recurso de reclamación interpuesto el día 10 de septiembre de 2022, y darle tramitación legal, a objeto de ser conocido y resuelto por S.S. Excma.

EN EL PRIMER OTROSÍ: Solicitamos a S.S. Excma., de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 204 del Código de Procedimiento Civil, ordenar al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia remitir el expediente Rol ERN N° 27-21 para efectos de evaluar y fundamentar la decisión del presente recurso de hecho.

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Solicitamos a S.S. Excma. ordenar que se reciban alegatos en el presente recurso, y, al efecto, sea puesta la causa en tabla.

EN EL TERCER OTROSÍ: Solicitamos a S.S. Excma. tener presente que nuestra personería para representar a las solicitantes constan en los autos Rol ERN N° 27-21, tramitados en el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.