

ALEJANDRO VERGARA BLANCO  
Profesor de Derecho administrativo

INFORME EN DERECHO

**Es legítimo que la Fiscalía Nacional Económica decida abocarse a la investigación de los mismos hechos de una denuncia *anterior* que fue archivada, si, con una mejor interpretación de tales hechos y del derecho, se apercibe de la comisión de un ilícito anticompetitivo.**

**Análisis del llamado «precedente administrativo»**

Santiago, 18 de junio de 2024

## ÍNDICE

### INTRODUCCIÓN

#### ANTECEDENTES DEL CASO CONCRETO

- I. Primera denuncia de 2019, archivada en etapa de admisibilidad, respecto de Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A.
- II. Segunda denuncia de 2020, que generó la apertura de una investigación, respecto de Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A., San Antonio Terminal Internacional S.A. y DP World San Antonio S.A.
- III. Resumen de hechos: dos criterios distintos

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

##### **§ 1. EL LLAMADO *PRECEDENTE ADMINISTRATIVO*: SU ORIGEN DOCTRINARIO Y APARENTE ACOGIDA JURISPRUDENCIAL**

- I. EL LLAMADO *PRECEDENTE ADMINISTRATIVO* NO ESTÁ REGULADO
- II. TRATAMIENTO DOCTRINARIO DEL *PRECEDENTE ADMINISTRATIVO*
  1. *En la doctrina española*
  2. *En la doctrina nacional*
- III. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL NACIONAL DE LOS CAMBIOS DE CRITERIO DE LA ADMINISTRACIÓN
- IV. LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS ANTERIORES, ANTE CASOS IDÉNTICOS, COMO *PRECEDENTES*. ANÁLISIS CRÍTICO A UN CRITERIO DOCTRINARIO

##### **§ 2. SOBRE EL CAMBIO DE CRITERIO DE LAS DECISIONES DE UN ÓRGANO ADMINISTRATIVO Y LA REVISIÓN DE SUS ACTOS ANTERIORES**

- I. LA NATURALEZA DISCRECIONAL DE LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA REVISIÓN DE SUS ACTOS ANTERIORES
  1. *El ejercicio discrecional de las potestades administrativas dentro de la juridicidad*
    - a) Principio de legalidad y atribución legal de potestades a los órganos administrativos
    - b) El ejercicio de las potestades administrativas
    - c) La discrecionalidad administrativa: el margen de actuación de los órganos administrativos
  2. *La revisión de sus actos por la Administración*
- II. EL CAMBIO DE CRITERIO RESPECTO DE DECISIONES ANTERIORES DE LA ADMINISTRACIÓN
  1. *Las condiciones de la legitimidad de los cambios de criterio por los órganos administrativos*
  2. *Condiciones para su legitimidad formal*
    - a) Derecho objetivo
      - i) Motivación
      - ii) Búsqueda de la juridicidad antes quebrantada o margen de discrecionalidad.
      - iii) Audiencia de los interesados
      - iv) Ausencia de retroactividad
    - b) Derechos subjetivos
  3. *Recapitulación: la actitud legítima de la Administración al cambiar de criterio*
- III. LOS CAMBIOS DE CRITERIO EN LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y SU CONEXIÓN CON LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LA MOTIVACIÓN DEL ACTO
  1. *Cambio de criterio administrativo y sus conexiones con los principios generales del derecho*
  2. *Cambio de criterio administrativo y sus conexiones con la motivación del acto*

### § 3. NATURALEZA DE LAS POTESTADES DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Y EL CAMBIO DE CRITERIO EN SU EJERCICIO

#### I. REVISIÓN DE LA NATURALEZA DE LAS DECISIONES DE LA FNE Y RÉGIMEN JURÍDICO A QUE ESTÁN SUJETAS. ROL Y ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Misión institucional de la FNE: ejercicio de potestades de policía u ordenadora en materia de libre competencia, bien jurídico integrante del orden público económico protegido por la Constitución*
  - a) *Breves consideraciones sobre que el principio de legalidad o juridicidad permite comprender las finalidades que cada órgano de la Administración está llamado a cumplir*
  - b) *Potestades que detenta la FNE*
  - c) *Discrecionalidad que le otorga el legislador al Fiscal Nacional Económico de instruir o no una investigación, o de archivar una en curso*
2. *TDLC: órgano jurisdiccional con facultades sancionatorias o correctivas, y que también conoce asuntos de carácter no contencioso*

#### II. CAMBIO DE CRITERIO DE LA FNE: DECIDIÓ INICIAR UNA INVESTIGACIÓN RESPECTO DE HECHOS IDÉNTICOS A UNA DENUNCIA ANTERIOR, LA QUE SE ARCHIVÓ SIN INICIAR UN PROCESO INVESTIGATIVO.

1. *Sobre la naturaleza de la actuación de la FNE, en cuanto archiva una denuncia, y en cuanto decide iniciar o archivar una investigación*
2. *La posibilidad jurídica de cambiar los criterios: archivar una denuncia sobre determinados hechos y posteriormente iniciar una investigación a su respecto*
3. *Relación de este cambio de criterio con la revocación de los actos administrativos (regulada en el art. 61 LBPA). Configuración o no de esa hipótesis*
4. *Relación de este cambio de criterio con la protección de la confianza legítima. Configuración o no de esa hipótesis*
5. *Efectos de ese cambio de criterio en la responsabilidad de un agente económico, sea que se considere bajo el ámbito de la confianza legítima o no.*
6. *El tema de la retroactividad*

#### III. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR LA FNE

1. *¿Qué naturaleza tienen los actos de la FNE en el ámbito de las investigaciones para comprobar ilícitos anticompetitivos que desarrolla?*
2. *En particular; ¿la decisión de archivo de una investigación tiene el carácter de precedente administrativo?*
3. *¿Qué efectos genera en un agente económico la decisión de archivo de la FNE en la que descartó que su comportamiento configurase un ilícito anticompetitivo?*
4. *¿Qué efectos genera tal decisión de archivo en agentes económicos que se encuentran en la misma situación que aquel que fue previamente investigado?*
5. *¿Una decisión de archivo impide a la FNE abocarse a los mismos hechos? ¿Es aquello compatible con la obligación de la FNE de resguardar la competencia en los mercados?*
6. *¿Una decisión de archivo impide que el TDLC ejerza sus funciones y resguarde la libre competencia?*

## INTRODUCCIÓN

La Fiscalía Nacional Económica (= FNE), me ha solicitado informar en Derecho sobre el alcance o efectos para el futuro de las decisiones anteriores de ese Servicio teniendo en consideración, *por una parte*, su calidad de órgano administrativo persecutor en materia de libre competencia, dotado de potestades discrecionales en materia de vigilancia de la libre competencia, como, *por otra parte*, el necesario respeto de los derechos subjetivos de los agentes económicos al emitir sus decisiones.

En concreto, se me solicita analizar los efectos que produce para el futuro una resolución anterior de dicho órgano a través de la cual decidió archivar una denuncia, respecto de la conducta de un agente económico, por no identificar en esa oportunidad hechos o actos que sirvieran de base para iniciar una investigación; y la posibilidad de que posteriormente tal órgano persecutor, al apercibirse de que tal conducta podría constituir un ilícito anticompetitivo, inicie una investigación sobre esa misma conducta tanto respecto del mismo agente del caso anterior como de otros que la estarían replicando, interponiendo eventualmente un requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (= TDLC). Queda así en evidencia un *cambio de criterio* por el órgano persecutor, en cumplimiento de su deber de respetar el principio de legalidad y de resguardar la libre competencia, dado que ante una misma conducta y de un mismo agente económico (sin perjuicio de otros agentes económicos que ahora son investigados por esa conducta) se decidió archivar una denuncia anterior, y ahora se decide abrir y proseguir con una investigación.

Particularmente, se me solicita analizar si, en el caso concreto que describo, la FNE incurre en algún vicio, en el sentido que emitir la nueva resolución en que decida tal cambio de criterio importe, por una parte, una ilegalidad o arbitrariedad, o una afectación a los derechos subjetivos de los administrados sujetos tanto a la anterior como a la nueva investigación al presentar ahora una acusación por conductas anticompetitivas ante el TDLC en contra de tres agentes económicos, a pesar de que en el caso anterior obró en sentido contrario y archivó los antecedentes.

En síntesis:

(i) en el caso de la *resolución anterior*, un agente económico fue objeto de una denuncia respecto del cobro de una tarifa, decidiendo la FNE, en el contexto del artículo 41 del DL 211, el archivo de tal denuncia, dado que en aquella oportunidad se estimó que no era posible identificar hechos o actos constitutivos de un ilícito anticompetitivo y que, por lo tanto, requiriesen realizar diligencias adicionales.

(ii) pero, en el *caso actual*, la FNE recibió otra denuncia, en contra del mismo agente y de una segunda empresa, por haber ejecutado la misma conducta objeto de la primera denuncia; además, se constató que un tercer agente económico estaba ejecutando una conducta similar. Dado aquello, y considerando los antecedentes que se recabaron en fase de admisibilidad, la FNE decidió abrir un nuevo proceso investigativo, constatando ahora (lo que no se constató en el expediente anterior) que la conducta del agente económico del primer caso y de las otras dos empresas constituirían ilícitos anticompetitivos.

De aquello fluye, entonces, que la *decisión anterior* de la FNE de no iniciar una investigación debía ser contradicha en una *nueva decisión* de la propia FNE, en que, con mejor luz, se apercibió el órgano administrativo de la necesidad de cumplir su cometido de investigar tales conductas.

Atendido a que tal actitud de la FNE implica un cambio de criterio (o, como se podría llegar a decir, en la *praxis* siguiendo algunos criterios doctrinales y jurisprudenciales, que con ello la FNE se estaría separando de un *precedente administrativo*), se me solicita pronunciarme sobre la legitimidad jurídica de que la FNE, en una *nueva resolución*, decida de un modo diverso a lo decidido en la *anterior* resolución de archivo. Se me pide, además, para el caso afirmativo, que especifique las condiciones que deben concurrir en la adopción de una nueva decisión por parte de la FNE para cumplir así con la juridicidad.

En relación a este asunto se me han formulado las siguientes seis preguntas concretas:

1. ¿Qué naturaleza tienen los actos de la FNE en el ámbito de las investigaciones para comprobar ilícitos anticompetitivos que desarrolla?
2. En particular, ¿la decisión de archivo de una investigación tiene el carácter de precedente administrativo?
3. ¿Qué efectos genera en un agente económico la decisión de archivo de la FNE en la que descartó que su comportamiento configurase un ilícito anticompetitivo?
4. ¿Qué efectos genera tal decisión de archivo en agentes económicos que se encuentran en la misma situación que aquel que fue previamente investigado?
5. ¿Una decisión de archivo impide a la FNE abocarse a los mismos hechos? ¿Es aquello compatible con la obligación de la FNE de resguardar la competencia en los mercados?
6. ¿Una decisión de archivo impide que el TDLC ejerza sus funciones y resguarde la libre competencia?

A todas estas preguntas contesto al final.

Previo a ello, en primer lugar, expongo los antecedentes del caso concreto; en seguida me aboco al análisis jurídico de fondo, en dos párrafos: en el primero me refiero a los cambios de criterio de las decisiones discrecionales de la Administración, en torno a lo cual se ha desarrollado doctrinaria y jurisprudencialmente la figura de los *precedentes administrativos* y, en el segundo, a los posibles efectos de esa doctrina en el caso descrito, el que trata del ejercicio de una potestad persecutoria, discrecional y meramente investigativa de la FNE, y las condiciones que debe reunir una decisión de iniciar una investigación de un ilícito competitivo para el caso de que en una decisión anterior se haya resuelto lo contrario.

Para la emisión del presente Informe, tuve acceso a la minuta de archivo de la División Antimonopolios en el expediente Rol N° 2589-19 FNE, la resolución motivada del Fiscal Nacional Económico en la que decide no iniciar una investigación y archivar los antecedentes en tal expediente, la resolución de inicio de la investigación en el expediente Rol N° 2645-21 FNE, y la información verbal de que las empresas, a la luz de los antecedentes actuales y en apreciación del ente persecutor, podrían haber incurrido en una conducta anticompetitiva.

## ANTECEDENTES DEL CASO CONCRETO

La FNE recibió dos denuncias, en 2019 y 2020, respecto de similares hechos, las que tuvieron un diferente tratamiento, como paso a exponer.

### **I. PRIMERA DENUNCIA DE 2019, ARCHIVADA EN ETAPA DE ADMISIBILIDAD, RESPECTO DE TERMINAL PACÍFICO SUR VALPARAÍSO S.A.**

Con fecha 3 de octubre de 2019, la FNE recibió la primera denuncia sobre la incorporación de nueva tarifa por parte de Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A. (TPSV) por concepto de “seguridad a la carga”. Se denuncia, en síntesis, que esa nueva tarifa constituiría un cobro que no es optativo, al haber sido registrado como un servicio portuario básico, y que aquel no sería cobrado a las navieras o armadores, sino que a importadores y exportadores, respecto de los cuales TPSV tendría una posición dominante.

Para efectos de decidir abrir una investigación o desestimar la denuncia, de conformidad con el artículo 41 del DL 211, la FNE realizó algunas diligencias. Con fecha 3 de marzo de 2020, el Jefe de la División Antimonopolios de la FNE evacuó una minuta, en la cual recomendó al Fiscal Nacional Económico el archivo de los antecedentes sin iniciar una investigación, indicando en ella y sus anexos los motivos para tal recomendación.

Mediante Resolución de fecha 16 de marzo de 2020, el Fiscal Nacional Económico decide no iniciar una investigación y archivar los antecedentes, dado que estimó “*que no es posible identificar hechos o actos que requieran realizar diligencias adicionales*” (considerando 8). Se hizo presente en tal resolución que la aparición de nuevos antecedentes podría ameritar la apertura de una investigación.

### **II. SEGUNDA DENUNCIA DE 2020, QUE GENERÓ LA APERTURA DE UNA INVESTIGACIÓN, RESPECTO DE TERMINAL PACÍFICO SUR VALPARAÍSO S.A., SAN ANTONIO TERMINAL INTERNACIONAL S.A. Y DP WORLD SAN ANTONIO S.A.**

En noviembre de 2020, la FNE vuelve a recibir una denuncia por los mismos hechos, esta vez respecto de TPSV y San Antonio Terminal Internacional S.A. (STI), pues ambas estarían incorporando la tarifa por concepto de “seguridad a la carga”. La FNE identificó también, durante la etapa de admisibilidad del artículo 41 del DL 211, que DP World San Antonio S.A. (DWSA) había comenzado a implementar tal tarifa.

Con fecha 17 de marzo de 2021, y después de efectuar nuevas diligencias a propósito de la etapa de admisibilidad del artículo 41 del DL 211, el Fiscal Nacional Económico decidió instruir una investigación de conformidad con el artículo 39 letra a) del mismo cuerpo legal, entre otras razones, porque los hechos podrían “*dar cuenta de prácticas que estarían disminuyendo la intensidad competitiva de los mercados en donde incide esta tarifa, que podrían ser contrarias al DL 211*” y porque resultaba “*necesario analizar los hechos descritos y recabar mayores antecedentes*” resolución de inicio de investigación que fue notificada a las investigadas. Tal investigación se lleva bajo el Rol N° 2645-21 FNE. Como

se observa, esta investigación abarca también aquellos hechos que fueron objeto de la primera denuncia, la que fue archivada finalmente por la FNE sin iniciar investigación.

Conforme al estudio y análisis de los antecedentes recabados en esta investigación, la FNE adquiere la convicción de que TPSV, STI, DWSA habrían ejecutado, cada una, un abuso de posición dominante.

### III. RESUMEN DE LOS HECHOS: DOS RESULTADOS DISTINTOS

Como se observa, la FNE adoptó criterios distintos al estudiar y analizar ambas denuncias. En efecto, respecto de la primera denuncia, se decidió no iniciar una investigación y archivar los antecedentes; mientras que, respecto de la segunda denuncia, se decidió iniciar una investigación, adquiriéndose la convicción de que existiría una conducta que es anticompetitiva y que se debe perseguir.

Este Informe, entonces, se emite teniendo a la vista los siguientes hechos básicos:

1° La FNE ha dispuesto la apertura de una investigación respecto de hechos (la conducta de agentes económicos) que considera constitutivos de ilícitos anticompetitivos, a pesar de que, con anterioridad, fueron parte de una denuncia que no prosperó, dado que decidió en esa oportunidad no iniciar un proceso investigativo.

2° La FNE, ante esos hechos, ha adquirido la convicción para formalizar una de sus atribuciones persecutorias.

3° Existe un *cambio de criterio* entre la primera decisión (de archivo de los antecedentes) y la nueva decisión (de abrir la investigación) ante unos *mismos o idénticos hechos o conductas* -aunque ejecutados ahora también por otras dos empresas-.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Al revisar los hechos sobre que recae este Informe existe entonces *un cambio de criterio* en el ejercicio de las potestades discrecionales de un órgano administrativo, por lo que cabe revisar tal situación ante el derecho vigente y así dar respuesta a las preguntas que se me han formulado. Analizo, en un primer capítulo, el llamado *precedente administrativo*, para luego, en un segundo capítulo, revisar el régimen del cambio de criterio de las decisiones administrativas. Finalmente, en un tercer capítulo abordo su aplicación en el caso concreto objeto de este informe.

### § 1. EL LLAMADO *PRECEDENTE ADMINISTRATIVO*: SU ORIGEN DOCTRINARIO Y APARENTE ACOGIDA JURISPRUDENCIAL

Reviso de partida el desarrollo doctrinario que se ha realizado entre nosotros ante los cambios de criterio de las decisiones de la Administración, los cuales se suelen analizar ya no en medio de la regulación de las decisiones discrecionales sino como un *precedente administrativo*, siguiendo en esto una tendencia de la doctrina española. Reviso también el desarrollo jurisprudencial de la hipótesis de los cambios de criterio en las decisiones de los órganos administrativos, en que, de un modo más práctico, dicha jurisprudencia suele verificar caso a caso las condiciones en que se realizan esos cambios de criterio para, en su caso, declararlos apegados o no a la juridicidad, sin prohibirlos *per se*.

Se suele decir que el *precedente administrativo* es aquel que está contenido en decisiones anteriores del mismo órgano, el que puede ser invocado por el administrado ante ese mismo órgano a fin de que este, en una nueva actuación formal que despliegue y que tenga relación con ese administrado que invoca esa actuación pasada (ya sea ante una autorización, concesión, sanción, fomento, etc.), atienda o considere y siga la actuación formal suya anterior. Se suele decir que la Administración debe seguir sus decisiones anteriores (esto es, sus *precedentes*), pues de otro modo podría afectar la igualdad de las personas, actuar con arbitrariedad, de mala fe y sin coherencia, dado que el ordenamiento jurídico reconoce que la autoridad no puede traspasar esos límites y eso podrá ser objeto de tutela judicial.

Entonces, se suelen invocar tales precedentes para mantener los criterios anteriores de la Administración. Veamos qué establece la legislación, la propuesta doctrinaria y el desarrollo jurisprudencial.

#### I. EL LLAMADO *PRECEDENTE ADMINISTRATIVO* NO ESTÁ REGULADO

A esta figura del *precedente administrativo* se la suele caracterizar, entre nosotros, por los autores que cito más adelante, como una “doctrina”, como origen de una “obligación de la Administración”, como un “principio”, o definir como un “cúmulo de prácticas

administrativas coherentes y consistentes”. Sin embargo, es ostensible que no existe un reconocimiento normativo de tal figura ni tampoco una prohibición legal de los cambios de criterio por parte de los órganos administrativos, en especial cuando se trata de decisiones anteriores de tales órganos que se contraponen a los fines que, en virtud del principio de legalidad, deben cumplir. En efecto, no existe una disposición legal que reconozca, defina y haga imperativa la aplicación de la figura de los *precedentes administrativos*, por lo que es posible señalar que no tiene relevancia o interés jurídico esa figura como tal, sino por sus consecuencias en otros valores jurídicos reconocidos en la regulación o en los principios generales del derecho.

Cabe señalar que en el Derecho comparado hay casos en que existe una relevancia jurídica de los precedentes administrativos, como el caso del Derecho español que cabe traer a colación, pues la legislación y doctrina españolas han tenido influencia en nuestra tradición y regulación jurídica<sup>1</sup>. En efecto, en el artículo 54.1 letra c) de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley N° 30, de 26 de noviembre de 1992 y que fue publicada en 1993) de España, se reconoce al precedente administrativo en el siguiente sentido:

“Artículo 54. Motivación. 1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho:

c) Los que se separen del criterio seguido en **actuaciones precedentes** o del dictamen de órganos consultivos”.

De ahí que en el Derecho español, entonces, dado este reconocimiento legal, su jurisprudencia y doctrina han desarrollado, con esa denominación o *nomen iuris* preciso, el precedente administrativo en medio de las reglas que obligan a la Administración a motivar sus decisiones, dado que a la autoridad se le impone el deber de motivar aquellas que cambian un criterio anteriormente adoptado, ya sea en un acto administrativo (ejercicio del poder o de autoridad activa) o en los actos normativos y jurisdiccionales que realizan interpretaciones vinculantes para otros órganos de la Administración y los derechos subjetivos públicos de los particulares.

En Chile, como sabemos, no existe una norma legal expresa en ese sentido. No obstante, la doctrina ha desarrollado la figura de los precedentes y la vincula a los principios generales del derecho y al deber que tiene la Administración de motivar sus actos y obrar con igualdad ante los administrados en el ejercicio de sus potestades, lo que reviso a continuación.

## II. TRATAMIENTO DOCTRINARIO DEL *PRECEDENTE ADMINISTRATIVO*

Entre nosotros, en la doctrina del Derecho administrativo nacional se ha recogido, con esa denominación, la figura del precedente administrativo, siguiendo una nomenclatura de la doctrina española. Así:

### 1. *La doctrina española*

---

<sup>1</sup> Entre otros: PANTOJA BAUZÁ, Rolando (2012): “La doctrina chilena en Derecho administrativo y su contexto jurídico político”, en: PANTOJA BAUZA, Rolando (2012): *Derecho Administrativo. 150 años de doctrina*. (Ed. Jurídica de Chile, Santiago), pp. 57-156.

Cabe citar a la doctrina española que ha prestado atención a la figura del precedente administrativo, más que la chilena, dado el reconocimiento legal de esta figura en ese país.

(i) Ortiz Díaz (1957) señala que el precedente es algo distinto a la costumbre, a las prácticas administrativas y a la jurisprudencia administrativa. Además, da cuenta que es posible su concurrencia en la potestad reglada, al interpretar de manera distinta una norma<sup>2</sup>. Este autor indica que el precedente administrativo opera en el ejercicio de las potestades discrecionales, basado en el principio de igualdad, e inclusive señala que: “El precedente actúa en la aplicación del principio de igualdad en el tiempo”<sup>3</sup>. El autor define al precedente administrativo de la siguiente forma:

“La norma de derecho objetivo inducida de dos decisiones al menos de la administración activa, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, vinculante para el administrador ante supuestos idénticos, excepto los casos en que por razones de oportunidad y conveniencia derivadas de la valoración del interés público exige trato de desigualdad de los administrados ante la Administración.”<sup>4</sup>.

(ii) Para Díez-Picazo (1982), se suele comprender por precedente: “aquella actuación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares”<sup>5</sup>. Para ese autor, el fundamento vinculante del precedente administrativo se sostiene “en el principio de igualdad ante la ley”, como otros complementarios que son “la seguridad jurídica, la buena fe, la interdicción a la arbitrariedad.”. Además, justifica que el precedente administrativo es: “imprescindible para controlar la discrecionalidad de la Administración”<sup>6</sup>.

Agrega este mismo autor que los requisitos del carácter vinculante del precedente administrativo son:

“(i) no debe existir una identidad subjetiva de quien alega o lo invoca, sino sólo respecto de la Administración a la que se invoca; (ii) debe existir una identidad objetiva del objeto, causa y en la forma de las actuaciones de la Administración del Estado que se comparan; (iii) todo cambio de criterio debe motivarse por la Autoridad y en función del interés público al que debe asistir; (iv) no se pueden utilizar los precedentes ilegales; y, (v) que el control jurisdiccional siempre atienda a la identidad objetiva”<sup>7</sup>.

Cabe destacar que este autor expone que el precedente administrativo aplicado ante actuaciones de policía o de gravamen tiene algunos límites, entre ellos que “el administrado no puede alegar que en otra ocasión similar la Administración no reprimió, porque opera en este punto el requisito negativo de la ilegalidad del precedente”<sup>8</sup>. El mismo autor culmina concluyendo que la doctrina del precedente es:

“...un instrumento técnico al servicio de los mencionados principios generales del Derecho. Es un medio para detectar si la Administración ha violado estos principios, así como para determinar

<sup>2</sup> ORTIZ DÍAZ, José (1957): El precedente Administrativo. *Revista de Administración Pública* (Nº 24), pp. 75 a 86.

<sup>3</sup> ORTIZ DÍAZ, José (1957): pp. 94-101.

<sup>4</sup> ORTIZ DÍAZ, José (1957): pp. 101-102.

<sup>5</sup> DIEZ-PICAZO, Luis M. (1982): "La Doctrina del precedente administrativo", en *Revista de Administración Pública* (Nº 98, mayo - agosto), p. 7.

<sup>6</sup> DIEZ-PICAZO, Luis M. (1982): pp. 9 y 10.

<sup>7</sup> DIEZ-PICAZO, Luis M. (1982): pp. 18 a 27.

<sup>8</sup> DIEZ-PICAZO, Luis M. (1982): p 31.

cuándo puede apartarse de ellos legítimamente. En consecuencia, creo que hay que insertar la doctrina del precedente administrativo dentro de lo que E. García de Enterría y T.R. Fernández denominan el control de la discrecionalidad de la Administración a través de los principios generales del Derecho.”

(iii) Díez Sastre (2008) ha sido quien más se ha extendido sobre el punto, indicando con mucha lucidez que hay una diferencia entre la ciega rutina y el hábito progresivo en el actuar de la Administración. Por ciega rutina expone que “supone la activación de un comportamiento automatizado”; mientras que por hábito progresivo comprende que “exige suficiente atención consciente para impedir que la respuesta se torne en rutina cuando el cambio de circunstancias la haga inapropiada”<sup>9</sup>. Luego de ello, la autora informa que, conforme a la eficiencia, coordinación, planificación y la aplicación racional habitual de criterios anteriores (precedentes) se espera que la actividad de la Administración del Estado logre “un sano equilibrio entre el automatismo del comportamiento y la apreciación de las circunstancias del caso concreto, para así satisfacer las exigencias derivadas de la incardinación de la Administración en el Estado Social de Derecho”<sup>10</sup>. De ahí que esta autora expone que el precedente, independiente que le atribuyan o no fuerza vinculante, es un argumento jurídico ligado a: i) los principios generales del derecho, entre los que destaca la igualdad; ii) es de gran utilidad para la aplicación del principio de protección a la confianza legítima; y, iii) permite controlar la arbitrariedad de la Administración o la desviación de fin, con la motivación que se debe realizar frente a un cambio de criterio en el subsecuente<sup>11</sup>.

Además, esta autora entrega un concepto de precedente administrativo: “el supuesto ya resuelto anteriormente en un caso similar”, y agrega que “es una actuación pasada, que tuvo lugar en el marco de una relación jurídica previa terminada que es capaz de producir efectos jurídicos, en virtud de los principios generales del Derecho”<sup>12</sup>.

Finalmente, la autora expone que los requisitos para su concurrencia son:

“(i) identidad entre los supuestos de hechos; (ii) identidad subjetiva del órgano administrativo; (iii) el sujeto que sea afectado por el precedente, debe ser distinto al sujeto que se afectará por el subsecuente; (iv) la existencia de una línea uniforme de actuaciones formales de la Administración; (v) podrá considerarse precedente una acción u omisión; (vi) su aplicación exclusiva a los ámbitos discrecionales; (vii) la existencia de una sanción judicial previa sobre el precedente invocado; (viii) debe ser probada su invocación; y, (ix) una actuación consiguiente a la que se invoca el precedente”<sup>13</sup>.

Cabe destacar que esta autora expone que la Administración en el ejercicio de sus potestades dispone de un margen de discrecionalidad otorgado por el legislador<sup>14</sup>. Por ello, el precedente administrativo para el ejercicio de potestades de gravámenes debe ser aplicado de manera reflexiva y racional atendiendo el caso concreto, para alcanzar una solución diferenciada o a la par de los precedentes; pero, por cierto, del mérito de los hechos, que permiten determinar la identidad objetiva (objeto, causa y fin) del caso.

<sup>9</sup> Díez SASTRE, Silvia (2008): *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante* (Ed. Marcial Pons, Madrid), p. 40.

<sup>10</sup> Díez SASTRE, Silvia (2008): pp. 44 a 46.

<sup>11</sup> Díez SASTRE, Silvia (2008) pp. 62 a 66.

<sup>12</sup> Díez SASTRE, Silvia (2008) p 239.

<sup>13</sup> Díez SASTRE, Silvia (2008) pp. 248 a 261.

<sup>14</sup> Díez SASTRE, Silvia (2008) pp. 248 a 261.

(iv) Entremedio, cabe referirse a la referencia que realizan García de Enterría y Fernández (en las sucesivas ediciones de su reconocido Manual; cito según su edición de 2011)<sup>15</sup>, para quienes los *llamados* precedentes (así lo recalcan) no tienen valor normativo estricto sino “cierto valor vinculante” en el sentido de que en *ciertos casos* apartarse de ellos puede llegar a significar “un trato discriminatorio, de una falta de buena fe, de una actitud arbitraria”, citando al efecto algunos desarrollos jurisprudenciales en esa línea.

## 2. En la doctrina nacional

Cierta doctrina chilena ha seguido esa doctrina española, incluso injertando entre nosotros la terminología *precedente administrativo*, sin que sea este un *nomen iuris* (esto es, elegido por el legislador o por una tradición), siendo más propia del análisis de la conducta jurisprudencial. Así:

(i) Soto Kloss (1999) aboga por la obligatoriedad del *precedente administrativo*, si bien aclara que ello es en la medida que sean conforme a derecho ya que solamente en esa medida es válido e impera<sup>16</sup>.

(ii) Céspedes (2001) postula que los *precedentes administrativos* son obligatorios: tendrían fuerza vinculante, se trataría de “derecho preexistente”<sup>17</sup>.

(iii) Bermúdez (2011) define al *precedente administrativo* como el cúmulo de prácticas administrativas coherentes y cohesionadas, cuya alteración unilateral por la autoridad podrá conducir a una afectación al principio de confianza legítima. Ello, en el siguiente sentido:

“Caso distinto es el de la práctica administrativa, consistente en el conjunto de actos sucesivos y reiterados en el mismo sentido, la cual constituye un verdadero precedente administrativo. Evidentemente, la vigencia del principio de legalidad no aceptará en ningún caso la vigencia de un precedente *contra legem*; sin embargo, es posible otorgarle otros efectos. En particular, el precedente administrativo puede ser indicativo de una forma de actuación de la Administración Pública que provoca un convencimiento del particular en que esa actuación se mantendrá de forma constante, mientras se conserven las condiciones jurídicas y políticas que llevan esa forma de actuación. En tal sentido una alteración unilateral del precedente puede conducir a una afectación del principio de confianza legítima, el cual es, desde luego, digno de protección por parte del ordenamiento jurídico administrativo.”<sup>18</sup>

(iv) Cordero Vega (2015) estima que el *precedente administrativo* es la reiteración de la aplicación de una potestad por parte de la Administración, que puede ser exigida por los administrados frente a un caso similar en que se relaciona con la Autoridad y que es utilizado en el control de la discrecionalidad, fundada en los principios de igualdad; a saber:

“El precedente administrativo es la forma reiterada de aplicar una norma por la Administración. Es el supuesto ya resuelto anteriormente en un caso similar. Se contrapone al consiguiente, que es la resolución que realiza la Administración con posterioridad. Para que pueda tener relevancia

<sup>15</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ TORRES, Tomás Ramón (2011), *Curso de Derecho administrativo*. Madrid: Civitas, T. I, pp. 82-84.

<sup>16</sup> SOTO KLOSS, Eduardo (1999): Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa del Estado. *Revista Chilena de Derecho*, vol.26 N°2, pp.399-403.

<sup>17</sup> CÉSPEDES PROTO, Rodrigo (2001): La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa. *Revista Chilena de Derecho*, vol.28 N°1, pp.149-159.

<sup>18</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011): *Derecho administrativo general* (Ed. Legal Publishing Chile, Santiago, 2° Ed.), p. 102.

jurídica, debe tener algún grado de fuerza vinculante, es decir que aquella actuación pasada de la Administración condicione sus actuaciones presentes exigiéndole un contenido similar para casos similares. La doctrina del precedente constituye un control de la discrecionalidad, pues a través de ella la Administración se autolimita en un determinado sentido, pues se le exige cierta uniformidad en sus criterios y actuaciones, utilizando como título de justificación la aplicación del principio de igualdad como medio de control de medidas arbitrarias...”<sup>19</sup>

(v) Cordero Quinzacara (2023) realiza un desarrollo mayor sobre el asunto. Este autor señala que no existe reconocimiento expreso y legal en nuestro ordenamiento jurídico a la que denomina en un primer momento “*doctrina del precedente administrativo*”. Dota de mucha importancia esa doctrina, dado que a su juicio permite que: “... la autoridad ejerza sus potestades de un modo más o menos uniforme, sobre todo si los supuestos de hecho son análogos”, ya que eso se justifica y fundamenta en: “los principios de igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima y proporcionalidad que rige el actuar de los poderes públicos”<sup>20</sup>.

A pesar de la falta de reconocimiento legal de la figura que describe este autor, indica que sí habría un reconocimiento del cúmulo de prácticas administrativas coherentes y cohesionadas que versan sobre una misma situación de hecho y en el que se están desplegando las mismas potestades por la Administración del Estado; a saber:

“... si bien en nuestro ordenamiento jurídico el precedente administrativo carece de valor normativo, mediante la aplicación de la norma en casos particulares, la autoridad va condicionando su actuación posterior a través de la práctica reiterada de ciertas decisiones establecidas conforme a determinados criterios. En dicho contexto, la autoridad tendrá que revisar la coherencia sostenida en casos más o menos similares, sea que se trate del mismo sector o un ámbito de referencia similar, procurando adoptar su decisión en base a criterios más o menos asentados (semejanza entre un caso resuelto y el que debe resolver).”<sup>21</sup>

Califica igualmente a los precedentes como “*principios*”.

Por lo anterior, el mismo autor sostiene que el *precedente administrativo* es, desde el punto de vista de la Administración, “un límite de la actividad” y, entonces, cuando modifique sus criterios “deberá justificar y motivar el cambio”; y, desde el punto de vista del ciudadano, se “erige como un principio conforme al cual el particular puede requerir un trato igualitario y equivalente ante situaciones jurídicas en las cuales exista una identidad objetiva, total o parcial, lo cual puede ser perfectamente complementado por los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima”<sup>22</sup>. Señala este autor, siguiendo a la jurisprudencia, que la variación en el precedente administrativo procede, pero sujeto a dos límites: i) no puede producir efectos retroactivos; y, ii) que se debe motivar<sup>23</sup>.

### III. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL NACIONAL DE LOS CAMBIOS DE CRITERIO DE LA ADMINISTRACIÓN

<sup>19</sup> CORDERO VEGA, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo* (Ed. Legal Publishing Chile, Santiago), p. 169.

<sup>20</sup> CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2023): *Derecho Administrativo* (Ed. Libromar, Santiago), p. 372.

<sup>21</sup> CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2023): p. 373.

<sup>22</sup> CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2023): p. 373.

<sup>23</sup> CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2023): p. 374.

La Corte Suprema ha conocido en su jurisprudencia diversos casos relativos al cambio de criterio de órganos de la Administración, lo que se refiere a una hipótesis de hecho similar a lo que la doctrina tanto española como la doctrina chilena, siguiendo a la anterior, denominan *precedente administrativo*.

En efecto, la Corte Suprema ha conocido casos en que los administrados reclaman por el cambio de criterio en que pudo haber incurrido un órgano de la administración<sup>24</sup>, pero cabe señalar que, en todos ellos, la jurisprudencia no ha cuestionado el cambio de criterio en sí mismo (de lo cual se colige que lo considera legítimo, dentro del margen de discrecionalidad del órgano administrativo, sin que le atribuya algún valor de fuente del derecho, esto es, o norma o principio a tales precedentes) sino que el cuestionamiento usual que se observa es más bien formal; en efecto, lo que las sentencias respectivas cuestionan usualmente es que el cambio de criterio anterior se realiza incurriendo en una falta de motivación del acto administrativo, lo que está exigido en los artículos 11 inc. 2 y 41 inc. 4° *ab initio* LBPA (así, en el caso *Opko con González*, 2020 y otros del listado de la nota al pie). A lo cual se suele agregar por la Corte Suprema la necesidad de la audiencia previa (así, en el caso *Escobar con Comisión*, 2020) y la prohibición del efecto retroactivo (así, en el caso *AesGener con Municipalidad*, 2017).

Desarrollo jurisprudencial este que es perfectamente coherente con las condiciones que el legislador establece como perentorias para otras hipótesis de revisión de los actos administrativos por parte de la Administración (como la invalidación y la revocación), como señalo más abajo. De ahí que cabe señalar que es solo *aparente* el acogimiento de la figura del precedente administrativo por parte de la jurisprudencia, como se suele sugerir por algunos autores nacionales, sin que exista un reconocimiento del carácter de fuente del derecho de esos precedentes o de su supuesta fuerza obligatoria.

---

<sup>24</sup> Véase los casos: *Wulf Hitcher Javier Adolfo y Cía. Ltda.* (2008): Corte Suprema, 9 abril 2008 (Rol N.º 114-2008); *Pérez con Banco Santander Chile* (2016): Corte Suprema, 27 diciembre 2016 (Rol N.º 97.923-2016); *Ortiz Mella, Wara con Municipalidad de Santa Cruz* (2016): Corte Suprema, 29 diciembre 2016 (Rol N.º 55.119-2016); *Aes Gener S.A. Contra Ilustre Municipalidad de Tocopilla* (2017): Corte Suprema, 21 septiembre 2017 (Rol N.º 7.025-2017); *Grez con Municipalidad de Concón* (2018): Corte Suprema, 31 julio 2018 (Rol N.º 8.631-2018); *Aguayo Méndez Jacinto y otros con Fisco de Chile* (2018): Corte Suprema, 10 septiembre 2018 (Rol N.º 12.207-2018); *Servicio Nacional del Consumidor con BBVA Banco Bilbao V* (2018): Corte Suprema, 29 noviembre 2018 (Rol N.º 100.759-2016); *Aldo Francesco Ventura Reginatto por Bar pub discoteque seriatutix Ltda. con Municipalidad de Villa Alemana* (2018): Corte Suprema, 18 diciembre 2018 (Rol N.º 16.366-2018); *Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana con Morales* (2019): Corte Suprema, 22 julio 2019 (Rol N.º 2.784-2019); *González con Contraloría General de la República* (2019): Corte Suprema, 24 julio 2019 (Rol N.º 8.755-2019); *Mamani con Gutiérrez* (2019): Corte Suprema, 14 agosto 2019 (Rol N.º 14.178-2019); *Sindicato de trabajadores independientes con Club de Deportes Antofagasta SADP* (2019): Corte Suprema, 27 septiembre 2019 (Rol N.º 19.686-2019); *Opko Chile S.A. con González* (2020): Corte Suprema, 29 enero 2020 (Rol N.º 19.182-2019); *Escobar con Comisión Administradora del Sistema de Créditos para Estudios Superiores* (2020): Corte Suprema, 3 febrero 2020 (Rol N.º 22.337-2019); entre otros. No incluyo en este listado aquellos casos en que la CS se ha pronunciado sobre cambios de criterio de la Contraloría General de la República, en el ejercicio de su actividad dictaminadora en que tal órgano emite una *jurisprudencia*, por la diferencia de naturaleza entre la actividad dictaminadora de la CGR, de frente a la emisión de un acto administrativo, como es el caso en análisis.

#### IV. LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS ANTERIORES, ANTE CASOS IDÉNTICOS, COMO *PRECEDENTES*. ANÁLISIS CRÍTICO A UN CRITERIO DOCTRINARIO

Como se señaló, alguna persistente doctrina ha venido a analizar esta cuestión de los cambios de criterio bajo el prisma del *precedente administrativo*, llegando a sugerir que las decisiones anteriores de los órganos administrativos tienen un carácter “obligatorio” (Soto Kloss, 1999: 399), “fuerza vinculante” (Céspedes, 2001: 149) o de “principio” (Cordero Q., 2023: 373), aunque en todos los casos con un ánimo que, por una parte, podemos considerar dirigido a la defensa del deber de coherencia o de uniformidad de las decisiones de la Administración, o de otros valores contenidos en leyes y principios generales del derecho; pero cabe ser analizado con más profundidad, como lo hago más adelante.

Esa doctrina, en todo caso, junto con aceptar esta terminología y ese valor de fuente o su vinculatoriedad, suele establecer una serie de casos en que el *precedente administrativo* no sería aplicable, por ejemplo, en el caso en que las decisiones anteriores sean ilegales (así, Soto Kloss, 1999: 403; también Cordero, 2023: 372, pero siguiendo doctrina española).

Pero, el mejor espejo para el análisis de la legitimidad de las nuevas decisiones de los órganos administrativos, en relación con sus anteriores decisiones, es su juridicidad, esto es, el apego al derecho escrito y a los principios generales del derecho, y no hay base alguna para *importar* de manera acrítica aquella figura del *precedente administrativo* a nuestro análisis dogmático nacional, instando por transformar a las decisiones anteriores en obligatorias, o vinculantes o en fuentes del derecho (principios) por el hecho mismo de haber sido emitidas por un órgano administrativo, cuando lo relevante siempre será el apego a la juridicidad de tales decisiones. Lo anterior es acuciante cuando se constata, con mejores antecedentes, que la decisión anterior no se adecua totalmente a la juridicidad.

Así, para efectuar el análisis dogmático de aquellos casos en que un órgano administrativo cambie de criterio no es necesario incorporar una regla inexistente (la supuesta obligatoriedad o vinculatoriedad o entidad de fuente del derecho de las decisiones anteriores: los llamados *precedentes administrativos*, que equivale a sostener que, en principio, existiría una suerte de prohibición por parte de los órganos administrativos a cambiar sus criterios). Más bien, los cambios de criterio o decisión son perfectamente admisibles, dado que las decisiones anteriores no son vinculantes ni tienen fuerza obligatoria ni son fuentes, sólo que caben algunos resguardos que la propia jurisprudencia, aplicando las reglas existentes respecto del ejercicio de la discrecionalidad, ha reconocido (las que permiten la revisión de los actos administrativos, lo que equivale a decir, que permiten los cambios de criterio). Así, esa jurisprudencia, correctamente, exige que esos cambios de criterio se realicen a través de resoluciones que incorporen fundamentos o la motivación de manera reforzada, audiencia previa y ausencia de retroactividad. Por lo tanto, no es observable ni en la regulación vigente del ejercicio de las potestades administrativas (Constitución, LOCBGAE y LBPA, entre las más relevantes) ni en la jurisprudencia un acogimiento ni de esta terminología extraña a la tarea administrativa ni una suerte de prohibición de efectuar estos cambios de criterio. No obstante lo anterior, cabe evitar que en esos cambios se produzcan afecciones a los derechos subjetivos de los particulares, ya sea que estén consagrados en la Constitución o las leyes (como la igualdad ante la ley = la prohibición de discriminar) o en principios generales de

derecho (como la buena fe, la protección de la confianza legítima o la seguridad jurídica), afecciones estas que se producen de distinto modo según:

- i) si el cambio de criterio es meramente discrecional; o,
- ii) si el cambio de criterio se realiza para restituir la juridicidad, en aquellos casos en que la autoridad administrativa, por ejemplo, se aperciba que en la anterior resolución no se satisfacen adecuadamente los fines establecidos por el legislador.

Este lenguaje propio de los actos jurisdiccionales que tan sueltamente utilizan algunos autores para los actos administrativos (así, se habla de “*precedentes*” administrativos para referirse a actos administrativos anteriores) confunde las decisiones administrativas con las decisiones jurisprudenciales (pues aquellas debieran tener como designio permanente el cumplimiento estricto de la juridicidad), lo que abraza el peligro de transformar esas decisiones anteriores, por sí mismas, en cánones normativos, en verdaderas fuentes del derecho.

Entonces, cabe preguntarse si ante el derecho vigente tienen las decisiones anteriores de un órgano administrativo (calificada por esa tendencia doctrinaria con el calificativo de *precedente*), por sí mismas, el mismo valor, vinculatoriedad u obligatoriedad de una norma o principio, esto es, de una fuente del derecho; y que en tal virtud deban guiar inexorablemente la actuación futura de todo órgano administrativo. Adicionalmente, ¿una sola decisión anterior origina un *precedente* vinculante? Pues no es lo mismo una práctica reiterada que una sola decisión anterior. Pero aquello no resulta relevante, pues tal como reviso más arriba, los cambios de criterios por parte de los órganos administrativos deben analizarse en el régimen de las decisiones discrecionales de la Administración (cuya entidad es muy distinta a la de una decisión jurisprudencial, en cuya práctica se utiliza con propiedad la expresión y fenómeno de los precedentes).

Lo dicho dice relación no sólo con una discusión terminológica, sino con la pretensión de considerar como regla aplicable a la Administración una especie de prohibición de cambiar sus criterios, cambios que muchas veces son pretendidos en solicitudes de los propios administrados.

## **§ 2. SOBRE EL CAMBIO DE CRITERIO DE LAS DECISIONES DE UN ÓRGANO ADMINISTRATIVO Y LA REVISIÓN DE SUS ACTOS ANTERIORES**

### **I. LA NATURALEZA DISCRECIONAL DE LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL CAMBIO DE CRITERIO DE SUS DECISIONES**

Cabe referirse a la atribución legal de potestades a los órganos administrativos y a la discrecionalidad con que se ejercen dichas potestades al tomar decisiones. En seguida, podrá revisar así el marco jurídico en que tales órganos pueden incurrir en el cambio de criterio en decisiones posteriores.

#### *1. El ejercicio discrecional de las potestades administrativas dentro de la juridicidad*

a) *Principio de legalidad y atribución legal de potestades a los órganos administrativos.* El canon democrático del principio de legalidad, esto es, en términos políticos, la sumisión de toda actividad administrativa al marco de la legalidad se reduce en la praxis legislativa a las más básica y esencial técnica de atribución de potestades a cada órgano administrativo, mediante cada ley singular.

La Administración, en virtud de este principio de legalidad, debe someterse plenamente, y en todas sus acciones, al sistema normativo, constituido por las leyes dictadas conforme a la Constitución, por los derechos y garantías fundamentales y por los principios generales del derecho. Así, constituye esta legalidad vigente, junto a principios y garantías constitucionales, un haz de juridicidad ineludible para toda actuación de la Administración. Dentro del “bloque de la legalidad”, las actuaciones administrativas sólo pueden llevarse a cabo en caso de que exista una habilitación legal previa.

b) *El ejercicio de las potestades administrativas.* Por tanto, si existe una potestad administrativa, conferida con algún motivo cercano o que diga razón con la función de interés público propia de la actuación administrativa, dicho ejercicio será legítimo, perfectamente razonado de acuerdo con el principio de legalidad. En otras palabras (y acercándonos a los contenidos normativos de los arts. 5º, 6º, 7º y 20 de la Constitución y 2º de la LOCBGAE), si no existe en el ejercicio de una potestad administrativa un motivo que diga razón con la función de interés público, el acto respectivo carece de legitimidad, según los casos: i) si la Administración desborda el marco tipificado por el legislador, incurrirá en exceso o abuso de poder; y ii) si la Administración va más allá, y actúa de manera antojadiza o por mero capricho, su actuación será arbitraria. De ahí que las decisiones que adopten los órganos administrativos deben respetar el marco de la juridicidad.

c) *La discrecionalidad administrativa: el margen de actuación de los órganos administrativos.* Si bien, como queda dicho, la Administración al momento de ejecutar la actividad administrativa debe actuar sujetándose estrictamente al principio de legalidad, existe un ámbito en el cual puede actuar con cierta libertad, la cual es entregada por el legislador bajo ciertos presupuestos. Ese ámbito de libertad o de estimación subjetiva, dentro de los márgenes de la legalidad, se denomina *discrecionalidad*, la que podemos definir como aquel margen de actuación o estimación subjetiva de la Administración en el proceso de aplicación de las leyes o ejercicio de las potestades de que está dotada. Pero podemos abundar en sus fundamentos y elementos. La discrecionalidad administrativa encuentra su fundamento en el hecho de que el legislador, al redactar una ley, no puede ponerse en todos los casos y situaciones del devenir de la Administración y de su actuación. Por ello, es que la Administración se encuentra dotada de un margen de discrecionalidad (o autodeterminación) que le permite tomar ciertas decisiones con relativa libertad, de manera de asegurar un ejercicio más eficiente de sus potestades, pero dentro de un margen de respeto a la juridicidad, con el objeto de cumplir con sus fines propios en la satisfacción de las necesidades públicas.

## 2. La revisión de sus actos por la Administración

Dentro de este margen de discrecionalidad y en algunos casos con el objetivo específico de restablecer la juridicidad que pudo haber sido quebrantada, la Administración está dotada de la atribución de revisar sus propios actos. Existe incluso un régimen especial de revisión de los actos administrativos; en efecto, la LBPA dedica su capítulo IV precisamente a esta materia, a través de sus artículos 53 a 62, regulando diversas técnicas,

entre las cuales cabe mencionar aquí, por su atinencia, la invalidación y la revocación o retiros de los actos. En efecto, en aquellos casos en que un órgano administrativo decida revisar *de oficio* sus propios actos puede hacerlo a través de estas dos técnicas. A lo anterior se suma el caso en que, sin existir invalidación o revocación, en una decisión posterior la Administración decide *cambiar el criterio*. Así, para el caso en que un órgano administrativo haya dictado un acto que estima es contrario a derecho o porque dentro de su margen de discrecionalidad simplemente estima que desea revocarlo, o para el caso en que tal órgano decida no seguir un lineamiento suyo anterior, puede realizarlo; en efecto:

a) La Administración puede decidir de oficio *invalidar* ese acto o decisión anterior, por considerar el mismo órgano que su acto anterior es “contrario a derecho”, en virtud de lo establecido en el artículo 53 LBPA. Ello a condición de que lo haga *previa audiencia del interesado*, y dentro de cierto plazo (dos años);

b) La Administración puede decidir de oficio *revocar* (= revisar o retirar) un acto anterior suyo, como regla general, de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 LBPA; salvo los casos que esa disposición establece: cuando se haya creado derechos a través de una declaración especial (como en las concesiones y autorizaciones) o cuando leyes específicas lo impidan; y,

c) La Administración puede en una nueva resolución decidir *cambiar el criterio* sostenido en una decisión anterior, que es la hipótesis que analizo más detenidamente a continuación.

## II. EL CAMBIO DE CRITERIO RESPECTO DE DECISIONES ANTERIORES DE LA ADMINISTRACIÓN

### 1. Las condiciones de la legitimidad de los cambios de criterio por los órganos administrativos

Un órgano administrativo, en especial en aquellos casos en que en una decisión anterior sostuvo un criterio que, en base a un mejor análisis, determine que no ha dado cumplimiento adecuadamente a sus fines -dentro del margen de discrecionalidad de que dispone-, puede en una nueva decisión, ante una hipótesis idéntica, apegarse con estrictez a la juridicidad. Es entonces dentro del ámbito de las decisiones discrecionales que cabe situar el análisis de los cambios de criterio de las decisiones de los órganos administrativos, los que legítimamente pueden verificarse si es necesario reconducir algún criterio adoptado previamente. Las hipótesis que pueden presentarse en el caso de las decisiones discrecionales son las siguientes:

a) por una parte, el órgano puede, en una nueva resolución suya, decidir *mantener un criterio anterior* por estimarlo apegado a la legalidad, ante lo cual algún particular podrá recurrir de esa decisión *conservadora* y así intentar *forzar el cambio de criterio*, ya sea a través de alguno de los recursos *ad intra* establecidos en la LBPA o a través de algún recurso jurisdiccional.

En este caso en que el órgano mantiene su criterio, en las instancias revisoras internas o jurisdiccionales, lo relevante siempre debiera ser el mayor o menor apego a la juridicidad de la decisión y en ningún caso la *cuestión del cambio de criterio que no se produjo*.

b) por otra parte, el órgano puede decidir *cambiar el criterio anterior*, caso en el cual cabe distinguir si el criterio anterior, a juicio de la Administración, quebrantaba o no el derecho.

i) En caso de que el criterio contenido en la decisión o decisiones anteriores, a juicio de la Administración, se aparta de sus fines o del derecho (como en la hipótesis de la invalidación, consagrada en el art. 53 LBPA), el órgano tiene el deber de emitir una nueva decisión ajustándose ahora totalmente a la juridicidad, lo que –es evidente– origina un cambio de criterio del órgano. Este cambio de criterio es por lo demás ineludible por la lealtad principal de todo órgano administrativo a la juridicidad vigente, no obstante que en esta nueva resolución, dado ese cambio de criterio, deba cumplir ciertas condiciones al dictar el nuevo acto, como queda dicho más arriba; así: debe consignar una motivación o fundamentación, en especial justificar que el nuevo criterio es una mejor interpretación de los hechos y del derecho vigente, realizar una audiencia previa y asegurar la ausencia de retroactividad. En ese caso el cambio de criterio, en sí mismo, no puede ser cuestionado, ni la forma de emitir el acto, y cualquier efecto en derechos y garantías de algún interesado se producirán por efecto de la legalidad vigente y no por la nueva decisión administrativa.

En esta hipótesis el órgano *debe* cambiar el criterio en toda nueva decisión, y es ostensible que lo hace forzado por su lealtad a la juridicidad.

ii) En caso de que el criterio contenido en la decisión anterior se modifica únicamente en ejercicio del margen de discrecionalidad que dispone al decidir, pudiendo la Administración hacerlo en una nueva resolución suya, cabrá analizar si ese nuevo criterio se apega a la juridicidad, lo que será relevante en el análisis de su legitimidad de fondo y, a su vez, para decidir su validez. Esta hipótesis no es similar a la invalidación, pues en tal caso, el órgano administrativo se apercibe de haber emitido un acto contrario a derecho en su anterior decisión; pero sí es similar a la revocación, en que el órgano, en base a su discrecionalidad o margen de actuación decide cambiar de criterio. En estos casos igualmente el órgano administrativo debiese cumplir las condiciones señaladas arriba (motivación, audiencia previa y ausencia de retroactividad).

En esta segunda hipótesis, dentro del margen de actuación que le permite la discrecionalidad es que el órgano *decide cambiar el criterio*, no siendo *contra legem* en sí mismo ese cambio de criterio, ni que esté prohibido, pero pudiese llegar a quebrantar derechos de los administrados protegidos ya sea por las leyes o la Constitución, o por principios generales de derecho, como: la igualdad ante la ley, la buena fe, la confianza legítima o la seguridad jurídica.

En estas dos hipótesis en que el órgano cambia su criterio, ante las instancias revisoras internas o jurisdiccionales, lo relevante siempre debiera ser el mayor o menor apego a la juridicidad de la decisión y en ningún caso la *cuestión meramente formal del cambio de criterio que se produjo*.

Todo lo anterior sucede, entonces, en medio del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración, y en la medida en que ello no configure un exceso o un abuso en su ejercicio (por utilizar las expresiones del art. 2° LOCBGAE), esto es, un quebranto de la juridicidad -leyes y principios (a lo cual cabe agregar la Constitución)-, ese acto es legítimo, y no puede considerarse “contrario a derecho” (en los términos del art. 53 inc.1° LBPA). Y lo anterior es el prisma bajo el cual cabe analizar, entonces, los cambios de

criterio por parte de los órganos de la Administración: en medio del ejercicio de sus potestades discrecionales y de su apego a la juridicidad.

## 2. Condiciones para su legitimidad formal

Dentro de este contexto de revisión de sus actos, entonces, la Administración puede volver sobre sus pasos respecto de criterios sostenidos en decisiones anteriores, alterándolos, todo lo cual, en principio cabe perfectamente dentro del margen de apreciación de toda potestad discrecional y en la medida que al adoptar la Administración el nuevo criterio lo realice buscando un mejor cumplimiento de la juridicidad existente. En el caso de la invalidación y revocación, regulados en la LBPA, sobresalen algunas condiciones que cabe tener presente al modificar la Administración un criterio previo:

a) *Derecho objetivo.* La regulación vigente del ejercicio de las potestades administrativas permite entonces que todo órgano administrativo pueda revisar sus actos administrativos anteriores, por lo que *a fortiori*, con mayor razón, podrá revisar sus criterios anteriores, lo que puede realizar como parte de su discrecionalidad en la emisión de nuevos actos administrativos que no invaliden ni revoquen los anteriores. Las condiciones o requisitos formales que impone el derecho objetivo para estos cambios de criterio, siguiendo las citadas regulaciones (y la jurisprudencia) son las siguientes:

i) *Motivación.* Los fundamentos o los motivos de este cambio de criterio deben ser explicitados, ya no sólo como debe ser rutina en todo acto (según mandato de los arts. 11 inc.2° y 41 inc.4° *ab initio* LBPA) sino de manera reforzada en especial por el hecho de que la nueva decisión viene a alterar un criterio sostenido con anterioridad por ese mismo órgano administrativo, explicando que ello se hace: o, en búsqueda de un criterio más apegado a la juridicidad, si es el caso; o, los motivos que el organismo esgrime para cambiar discrecionalmente su criterio dado su margen legítimo de actuación dentro de la juridicidad (requisito que ha recogido la jurisprudencia para estos casos, como reviso más adelante);

ii) *Búsqueda de la juridicidad antes quebrantada o margen de discrecionalidad.* Entre los fundamentos más relevantes debe estar la búsqueda del cumplimiento de la juridicidad (en especial en caso de que el organismo ahora se aperciba de que el anterior acto no haya sido totalmente dictado a la luz de esa juridicidad, y a pesar de eso no haber sido recurrido ni invalidado ni revocado);

iii) *Audiencia de los interesados.* Cabe citar a los interesados, en caso de que se trate de actos de efectos individuales y sean identificables, a una audiencia especial, siguiendo así la regla del artículo 53 LBPA respecto de la invalidación (lo que por lo demás ha exigido la jurisprudencia, según reviso más adelante); detrás de ello está escuchar a los interesados ante posibles derechos subjetivos suyos que pudieran ser vulnerados;

iv) *Ausencia de retroactividad.* Cabe considerar la prohibición de producir efectos retroactivos en la medida que existan derechos o expectativas que merezcan protección o reconocimiento, la que es una exigencia general para todo acto administrativo, de acuerdo al artículo 52 LBPA (la que es también exigencia de la jurisprudencia en los casos de cambio de criterio por la Administración).

b) *Derechos subjetivos*. El cambio de criterio de decisión, como la revisión de actos administrativos individuales, pueden ser considerados por los particulares o administrados como una afeción a sus derechos o garantías, ya sean protegidas directamente por la Constitución o las leyes o por principios generales del derecho, como es el caso de los principios de la igualdad ante la ley (usualmente los cambios de criterio pueden originar discriminación, lo que no es tolerado por la Constitución), de la buena fe, de la protección de la confianza legítima o de la seguridad jurídica, según los casos. Cabe considerar cada hipótesis, pues no se trata de que todos estos principios concurren a la vez en cada hipótesis de cambio de criterio de tal manera que todos ellos pudiesen ser invocados en su conjunto, como una especie de batería defensiva, pues cabe verificar, caso a caso, cuál de ellos podría ser el atinente en las distintas y singulares hipótesis que se configuren.

Pero tales principios o garantías ya no podrán invocarse como quebrantados por la decisión administrativa en aquellas hipótesis en que el cambio de criterio se realice, y *así se fundamente y motive*, para cumplir la juridicidad que una decisión anterior no observó totalmente, y ello por una razón concluyente: en estos casos la nueva decisión del órgano administrativo lo que busca es el apego con la juridicidad, esto es, con la legalidad vigente, ante la cual ya no es posible cuestionar el cambio en sí mismo, que no se realiza esta vez fundado en la mera discrecionalidad sino que es imperativo hacerlo para la autoridad administrativa (como el caso de la invalidación, en que se deja sin efecto una decisión anterior que es “contraria a derecho”).

Si en esos casos, *in extremis*, el titular de algún derecho llegase a invocar una antijuridicidad de la propia legalidad vigente (por ejemplo, una inconstitucionalidad de la misma), ya no se tratará de una ilegalidad o arbitrariedad del órgano administrativo, sino de un conflicto de fuentes del derecho (por ejemplo, entre la ley y la Constitución; o, entre la ley así interpretada y un principio general de derecho), lo cual lleva el asunto a otros derroteros, que no cabe analizar aquí.

### 3. *Recapitulación: la actitud legítima de la Administración al cambiar de criterio*

La Administración puede o debe, según los casos, cambiar el criterio anterior, bajo las siguientes modalidades:

- i) invalidar el acto, por ser “contrario a derecho” (art. 53 inc.1° LBPA);
- ii) revocar el acto, dentro de su margen de discrecionalidad, y dentro de la juridicidad, salvo derechos adquiridos o prohibición expresa (art. 61 LBPA); o,
- iii) dictar un nuevo acto en que, ante unos mismos hechos deba o decida (dentro de su margen de discrecionalidad) resolver de manera distinta, para lo cual debe:
  - 1°) fundamentar o motivar el acto, indicando por ejemplo que modifica el criterio para un mejor apego a la juridicidad (dado el imperativo de los arts. 6° CPR, 2° LOCBGAE y *a fortiori* 53 inc.1° LBPA “actos contrarios a derecho”) y cumple con la formalidad exigida (arts. 11 inc.2° y 41 inc.4° *ab initio* LBPA), dada la necesidad de apegarse al derecho en este nuevo caso y así desapegarse a la anterior decisión (supuesto *precedente*);
  - 2°) informar de esta nueva decisión en audiencia previa al interesado en caso de acto con efecto individual; y,

3°) no afectar retroactivamente a las situaciones jurídicas de los administrados y declarar únicamente efectos hacia el futuro, en los casos que existan derecho o expectativas que merezcan protección de conformidad con las reglas vigentes.

De ese modo, su cambio de criterio podrá ser considerado, *en principio*, legítimo. Si el acto anterior se alejaba de los fines del servicio o no era fiel totalmente al principio de juridicidad, su cambio de criterio es necesario y es su deber realizarlo; si el acto anterior no estaba en tales hipótesis, debe evitar las afecciones a los derechos subjetivos de los administrados, provenientes de los principios de igualdad ante la ley, buena fe, confianza legítima o seguridad jurídica, según los casos.

### III. LOS CAMBIOS DE CRITERIO DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y SU CONEXIÓN CON LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LA MOTIVACIÓN DEL ACTO

En fin, reviso las conexiones de estos cambios de criterio tanto con algunos principios generales del derecho y la exigencia de la motivación que debe tener todo acto administrativo.

#### 1. Cambio de criterio administrativo y sus conexiones con los principios generales del derecho

El cambio de criterio por parte del órgano administrativo puede tener efectos en los derechos subjetivos de los administrados; de ahí su vinculación con los algunos principios generales del derecho, de donde fluyen valores que configuran, a la vez, derechos subjetivos. Así, podemos ver el caso de la igualdad, la confianza legítima y la buena fe.

a) *La igualdad.* La igualdad, que debe proteger, tutelar y promover el Estado conforme a los artículos 1 inc.4°, 5 inc.2° y 19 N°2 de la Constitución, implica la prohibición de discriminar arbitrariamente. Pues el Estado (= la Administración) tiene el deber de “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, como lo establece el artículo 1 inc. 4° de la Constitución Política. Además, la Administración no podrá “establecer diferencias arbitrarias”, tal como lo establece el artículo 19 N° 2, inc. 2°, de la Constitución Política. Y, esa protección de la igualdad y prohibición de diferencias arbitrarias es esencial de toda persona humana, que merece protección y tutela activa de la Administración como lo dispone el artículo 5 inc. 2° de la Constitución, toda vez que la igualdad de trato ha sido reconocida en Tratados Internacionales ratificados por Chile, en específico por la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

b) *La confianza legítima.* También los cambios de criterio pueden tener vinculación con el principio de la confianza legítima, el cual tiene un especial desarrollo en el Derecho administrativo dado que se aplica a la justicia distributiva que involucra la relación jurídico-administrativa, la que busca la seguridad y certeza jurídica de los derechos adquiridos y en ocasiones de expectativas frente a cambios de criterios y normativas, para evitar la

revocación y retroactividad; pues, se ha razonado que el principio de seguridad jurídica es “la razón de ser del derecho mismo”<sup>25</sup>.

c) *La buena fe*. Se conectan asimismo los cambios de criterio de los órganos administrativos con el principio de la buena fe, la cual se debe presumir. En efecto, el actuar de la Administración debe ser de buena fe, no sólo justificado en la mera legalidad, sino que es razonable y proporcionado tomar una decisión al mérito del interés público y sin afectar derechos e intereses.

De todos modos, en cualquier eventual afección sustantiva, *de fondo*, a estos principios y derechos, se debe analizar la situación en particular del órgano y el diseño institucional establecido por el legislador. *Formalmente*, cabe respetar las condiciones señaladas más arriba (motivación, audiencia previa y ausencia de retroactividad).

## 2. Cambio de criterio administrativo y sus conexiones con la motivación del acto

Se ha revisado ya la jurisprudencia de la Corte Suprema, la que ha relevado la obligación de motivar que tiene la autoridad en el ejercicio de sus potestades y sobre todo de gravamen y afectación.

La motivación es un elemento formal del acto administrativo; en síntesis, está conectado con: el respeto a las reglas del procedimiento administrativo, la exposición de la motivación o exposición de razones que llevaron a la dictación del acto y la forma en que se exterioriza la actuación formal de la Administración del Estado<sup>26</sup>. Motivación es una exigencia que debe cumplir la Administración al momento de dictar un acto administrativo, conforme a los artículos 11 inc. 2° y 41 inc. 4° *ab initio* LBPA. Ello, sobre todo en los casos del ejercicio de una potestad de policía o de gravamen de la administración. La falta de motivación podrá conllevar a la nulidad del acto administrativo por la arbitrariedad que de su ausencia puede derivarse.

Es por medio de los motivos del acto, dónde se advierte si el cambio de criterio administrativo está justificado, debiendo considerarse siempre, de todos modos, el órgano particular en cuestión y su diseño institucional, así como las atribuciones propias que le entrega la ley. Aspecto este que analizo en el próximo capítulo.

## § 3. NATURALEZA DE LAS POTESTADES DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Y EL CAMBIO DE CRITERIO EN SU EJERCICIO

Atiendo las seis preguntas concretas que fueron formuladas para la emisión del presente Informe, utilizando el marco conceptual de los cambios de criterios administrativos expuesto en el capítulo anterior y centrando la atención en el caso concreto expuesto al inicio. Para ello, paso a exponer: *en un primer apartado*, una revisión de la naturaleza de las decisiones

<sup>25</sup> MODERNE, Frank: *Principios Generales del Derecho. Método y aceptación en Derecho Administrativo y Constitucional* [Compilación y traducción de Alejandro Vergara Blanco] (Thomson Reuters, Santiago, 2017), p. 219.

<sup>26</sup> En el mismo sentido lo expone: BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011) p. 120-121.

de la FNE, para desentrañar el régimen jurídico al cual se sujeta ese Servicio y el tipo de potestades que ejerce conforme a las finalidades que el ordenamiento jurídico le ha ordenado alcanzar, junto con una revisión de las atribuciones del TDLC; luego, *en un segundo apartado*, me pronuncio sobre la naturaleza de la decisión de archivar o proseguir con una investigación respecto de prácticas anticompetitivas, y analizo la posibilidad de realizar un cambio de criterio a su respecto, y doy cuenta de las conexiones del cambio de criterio con la revocación, el principio de confianza legítima y la retroactividad; y, al final, *en un tercer apartado*, respondo cada una de las preguntas que se me han formulado respecto del caso concreto objeto de este Informe.

## **I. REVISIÓN DE LA NATURALEZA DE LAS DECISIONES DE LA FNE Y RÉGIMEN JURÍDICO A QUE ESTÁN SUJETAS. ROL Y ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

La FNE es un órgano que se encuentra regulado por el DL N° 211, de 1973, que fija las normas para la defensa de la competencia (en adelante, DL 211)<sup>27</sup>. En el Título III de ese cuerpo legal denominado “De la Fiscalía Nacional Económica”, que contiene los artículos 33 a 45, existe un tratamiento orgánico y de las funciones de dicho Servicio.

Interesa destacar, en cuanto a la orgánica de la FNE, que en el artículo 33° inc. 1° del DL 211 se precisa su naturaleza jurídica, por cuanto se establece que es un órgano descentralizado de la Administración del Estado, dado que goza de personalidad jurídica y patrimonio propio. Además, en esa misma disposición, se reconoce que su quehacer se debe desarrollar con absoluta independencia de los intereses de otros órganos administrativos (el artículo 39° inc. 1° agrega incluso que de los Tribunales ante los cuales actúe), y está sometido a la supervigilancia del Presidente, a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

*1. Misión institucional de la FNE: ejercicio de potestades de policía u ordenadora en materia de libre competencia, bien jurídico integrante del orden público económico protegido por la Constitución*

*a) Breves consideraciones sobre que el principio de legalidad o juridicidad permite comprender las finalidades que cada órgano de la Administración está llamado a cumplir.* De partida, es preciso destacar que a la FNE le rige el principio de legalidad o juridicidad, que se le conoce como la “regla de oro” del Derecho Público chileno, dado que los órganos de la Administración del Estado sólo pueden intervenir para el bien común que prevé la Constitución Política y las normas dictadas conforme a ella (art. 6 inc. 1° Constitución)<sup>28</sup>. Principio que también tiene reconocimiento legal en la Ley Orgánica Constitucional de los órganos de la Administración, precisamente en el art. 2° de la Ley N° 18.575, de 1986<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Dicho DL 211 está hoy refundido, coordinado y sistematizado en el DFL N° 1, que se promulgó el 18 de octubre de 2004 y publicó en el Diario Oficial el 7 de marzo de 2005.

<sup>28</sup> MORAGA KLENNER, Claudio (2008): “Derecho público chileno y los principios de legalidad administrativa y de juridicidad”, en: PANTOJA BAUZÁ, Rolando [coord.], *Derecho Administrativo: 120 años de Cátedra*. (Santiago, Editorial Jurídica), pp. 277-323.

<sup>29</sup> Dicho cuerpo legal está refundido, coordinado y sistematizado en el DFL N° 1-19.653, que fue promulgado el 13 de diciembre de 2000 y publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2001.

El principio de legalidad permite observar la finalidad de todo órgano de la Administración del Estado, ya que obliga a observar el origen, función, finalidad y cometido que realiza formal o materialmente el respectivo órgano en examen. Sin embargo, en muchas ocasiones se entregan atribuciones discrecionales con un amplio campo de actividad, las cuales son complejas de determinar precisa y unívocamente<sup>30</sup>.

Conforme a lo establecido en el artículo 2° del DL 211, corresponde al TDLC y FNE, “en las esferas de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados”.

En las subsecciones siguientes expondré qué atribuciones corresponden a la FNE, por una parte, y al TDLC, por otra, en protección de la libre competencia, siendo aquellas totalmente diferenciadas en cada caso, consagrándose así una separación total de las funciones investigativas, persecutorias y sancionatorias, lo cual puede llegar a tener relevancia en el análisis de los cambios de criterios administrativos por parte de la FNE.

*b) Potestades que detenta la FNE.* El artículo 39 del DL 211 establece las atribuciones de la FNE. Particularmente, en su letra a), faculta al Fiscal Nacional Económico a “[i]nstruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar infracciones” a la libre competencia, mientras que en la letra b) le permite “[a]ctuar como parte, representado el interés general de la colectividad en el orden económico”, ante el TDLC y los tribunales de justicia. Según la letra c) de tal norma, el Fiscal Nacional Económico puede requerir del TDLC “el ejercicio de cualquier de sus atribuciones y la adopción de medidas preventivas con ocasión de las investigaciones que la Fiscalía se encuentre ejecutando”. Para llevar adelante sus investigaciones, la FNE tiene una serie de atribuciones para recabar antecedentes y definir si existe un atentado anticompetitivo. Por ejemplo, puede solicitar antecedentes secretos o reservados de entes públicos o privados (Art. 39 inc 2° letras f y h); llamar a declarar a sus dependencias, bajo sanción de multa y arresto frente a la incomparecencia injustificada (arts. 39 inc. 2° letra j y 42). Los particulares se encuentran obligados a cumplir con las solicitudes de la FNE.

Es importante destacar que en virtud del artículo 41 del DL 211, ante una denuncia y previo al inicio de una investigación, la FNE puede efectuar un análisis de admisibilidad de tal denuncia, pudiendo decretarse algunas diligencias al respecto, las que los particulares pueden cumplir voluntariamente. En base a tales diligencias, la FNE decide si inicia una investigación formal según el artículo 39 letra a) o si archiva la denuncia. En este sentido, la propia ley efectúa una clara distinción entre la etapa de admisibilidad que permite recabar antecedentes aportados voluntariamente por terceros para determinar si una denuncia tiene sustento, y la investigación administrativa que permite ejercer diversas atribuciones contempladas en el artículo 39 del DL 211, para determinar la comisión de una infracción a la normativa de libre competencia.

Por tanto, la FNE está dotada de potestades de intervención o de policía mediante la fiscalización de las conductas que podrían vulnerar la libre competencia, bien jurídico protegido que trasciende intereses individuales y que siempre debe tutelar con las herramientas que le entrega la ley, pero no está investida de facultades decisorias o sancionadoras.

---

<sup>30</sup> MORAGA KLENNER, Claudio (2008): *Ob. Cit.*, pp. 312-321.

La única excepción a la regla anterior se refiere a las resoluciones dictadas por la FNE en las operaciones de concentración, las que se regulan en los artículos 48 y siguientes del DL 211. Según tales disposiciones, la FNE aprueba o rechaza las operaciones de concentración que superen determinados umbrales, debiendo los particulares cumplir con aquello que se resuelva en la respectiva investigación. Por tal razón, el artículo 32 del DL 211 indica que los actos o contratos ejecutados de acuerdo con las resoluciones de la FNE para el caso de las operaciones de concentración no acarrearán responsabilidad alguna, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el TDLC.

*c) Discrecionalidad que le otorga el legislador al Fiscal Nacional Económico de instruir o no una investigación, o de archivar una en curso.* Para efectos del presente Informe, interesa destacar que es discrecional el ejercicio de la potestad fiscalizadora del Fiscal Nacional Económico, consagrada en el mismo artículo 39 inciso primero, que le permite “defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones”.

Esto quiere decir que el Servicio dispone de un margen de libre apreciación para decidir si iniciar una investigación, de oficio o por denuncia, por actos contrarios a la libre competencia. Ello dado que se dispone que la FNE podrá instruir las investigaciones “que estime procedentes”, según la letra a) del artículo 39 del DL 211. También el artículo 41 DL 211, da entender que es discrecional la decisión del Fiscal Nacional Económico de instruir una investigación al recibir una denuncia, dado que establece que se debe iniciar “según corresponda” y que “podrá” contar con algunas herramientas para decidirlo (solicitud de antecedentes y llamar a declarar).

Por esa misma razón, es que se debe motivar la decisión de archivo en fase de admisibilidad o de iniciar la investigación, así como la decisión de término de la respectiva investigación, sea a través de un requerimiento, de una consulta, o de otra de las potestades con que cuenta la FNE para ser ejercidas ante el TDLC, o mediante el archivo de los antecedentes, porque en el ejercicio de tales atribuciones se hace uso de potestades de gravamen que podrán afectar derechos de particulares, entendiéndose por gravamen, en este caso, las cargas que el DL 211 establece sobre los particulares durante las investigaciones de la FNE. Ello es un estándar general que debe cumplir todo acto administrativo de gravamen, según se dispone en el artículo 11 inc. 2° de la LBPA, en el siguiente sentido:

“Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.”

*2. TDLC: órgano jurisdiccional con facultades sancionatorias o correctivas, y que también conoce asuntos de carácter no contencioso*

Como digo antes, el artículo 2° del DL 211 también entrega al TDLC, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la ley para el resguardo de la libre competencia en el mercado. El artículo 18 del indicado cuerpo normativo se encarga de establecer las atribuciones y deberes del H. Tribunal, destacando entre ellas, como indica su letra a), la de “[c]onocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley”. Así, es el TDLC, y no la FNE, el que tiene la potestad para declarar si existe una infracción anticompetitiva e imponer a su respecto las correspondientes sanciones, establecidas en el artículo 26 del DL 211, sin perjuicio de las

medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que puedan disponerse en cada caso, conforme a lo contemplado en el artículo 3 inciso primero del DL 211. La FNE, junto a los particulares, solo tienen la llave para iniciar un proceso sancionatorio.

Además, según la letra b) del artículo 18 del DL 211, el TDLC tiene la atribución de “[c]onocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse (...), 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”. De esta forma, y con la excepción de las operaciones de concentración, es el TDLC el que puede conocer de situaciones que, no siendo infracciones, podrían no ser armónicas con la libre competencia, decretando al respecto remedios que son vinculantes para sus destinatarios.

No solo tiene estas atribuciones el TDLC. En la letra c) del artículo 18 del DL 211 indica que tal órgano puede “[d]ictar las 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 pudiere atentarse contra ella”. Existen otras atribuciones del TDLC conocidas en procesos no contenciosos que establece el mismo DL 211 u otras leyes.

El DL 211 ha establecido que estos procedimientos ante el TDLC pueden ser iniciados por la FNE o por los particulares. Así, la FNE no tiene exclusividad en la acción de libre competencia, pudiendo también los particulares accionar el aparato estatal para dar protección al bien jurídico

Siendo el TDLC el que dicta decisiones vinculantes para aquellos que son partes o intervinientes en sus procedimientos, el artículo 32 del DL 211 establece que los particulares no tendrán responsabilidad alguna, del punto de vista de la libre competencia, si obraron de conformidad con las decisiones de este órgano jurisdiccional. Este es un aspecto relevante al momento de analizar los cambios de criterio de sus decisiones anteriores por parte de la FNE. Señala:

“Artículo 32º.- Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, o de acuerdo con las resoluciones de la Fiscalía Nacional Económica para el caso de las operaciones de concentración, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación”.

Así las cosas, por ley, son las decisiones del TDLC, y no las de la FNE, las que entregan certezas a los agentes económicos respecto de la conformidad o no de su comportamiento con las reglas de la libre competencia -salvo en el caso de operaciones de concentración-, eximiéndose totalmente de responsabilidad si han actuado conforme a ellas.

Y es el mismo sistema el que entrega a los agentes económicos la posibilidad de obtener esta certeza, porque incluso situaciones que no son infracciones pueden ser sometidas al conocimiento del H. Tribunal para que las evalúe y determine qué condiciones se deben cumplir para resguardar adecuadamente la libre competencia, de conformidad con el artículo 18 numeral 2) del DL 211, descrito previamente. Son las decisiones del TDLC las que pueden entregar certeza o una especie de confianza legítima sobre los agentes económicos.

Toda esta regulación especialísima debe ser considerada al analizar la posibilidad que la FNE cambie sus criterios contenidos en decisiones anteriores.

## **II. CAMBIO DE CRITERIO DE LA FNE: DECIDIÓ INICIAR UNA INVESTIGACIÓN RESPECTO DE HECHOS QUE YA HABÍAN FUNDADO UNA DENUNCIA ANTERIOR, LA QUE SE ARCHIVÓ SIN INICIAR UN PROCESO INVESTIGATIVO.**

Una vez descritas las normas que regulan las atribuciones de la FNE y TDLC, cabe analizar la naturaleza jurídica de las decisiones de la FNE y los efectos que produce un cambio de criterio respecto de no instruir una investigación sobre una determinada materia para posteriormente decidir sí iniciarla.

En específico, se deben analizar las consecuencias que causa la modificación de una decisión de la FNE, consistente en que en su momento se archivaron los antecedentes respecto de un agente económico; pero, posteriormente, se estima que es pertinente, en base a una nueva denuncia, instruir una investigación sobre el mismo agente económico -y otros que estarían ejecutando similar conducta- dado que estarían causando conductas que quebrantan la libre competencia.

### *1. Sobre la naturaleza de la actuación de la FNE, en cuanto archiva una denuncia, y en cuanto decide iniciar o archivar una investigación*

De conformidad a los artículos 39° inc. 2° letra a), 41° y 42°, la instrucción de investigaciones por parte de la FNE, ya sea de oficio o por denuncia, da inicio a un procedimiento administrativo de fiscalización respecto de una eventual infracción anticompetitiva, involucrando a aquellos agentes económicos que la estén ejecutando. Tal investigación, como hemos descrito, podrá tener medidas de apremio para que sea eficiente y eficaz, y podrá finalizar, eventualmente, en un requerimiento ante el TDLC para que declare la infracción y sancione a los involucrados.

En consecuencia, en la instrucción siempre se debe cumplir el estándar de contradictoriedad y de respeto de derechos subjetivos públicos procesales mínimos del sujeto en el cual recae la potestad de gravamen o de investigación, esto es, de permitir que el sujeto investigado pueda comparecer con sus alegaciones, documentos u otros elementos de juicio y de acceder a los antecedentes que no se hayan declarado reservados o confidenciales por el procedimiento pertinente. Ello, por aplicación del artículo 2° inc. 1° de la LBPA, que dispone la regla de supletoriedad de las reglas que reconocen los estándares mínimos procesales.

A este respecto, es importante destacar que el denunciante es considerado un coadyuvante de la Administración, tanto por el DL 211 como por la LBPA por lo que con su denuncia colabora en la corrección, prohibición o represión de los ilícitos anticompetitivos y no busca obtener la declaración de un derecho en su favor. Como dijimos, en virtud del artículo 41 del DL 211, la FNE puede someter las denuncias a un examen de admisibilidad, y determinar si en virtud de ellas procede o no la apertura de un proceso investigativo.

Así las cosas, el ejercicio de la potestad de instruir una investigación o cerrar una existente es discrecional. Queda a la libre apreciación de la FNE la decisión de instruir el procedimiento de fiscalización y cómo finalizarlo. Ello depende de un análisis de mérito, oportunidad y conveniencia que es sólo de su incumbencia. Lo anterior sería del todo

legítimo, pues incluso se ha considerado razonable que el ejercicio de toda potestad de gravamen se considere facultativa<sup>31</sup>.

En definitiva, las actuaciones de la FNE, particularmente aquellas mediante las cuales decide archivar una denuncia sin abrir investigación, luego abrir una investigación o archivar una investigación, son actos administrativos, y como tales, deben cumplir con aquellos requisitos establecidos en la LBPA, considerándose, de todos modos, aquellas particularidades propias de esta sede y que están reconocidas expresamente por el DL 211.

## *2. La posibilidad jurídica de cambiar los criterios: archivar una denuncia sobre determinados hechos y posteriormente iniciar una investigación a su respecto*

Como señalo más arriba, es posible siempre realizar un cambio de criterio de una decisión basada en una potestad discrecional, observándose de todos modos una serie de resguardos.

La FNE cuando archiva una denuncia en el contexto del artículo 41 del DL 211, en la cual se determina que no existe mérito para iniciar una investigación, debe motivar la decisión. Lo debe hacer, como es habitual en todo órgano administrativo, por medio de una resolución, la que en el caso objeto de este Informe razona que del análisis de antecedentes y del desarrollo de indagatorias se “estima que no es posible identificar hechos o actos que requieran realizar diligencias adicionales” y que ameriten instruir un procedimiento de fiscalización; pero, haciendo presente que aquello es sin perjuicio de las facultades de la FNE de seguir velando por la libre competencia en este mercado, “y de la posibilidad de analizar la apertura de una investigación, en caso de contar con nuevos antecedentes que así lo ameriten”. La misma resolución reconoce que existe el “derecho del denunciante de interponer las acciones que estime pertinentes ante” el TDLC, pues el archivo en nada obsta a que un particular pueda provocar que tal órgano jurisdiccional se avoque a juzgar los mismos hechos que se archivan.

Ahora, si respecto de tales hechos y agentes denunciados se recibe otra denuncia que lleva a la FNE a estimar, con un mejor estudio de los antecedentes -y en base a las indagaciones efectuadas en fase de admisibilidad y el contenido de la nueva denuncia-, que sí existe mérito para efectuar mayores diligencias para así detectar si hay una infracción anticompetitiva, se podrá instruir el procedimiento administrativo de fiscalización respectivo, como aquel que se inició bajo el Rol N° 2645-21 FNE, cambiando de esta forma su anterior criterio. Esta decisión se funda en una razón de interés público perseguido por la FNE, indicándose en ella los motivos que llevan a sostener por qué ahora resulta necesario investigar.

Lo anterior es posible debido a que, como digo más arriba, los órganos administrativos pueden modificar su criterio, más aun considerando las particularidades de la FNE y el efecto de sus decisiones, ya que este organismo no se encuentra facultado por ley para entregar certezas respecto de las actuaciones de los particulares. Mediante la resolución de archivo Rol N° 2589-19 FNE, la FNE no *validó* ni *aprobó* determinado comportamiento, lo que se refleja en que cualquier privado pudo haber accionado ante el TDLC por los mismos hechos.

---

<sup>31</sup> HUERGO LORA, Alejandro (1995): “La Desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, en *Revista de Administración Pública* (N° 137, mayo -agosto), p. 216.

De esta forma, independientemente de que la FNE haya cambiado su criterio porque consideró que la anterior decisión se alejaba de la juridicidad, o porque con un mejor estudio de los antecedentes se consideró que otro proceder era mayormente adecuado con los fines establecidos en la ley, tal órgano puede -y tiene el deber- de iniciar una investigación respecto de hechos que con anterioridad había decidido no investigar, pues por ley la FNE no establece certezas a los particulares, ni derechos, ni válidas expectativas, siendo las decisiones del TDLC las únicas que pueden lograr ese efecto -con excepción de las operaciones de concentración, en las que las decisiones de la FNE sí tienen tales consecuencias-.

Lo que la Corte Suprema ha reprochado normalmente es la falta de motivación en los cambios de criterios, entre otros aspectos, por lo que todo órgano administrativo debe fundar sus decisiones, y en el caso concreto, corresponde que la FNE deba justificar adecuadamente por qué en un momento decidió no investigar para posteriormente decidir hacerlo.

La resolución de inicio de la investigación Rol N° 2645-21 FNE, puesta en conocimiento de este informante, se encuentra suficientemente motivada -con una motivación *reforzada*-, porque, aunque siendo únicamente un acto de apertura (el que no requiere cumplir con esta exigencia), expresamente indica que los cobros implementados por TPSV, STI y DWSA “podría[n] dar cuenta de prácticas que estarían disminuyendo la intensidad competitiva de los mercados en donde incide esta tarifa, que podrían ser contrarias al DL 211”, y agrega que por tal motivo la “Fiscalía estima necesario analizar los hechos descritos y recabar mayores antecedentes en el marco de una Investigación”, cambiándose por tanto el criterio establecido en la resolución de archivo Rol N° 2589-19 FNE en la que se había decidido no investigar. Así, se transmitió a las empresas investigadas de modo directo que su comportamiento sí podría constituir una infracción anticompetitiva, motivándose la resolución de inicio del modo que puede exigirse a una decisión de apertura, considerando que no se trata de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

En este sentido, si algún cambio de criterio es predicable respecto de la FNE en este caso, es un cambio de criterio respecto de la decisión de no investigar ciertos hechos, y no respecto de que tales hechos no fueran contrarios a la libre competencia, porque la FNE no tiene las atribuciones para efectuar tal determinación como hemos dicho, menos aún en el contexto del artículo 41 del DL 211. No se debe olvidar que la FNE en la resolución de archivo Rol N° 2589-19 FNE expresamente indicó que nuevos antecedentes podrían ameritar la apertura de una investigación.

Dado que la resolución de inicio Rol N° 2645-21 FNE abrió un proceso investigativo, las tres empresas pudieron efectuar sus descargos y argumentar por qué, en su apreciación, los cobros que efectuaban no eran anticompetitivos, presentándose por tanto una audiencia previa. Las referidas empresas tuvieron la oportunidad de efectuar tales alegaciones, en general, durante todo el procedimiento administrativo y, en particular, luego de las reuniones sostenidas entre la FNE y cada una de las empresas investigadas en que la primera manifestó sus reparos respecto del cobro de tarifas de seguridad.

Todo lo anterior sin perjuicio de que un pronunciamiento de la FNE sí puede repercutir en la intensidad del reproche que se pueda efectuar al agente económico, tal como explico *infra*.

*3. Relación de este cambio de criterio con la revocación de los actos administrativos (regulada en el art. 61 LBPA). Configuración o no de esa hipótesis*

La revocación se erige como una potestad de revisión de oficio de los actos dictados por la autoridad, y está consagrada en el artículo 61 LBPA. En efecto, se considera que la revocación es la posibilidad que tiene la Administración para ordenar el retiro del ordenamiento jurídico de un acto administrativo válido y que ella misma dictó, en consideración a que se vulnera el interés público. Esta es una decisión no sujeta a plazo y discrecional<sup>32</sup>. Además, sus efectos son *ex nunc* o *pro futuro*. La revocación tiene límites que define el propio art. 61 LBPA, que son: (i) actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente; (ii) cuando la ley haya determinado expresamente otra forma de extinción; (iii) cuando por la naturaleza del acto y por su regulación, se impida que sea dejado sin efecto<sup>33</sup>.

La decisión de la FNE de abrir la investigación Rol N° 2645-21 FNE, respecto de hechos que fueron parte de una denuncia Rol N°2589-19 FNE que fue archivada, no puede considerarse un acto revocatorio. Esto es así porque, para que exista un acto revocatorio, se necesita en primer lugar algún acto que haya generado, en consideración de las normas legales establecidas por el legislador, una válida expectativa sobre la conformidad de un comportamiento con la libre competencia. Dado que la FNE expresamente no tiene tales atribuciones, no podría postularse que el ente persecutor entregó algún tipo de validación respecto a que determinada actuación no es contraria a la libre competencia, y que por tanto con una nueva investigación se esté revocando tal declaración, algún derecho adquirido o alguna válida expectativa. Lo único que hizo la FNE fue decidir no investigar en una primera instancia, para posteriormente, en base a una nueva denuncia, decidir iniciar un proceso investigativo formal en observancia de su obligación de resguardar la libre competencia en la esfera de sus atribuciones. No hacerlo implicaría incumplir su mandato legal y, por tanto, la juridicidad.

Así las cosas, no se anuló o revocó la decisión de archivo Rol N° 2589-19 FNE, sino que se justificó la instrucción de la investigación Rol N°2645-21 FNE según un mejor análisis de los antecedentes.

#### *4. Relación de este cambio de criterio con la protección de la confianza legítima. Configuración o no de esa hipótesis*

Se ha reconocido que debido a los artículos 1° inc. 4° y 19 N° 2 inc. 2° de la Constitución se le impone a la Administración el deber de promover el bien común, en igualdad, para permitir a todos los integrantes de la Nación su mayor realización posible, por lo que no es permitido que despliegue su actividad variando drásticamente su opinión en el tratamiento de casos similares, afectando las condiciones favorables que se habían generado respecto de los administrados en relación con alguna temática en particular y creando consecuencias gravosas para la seguridad y estabilidad jurídica<sup>34</sup>.

La decisión de instruir la investigación N°2645-21 FNE sobre antecedentes que antes estaban archivados o la decisión de variar respecto de la fiscalización de un determinado

<sup>32</sup> Dictámenes de la Contraloría General de la República N°s. 96.610, de 2015; y, 15.331, de 2018.

<sup>33</sup> Como el caso de las medidas disciplinarias, según Dictamen de la Contraloría General de la República N° 24.460, de 2018.

<sup>34</sup> CORDERO VEGA (2015) pp. 109-113. Véase también: PHILLIPS LETELIER, Jaime (2020): *La protección de expectativas en el Derecho administrativo chileno* (Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia), pp. 52-58; y, BERMÚDEZ (2011) pp. 85-95.

agente económico, no significa una modificación que constituya una vulneración al principio de confianza legítima, por las siguientes razones:

(i) Son las resoluciones del TDLC, dictadas en procesos contenciosos o no contenciosos, los que generan certeza a los particulares respecto de los hechos, actos o contratos que ejecutan y su conformidad con la libre competencia. La ley expresamente ha negado que la FNE pueda ejercer tales facultades. Si los particulares requieren tal certeza, se encuentran habilitados por ley para iniciar el proceso no contencioso consagrado en el artículo 18 N° 2 del DL 211 ante el TDLC y obtener de ese ente jurisdiccional el pronunciamiento que valide el hecho, acto o contrato consultado.

(ii) En el caso concreto objeto de este Informe y como en todo otro en que se decide archivar por la FNE, siempre se hace presente formalmente que con el mérito de *nuevos antecedentes* se podrá instruir una investigación de prácticas contrarias a la libre competencia, de forma que siempre se ha comunicado que los administrados quedan igualmente sujetos a una futura investigación por los mismos hechos.

(iii) De la decisión potestativa de la FNE del archivo de los antecedentes no surgen derechos adquiridos ni expectativas legítimas, pues lo que hace la FNE es solamente decidir si continúa con un proceso investigativo, sin perjuicio de que el razonamiento de tal Servicio en sus decisiones pueda implicar un menor reproche de los infractores en un proceso judicial, lo cual se debe analizar caso a caso. No puede pretenderse que la FNE hubiese estatuido un derecho a menoscabar la libre competencia, si es que posteriormente se constata que los hechos que fueron archivados y no investigados sí generan efectos anticompetitivos.

(iv) En el supuesto improbable que se otorguen derechos a un particular, se ha precisado<sup>35</sup> por parte de la Corte Suprema<sup>36</sup> que ya no existe un automático reconocimiento de la confianza legítima al otorgarse derechos favorables a un administrado, sino que se debe verificar la legalidad del acto, la actuación del beneficiado y el actuar del Servicio Público, todo lo cual deberá ser ponderado eventualmente por el TDLC.

En definitiva, la FNE no puede generar confianza a los particulares de que su actuar se ajusta a la libre competencia. De hecho, cualquier particular, como hemos mencionado, podría solicitar al TDLC que conozca los mismos hechos que fueron objeto de un archivo de la FNE, e imponga al respecto las sanciones respectivas.

Postular que una actuación de la FNE genera confianza implicaría reconocer que la FNE actúa fuera del principio de legalidad, excediendo sus atribuciones establecidas por la ley, porque hemos explicado que el ente persecutor no puede validar hechos, actos o contratos, facultad exclusiva del TDLC.

*5. Efectos de ese cambio de criterio en la responsabilidad de un agente económico, sea que se considere bajo el ámbito de la confianza legítima o no.*

Los agentes económicos sujetos a la investigación Rol N° 2645-21 FNE, no podrían pretender que la resolución de archivo Rol N°2589-19 FNE constituye un *precedente*

<sup>35</sup> Así lo ha precisado: CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2021): El permiso de construcción desde la perspectiva del Derecho administrativo general. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (N°33, enero - junio 2021) pp. 53-57.

<sup>36</sup> SCS del 14 de febrero de 2022, Rol N°59.302-2021, C. 5°.

*administrativo* vinculante a futuro para la propia FNE, para pretender así que el ente persecutor se aparte del principio de legalidad y desatienda la protección del bien jurídico en esta sede.

Dadas las atribuciones que el DL 211 ha establecido expresamente respecto de la FNE y respecto del TDLC, conocidas por los administrados, no existe una confianza emanada de las decisiones del ente persecutor que cubra conductas pasadas o futuras, que tengan la aptitud de declarar la legalidad o ilegalidad de determinado actuar. Como explicamos, si los administrados pretenden aspirar a una decisión de la cual se derive la confianza de que su actuar es conforme a la libre competencia, deben solicitar un pronunciamiento al TDLC según los procedimientos consagrados en el DL 211, por ejemplo, en el artículo 18 N°2 del DL 211.

Con todo, lo anterior no significa que la decisión de la FNE de archivar una denuncia no tenga ningún tipo de efecto sobre los administrados, más aún cuando se trata de un órgano técnico especializado en materias de libre competencia. En este sentido, es del caso que si la FNE, en una decisión de archivo, considera expresamente que según su apreciación no hay antecedentes que reflejen un ilícito anticompetitivo, tal manifestación sí podría generar en los administrados alguna percepción de licitud, lo cual, dado el análisis de culpabilidad en un proceso sancionatorio, deberá ser ponderado por el TDLC al imponer la eventual sanción, porque tales administrados podrían haber actuado de buena fe, principio fundamental en nuestra tradición.

La responsabilidad en esta sede emana de la ley y no de lo que pueda incluso decir la FNE, pero el reproche que merece el infractor se podría ver eventualmente aminorado. Aunque el reproche sea atenuado, el hecho, acto o contrato que genera efectos nocivos debe ser modificado o eliminado, considerando el interés general comprometido, por lo que la FNE jamás se podría abstener de cumplir con la misión a la cual fue llamada por ley y permitir que se mantenga una situación antijurídica, contrariando el principio de legalidad que debe cumplir.

Además, también debe considerarse que el archivo objeto de este Informe se dio en el contexto del artículo 41 del DL 211, es decir, sin una investigación formal, sino que únicamente en base a antecedentes recabados en un breve plazo, para analizar la conveniencia de seguir o no con diligencias adicionales. No se trató de una investigación en los términos de la letra a) del artículo 39 del DL 211.

Como ya he mencionado, con fecha 23 de noviembre de 2020 ingresó una nueva denuncia a la FNE, indicando que esta vez no solo TPSV estaba efectuando el supuesto cobro abusivo, sino que también STI. La FNE también identificó que el agente económico DWSA había establecido esta tarifa, por lo que inició una investigación el 17 de marzo de 2021. En tal resolución expresamente se indica que el establecimiento de esta tarifa por las tres empresas “podría dar cuenta de prácticas que estarían disminuyendo la intensidad competitiva de los mercados en donde incide esta tarifa, que podrían ser contrarias al DL 211”, resultando necesario entonces “recabar mayores antecedentes en el marco de una Investigación”. De esta forma, ya al 17 de marzo de 2021 la FNE transmitió a estos tres agentes económicos que su comportamiento podría constituir prácticas reñidas con el DL 211, habiéndose decidido aquellas continuar con tal comportamiento.

En suma, es a propósito del reproche que finalmente se pueda hacer a las empresas, de existir un acto anticompetitivo, que puede llegar a considerarse la decisión previa de la FNE.

#### 6. El tema de la retroactividad

Paso a analizar la institución y principio de la prohibición de la retroactividad y su relación con el caso concreto objeto de este Informe.

El artículo 52° LBPA dispone que los actos administrativos, por regla general, no tendrán efecto retroactivo. En otras palabras, los actos administrativos solo tienen efectos hacia el futuro (*ex nunc*). Sin embargo, esa misma disposición, establece que por excepción pueden tener efectos desde siempre (*ex tunc*), que es para los casos en que se produzcan condiciones favorables para los administrados y no se lesionen derechos de terceros. Por lo tanto, los actos administrativos expiden sus efectos desde su notificación o publicación, que es el momento en que se perfeccionan; y, en las dos excepciones pueden tener efectos desde siempre: cuando sea favorable y no lesione derechos.

En sede de libre competencia, y dadas las atribuciones de fiscalización de la FNE, es de la naturaleza que sus resoluciones de inicio de investigación abarquen hechos acaecidos en el pasado y que, eventualmente, continúan ejecutándose, para evaluar su conformidad con el DL 211, por lo que no existe una infracción a la prohibición de retroactividad. El problema que se suscita en el caso objeto de este informe es si la resolución que instruyó la investigación Rol N° 2645-21 FNE puede avocarse a conocer hechos que preliminarmente y en una etapa de admisibilidad se analizaron en la resolución de archivo Rol N° 2589-19 FNE.

Para dar respuesta a tal pregunta debe considerarse que, como expliqué, mediante sus resoluciones de archivo, ya sea de una denuncia en el contexto del artículo 41 del DL 211 o de una investigación desarrollada conforme al artículo 39 letra a) del mismo cuerpo normativo, la FNE no se encuentra facultada por ley para declarar la conformidad de determinado comportamiento con las reglas de la libre competencia. Es el TDLC, en virtud de los artículos 18 y 32 del DL 211, el que por ley puede entregar certeza a los administrados respecto de su actuar y su conformidad con la libre competencia.

De esta forma, dado que al archivar la denuncia Rol N°2589-19 FNE, este organismo no pudo legalmente aprobar ningún tipo de comportamiento, manteniendo el TDLC siempre la posibilidad de declararlo contrario al DL 211, al presentar por ejemplo un particular una demanda por los mismos hechos, el ente persecutor puede avocarse a conocer los mismos hechos sin infringir el principio de irretroactividad, porque los particulares no recibieron ningún derecho o válida expectativa.

### III. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR LA FNE

#### 1. *¿Qué naturaleza tienen los actos de la FNE en el ámbito de las investigaciones para comprobar ilícitos anticompetitivos que desarrolla?*

Conforme a lo expuesto, los actos que ejecuta la FNE para investigar conductas contrarias a la libre competencia son actos administrativos de aquellos regulados en la LBPA. Dichos actos son unilaterales y emanan de la potestad de intervención o de policía que el legislador le entregó a ese servicio para tutelar la libre competencia. Una vez instruido el

procedimiento de fiscalización, la FNE debe ejecutar una serie de actos procesales reglados conforme al DL 211 y supletoriamente por la LBPA, que pueden culminar eventualmente en una acción ante el TDLC u otra actuación de la FNE. La decisión de instruir o archivar un procedimiento de fiscalización por parte de la FNE es absolutamente discrecional, dado que cuenta con un ámbito de liberalidad establecida expresamente por la ley.

2. *En particular, ¿la decisión de archivo de una investigación tiene el carácter de precedente administrativo?*

Como expongo más arriba, el *precedente administrativo* no tiene reconocimiento normativo, sin que exista una regla que establezca la obligatoriedad o la vinculatoriedad de las decisiones anteriores de la Administración, como una especie de fuente del derecho. La Administración siempre puede cambiar de criterio, debiendo efectuarse, tal como ha indicado la jurisprudencia, algunos resguardos, entre ellos, que se incorporen fundamentos o motivación para el cambio, que exista audiencia previa y que no exista retroactividad. Lo anterior, con el fin de evitar que esos cambios produzcan afecciones a los derechos subjetivos de los particulares, ya sea que estén consagrados en la Constitución o las leyes, o en principios generales de derecho.

Además, la legitimidad y alcances de los cambios de criterio deben analizarse en cada caso, en consideración de la regulación en particular que ha entregado el legislador al respectivo órgano.

Como señalo *supra*, en el caso de la libre competencia, la ley ha sido clara en establecer dos órganos con atribuciones particulares y delimitadas. En esa distribución de competencias, expliqué que el TDLC otorga certezas a los agentes económicos sobre la conformidad de su comportamiento con la libre competencia, ya sea en un procedimiento contencioso o no contencioso, y no la FNE. Así, las decisiones anteriores de la FNE no podrían ser vinculantes a futuro ni constituir una especie de fuente normativa que llegara a alterar de algún modo esta distribución de competencias entregadas por el legislador.

El TDLC no se encuentra vinculado por las actuaciones de la FNE, por lo que podría avocarse a conocer a hechos que fueron objeto de un archivo por parte del ente persecutor si es que un particular decide presentar una demanda. Aquello acredita que las actuaciones de la FNE, por ley, no entregan una certeza o confianza válida a los administrados sobre la conformidad con el DL 211 de su comportamiento. Aquello sin perjuicio del reproche que el agente económico merezca considerando los pronunciamientos del ente persecutor.

A pesar de lo anterior, la resolución de inicio de la investigación Rol N° 2645-21 FNE, se encuentra suficientemente motivada –con una motivación *reforzada*–, tal como se ha explicado, transmitiéndose a las empresas investigadas de modo directo que su comportamiento sí podría constituir una infracción anticompetitiva. Si es posible hablar de un cambio de criterio, aquel se refiere a la decisión de no investigar ciertos hechos, y no a que tales hechos no fueran anticompetitivos, porque la FNE no tiene las atribuciones para efectuar tal determinación. En la resolución de archivo Rol N° 2589-19 FNE expresamente indicó que nuevos antecedentes podrían ameritar la apertura de una investigación; es decir, la posibilidad que los mismos actos pudiesen ser constitutivos de una infracción siempre quedó abierta.

Además, dado que la resolución de inicio Rol N° 2645-21 FNE abrió un proceso investigativo, las tres empresas pudieron efectuar sus descargos y argumentar por qué, en su

apreciación, los cobros que efectuaban no eran anticompetitivos, presentándose por tanto una audiencia previa.

Finalmente, el requerimiento de la FNE no genera efectos retroactivos negativos respecto de la empresa que fue objeto de la indagatoria de admisibilidad previa, en tanto, como se ha señalado en reiteradas oportunidades, la Fiscalía no tiene las potestades para validar actuaciones eventualmente ilícitas, sino que tal competencia se radica en el TDLC, la que puede ser ejercida en procedimientos contenciosos o no contenciosos.

De esta forma, un agente económico sobre el cual se instruya un procedimiento de fiscalización por estimar que concurren actos atentatorios a la libre competencia y que con anterioridad se habían archivado los antecedentes no podrá alegar que tal archivo, por tratarse de un cambio de criterio de la FNE, constituye en sí mismo una ilegalidad o arbitrariedad, a raíz de lo cual a futuro la FNE quedaría privada de la posibilidad de ejercer sus atribuciones persecutorias.

Se debe tener presente que el criterio sostenido en una decisión anterior puede ser variado, pero este cambio de criterio debe realizarse a través de una decisión motivada. La instrucción del procedimiento de fiscalización siempre podrá justificarse en el bien público de la libre competencia, que trasciende intereses particulares.

3. *¿Qué efectos genera en un agente económico la decisión de archivo de la FNE en la que descartó que su comportamiento configurase un ilícito anticompetitivo?*

Respecto de la responsabilidad del agente económico y su sujeción a las normas de la libre competencia, no produce ningún efecto. No se constituyen derechos subjetivos ni expectativas que gozan de protección, según la regulación especial que entregó el legislador en esta sede, particularmente el artículo 32 del DL 211. Pues, el archivo es una decisión potestativa y discrecional sólo de la FNE, manteniendo el agente económico su sujeción a la ley, y a la intervención y policía del ente persecutor. De hecho, en el caso objeto de este informe, la FNE indicó que si aparecen nuevos antecedentes que permitan estimar que hay actos contrarios a la libre competencia, podrá instruirse un procedimiento de fiscalización, pudiendo considerarse un aviso a los agentes de lo que ya está expresado en la ley, esto es, que no se genera una confianza legítima tal que impida nuevas investigaciones sobre la misma materia que fue objeto de archivo.

No obstante, como explico *supra*, no se puede mencionar que la decisión anterior de la FNE no tenga ningún tipo de repercusión sobre los administrados, más aún en su calidad de órgano especializado en esta materia, que puede proporcionar alguna percepción de legalidad a determinado comportamiento. El pronunciamiento de la FNE podría repercutir, según las circunstancias del caso, en el reproche que finalmente merece el administrado.

Además, no se debe olvidar, que en el caso particular que se analiza en este informe, la resolución de archivo Rol N° 2589-19 FNE se dio en el contexto de la etapa breve de admisibilidad de la denuncia, regulada en el artículo 41 del DL 211, y no en el contexto de una investigación profunda y acabada del artículo 39 letra a) del DL 211, lo que también es un elemento que considerar al momento de sopesar la percepción de los agentes respecto de la licitud o ilicitud de su actuar.

4. *¿Qué efectos genera tal decisión de archivo en agentes económicos que se encuentran en la misma situación que aquel que fue previamente investigado?*

Bajo la perspectiva analizada a lo largo de este Informe, genera el mismo efecto indicado anteriormente, en la medida que se trate de la misma situación, matizado de todos modos por las particularidades que respecto de tales agentes pueda identificarse, considerando que no fueron objeto de las indagatorias previas que condujeron a la inadmisibilidad de la primera denuncia.

*5. ¿Una decisión de archivo impide a la FNE abocarse a los mismos hechos? ¿Es aquello compatible con la obligación de la FNE de resguardar la competencia en los mercados?*

La FNE se debe al principio de legalidad y juridicidad, y como tal tiene la obligación de resguardo de la competencia en los mercados, y de ejercer sus atribuciones legales cuando considera que resulta pertinente y existe una afectación al interés general de la colectividad en el orden económico. Así, incluso si previamente archivó ciertos antecedentes, puede nuevamente avocarse a conocer de los mismos hechos, pues he explicado que las decisiones anteriores de la FNE no tienen por virtud dar certeza a los administrados sobre la conformidad de su comportamiento con la libre competencia que implique alguna especie de inmunidad respecto de tales hechos. Aquello sólo lo puede hacer el TDLC, y si los particulares requieren tal certeza, se encuentran habilitados por ley para buscarla en tal órgano jurisdiccional, según la regulación del DL 211.

La decisión de archivo de la FNE es una decisión de mérito, oportunidad y conveniencia, que concurre cuando ese Servicio estima que no hay conductas contrarias a la libre competencia, y que siempre deja abierta la posibilidad de instruir el procedimiento de fiscalización por considerar, de un mejor estudio de los antecedentes, que concurren actuaciones anticompetitivas.

*6. ¿Una decisión de archivo impide que el TDLC ejerza sus funciones y resguarde la libre competencia?*


El TDLC nunca se ve sujeto a las decisiones de la FNE. En efecto, incluso ante un archivo del ente persecutor, los particulares pueden iniciar un proceso judicial y el TDLC podría avocarse a conocer, juzgar y sancionar respecto de los mismos hechos que la FNE pudo haber archivado.

## **Corolario**

1° La FNE tiene como misión y función institucional velar por la libre competencia. Para ello el legislador le entregó un catálogo de atribuciones frente a actos que define y tipifica como anticompetitivos y herramientas para fiscalizarlos a fin de solicitar que sean corregidos, prohibidos o reprimidos. En especial, a ese Servicio se le dotó de una decisión de mérito, oportunidad y conveniencia de instruir un procedimiento de fiscalización respecto de un determinado agente económico, para cuando estime que puede haber conductas contrarias a la libre competencia. Para arribar a la decisión de archivar o de instruir un procedimiento de fiscalización también el legislador le entregó herramientas, como la solicitud de antecedentes y citar a una audiencia al agente económico respectivo.

2º La decisión de archivo de una denuncia anterior por la FNE, ante unos mismos hechos, no le impide alterar la decisión ante nuevos antecedentes, aumentando la necesidad de motivación de la nueva decisión de no realizar ese archivo ante un caso idéntico. Por el contrario, el agente económico respecto del cual se instruye un procedimiento de fiscalización sobre una hipótesis que antes se había archivado, no podrá utilizar el criterio contenido en la decisión anterior, en que se dispuso el archivo; pues tal administrado no obtuvo ningún derecho, validación o confianza, según disposición legal, y en consideración a que conforme a lo establecido en el DL 211 es el TDLC el órgano destinado a otorgar certeza a los agentes económicos, salvo por el caso de las operaciones de concentración. Instruir un procedimiento de fiscalización de la FNE sobre un caso que antes se había archivado, siempre debe gozar de un estándar de motivación en el interés público y que justifica el cambio de criterio.

Es todo cuanto puedo informar de acuerdo con lo solicitado.

Powered by  Firma electrónica avanzada  
**ALEJANDRO BASILIO**  
**VERGARA BLANCO**  
2024.06.18 16:50:45 -0400

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

Santiago, 18 de junio de 2024