

INFORME EN DERECHO
SOBRE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL COBRO DE
TARIFAS DE SEGURIDAD EN EL CASO DE LA
CONCESIÓN PORTUARIA DE STI Y LA EVENTUAL
PROCEDENCIA DE LA MULTA

Andrés Fuchs Nissim

Abogado

LLM, Harvard Law School

Magíster Razonamiento Probatorio, Universidad de Girona

Profesor de Derecho, Universidad de Santiago

Abogado Integrante Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago

Santiago, marzo de 2026.

Contenido

I. ANTECEDENTES	5
I.1. Requerimiento FNE	5
I.2. Contestación de STI	9
I.3. Divergencia jurídica entre las posiciones de la FNE y STI y problemas que plantea	12
PRIMERA PARTE:	16
I. INTRODUCCIÓN A LA PRIMERA PARTE	17
II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	18
II.1. Sentencia N° 73/2008 (H. TDLC) y sentencia de la Excma. Corte Suprema (Rol N° 5505-2008)	18
(i) Hechos del caso	18
(ii) Metodología de análisis del Tribunal	19
(iii) Conclusión del caso	20
(iv) Relevancia para el caso STI	21
II.2. Sentencia N° 75/2008 (H. TDLC) y sentencia de la Excma. Corte Suprema (Rol N° 6545-2008)	22
(i) Hechos del caso	23
(ii) Metodología de análisis del Tribunal	24
(iii) Conclusión del caso	27
(iv) Relevancia para el caso STI	27
II.3. Sentencia N° 85/2009 (H. TDLC)	29
(i) Hechos del caso	29
(ii) Metodología de análisis del Tribunal	29
(iii) Conclusión del Tribunal	30
(iv) Relevancia para el caso STI	31
II.4. Sentencia N° 100/2010 (H. TDLC) y sentencia de la Excma. Corte Suprema (Rol N° 6574-2010)	31
(i) Hechos del caso	31
(ii) Metodología de análisis del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	32
(iii) Conclusión del TDLC	33
(iv) Revisión de la Excma. Corte Suprema	34
(v) Relevancia para el caso STI	36
II.5. Sentencia N° 121/2012 (H. TDLC)	37

(i)	Hechos del caso	37
(ii)	Metodología de análisis del Tribunal	38
(iii)	Conclusión del Tribunal	39
(iv)	Relevancia para el caso STI.....	41
II.6	Síntesis de las reglas jurisprudenciales derivadas de los casos analizados	41
II.7	Confrontación de las tesis de las partes con la jurisprudencia.....	43
III.	LA TESIS QUE SOSTIENE ESTE INFORME Y SU CONSECUENCIA METODOLÓGICA	44
IV.	EL DISEÑO INSTITUCIONAL Y REGULATORIO DEL SISTEMA PORTUARIO CONCESIONADO	47
IV.1	La falla de mercado que justifica la regulación portuaria	47
IV.2	El rol de la autoridad de competencia en el diseño del sistema portuario concesionado	48
IV.3	El régimen tarifario aplicable a STI	50
IV.4	Aplicación del régimen concesional al caso de STI	52
V.	EL EFECTO JURÍDICO DEL CUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN CONCESIONAL.....	54
V.1	El rol del control preventivo en el sistema chileno de libre competencia.....	54
V.2	Naturaleza jurídica de las decisiones no contenciosas del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	55
V.3	El efecto jurídico del artículo 32 del Decreto Ley N° 211	56
VI.	CONSECUENCIA JURÍDICA DEL CARÁCTER COMPETITIVO DEL RÉGIMEN CONCESIONAL	58
VI.1	Aplicación de la regla jurisprudencial al caso de STI.....	58
VI.2	Consideraciones adicionales para el caso de no aplicarse el artículo 32	60
	SEGUNDA PARTE	65
I.	INTRODUCCIÓN SEGUNDA PARTE.....	66
II.	ESTRUCTURA DEL ILÍCITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	68
II.1.	La estructura del ilícito	68
II.2.	La culpabilidad como presupuesto del reproche sancionatorio.....	70
II.3.	Distinción entre infracción y sanción: el carácter no automático del reproche punitivo	71
III.	EXCLUSIONES Y LÍMITES EN EL EJERCICIO DE LA DETERMINACIÓN DE UN ILÍCITO ANTICOMPETITIVO	75
III.1.	Metodología de análisis del injusto sancionatorio	75

III.2	Exclusión intrínsecas al ilícito.....	78
(v)	Exclusión de tipicidad	78
(vi)	Exclusión de antijuridicidad.....	78
(vii)	Exclusión de culpabilidad	80
III.3	Exclusiones extrínsecas al ilícito	83
(i)	Prescripción.....	84
(ii)	Non bis in idem.....	85
(iii)	Irretroactividad de la norma y del criterio sancionador.....	85
III.4	Atenuación del reproche: la confianza legítima.....	87
III.5.	Consecuencias jurídicas de las exclusiones, el debilitamiento del reproche y los límites al ejercicio del poder sancionador.....	89
IV.	RECONSTRUCCIÓN DEL OBJETO FÁCTICO DEL CASO: ANÁLISIS DE LOS EFECTOS DEL INFORME DE ARCHIVO DE LA FNE RESPECTO DEL ACTUAL REQUERIMIENTO.....	90
IV.1.	Identidad sustancial entre el expediente archivado y el Requerimiento actual	91
IV.2.	Sobre las justificaciones de la Fiscalía para la presentación del Requerimiento	95
V.	EFFECTOS DEL CAMBIO DE CRITERIO DE LA AUTORIDAD EN LA CULPABILIDAD, EL REPROCHE Y LA PROCEDENCIA DE LA MULTA	102
V.1.	Error de prohibición y cambio de criterio de la autoridad.....	103
V.2.	Irretroactividad del cambio interpretativo y su incidencia en el reproche	106
V.3.	Confianza legítima.....	109
V.4.	Consecuencias en la procedencia del reproche y de la sanción	112
(i)	Exclusión de la culpabilidad: error de prohibición invencible	112
(ii)	Exclusión del reproche por irretroactividad del estándar aplicado	113
(iii)	Confianza legítima.....	113
(iv)	Consecuencias de la aplicación de estas instituciones al caso.....	113

I. ANTECEDENTES

I.1. Requerimiento FNE

1. La Fiscalía Nacional Económica (la “**Fiscalía**” o “**FNE**”) ha presentado un requerimiento en contra de Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A. (“**TPS**”), San Antonio Terminal Internacional S.A. (“**STI**”) y DP World San Antonio S.A. (“**DPW**” y en conjunto con TPS y STI, las “**Requeridas**”), al considerar que “[l]as *Requeridas* han infringido el artículo 3° incisos primero y segundo letra b) del DL 211 al ejecutar, cada una, un abuso de posición dominante, consistente en el cobro injustificado de una tarifa básica por concepto de seguridad en la transferencia de carga, a los importadores y exportadores cuyas mercancías se movilizan a través de los terminales portuarios que operan tales empresas en la Región de Valparaíso”¹ (“**Requerimiento**”).

2. De acuerdo con lo indicado en el Requerimiento, el cobro que realizan las *Requeridas* sería injustificado por tres razones: (i) porque se efectuaría a usuarios que no mantienen vínculos comerciales directos con los terminales portuarios; (ii) porque se referiría a actividades que ya habrían sido remuneradas a través de la tarifa por servicios básicos de transferencia de carga cobrada a las empresas navieras; y, (iii) porque no encontraría respaldo económico en gastos o inversiones extraordinarias².

3. Respecto de la primera razón, el Requerimiento sostiene que “los *importadores y exportadores se encuentran cautivos respecto del terminal portuario que determinan las empresas navieras y que, por lo tanto, cada una de las Requeridas tiene una posición de dominio respecto de tales usuarios en el mercado de las actividades de seguridad registradas como servicios básicos ante*

¹ Requerimiento, p. 2.

² En un primer momento, el Requerimiento señala solo las primeras dos de estas razones (“El cobro de esta tarifa a los importadores y exportadores es injustificado, considerando que son las empresas navieras las que mantienen vínculos comerciales con los terminales portuarios respecto de los servicios básicos. Además, este cobro se refiere a actividades de seguridad que ya son remuneradas a las *Requeridas* a través de la tarifa por los servicios básicos de transferencia de carga cobrada a las empresas navieras, sin que tampoco encuentre respaldo en gastos o inversiones extraordinarias” [Requerimiento, p. 2]), pero luego agrega la tercera (“Como quedará en evidencia, H. Tribunal, los cobros por tarifas de seguridad son injustificados porque se efectúan a usuarios que no mantienen vínculos comerciales con los terminales portuarios, y porque se refieren a actividades que ya han sido cobradas a las empresas navieras en la tarifa por servicios básicos de transferencia de carga, además de no encontrar respaldo en gastos o inversiones extraordinarias” [Requerimiento, p. 7]).

*las respectivas empresas portuarias cobradas a través de las tarifas de seguridad*³.

4. En este sentido, la FNE plantea que los consignatarios —importadores y exportadores— carecerían de alternativas efectivas dentro del mismo puerto para acceder a los servicios asociados a la transferencia de carga, lo que permitiría a las concesionarias imponerles el cobro de la tarifa de seguridad.

5. En cuanto a la segunda razón, el Requerimiento sostiene que el cobro sería injustificado porque las actividades de seguridad ya habrían sido remuneradas a través de la tarifa por los servicios básicos de transferencia de carga cobrada a las empresas navieras⁴.

6. Este argumento es reforzado por la propia FNE al señalar que “*el carácter injustificado del cobro vuelve a quedar en evidencia si se considera que las Requeridas tampoco han logrado diferenciar el tipo de actividades de seguridad aprovechadas por importadores y exportadores, de aquellas destinadas a compañías navieras*”⁵.

7. Finalmente, respecto de la tercera razón, la FNE afirma que el cobro carecería de justificación económica, en la medida en que los ingresos asociados a la tarifa de seguridad excederían los costos de las actividades que supuestamente busca cubrir.

8. En particular, el Requerimiento sostiene que “*el cobro por tarifas de seguridad no encuentra respaldo económico en los supuestos desembolsos que han efectuado TPS, STI y DPW, ya que los ingresos por tal ítem exceden con creces los costos por condiciones de seguridad informados por las Requeridas*”⁶.

³ Requerimiento, p. 10.

⁴ “El cobro de esta tarifa a los importadores y exportadores es injustificado, considerando que son las empresas navieras las que mantienen vínculos comerciales con los terminales portuarios respecto de los servicios básicos. Además, este cobro se refiere a actividades de seguridad que ya son remuneradas a las Requeridas a través de la tarifa por los servicios básicos de transferencia de carga cobrada a las empresas navieras” (Requerimiento, p. 2).

⁵ Requerimiento, p. 13.

⁶ Requerimiento, p. 13.

9. En síntesis, la FNE sostiene que el cobro de la tarifa de seguridad constituiría un cobro injustificado que permitiría a las concesionarias portuarias explotar su posición dominante, al trasladar a importadores y exportadores un costo que, según la Fiscalía, ya estaría incorporado en los servicios básicos contratados por las empresas navieras y que, además, no respondería a costos o inversiones extraordinarias⁷.

10. El cobro de esta tarifa, según la FNE, constituiría un abuso explotativo de posición dominante, cometido individualmente por cada una de las Requeridas⁸. Cada una de ellas —agrega la Fiscalía— puede proporcionar una justificación a su comportamiento o acreditar que éste produce eficiencias que contrarresten cualquier eventual efecto anticompetitivo, correspondiéndoles alegar y acreditar tales aspectos. Sin embargo, sostiene que *“ninguna de las razones esgrimidas por las Requeridas constituye una justificación desde el punto de vista de la libre competencia al cobro de las tarifas de seguridad a importadores y exportadores, por lo que su comportamiento debe ser calificado como anticompetitivo”*⁹.

11. Para los efectos de este Informe, cobran particular relevancia los argumentos expuestos por la Fiscalía hacia el final de su Requerimiento, mediante los cuales pretende descartar tres posibles justificaciones del cobro cuestionado. En síntesis, la FNE sostiene que: (i) el hecho de que las tarifas cobradas se encuentren dentro del marco permitido por los contratos de concesión no es óbice para que puedan constituir una infracción a la libre competencia; (ii) el hecho de que dichas tarifas hayan sido aprobadas por las empresas portuarias correspondientes tampoco constituye una justificación suficiente, en tanto esa autorización se limitaría a verificar el cumplimiento del contrato de concesión y no la conformidad de la conducta con el Decreto Ley N° 211 (“**DL 211**”); y, (iii) el hecho de que en el pasado la Fiscalía haya decidido archivar una investigación relativa a este mismo cobro tampoco impediría que éste pueda ser considerado anticompetitivo.

⁷ “En suma, las conductas llevadas a cabo por las Requeridas configuran abusos de sus respectivas posiciones dominantes en el mercado de las actividades de seguridad registradas como servicios básicos, que han afectado a los importadores y exportadores cuya carga se transfiere en sus respectivos frentes de atraque. Gracias a estos comportamientos anticompetitivos, TPS, STI y DPW han logrado extraer rentas de un modo injustificado más allá de aquellas que podrían obtener bajo condiciones de competencia, resultando procedente que el H. Tribunal corrija y sancione estos abusos” (Requerimiento, p. 14).

⁸ “Es decir, cada una de las Requeridas, por separado, cometió un abuso anticompetitivo, derivado de un mismo tipo de cobro” (Requerimiento, p. 26).

⁹ Requerimiento, p. 28.

12. En relación con el primer punto, la Fiscalía señala expresamente que:

“Es importante destacar que el hecho que las tarifas cobradas por las Requeridas se encuentren dentro de los parámetros permitidos por la respectiva concesión no significa que su comportamiento descrito en este Requerimiento no pueda ser reprochado desde el punto de vista de la libre competencia. Lo anterior es así porque TPS, STI y DPW no se encuentran únicamente obligados por tales contratos, sino que también por las reglas generales contenidas en DL 211. Así, aunque el cobro de la tarifa de seguridad se ajuste formalmente a los parámetros establecidos en las respectivas concesiones —porque no supera los máximos permitidos—, aquella no cumple con lo dispuesto en el DL 211, pues se trata de un cobro injustificado que permitió a las Requeridas alterar aquellos ingresos que hubiesen recibido en un entorno competitivo”¹⁰.

13. En relación con el segundo punto, la FNE sostiene que el hecho de que las respectivas empresas portuarias hubiesen autorizado la implementación de las tarifas de seguridad no constituye un elemento exculpatario, afirmando que:

“el hecho que las respectivas empresas portuarias hubieren autorizado la implementación de las tarifas de seguridad no obsta al carácter anticompetitivo de estos cobros, considerando que tales empresas efectúan únicamente un análisis respecto del cumplimiento de las reglas de la concesión, bases de licitación y límites máximos de la regulación tarifaria, pero no respecto de la conformidad de determinada actuación con el DL 211”¹¹.

14. Finalmente, en cuanto al tercer punto, la Fiscalía descarta que el archivo previo de una investigación administrativa por este mismo cobro tenga efecto alguno sobre la calificación jurídica de la conducta, señalando que:

¹⁰ Requerimiento, p. 28.

¹¹ Requerimiento, p. 29.

“tampoco obsta a este carácter anticompetitivo el hecho que la FNE hubiese decidido no efectuar una investigación respecto de la tarifa de seguridad implementada por TPS, al archivar la denuncia Rol N°2589-19 FNE, ya que este Servicio no tiene facultades para resolver si determinados hechos, actos o contratos constituyen infracciones a la libre competencia —atribución exclusiva del H. Tribunal— y porque las Requeridas siempre se encuentran obligadas, como cualquier agente económico, a cumplir con las reglas establecidas en el DL 211 sobre protección de la libre competencia, bien jurídico integrante del orden público económico”¹².

15. Sobre la base de estos argumentos, la Fiscalía concluye que “[e]n definitiva, TPS, STI y DPW han ejecutado un abuso de posición dominante, específicamente aquel descrito en la letra b) del DL 211, al cobrar cada una de ellas tarifas de seguridad a importadores y exportadores cuya carga se moviliza a través de sus respectivos terminales. Existe mérito para que el H. Tribunal conozca y resuelva en conjunto los abusos descritos en esta presentación, evitando el riesgo de adoptar decisiones contradictorias respecto de similares comportamientos anticompetitivos, considerando también la unidad de la causa y que las acciones emanan de un mismo hecho, en tanto se trata de tarifas de la misma naturaleza establecidas respecto de importadores y exportadores, abarcando prácticamente la totalidad de la oferta de la Región de Valparaíso”¹³.

I.2 Contestación de STI

16. Por su parte, STI estructura su defensa en tres líneas argumentales principales, que buscan demostrar que el cobro de la denominada tarifa de seguridad no constituye una infracción a la libre competencia.

17. En una primera parte, la contestación sostiene que no puede existir una infracción a la libre competencia cuando la conducta reprochada se encuentra expresamente admitida por el marco regulatorio que la rige. En términos más específicos, plantea que un precio determinado no puede ser calificado como

¹² Requerimiento, p. 29.

¹³ Requerimiento, p. 30.

explotativo desde el punto de vista de la libre competencia si dicho precio no excede la regulación tarifaria aplicable al concesionario.

18. En este sentido, la contestación formula la siguiente pregunta como eje del debate jurídico: “*¿Puede una conducta unilateral, inserta dentro del marco permitido explícitamente por su marco regulatorio, vulnerar, a su vez, la libre competencia en términos explotativos?*”¹⁴.

19. Sobre esa base, STI sostiene que el *security fee* cuestionado en el Requerimiento se inserta íntegramente dentro del marco regulatorio que rige su actividad como concesionaria portuaria. En particular, argumenta que los servicios de seguridad asociados a la transferencia de contenedores constituyen servicios básicos, prestados en condiciones monopólicas y sujetos a tarifas máximas reguladas, cuyo contenido y forma de aplicación se encuentran determinados por las bases de licitación, el contrato de concesión y la regulación sectorial aplicable.

20. La contestación agrega que dichos servicios de seguridad se encuentran sujetos a una exhaustiva regulación sectorial, que comprende, entre otros aspectos: la definición de los servicios básicos sujetos a tarifas máximas; la determinación de los sujetos pasivos de dichas tarifas y la posibilidad de establecer tarifas diferenciadas de transferencia de carga para empresas navieras y consignatarios, posibilidad que —según la contestación— habría sido expresamente prevista en el procedimiento de preguntas y respuestas del proceso de licitación.

21. A partir de lo anterior, la contestación sostiene que un acto explícitamente permitido por la regulación sectorial no puede resultar contrario a la libre competencia, conclusión que afirma encontrar respaldo en una jurisprudencia consistente del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (el “**Tribunal**” o “**H. TDLC**”) y de la Excma. Corte Suprema.

22. Todas estas consideraciones, llevan a STI a concluir que “*todos estos análisis confirman, en suma, que un mismo acto no puede cumplir con el contrato de*

¹⁴ Contestación STI, p. 15.

concesión y al mismo tiempo constituir una infracción a la libre competencia (menos aún, una infracción de tipo explotativa)”¹⁵.

23. La contestación reconoce, sin embargo, que una empresa regulada sí puede infringir la libre competencia en determinados escenarios, aun cuando cumpla formalmente su regulación tarifaria. En particular, señala que ello podría ocurrir, por ejemplo, cuando la tarifa aplicada es fruto de una colusión; el concesionario cobra por servicios contemplados en el contrato de concesión pero que no son efectivamente prestados; el concesionario abusa de su poder de mercado fuera de su área de concesión; o una empresa regulada, pese a cumplir su regulación de precios, realiza actos exclusorios respecto de terceros.

24. No obstante, la contestación sostiene que todos esos escenarios se refieren a conductas realizadas al margen del marco regulatorio aplicable, lo que —a su juicio— los distingue de la situación reprochada por la Fiscalía en el presente caso.

25. En una segunda parte, la contestación argumenta que, incluso si se aceptara la premisa de la FNE en orden a analizar los efectos de libre competencia de la conducta reprochada con prescindencia del cumplimiento o no de la regulación sectorial, los hechos descritos en el Requerimiento tampoco constituirían un abuso de posición dominante. Para ello, STI cuestiona la definición de mercado relevante utilizada por la Fiscalía, niega la existencia de una posición dominante en dicho mercado y sostiene que la conducta reprochada no se encuadra dentro de las categorías típicas de abuso explotativo.

26. Finalmente, en una tercera parte, la contestación sostiene que, aun en el evento de que el Tribunal estimare configurada una infracción a la libre competencia, no podría imponerse sanción alguna a STI, por tres razones adicionales: (i) la conducta reprochada se encontraría prescrita; (ii) EPSA sería el verdadero legitimado pasivo —o al menos un litisconsorte necesario— al haber aprobado y registrado la tarifa cuestionada; y (iii) STI habría actuado amparada por una confianza legítima, derivada tanto de la aprobación de la tarifa por la empresa portuaria como del archivo previo de una investigación de la FNE relativa al mismo cobro.

¹⁵ Contestación STI, p. 37.

27. En particular, la contestación afirma que: *“la pregunta relevante que ha de hacerse al analizar la confianza legítima es si existe algún acto administrativo que haya sido apto para que STI haya tenido la confianza de que la conducta que estaba realizando se encontraba en conformidad con la libre competencia”*¹⁶.

28. A juicio de la demandada, la respuesta a dicha pregunta sería afirmativa, en atención a que *“tanto lo resuelto por la FNE en su minuta de archivo en la investigación Rol 2589-2019, como la aprobación de la tarifa por parte de EPSA constituyen antecedentes directamente relacionados con los hechos que ahora se le reprochan”*¹⁷.

29. Sobre la base de estos argumentos, STI concluye que la conducta reprochada no constituye una infracción a la libre competencia y que, aun en el evento de estimarse lo contrario, la existencia de confianza legítima excluiría —o al menos atenuaría— cualquier eventual responsabilidad sancionatoria.

I.3 Divergencia jurídica entre las posiciones de la FNE y STI y problemas que plantea

30. Del contraste entre el Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica y la contestación de STI se desprende que el desacuerdo entre las partes se refiere principalmente al alcance jurídico del marco regulatorio que rige la actividad concesionada y, en particular, a la relación entre dicho marco regulatorio y el derecho de la libre competencia.

31. En efecto, mientras la Fiscalía sostiene que el hecho de que la tarifa cuestionada se encuentre dentro de los parámetros permitidos por el contrato de concesión y haya sido aprobada por la empresa portuaria correspondiente no impide que pueda ser considerada anticompetitiva, pues los concesionarios se encuentran obligados no solo por su regulación sectorial, sino también por las normas generales del DL 211¹⁸, STI sostiene que el cumplimiento del marco regulatorio que rige su

¹⁶ Contestación STI, p. 81.

¹⁷ Contestación STI, p. 81.

¹⁸ Requerimiento, p. 28.

actividad excluye la posibilidad de reproche en sede de libre competencia, al menos en lo que respecta a supuestos abusos explotativos¹⁹.

32. Desde la perspectiva de la FNE, por tanto, la regulación sectorial y el derecho de la libre competencia operan en planos completamente independientes, de modo que el cumplimiento del contrato de concesión constituiría un elemento jurídicamente irrelevante para determinar la existencia de un abuso de posición dominante.

33. STI, por el contrario, sostiene que un mismo acto no puede simultáneamente ajustarse a la regulación tarifaria sectorial —establecida precisamente para disciplinar el ejercicio del poder de mercado— y, al mismo tiempo, constituir una infracción a la libre competencia por el carácter supuestamente explotativo de dicha tarifa.

34. Esta divergencia conceptual plantea, en definitiva, una cuestión jurídica de carácter estructural: cuál es el efecto que tiene, en sede de libre competencia, el hecho de que una conducta se ejecute dentro del marco permitido por el contrato de concesión que rige la actividad del concesionario. De ello se desprende la primera pregunta que este Informe pretende responder, a saber:

¿Puede constituir una infracción a la libre competencia la conducta imputada a STI, consistente en el cobro de la tarifa de seguridad, cuando dicha conducta ha sido ejecutada en cumplimiento del contrato de concesión que regula su actividad?

35. De acuerdo con la FNE, la respuesta a dicha pregunta es afirmativa. Según STI, en cambio, la respuesta ha de ser negativa. En caso de compartirse esta última conclusión, el análisis jurídico deberá terminar en ese punto, pues el Requerimiento necesariamente deberá ser rechazado, atendido que no existe controversia en autos acerca de que la conducta reprochada se ajusta al marco regulatorio previsto en el contrato de concesión.

¹⁹ Contestación STI, pp. 15 y siguientes.

36. Con todo, si se siguiera la posición de la FNE y se estimara que el cumplimiento del contrato de concesión no excluye, por sí solo, la posibilidad de reproche en sede de libre competencia, ello no conduce inmediatamente a la conclusión de que se ha configurado un abuso de posición dominante. En tal caso, todavía correspondería examinar los aspectos sustantivos del Requerimiento — relativos, entre otros puntos, a la definición del mercado relevante, la existencia de una posición dominante y la eventual configuración de un abuso explotativo—, materias que la contestación también controvierte.

37. Aun en el evento de que dichas materias se resolvieran en el sentido propuesto por la FNE, subsiste todavía una cuestión adicional que este Informe considera necesario analizar. En efecto, incluso si se estimara configurada una infracción a la libre competencia, corresponde determinar si resulta jurídicamente procedente imponer una sanción punitiva al agente que ejecutó la conducta reprochada.

38. Sobre esta base, el presente Informe también se propone responder la siguiente pregunta:

En el evento de que el Tribunal estimare que la conducta imputada a STI constituye, en principio, una infracción al artículo 3° del Decreto Ley N° 211, ¿resulta jurídicamente procedente atribuirle responsabilidad sancionatoria y, en particular, imponerle una multa?

39. De este modo, el presente Informe se estructura en torno a dos preguntas jurídicas distintas, que se sitúan en planos diversos del análisis:

- a. La primera se refiere a la existencia misma de una infracción, esto es, a si la conducta imputada a STI —consistente en el cobro de la tarifa de seguridad— puede ser calificada como contraria al artículo 3° del Decreto Ley N° 211, atendido el marco regulatorio que rige su actividad.
- b. La segunda, en cambio, se sitúa en un plano distinto y supone, para su análisis, la hipótesis de que dicha conducta pudiera ser considerada, en principio, como infractora. En ese escenario, corresponde

determinar si resulta jurídicamente procedente atribuir responsabilidad sancionatoria al agente y, en particular, imponerle una multa.

40. El análisis de estas preguntas se desarrollará en dos partes. En la primera, se examina la existencia de la infracción imputada. En la segunda, se analizan los requisitos de procedencia del reproche sancionatorio y de la imposición de una multa, a la luz de las categorías propias del derecho administrativo sancionador.

PRIMERA PARTE:

**Determinación de la existencia de infracción a
la libre competencia**

I. INTRODUCCIÓN A LA PRIMERA PARTE

41. La primera cuestión que corresponde resolver en el presente Informe es si la conducta imputada a STI —consistente en el cobro de la denominada tarifa de seguridad— puede ser calificada como una infracción a la libre competencia en los términos del artículo 3° del Decreto Ley N° 211.

42. Para tales efectos, el análisis debe situarse en el contexto específico en que dicha conducta se desarrolla, esto es, en un régimen concesional portuario estructurado bajo condiciones previamente examinadas por la autoridad de competencia, y en el cual las tarifas aplicables se encuentran sujetas a un sistema regulatorio definido en las bases de licitación y en el contrato de concesión.

43. Sobre esta base, se examinará si, atendido dicho marco regulatorio y la jurisprudencia aplicable en materia de concesiones y abuso explotativo, la conducta reprochada puede ser considerada anticompetitiva, o si, por el contrario, se encuentra comprendida dentro del ámbito de actuación permitido por el ordenamiento jurídico.

44. En este contexto, la determinación de la existencia de un abuso explotativo exige, como cuestión previa, esclarecer cuál es el rol que dicho marco regulatorio cumple en la delimitación de lo que puede considerarse una conducta anticompetitiva.

45. Desde esta perspectiva, el análisis se desarrollará en tres etapas. En primer lugar, se examinará la forma en que la jurisprudencia nacional ha abordado los supuestos de abuso explotativo en mercados concesionados, con el objeto de identificar el criterio conforme al cual se ha resuelto la relación entre poder de mercado y regulación sectorial. En segundo término, se analizará el diseño institucional del sistema portuario concesionado, en particular el rol que ha desempeñado la autoridad de competencia en la definición de sus reglas y en la estructuración del régimen tarifario aplicable. Finalmente, a partir de esa interacción, se evaluará si la conducta imputada a STI corresponde a un apartamiento del régimen que disciplina su actividad —lo que podría dar lugar a un reproche anticompetitivo— o, por el contrario, al ejercicio de facultades reconocidas

por dicho régimen, hipótesis que resulta incompatible con la configuración de un abuso de posición dominante.

II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

II.1. Sentencia N° 73/2008 (H. TDLC) y sentencia de la Excma. Corte Suprema (Rol N° 5505-2008)

(i) Hechos del caso

46. El caso Edelmag tiene su origen en un requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Empresa Eléctrica de Magallanes S.A. (“EDEL MAG”), concesionaria del sistema de generación, transmisión y distribución eléctrica de la localidad de Puerto Williams. La FNE imputó a dicha empresa haber explotado abusivamente su posición monopólica al incrementar las tarifas cobradas a los consumidores finales por sobre lo permitido en las bases y en el contrato de concesión que le había permitido adjudicarse el sistema.

47. Según el requerimiento, a partir de enero de 2005, EDELMAG habría introducido un incremento significativo en las tarifas eléctricas cobradas a los usuarios finales, el cual alcanzaba entre un 16% y un 27% dependiendo del tipo de tarifa, generando ingresos adicionales aproximados de \$192 millones durante el período investigado²⁰.

48. El sistema eléctrico en cuestión operaba en condiciones monopólicas debido a la inexistencia de sustitutos y a las características geográficas de la localidad. En ese contexto, la única limitación relevante al poder de mercado del concesionario provenía de las condiciones establecidas en las bases de licitación y en el contrato de concesión, que fijaban una tarifa ofertada y un mecanismo específico de indexación de precios.

49. La defensa de EDELMAG sostuvo que el incremento tarifario respondía a la necesidad de incorporar dentro de sus costos el impuesto específico al petróleo diésel, insumo principal para la generación de electricidad en la zona, el cual

²⁰ H. TDLC, Sentencia N° 73/2008, vistos 1.4.

inicialmente había estimado que podría recuperar. Según la empresa, una vez aclarado que dicha recuperación no era posible, decidió reconocer dicho impuesto como costo directo y trasladarlo progresivamente a las tarifas cobradas a los usuarios²¹.

(ii) Metodología de análisis del Tribunal

50. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia comenzó por precisar que el conflicto debía centrarse en determinar si el incremento tarifario se encontraba o no permitido por las bases de licitación y el contrato de concesión, cuestión que constituía el punto de partida del análisis jurídico. En palabras del Tribunal:

“La discusión de autos debe centrarse, en primer lugar, en determinar si el referido aumento de precios se encuentra justificado según lo permitido en las bases (...) o si, por el contrario, corresponde a un abuso de su posición monopólica por alteración de lo estipulado en las bases y en el respectivo contrato de concesión”²².

51. A continuación, el Tribunal precisó que el mero incumplimiento del contrato no basta por sí solo para configurar una infracción a la libre competencia, pues ello correspondería, en principio, a una controversia civil entre las partes contratantes²³.

52. Sin embargo, añadió que cuando el concesionario ejerce poder monopólico frente a consumidores que no son parte del contrato de concesión, el Tribunal puede examinar si la conducta constituye un abuso de posición dominante. En ese contexto, señaló que:

“este Tribunal deberá establecer (...) si el alza de precios (...) estaba o no contemplada en las bases y en el contrato, pues sólo de esta manera es posible discernir si las condiciones tenidas en cuenta al adjudicársele el servicio (...) fueron alteradas o no”²⁴.

²¹ H. TDLC, Sentencia N° 73/2008, vistos 2.2, 2.3 y 2.4.

²² H. TDLC, Sentencia N° 73/2008, c. 14°.

²³ H. TDLC, Sentencia N° 73/2008, c. 21°.

²⁴ H. TDLC, Sentencia N° 73/2008, c. 23°.

53. De esta forma, el Tribunal estructuró su análisis en torno a una pregunta central: si la conducta cuestionada se encontraba o no permitida por el marco contractual y regulatorio que regía la concesión²⁵.

54. La Excma. Corte Suprema confirmó esta aproximación metodológica, señalando que el análisis del Tribunal no se dirigía a determinar simplemente si había existido un incumplimiento contractual, sino a examinar si el aumento de tarifas podía justificarse dentro del marco definido por las bases de licitación, que constituían la principal limitación al poder monopólico del concesionario²⁶.

(iii) Conclusión del caso

55. Aplicando esta metodología, el Tribunal concluyó que EDELMAG había incurrido en un abuso de posición dominante al incrementar las tarifas por sobre los parámetros de indexación definidos en las bases y en el contrato de concesión²⁷. En

²⁵ “Vigésimo tercero. Que, en consecuencia, este Tribunal deberá establecer, tal como se ha dicho, si el alza de precios –que es la conducta que se imputa como abusiva a EDELMAG- estaba o no contemplada en las bases y en el contrato, pues sólo de esta manera es posible discernir si las condiciones tenidas en cuenta al adjudicársele el servicio –y que son las que limitan el poder monopólico que en virtud de las mismas le fue otorgado vía concesión a la requerida- fueron alteradas o no” (H. TDLC, Sentencia N° 73/2008, c. 23°).

²⁶ “Décimo: Que sobre este capítulo de la reclamación valga considerar que la sentencia del H. Tribunal, en los motivos vigésimo primero y vigésimo segundo, precisó, en torno a las conductas imputadas como ilícitos contrarios a la libre competencia, que el sólo incumplimiento del contrato y de las bases de licitación no configurarían por sí sólo una infracción al artículo 3° del D.L. 211, pero, que la relación entre la empresa requerida y los consumidores finales no nace del acuerdo contractual, y siendo la requerida la única proveedora de energía eléctrica en la zona, el aumento de tarifas a los consumidores finales, distinto al que permitían las bases de licitación, es una materia sobre la cual ese Tribunal debe pronunciarse.

De ello se sigue que el fallo reclamado deja claramente establecido que su pronunciamiento no se dirige a determinar si hubo o no un incumplimiento contractual de parte de la empresa requerida respecto de su contraparte, esto es el Gobierno Regional de Magallanes, sino, y tal como lo expresa en su motivo vigésimo cuarto, a establecer si el incremento de precios se encuentra justificado en razones de mercado, o, por el contrario, corresponde a un abuso de posición monopólica, situación esta última, que por no ser regulada en forma legal, se debe determinar a la luz de lo establecido en el anexo N° 2 de las Bases de Licitación por las cuales se le adjudicó el servicio de distribución eléctrico en la localidad de Puerto Williams, el que, por lo demás, reviste el carácter de servicio público, y que constituye la única limitación al poder monopólico que vía concesión le fue otorgado a la requerida” (Excma. Corte Suprema, Rol de Ingreso N° 5.505-2008).

²⁷ “Trigésimo tercero. Que, en conclusión, este Tribunal entiende que EDELMAG cometió un abuso de posición monopólica al incrementar las tarifas a clientes finales, en forma injustificada y por sobre los parámetros de indexación definidos en su contrato de concesión. Lo anterior toda vez que, si EDELMAG no consideró el impuesto específico al petróleo diésel como un costo de producción al momento de postular a la licitación, ni al reajustar sus tarifas al inicio del contrato, no se encuentra justificada su inclusión unilateral a contar del año 2005, tal como se ha dicho en las consideraciones anteriores” (H. TDLC, Sentencia N° 73/2008, c. 33°).

particular, consideró que la empresa introdujo unilateralmente en la fórmula tarifaria un elemento —el impuesto específico al diésel— que no estaba contemplado en el régimen de indexación pactado²⁸.

56. En consecuencia, el Tribunal declaró que la empresa había abusado de su posición monopólica al modificar las tarifas en forma injustificada, condenándola al pago de una multa y ordenando el cese de la conducta²⁹.

57. La Excma. Corte Suprema confirmó sustancialmente este razonamiento, precisando que el análisis debía centrarse en determinar si el incremento tarifario podía justificarse conforme al marco definido por las bases de licitación, que constituían la principal limitación al poder monopólico conferido a la empresa mediante la concesión³⁰.

(iv) Relevancia para el caso STI

58. La importancia de esta sentencia para el presente caso radica en la metodología utilizada por el Tribunal para evaluar conductas realizadas en el contexto de una concesión monopólica.

59. En efecto, el Tribunal no consideró suficiente constatar la existencia de poder de mercado ni el eventual impacto económico del incremento tarifario. Por el contrario, estructuró su análisis en torno a una cuestión previa y determinante: si la conducta cuestionada se encontraba o no permitida por el marco contractual y regulatorio que limitaba el ejercicio del poder monopólico del concesionario³¹.

60. En otras palabras, el abuso de posición dominante se configuró precisamente porque la empresa alteró las condiciones regulatorias que delimitaban el ejercicio del monopolio concedido, incrementando las tarifas por sobre lo permitido en las bases y en el contrato³².

²⁸ H. TDLC, Sentencia N° 73/2008, c. 27° y 28°.

²⁹ H. TDLC, Sentencia N° 73/2008, resolutivos N° 2, 3 y 4.

³⁰ Excma. Corte Suprema, Rol de Ingreso N° 5.505-2008, c. 10°.

³¹ H. TDLC, Sentencia N° 73/2008, c. 23°.

³² H. TDLC, Sentencia N° 73/2008, c. 33°.

61. Esta lógica resulta particularmente relevante para el caso de STI, pues sugiere que, en contextos concesionales, la evaluación de un eventual abuso explotativo exige examinar si la conducta cuestionada se aparta o no del marco regulatorio que rige la concesión, cuestión que constituye el punto de partida del análisis jurídico en el presente Informe.

62. Conviene observar que este precedente fue invocado por la Fiscalía Nacional Económica, al evacuar el traslado de las excepciones dilatorias, para sostener que el cumplimiento de un contrato de concesión no impediría, por sí mismo, la configuración de abusos de posición dominante³³.

63. Sin embargo, la lectura íntegra de la sentencia muestra que el Tribunal sancionó la conducta de la concesionaria precisamente porque ésta se apartó del régimen tarifario establecido en las Bases de Licitación, introduciendo un esquema de cobro no contemplado en ellas³⁴.

64. En otras palabras, la sentencia no sostiene que el marco concesional sea irrelevante para el análisis de libre competencia, sino que confirma que el abuso puede configurarse cuando el concesionario altera unilateralmente las condiciones tarifarias que disciplinan el ejercicio de su poder monopólico³⁵.

II.2 Sentencia N° 75/2008 (H. TDLC) y sentencia de la Excma. Corte Suprema (Rol N° 6545-2008)

³³ FNE, Evacúa traslado, p. 11.

³⁴ “Vigésimo séptimo. Que, tal como se puede apreciar de lo anteriormente expuesto, las bases no contemplan como elemento del precio ofertado, ni de su indexación, la eventual recuperación tributaria del impuesto específico al petróleo diésel, o su adición a las tarifas a cobrar a usuarios finales en caso que dicha recuperación no fuese posible;

Vigésimo octavo. Que, en consecuencia, la recuperación tributaria de dicho impuesto (que, como ya se ha señalado, no era legalmente viable ni antes, ni durante, ni después de la época en que se llevó a cabo la licitación) no constituye un elemento de las bases, sino solamente un factor que EDELMAG, al momento de licitar, debió haber considerado conforme al marco jurídico-tributario aplicable a fin de establecer los términos de su oferta lo que, según los propios dichos de la requerida, no hizo” (H. TDLC, Sentencia N° 73/2008).

³⁵ H. TDLC, Sentencia N° 73/2008, c. 33°.

(i) Hechos del caso

65. El caso conocido como Atrex–SCL tiene su origen en diversas demandas interpuestas por empresas *courier* en contra de la concesionaria del Aeropuerto Arturo Merino Benítez, SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A. (“SCL”), a la que imputaron haber abusado de su posición dominante mediante distintas conductas relativas a las condiciones tarifarias y contractuales aplicadas a dichas empresas.

66. En particular, las demandantes sostuvieron que SCL había establecido en los contratos de subconcesión suscritos con ellas una modalidad de cobro basada en los kilogramos de carga transportada, sistema que —según alegaban— no estaba contemplado en las Bases de Licitación de la concesión del aeropuerto, las cuales permitían únicamente dos esquemas de cobro: un canon fijo por metro cuadrado o un cobro equivalente a un porcentaje de las ventas del subconcesionario³⁶.

67. Las empresas *courier* alegaron además que SCL habría incurrido en discriminación arbitraria entre distintos operadores, aplicando esquemas tarifarios distintos a empresas que se encontraban en condiciones equivalentes, e incluso otorgando condiciones más favorables a Correos de Chile³⁷.

68. Finalmente, también se imputó a la concesionaria haber restringido abusivamente la ampliación de la infraestructura necesaria para las operaciones *courier* dentro del aeropuerto³⁸.

69. Frente a estas imputaciones, SCL sostuvo que el sistema tarifario aplicado era consistente con el marco concesional, argumentando que el cobro por kilogramo transportado podía entenderse como un indicador de ventas y que, en todo caso, el

³⁶ H. TDLC, Sentencia N° 75/2008, vistos 1.1 y 1.6.

³⁷ H. TDLC, Sentencia N° 75/2008, vistos 1.6: “Además, este mecanismo tarifario es discriminatorio tanto entre las mismas empresas *courier* como respecto de éstas y Correos de Chile, que ocupa dependencias dentro del mismo Terminal, fijando precios y condiciones distintas para cada empresa respecto de cada metro cuadrado de infraestructura equivalente”.

³⁸ H. TDLC, Sentencia N° 75/2008, vistos 1.13, 1.14 y 1.15: “1.15. Afirman que SCL pretende imponer exigencias de construcción excesivas e impracticables al calificar la actividad de *couriers* como “Servicios de Terminal de Carga”, que dentro de las clasificaciones establecidas en las Bases de Licitación deben sujetarse a características más exigentes y dimensiones mayores de construcción, aún cuando en los contratos existentes no aplica la regulación a que se someten esos servicios. De esta manera, ha podido impedir la efectiva expansión de las instalaciones necesarias para la operación de las empresas *courier*, y a la vez cobrar las tarifas abusivas ya descritas”.

sistema aplicado resultaba inferior al máximo permitido por las Bases de Licitación. Asimismo, invocó en su defensa el Dictamen N° 1.014 de la Comisión Preventiva Central, que había revisado previamente los criterios generales de competencia contenidos en las bases del proceso concesional³⁹.

(ii) Metodología de análisis del Tribunal

70. Para resolver el conflicto, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia estableció que el análisis debía comenzar por examinar el marco normativo y contractual que regía la concesión, particularmente en lo relativo a los esquemas tarifarios permitidos en las Bases de Licitación. En efecto, señaló que:

“a efectos de determinar si los actos y conductas descritas han sido acreditadas y configuran ilícitos (...) se analizará, en primer lugar, el marco normativo al que deben someterse los servicios (...) y que debe ser respetado por la concesionaria”⁴⁰.

71. El Tribunal destacó que la calificación de las actividades de las empresas *courier* era relevante porque las distintas categorías de servicios establecidas en las Bases de Licitación se encontraban sujetas a regímenes tarifarios distintos, lo que hacía necesario determinar con precisión cuál era el régimen aplicable⁴¹.

³⁹ H. TDLC, Sentencia N° 75/2008, c. 5° y 6° (“Quinto. Que SCL ha argumentado, en su defensa, que la tarifa por kilogramo transportado corresponde a un indicador de ventas, dada la imposibilidad de contar con datos verificables de éstas. A su juicio, el sistema tarifario utilizado representa un cobro inferior al máximo establecido en las Bases de Licitación, si se aplicara un porcentaje sobre las “ventas netas” de las empresas *courier*. Así, según SCL, dicho sistema ha permitido que operen más de 20 empresas *courier*, aún cuando las Bases sólo exigen que sean prestados por al menos 3 operadores distintos y no relacionados;

Sexto. Que SCL también considera que los criterios generales de competencia establecidos en las Bases de Licitación fueron revisados por la Comisión Preventiva Central en el Dictamen N° 1.014 y que, en opinión de dicha Comisión, éstas contienen los mecanismos de resguardo suficientes para garantizar la inexistencia de conductas anticompetitivas. Asimismo, afirma que los contratos suscritos por SCL con ATREX y las empresas *courier*, y sus modificaciones, fueron remitidos al Inspector Fiscal del MOP para su revisión, sin que éste haya presentado reparos”).

⁴⁰ H. TDLC, Sentencia N° 75/2008, c. 18°.

⁴¹ “Vigésimo primero. Que la relevancia de establecer a qué categoría corresponden estos servicios radica en las diferentes regulaciones a que están sometidas cada una de ellas en las Bases de Licitación, tanto respecto de las tarifas máximas que se permite cobrar al concesionario, como de los derechos y facultades que les otorga a las empresas subconcesionarias de *courier*” (H. TDLC, Sentencia N° 75/2008).

72. En este contexto, el Tribunal determinó que SCL detentaba una posición dominante en su relación con las empresas *courier*, debido a que la infraestructura aeroportuaria constituía una instalación esencial para dichas actividades y no existían sustitutos equivalentes fuera del área concesionada⁴².

73. Sin embargo, el elemento decisivo para el análisis del Tribunal no fue la existencia de dicha posición dominante, sino si la concesionaria había respetado o no las condiciones tarifarias establecidas en el contrato de concesión⁴³.

74. En este sentido, el Tribunal concluyó que el sistema de cobro implementado por SCL “*no forma parte de los esquemas de cobro permitidos por las Bases de Licitación*”⁴⁴.

75. Sobre esta base, el Tribunal sostuvo que la introducción unilateral de un esquema tarifario no contemplado en el contrato constituía un ejercicio abusivo del poder monopólico derivado de la concesión, lo que “*configura un abuso de su posición dominante ya que (...) utilizó una variable que no estaba permitida por las Bases de Licitación*”⁴⁵.

76. El Tribunal abordó también la defensa basada en la existencia de un dictamen previo de la Comisión Preventiva Central, señalando que el hecho de que las bases

⁴² “Trigésimo séptimo. Que, en consecuencia, la ausencia de terrenos que sirvan como sustitutos válidos entrega a SCL una posición dominante en su relación con los operadores *courier*, dado que los terrenos e instalaciones dentro del área de concesión del aeropuerto AMB representan una instalación esencial para las empresas *courier*. Esta posición dominante se encuentra limitada por las normas generales que protegen la libre competencia y, en particular, aquellas que regulan la concesión de SCL, en los términos ya descritos, las que establecen determinadas obligaciones y condiciones para SCL que, en caso de incumplimiento, podrían generar sanciones que van desde multas hasta la caducidad de la concesión” (H. TDLC, Sentencia N° 75/2008).

⁴³ “Cuadragésimo tercero. Que, sin embargo, a juicio de este Tribunal, el sistema de cobro de tarifa en base a los kilogramos transportados por empresas *courier* derechamente no forma parte de los esquemas de cobro permitidos por las Bases de Licitación. Así, dada la posición de dominio que SCL detenta en su relación con las empresas subconcesionarias de servicios *courier*, tal transgresión además representa un ilícito contra la libre competencia, fruto del ejercicio abusivo de una posición de dominio de mercado” (H. TDLC, Sentencia N° 75/2008).

⁴⁴ H. TDLC, Sentencia N° 75/2008, c. 43°.

⁴⁵ H. TDLC, Sentencia N° 75/2008, c. 49°.

hubiesen sido revisadas previamente por dicha autoridad no impedía que la concesionaria incurriera en abusos al apartarse de ellas⁴⁶.

77. En particular, indicó que *“si bien las Bases de Licitación contienen mecanismos de resguardo destinados a prevenir que el concesionario abuse de su posición dominante, ello en ningún caso garantiza que dichos abusos no se producirán”*⁴⁷.

78. En la misma línea, el Tribunal sostuvo que la eventual aquiescencia o falta de objeción por parte de las autoridades administrativas encargadas de fiscalizar la concesión no podía legitimar conductas contrarias a la libre competencia, aunque dicha circunstancia podía ser considerada al momento de determinar la multa aplicable⁴⁸.

79. La Excma. Corte Suprema confirmó este razonamiento, destacando que el problema no radicaba en la existencia del contrato de concesión, sino en que la concesionaria había aplicado tarifas distintas de las previstas en las Bases de Licitación, lo que, en el contexto de una relación de derecho público, no resultaba jurídicamente procedente⁴⁹.

⁴⁶ “Sexagésimo quinto. Que, al respecto, este Tribunal considera que si bien las Bases de Licitación contienen mecanismos de resguardo destinados a prevenir que el concesionario abuse de su posición dominante, ello en ningún caso garantiza que dichos abusos no se producirán, ni tampoco reduce la responsabilidad que SCL pueda tener en ellos. Por el contrario, resulta aún más grave que un concesionario, sujeto a las condiciones y sanciones específicas que establecen las Bases de Licitación, igualmente actúe en contravención a la libre competencia y abuse de su posición respecto de usuarios del Aeropuerto. En ese sentido, la posición monopólica que le otorga la concesión le significa un especial deber de cuidado en sus actos, por lo que debió tener particular preocupación en atenerse a los términos del marco jurídico que rige su concesión, circunstancia que no ocurrió, tal como se ha establecido” (H. TDLC, Sentencia N° 75/2008).

⁴⁷ H. TDLC, Sentencia N° 75/2008, c. 65°.

⁴⁸ “Sexagésimo séptimo. Que, asimismo, afirma SCL en su defensa que los contratos suscritos por ella con ATREX y las empresas *courier*, y sus modificaciones, fueron remitidos al Inspector Fiscal de MOP para su revisión, sin que éste haya presentado reparos. Al respecto, este Tribunal estima que no obsta a su facultad de sancionar las conductas contrarias a la libre competencia el hecho que los funcionarios administrativos, encargados de supervigilar los actos de la concesionaria, no hayan ejercido adecuadamente las potestades fiscalizadoras con que cuentan, ni menos aún que esta aquiescencia tácita pueda legitimar conductas contrarias a la libre competencia, aún cuando es un factor que será considerado al momento de determinar la multa a aplicar” (H. TDLC, Sentencia N° 75/2008).

⁴⁹ “Sexto: Que en lo que respecta al sistema de cobros cuya imposición sería consecuencia de la posición dominante recién destacada, la recurrente alega que si bien no está comprendido en las Bases de Licitación ello se debe a la negativa de los usuarios a entregar información y que no se ha causado perjuicio económico. Explicó que el cobro de un porcentaje de las ventas determinadas presuntivamente en base a la información de kilos de carga transportada según información entregada al Servicio de Aduanas conduce a costos inferiores al máximo establecido en las bases, y que esta forma es de general aplicación en otros países.

(iii) Conclusión del caso

80. A partir de este análisis, el Tribunal concluyó que SCL había abusado de su posición dominante al introducir unilateralmente un sistema tarifario no previsto en las Bases de Licitación y al aplicar esquemas discriminatorios entre operadores *courier*. En consecuencia, acogió la demanda y ordenó que la concesionaria solo pudiera cobrar a las empresas *courier* conforme a lo permitido en las Bases de Licitación, además de imponerle la correspondiente sanción⁵⁰.

81. La Excma. Corte Suprema confirmó sustancialmente esta decisión, señalando que el sistema tarifario aplicable se encontraba definido en las Bases de Licitación y que, aun cuando la concesionaria estimara que su propio sistema era económicamente más conveniente, no podía introducirlo unilateralmente en una relación regida por normas de derecho público⁵¹.

(iv) Relevancia para el caso STI

82. La relevancia de esta sentencia para el presente caso radica en que confirma una lógica similar a la observada en el caso Edelmag: la evaluación de un eventual abuso explotativo en contextos concesionales parte necesariamente por determinar si la conducta cuestionada se ajusta o no al marco contractual y regulatorio que limita el poder monopólico del concesionario⁵².

En relación a las discriminaciones denunciadas expuso que la diferenciación que hace entre las empresas a los efectos tarifarios se justifica por el volumen de operaciones; y en cuanto a las tarifas dadas a Correos de Chile señaló que se adecuan a las bases de licitación y que esa empresa no presta servicios de Courier.

Ninguna de estas alegaciones pueden ser aceptadas puesto que el sistema tarifario se encuentra previsto en las Bases de Licitación, y aún cuando supuestamente pueda resultar menos gravoso el que aplica la concesionaria de propia iniciativa, en una relación de derecho público ello no es procedente. Lo mismo debe decirse en cuanto a la diferenciación de tarifas atendiendo al volumen de las empresas.

Así las cosas estas alegaciones son insuficientes para desestimar la conclusión de la sentencia impugnada en cuanto a que las tarifas en cuestión, distintas de las previstas en las Bases de Licitación, han podido ser aplicadas sólo por encontrarse la concesionaria en posición dominante, lo que importa un abuso que incide o puede incidir en el precio de los bienes o servicios de que monopólicamente dispone” (Excma. Corte Suprema, Rol de Ingreso N° 6.545-2008).

⁵⁰ H. TDLC, Sentencia N° 75/2008, resolutivos N° 3, 4 y 5.

⁵¹ Excma. Corte Suprema, Rol de Ingreso N° 6.545-2008, c. 6°.

⁵² H. TDLC, Sentencia N° 75/2008, c. 37°.

83. En el caso Atrex–SCL, el Tribunal sancionó a la concesionaria precisamente porque introdujo un esquema tarifario que no estaba contemplado en las Bases de Licitación, alterando así las condiciones que habían disciplinado su poder de mercado al adjudicarse la concesión⁵³.

84. Esta lógica resulta relevante para el caso de STI, pues sugiere que, en contextos concesionales, el reproche anticompetitivo surge cuando el concesionario se aparta del marco regulatorio que rige la concesión, y no por el mero hecho de aplicar tarifas dentro de dicho marco.

85. Conviene observar que el Requerimiento cita esta sentencia para sostener que la mera existencia de mecanismos regulatorios en un contrato de concesión no excluye la posibilidad de abusos de posición dominante⁵⁴. En particular, la Fiscalía reproduce el considerando en que el Tribunal señala que, aun cuando las Bases de Licitación contienen mecanismos destinados a prevenir abusos, ello “*en ningún caso garantiza que dichos abusos no se producirán*”⁵⁵.

86. Sin embargo, la lectura íntegra de la sentencia muestra que dicha afirmación se formula en un contexto muy distinto al del presente caso. En Atrex–SCL, el Tribunal sancionó a la concesionaria precisamente porque introdujo un esquema tarifario que no estaba contemplado en las Bases de Licitación, alterando unilateralmente el régimen contractual que disciplinaba el ejercicio de su poder monopólico. Por ello, la referencia del Tribunal a la insuficiencia abstracta de los mecanismos regulatorios debe entenderse en relación con una conducta realizada al margen del marco concesional, circunstancia que explica la sanción impuesta en ese caso.

87. La sentencia, por tanto, no sostiene que el cumplimiento del régimen concesional sea irrelevante para el análisis de libre competencia, sino que confirma que el abuso se configura cuando el concesionario se aparta de dicho régimen.

⁵³ H. TDLC, Sentencia N° 75/2008, c. 49°.

⁵⁴ Requerimiento, p. 29.

⁵⁵ Requerimiento, p. 29.

II.3 Sentencia N° 85/2009 (H. TDLC)

(i) Hechos del caso

88. El caso conocido como Sanitarias se originó en una demanda de una constructora y en un requerimiento de la Fiscalía en contra de diversas empresas sanitarias concesionarias de servicios de agua potable y alcantarillado, a las que se imputó haber abusado de su posición dominante mediante el cobro de determinadas tarifas y condiciones económicas a urbanizadores y desarrolladores inmobiliarios, por servicios asociados a la factibilidad, conexión y extensión de redes sanitarias en zonas ubicadas fuera de sus áreas de concesión.

89. Las empresas requeridas operaban bajo un régimen concesional regulado por la legislación sectorial de servicios sanitarios, el cual establecía un sistema tarifario determinado mediante procedimientos administrativos periódicos destinados a fijar las tarifas máximas que las empresas podían cobrar por los servicios prestados dentro de sus áreas de concesión, mientras que las prestaciones realizadas fuera de dichas áreas se encontraban, en general, sujetas a un régimen de mayor libertad contractual.

90. La Fiscalía alegó que ciertos cobros aplicados por las empresas sanitarias en estas zonas no concesionadas constituían un abuso explotativo de su posición dominante, en la medida en que dichos cobros resultarían excesivos o injustificados respecto de los urbanizadores que requerían acceder a redes sanitarias para desarrollar proyectos inmobiliarios, atendida la falta de alternativas competitivas en dichas áreas.

(ii) Metodología de análisis del Tribunal

91. Para resolver el caso, el Tribunal comenzó por examinar el marco regulatorio sectorial que regía la actividad de las empresas sanitarias, distinguiendo entre el régimen tarifario aplicable dentro de las áreas de concesión y el régimen aplicable a las prestaciones efectuadas fuera de dichas áreas, en las que no existe una regulación tarifaria equivalente⁵⁶.

⁵⁶ H. TDLC, Sentencia N° 85/2009, c. 2° y 118°.

92. El TDLC destacó que, en los mercados regulados de servicios sanitarios, el poder de mercado de las empresas concesionarias se encuentra disciplinado mediante regulación tarifaria ex ante, cuyo objetivo es replicar, en la medida de lo posible, los resultados que se obtendrían en un mercado competitivo, lo que incide en la evaluación de eventuales abusos explotativos.

93. En este contexto, el Tribunal sostuvo que la sola circunstancia de que existan diferencias de precios entre prestaciones realizadas dentro y fuera del área de concesión, o que determinados cobros resulten elevados, no basta para calificarlos como abusivos desde el punto de vista del derecho de la libre competencia, especialmente cuando dichas diferencias responden a condiciones regulatorias, de costos y de riesgos distintas entre uno y otro ámbito.

94. El análisis del Tribunal se orientó entonces a determinar si los cobros cuestionados carecían de justificación económica o correspondían a un ejercicio abusivo del poder de mercado, examinando los criterios y parámetros utilizados por las empresas sanitarias para fijarlos, así como la evidencia disponible respecto de su eventual carácter arbitrario, discriminatorio o injustificado⁵⁷.

(iii) Conclusión del Tribunal

95. Sobre la base de este análisis, el Tribunal concluyó que la existencia de cobros elevados o de diferencias relevantes entre precios aplicados dentro y fuera del área de concesión no constituye por sí sola un abuso explotativo, particularmente cuando dichas diferencias pueden explicarse por las distintas condiciones regulatorias y económicas aplicables en cada caso⁵⁸.

96. En este sentido, el Tribunal enfatizó que la calificación de un abuso explotativo exige algo más que la mera constatación de un precio alto o de una diferencia entre costos y precios, siendo necesario acreditar que el cobro carece de justificación económica o que responde a un ejercicio abusivo del poder de mercado, lo que no pudo establecerse en el caso con la prueba rendida⁵⁹.

⁵⁷ H. TDLC, Sentencia N° 85/2009, c. 92° y 116°.

⁵⁸ H. TDLC, Sentencia N° 85/2009, c. 118°.

⁵⁹ H. TDLC, Sentencia N° 85/2009, c. 116°.

97. En consecuencia, el Tribunal desestimó la imputación de abuso explotativo formulada en el caso, concluyendo que no se acreditó que los cobros cuestionados configuraran una infracción al artículo 3° del DL 211, sin perjuicio de advertir ciertas dificultades estructurales y regulatorias en el funcionamiento del mercado analizado.

(iv) Relevancia para el caso STI

98. La importancia de esta sentencia para el presente caso radica en que introduce un criterio adicional en el análisis de abusos explotativos en mercados regulados o parcialmente regulados.

99. Mientras que en los casos Edelmag y Atrex–SCL el abuso se configuró porque el concesionario se apartó del régimen tarifario establecido en las bases o en el contrato de concesión, el caso Sanitarias demuestra que incluso en presencia de poder monopólico y de tarifas potencialmente elevadas, el Tribunal no considera configurado un abuso explotativo cuando los cobros cuentan con una justificación económica plausible o no se acredita su carácter arbitrario o injustificado, aun cuando se verifiquen fuera de un régimen tarifario estricto.

100. De este modo, la sentencia refuerza la idea de que el derecho de la libre competencia no sanciona simplemente precios elevados, sino conductas que implican un ejercicio abusivo del poder de mercado, debidamente acreditado.

101. Este criterio resulta relevante para el caso de STI, en la medida en que el Requerimiento de la Fiscalía se estructura precisamente sobre la idea de que el cobro de la tarifa de seguridad sería un “cobro injustificado”, argumento que exige demostrar no solo la existencia de poder de mercado, sino también la ausencia de una justificación económica o regulatoria suficiente para el cobro cuestionado.

II.4 Sentencia N° 100/2010 (H. TDLC) y sentencia de la Excma. Corte Suprema (Rol N° 6574-2010)

(i) Hechos del caso

102. El caso conocido como PTLA tiene su origen en demandas presentadas por diversas empresas de transporte internacional en contra de la concesionaria Puerto Terrestre Los Andes S.A., a la que imputaron haber abusado de su posición dominante mediante la aplicación de tarifas que no se ajustarían al régimen establecido en el contrato de concesión del puerto terrestre.

103. Al igual que en los casos examinados anteriormente, el conflicto se desarrolló en el contexto de una infraestructura concesionada bajo régimen de derecho público, en la que el concesionario detentaba poder de mercado debido a la inexistencia de sustitutos razonables para la prestación de los servicios logísticos asociados al tránsito internacional de carga.

104. Las demandantes sostuvieron que PTLA había cobrado a los usuarios determinadas tarifas que no se encontraban autorizadas por las Bases Administrativas Integrales de la Licitación (“**BAILI**”) ni por el contrato de concesión, generando así un cobro abusivo respecto de los usuarios cautivos del terminal⁶⁰.

105. Este caso presenta una similitud estructural evidente con el presente asunto: ambos involucran infraestructura concesionada, tarifas reguladas y una imputación de abuso explotativo derivado del ejercicio del poder monopólico del concesionario. No obstante, existe una diferencia relevante que será retomada más adelante en el Informe: mientras en PTLA el contrato de concesión se originó exclusivamente en el proceso licitatorio, en el caso de STI dicho contrato se estructura sobre la base de un dictamen previo de la Comisión Preventiva Central, circunstancia que refuerza el carácter deliberado y validado del diseño regulatorio.

(ii) Metodología de análisis del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

106. El Tribunal abordó el caso siguiendo una metodología similar a la observada en Edelmag y Atrex–SCL. En particular, el Tribunal señaló que la cuestión central consistía en determinar si los cobros cuestionados se encontraban o no justificados

⁶⁰ H. TDLC, Sentencia N° 100/2010, c. 21°.

a la luz de las Bases de Licitación y del contrato de concesión que regía la actividad del concesionario⁶¹.

107. En este sentido, el Tribunal precisó que el análisis debía comenzar por examinar el marco contractual aplicable, señalando que el carácter anticompetitivo del cobro dependía de que éste no estuviera justificado conforme al régimen establecido en las BALI y en el contrato de concesión.

(iii) Conclusión del TDLC

108. Tras examinar las bases de licitación y el contrato de concesión, el Tribunal concluyó que PTLA había introducido cobros no contemplados en el régimen tarifario autorizado, lo que implicaba una alteración de las condiciones bajo las cuales el concesionario había obtenido el derecho exclusivo de operar la infraestructura⁶².

109. El Tribunal sostuvo que el carácter anticompetitivo del cobro no dependía del monto específico aplicado, sino del hecho de que dicho cobro no estaba autorizado por el marco contractual que disciplinaba el ejercicio del monopolio concedido. En particular, indicó que el cobro resultaba injustificado desde el momento en que PTLA había incorporado tarifas no contempladas en las bases de licitación⁶³.

⁶¹ “Trigésimo: Que, establecido lo anterior, para determinar si los cobros efectuados por PTLA constituyen un abuso de posición dominante, este Tribunal procederá a determinar: (i) cuáles son los servicios prestados por PTLA a los demandantes; (ii) cuáles son los cobros efectuados por tales servicios; y por último, establecidos esos hechos, (iii) si las tarifas cobradas y su monto se justifican desde el punto de vista de las BALI y del contrato de concesión de que forman parte integrante y, asimismo, qué hechos o circunstancias las justificarían económicamente” (H. TDLC, Sentencia N° 100/2010).

⁶² “Cuadragésimo séptimo: Que, en efecto, aunque las tarifas reguladas no fuesen competitivas, un concesionario no podría ser sancionado por cobrar la tarifa máxima permitida en su contrato de concesión por los servicios que tales tarifas regulan, sin perjuicio de las otras medidas que este Tribunal podría adoptar en tal caso. No obstante, el cobro por un servicio que no es efectivamente prestado no está amparado por el contrato de concesión, ni por las normas legales especiales que rigen esa relación contractual y en las cuales los demandados pretenden escudarse;

Cuadragésimo octavo: Que por lo tanto, y dado que la tarifa que cobra PTLA a los demandantes está regulada por las BALI para un servicio diferente del que efectivamente se presta, es forzoso concluir que la misma no está legalmente justificada o amparada por las BALI, por el contrato de concesión de que estas últimas forman parte integrante, ni por la normativa especial que rige los contratos de concesión de obra pública (...)” (H. TDLC, Sentencia N° 100/2010).

⁶³ “Quincuagésimo: Que establecido lo anterior, resulta indiferente para efectos de esta causa, si la tarifa del servicio de “estiba y desestiba” es o no una tarifa competitiva en cuanto a su monto, pues ese no es el servicio efectivamente prestado por PTLA a los demandantes. En consecuencia, el cobro es injustificado desde el momento que PTLA aplica dicha tarifa a un servicio diferente de aquel para el cual esa tarifa está regulada en

110. No obstante, el Tribunal también precisó que el mero incumplimiento del contrato no bastaba por sí solo para configurar una infracción a la libre competencia, pues aún debía analizarse si dicho incumplimiento podía justificarse desde un punto de vista económico o competitivo⁶⁴.

111. Tras realizar dicho análisis, el Tribunal concluyó que no existía una justificación económica suficiente que explicara el cobro introducido por PTLA, razón por la cual declaró configurado el abuso de posición dominante⁶⁵.

112. En consecuencia, el TDLC acogió las demandas y sancionó a la concesionaria por haber cobrado tarifas no autorizadas por el régimen concesional⁶⁶.

(iv) Revisión de la Excma. Corte Suprema

113. La Excma. Corte Suprema, sin embargo, revocó la sentencia del TDLC, introduciendo una distinción que resulta particularmente relevante para el presente Informe.

114. El máximo tribunal comenzó señalando que una cosa es la competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para conocer de un caso, y otra distinta

las BALI, y que para un concesionario de obra pública es de obligatorio cumplimiento. En efecto, el cumplimiento del contrato de concesión y, consecuentemente, de las BALI, es esencial para garantizar el respeto de las normas de defensa de la libre competencia cuando el Estado ha concesionado un servicio que se presta en forma monopólica” (H. TDLC, Sentencia N° 100/2010).

⁶⁴ “Quincuagésimo primero: Que ahora, siguiendo con el punto de prueba fijado en autos, corresponde determinar si existen circunstancias de hecho o de derecho que justifiquen económicamente las tarifas cobradas por PTLA a los demandantes, pues ello permitirá establecer si las mismas son o no abusivas desde la perspectiva económica, además de serlo desde un punto de vista estrictamente jurídico por no corresponder a un servicio efectivamente prestado. En particular, es preciso analizar si, conforme a lo argumentado por PTLA en su contestación, esa tarifa debe permitir a dicha empresa recuperar la totalidad de la inversión, pagar los costos operativos y obtener una legítima remuneración, atendidos los riesgos que ha asumido y que son de su cargo y responsabilidad” (H. TDLC, Sentencia N° 100/2010).

⁶⁵ “Octogésimo: Que, a partir del cuadro anterior, este Tribunal concluye que los costos en que incurre PTLA para prestar el servicio de apoyo a la inspección están más que duplicados por la tarifa en cuestión en los casos de carga general y peligrosa, y más que triplicados por la tarifa en el caso de la carga a granel. Por lo tanto, este Tribunal considera que la justificación económica dada por PTLA, en cuanto a que la tarifa cobrada se explicaría por los costos de proveer el servicio en cuestión, no es atendible” (H. TDLC, Sentencia N° 100/2010).

⁶⁶ H. TDLC, Sentencia N° 100/2010, resolutivos N° 4, 5 y 6.

es determinar si, en el fondo, la conducta cuestionada constituye efectivamente una infracción al derecho de la libre competencia⁶⁷.

115. En particular, la Excma. Corte Suprema sostuvo que la existencia de un incumplimiento contractual o de una controversia sobre la interpretación de las bases de licitación no implica necesariamente que se haya producido una afectación de la libre competencia. Para que ello ocurra, es necesario acreditar que la conducta tiene la aptitud de afectar el proceso competitivo⁶⁸.

116. Sobre esa base, la Excma. Corte Suprema concluyó que el caso debía analizarse principalmente a la luz del contrato de concesión que regía la relación entre las partes. En este contexto, destacó que el elemento determinante para evaluar el carácter abusivo de las tarifas era si éstas habían sido aplicadas o no conforme al contrato de concesión⁶⁹.

⁶⁷ “Sexto: Que en lo relativo a la incompetencia del Tribunal de la Libre Competencia alegada por la Concesionaria PTLA, se debe consignar que la cuestión central de este caso consiste en determinar si las actuaciones de la concesionaria que se acaban de indicar pueden incidir en la libre competencia, sea impidiéndola, restringiéndola o entorpeciendo.”

Las normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurran al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción; lo que, por cierto, es sin perjuicio de la competencia que sobre otros aspectos relativos a las licitaciones públicas tengan otros tribunales.

A este último respecto no debe olvidarse que de un mismo acto pueden derivar consecuencias jurídicas de diversa naturaleza, y que el examen de legalidad ha de verificarse sólo por el órgano al que la ley ha conferido competencia en razón del tipo de la eventual trasgresión. En la especie el asunto de autos está comprendido en la competencia del Tribunal de la Libre Competencia porque el conflicto ha sido planteado en los términos señalados en el artículo 3° del D. L. N° 211, esto es como un asunto desligado de la legalidad de las bases de licitación. Así las cosas, de estimarse que la denuncia formulada no constituye una cuestión de libre competencia ha de decidirse el rechazo de la demanda, aceptándose la competencia a resultas de lo que formulara la parte.

Todo lo expresado lleva a desestimar la alegación de incompetencia formulada en la reclamación de esta parte” (Excma. Corte Suprema, Rol de Ingreso N° 6.100-2010).

⁶⁸ “Undécimo: Que además se debe tener presente que de acuerdo a lo que dispone el artículo 3° del D.L. N° 211, es necesario que las conductas: “impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia”. Dicho de otro modo, para imputar la infracción no basta que exista una posición dominante y que las tarifas sean abusivas, porque además debe acreditarse que esa situación vulnera de algún modo la libre competencia, cual es lo que se pretende proteger” (Excma. Corte Suprema, Rol de Ingreso N° 6100-2010).

⁶⁹ “Décimo tercero: (...) Finalmente, no puede menos que decirse que si las tarifas han sido aplicadas conforme al contrato de concesión, o dicho de otra manera: si la concesionaria no ha incurrido en infracción al contrato de concesión no es posible concebir que el cobro sea abusivo y lesivo a la libre competencia, cual es, como ya se ha dicho, el actuar que en ésta jurisdicción especial puede ser sancionado” (Excma. Corte Suprema, Rol de Ingreso N° 6100-2010).

117. En particular, el máximo tribunal sostuvo que “*si la concesionaria no ha incurrido en infracción al contrato de concesión no es posible concebir que el cobro sea abusivo y lesivo a la libre competencia*”⁷⁰.

118. En consecuencia, la Corte Suprema concluyó que las tarifas aplicadas por PTLA no constituían un abuso de posición dominante en los términos del artículo 3° del DL 211, revocando así la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia⁷¹.

(v) Relevancia para el caso STI

119. El caso PTLA resulta especialmente relevante para el presente Informe por dos razones.

120. En primer lugar, confirma que, en contextos de infraestructura concesionada, el análisis de un eventual abuso explotativo debe partir por examinar el marco contractual y regulatorio que disciplina el ejercicio del poder monopólico del concesionario. Este criterio es consistente con lo observado en los casos Edelmag y Atrex–SCL.

121. En segundo lugar, la sentencia de la Excma. Corte Suprema introduce una precisión adicional de gran importancia: cuando el concesionario actúa dentro del marco tarifario autorizado por el contrato de concesión, el cobro correspondiente no puede ser calificado como abusivo desde el punto de vista de la libre competencia⁷².

122. De este modo, el caso PTLA refuerza la idea de que, en mercados regulados mediante concesiones públicas, la infracción anticompetitiva se configura cuando el concesionario se aparta del régimen que disciplina su monopolio, mientras que el

⁷⁰ Excma. Corte Suprema, Rol de Ingreso N° 6100-2010, c. 13°.

⁷¹ “Décimo cuarto: Que atendidas las razones precedentes que ponen de manifiesto que el asunto propuesto no guarda relación con una cuestión de libre competencia porque su naturaleza jurídica no está dentro de los márgenes de una infracción a este bien jurídico, y porque en forma alguna se ha acreditado que el mercado haya sido alterado por las tarifas que se reclaman y que han sido materia de regulación previa, habrá de acogerse la reclamación de la demandada Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Anónima Concesionaria S.A. y rechazarse la acción formulada” (Excma. Corte Suprema, Rol de Ingreso N° 6100-2010).

⁷² Excma. Corte Suprema, Rol de Ingreso N° 6100-2010, c. 13°.

cumplimiento de dicho régimen delimita el ámbito dentro del cual el ejercicio del poder de mercado resulta jurídicamente legítimo.

123. Esta conclusión resulta particularmente relevante para el caso de STI, en la medida en que la imputación formulada por la Fiscalía se refiere a tarifas que —según el propio Requerimiento— se encuentran dentro de los parámetros permitidos por el contrato de concesión.

II.5 Sentencia N° 121/2012 (H. TDLC)

(i) Hechos del caso

124. La controversia se refería al sistema tarifario aplicable al servicio de transferencia de carga en el terminal concesionado. La demandante alegó que el esquema tarifario establecido en el proceso de licitación y posteriormente aplicado por la concesionaria, Somarco, generaba efectos anticompetitivos en el mercado de transporte de carga asociado al puerto⁷³.

125. Desde el inicio del análisis, el Tribunal identificó que el conflicto planteaba dos planos distintos de análisis: por una parte, el diseño del sistema tarifario definido en la licitación del terminal portuario y, por otra, la forma en que dicho sistema era aplicado por la concesionaria. En palabras del Tribunal:

“Que, entonces, la primera controversia sobre la cual este Tribunal se pronunciará es aquella vinculada con la eventual transgresión del artículo 3° del D.L. N° 211 por parte de los demandados, específicamente (i) por parte del Fisco, mediante el diseño e implementación de una Licitación que autoriza a un concesionario verticalmente integrado para cobrar una tarifa por el uso de infraestructura portuaria, y (ii) por parte del concesionario, Somarco, por la realización de los cobros respectivos”⁷⁴.

⁷³ H. TDLC, Sentencia N° 121/2012, c. 13°.

⁷⁴ H. TDLC, Sentencia N° 121/2012, c. 21°.

126. Esta distinción resulta relevante porque, a diferencia de los casos examinados previamente, el eventual problema competitivo no se vinculaba necesariamente con un apartamiento del régimen concesional, sino con el propio diseño del sistema tarifario aprobado en el proceso licitatorio.

(ii) Metodología de análisis del Tribunal

127. A partir de esta premisa, el Tribunal abordó el caso analizando primero si el sistema tarifario establecido en las bases de licitación generaba incentivos incompatibles con la libre competencia⁷⁵.

128. El Tribunal concluyó que el diseño del régimen tarifario presentaba deficiencias estructurales, en la medida en que permitía al concesionario obtener rentabilidad significativa mediante el cobro de determinadas tarifas asociadas al uso del terminal⁷⁶. En particular, el Tribunal observó que el esquema tarifario definido en la licitación podía generar incentivos para cobrar tarifas que produjeran rentabilidad elevada para el concesionario, aun cuando dichas tarifas se ajustaran formalmente a las condiciones de la concesión⁷⁷.

129. En este contexto, el Tribunal señaló que *“cualquier tarifa que el concesionario verticalmente integrado cobre a sus competidores en el mercado*

⁷⁵ “Vigésimo segundo: Que para analizar lo primero y dado que no son controvertidas las conductas mismas, consistentes en autorizar el Fisco el cobro por recalada por medio de la Licitación y el contrato de concesión respectivo, y haber el concesionario hecho uso de la facultad en cuestión, este Tribunal se limitará a analizar si ello es o no contrario a la libre competencia. Para ello, primero definirá y caracterizará el o los mercados relevantes; en segundo término, el efecto actual o potencial de las conductas cuestionadas en el o los mismos; y, por último, de establecerse que existe un efecto actual o potencial contrario a la libre competencia, se analizará si concurre o no alguna justificación para dichas conductas” (H. TDLC, Sentencia N° 121/2012).

⁷⁶ “Cuadragésimo sexto: Que, en virtud de lo anterior, este Tribunal estima que los cobros que realiza Somarco por el uso de la infraestructura no encuentran justificación en la necesidad de cubrir las inversiones que el concesionario es contractualmente obligado a realizar para mantener, conservar y mejorar las rampas y que, por el contrario, es una tarifa que reportaría utilidades al concesionario, adicionales a las que obtiene en el negocio del transporte” (H. TDLC, Sentencia N° 121/2012).

⁷⁷ “Cuadragésimo séptimo: Que, al respecto, cabe tener presente que cualquier tarifa que el concesionario verticalmente integrado cobre a sus competidores en el mercado aguas arriba y que le produzca alguna rentabilidad, produce efectos contrarios a la libre competencia en el mercado aguas abajo, porque genera desventajas de costo artificiales para los competidores en dicho mercado. En el extremo, si el nivel de la tarifa por el insumo esencial es tal que hace que para los competidores no sea rentable ofrecer el servicio de transporte, la Licitación implementada produce efectos exclusorios y cierra el mercado a actores distintos del concesionario verticalmente integrado” (H. TDLC, Sentencia N° 121/2012).

aguas arriba y que le produzca alguna rentabilidad, produce efectos contrarios a la libre competencia en el mercado aguas abajo, porque genera desventajas de costo artificiales para los competidores en dicho mercado”⁷⁸.

130. Este razonamiento condujo al Tribunal a examinar no solo la conducta del concesionario, sino también las condiciones estructurales definidas en la licitación, que podían haber facilitado la generación de tales efectos⁷⁹.

131. En paralelo, el Tribunal analizó la conducta específica del MOP y de la concesionaria, destacando que la conducta cuestionada correspondía a decisiones adoptadas dentro del margen de discrecionalidad que el propio régimen concesional otorgaba al operador del terminal⁸⁰. En este sentido, el Tribunal señaló que la conducta reprochada no constituía un incumplimiento del contrato de concesión, sino el ejercicio de facultades que dicho contrato permitía⁸¹.

(iii) Conclusión del Tribunal

132. Sobre la base de este análisis, el Tribunal concluyó que el sistema tarifario derivado de la licitación podía generar efectos contrarios a la libre competencia⁸², y

⁷⁸ H. TDLC, Sentencia N° 121/2012, c. 47°.

⁷⁹ “Cuadragésimo octavo: Que, en este caso, sobre la base de los ingresos, costos y número de viajes realizados en el año 2010 por los demandantes, según se informa a fojas 988, es posible afirmar que éstos no podrían solventar la tarifa máxima por recalada fijada por el MOP sin incurrir en pérdidas, de modo que la misma compromete su permanencia en el mercado. Ello, considerando además que no pueden transferir el nuevo costo a precio, porque las Bases fijan las tarifas del concesionario para el servicio de transporte de vehículos de pasajeros y de carga y, con ello, ponen un techo a los precios que los competidores de Somarco podrían cobrar en este mercado” (H. TDLC, Sentencia N° 121/2012).

⁸⁰ “Quincuagésimo primero: Que, al respecto, este Tribunal considera que la infracción a las normas de defensa de la libre competencia resulta atribuible tanto al Fisco como al concesionario demandado, aun cuando más gravemente al primero. En relación con el Fisco, su conducta reprochable consiste en el diseño mismo de la Licitación en cuestión y de las facultades que conforme a ésta concede al concesionario resultante, generando la posibilidad e incentivos para el cobro de una tarifa que es exclusiva de competidores y contraria a la libre competencia (...)” (H. TDLC, Sentencia N° 121/2012).

⁸¹ “Quincuagésimo primero: (...) La conducta del concesionario, por su parte, es también reprochable desde que no está obligado a cobrar una tarifa exclusiva como la establecida en el contrato y puede, ciertamente, actuar de otra forma y cobrar una inferior al estar las tarifas en cuestión establecidas como “máximas”. Así, aún cuando los cobros establecidos por Somarco no infringen su contrato de concesión, pues están debajo de esos máximos contractuales, sí podrían ser contrarios a la libre competencia si se fijan con el objeto de excluir competidores, efecto que es evidente dado lo razonado en la consideración cuadragésimo quinta y que no pudo sino haber sido previsto por el concesionario” (H. TDLC, Sentencia N° 121/2012).

⁸² “Quincuagésimo quinto: Que en virtud de todo lo expuesto precedentemente, este Tribunal acogerá la demanda de autos en esta parte, específicamente: (i) por haber el Fisco diseñado la Licitación en cuestión y concedido al concesionario resultante facultades que posibilitaron e incentivaron el cobro de una tarifa

que la conducta de Somarco debía considerarse anticompetitiva en la medida en que se ejercía dentro de un esquema que favorecía dichos efectos⁸³.

133. Sin embargo, el Tribunal también consideró que la conducta cuestionada se había desarrollado dentro del marco del régimen concesional existente, lo que llevó a adoptar una solución distinta a la aplicada en los casos Edelmag y Atrex–SCL⁸⁴.

134. En particular, el Tribunal resolvió no imponer una multa al concesionario, considerando que la conducta reprochada se había producido en un contexto en que el propio diseño del sistema licitatorio había permitido la generación de los incentivos observados⁸⁵.

135. En lugar de ello, el Tribunal optó por una medida correctiva dirigida a modificar el esquema tarifario aplicable, ordenando la adopción de una tarifa específica destinada a corregir los efectos competitivos identificados⁸⁶.

exclusoria de competidores y por ende contraria a la libre competencia (...)" (H. TDLC, Sentencia N° 121/2012).

⁸³ “Quincuagésimo quinto: (...) y, (ii) por haber Somarco cobrado una tarifa que produce los efectos descritos, pudiendo libremente haber establecido una que no excluyera o tendiese a excluir a sus competidores. Tales conductas, en su conjunto, impiden, restringen o entorpecen la libre competencia en el mercado de transporte entre Niebla y Corral o, al menos, tienden a producir dichos efectos, en contravención a lo dispuesto en el artículo 3° del D.L. N° 211” (H. TDLC, Sentencia N° 121/2012).

⁸⁴ “Quincuagésimo segundo: Que, en razón de lo anterior, no es posible considerar la conformidad con la normativa especial que regula una actividad -en este caso, la de concesiones de obra pública- como eximente de responsabilidad por el incumplimiento de la normativa general de defensa de la libre competencia, especialmente si no se verifica en la especie una situación de contradicción entre ambas que impida cumplirlas simultáneamente y, por el contrario, existe un ámbito de discrecionalidad en la conducta de Somarco constitutiva de infracción, toda vez que bien pudo fijar, por debajo del máximo autorizado por su contrato, cualquier tarifa que no produjera o tendiera a producir los efectos contrarios a la libre competencia antes descritos;

Quincuagésimo tercero: Que, sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal tendrá en consideración que la circunstancia de que Somarco haya actuado amparado por las normas que regulan su actividad o dentro de los límites establecidos por su contrato de concesión, atenúa significativamente su responsabilidad, por lo que no se multará al concesionario, sin perjuicio de las medidas que se adoptarán para efectos de restablecer las condiciones de competencia que deben prevalecer en el mercado” (H. TDLC, Sentencia N° 121/2012).

⁸⁵ H. TDLC, Sentencia N° 121/2012, c. 53°.

⁸⁶ “Quincuagésimo séptimo: Que asimismo, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del D.L. N° 211, como medida preventiva, esto es, a fin de que la infracción sancionada precedentemente no se repita en el futuro, se ordenará al Fisco de Chile, por intermedio de los Ministerios correspondientes, después del vencimiento del Contrato, y para el evento de optar por la realización de una nueva licitación, escoger alguna de las dos siguientes alternativas: (a) licitar separadamente o adjudicar a personas diferentes y no relacionadas entre sí o con uno o más usuarios de la infraestructura portuaria, los servicios portuarios esenciales y los servicios de transporte relevantes; o bien (b) en el evento de optarse por un esquema de integración vertical entre ambos servicios, imponer al concesionario el deber de ajustar la

(iv) Relevancia para el caso STI

136. La importancia de la sentencia Somarco para el presente caso radica en que muestra un escenario distinto al de los casos Edelmag y Atrex–SCL.

137. En aquellos casos, el Tribunal sancionó a los concesionarios porque se habían apartado del régimen tarifario establecido en las bases de licitación o en el contrato de concesión. En Somarco, en cambio, el problema competitivo se vinculaba con el propio diseño del sistema licitatorio, lo que llevó al Tribunal a analizar simultáneamente la conducta del concesionario y las decisiones del ente licitante.

138. Este precedente demuestra que pueden existir situaciones en que el cumplimiento del contrato de concesión no elimina completamente los riesgos competitivos, particularmente cuando dichos riesgos derivan del diseño del sistema licitatorio⁸⁷. En tales casos, la respuesta institucional del Tribunal no necesariamente consiste en sancionar al concesionario, sino en corregir el diseño regulatorio que permitió la generación de dichos efectos⁸⁸.

139. Esta distinción resulta relevante para el caso de STI, pues permite diferenciar entre dos escenarios: aquellos en que el concesionario se aparta del marco regulatorio que disciplina su monopolio —casos en los que la jurisprudencia ha considerado configurado un abuso— y aquellos en que los eventuales problemas competitivos derivan del propio diseño del sistema regulatorio aplicable.

II.6 Síntesis de las reglas jurisprudenciales derivadas de los casos analizados

tarifa por recalada de naves al valor que resulte de dividir el valor actualizado y anualizado de los costos y las inversiones totales en que deba incurrir y realizar el concesionario para la mantención, conservación y explotación de las obras portuarias construidas y por construir por el MOP para el atraque de embarcaciones en las rampas de Niebla y Corral, por el número total anual esperado de recaladas en el período considerado, entre todos los usuarios, incluyendo al adjudicatario de la licitación, y reduciendo del monto total de los costos e inversiones, el monto de los subsidios que se concedan para financiar tales costos e inversiones, debiendo las Bases y el Contrato respectivo especificar tal monto o establecer los elementos que sirvan para su determinación” (H. TDLC, Sentencia N° 121/2012).

⁸⁷ H. TDLC, Sentencia N° 121/2012, c. 51°.

⁸⁸ H. TDLC, Sentencia N° 121/2012, c. 52°, 53°, 56° y 57°.

140. Del análisis de las sentencias dictadas en los casos Edelmag, Atrex–SCL, Sanitarias, PTLA y Somarco se desprenden algunas reglas jurisprudenciales relativamente claras sobre la forma en que el derecho chileno ha abordado los casos de abuso explotativo en mercados regulados o concesionados.

141. En primer lugar, Edelmag y Atrex–SCL muestran que el análisis de abuso explotativo en contextos concesionales comienza necesariamente por examinar si el concesionario se ha apartado del régimen tarifario establecido en las bases de licitación o en el contrato de concesión⁸⁹.

142. En ambos casos, la conducta fue considerada anticompetitiva precisamente porque el concesionario alteró unilateralmente el marco tarifario que disciplinaba el ejercicio del monopolio concedido⁹⁰.

143. En segundo lugar, de esos mismos precedentes se sigue que el mero incumplimiento contractual no basta por sí solo para configurar una infracción al Decreto Ley N° 211. Para que dicho incumplimiento adquiera relevancia desde el punto de vista de la libre competencia, es necesario demostrar que se traduce en un ejercicio abusivo del poder monopólico frente a terceros⁹¹.

144. En tercer lugar, el caso Sanitarias confirma que el abuso explotativo no se configura por la sola existencia de precios elevados o de rentas significativas, por sí sola. Para que un cobro pueda ser calificado como abusivo, es necesario demostrar que carece de justificación económica o regulatoria suficiente⁹².

145. En cuarto lugar, la sentencia de la Excma. Corte Suprema en PTLA introduce una regla especialmente relevante para mercados concesionados: cuando el concesionario aplica tarifas dentro del régimen establecido en el contrato de concesión, el cobro correspondiente no puede calificarse como abusivo desde el punto de vista del derecho de la libre competencia⁹³.

⁸⁹ H. TDLC, Sentencia N° 73/2008, c. 23° y H. TDLC, Sentencia N° 75/2008, c. 18°.

⁹⁰ H. TDLC, Sentencia N° 73/2008, c. 33° y H. TDLC, Sentencia N° 75/2008, c. 49°.

⁹¹ H. TDLC, Sentencia N° 73/2008, c. 33°, Excma. Corte Suprema, Rol de Ingreso N° 5.505-2008, c. 10°, H. TDLC, Sentencia N° 75/2008, c. 37° y Excma. Corte Suprema, Rol de Ingreso N° 6.545-2008, c. 6°.

⁹² H. TDLC, Sentencia N° 85/2009, c. 116°.

⁹³ Excma. Corte Suprema, Rol de Ingreso N° 6100-2010, c. 13°.

146. Finalmente, en quinto lugar, Somarco muestra que pueden existir hipótesis distintas, en las que el problema competitivo no deriva de la conducta del concesionario, sino del propio diseño del sistema licitatorio que estructura la concesión. En tales casos, el análisis deja de centrarse en el apartamiento del contrato y pasa a dirigirse al diseño del régimen regulatorio⁹⁴.

II.7 Confrontación de las tesis de las partes con la jurisprudencia

147. A la luz de estas reglas, ninguna de las dos posiciones sostenidas por las partes refleja plenamente el estado del derecho.

148. Por una parte, la tesis de la FNE, según la cual el cumplimiento del contrato de concesión sería jurídicamente irrelevante para el análisis de libre competencia, no encuentra respaldo en la jurisprudencia examinada. En los casos Edelmag y Atrex–SCL los tribunales sancionaron a los concesionarios precisamente porque éstos se apartaron del régimen tarifario previsto en las bases o en el contrato; y Sanitarias confirma, además, que la sola existencia de poder de mercado o de precios altos no basta para configurar un abuso explotativo.

149. Por otra parte, la tesis de STI —según la cual el cumplimiento del contrato de concesión excluiría siempre cualquier reproche anticompetitivo— tampoco puede formularse en términos absolutos. Si bien dicha tesis encuentra un respaldo particularmente fuerte en el caso PTLA, el caso Somarco muestra que pueden existir situaciones en las que el problema competitivo derive del diseño del sistema concesional, aun cuando el concesionario actúe dentro del marco contractual.

150. De este modo, la jurisprudencia chilena no consagra ni una regla según la cual el contrato de concesión sea irrelevante para el análisis antitrust, ni otra según la cual su cumplimiento excluya siempre toda controversia de libre competencia. Lo que hace, más bien, es distinguir entre apartamiento del régimen concesional y defectos del diseño licitatorio.

⁹⁴ H. TDLC, Sentencia N° 121/2012, c. 51°.

III. LA TESIS QUE SOSTIENE ESTE INFORME Y SU CONSECUENCIA METODOLÓGICA

151. A juicio de este Informe, la regla que emerge de la jurisprudencia puede formularse del siguiente modo: en mercados concesionados, el análisis de un eventual abuso explotativo debe comenzar por determinar si la conducta cuestionada se aparta o no del marco regulatorio que disciplina el monopolio concedido.

152. Cuando el concesionario se aparta de dicho régimen, como ocurrió en los casos Edelmag y Atrex-SCL, puede configurarse un abuso de posición dominante, siempre que el cobro carezca de justificación económica o regulatoria suficiente.

153. En cambio, cuando el concesionario aplica tarifas dentro del régimen establecido en el contrato de concesión, la sentencia de la Excma. Corte Suprema en el caso PTLA establece que dicho cobro no puede calificarse como abusivo desde el punto de vista del derecho de la libre competencia. Esta regla se explica porque, en sistemas concesionales, el poder de mercado del concesionario no surge de una dinámica competitiva natural, sino que es concedido por el Estado, el cual simultáneamente establece las condiciones bajo las cuales dicho poder puede ejercerse.

154. Con todo, la incorporación del precedente de Somarco al análisis, muestra que la regla indicada por la Excma. Corte Suprema en el caso PTLA admite una precisión o matiz relevante. Esa regla tiene sentido, en la medida que el propio diseño del régimen concesional sea compatible con la libre competencia. Solo así se justifica establecer como regla definitiva que el cumplimiento del contrato de concesión delimita el ámbito de lo que puede considerarse abusivo.

155. Si el diseño del sistema licitatorio es competitivo, el cumplimiento de dicho régimen no puede, entonces, constituir un abuso explotativo. Por el contrario, si dicho régimen no es competitivo, el mero cumplimiento del contrato de concesión no puede ser justificación suficiente para rechazar una acción de libre competencia.

156. Con todo, si el problema competitivo deriva del diseño del sistema concesional, como ocurriría en este último escenario, el análisis deja de centrarse

exclusivamente en la conducta del concesionario y pasa a dirigirse al propio diseño regulatorio, en los términos analizados en el caso Somarco⁹⁵.

157. De lo anterior se sigue que el marco analítico aplicable depende de la forma en que se formule la imputación y, especialmente, del carácter competitivo del régimen concesional aplicable.

- a. Si el diseño del sistema concesional es competitivo, el análisis debe regirse plenamente por la regla establecida por la Excma. Corte Suprema en el caso PTLA⁹⁶: el ejercicio de las prerrogativas reconocidas por el contrato de concesión —incluida la aplicación de tarifas dentro de los límites establecidos en dicho contrato— no puede calificarse como abusivo desde el punto de vista de la libre competencia.
- b. Si el diseño del sistema concesional no es competitivo, entonces el análisis se desplaza hacia el propio régimen regulatorio. En ese escenario, la conducta del concesionario puede ser considerada anticompetitiva aun cuando se haya ejecutado dentro del marco contractual, en la medida en que dicho marco reproduzca un diseño incompatible con la libre competencia⁹⁷.

En tal caso, el problema no se limita a la conducta del concesionario, sino que involucra también al ente licitante que diseñó el sistema⁹⁸, y

⁹⁵ H. TDLC, Sentencia N° 121/2012, c. 21°, 51°, 53° y 55°.

⁹⁶ “Décimo tercero: (...) Finalmente, no puede menos que decirse que si las tarifas han sido aplicadas conforme al contrato de concesión, o dicho de otra manera: si la concesionaria no ha incurrido en infracción al contrato de concesión no es posible concebir que el cobro sea abusivo y lesivo a la libre competencia, cual es, como ya se ha dicho, el actuar que en ésta jurisdicción especial puede ser sancionado” (Excma. Corte Suprema, Rol de Ingreso N° 6100-2010).

⁹⁷ “Quincuagésimo primero: (...) La conducta del concesionario, por su parte, es también reprochable desde que no está obligado a cobrar una tarifa exclusoria como la establecida en el contrato y puede, ciertamente, actuar de otra forma y cobrar una inferior al estar las tarifas en cuestión establecidas como “máximas”. Así, aún cuando los cobros establecidos por Somarco no infringen su contrato de concesión, pues están debajo de esos máximos contractuales, sí podrían ser contrarios a la libre competencia si se fijan con el objeto de excluir competidores, efecto que es evidente dado lo razonado en la consideración cuadragésimo quinta y que no pudo sino haber sido previsto por el concesionario” (H. TDLC, Sentencia N° 121/2012).

⁹⁸ “Quincuagésimo primero: Que, al respecto, este Tribunal considera que la infracción a las normas de defensa de la libre competencia resulta atribuible tanto al Fisco como al concesionario demandado, aun cuando más gravemente al primero. En relación con el Fisco, su conducta reprochable consiste en el diseño

las medidas que correspondan pueden incluir la corrección del diseño regulatorio e incluso la declaración de una infracción por parte del concesionario, la que no necesariamente debe traducirse en una sanción pecuniaria, como lo demuestra el precedente Somarco.

158. La determinación de cuál de estos escenarios corresponde aplicar exige examinar previamente si el régimen concesional aplicable fue diseñado en condiciones compatibles con la libre competencia.

159. A este respecto, una regla particularmente relevante surge del artículo 32 del Decreto Ley N° 211, conforme al cual los actos o contratos ejecutados de acuerdo con decisiones del Tribunal no acarrearán responsabilidad en materia de libre competencia⁹⁹. Esta disposición implica que, cuando un régimen concesional ha sido estructurado bajo condiciones previamente examinadas y aprobadas por la institucionalidad de libre competencia, existe una presunción de compatibilidad de dicho diseño con la libre competencia.

160. En consecuencia, antes de examinar si la conducta imputada a STI puede ser considerada abusiva desde el punto de vista del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, lo que corresponde es analizar el diseño institucional y regulatorio del sistema portuario concesionado, a fin de determinar si las condiciones bajo las cuales se estructuró la licitación de los terminales portuarios y se determinaron las reglas tarifarias establecidas en las bases y en los contratos de concesión conforme con las cuales actuó STI, son competitivas. Ello, obligará a revisar el rol que desempeñó la institucionalidad de libre competencia en la validación de dicho diseño.

mismo de la Licitación en cuestión y de las facultades que conforme a ésta concede al concesionario resultante, generando la posibilidad e incentivos para el cobro de una tarifa que es exclusiva de competidores y contraria a la libre competencia (...)" (H. TDLC, Sentencia N° 121/2012).

⁹⁹ "Artículo 32°.- 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.

En todo caso, ni los ministros que concurrieren a la decisión, ni el Fiscal Nacional Económico, según correspondiere, se entenderán inhabilitados para los nuevos pronunciamientos que eventualmente tuvieren lugar".

IV. EL DISEÑO INSTITUCIONAL Y REGULATORIO DEL SISTEMA PORTUARIO CONCESIONADO

IV.1 La falla de mercado que justifica la regulación portuaria

161. Los terminales portuarios concesionados operan en un contexto estructural caracterizado por la existencia de poder de mercado derivado de las características propias de la infraestructura portuaria. La construcción y operación de un frente de atraque requiere inversiones de gran magnitud y se encuentra limitada por condiciones geográficas y logísticas que hacen inviable la existencia de múltiples operadores prestando el mismo servicio dentro de un mismo espacio portuario.

162. Esta situación genera un riesgo evidente desde el punto de vista de la libre competencia: el concesionario que opera el terminal podría aprovechar la posición monopólica derivada de la concesión para imponer precios excesivos o condiciones contractuales desfavorables a los usuarios del terminal.

163. Precisamente por esta razón, el ordenamiento jurídico chileno no ha optado por enfrentar este problema exclusivamente mediante la aplicación ex post del derecho de la libre competencia, sino mediante un sistema institucional que combina regulación sectorial, competencia por el mercado y control preventivo por parte de la autoridad de competencia.

164. En este contexto, un elemento central de este diseño institucional es el rol que la propia Ley de Puertos asigna a la institucionalidad de libre competencia en la etapa previa a la licitación. En efecto, cuando la estructura del mercado portuario es tal que no existe competencia efectiva entre distintos terminales dentro de una misma región, el artículo 14 de la Ley N° 19.542 exige que el proceso licitatorio sea sometido previamente al análisis de la autoridad de competencia, a fin de que ésta determine las condiciones necesarias para resguardar la libre competencia en el diseño del sistema concesional.

165. Con ese objetivo, la ley estableció un modelo de competencia por el mercado, en virtud de la cual los operadores compiten en el proceso de licitación ofreciendo las condiciones económicas bajo las cuales explotarán la infraestructura portuaria. En este esquema, la presión competitiva no se produce durante la operación del

terminal, sino en el proceso competitivo previo que determina quién obtiene la concesión y en qué condiciones lo hará.

166. De este modo, el régimen concesional portuario se configura como un sistema institucional en el cual el poder de mercado del concesionario se encuentra delimitado desde su origen por el diseño del proceso licitatorio, por las condiciones establecidas en las bases y en el contrato de concesión, y por la intervención preventiva de la autoridad de competencia.

167. Este elemento resulta particularmente relevante para el presente Informe, pues permite comprender que el análisis de eventuales abusos explotativos en el ámbito portuario no puede realizarse prescindiendo del diseño institucional que estructura la concesión. Por el contrario, conforme a la jurisprudencia examinada en el capítulo anterior, dicho análisis debe comenzar por determinar si el régimen concesional fue diseñado en condiciones compatibles con la libre competencia.

IV.2 El rol de la autoridad de competencia en el diseño del sistema portuario concesionado

168. En el caso de los terminales portuarios de la Región de Valparaíso, este control preventivo se materializó primeramente mediante el Dictamen N° 1.045 de la Comisión Preventiva Central, que estableció las condiciones de competencia bajo las cuales debían estructurarse los procesos de licitación de los terminales estatales¹⁰⁰.

169. Dicho dictamen constituye un antecedente particularmente relevante para el análisis del presente caso, pues en él la autoridad de competencia examinó explícitamente los riesgos que podrían derivarse del régimen concesional portuario y estableció una serie de resguardos destinados a mitigarlos¹⁰¹.

¹⁰⁰ “Como se observa, la ley concede a esta Comisión extensas atribuciones, de general aplicación, no solo para cumplir con su cometido de prevenir los actos o conductas propiamente tales contrarias a la competencia, sino que también, para pronunciarse sobre la estructura e integración de los mercados, única forma de dar cumplimiento a los objetivos de velar por una sana y libre concurrencia en las actividades económicas, evitar la concentración del poder económico y las distorsiones en los mercados, que le asigna expresamente el Decreto Ley N° 211, de 1973, tal como se menciona textualmente en los considerandos de este cuerpo legal” (Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 1.045, p. 17).

¹⁰¹ Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 1.045, apartado XIV y XI.

170. Entre otros aspectos, el Dictamen N° 1045 se pronunció sobre materias tales como: las condiciones de participación de usuarios relevantes en la propiedad de los concesionarios, estableciendo límites a la integración vertical entre operadores portuarios y usuarios de los terminales¹⁰²; las restricciones a la integración horizontal entre terminales de una misma región¹⁰³; la necesidad de asegurar condiciones objetivas y no discriminatorias en el acceso a los servicios portuarios¹⁰⁴; y, la estructura general del sistema tarifario que regiría la operación de los terminales concesionados¹⁰⁵.

171. En particular, el dictamen aprobó un modelo de licitación basado en la competencia por el mercado mediante la oferta de un índice tarifario ponderado, que reflejaría el nivel máximo de tarifas que el concesionario podría cobrar por los servicios portuarios regulados¹⁰⁶. Bajo este esquema, los distintos postulantes competirían ofreciendo el menor índice tarifario posible, lo que permitiría trasladar a los usuarios finales los beneficios de la competencia generada en el proceso licitatorio¹⁰⁷.

172. Este diseño institucional resulta particularmente relevante desde la perspectiva del derecho de la libre competencia, pues muestra que el riesgo de abusos explotativos fue identificado y abordado ex ante en el propio diseño del sistema concesional¹⁰⁸. En efecto, la fijación de tarifas máximas y de mecanismos de

¹⁰² Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 1.045, apartado XV, N° 8 y apartado XIII, N° 3.

¹⁰³ Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 1.045, apartado XV, N° 7.

¹⁰⁴ Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 1.045, apartado XV, N° 1 y apartado XIII, N° 2.1.

¹⁰⁵ Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 1.045, apartado XV, N° 2.

¹⁰⁶ “Los concesionarios no podrán cobrar por sus servicios tarifas diferentes a las que se obligaron en el proceso de licitación, sin perjuicio de las fórmulas de ajuste de las mismas previstas en las bases de licitación y lo en los contratos de concesión. Esta limitación no regirá respecto de los servicios opcionales, vale decir, aquellos que no son indispensables para el atraque de las naves y la movilización y acopio de carga (por ejemplo, arriendo de equipos u oficinas al interior de la concesión, reparación y aseo de contenedores, provisión de energía eléctrica para carga refrigerada), cuyas tarifas serán determinadas libremente por el concesionario de acuerdo a las condiciones del mercado. En todo caso, toda tarifa, sea regulada o no regulada, será pública y no discriminatoria” (Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 1.045, apartado XV, N° 2).

¹⁰⁷ “La aplicación del modelo monooperador permitiría asegurar a los usuarios del sistema portuario que las tarifas sean competitivas, sólo en la medida que exista un número amplio de empresas independientes que operen en los diferentes puertos. En estas condiciones, resulta indispensable establecer medidas que aseguren la existencia de operadores independientes en los principales puertos del país” (Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 1.045, apartado XIV, N° 2).

¹⁰⁸ “Se espera que a futuro las tarifas sean determinadas por la competencia y por ello el presente informe busca crear las condiciones para asegurar que exista el mayor número de operadores independientes. No

control tarifario en las bases y en los contratos de concesión constituye precisamente el instrumento mediante el cual el sistema busca limitar el ejercicio del poder monopólico que inevitablemente deriva de la explotación exclusiva de la infraestructura portuaria¹⁰⁹.

173. En otras palabras, el régimen concesional aplicable al terminal de STI no surge de decisiones discrecionales adoptadas durante la operación del terminal, sino de condiciones de competencia previamente definidas por la autoridad de libre competencia y obligatorias para el proceso licitatorio.

IV.3 El régimen tarifario aplicable a STI

174. El sistema tarifario aplicable a los terminales portuarios concesionados presenta tres características fundamentales.

1. Tarifas máximas definidas en el proceso licitatorio

175. Las bases de licitación establecen que los servicios portuarios básicos se encuentran sujetos a tarifas máximas, determinadas mediante el proceso competitivo por el cual se adjudica la concesión¹¹⁰.

176. En este esquema, los postulantes compiten ofreciendo el menor índice tarifario ponderado posible para un conjunto de servicios portuarios definidos en las bases. El índice tarifario ofertado por el adjudicatario se transforma posteriormente en el parámetro que delimita las tarifas máximas que el concesionario puede cobrar durante la operación del terminal¹¹¹.

obstante lo anterior, no es conveniente correr el riesgo de que se consoliden situaciones de abuso de posición dominante sobre mercados monopólicos en un sector relevante para el crecimiento económico del país” (Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 1.045, apartado XIV, N° 3).

¹⁰⁹ “Por las consideraciones expuestas, esta Comisión es de opinión que es indispensable que exista una tarifa máxima determinada por la competencia de los participantes en el mismo proceso de licitación. Mas aún siendo la estructura tarifaria ofrecida por el postulante una de las variables determinantes para la asignación de la concesión” (Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 1.045, apartado XIV, N° 8).

¹¹⁰ Bases de Licitación, clausula 4.10 y Anexo II.

¹¹¹ Bases de Licitación, clausula 4.10 y Anexo II.

177. Este mecanismo constituye una manifestación directa de la lógica de competencia por el mercado que inspira el sistema portuario chileno: el precio máximo que podrá cobrar el concesionario no surge de decisiones unilaterales adoptadas durante la operación del terminal, sino de la competencia generada en el proceso licitatorio.

2. Sistema de control y actualización de las tarifas

178. El régimen tarifario establece además mecanismos destinados a asegurar la estabilidad y transparencia del sistema de precios aplicable a los servicios portuarios.

179. Entre estos mecanismos destacan: la existencia de fórmulas de reajuste previamente definidas en las bases y en el contrato de concesión¹¹²; la obligación de registrar las tarifas ante la empresa portuaria correspondiente¹¹³; y, la publicidad de dichas tarifas para los usuarios del terminal¹¹⁴.

180. Estos elementos buscan evitar que el concesionario introduzca modificaciones unilaterales al sistema tarifario durante la vigencia de la concesión, asegurando que las tarifas aplicadas se mantengan dentro de los parámetros definidos en el proceso competitivo que dio origen al contrato.

3. Regulación de la estructura tarifaria

181. El régimen concesional regula no solo el nivel máximo de las tarifas, sino también la estructura del sistema tarifario aplicable a los servicios portuarios.

182. En particular, las bases y el contrato de concesión establecen reglas relativas a: la definición de los servicios portuarios básicos sujetos a regulación¹¹⁵; la forma en que dichos servicios pueden ser tarifados¹¹⁶; y, las condiciones bajo las cuales las tarifas pueden ser aplicadas a los distintos usuarios del terminal¹¹⁷.

¹¹² Bases de Licitación, cláusula 4.10 y Contrato de Concesión, artículo 11.

¹¹³ Contrato de Concesión, artículo 11.2.

¹¹⁴ Contrato de Concesión, artículo 11.

¹¹⁵ Contrato de Concesión, artículo 1.1.

¹¹⁶ Bases de Licitación, cláusula 4.10 y Anexo II y Contrato de Concesión, artículos 1.1. y 11.2.

¹¹⁷ Bases de Licitación, Anexo V.

183. Este aspecto resulta particularmente relevante en el presente caso, pues el sistema tarifario portuario contempla la posibilidad de estructurar las tarifas de los servicios básicos de transferencia de carga de manera diferenciada entre distintos tipos de usuarios, siempre dentro de los límites máximos establecidos en el contrato de concesión.

184. En otras palabras, el régimen concesional no solo fija un límite máximo a las tarifas que puede cobrar el concesionario, sino que también establece las reglas conforme a las cuales dichas tarifas pueden estructurarse y aplicarse dentro del sistema portuario.

IV.4 Aplicación del régimen concesional al caso de STI

185. En este contexto, el análisis del caso debe partir por una constatación que no parece ser controvertida entre las partes: las tarifas aplicadas por STI no exceden los límites máximos establecidos en el contrato de concesión ni se apartan del sistema tarifario definido en las bases de licitación y en el contrato correspondiente.

186. De hecho, el propio Requerimiento reconoce expresamente que las tarifas efectivas cobradas por los concesionarios portuarios se encuentran dentro de los parámetros permitidos por las respectivas concesiones¹¹⁸, afirmando que *“aunque el cobro de la tarifa de seguridad se ajuste formalmente a los parámetros establecidos en las respectivas concesiones —porque no supera los máximos permitidos—, aquella no cumple con lo dispuesto en el DL 211”*¹¹⁹.

187. De este modo, la tesis de la Fiscalía no descansa en la afirmación de que el concesionario se haya apartado del régimen concesional que disciplina su actividad,

¹¹⁸ “Es importante destacar que el hecho que las tarifas cobradas por las Requeridas se encuentren dentro de los parámetros permitidos por la respectiva concesión no significa que su comportamiento descrito en este Requerimiento no pueda ser reprochado desde el punto de vista de la libre competencia. Lo anterior es así porque TPS, STI y DPW no se encuentran únicamente obligados por tales contratos, sino que también por las reglas generales contenidas en DL 21157. Así, aunque el cobro de la tarifa de seguridad se ajuste formalmente a los parámetros establecidos en las respectivas concesiones -porque no supera los máximos permitidos-, aquella no cumple con lo dispuesto en el DL 211, pues se trata de un cobro injustificado que permitió a las Requeridas alterar aquellos ingresos que hubiesen recibido en un entorno competitivo” (Requerimiento, p. 28).

¹¹⁹ Requerimiento, p. 28.

sino en la idea de que un cobro puede ser anticompetitivo aun cuando se encuentre dentro de los parámetros permitidos por el contrato de concesión.

188. Sin embargo, esta forma de plantear el problema omite un elemento fundamental. Como se explicó en el capítulo anterior, cuando una conducta se ejecuta dentro de un régimen concesional, el análisis de libre competencia debe comenzar por determinar si el concesionario se ha apartado de dicho régimen o si, por el contrario, la imputación supone que el ejercicio de las prerrogativas reconocidas por ese régimen sería, por sí mismo, anticompetitivo.

189. En el presente caso, el régimen tarifario aplicable a STI es producto de un diseño institucional previamente examinado por la autoridad de competencia y estructurado precisamente para limitar el ejercicio del poder monopólico derivado de la concesión.

190. Los participantes del proceso licitatorio formularon sus ofertas bajo la premisa de que el concesionario adjudicatario podría cobrar tarifas dentro del margen definido por el índice tarifario ofertado, margen que constituye el mecanismo mediante el cual el sistema busca disciplinar el ejercicio del poder monopólico derivado de la concesión.

191. La tesis de la FNE implica, en los hechos, que el concesionario no podría cobrar tarifas dentro del margen tarifario que determinó la adjudicación de la concesión, aun cuando dicho margen fue el resultado de un proceso licitatorio estructurado bajo condiciones previamente definidas por la autoridad de competencia.

192. En consecuencia, el problema jurídico que plantea el Requerimiento no consiste en determinar si el concesionario se apartó del régimen concesional que disciplina su actividad —lo que no se discute—, sino en establecer cuál es el efecto jurídico que tiene, desde el punto de vista del derecho de la libre competencia, el hecho de que la conducta cuestionada se haya ejecutado dentro de un régimen concesional previamente diseñado y validado por la autoridad de competencia, pues la tesis que sostiene este Informe es que si el diseño del sistema concesional es competitivo, debe aplicarse la regla establecida por la Excma. Corte Suprema en el caso PTLA, esto es: el ejercicio de las prerrogativas reconocidas por el contrato de

concesión no puede calificarse como abusivo desde el punto de vista de la libre competencia.

193. En consecuencia, para determinar si dicha regla aplica a este caso, se debe analizar el alcance que el ordenamiento jurídico atribuye al cumplimiento de decisiones o autorizaciones emanadas de la institucionalidad de libre competencia, lo que conduce directamente al examen de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto Ley N° 211, cuyo contenido y efectos se analizan en el capítulo siguiente.

V. EL EFECTO JURÍDICO DEL CUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN CONCESIONAL

V.1 El rol del control preventivo en el sistema chileno de libre competencia

194. El sistema chileno de libre competencia no se estructura únicamente en torno al control represivo de conductas anticompetitivas previsto en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211. Junto a dicho control *ex post*, el ordenamiento contempla un conjunto de mecanismos preventivos destinados a examinar, antes de su implementación, actos, contratos o estructuras de mercado que podrían afectar la competencia.

195. Dentro de estos mecanismos se encuentran, particularmente, los procedimientos no contenciosos seguidos ante el H. TDLC, mediante los cuales el Tribunal puede pronunciarse acerca de la compatibilidad de determinadas estructuras regulatorias o contractuales con el derecho de la libre competencia. Estos procedimientos permiten que la institucionalidad *antitrust* intervenga *ex ante* en el diseño de determinados mercados, especialmente en aquellos caracterizados por fallas estructurales o por la existencia de monopolios naturales.

196. La lógica de estos procedimientos responde a una idea central del sistema: cuando un mercado presenta características estructurales que impiden el funcionamiento de la competencia en condiciones normales —como ocurre en el caso de las industrias de infraestructura— la protección de la competencia no puede confiarse exclusivamente al control posterior de conductas, sino que debe incorporar

mecanismos de diseño institucional que permitan prevenir la aparición de problemas competitivos antes de que éstos se materialicen¹²⁰.

197. En este sentido, los procedimientos no contenciosos del DL 211 constituyen una herramienta mediante la cual el sistema de libre competencia participa directamente en la estructuración de ciertos mercados, estableciendo condiciones destinadas a evitar que el poder de mercado inherente a determinadas actividades se traduzca en abusos anticompetitivos.

198. La existencia de este control preventivo tiene una consecuencia relevante para el funcionamiento del sistema. Cuando un mercado ha sido estructurado mediante condiciones previamente examinadas por la autoridad de competencia, el análisis antitrust posterior no puede prescindir de ese diseño institucional, pues hacerlo implicaría desconocer el propio mecanismo mediante el cual el sistema buscó prevenir los riesgos competitivos asociados a dicho mercado.

V.2 Naturaleza jurídica de las decisiones no contenciosas del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

199. Los procedimientos no contenciosos del Decreto Ley N° 211 se caracterizan por tener una naturaleza distinta de la jurisdicción contenciosa que el Tribunal ejerce en los procedimientos sancionatorios. Mientras estos últimos buscan determinar la existencia de una infracción a la libre competencia, los primeros tienen por objeto pronunciarse sobre la compatibilidad de determinadas estructuras o actos con el ordenamiento competitivo¹²¹.

200. La doctrina ha destacado que estas facultades constituyen potestades de carácter institucional destinadas a orientar la organización de ciertos mercados en función de los principios de la libre competencia. En particular, se ha señalado que en los asuntos no contenciosos el Tribunal no resuelve un conflicto entre partes, sino que emite declaraciones que permiten definir las condiciones bajo las cuales ciertos

¹²⁰ Francisco Agüero Vargas, Informe en Derecho, “*Incumplimiento y modificación de medidas de mitigación establecidas por el TDLC*”, RegCom, 2015, p. 11 y 16.

¹²¹ Francisco Agüero Vargas, Informe en Derecho, “*Incumplimiento y modificación de medidas de mitigación establecidas por el TDLC*”, RegCom, 2015, p. 13, p. 18, cita N° 66 y p. 20.

actos o estructuras pueden desarrollarse sin afectar el funcionamiento competitivo de los mercados¹²².

201. Desde esta perspectiva, las decisiones adoptadas en dichos procedimientos no constituyen meras opiniones consultivas. Por el contrario, forman parte del marco institucional que disciplina la organización de los mercados a los cuales se refieren. En efecto, la doctrina ha señalado que las resoluciones adoptadas en procedimientos de consulta poseen un carácter vinculante respecto de las autoridades administrativas que deben aplicarlas, precisamente porque dichas decisiones se integran al régimen regulatorio del mercado correspondiente¹²³.

202. Este carácter institucional resulta particularmente relevante en sectores regulados o concesionados. En tales contextos, las decisiones adoptadas en sede preventiva cumplen la función de establecer las condiciones bajo las cuales el ejercicio del poder de mercado estructuralmente asociado a determinadas actividades resulta compatible con la libre competencia.

203. De este modo, las decisiones no contenciosas del Tribunal no se limitan a evaluar conductas pasadas, sino que contribuyen a definir el marco regulatorio dentro del cual los agentes económicos desarrollarán su actividad.

V.3 El efecto jurídico del artículo 32 del Decreto Ley N° 211

204. El ordenamiento jurídico chileno reconoce explícitamente los efectos que derivan de la ejecución de actos o contratos que han sido previamente examinados

¹²² “Además de ser un acto de naturaleza administrativa (vid. ¶19 y ss.), la resolución tiene un carácter preventivo. Ahora bien, en nuestro Derecho de la Competencia la consulta no es un requisito para emprender una actividad económica, sino un acto facultativo del interesado⁸⁸, que trae consigo un efecto favorable: obtener una declaración de licitud de la conducta consultada. En rigor, el carácter facultativo de la consulta no niega la naturaleza de acto administrativo de control preventivo, sino que expresa un juicio del legislador acerca de la distribución de los riesgos” (Francisco Agüero Vargas, Informe en Derecho, “*Incumplimiento y modificación de medidas de mitigación establecidas por el TDLC*”, RegCom, 2015, p. 23).

¹²³ “En cuanto a los sujetos beneficiados por la autorización, es importante resaltar que la resolución que analizamos no es una sentencia en la que se ejerce la jurisdicción del TDLC. En cambio, se trata de una resolución que constituye una autorización, es decir, crea un título habilitante para el beneficiario, pudiendo realizar la conducta consultada.

Desde luego, el consultante está vinculado por los efectos de la consulta. Pero también lo están aquellos que se relacionan con él, en la medida que el hecho, acto o contrato – que es objeto de la consulta - está destinado a producir efectos en las relaciones económicas que entable” (Francisco Agüero Vargas, Informe en Derecho, “*Incumplimiento y modificación de medidas de mitigación establecidas por el TDLC*”, RegCom, 2015, p. 28).

por la institucionalidad de libre competencia. Dichos efectos se encuentran regulados en el artículo 32 del Decreto Ley N° 211, el cual dispone que los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con decisiones del Tribunal no acarrearán responsabilidad en materia de libre competencia.

205. Esta disposición cumple una función sistemática dentro del régimen de libre competencia. Su finalidad es evitar que el sistema institucional en materia de libre competencia incurra en una contradicción interna consistente en autorizar o estructurar determinadas conductas en sede preventiva para luego calificarlas como anticompetitivas en un procedimiento sancionatorio posterior.

206. En otras palabras, el artículo 32 constituye la regla que articula el control preventivo y el control represivo dentro del sistema de libre competencia. Cuando un acto o contrato se ejecuta dentro del marco definido por una decisión previa del Tribunal, el ordenamiento presume que dicho acto se desarrolla dentro de un régimen institucional que ha sido considerado compatible con la libre competencia. Esto se debe a razones de certeza jurídica y no a que el acto no haya podido generar efectos anticompetitivos¹²⁴.

207. Por lo mismo, esta regla que impide sancionar en estos casos no significa que el acto autorizado deba mantenerse en el tiempo. El propio Decreto Ley N° 211 contempla mecanismos que permiten revisar o modificar decisiones adoptadas en procedimientos no contenciosos cuando cambian las circunstancias económicas que justificaron dichas decisiones¹²⁵.

208. Sin embargo, lo relevante para los efectos de este Informe, es que mientras tales decisiones se encuentren vigentes y se ejecuten conforme a sus condiciones, el sistema reconoce que los agentes económicos que actúan dentro de ese marco no pueden ser sancionados por el solo hecho de ejecutar conductas que el propio sistema permitió o estructuró previamente.

¹²⁴ Francisco Agüero Vargas, Informe en Derecho, “*Incumplimiento y modificación de medidas de mitigación establecidas por el TDLC*”, RegCom, 2015, pp. 13 a 19.

¹²⁵ Francisco Agüero Vargas, Informe en Derecho, “*Incumplimiento y modificación de medidas de mitigación establecidas por el TDLC*”, RegCom, 2015, pp. 26 y 27.

VI. CONSECUENCIA JURÍDICA DEL CARÁCTER COMPETITIVO DEL RÉGIMEN CONCESIONAL

VI.1 Aplicación de la regla jurisprudencial al caso de STI

209. El análisis desarrollado en los capítulos anteriores permite precisar el marco dentro del cual debe examinarse la conducta imputada a STI.

210. Como se explicó previamente, la jurisprudencia chilena distingue dos situaciones conceptualmente distintas en mercados concesionados. Por una parte, aquellos casos en que el concesionario se aparta del régimen regulatorio que disciplina el ejercicio del monopolio concedido; por otra, aquellos en que el concesionario actúa dentro de dicho régimen y la controversia se refiere a la compatibilidad de ese régimen con la libre competencia.

211. La primera situación corresponde a los casos examinados en las sentencias Edelmag y Atrex-SCL, en los cuales la conducta anticompetitiva se configuró precisamente porque el concesionario introdujo cobros o condiciones que no estaban contemplados en las bases de licitación o en el contrato de concesión.

212. La segunda situación corresponde al escenario en que el concesionario aplica tarifas o condiciones dentro del marco establecido por el propio régimen concesional, lo que desplaza el análisis desde la conducta del operador hacia el diseño institucional del sistema que permite dicha conducta.

213. En este último caso, la pregunta jurídicamente relevante no es si el precio aplicado resulta competitivo en abstracto, sino si el régimen concesional que autoriza dicho cobro fue diseñado en condiciones compatibles con la libre competencia.

214. Como se ha explicado en el capítulo anterior, el sistema portuario concesionado chileno fue estructurado mediante un proceso institucional que incorporó la intervención preventiva de la autoridad de competencia en el diseño de las condiciones de licitación, incluyendo la definición de tarifas máximas destinadas a limitar el ejercicio del poder monopólico del concesionario.

215. Esta circunstancia resulta particularmente relevante a la luz de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto Ley N° 211, conforme al cual los actos o contratos ejecutados de acuerdo con decisiones del Tribunal no acarrearán responsabilidad en materia de libre competencia.

216. La función de esta disposición consiste precisamente en evitar que el sistema institucional incurra en una contradicción institucional consistente en permitir o estructurar determinadas conductas en sede preventiva para luego calificarlas como anticompetitivas en un procedimiento sancionatorio posterior.

217. En otras palabras, cuando un régimen regulatorio ha sido diseñado bajo condiciones previamente examinadas por la institucionalidad de libre competencia, el artículo 32 introduce una presunción institucional de compatibilidad competitiva del régimen resultante.

218. Bajo ese supuesto, el análisis posterior que se haga en un procedimiento no contencioso no puede desconocer dicho diseño ni tratar a los agentes económicos que actúan dentro de ese marco como si hubieran adoptado decisiones libres en un mercado no regulado.

219. En este contexto, la consecuencia jurídica es clara: si el régimen concesional portuario que disciplina la actividad del terminal operado por STI fue estructurado en condiciones compatibles con la libre competencia, y el concesionario ha actuado dentro de los límites establecidos por dicho régimen, el cobro correspondiente no puede calificarse como un abuso explotativo de posición dominante.

220. Esta conclusión coincide con la regla establecida por la Excma. Corte Suprema en la sentencia recaída en el caso PTLA, en la cual el máximo tribunal sostuvo que cuando el concesionario aplica tarifas conforme al contrato de concesión que delimita el ejercicio del monopolio otorgado por el Estado, dicho cobro no puede considerarse abusivo desde el punto de vista del derecho de la libre competencia.

221. La razón de esta regla es evidente. En sistemas concesionales, el poder de mercado del operador no surge de una dinámica competitiva natural, sino que es conferido por el propio Estado, el cual simultáneamente establece las condiciones bajo las cuales dicho poder puede ejercerse. Si el concesionario actúa dentro de esas

condiciones, el análisis antitrust no puede desconocer el marco regulatorio que disciplina su actividad.

222. En consecuencia, una vez establecido que el régimen concesional portuario fue diseñado bajo condiciones previamente examinadas por la autoridad de competencia —lo que activa el efecto previsto en el artículo 32 del Decreto Ley N° 211—, y que STI ha actuado dentro de dicho régimen, no puede configurarse responsabilidad anticompetitiva por el solo hecho de aplicar las tarifas permitidas por el contrato de concesión.

223. Todas estas consideraciones, obligan a tener que rechazar el Requerimiento de la FNE.

VI.2 Consideraciones adicionales para el caso de no aplicarse el artículo 32

224. Con todo, incluso si se estimara que el artículo 32 del Decreto Ley N° 211 no resulta directamente aplicable al caso de autos, el análisis del Requerimiento igualmente enfrenta una dificultad adicional que impide examinar el fondo de la supuesta infracción en los términos planteados por la Fiscalía.

225. En efecto, la imputación formulada por la Fiscalía supone que el cobro cuestionado sería anticompetitivo a pesar de haberse ejecutado dentro del régimen concesional aplicable.

226. Sin embargo, si se acepta esa premisa, el eventual problema competitivo no podría atribuirse exclusivamente al concesionario, sino que derivaría del propio diseño del sistema concesional que permite dicho cobro.

227. En ese escenario, el análisis necesariamente debe desplazarse hacia el diseño institucional del régimen concesional que disciplina la operación del terminal portuario y permite que STI haga el cobro en los términos en que se le imputa.

228. Esta lógica se desprende claramente de la jurisprudencia examinada en el caso Somarco, en la cual el H. TDLC constató que el eventual problema competitivo no se originaba en un incumplimiento del concesionario respecto del contrato de

concesión, sino en el propio diseño del sistema licitatorio que estructuraba el régimen tarifario aplicable.

229. Por esta razón, el Tribunal dirigió su análisis principalmente hacia el diseño del sistema concesional y no hacia la conducta del operador.

230. Una situación similar se presenta en el caso de autos. El régimen tarifario que permite el cobro cuestionado no fue definido unilateralmente por el concesionario, sino que surge de un conjunto de instrumentos institucionales que incluyen: el Dictamen N° 1045 de la Comisión Preventiva Central, que estableció las condiciones de competencia del sistema portuario concesionado; las Bases de Licitación, que incorporaron dichas condiciones al proceso competitivo mediante el cual se adjudicó la concesión; y, el Contrato de Concesión, que regula el régimen tarifario aplicable durante la operación del terminal.

231. Además, el propio contrato establece mecanismos de supervisión por parte de la empresa portuaria estatal, la cual tiene facultades para revisar el registro de tarifas y verificar su conformidad con las bases y con el contrato.

232. En consecuencia, si el cobro cuestionado deriva de prerrogativas reconocidas por el régimen concesional y supervisadas por la empresa portuaria correspondiente, el eventual problema competitivo no puede imputarse exclusivamente al concesionario.

233. De lo contrario, el Tribunal terminaría atribuyendo responsabilidad al concesionario por actos que derivan del diseño y ejecución institucional del régimen concesional, lo que implicaría hacer responsable al concesionario por actos propios del ente licitante.

234. Esta circunstancia introduce, además, una cuestión procesal relevante. Si el eventual problema competitivo deriva del diseño o ejecución del régimen concesional, el análisis no puede limitarse a la conducta del concesionario, sino que debe considerar también la participación del ente licitante que diseñó y supervisa dicho régimen.

235. De lo contrario, el Tribunal se vería obligado a evaluar la legalidad o compatibilidad competitiva de un régimen concesional sin la presencia del ente público que lo diseñó y controla su ejecución, lo que plantea directamente la cuestión del litisconsorcio necesario pasivo¹²⁶.

236. Como ha señalado la doctrina procesal, el litisconsorcio necesario se configura cuando la controversia planteada en juicio no puede resolverse válidamente sin la participación de todos aquellos sujetos cuya actuación resulta jurídicamente inseparable del acto o relación jurídica que se pretende examinar¹²⁷.

237. En tales casos, la ausencia de alguno de esos sujetos impide al tribunal pronunciarse adecuadamente sobre el fondo de la controversia, pues la sentencia podría afectar derechos o responsabilidades de terceros que no han sido parte del proceso¹²⁸.

¹²⁶ “En términos generales, el litisconsorcio necesario es aquel proceso con la presencia necesaria de varios sujetos, que de un modo obligatorio deben formar parte de la relación jurídico procesal. En otras palabras se trata de un proceso en el cual una de las partes (activo o pasiva está necesariamente compuesta por varios sujetos” (Alejandro Romero Seguel, “El litisconsorcio necesario en el derecho procesal chileno. Doctrina y jurisprudencia”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 25, N° 2, 1998, pp. 387-422, p. 389).

¹²⁷ “(...) De un modo mayoritario, se defiende la existencia del litisconsorcio necesario en razones que atañen al derecho material, esto es, el litisconsorcio necesario se justifica por la singular naturaleza o especiales características que presentan los derechos deducidos en juicio, o bien, porque la declaración que el actor solicita del Juez es de carácter indivisible o único para todos los litisconsortes; ya sea que ello venga establecido por la ley o la naturaleza misma de la relación de derecho material, situación que requiere, en consecuencia, que concurren todos ellos al proceso, siendo además la sentencia que se dicte única para todos ellos” (Alejandro Romero Seguel, “El litisconsorcio necesario en el derecho procesal chileno. Doctrina y jurisprudencia”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 25, N° 2, 1998, p. 390).

¹²⁸ “Con lo anterior se pretende conseguir que los efectos de la sentencia no alcancen a aquellas personas que, por no haber sido demandadas, no han tenido ocasión de comparecer en el proceso para alegar lo que les convenga en defensa de sus derechos. En nuestro ordenamiento jurídico dicho principio se entiende incorporado dentro de la garantía del debido proceso, que la Constitución reconoce a todas las personas en el art. 19 N° 3” (Alejandro Romero Seguel, “El litisconsorcio necesario en el derecho procesal chileno. Doctrina y jurisprudencia”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 25, N° 2, 1998, p. 395).

“Desde el punto de vista doctrinal, otro de los criterios que se proponen para fundamentar la existencia del litisconsorcio necesario es aquel que se vincula con el tema de la eficacia de la sentencia (...). Con esta regla se condiciona anticipadamente la eficacia de la sentencia a la correcta configuración del proceso, donde deberán emplazarse a todos los que deban figurar como parte de la disputa, bajo la sanción de tramitar un juicio inútil, cuya sentencia no se podrá ejecutar por haberse omitido a uno o más de los litisconsortes” (Alejandro Romero Seguel, “El litisconsorcio necesario en el derecho procesal chileno. Doctrina y jurisprudencia”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 25, N° 2, 1998, p. 399).

“Ahora, en cuanto al tipo de ineficacia que se aplica en los casos en que se ha omitido el litisconsorcio necesario, nuestra jurisprudencia admite diversas posibilidades, tales como:

1°) La absolución en la instancia

238. Este problema aparece con especial claridad en conflictos en los cuales la supuesta infracción a la libre competencia deriva no únicamente de la conducta de un agente económico privado, sino del propio diseño institucional del régimen regulatorio que disciplina su actividad.

239. En tales escenarios, el análisis no puede limitarse a examinar la conducta del operador privado, pues el eventual problema competitivo se encuentra intrínsecamente ligado a decisiones adoptadas por la autoridad pública que diseñó o supervisa dicho régimen. En consecuencia, cualquier pronunciamiento que pretenda declarar anticompetitiva la conducta ejecutada dentro de ese marco implica necesariamente examinar la compatibilidad competitiva del propio diseño regulatorio.

240. Esto es precisamente lo que ocurre en el presente caso. Como se ha explicado, el régimen tarifario que permite el cobro cuestionado no surge de decisiones unilaterales adoptadas por STI durante la operación del terminal, sino de un sistema institucional compuesto por el Dictamen N° 1045 de la Comisión Preventiva Central, las Bases de Licitación y el Contrato de Concesión, cuya ejecución se encuentra además sujeta a la supervisión de la empresa portuaria estatal.

241. Si el Tribunal estimara que el cobro cuestionado es anticompetitivo a pesar de haberse ejecutado dentro del marco permitido por dicho régimen, la conclusión necesariamente implicaría que el propio diseño del sistema concesional resulta incompatible con la libre competencia.

Esto ha significado que el Tribunal se niega a emitir un pronunciamiento de fondo sobre el objeto del proceso, ello por no haberse emplazado a todos los litisconsortes necesarios (...).

2°) La nulidad de la sentencia

Otra de las ineficacias procesales aplicadas por nuestra jurisprudencia en los casos de litisconsorcio necesario impropio ha sido la declaración de nulidad de la sentencia o incluso de la notificación de la demanda (...).

3°) La inoponibilidad de la sentencia

Otra sanción establecida por nuestra jurisprudencia en los casos de omisión en la configuración del litisconsorcio necesario, es aquella que desconoce eficacia a la sentencia dictada en un proceso, ello con el objeto de evitar sentencias contradictorias o imposibles de ejecución (...)" (Alejandro Romero Seguel, "El litisconsorcio necesario en el derecho procesal chileno. Doctrina y jurisprudencia", Revista Chilena de Derecho, Vol. 25, N° 2, 1998, p. 417 y 419).

242. En tal caso, la controversia no podría resolverse adecuadamente sin examinar también la actuación de la empresa portuaria que diseñó y supervisa dicho régimen. De lo contrario, el Tribunal se vería obligado a pronunciarse sobre la legalidad competitiva de un sistema regulatorio sin la participación del ente público que lo estructuró, lo que implicaría, en los hechos, atribuir al concesionario responsabilidad por actos que derivan del diseño institucional del sistema concesional.

243. En consecuencia, incluso si no se estimara aplicable el efecto del artículo 32 del Decreto Ley N° 211 a este caso, igualmente el Requerimiento no podría prosperar, porque si el supuesto problema competitivo deriva del diseño institucional del sistema concesional, la controversia no podría resolverse adecuadamente sin considerar la participación del ente licitante que estructuró dicho régimen por la falta de configuración de un litis consorcio necesario pasivo, que resulta necesario en este caso.

SEGUNDA PARTE

Procedencia del reproche sancionatorio y de la multa

I. INTRODUCCIÓN SEGUNDA PARTE

1. Aun en el evento de que el H. TDLC no compartiere las conclusiones alcanzadas en la primera parte de este Informe —en particular, que el cobro cuestionado no puede ser calificado como infracción a la libre competencia por haberse ejecutado dentro de un régimen concesional diseñado bajo condiciones previamente examinadas por la autoridad de competencia— ello no debe conducir, sin más, a acoger el Requerimiento deducido por la Fiscalía.

2. En efecto, incluso descartadas las tesis principales desarrolladas precedentemente —esto es, la aplicación del estándar fijado por la Excma. Corte Suprema en el caso PTLA y las implicancias derivadas de la eventual configuración de un litisconsorcio necesario pasivo—, subsisten diversas cuestiones sustantivas que deben ser necesariamente analizadas para efectos de determinar si, en definitiva, la conducta imputada puede ser calificada como una infracción al artículo 3° del Decreto Ley N° 211.

3. Entre dichas cuestiones se encuentran, entre otras, (i) la correcta delimitación del mercado relevante¹²⁹; (ii) la existencia de una posición dominante en los términos planteados por la Fiscalía¹³⁰; y (iii) la concurrencia de una conducta que, atendidas sus características y contexto, pueda ser calificada como abusiva conforme a los estándares desarrollados por la jurisprudencia del TDLC¹³¹.

¹²⁹ La contestación cuestiona la delimitación propuesta por la Fiscalía, en particular por tratarse de un mercado construido de manera tal que permite atribuir poder de mercado individual a cada concesionario sin considerar adecuadamente las presiones competitivas existentes —especialmente a nivel interportuario— ni el rol de las navieras en la determinación del puerto de destino de la carga. Ello resulta relevante, pues una definición inadecuada del mercado relevante puede llevar a conclusiones erróneas sobre la existencia de poder de mercado (Contestación, pp. 48 y ss.).

¹³⁰ A partir de lo anterior, se controvierte también la existencia de una posición dominante en los términos planteados por la Fiscalía, destacándose que el eventual poder de mercado del concesionario no puede analizarse aisladamente respecto de un subconjunto de usuarios (consignatarios), sino que debe considerarse en el contexto del funcionamiento del sistema portuario en su conjunto, incluyendo las restricciones competitivas que enfrentan los terminales por parte de otros puertos y por las decisiones logísticas de las empresas navieras (Contestación, pp. 54 y ss.).

¹³¹ Finalmente, la contestación sostiene que el cobro cuestionado no se encuadra dentro de las categorías propias del abuso explotativo, tanto porque se trata de un cobro efectuado dentro de un régimen tarifario regulado, como porque no se verifica un incremento injustificado de precios en los términos exigidos por la jurisprudencia, ni la existencia de una conducta que permita calificar dicho cobro como un ejercicio abusivo del poder de mercado. En este sentido, se enfatiza que la jurisprudencia exige algo más que la mera constatación de un precio supuestamente elevado, siendo necesario demostrar la ausencia de justificación económica o regulatoria y la existencia de una conducta reprochable desde el punto de vista competitivo (Contestación, pp. 59 y ss.).

4. Solo en el evento de que todas estas cuestiones sean resueltas en el sentido propuesto por la Fiscalía —esto es, que la conducta imputada pueda ser considerada, en principio, como típica y antijurídica en los términos del artículo 3° del DL N° 211— corresponde avanzar a un análisis adicional, relativo a la procedencia del reproche sancionatorio y, en particular, de la imposición de una multa.

5. En este contexto, se plantea la segunda pregunta materia de este Informe, a saber:

En el evento de que el Tribunal estimare que la conducta imputada a STI constituye, en principio, una infracción al artículo 3° del Decreto Ley N° 211, ¿resulta jurídicamente procedente atribuirle responsabilidad sancionatoria y, en particular, imponerle una multa?

6. Como se desarrollará en esta segunda parte, la respuesta a dicha pregunta es negativa, al menos en lo que respecta a la imposición de una sanción de multa. En efecto, aun en la hipótesis de que el Tribunal estimare configurada una infracción en términos objetivos, existen razones atendibles —y jurídicamente fundadas— para sostener que no resulta procedente formular un reproche sancionatorio pleno respecto de STI y, en todo caso, que no se justifica la imposición de una sanción pecuniaria.

7. En este sentido, la jurisprudencia del H. TDLC ha sido consistente en distinguir entre la mera infracción de una obligación y su carácter culpable, exigiendo que, para sancionar, el incumplimiento sea imputable al agente, en cuanto éste haya tenido la posibilidad efectiva de ajustar su conducta al ordenamiento. Sobre esta base, no todo incumplimiento —aun cuando pueda calificarse como infracción en términos objetivos— conduce necesariamente a la imposición de una sanción, y menos aún de una multa.

8. Por ello, el análisis que sigue no se limita a determinar si la conducta puede ser calificada como infractora, sino que se orienta a establecer si resulta jurídicamente procedente formular un reproche sancionatorio respecto de ella y, en particular, si concurren las condiciones que justifican la imposición de una multa.

9. En este contexto, la comparación entre la decisión de archivo dictada por la Fiscalía y el Requerimiento actual adquiere un carácter decisivo, en cuanto permite identificar el contexto normativo e institucional en que se desarrolló la conducta, y constituye el presupuesto fáctico a partir del cual deben analizarse las categorías de error de prohibición, irretroactividad de criterios desfavorables y confianza legítima.

10. Metodológicamente, este análisis se estructura en tres etapas. En primer lugar, se desarrolla el marco jurídico aplicable y las categorías dogmáticas relevantes para el juicio sancionatorio (premisa mayor). En segundo lugar, se reconstruye el objeto fáctico del caso, en particular la identidad entre el expediente archivado y el Requerimiento (premisa menor). Finalmente, sobre la base de esa interacción, se examinan los efectos que el cambio de criterio de la autoridad produce en la culpabilidad, en el reproche y en la procedencia de la multa (conclusión).

II. ESTRUCTURA DEL ILÍCITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

II.1. La estructura del ilícito

11. En el Derecho Administrativo Sancionador chileno, la determinación de la existencia de una infracción no consiste en la mera constatación de un incumplimiento normativo. Por el contrario, la doctrina y la jurisprudencia han convergido en reconocer que el ilícito administrativo se estructura sobre la base de una construcción compleja que exige la concurrencia de ciertos elementos que hacen legítimo el reproche punitivo.

12. En términos sencillos, para considerar que una conducta infringe el ordenamiento y es constitutiva, en este caso, de una infracción a la libre competencia, se requiere que ella (i) encuadre en una descripción normativa previa (*típica*); (ii) sea contraria al ordenamiento, sin concurrir causas de justificación (*antijurídica*); y, (iii) personalmente reprochable al autor, en cuanto pudo actuar de otro modo conforme a derecho (*culpable*)¹³².

¹³² De acuerdo con el profesor Alejandro Nieto, quien sistematiza la estructura del ilícito administrativo, explica que para verificar la existencia de una infracción y la procedencia de una sanción es necesario recorrer un “camino analítico” que comprende la constatación de la tipicidad, la antijuridicidad —incluyendo el examen de eventuales causas de justificación— y la culpabilidad, entendida como la posibilidad de reprochar

13. En primer lugar, la tipicidad asegura el respeto al principio de legalidad, exigiendo que la conducta sancionada esté previamente descrita con suficiente precisión. La jurisprudencia constitucional ha sido clara en distinguir legalidad y tipicidad: no basta una habilitación legal general, sino que se requiere una definición concreta de la conducta reprochable¹³³. Esta exigencia cumple una función esencial de seguridad jurídica, permitiendo al administrado conocer ex ante los límites de su actuación.

14. En segundo lugar, la antijuridicidad introduce un juicio material. No basta que la conducta sea típica; debe ser, además, contraria al ordenamiento en su conjunto. Este elemento permite reconocer la existencia de causales de justificación, en virtud de las cuales una conducta formalmente infractora puede resultar jurídicamente permitida. Así, mientras la tipicidad responde a la pregunta “¿la conducta encaja en la norma?”, la antijuridicidad responde a “¿esa conducta es efectivamente ilícita?”¹³⁴.

15. Finalmente, la culpabilidad introduce el reproche personal. Solo es posible sancionar cuando el sujeto pudo actuar conforme a derecho y no lo hizo. En palabras de la doctrina, la culpabilidad supone que la conducta sea “*personalmente*

personalmente la conducta al autor por haber podido actuar conforme a derecho (Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 371 y 372).

¹³³ El profesor Nieto señala que la tipicidad no se satisface con la sola infracción formal de una norma, sino que exige la concurrencia de todos los elementos del ilícito, incluyendo la culpabilidad, precisando que: “no basta con que la infracción esté tipificada y sancionada sino que es necesario que se aprecie en el sujeto infractor la conducta o categoría denominada culpabilidad [...] porque éste debió haber actuado de otro modo”. Añade que, por ello, “el elemento de la culpabilidad ha exigido como fundamento de la infracción, no sólo la conducta voluntaria, sino también el resultado antijurídico, por lo que la tipificación de las infracciones y las sanciones no exige nunca comportamientos imposibles”. Esta comprensión ha sido recogida por la jurisprudencia, citando, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo español de 27 de mayo de 1999 (RJ 1999/4504) (Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 372).

¹³⁴ El profesor Tomás Cano explica que la antijuridicidad constituye un juicio objetivo de contradicción con el ordenamiento jurídico, distinto del de tipicidad, en cuanto esta última forma parte de aquella como uno de sus requisitos. En este sentido, señala que la infracción administrativa requiere no solo una conducta típica, sino también la ausencia de causas de justificación, tales como el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber (Tomás Cano Campos, “*La culpabilidad y los sujetos responsables en las infracciones de tráfico*”, *Revista de Documentación Administrativa*, N° 284-285, 2009, pp. 83-119, p. 86).

imputable” al infractor, en cuanto actuó con dolo, culpa o, al menos, con la posibilidad de comportarse de otro modo¹³⁵.

16. Esta progresión demuestra que la mera infracción normativa no basta para justificar una sanción. El juicio sancionador exige verificar la concurrencia de todos los elementos que hacen legítimo el reproche, lo que permite explicar, por ejemplo, que una conducta pueda ser típica pero justificada, o bien típica y antijurídica, pero no culpable.

17. De este modo, el ilícito administrativo no se agota en la infracción normativa, sino que requiere un juicio completo de imputación. Esta distinción resulta esencial para evitar que el Derecho Administrativo Sancionador derive en un régimen de responsabilidad objetiva, lo que ha sido expresamente rechazado por la doctrina¹³⁶ y la jurisprudencia¹³⁷.

II.2. La culpabilidad como presupuesto del reproche sancionatorio

18. Dentro de esta estructura, la culpabilidad constituye el principal límite al ejercicio de la potestad sancionadora, en cuanto condiciona la legitimidad misma del reproche punitivo.

¹³⁵ El profesor Nieto explica que la culpabilidad supone un juicio de reproche personal en virtud del cual la infracción no se agota en la mera contradicción objetiva con el ordenamiento, sino que exige que el sujeto haya podido actuar de otro modo conforme a derecho. En este sentido, señala que “no basta con que la infracción esté tipificada y sancionada sino que es necesario que se aprecie en el sujeto infractor la conducta o categoría denominada culpabilidad [...] porque éste debió haber actuado de otro modo” (Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 372).

¹³⁶ El profesor Nieto, explica que la culpabilidad constituye un juicio autónomo de imputación que no se agota en la mera infracción normativa, sino que exige determinar si el sujeto “pudo actuar de otro modo” conforme a derecho. En este sentido, señala que la culpabilidad comprende, entre otros elementos, la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la ilicitud y la exigibilidad de una conducta distinta, recogiendo así la concepción desarrollada en la doctrina penal. A partir de ello, advierte —siguiendo, entre otros, a Quintero y Mir Puig— que la sanción no puede fundarse en la mera producción del resultado antijurídico, pues ello implicaría admitir formas de responsabilidad objetiva incompatibles con el principio de culpabilidad, en la medida que “la dolosidad o culposidad de la conducta humana son conceptos comunes a todo el ordenamiento jurídico, aunque hayan sido particularmente elaborados por el derecho penal” (Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 375).

¹³⁷ Excma. Corte Suprema, Rol de Ingreso N° 24.233-2014, sentencia de reemplazo de 19 de mayo de 2015, recaída en reclamación deducida por Aguas Araucanía S.A., razona que, frente a un incumplimiento de las condiciones de una RCA, corresponde determinar no solo si hubo incumplimiento, sino también “si dicho incumplimiento le es imputable”; y agrega, enseguida, que debe establecerse si los hechos son consecuencia de “acciones u omisiones culpables de la reclamante, por falta de diligencia” (c. 2º y c. 10º, respectivamente).

19. Este principio se traduce en tres consecuencias fundamentales¹³⁸:

- (i) Exclusión de la responsabilidad objetiva. La mera infracción de una norma no basta para sancionar. La responsabilidad administrativa exige reprochabilidad, en el sentido de que el infractor pudo cumplir el deber y no lo hizo. Como ha señalado la Excma. Corte Suprema, los procedimientos sancionatorios no se limitan a constatar un incumplimiento, sino que requieren determinar si éste es culpable y, por tanto, sancionable.
- (ii) Necesidad de imputación personal. La sanción solo puede recaer sobre quien es autor del hecho en términos subjetivos, excluyendo formas de responsabilidad automática o por el solo resultado.
- (iii) Relevancia de las circunstancias exculpatorias. La culpabilidad permite introducir en el análisis, supuestos en los cuales, aun existiendo una infracción objetiva, no resulta legítimo sancionar, como ocurre en casos de error invencible, imposibilidad de actuar de otro modo o ausencia de conciencia de ilicitud.

II.3. Distinción entre infracción y sanción: el carácter no automático del reproche punitivo

20. De acuerdo con lo explicado anteriormente, perfectamente puede existir un incumplimiento normativo —incluso típico y antijurídico— sin que ello habilite la imposición de una sanción, cuando falta un reproche personal suficiente¹³⁹.

¹³⁸ El profesor Cano explica que el principio de culpabilidad, como límite al *ius puniendi*, se traduce en tres exigencias concretas: (i) responsabilidad personal y por el hecho; (ii) exigencia de dolo o culpa, es decir, responsabilidad subjetiva; y (iii) imputación personal o culpabilidad en sentido estricto, que permite excluir la sanción en supuestos como enfermedad mental, error de prohibición o miedo insuperable (Tomás Cano Campos, “La culpabilidad y los sujetos responsables en las infracciones de tráfico”, *Revista de Documentación Administrativa*, N° 284-285, mayo-diciembre de 2009, pp. 84 y 85).

¹³⁹ El profesor Nieto sostiene que la infracción administrativa no conduce automáticamente a la imposición de una sanción, pues el ilícito requiere un juicio completo de imputación personal. En este sentido, explica que la culpabilidad constituye un elemento autónomo del ilícito, de modo que, aun existiendo una conducta típica y antijurídica, no procede sancionar si no es posible reprocharla al autor, esto es, si no puede afirmarse que “pudo actuar de otro modo” conforme a derecho (Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 372).

Por su parte, el profesor Bermúdez sostiene que, en sentido estricto, solo son sanciones administrativas aquellas retribuciones negativas previstas como tales en el ordenamiento jurídico como consecuencia de la

21. Por lo demás, no todo incumplimiento culpable justifica necesariamente la imposición de una multa¹⁴⁰. La sanción pecuniaria constituye la respuesta más intensa del sistema y, por lo mismo, exige un nivel de reproche cualitativamente superior¹⁴¹.

22. Como ha destacado la doctrina, el reproche cumple una función diferenciadora fundamental en la determinación de la reacción jurídica aplicable: permite distinguir entre aquellas hipótesis en que basta una reacción correctiva del ordenamiento —como ordenar el cese de las conductas— y aquellas en que resulta legítimo imponer una sanción punitiva¹⁴².

23. De este modo, el Derecho Administrativo Sancionador admite tanto la existencia de infracciones que dan lugar únicamente a medidas de corrección o ajuste; como infracciones que, aun siendo culpables, no justifican la imposición de una multa; e infracciones que, por su gravedad y reprochabilidad, sí ameritan una sanción pecuniaria.

comisión de una infracción administrativa, agregando que sin infracción no puede existir sanción en términos estrictos (Jorge Bermúdez Soto, “*Elementos para definir las sanciones administrativas*”, *Revista Chilena de Derecho*, número especial, 1998, pp. 323-334, p. 323).

¹⁴⁰ El profesor Cano sostiene expresamente que “la comisión de un hecho típicamente antijurídico no determina de forma automática la imposición de la sanción correspondiente”, pues existen supuestos en que el autor del hecho antijurídico queda exento de responsabilidad y no puede ser sancionado (Tomás Cano Campos, “La culpabilidad y los sujetos responsables en las infracciones de tráfico”, *Revista de Documentación Administrativa*, N° 284-285, mayo-diciembre de 2009, p. 104).

¹⁴¹ El profesor Jaime Arancibia sostiene que la sanción administrativa responde a un principio de necesidad, en virtud del cual constituye una potestad de última ratio, que solo resulta legítima cuando las medidas de corrección o restablecimiento del ordenamiento jurídico son insuficientes para tutelar el interés público. En este sentido, afirma que un ilícito puede ser típico y culpable, pero la sanción igualmente resultar innecesaria si existen mecanismos alternativos eficaces para corregir la conducta. (Jaime Arancibia Mattar, “*El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de última ratio*”, en: Arancibia Mattar, Jaime y Alarcón Jaña, Pablo (coords.), *Sanciones Administrativas*, Santiago, Thomson Reuters, 2014, pp. 129-147),

¹⁴² El profesor Emilio Boutaud explica que la calificación de una medida como sanción administrativa depende de la concurrencia de un componente punitivo, esto es, de la imposición de un mal o perjuicio “a título de reproche” frente a una infracción. En este sentido, distingue entre medidas orientadas al restablecimiento de la legalidad —que no tienen carácter sancionador— y aquellas que implican una reacción punitiva del ordenamiento, lo que permite diferenciar el tipo de respuesta jurídica frente a una misma conducta (Emilio José Boutaud Scheuermann, “Sanciones y medidas administrativas desfavorables afines”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 251, 2022, pp. 165-201, p. 173 y 176).

24. En consecuencia, la multa no constituye la consecuencia necesaria de toda infracción, sino la respuesta reservada a aquellos casos en que el reproche alcanza una intensidad suficiente para justificar el ejercicio pleno del poder punitivo del Estado.

25. Por ello, el sistema sancionador, se configura como un sistema graduado de respuestas, en el cual la reacción del ordenamiento depende de la intensidad del reproche que pueda formularse al sujeto.

26. Esta gradación del reproche no es meramente teórica, sino que ha sido recogida y aplicada de manera consistente por la jurisprudencia del H. TDLC, la que permite identificar distintos niveles de reprochabilidad con consecuencias jurídicas diferenciadas.

27. En efecto, primer término, existen casos en la jurisprudencia en que, aun constatándose una conducta que podría encuadrar en una hipótesis infraccional, el Tribunal ha descartado la responsabilidad por ausencia de culpabilidad.

28. Así ocurrió, por ejemplo, en la Sentencia N° 147, en que el Tribunal analizó determinadas obligaciones impuestas a SMU, concluyendo respecto de una de ellas que, si bien existían diversas formas de darles cumplimiento, la empresa había optado por una de ellas, jurídicamente posible, descartándose por ello un reproche culpable respecto de esa imputación¹⁴³. En este tipo de hipótesis, la ausencia de

¹⁴³ H. TDLC, Sentencia N° 147/2015. En dicha sentencia, el Tribunal desarrolla expresamente la exigencia de culpabilidad como presupuesto de la responsabilidad infraccional,

En relación con la Condición Segunda N° 1 (equiparación de precios en locales a desinvertir), el Tribunal examina si la forma de cumplimiento adoptada por SMU —utilizar precios de referencia de la competencia y organizar los locales en “clusters”— satisfacía la obligación. Tras analizar la finalidad de la medida y su texto (“equiparar los precios existentes en la localidad más cercana que presente condiciones de competencia suficientes”), concluye que no existe una única metodología exigida por la condición, y que la alternativa seguida por SMU resulta jurídicamente plausible para cumplir su objetivo, por lo que no puede afirmarse un incumplimiento culpable respecto de esa imputación. En consecuencia, descarta la responsabilidad en ese punto, evidenciando que la mera constatación de un eventual desajuste no basta para sancionar si no concurre reprochabilidad personal.

En voto de minoría, los disidentes no fundan su posición en una flexibilización del estándar de culpabilidad, sino en una interpretación más estricta de la obligación, sosteniendo que la condición sí imponía una forma específica de equiparación y que la metodología utilizada por SMU no se ajustaba a ella; es decir, no comparten la premisa de que existían diversas alternativas válidas de cumplimiento, lo que explica la divergencia en el resultado.

culpabilidad impidió no solo la imposición de una sanción, sino la configuración misma de la responsabilidad infraccional.

29. En un segundo nivel, la jurisprudencia también ha reconocido la posibilidad de constatar la existencia de una infracción sin que ello conduzca a la imposición de una sanción pecuniaria, atendidas las circunstancias en que se desarrolló la conducta.

30. Así, en la citada Sentencia N° 121/2012 (caso Somarco), el H. TDLC concluyó que tanto el Fisco como el concesionario habían incurrido en una infracción al artículo 3° del Decreto Ley N° 211, al diseñar e implementar un esquema que generaba efectos exclusorios en el mercado¹⁴⁴. Sin embargo, respecto del concesionario, estimó que su conducta se encontraba condicionada por el marco regulatorio en que operaba, lo que “*atenúa significativamente su responsabilidad*”¹⁴⁵, optando por imponer únicamente medidas correctivas destinadas a restablecer las condiciones de competencia, sin aplicar multa.

31. En términos similares, en la Sentencia N° 115/2011 (caso CCT II), el mismo Tribunal reconoció la existencia de una conducta contraria a la libre competencia, pero concluyó que la negligencia del agente no alcanzaba una entidad suficiente para justificar la imposición de una sanción pecuniaria, limitándose nuevamente a dictar medidas conductuales¹⁴⁶.

¹⁴⁴ H. TDLC, Sentencia N° 121/2012, c. 52°, 53°, 56° y 57°. El Tribunal concluye que el esquema diseñado por el Fisco y el concesionario resultaba anticompetitivo no solo por sus efectos, sino por su propia estructura, en cuanto el sistema de asignación y uso de capacidad portuaria generaba incentivos que favorecían a determinados operadores y restringían la posibilidad de acceso en condiciones equivalentes para otros competidores. En particular, el diseño del mecanismo —en el que se combinaban reglas de asignación de capacidad y condiciones operativas— producía una desventaja sistemática para potenciales entrantes o rivales, afectando la intensidad competitiva del mercado. Sobre esa base, el Tribunal estimó que dicho esquema configuraba una infracción al artículo 3° del DL 211, imputable tanto al Fisco como al concesionario que participó en su implementación.

¹⁴⁵ H. TDLC, Sentencia N° 121/2012, c. 52°, 53°, 56° y 57°. El Tribunal reconoce que, aun cuando la conducta puede ser considerada contraria al artículo 3° del DL 211, la responsabilidad del agente económico puede verse significativamente atenuada cuando su actuación se encuentra condicionada por el marco regulatorio en que opera. En particular, el Tribunal concluye que la conducta del concesionario se encontraba determinada en gran medida por el diseño regulatorio, lo que justificó no imponer multa y limitar la reacción a medidas correctivas destinadas a restablecer las condiciones de competencia.

¹⁴⁶ H. TDLC, Sentencia N° 115/2011, c. 67°. El Tribunal declara que determinadas conductas de la requerida restringen y entorpecen la competencia o al menos tienden a producir tales efectos, pero, atendidas las circunstancias del caso, no impone multa, limitándose a establecer medidas conductuales. En particular, al analizar la conducta de la empresa, el Tribunal considera las acciones adoptadas para dar cumplimiento a la sentencia previa —como la eliminación de cláusulas cuestionadas, la implementación de políticas internas de

32. En consecuencia, la jurisprudencia evidencia que la potestad sancionadora no se activa de manera automática frente a la constatación de una infracción, sino que exige un juicio adicional de reprochabilidad que determina no solo la procedencia de la sanción, sino también su intensidad.

III. EXCLUSIONES Y LÍMITES EN EL EJERCICIO DE LA DETERMINACIÓN DE UN ILÍCITO ANTICOMPETITIVO

III.1. Metodología de análisis del injusto sancionatorio

33. Una vez identificados los elementos estructurales del ilícito administrativo, resulta necesario avanzar hacia una segunda etapa, consistente en determinar si, aun existiendo un injusto en sentido estricto, resulta jurídicamente legítimo ejercer la potestad sancionadora en el caso concreto. Esta fase implica examinar un conjunto de reglas y principios que operan como límites al ius puniendi, condicionando tanto la procedencia como la intensidad de la sanción.

34. Desde un punto de vista metodológico, esta segunda etapa debe estructurarse en torno a una lógica secuencial que distinga entre: (i) exclusiones de punibilidad; (ii) circunstancias de atenuación o debilitamiento del reproche; y (iii) límites al ejercicio del poder sancionador. Estas categorías no son alternativas, sino que operan de manera sucesiva y jerarquizada, respondiendo a distintos planos del análisis sancionatorio.

35. En primer término, corresponde examinar las denominadas exclusiones de punibilidad, las que pueden ser tanto intrínsecas a la estructura del ilícito como extrínsecas.

36. Las primeras se vinculan con la configuración misma del injusto, en la medida que impiden afirmar la existencia de alguno de sus elementos constitutivos. Así ocurre, por ejemplo, cuando concurre una causa de justificación que elimina la antijuridicidad —como el cumplimiento de una resolución del Tribunal de Defensa

cumplimiento y la modificación de contratos—, lo que incide en la evaluación del reproche y en la decisión de no aplicar una sanción pecuniaria, evidenciando que la existencia de una infracción no conduce necesariamente a la imposición de multa.

de la Libre Competencia conforme al artículo 32 del DL 211— o cuando se verifica una circunstancia que excluye la culpabilidad, como sucede en los supuestos de error de prohibición o imposibilidad de conocer la ilicitud¹⁴⁷.

37. Las segundas, en cambio, no inciden sobre la configuración del ilícito, sino sobre la posibilidad misma de sancionar. Se trata de reglas que operan como condiciones de validez del ejercicio del poder punitivo estatal, en cuanto condicionan la habilitación jurídica para sancionar. En este ámbito se sitúan, por ejemplo, la prescripción de la acción sancionadora, la prohibición de doble sanción por los mismos hechos y principios como la irretroactividad de normas o criterios desfavorables.

38. Lo característico de estas exclusiones extrínsecas es que no niegan necesariamente la existencia de una infracción, sino que impiden jurídicamente su persecución o sanción¹⁴⁸. Por ello, su análisis debe realizarse con anterioridad a cualquier consideración relativa a la proporcionalidad o conveniencia de la sanción, en la medida que operan como límites a la posibilidad de sancionar y llevan al rechazo de la acción.

¹⁴⁷ El profesor Eduardo Cordero explica que los principios del derecho administrativo sancionador — legalidad, tipicidad, culpabilidad e irretroactividad— operan como límites estructurales al ejercicio del ius puniendi, condicionando la procedencia misma de la sanción. En el mismo sentido, se ha señalado que la configuración de una infracción no determina automáticamente la imposición de sanciones, toda vez que el ejercicio de la potestad punitiva se encuentra sujeto a condiciones jurídicas que pueden impedir su aplicación, aun cuando el ilícito se encuentre configurado (Eduardo Cordero Quinzacara, “*Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno*”, 2014, p. 253 citado en Francisco Agüero Vargas, Informe en Derecho, “Incumplimiento y modificación de medidas de mitigación establecidas por el TDLC”, RegCom, 2015, p. 71).

¹⁴⁸ La doctrina ha destacado que ciertas instituciones del derecho sancionador operan como límites al ejercicio de la potestad punitiva sin incidir en la existencia del ilícito. Así, por ejemplo, se ha sostenido que la prescripción constituye un “impedimento procesal” que impide la prosecución del enjuiciamiento, aun cuando el hecho sea constitutivo de infracción; y, en términos similares, que el principio *non bis in idem* actúa como una limitación al ejercicio del ius puniendi, en cuanto excluye la imposición de una nueva sanción frente a una contravención ya sancionada.

En este sentido: Raúl Núñez Ojeda, “*Prescripción de la acción para perseguir el ilícito anticompetitivo*”, en Fiscalía Nacional Económica (ed.), *Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia*, 2017, pp. 551 y 552; y, Juan Pablo Mañalich Raffo, “*El principio ne bis in idem en el derecho sancionatorio chileno*”, en la misma obra, p. 460.

39. Solo una vez descartadas las exclusiones de punibilidad, corresponde avanzar al examen de aquellas circunstancias que, sin eliminar la responsabilidad, inciden en la intensidad del reproche. Estas circunstancias —que pueden agruparse bajo la noción de atenuación o debilitamiento del reproche— reconocen que el juicio de culpabilidad es susceptible de graduación en función del contexto en que se desarrolló la conducta.

40. En este nivel, adquieren relevancia circunstancias vinculadas al reproche de quien cometió la conducta, y es donde es posible encontrar en la jurisprudencia del H. TDLC una serie de criterios que han llevado a reducir la multa a imponérsele, en atención, a circunstancias tales como la falta de conciencia de ilicitud¹⁴⁹ o la confianza legítima¹⁵⁰.

41. Estas circunstancias no eliminan el ilícito, pero pueden debilitar el fundamento del reproche, justificando una respuesta sancionatoria atenuada, llegando, en ciertos casos, a la improcedencia de imponer una multa (sin perjuicio de las otras medidas desfavorables que sí se puedan imponer)¹⁵¹.

¹⁴⁹ En la práctica del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la falta de conciencia de ilicitud ha sido considerada como una circunstancia relevante para atenuar la sanción, particularmente cuando la conducta se desarrolla en un contexto en que los agentes actuaron de buena fe y bajo la convicción razonable de estar ajustándose al ordenamiento. Así, en autos seguidos ante dicho Tribunal se ha sostenido que la participación de la autoridad sectorial en la génesis de la conducta —incluyendo su intervención directa en reuniones, su validación expresa de las medidas adoptadas y su llamado a los agentes a “autorregularse”— constituye un elemento determinante para evaluar el reproche, en la medida que permite explicar la conducta como una respuesta a incentivos regulatorios y no como un acuerdo dirigido a restringir la competencia. En este sentido, se ha destacado que los acuerdos fueron celebrados “a instancias de las autoridades”, en un contexto en que éstas identificaron problemas estructurales del mercado (como congestión y sobreoferta) y promovieron soluciones coordinadas entre los operadores, lo que incide directamente en la culpabilidad y justifica una reducción significativa de la multa.

¹⁵⁰ H. TDLC, Sentencia N° 203/2025, c. 264°. El Tribunal, al analizar las alegaciones de confianza legítima, reconoce expresamente su **efecto atenuante en la determinación de la sanción**, señalando que la información y criterios previamente difundidos por la autoridad persecutora podían generar en los agentes una comprensión ambigua del alcance de la conducta sancionada, lo que incide en la culpabilidad. En particular, el Tribunal dispone que debe “dar aplicación al efecto atenuante de la sanción [...] en relación con la información publicada por el ente persecutor sobre el ilícito [...] que puede calificarse de ambigua”, lo que justifica la reducción de la multa originalmente considerada.

¹⁵¹ En las citadas Sentencias N° 115/2011 y N° 121/2012, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia concluyó que, aun configurándose una infracción al artículo 3° del DL 211, no resultaba procedente la imposición de una multa. No obstante, en ambos casos el Tribunal dispuso medidas destinadas a corregir los efectos de la conducta y restablecer condiciones de competencia.

Así, en la Sentencia N° 115/2011, el Tribunal optó por imponer, en lugar de una multa, obligaciones conductuales orientadas a ajustar el comportamiento de la empresa a la normativa de libre competencia, incluyendo la adecuación de sus prácticas contractuales y comerciales.

42. Finalmente, en caso que se estime procedente sancionar, también corresponde analizar, como parte de este marco teórico, el principio de proporcionalidad como límite del poder sancionador¹⁵².

III.2 Exclusión intrínsecas al ilícito

(v) Exclusión de tipicidad

43. La tipicidad constituye el primer nivel del juicio de responsabilidad sancionatoria, en cuanto delimita las conductas que pueden ser objeto de reproche. En el ámbito del derecho de la libre competencia, esta exigencia cumple una función especialmente relevante, dado el carácter abierto de los tipos infraccionales.

44. De todos modos, lo relevante para estos efectos es que, si una conducta no impide, restringe o entorpece la libre competencia, ni tiende a ello, en los términos del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, la misma será atípica, lo que llevará al rechazo de la acción.

(vi) Exclusión de antijuridicidad

45. Superado el juicio de tipicidad, corresponde determinar si la conducta es antijurídica, esto es, si resulta contraria al ordenamiento jurídico en su conjunto. La antijuridicidad no se agota en la contradicción formal con una norma, sino que exige verificar si la conducta carece de una justificación jurídicamente reconocida. Cuando concurre una causal de justificación, la conducta deja de ser ilícita y, por lo mismo, no puede dar lugar a responsabilidad sancionatoria.

Por su parte, en la Sentencia N° 121/2012, el Tribunal impuso medidas correctivas estructurales destinadas a modificar el funcionamiento del sistema concesional y restablecer condiciones competitivas.

En ambos casos, además, el Tribunal ordenó el cese o adecuación de las conductas, evidenciando que la existencia de una infracción no determina necesariamente la imposición de multa, pudiendo el órgano optar por respuestas regulatorias o correctivas cuando el reproche no alcanza la intensidad suficiente para justificar una sanción punitiva.

¹⁵² El profesor Cordero señala que el principio de proporcionalidad exige ajustar la respuesta sancionatoria a la gravedad del ilícito y al grado de reprochabilidad del infractor, evitando sanciones excesivas o automáticas (Eduardo Cordero Quinzacara, “*Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno*”, 2014, p. 253).

46. En el derecho administrativo sancionador, las causales de justificación se manifiestan en diversas hipótesis, entre las cuales destacan¹⁵³:

- (a) Cumplimiento de un deber: la conducta no es antijurídica cuando constituye la ejecución de un mandato impuesto por el ordenamiento jurídico o por una autoridad competente.
- (b) Actuación conforme a un marco jurídico habilitante: la conducta resulta lícita cuando se desarrolla dentro de un conjunto de reglas, condiciones o decisiones adoptadas por la autoridad, que delimitan el ámbito de actuación permitido.

47. En materia de libre competencia, la expresión más clara de una causal de justificación se encuentra en el artículo 32 del DL 211, que establece que los actos o contratos ejecutados de conformidad con decisiones del Tribunal, o de la FNE, en su caso, no acarrearán responsabilidad en esta materia¹⁵⁴.

48. Esta disposición consagra un verdadero régimen de inmunidad, en cuanto el propio ordenamiento jurídico califica como lícitas aquellas conductas que se ajustan a las condiciones fijadas por la autoridad competente¹⁵⁵.

¹⁵³ En el derecho administrativo sancionador, las causas de justificación comprenden, entre otras hipótesis, el cumplimiento de un deber impuesto por el ordenamiento y la actuación conforme a un marco jurídico habilitante, esto es, dentro de las condiciones fijadas por la autoridad competente. En particular, tratándose del derecho de la competencia, se ha destacado que las resoluciones dictadas en ejercicio de la potestad consultiva constituyen actos administrativos que fijan condiciones obligatorias de actuación para los agentes económicos, delimitando el ámbito de conducta jurídicamente permitido (Francisco Agüero Vargas, Informe en Derecho, “*Incumplimiento y modificación de medidas de mitigación establecidas por el TDLC*”, RegCom, 2015, pp. 8 y 9).

¹⁵⁴ Cabe precisar que las referencias efectuadas previamente al artículo 32 en este Informe se insertaban en el análisis de tipicidad, como elementos que permitían delimitar el alcance del ilícito. En cambio, en esta sección, el artículo 32 cumple una función distinta: opera como una causal de justificación, en cuanto excluye la ilicitud de la conducta, aun cuando ésta pudiera ser considerada típica.

¹⁵⁵ La doctrina ha destacado que las decisiones adoptadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en ejercicio de su potestad consultiva tienen por efecto otorgar una autorización para la ejecución de determinados actos o contratos, fijando las condiciones bajo las cuales éstos pueden desarrollarse sin infringir el Decreto Ley N° 211. En este sentido, dichas resoluciones delimitan el ámbito de licitud de la conducta, en cuanto establecen un marco normativo específico al que deben ajustarse los agentes económicos (Francisco Agüero Vargas, Informe en Derecho, “*Incumplimiento y modificación de medidas de mitigación establecidas por el TDLC*”, RegCom, 2015, pp. 22 y ss).

49. Desde el punto de vista dogmático, su función es inequívoca: excluir la antijuridicidad de la conducta, asegurando que el administrado que actúa conforme a una decisión de la autoridad no pueda ser posteriormente sancionado por dicha conducta.

50. La jurisprudencia ha reconocido expresamente este efecto excluyente de responsabilidad. Así, se ha señalado que no resulta jurídicamente procedente acoger una acción en contra de quien ha actuado en conformidad con una resolución dictada por la autoridad de competencia, en ausencia de un nuevo pronunciamiento que modifique dicho marco normativo o decisional¹⁵⁶.

51. De este modo, el artículo 32 del DL 211 refleja una regla estructural del sistema: cuando el ordenamiento autoriza o valida una determinada conducta mediante decisiones de la autoridad competente, dicha conducta carece de antijuridicidad mientras subsistan las condiciones bajo las cuales fue habilitada, sin que resulte admisible reconstruir ex post su ilicitud sin un cambio previo del marco jurídico aplicable¹⁵⁷.

(vii) Exclusión de culpabilidad

52. En el derecho administrativo sancionador chileno, la culpabilidad se articula a partir de la noción de culpa infraccional, entendida como una forma de imputación subjetiva que permite presumir la culpabilidad a partir de la infracción de una

¹⁵⁶ En el mismo sentido, el Tribunal ha destacado que las condiciones fijadas en resoluciones dictadas en sede no contenciosa tienen por objeto precisamente delimitar el ámbito de licitud de las conductas autorizadas, de modo que su cumplimiento impide calificarlas como antijurídicas desde la perspectiva del derecho de la competencia, mientras que su incumplimiento puede convertirlas en conductas contrarias al artículo 3 del DL 211.

La jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha reconocido expresamente que no resulta procedente calificar como infracción una conducta ejecutada en cumplimiento de una decisión dictada por la autoridad de competencia. Así, se ha señalado que no puede imputarse responsabilidad a un órgano administrativo por dar “estricto y literal cumplimiento” a una instrucción emanada del órgano competente en materia de libre competencia, en la medida que dicha actuación se encuentra jurídicamente impuesta por el ordenamiento (H. TDLC, Sentencia N° 13/2005, c. 2°).

¹⁵⁷ En términos sistemáticos, la autorización otorgada por la autoridad de competencia permite ajustar la conducta del agente al ordenamiento, dotándola de licitud mientras subsistan las condiciones fijadas, sin perjuicio de la posibilidad de revisión o modificación futura de dicho marco. En tal sentido, el control posterior no implica la ilicitud originaria de la conducta, sino la eventual necesidad de ajustar su ejecución a nuevas condiciones regulatorias (Francisco Agüero Vargas, Informe en Derecho, “*Incumplimiento y modificación de medidas de mitigación establecidas por el TDLC*”, RegCom, 2015, pp. 27 a 30).

norma¹⁵⁸. Sin embargo, dicha presunción no es irrefragable, sino que admite ser desvirtuada mediante la acreditación de circunstancias que excluyan o impidan formular un reproche válido¹⁵⁹.

53. En este contexto, la culpabilidad no puede ser entendida en términos puramente objetivos. Por el contrario, supone un juicio normativo que exige verificar si el administrado contaba con una posibilidad real de conocer la ilicitud de su conducta y de actuar conforme a derecho. De este modo, el análisis de culpabilidad incorpora necesariamente elementos subjetivos, vinculados a la comprensión del marco normativo aplicable y a las condiciones en que el agente desarrolló su conducta.

54. Es precisamente en este nivel donde adquiere relevancia la figura del error de prohibición, en cuanto incide directamente en la conciencia de la antijuridicidad. El error de prohibición puede definirse como la situación en que el sujeto, aun conociendo los hechos que realiza, desconoce que su conducta está prohibida por el derecho, ya sea por una representación errónea del contenido de la norma o por la ausencia de dicha representación¹⁶⁰.

¹⁵⁸ El profesor Correa define la culpa infraccional como un mecanismo de atribución de responsabilidad que tiende a presumir la culpabilidad a partir de la infracción de una norma, lo que puede tensionar el principio de culpabilidad y la exigencia de responsabilidad subjetiva en el derecho administrativo sancionador (Joaquín Correa Olea, “*La culpa infraccional y el principio de culpabilidad*”, Revista de Estudios Ius Novum, Vol. XVI, N° 2, 2023, pp. 20-37, p. 32).

¹⁵⁹ En el derecho administrativo sancionador, la culpabilidad constituye un elemento esencial del ilícito, que exige la concurrencia de dolo o culpa, siendo incompatible con un régimen de responsabilidad objetiva en que la sanción se derive automáticamente de la infracción normativa. En este sentido, la doctrina ha advertido que la denominada “culpa infraccional” solo puede ser compatible con el principio de culpabilidad en la medida que admita desvirtuación mediante la acreditación de circunstancias que excluyan el reproche (Joaquín Correa Olea, “*La culpa infraccional y el principio de culpabilidad*”, Revista de Estudios Ius Novum, Vol. XVI, N° 2, 2023, pp. 21 a 23).

¹⁶⁰ La exigencia de culpabilidad como presupuesto del ejercicio del ius puniendi implica que solo puede sancionarse a quien ha tenido la posibilidad de comprender la ilicitud de su conducta y actuar conforme a derecho. De este modo, la ausencia de dicha posibilidad —como ocurre en los supuestos de error de prohibición— excluye la imputación personal del hecho y, por tanto, la procedencia de la sanción.

En este sentido, Tomás Cano Campos, “*La culpabilidad y los sujetos responsables en las infracciones de tráfico*”, Revista de Documentación Administrativa, N° 284-285, 2009, pp. 84 y 85; y, Joaquín Correa Olea, “*La culpa infraccional y el principio de culpabilidad*”, Revista de Estudios Ius Novum, Vol. XVI, N° 2, 2023, pp. 20-37.

55. A diferencia del error de tipo, que recae sobre los hechos, el error de prohibición se sitúa en el plano normativo: el agente sabe lo que hace, pero no sabe —o no puede saber— que aquello está jurídicamente prohibido. En consecuencia, se trata de una categoría que incide directamente en la posibilidad de formular un reproche personal.

56. Aunque el ordenamiento jurídico chileno no contiene una regulación general expresa del error de prohibición en sede administrativa, su reconocimiento se desprende de la propia exigencia de culpabilidad como presupuesto del ejercicio del ius puniendi. En efecto, si la sanción exige que el sujeto haya podido actuar conforme a derecho, resulta necesariamente excluida cuando dicha posibilidad no existe¹⁶¹.

57. Sobre esta base, la doctrina ha distinguido entre error de prohibición vencible e invencible. El primero corresponde a aquellos casos en que el sujeto habría podido evitar el error mediante una diligencia razonable, supuesto en el cual el reproche puede subsistir, aunque atenuado. El segundo, en cambio, se configura cuando el error no podía ser evitado ni siquiera empleando la diligencia exigible, caso en el cual se excluye la culpabilidad y, por ende, la posibilidad de sancionar¹⁶².

58. La determinación de si un error es vencible o invencible no depende de una apreciación meramente subjetiva, sino de un estándar objetivo de razonabilidad. En particular, debe analizarse si, en las mismas circunstancias, un sujeto prudente y debidamente informado habría podido conocer la ilicitud de la conducta¹⁶³.

¹⁶¹ La exigencia de culpabilidad como presupuesto del ejercicio del ius puniendi implica que solo puede sancionarse a quien ha tenido la posibilidad de comprender la ilicitud de su conducta y actuar conforme a derecho. De este modo, la ausencia de dicha posibilidad —como ocurre en los supuestos de error de prohibición— excluye la imputación personal del hecho y, por tanto, la procedencia de la sanción.

En este sentido, Tomás Cano Campos, “*La culpabilidad y los sujetos responsables en las infracciones de tráfico*”, *Revista de Documentación Administrativa*, N° 284-285, 2009, pp. 84 y 85; y, Joaquín Correa Olea, “*La culpa infraccional y el principio de culpabilidad*”, *Revista de Estudios Ius Novum*, Vol. XVI, N° 2, 2023, p. 29.

¹⁶² La doctrina distingue entre supuestos en que el error de prohibición podía ser evitado mediante una diligencia exigible —caso en el cual el reproche puede subsistir— y aquellos en que el error resulta invencible, en cuanto el sujeto carece de toda posibilidad razonable de conocer la ilicitud, hipótesis en la cual se excluye la culpabilidad.

En este sentido: Tomás Cano Campos, “*La culpabilidad y los sujetos responsables en las infracciones de tráfico*”, *Revista de Documentación Administrativa*, N° 284-285, 2009, pp. 84 y 85.

¹⁶³ Excma. Corte Suprema, Rol de Ingreso N° 24.233-2014, sentencia de reemplazo de 19 de mayo de 2015, recaída en reclamación deducida por Aguas Araucanía S.A., c. 11°. La Excma. Corte estableció que la culpa

59. En esta línea, la doctrina ha destacado que el error de prohibición cumple una función sistemática esencial, en cuanto evita que el derecho administrativo sancionador opere como un sistema de responsabilidad objetiva encubierta. En efecto, si la mera infracción normativa bastara para sancionar, sin considerar la posibilidad real de conocer la ilicitud, el juicio de culpabilidad quedaría vaciado de contenido¹⁶⁴.

60. Esta consideración resulta particularmente relevante en aquellos casos en que el error del administrado ha sido inducido o reforzado por la propia actuación de la autoridad administrativa. En tales hipótesis, la imputación de responsabilidad se ve especialmente debilitada, en la medida en que el sujeto ha orientado su conducta conforme a criterios que el propio sistema ha contribuido a generar.

61. En efecto, como ha señalado la doctrina, cuando la administración adopta y difunde una determinada interpretación normativa, los particulares pueden legítimamente estructurar su conducta sobre la base de dicho criterio. En tales casos, un cambio interpretativo sobreviniente puede generar un error excusable respecto de la ilicitud de la conducta, lo que se traduce en la exclusión de la culpabilidad¹⁶⁵.

III.3 Exclusiones extrínsecas al ilícito

se mide conforme a un estándar de conducta “prudente y diligente”, correspondiendo al juez determinar si el infractor incumplió dicho estándar en el caso concreto.

En este sentido, la determinación de la culpabilidad no depende exclusivamente de una apreciación subjetiva del agente, sino de la verificación de condiciones objetivas que permitan afirmar su capacidad de motivarse conforme al derecho, lo que exige analizar si el sujeto contaba con un acceso normal al contenido de la norma y a las exigencias del ordenamiento (Tomás Cano Campos, “*La culpabilidad y los sujetos responsables en las infracciones de tráfico*”, *Revista de Documentación Administrativa*, N° 284-285, 2009,., p. 85).

¹⁶⁴ La exigencia de culpabilidad cumple una función sistemática esencial en el derecho administrativo sancionador, en cuanto impide la configuración de regímenes de responsabilidad objetiva encubierta, asegurando que la sanción no derive automáticamente de la mera infracción normativa, sino de un juicio de reprochabilidad personal (Joaquín Correa Olea, “*La culpa infraccional y el principio de culpabilidad*”, *Revista de Estudios Ius Novum*, Vol. XVI, N° 2, 2023, p. 28 y 29).

¹⁶⁵ Cuando la administración ha sostenido una determinada interpretación normativa y los particulares han ajustado su conducta a dicho criterio, un cambio interpretativo posterior puede generar un error excusable — incluso invencible— respecto de la ilicitud de la conducta, lo que se traduce en la exclusión de la responsabilidad infraccional (Antonio Bascuñán y Samuel Tschorne, Informe en Derecho, “*El principio de protección de la confianza legítima y el cambio de la interpretación de la ley por la autoridad administrativa*”, pp. 5 y 6).

62. A diferencia de las exclusiones intrínsecas —que inciden en la configuración del ilícito—, las exclusiones extrínsecas operan sobre el ejercicio de la potestad sancionadora, impidiendo la imposición de una sanción aun cuando la conducta sea típica, antijurídica y culpable.

63. Se trata, por tanto, de límites estructurales, que no niegan la existencia del ilícito, sino que excluyen la posibilidad jurídica de sancionar por razones vinculadas a la legalidad, la seguridad jurídica y la coherencia del sistema sancionador.

(i) Prescripción

64. La prescripción constituye un límite temporal al ejercicio de la potestad sancionadora, en cuya virtud la inactividad del órgano competente durante un determinado plazo extingue la posibilidad de perseguir o sancionar una infracción¹⁶⁶.

65. Su fundamento radica, por una parte, en la seguridad jurídica y, por otra, en la progresiva pérdida de sentido del reproche sancionador con el transcurso del tiempo. En efecto, la doctrina ha destacado que el paso del tiempo debilita tanto la necesidad preventiva de la sanción como la legitimidad de su imposición¹⁶⁷.

66. Desde un punto de vista dogmático, la prescripción no incide en la existencia del ilícito, sino en la posibilidad de sancionarlo. En este sentido, constituye una exclusión extrínseca al ilícito, en cuanto extingue la potestad punitiva del Estado sin afectar la configuración del injusto.

¹⁶⁶ La prescripción ha sido entendida como un límite al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, en cuya virtud el transcurso del tiempo extingue la posibilidad de perseguir y sancionar una infracción. En este sentido, se ha señalado que la prescripción constituye un “impedimento procesal” que evita la prosecución del enjuiciamiento, en la medida que desaparece uno de los presupuestos de la persecución sancionatoria (Raúl Núñez Ojeda, “*Prescripción de la acción para perseguir el ilícito anticompetitivo*”, en Fiscalía Nacional Económica (ed.), *Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia*, 2017, pp. 551 y 552).

¹⁶⁷ La institución de la prescripción se funda en consideraciones de seguridad jurídica y en la progresiva pérdida de legitimidad del reproche sancionatorio con el transcurso del tiempo, en la medida que la persecución tardía de una infracción carece de justificación desde el punto de vista de la función preventiva y retributiva de la sanción (Raúl Núñez Ojeda, “*Prescripción de la acción para perseguir el ilícito anticompetitivo*”, en Fiscalía Nacional Económica (ed.), *Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia*, 2017, pp. 550 y 551).

(ii) Non bis in idem

67. El principio non bis in idem prohíbe que una persona sea sancionada más de una vez por los mismos hechos, siempre que concorra identidad de sujeto, hecho y fundamento. Se trata de una garantía estructural del derecho sancionador, orientada a evitar la duplicidad de reproches y a asegurar una reacción estatal coherente y proporcional frente al ilícito¹⁶⁸.

68. La doctrina distingue tradicionalmente una dimensión material, que impide la doble sanción por un mismo hecho, y una dimensión procesal, que prohíbe la duplicidad de procedimientos sancionadores respecto de una misma conducta. Ambas dimensiones responden a la necesidad de evitar una sobreextensión del ius puniendi y de resguardar la estabilidad jurídica del administrado.

69. El principio non bis in idem no cuestiona la existencia del ilícito, sino que limita la posibilidad de sancionar cuando ya ha existido una reacción estatal previa respecto de los mismos hechos, impidiendo una nueva respuesta sancionatoria del Estado¹⁶⁹.

(iii) Irretroactividad de la norma y del criterio sancionador

70. El principio de irretroactividad constituye un límite de legalidad al ejercicio del ius puniendi, en virtud del cual las conductas deben ser juzgadas conforme al marco normativo vigente al momento de su realización, excluyéndose la aplicación retroactiva de normas o criterios más gravosos¹⁷⁰.

¹⁶⁸ El principio non bis in idem constituye un límite estructural al ejercicio del poder sancionador del Estado, en cuanto impide la imposición de múltiples sanciones frente a una misma contravención, como expresión de la exigencia de proporcionalidad que subyace a toda reacción punitiva institucionalizada (Juan Pablo Mañalich Raffo, “*El principio ne bis in idem en el derecho sancionatorio chileno*”, en Fiscalía Nacional Económica (ed.), Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia, 2017, p. 460 y 470).

¹⁶⁹ Desde un punto de vista dogmático, el principio non bis in idem no niega la existencia de la contravención, sino que limita la posibilidad de reaccionar sancionatoriamente frente a ella, al impedir una nueva sanción respecto de un mismo hecho previamente objeto de reacción estatal (Juan Pablo Mañalich Raffo, “*El principio ne bis in idem en el derecho sancionatorio chileno*”, en Fiscalía Nacional Económica (ed.), Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia, 2017, p. 470).

¹⁷⁰ El principio de irretroactividad constituye un límite esencial al ejercicio de la potestad sancionadora, en virtud del cual no resulta jurídicamente admisible imponer sanciones sobre la base de normas o criterios más gravosos que no se encontraban vigentes al momento de la ejecución de la conducta, en cuanto ello vulnera los principios de legalidad, tipicidad y certeza jurídica propios del derecho administrativo sancionador (Rosa

71. Este principio no solo se vincula con la seguridad jurídica, sino que forma parte del núcleo del principio de legalidad sancionadora, en cuanto garantiza la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de la conducta y delimita el ámbito de actuación legítima del Estado.

72. La doctrina especializada ha señalado que la garantía de irretroactividad alcanza tanto a las normas sancionadoras como a su interpretación, debiendo excluirse aquellas interpretaciones más gravosas surgidas con posterioridad a los hechos, en la medida que alteran ex post el estándar normativo aplicable¹⁷¹.

73. La prohibición de retroactividad de criterios sancionadores desfavorables se funda en la necesidad de resguardar el conjunto de garantías que estructuran el derecho administrativo sancionador, en particular los principios de legalidad y tipicidad.

74. En efecto, la aplicación retroactiva de un nuevo criterio interpretativo implicaría, en los hechos, la imposición de una obligación o sanción que no era exigible ni previsible al momento de la conducta, vulnerando así la exigencia de certeza normativa.

75. En este sentido, los cambios de criterio interpretativo deben proyectar sus efectos hacia el futuro, sin afectar situaciones jurídicas consolidadas bajo el entendimiento anterior.

76. Así, se ha destacado que un nuevo criterio —aun cuando se estime más correcto— no puede aplicarse retroactivamente para fundar responsabilidad

Gómez, Informe en Derecho, “*Humedales urbanos y evaluación ambiental: límites normativos y efectos jurídicos del cambio de criterio interpretativo*”, p. 2)

¹⁷¹ La garantía de irretroactividad no solo alcanza a las normas sancionadoras en sentido estricto, sino también a los criterios interpretativos que determinan su aplicación, debiendo excluirse aquellas interpretaciones más gravosas surgidas con posterioridad a los hechos, en cuanto su aplicación retroactiva afecta la certeza y seguridad jurídica de los administrados y altera ex post el estándar normativo aplicable (Rosa Gómez, Informe en Derecho, “*Humedales urbanos y evaluación ambiental: límites normativos y efectos jurídicos del cambio de criterio interpretativo*”, p. 49 y 50).

sancionatoria respecto de conductas ejecutadas bajo una interpretación distinta vigente al momento de los hechos¹⁷².

77. Desde el punto de vista sistemático, la irretroactividad opera como una exclusión extrínseca al ilícito, en cuanto impide la imposición de una sanción fundada en un estándar normativo posterior a la conducta. En tales casos, aun cuando la conducta pudiera ser subsumida en el nuevo criterio interpretativo, el ordenamiento jurídico excluye su aplicación retroactiva, impidiendo formular un reproche sancionatorio válido.

III.4 Atenuación del reproche: la confianza legítima

78. Las circunstancias de atenuación o debilitamiento del reproche no eliminan necesariamente la infracción ni la posibilidad de sancionar, pero inciden de manera decisiva en la intensidad del reproche que puede formularse al administrado y, en consecuencia, en la procedencia y entidad de la sanción. Se trata, por tanto, de factores que operan en un plano distinto al de las exclusiones de responsabilidad, pero que son igualmente relevantes para determinar el resultado del juicio sancionatorio.

79. Dentro de estas circunstancias, la confianza legítima constituye uno de los factores relevantes, en cuanto expresa la exigencia de coherencia, previsibilidad y buena fe en la actuación estatal, particularmente en contextos regulatorios complejos o sujetos a evolución interpretativa.

80. La confianza legítima se funda en la idea de que el administrado tiene derecho a organizar su conducta conforme a las señales que emanan de la autoridad, sin ser posteriormente sorprendido por un cambio de criterio que altere desfavorablemente

¹⁷² La doctrina y la jurisprudencia han sostenido que los cambios de criterio interpretativo —aun cuando se estimen más correctos— no pueden aplicarse retroactivamente para fundar responsabilidad sancionatoria respecto de conductas ejecutadas bajo el entendimiento vigente al momento de los hechos, debiendo proyectar sus efectos únicamente hacia el futuro. En particular, se ha señalado que la aplicación retroactiva de un nuevo criterio interpretativo en sede sancionatoria vulnera los principios de legalidad, tipicidad e irretroactividad de la interpretación desfavorable, especialmente cuando el administrado actuó conforme a la interpretación predominante al momento de la conducta.

En este sentido: Tercer Tribunal Ambiental, Rol N° R 17-2025, c. 14° y 19°; y, Rosa Gómez, Informe en Derecho, “*Humedales urbanos y evaluación ambiental: límites normativos y efectos jurídicos del cambio de criterio interpretativo*”, p. 49 y 50.

su situación jurídica. Se trata, por tanto, de una proyección del principio de seguridad jurídica y de la buena fe en la actuación administrativa¹⁷³.

81. En el derecho administrativo chileno, la jurisprudencia ha reconocido que la confianza legítima puede generarse a partir de una cadena coherente de actuaciones administrativas que dan lugar a expectativas razonables en los particulares, limitando la posibilidad de que la Administración se aparte de ellas en perjuicio del administrado sin una justificación suficiente¹⁷⁴.

82. En particular, en sede de libre competencia, el H. TDLC ha admitido que la actuación de la autoridad puede ser considerada al momento de determinar la sanción aplicable, particularmente en lo relativo a la cuantía de la multa, distinguiendo, en general entre situaciones de mera tolerancia o inacción estatal — que difícilmente generan expectativas protegidas— y aquellas en que la autoridad ha emitido señales claras, consistentes y atribuibles institucionalmente, capaces de fundar una confianza razonable en la licitud de la conducta¹⁷⁵.

83. Solo en este segundo tipo de casos la confianza legítima adquiere una entidad suficiente para incidir de manera decisiva en el juicio de reproche, en la medida que afecta directamente la razonabilidad del comportamiento del administrado.

¹⁷³ El principio de protección de la confianza legítima se funda en la exigencia de que la actuación de la Administración sea coherente y previsible, de modo que los particulares puedan orientar su conducta conforme a los criterios que ella misma ha sostenido, sin verse afectados adversamente por cambios interpretativos posteriores que alteren el marco normativo aplicable (Antonio Bascañán y Samuel Tschorne, Informe en Derecho, “*El principio de protección de la confianza legítima y el cambio de la interpretación de la ley por la autoridad administrativa*”, pp. 5 y 6).

¹⁷⁴ Excma. Corte Suprema, Rol de Ingreso N° 10.841-2022, c. 4°:

¹⁷⁵ En materia de libre competencia, el propio Tribunal ha reconocido que la confianza legítima puede fundarse en la existencia de una práctica o interpretación previa de la autoridad que los agentes económicos han considerado al estructurar su conducta, especialmente cuando dicha interpretación ha sido sostenida de manera consistente o ha sido confirmada mediante asesoría experta o interacción institucional con la autoridad. Sin embargo, la doctrina ha precisado que no toda inacción o tolerancia administrativa es suficiente para generar expectativas protegidas, sino únicamente aquellas manifestaciones claras, consistentes y atribuibles institucionalmente de un determinado criterio normativo, sobre cuya base los particulares puedan razonablemente confiar en la licitud de su conducta.

En este sentido: H. TDLC, Sentencia N° 203/2025, c. 16° y 20°; Antonio Bascañán y Samuel Tschorne, Informe en Derecho, “*El principio de protección de la confianza legítima y el cambio de la interpretación de la ley por la autoridad administrativa*”, p. 32.

III.5. Consecuencias jurídicas de las exclusiones, el debilitamiento del reproche y los límites al ejercicio del poder sancionador

84. Las categorías previamente descritas no solo ordenan el análisis jurídico, sino que determinan de manera directa la procedencia o improcedencia de la sanción en el caso concreto.

85. En primer término, las exclusiones de punibilidad —tanto aquellas derivadas de la estructura del ilícito como las extrínsecas— conducen al rechazo del requerimiento sancionador. Ello ocurre porque, en tales casos, no concurren los presupuestos necesarios para el ejercicio válido de la potestad sancionadora, ya sea por inexistencia de un ilícito reprochable o por falta de habilitación jurídica para sancionar.

86. En segundo término, las circunstancias de atenuación o debilitamiento del reproche producen un efecto distinto. En estos casos, la infracción puede estimarse configurada en términos formales, pero el juicio de culpabilidad se ve afectado por factores que reducen significativamente su intensidad.

87. Tal como ha sido reconocido por la jurisprudencia del H. TDLC, estas circunstancias pueden justificar la exclusión de la multa en el caso concreto o su atenuación significativa, cuando el reproche no alcanza la intensidad necesaria para legitimar una sanción pecuniaria¹⁷⁶.

88. Finalmente, determinado lo anterior, el principio de proporcionalidad y permite ajustar la respuesta sancionatoria a determinados criterios, evitando resultados excesivos o arbitrarios.

89. De este modo, es posible advertir, en definitiva, que las categorías analizadas conducen a resultados jurídicos diferenciados: las exclusiones de punibilidad determinan el rechazo del requerimiento; las circunstancias de debilitamiento del reproche permiten excluir la multa o atenuarla significativamente; y los límites al

¹⁷⁶ La doctrina reconoce que la culpabilidad puede verse atenuada en función del contexto en que se desarrolla la conducta, incluyendo la existencia de error de prohibición o confianza legítima (Francisco Agüero Vargas, Informe en Derecho, “Incumplimiento y modificación de medidas de mitigación establecidas por el TDLC”, RegCom, 2015, pp. 72 y 73).

poder sancionador condicionan la intensidad de la sanción, evitando su aplicación automática.

IV. RECONSTRUCCIÓN DEL OBJETO FÁCTICO DEL CASO: ANÁLISIS DE LOS EFECTOS DEL INFORME DE ARCHIVO DE LA FNE RESPECTO DEL ACTUAL REQUERIMIENTO

90. Hasta este punto, el análisis se ha desarrollado en el plano de la premisa mayor, esto es, en la identificación del marco jurídico aplicable al caso y de las categorías dogmáticas que estructuran el ilícito administrativo sancionador, así como de los límites que condicionan el ejercicio del *ius puniendi* en materia de libre competencia.

91. Corresponde ahora avanzar hacia la premisa menor, consistente en la reconstrucción del objeto fáctico sobre el cual se proyecta dicho marco jurídico. En particular, resulta necesario determinar si la conducta que sirve de base al Requerimiento actual coincide, en lo sustancial, con aquella que fue previamente conocida y archivada por la propia Fiscalía Nacional Económica, o si, por el contrario, el Requerimiento descansa en hechos verdaderamente nuevos que alteran la identidad del caso.

92. Esta cuestión no tiene por objeto —todavía— extraer consecuencias jurídicas en materia de culpabilidad, irretroactividad o confianza legítima. Su finalidad es estrictamente previa: fijar con precisión el supuesto de hecho sobre el cual se desarrollará el análisis posterior, en cuanto la determinación de los efectos del cambio de criterio de la autoridad depende, necesariamente, de la identidad o diferencia entre los hechos considerados en uno y otro momento.

93. Para tales efectos, el presente capítulo se estructura en dos partes. En primer término, se analizará la identidad sustancial entre el expediente archivado Rol FNE 2589-2019 y el Requerimiento actual (IVI.1). En segundo término, se examinarán las razones invocadas por la Fiscalía para justificar la presentación del Requerimiento pese a dicha decisión previa (IV.2).

IV.1. Identidad sustancial entre el expediente archivado y el Requerimiento actual

94. Uno de los antecedentes institucionales más relevantes del presente caso consiste en que la conducta que hoy sirve de base al Requerimiento deducido por la FNE no aparece por primera vez en esta sede. Por el contrario, el propio requerimiento reconoce que, con fecha 3 de octubre de 2019, la Fiscalía recibió una denuncia respecto de TPS por las eventuales infracciones derivadas del establecimiento y cobro de “*un security fee o tarifa de seguridad a la carga*”; que dicho expediente fue archivado el 16 de marzo de 2020; y que, solo posteriormente, mediante resolución de 17 de marzo de 2021, se abrió una nueva investigación, esta vez respecto de TPS, STI y DPW¹⁷⁷.

95. Esa secuencia obliga a despejar una cuestión previa, de carácter estrictamente reconstructivo: si el expediente archivado y el Requerimiento actual recaen, en lo sustancial, sobre el mismo fenómeno económico-jurídico, o si, por el contrario, el Requerimiento descansa en hechos verdaderamente nuevos que alteran la identidad del caso respecto de TPS.

96. Para tales efectos, resulta particularmente útil tener presente las siguientes consideraciones, respecto de la comparación:

(i) Naturaleza de la conducta: tarifa de seguridad a la carga

97. En el Informe de Archivo, la Fiscalía describió la conducta investigada en los siguientes términos: “*esta Fiscalía recibió una denuncia sobre la incorporación de una nueva tarifa dentro del Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A., por el concepto de seguridad a la carga. Dicha tarifa habría sido registrada como un servicio portuario básico —no optativo—, lo que podría constituir un abuso de posición dominante sobre las navieras e importadores o exportadores*”¹⁷⁸.

98. El Requerimiento actual, por su parte, describe la conducta que imputa como “*el cobro injustificado de una tarifa básica por concepto de seguridad en la*

¹⁷⁷ Requerimiento, pp. 2 y 3.

¹⁷⁸ Informe de Archivo, p. 1.

*transferencia de carga, a los importadores y exportadores cuyas mercancías se movilizan a través de los terminales portuarios*¹⁷⁹.

99. La coincidencia es evidente: en ambos casos, el objeto de análisis es el establecimiento y cobro de una tarifa de seguridad a la carga, estructurada como servicio básico.

(ii) Mecanismo económico: desagregación de la tarifa de transferencia

100. El Informe de Archivo fue particularmente explícito al describir el mecanismo tarifario: *“la tarifa calificada como ‘nueva’ [...] sería en realidad el resultado de una desagregación del cobro total [...] lo que originalmente se cobraba como ‘tarifa de transferencia’, ahora se encuentra dividido en dos tarifas [...] La suma de ambas tarifas no supera el límite máximo de la ‘tarifa de transferencia’ original”*¹⁸⁰.

101. El Requerimiento actual reproduce esa misma lógica, señalando: *“el registro de las tarifas de seguridad se efectuó formalmente mediante la ‘apertura’ o división de las tarifas máximas de los servicios [...] se fraccionaron en dos tipos [...]”*¹⁸¹.

102. No se advierte aquí la introducción de un mecanismo nuevo, sino la reiteración —con distinta terminología— de la misma estructura económica analizada en el Informe de Archivo, esto es, una desagregación o división de la tarifa de transferencia previamente existente.

(iii) Sujetos pasivos del cobro

103. En el Informe de Archivo también identificó expresamente a los destinatarios del nuevo cargo: *“esta tarifa de seguridad no sería cobrada a las navieras [...] sino a sus clientes (importadores, exportadores o movilizados de carga nacional)”*¹⁸².

¹⁷⁹ Requerimiento, p. 2.

¹⁸⁰ Informe de Archivo, p. 1.

¹⁸¹ Requerimiento, p. 8.

¹⁸² Informe de Archivo, p. 2.

104. El Requerimiento describe a los mismos sujetos pasivos al sostener que: *“las Requeridas se han aprovechado del carácter cautivo que tienen los importadores y exportadores”*¹⁸³ y agrega que *“el cobro de esta tarifa a los importadores y exportadores es injustificado”*¹⁸⁴.

105. Nuevamente, la coincidencia es completa: el traslado del cobro desde las navieras hacia los dueños de carga constituye un elemento común en ambos análisis.

(iv) Calificación como servicio básico

106. En el Informe de Archivo, la Fiscalía señaló que: *“dicha tarifa habría sido registrada como un servicio portuario básico”*¹⁸⁵, agregando luego que *“al ser un servicio básico, se trataría de un cargo obligatorio —no opcional—”*¹⁸⁶.

107. El Requerimiento reafirma exactamente esta característica: *“los importadores y exportadores deben obligatoriamente pagar las tarifas de seguridad, considerando que han sido catalogados como servicios básicos”*¹⁸⁷.

108. Así, la naturaleza obligatoria del cobro constituye otro elemento de identidad sustancial entre ambos expedientes.

(v) Efecto económico del mecanismo

109. En el Informe de Archivo, la Fiscalía concluyó: *“la suma de ambas tarifas no supera el límite máximo”*¹⁸⁸, lo que la llevó a considerar, en definitiva, que la inclusión de la tarifa de seguridad no configuraría una eventual infracción al Decreto Ley N° 211 en la medida que no corresponde a un cobro adicional y cumple con los valores máximos de la Concesión¹⁸⁹.

¹⁸³ Requerimiento, p. 2.

¹⁸⁴ Requerimiento, p. 2.

¹⁸⁵ Informe de Archivo, p. 1.

¹⁸⁶ Informe de Archivo, p. 8.

¹⁸⁷ Requerimiento, p. 9.

¹⁸⁸ Informe de Archivo, p. 1 y 10.

¹⁸⁹ Informe de Archivo, p. 11.

110. El Requerimiento no contradice esos hechos, sino que los reinterpreta, pues reconoce que las tarifas efectivamente cobradas se encontraban dentro de lo permitido por el contrato de concesión¹⁹⁰, pero ahora, en lugar de centrar el análisis en la conformidad con éste, consideró que a través de ese cobro “*las Requeridas tuvieron la habilidad de aprovechar la existencia de usuarios cautivos en sus respectivos terminales portuarios para establecerles un cobro y así incrementar, injustificadamente, sus ingresos*”¹⁹¹.

111. Es decir, los hechos económicos descritos son los mismos; lo que varía es la lectura que se hace de ellos.

112. En suma, del examen comparado precedente se desprende que el objeto fáctico sobre el cual se pronuncia la FNE se mantiene inalterado.

- a. En ambos casos, la conducta descrita consiste en la incorporación de una tarifa de seguridad a la carga; estructurada como servicio básico obligatorio; derivada de la desagregación de la tarifa de transferencia; y cuyo cobro se dirige a importadores y exportadores.
- b. Los elementos esenciales del comportamiento —su diseño tarifario, su mecanismo de implementación y los sujetos a quienes se aplica— coinciden en ambos documentos, sin que se advierta la introducción de hechos nuevos o de una conducta distinta.

113. Las diferencias que pueden observarse se sitúan, por tanto, en el plano de la calificación jurídica y económica del mismo fenómeno. Mientras el Informe de Archivo entendió la conducta como una desagregación tarifaria con las reglas de la concesión —al no implicar un cobro adicional ni superar los máximos regulatorios—, el Requerimiento la reinterpreta como un mecanismo de explotación de una demanda cautiva, capaz de incrementar los ingresos de los terminales al margen de la presión competitiva existente en su relación con las navieras. Esta diferencia no responde a la aparición de nuevos hechos, sino a un cambio en el marco analítico aplicado por la autoridad.

¹⁹⁰ Requerimiento, p. 28.

¹⁹¹ Requerimiento, p. 11.

IV.2. Sobre las justificaciones de la Fiscalía para la presentación del Requerimiento

114. Establecida la identidad sustancial del fenómeno examinado, corresponde ahora hacerse cargo de las razones que la propia Fiscalía invoca para justificar la presentación del Requerimiento pese a la existencia de una decisión previa de archivo respecto de los mismos hechos.

115. En lo sustancial, la Fiscalía sostiene que puede requerir, porque el archivo previo (i) no es definitivo¹⁹², (ii) se dictó con base en un análisis limitado¹⁹³, (iii) no tiene valor decisorio sobre la infracción¹⁹⁴, (iv) no excluye la aplicación del Decreto Ley N° 211¹⁹⁵, y (v) no genera exención de responsabilidad, especialmente ante la existencia de nuevos antecedentes¹⁹⁶.

116. Vistas en conjunto, estas afirmaciones pueden ordenarse en dos líneas argumentativas.

¹⁹² “Tal decisión fue adoptada ‘sin perjuicio de las facultades de esta Fiscalía 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’” (Requerimiento, p. 3).

¹⁹³ “Por resolución de fecha 16 de marzo de 2020, y considerando los antecedentes preliminares recabados en la etapa de admisibilidad, se archivó este expediente, sin abrirse investigación en relación con los hechos denunciados” (Requerimiento, p. 3).

¹⁹⁴ “Tampoco obsta a este carácter anticompetitivo el hecho que la FNE hubiese decidido no efectuar una investigación respecto de la tarifa de seguridad implementada por TPS, al archivar la denuncia Rol N°2589-19 FNE, ya que este Servicio no tiene facultades para resolver si determinados hechos, actos o contratos constituyen infracciones a la libre competencia -atribución exclusiva del H. Tribunal (...)” (Requerimiento, p. 29).

¹⁹⁵ “(...) y porque las Requeridas siempre se encuentran obligadas, como cualquier agente económico, a cumplir con las reglas establecidas en el DL 211 sobre protección de la libre competencia, bien jurídico integrante del orden público económico” (Requerimiento, p. 29).

¹⁹⁶ Requerimiento, p. 3. En efecto, el propio requerimiento recuerda que la decisión de archivo fue adoptada “sin perjuicio de [...] la posibilidad de analizar la apertura de una investigación, en caso de contar con nuevos antecedentes que así lo ameriten”, agregando que dicho archivo “se limitó a verificar las condiciones formales [...] analizó principalmente el cumplimiento de tales restricciones formales”. Sobre esa base, afirma que “este Servicio no tiene facultades para resolver si determinados hechos [...] constituyen infracciones [...] — atribución exclusiva del H. Tribunal—”, y que, en consecuencia, “las Requeridas siempre se encuentran obligadas [...] a cumplir con las reglas establecidas en el DL 211”, de modo que “no obsta [...] el hecho que la FNE hubiese decidido no efectuar una investigación [...]” a la posibilidad de perseguir responsabilidad.

- a. Por una parte, la Fiscalía construye una tesis sobre la ineficacia jurídica del archivo previo, en virtud de la cual dicho acto carecería de efectos impositivos o liberatorios. Esto se manifiesta tanto en la cláusula expresa de reapertura —que deja a salvo la posibilidad de nuevas investigaciones— como en la afirmación de que el archivo no equivale a una decisión sobre la infracción ni genera exención de responsabilidad. En este plano, el argumento relativo a la vigencia permanente del DL 211 cumple una función complementaria, en cuanto refuerza la idea de que ningún acto administrativo previo puede sustraer a los agentes económicos del cumplimiento de las normas de libre competencia.
- b. Por otra parte, la Fiscalía articula una segunda línea relativa al alcance limitado del análisis efectuado en el archivo, sosteniendo que este se habría circunscrito a una verificación formal de la regulación sectorial, sin constituir un examen sustantivo desde la perspectiva del derecho de la competencia. Es en este contexto que se invoca, además, la existencia de “nuevos antecedentes” y la apertura de una investigación posterior, como elementos que permitirían justificar el tránsito desde la decisión inicial de archivar a la interposición del requerimiento. Así, la combinación de ambos planos —ineficacia del archivo y carácter limitado de su análisis— configura el núcleo de la justificación ofrecida por la FNE para sostener que no solo podía reabrir el caso, sino también someter la misma conducta a un escrutinio distinto ante el Tribunal.

117. La primera línea argumentativa no presenta mayores dificultades desde un punto de vista formal: en efecto, el archivo no produce cosa juzgada ni impide, en términos estrictos, la interposición de un requerimiento. Sin embargo, esta constatación no resuelve la cuestión relevante, que no dice relación con la habilitación formal para accionar, sino con los efectos que dicha actuación previa proyecta sobre el juicio sancionatorio.

118. Por su parte, aún ya siendo clara la posibilidad de la FNE de presentar un requerimiento como el de autos, igualmente cabe decir que, desde una perspectiva

fáctica, los argumentos expuestos dentro de la segunda categoría sí resultan más cuestionables.

119. En efecto, por una parte, la afirmación de la Fiscalía relativa a la existencia de nuevos antecedentes que justificaron la interposición del Requerimiento¹⁹⁷, debe ser contrastada, en primer término, con la propia descripción fáctica del Requerimiento. En este sentido, como se demostró, no se advierte una reformulación del fenómeno investigado, sino una reiteración sustancialmente idéntica de sus elementos estructurales.

120. En este contexto, el único elemento que aparece, *prima facie*, como potencialmente novedoso dice relación con la extensión de la práctica a otros terminales portuarios. Sin embargo, dicha circunstancia solo podría constituir un antecedente nuevo en la medida en que altere la naturaleza de la conducta imputada o modifique su configuración fáctica.

121. En este caso, el propio Requerimiento descarta esa posibilidad al estructurar la imputación en términos estrictamente individuales, señalando que las Requeridas han ejecutado, “*cada una, un abuso de posición dominante*”¹⁹⁸, y precisando luego que “*cada una de las Requeridas, por separado, cometió un abuso anticompetitivo*”¹⁹⁹.

122. Bajo esa premisa, la circunstancia de que otros terminales hayan adoptado un esquema tarifario similar no introduce un elemento nuevo en la configuración de la conducta atribuida a cada uno de ellos.

123. Se trata, en rigor, de la reiteración de una misma práctica en distintos operadores, lo que puede tener relevancia descriptiva o contextual, pero no altera el objeto fáctico de la imputación. En consecuencia, como la calificación jurídica que hace el Requerimiento se mantiene en el plano del abuso individual, la extensión de

¹⁹⁷ “Tal decisión fue adoptada ‘sin perjuicio de las facultades de esta Fiscalía 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’” (Requerimiento, p. 3).

¹⁹⁸ Requerimiento, p. 2.

¹⁹⁹ Requerimiento, p. 26.

la práctica a otros concesionarios no puede ser considerada, por sí sola, como un hecho nuevo en sentido relevante.

124. Por su parte, la afirmación relativa al carácter limitado del análisis también debe ser contrastada con el estándar institucional que rige la actuación de la propia Fiscalía. En efecto, su instructivo interno establece que las diligencias y el análisis de antecedentes tienen por objeto *“justificar las acciones [...] con el fin de prevenir o sancionar [...] o para descartar tales acciones”*²⁰⁰, lo que supone necesariamente una evaluación sustantiva del fenómeno investigado.

125. Esta lógica se ve reforzada por las reglas específicas que el propio instructivo contempla para la procedencia del archivo, las que vinculan dicha decisión a la ausencia de antecedentes suficientes para fundar una acción o a la inexistencia de hechos constitutivos de infracción²⁰¹.

126. En este contexto, el archivo no aparece concebido como un mero filtro formal, sino como el resultado de una evaluación sobre la aptitud de los hechos para justificar el ejercicio de acciones en sede de libre competencia, de modo tal que toda decisión de cierre debe fundarse precisamente en una evaluación sustantiva del fenómeno investigado, que fue precisamente lo que ocurrió en el caso del Informe de Archivo²⁰².

127. De este modo, las razones invocadas por la Fiscalía —en particular aquellas relativas al carácter supuestamente limitado del análisis efectuado en la decisión de archivo— no resultan plenamente consistentes con los antecedentes del caso ni con los criterios que rigen su actuación.

128. Con todo, como se anticipó, aun cuando dichas razones no resulten plenamente convincentes, ello no implica que la Fiscalía se encuentre jurídicamente impedida de interponer un requerimiento. El archivo no produce efectos preclusivos, ni de cosa juzgada.

²⁰⁰ Instructivo Interno para el desarrollo de investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica, p. 2.

²⁰¹ Instructivo Interno para el desarrollo de investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica, p. 16.

²⁰² “En base a los antecedentes tenidos a la vista al elaborar la presente Minuta de Archivo, esta División considera que la incorporación de la tarifa por el concepto de seguridad, dentro de los servicios portuarios básicos, no configuraría una eventual infracción al Decreto Ley N° 211 que amerite el uso de las facultades investigativas de esta Fiscalía” (Informe de Archivo, p. 11).

129. Sin embargo, de ello no se sigue que dicho acto administrativo carezca de toda relevancia jurídica. Por el contrario, la cuestión verdaderamente relevante —y que será abordada a continuación— consiste en determinar cuáles son los efectos que genera la resolución de archivo respecto del reproche que puede formularse posteriormente por los mismos hechos.

130. En este sentido, el problema que plantea el presente caso no es la procedencia formal del Requerimiento, sino la determinación de los efectos que el cambio de criterio de la autoridad puede producir en la configuración del ilícito y, especialmente, en el juicio de reproche sancionatorio.

131. Esta es una cuestión que no es abordada por la Fiscalía en sus justificaciones, ni tampoco en los informes en derecho acompañados por ella. En efecto, dichos informes se concentran en descartar que la decisión de archivo genere efectos impeditivos²⁰³ o eximentes²⁰⁴ de responsabilidad, pero no desarrollan un análisis estructurado de los efectos que dicha actuación puede producir al interior del juicio sancionatorio.

132. En particular, el informe del profesor Vergara se centra en el alcance de las potestades de la Administración y en la posibilidad de que la Fiscalía modifique sus criterios, abordando cuestiones como la inexistencia de un precedente administrativo vinculante o la ausencia de efectos de cosa juzgada²⁰⁵. Sin embargo, su análisis se sitúa principalmente en el plano de la habilitación formal para ejercer la potestad persecutoria, sin desarrollar de manera sistemática los efectos que una decisión previa puede producir en la configuración del reproche sancionatorio²⁰⁶.

²⁰³ Alejandro Vergara Blanco, 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*”.

²⁰⁴ Pedro Pierry Arrau, Informe en Derecho, “*La doctrina de la confianza legítima: una visión general y su vinculación con el Derecho de la Libre Competencia*”.

²⁰⁵ Alejandro Vergara Blanco, 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*”, capítulo 3.

²⁰⁶ “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

133. Con todo, el propio informe reconoce —aunque sin sistematizarlo— que la actuación previa de la autoridad puede incidir en la valoración del comportamiento del administrado, en cuanto puede “*repercutir [...] en el reproche que finalmente merece*”²⁰⁷. Esta afirmación resulta particularmente relevante, en cuanto admite, al menos implícitamente, que el problema no se agota en la procedencia formal del requerimiento, sino que se proyecta sobre el juicio de reprochabilidad.

134. Asimismo, este informe sostiene que el cambio de criterio administrativo no puede producir efectos retroactivos²⁰⁸, pero descarta que ello ocurra en el caso de la

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” (Alejandro Vergara Blanco, 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 percibe de la comisión de un ilícito anticompetitivo. Análisis del llamado precedente administrativo*”, p. 15).

“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). Mas 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)” (Alejandro Vergara Blanco, 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 percibe de la comisión de un ilícito anticompetitivo. Análisis del llamado precedente administrativo*”, p. 15).

“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” (Alejandro Vergara Blanco, 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 percibe de la comisión de un ilícito anticompetitivo. Análisis del llamado precedente administrativo*”, p. 35).

²⁰⁷ Alejandro Vergara Blanco, 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 percibe de la comisión de un ilícito anticompetitivo. Análisis del llamado precedente administrativo*”, p. 36.

²⁰⁸ “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)” (Alejandro Vergara Blanco, Informe en Derecho, “*Es legítimo*

Fiscalía sobre la base de consideraciones que no se vinculan directamente con la naturaleza del cambio de criterio —como la posibilidad de que terceros accionen ante el Tribunal²⁰⁹— y que, además, se construyen sobre el supuesto de la existencia de antecedentes nuevos que justificarían la reapertura del caso²¹⁰. Como se ha

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 percibe de la comisión de un ilícito anticompetitivo. Análisis del llamado precedente administrativo”, p. 20).

“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” (Alejandro Vergara Blanco, 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 percibe de la comisión de un ilícito anticompetitivo. Análisis del llamado precedente administrativo*”, p. 34).

²⁰⁹ Alejandro Vergara Blanco, 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 percibe de la comisión de un ilícito anticompetitivo. Análisis del llamado precedente administrativo*”, p. 34.

²¹⁰ “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” (Alejandro Vergara Blanco, 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 percibe de la comisión de un ilícito anticompetitivo. Análisis del llamado precedente administrativo*”, p. 29).

“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” (Alejandro Vergara Blanco, 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*

demostrado, dicho presupuesto no se verifica, lo que limita el alcance de sus conclusiones.

135. Por su parte, el informe del profesor Pierry aborda el problema desde una perspectiva distinta, centrandó su análisis en la improcedencia teórica de la confianza legítima como causal de exención de responsabilidad²¹¹.

136. Sin embargo, dicho enfoque —formulado en términos generales y no proyectado sobre las circunstancias específicas de este caso— tampoco agota el problema planteado. En efecto, el informe no se pronuncia sobre otras categorías relevantes del juicio sancionatorio, tales como el error de prohibición o la irretroactividad de criterios desfavorables, ni desarrolla un análisis sistemático de los efectos que una actuación previa de la autoridad puede producir en la intensidad del reproche.

137. De este modo, los informes acompañados por la Fiscalía responden una cuestión que no genera mayor debate, como son la inexistencia de efectos impeditivos para presentar el Requerimiento o las dificultades teóricas para considerar de forma genérica a la confianza legítima como eximentes en sentido estricto, pero no abordan la pregunta decisiva que plantea este caso, que consiste en determinar si, a la luz de la actuación previa de la propia autoridad, resulta jurídicamente procedente formular un reproche punitivo pleno respecto de los mismos hechos. Esa es, precisamente, la cuestión que se abordará en el siguiente capítulo.

V. EFECTOS DEL CAMBIO DE CRITERIO DE LA AUTORIDAD EN LA CULPABILIDAD, EL REPROCHE Y LA PROCEDENCIA DE LA MULTA

138. Determinada ya la identidad sustancial entre el expediente archivado por la Fiscalía Nacional Económica y el Requerimiento actualmente deducido, corresponde ahora examinar el problema central que plantea esta segunda parte del

interpretación de tales hechos y del derecho, se apercibe de la comisión de un ilícito anticompetitivo. Análisis del llamado precedente administrativo”, p. 32).

²¹¹ “Se me ha encargado, por parte de la FNE, un informe en derecho sobre la doctrina de la confianza legítima y su aplicación en materia infraccional, en general, y en materia de libre competencia, en particular” (Pedro Pierry Arrau, Informe en Derecho, “*La doctrina de la confianza legítima: una visión general y su vinculación con el Derecho de la Libre Competencia*”, p. 1)

Informe: establecer qué efectos produce, en el juicio sancionatorio, el cambio de criterio de la propia autoridad respecto de una misma conducta.

139. Desde esta perspectiva, el análisis debe desplazarse hacia aquellas categorías que inciden directamente en la posibilidad de reprochar la conducta o, al menos, en la intensidad de dicho reproche. En el presente caso, ello exige examinar, sucesivamente, la relevancia del error de prohibición, la irretroactividad de los cambios interpretativos desfavorables y la confianza legítima generada por la actuación previa del Estado.

V.1. Error de prohibición y cambio de criterio de la autoridad

140. La cuestión del error de prohibición adquiere aquí una relevancia decisiva, porque el problema del caso no consiste simplemente en determinar si, conforme a la interpretación actualmente sostenida por la Fiscalía, la conducta puede reputarse antijurídica, sino en establecer si resulta jurídicamente procedente reprochar y sancionar a quien actuó bajo el entendimiento previo sostenido por la propia autoridad.

141. En este punto, la doctrina ha sido clara en advertir que el cambio interpretativo de una norma prohibitiva no se traduce automáticamente en responsabilidad respecto de hechos pretéritos. Como señalan los profesores Bascuñán y Tschorne, *“de la premisa de que conforme la nueva interpretación del hecho pasado sea típicamente antijurídico no se infiere que quienes intervinieron en su perpetración sean responsables”*²¹², precisamente porque, si atendido el contexto en que actuaron no les era exigible corregir su representación del derecho, corresponde reconocer la exculpación por error de prohibición²¹³.

142. Esta idea encuentra un respaldo particularmente claro en la jurisprudencia reciente. En efecto, el Tercer Tribunal Ambiental, en el caso Alto Volcanes, ha señalado que la responsabilidad infraccional exige que el administrado *“sepa o*

²¹² Antonio Bascuñán y Samuel Tschorne, Informe en Derecho, *“El principio de protección de la confianza legítima y el cambio de la interpretación de la ley por la autoridad administrativa”*, p. 32.

²¹³ *“Si dado el contexto en que ellos actuaron no les era exigible corregir su errada representación del derecho (error invencible o excusable), entonces cabe reconocerles la causa de exculpación del error de prohibición”* (Antonio Bascuñán y Samuel Tschorne, Informe en Derecho, *“El principio de protección de la confianza legítima y el cambio de la interpretación de la ley por la autoridad administrativa”*, p. 32).

*pueda saber que su actuación está prohibida por el Derecho*²¹⁴, de modo que cuando dicha conciencia falta, se está ante un error de prohibición²¹⁵.

143. Sobre esa base, dicho Tribunal desarrolló una distinción central: el error será vencible cuando pudo evitarse mediante la diligencia debida, en cuyo caso no excluye la responsabilidad, pero sí puede atenuarla; y será invencible cuando el desconocimiento de la antijuridicidad “*no ha podido evitarse observando la diligencia o el cuidado debido*”²¹⁶, hipótesis en la cual el sujeto “*actúa sin culpabilidad y no puede ser castigado*”²¹⁷.

144. Esta construcción es coherente con la lógica de la culpa infraccional: si el reproche descansa en la posibilidad de haber actuado conforme a derecho, entonces debe excluirse allí donde dicha posibilidad no existía en términos razonables.

145. Lo relevante de esta jurisprudencia —y aquí radica su conexión directa con el presente caso— es que no se trata el error como un fenómeno puramente psicológico, sino como una cuestión objetivable a partir del contexto normativo e institucional en que actúa el administrado. En particular, reconoce expresamente que la convicción de licitud puede fundarse en la actuación de la propia Administración, y que ello incide directamente en el juicio de culpabilidad²¹⁸.

²¹⁴ Tercer Tribunal Ambiental, Rol N° R 17-2025, c. 63°.

²¹⁵ Tercer Tribunal Ambiental, Rol N° R 17-2025, c. 63°.

²¹⁶ Tercer Tribunal Ambiental, Rol N° R 17-2025, c. 67°.

²¹⁷ Tercer Tribunal Ambiental, Rol N° R 17-2025, c. 66°.

²¹⁸ “SEXAGÉSIMO OCTAVO. Ahora bien, en el presente caso, tal como se indicó precedentemente, el inculpado acreditó que a la época del inicio de la ejecución material de las obras (20 de diciembre de 2020), en la Administración predominaba la tesis que sostenía que la tipología del literal s) del art. 10 de la LBGMA exigía la declaración del humedal urbano, es decir, aunque erróneamente, la conducta reprochada en el procedimiento administrativo sancionador no se consideraba como una infracción al momento de dar inicio a la ejecución de los hechos que configuran la infracción. Pero, además se constató en autos que con posterioridad a dicho momento un conjunto de órganos tanto administrativos como jurisdiccionales, con competencias específicas sobre la materia y diseñados normativamente con criterios de especialidad técnica, tales como la propia SMA, el SEA, la CGR y este Tribunal, mantuvieron el mismo criterio por espacios de tiempo variables, pero que, en el último caso (del SEA) se extendieron hasta enero de 2022.

SEXAGÉSIMO NOVENO. Lo expuesto precedentemente, a juicio de este Tribunal, permite concluir que el error en el que incurrió Inmobiliaria Alto Volcanes, en el momento específico en que ocurrieron los hechos, se encuentra suficientemente justificado (...)” (Tercer Tribunal Ambiental, Rol N° R 17-2025, c. 68° y 69°).

146. Esto coincide con la aproximación de Bascuñán y Tschorne, para quienes el error de prohibición en estos casos no deriva de una ignorancia individual, sino de una representación del derecho “*generada o reforzada por la actuación estatal*”, lo que impide formular un reproche pleno²¹⁹.

147. Aplicada esta construcción al caso de STI, la conclusión es especialmente robusta. De acuerdo con la contestación, STI no solo actuó dentro de un marco regulatorio que exigía autorización previa para el registro de la tarifa, sino que dicha autorización estuvo directamente condicionada al criterio de la FNE. En efecto, EPSA decidió no pronunciarse sobre la solicitud de STI hasta conocer el criterio de la Fiscalía respecto del mismo cobro en el caso de TPS, y solo una vez dictada la resolución de archivo procedió a autorizar la tarifa²²⁰.

148. Este elemento es determinante, porque revela una secuencia institucional particularmente intensa: la conducta no fue adoptada unilateralmente por el administrado ni al margen de la autoridad, sino sometida expresamente al escrutinio de la autoridad sectorial, la cual, a su vez, subordinó su decisión al criterio de la autoridad de competencia. Solo después de que esta última descartó la existencia de una infracción, la tarifa fue autorizada e implementada.

149. Más aún, la propia resolución de archivo no se limitó a una decisión procesal o de mera conveniencia, sino que incluyó un análisis sustantivo en virtud del cual se concluyó que la tarifa no alteraba los máximos regulatorios y que, en tal medida, no configuraba una infracción al Decreto Ley N° 211 que ameritara el ejercicio de facultades persecutorias²²¹.

²¹⁹ “Como consecuencia del principio de culpabilidad que rige en materia sancionatoria y, específicamente, por aplicación del error de prohibición como causa de exención de responsabilidad, el que ha ajustado su comportamiento al criterio previamente manifestado por la autoridad administrativa se ve en todo caso eximido de responsabilidad frente a un cambio interpretativo sobreviniente respecto de la norma que sirve de base a la imputación de responsabilidad (supra, §§ 83-85)” (Antonio Bascuñán y Samuel Tschorne, Informe en Derecho, “*El principio de protección de la confianza legítima y el cambio de la interpretación de la ley por la autoridad administrativa*”, p. 33).

²²⁰ “Una vez solicitado dicho registro, EPSA, lejos de dar una aprobación automática o infundada, estudió la tarifa de seguridad y espero hasta conocer el pronunciamiento de la Fiscalía para aprobarla. Así, recién con fecha 12 de mayo de 2020, esto es, una vez archivada la denuncia por la FNE, EPSA aprobó la tarifa de seguridad registrada por mi representada, la que se empezó a cobrar desde septiembre de ese año” (Contestación STI, p. 13).

²²¹ Informe de Archivo, p. 11.

150. En estas condiciones, la representación de licitud que guía la conducta de STI no solo es comprensible, sino que aparece directamente respaldada por la actuación coordinada de la autoridad portuaria y de la autoridad de competencia.

151. Desde esta perspectiva, exigir a STI -o a EPSA- que, pese a lo anterior, anticipara un cambio de criterio de la Fiscalía y se abstuviera de implementar la tarifa, implica imponer un estándar de diligencia superior al que cabría exigir incluso a la propia Administración. En términos dogmáticos, esto es precisamente lo que caracteriza al error de prohibición invencible: no se trata de que el sujeto no haya desplegado la diligencia debida, sino de que, aun desplegándola —esto es, consultando, solicitando autorización y ajustándose a la actuación de la autoridad—, no podía razonablemente arribar a una conclusión distinta.

152. En consecuencia, el caso de STI no corresponde a una hipótesis de simple inobservancia normativa, sino a una situación en que la conducta se desarrolla bajo una representación del derecho objetivamente explicable por la actuación previa de la autoridad. En tales condiciones, el eventual error en que pudo incurrir el administrado no solo debe considerarse como excusable, sino que existen buenas razones para que se considere dentro de la hipótesis de error de prohibición invencible, lo que, conforme a la doctrina y jurisprudencia citadas, excluye la posibilidad de formular un reproche sancionatorio pleno.

V.2. Irretroactividad del cambio interpretativo y su incidencia en el reproche

153. La cuestión del error de prohibición analizada precedentemente se conecta directamente con el problema de la irretroactividad de los cambios interpretativos en materia sancionatoria. En efecto, lo que en el plano subjetivo se expresa como una falsa representación de la ilicitud, en el plano objetivo se traduce en la aplicación de un estándar normativo distinto de aquel vigente —o, al menos, aplicado— al momento de los hechos.

154. En este punto, la profesora Rosa Gómez sostiene que la tipicidad infraccional no puede definirse de manera abstracta o atemporal, sino que depende de las condiciones normativas efectivamente vigentes —incluida su interpretación— al momento de la conducta. En sus términos, “*se sancionaria [...] un comportamiento que, al momento de su ocurrencia, no se encontraba comprendido en el marco*

interpretativo entonces vigente y vinculante”, de modo que no puede configurarse responsabilidad cuando la conducta no era jurídicamente exigible bajo el estándar interpretativo aplicable en ese momento²²².

155. Desde esta perspectiva, el cambio interpretativo no es jurídicamente neutro: cuando introduce un estándar más gravoso, su aplicación a hechos pasados plantea un problema de retroactividad, aun cuando formalmente no se haya modificado la norma.

156. Como señala Gómez, lo determinante no es la fuente del cambio —ley, reglamento o interpretación—, sino su efecto: si redefine el alcance de la prohibición de modo desfavorable, no puede proyectarse hacia el pasado sin vulnerar los principios del derecho sancionador²²³.

157. Esta conclusión se ve reforzada desde una perspectiva complementaria por la doctrina desarrollada por los profesores Bascuñán y Tschorne, quienes abordan el problema del cambio interpretativo no solo desde la óptica de la legalidad o la tipicidad, sino también desde la estructura misma del reproche sancionatorio.

158. En efecto, estos autores advierten que el cambio de interpretación de una norma prohibitiva no puede proyectarse sin más hacia el pasado cuando altera las condiciones bajo las cuales el sujeto podía comprender su conducta como ilícita. En sus términos, aun cuando una nueva interpretación permita calificar retrospectivamente un hecho como antijurídico, ello no basta para fundar responsabilidad, pues “*si dado el contexto en que ellos actuaron no les era exigible corregir su errada representación del derecho (error invencible o excusable), entonces cabe reconocerles la causa de exculpación del error de prohibición*”²²⁴.

²²² Rosa Gómez, Informe en Derecho, “*Humedales urbanos y evaluación ambiental: límites normativos y efectos jurídicos del cambio de criterio interpretativo*”, p. 52.

²²³ “Tal como lo ha sostenido la doctrina especializada, este principio no solo se aplica a modificaciones legales, sino también a cambios en la interpretación administrativa o jurisprudencial de normas sancionatorias. De modo que no solo la norma jurídica más gravosa debe ser excluida por la garantía de irretroactividad, sino también aquellas interpretaciones más desfavorables surgidas con posterioridad a los hechos, puesto que en caso contrario se quebranta la confianza legítima de las personas y se violan los principios de seguridad jurídica y previsibilidad sancionatoria” (Rosa Gómez, Informe en Derecho, “*Humedales urbanos y evaluación ambiental: límites normativos y efectos jurídicos del cambio de criterio interpretativo*”, p. 49).

²²⁴ Antonio Bascuñán y Samuel Tschorne, Informe en Derecho, “*El principio de protección de la confianza legítima y el cambio de la interpretación de la ley por la autoridad administrativa*”, p. 32. La diferencia entre

159. Esta aproximación encuentra un correlato claro en la jurisprudencia reciente. En particular, el Tercer Tribunal Ambiental ha reconocido expresamente que la aplicación de un nuevo criterio interpretativo a hechos anteriores constituye, en los hechos, una forma de retroactividad, en la medida en que “*se le aplicó al administrado un criterio que [...] no se encontraba vigente al momento del inicio de los hechos*”, lo que impide fundar válidamente un reproche sancionatorio sobre esa base²²⁵.

160. Aplicado al caso de STI, este problema se presenta con especial nitidez. Como se ha demostrado, la actuación de la empresa se desarrolló bajo un marco interpretativo en el cual la propia autoridad de competencia había descartado que el cobro de la tarifa —en la medida en que se ajustara a los parámetros regulatorios— configurara una infracción al DL 211. Sobre esa base, la autoridad sectorial autorizó su implementación.

161. La posición actual de la Fiscalía no descansa en la introducción de hechos nuevos ni en la modificación del marco normativo, sino en una relectura del mismo fenómeno bajo una lógica distinta, que prescinde de la relevancia del cumplimiento regulatorio y reconfigura el análisis competitivo. Como se demostró *supra*, el reproche no se funda en una conducta distinta, sino en un estándar interpretativo distinto.

162. En estas condiciones, la imposición de una sanción supone necesariamente aplicar ese nuevo entendimiento a hechos pasados, lo que, en términos materiales, constituye una forma de retroactividad; y esa retroactividad, dirían los profesores Bascuñán y Tschorne, no es solo un problema de legalidad abstracta, sino de reprochabilidad concreta: no es jurídicamente admisible sancionar a quien actuó

ambos enfoques no es menor. Mientras Gómez muestra que la irretroactividad incide en la propia exigibilidad normativa y, por tanto, en la estructura del ilícito, Bascuñán evidencia que el problema también se proyecta sobre la posibilidad de formular un reproche. En otras palabras, la irretroactividad en materia sancionatoria no se agota en la prohibición de aplicar normas nuevas a hechos pasados, sino que alcanza también a los cambios interpretativos cuando estos alteran retrospectivamente las condiciones de cognoscibilidad y motivación del sujeto conforme a derecho.

²²⁵ Tercer Tribunal Ambiental, Rol N° R 17-2025, c. 54° y 55°.

bajo una comprensión del derecho que la propia autoridad contribuyó decisivamente a generar²²⁶.

163. Por lo mismo, la cuestión decisiva no es si la nueva interpretación es correcta, sino si puede ser utilizada para fundar un reproche respecto de conductas ejecutadas bajo un entendimiento distinto, generado y validado por la propia autoridad. La respuesta, desde la perspectiva del derecho sancionador, debe ser negativa.

V.3. Confianza legítima

164. La figura de la confianza legítima permite abordar el mismo fenómeno desde una perspectiva complementaria. A diferencia del error de prohibición —que incide directamente en la culpabilidad— y de la irretroactividad —que afecta la exigibilidad normativa—, la confianza legítima opera como un criterio para evaluar la razonabilidad del reproche frente a cambios de criterio de la autoridad.

165. Ahora bien, tal como advierte la doctrina —y en particular el informe de Pierry acompañado por la FNE—, esta figura forma parte del juicio de reprochabilidad, en cuanto permite determinar si resulta legítimo exigir al administrado un comportamiento distinto frente a la actuación previa del Estado²²⁷.

166. En este sentido, el propio Pierry propone un conjunto de requisitos para la configuración de una situación de confianza legítima²²⁸. Analizados en el caso concreto, dichos requisitos no solo concurren, sino que lo hacen con una intensidad particularmente elevada, como se verá a continuación:

(i) Existencia de una actuación previa de la autoridad

²²⁶ Antonio Bascuñán y Samuel Tschorne, Informe en Derecho, “*El principio de protección de la confianza legítima y el cambio de la interpretación de la ley por la autoridad administrativa*”, pp. 32, 33 y 34.

²²⁷ “Con todo, como se explicará, las actuaciones previas de la FNE -y de otros órganos de la Administración del Estado- eventualmente podrían atenuar la responsabilidad de los agentes involucrados en una infracción, circunstancia que normativamente está sujeta a exigentes condiciones” (Pedro Pierry Arrau, Informe en Derecho, “*La doctrina de la confianza legítima: una visión general y su vinculación con el Derecho de la Libre Competencia*”, p. 1).

²²⁸ Pedro Pierry Arrau, Informe en Derecho, “*La doctrina de la confianza legítima: una visión general y su vinculación con el Derecho de la Libre Competencia*”, pp. 6 y ss.

167. El primer requisito —la existencia de una actuación previa clara y relevante de la autoridad— concurre en el caso de STI de manera especialmente intensa.

168. No se trata aquí de una mera práctica informal ni de una omisión, sino de una secuencia institucional definida: STI somete la tarifa a autorización de EPSA; esta última condiciona su decisión al criterio de la FNE; la FNE analiza el mismo fenómeno y decide archivar; y, sobre esa base, EPSA autoriza la tarifa.

169. Esta secuencia excede ampliamente los supuestos típicos de confianza legítima, pues no solo existe una actuación previa, sino una articulación institucional entre autoridad sectorial y autoridad de competencia que refuerza la representación de licitud de la conducta. De hecho, toda la lógica de esta confianza comienza con el acto administrativo realizado por la FNE en su Resolución de Archivo.

(ii) Generación de una expectativa razonable

170. El segundo requisito —la generación de una expectativa razonable— se verifica también de manera clara.

171. La Resolución de Archivo no constituye un acto neutro, sino un pronunciamiento en que la autoridad especializada examina la conducta y concluye que no configura una infracción que amerite intervención. Ello, unido a la posterior autorización sectorial, permite afirmar que la licitud de la conducta no solo era posible, sino que aparecía como la conclusión es institucionalmente respaldada por una resolución firmada por el Fiscal Nacional Económica, que se basa, a su vez, en un Informe de Archivo emitido por un Jefe de División, el que se apoya en precedentes de ese propio organismo, como en sentencias del TDLC y de la Corte Suprema.

(iii) Buena fe del administrado

172. En cuanto al tercer requisito, no existen antecedentes que permitan sostener que STI haya actuado con conocimiento de la ilicitud de su conducta o con ánimo de eludir la normativa aplicable.

173. Por el contrario, el comportamiento de la empresa revela una conducta particularmente diligente: solicitó autorización, se sometió al criterio de la autoridad competente y ejecutó la conducta únicamente una vez obtenida dicha autorización. Esto es, actuó precisamente como cabría esperar de un sujeto regulado.

(iv) Cambio posterior de criterio

174. El cuarto requisito —la existencia de un cambio posterior de criterio— ha sido ampliamente acreditado en los capítulos precedentes.

175. La Fiscalía no funda su Requerimiento en hechos nuevos, sino en una reinterpretación del mismo fenómeno, en que el cumplimiento del marco regulatorio deja de ser considerado un elemento relevante y se introduce una nueva lógica de análisis competitivo.

(v) Afectación del administrado

176. Finalmente, el quinto requisito se verifica en la medida en que este cambio interpretativo se traduce en la formulación de un Requerimiento, que solicita cuantiosas multas, respecto de conductas ejecutadas bajo el entendimiento anterior.

(vi) Consecuencia jurídica

177. La concurrencia de estos elementos no conduce necesariamente a la exclusión automática de la responsabilidad —tal como advierte el propio Pierry—, pero sí impide formular un reproche en los mismos términos que si la conducta se hubiera ejecutado en ausencia de actuación estatal previa.

178. En otras palabras, la confianza legítima no elimina necesariamente la infracción, pero al menos debe modular decisivamente su reprochabilidad, en la medida en que afecta la exigibilidad de una conducta distinta²²⁹.

²²⁹ Cabe hacer presente que el análisis precedente resulta, en los hechos, más favorable a la configuración de la confianza legítima que aquel considerado en el informe del profesor Pierry, elaborado en el contexto del procedimiento que dio lugar a las Sentencias N° 202/2025 y N° 203/2025.

En efecto, en dicho caso, las alegaciones de confianza legítima se fundaban principalmente en: (i) interpretaciones doctrinarias; (ii) opiniones de expertos; (iii) ciertos antecedentes de práctica administrativa no formalizada; y (iv) la ausencia de una reacción temprana de la autoridad. Sin embargo, el propio Tribunal concluyó que tales elementos no eran suficientes para configurar una situación de confianza legítima en

V.4. Consecuencias en la procedencia del reproche y de la sanción

179. A partir de lo anterior, la cuestión decisiva que debe resolverse, como se ha dicho, es si resulta jurídicamente procedente formular un reproche sancionatorio pleno —y, en particular, imponer una multa— respecto de conductas ejecutadas bajo una interpretación previamente sostenida por la propia autoridad.

180. El análisis desarrollado permite identificar tres posibles niveles de incidencia del cambio de criterio en el juicio sancionatorio, los que deben ser evaluados de manera sistemática.

(i) Exclusión de la culpabilidad: error de prohibición invencible

181. En primer lugar, cuando la conducta del administrado se desarrolla bajo una representación de licitud objetivamente fundada en la actuación previa de la autoridad, el reproche sancionatorio puede verse completamente excluido.

182. En el caso de STI, esta hipótesis presenta una intensidad particularmente alta, en la medida en que la conducta fue previamente examinada por la autoridad de competencia, descartándose la existencia de una infracción; la autoridad sectorial condicionó su decisión a dicho criterio; y la autorización se otorgó precisamente sobre esa base.

sentido estricto, en particular por la ausencia de un acto administrativo formal que validara la conducta, así como por el carácter ambiguo o no concluyente de las señales institucionales invocadas.

Por el contrario, en el caso de autos, los elementos que configuran la confianza legítima concurren con una intensidad significativamente mayor. En particular: (i) existe una decisión formal de archivo adoptada por la autoridad de competencia respecto del mismo fenómeno; (ii) dicha decisión fue considerada explícitamente por la autoridad sectorial (EPSA) como antecedente determinante para autorizar la conducta; (iii) la actuación del administrado se encuentra mediada por un procedimiento institucional de autorización; y (iv) no se trata de una mera inacción o ambigüedad, sino de una secuencia coordinada de actuaciones estatales que refuerzan la representación de licitud.

En este sentido, incluso bajo el estándar restrictivo propuesto por el propio informe Pierry —que exige una actuación administrativa clara, una expectativa razonable y una alteración imprevisible del criterio—, el caso de STI presenta un cumplimiento más intenso y estructurado de dichos requisitos, lo que refuerza la conclusión de que la actuación previa de la autoridad no puede ser jurídicamente irrelevante en el juicio de reproche.

183. En estas condiciones, la representación de licitud no solo es razonable, sino institucionalmente inducida, lo que configura —al menos como primera consideración— un obstáculo serio para la formulación de un reproche de culpabilidad.

(ii) Exclusión del reproche por irretroactividad del estándar aplicado

184. En segundo lugar, el reproche sancionatorio se ve sustancialmente debilitado cuando la imputación descansa en la aplicación de un estándar interpretativo posterior. En efecto, la sanción en este caso no se funda en una conducta distinta, sino en una reinterpretación del mismo fenómeno bajo un criterio más exigente, lo que implica aplicar ese nuevo estándar a hechos pasados.

185. Desde esta perspectiva, la imposición de una multa en tales condiciones plantea un problema autónomo de irretroactividad, en cuanto se reprocha al administrado no haber ajustado su conducta a un criterio que no era exigible al momento de los hechos.

(iii) Confianza legítima

186. Según se acaba de demostrar, en este caso se cumple con todos los requisitos para considerar que la actuación previa de la autoridad incide necesariamente en la intensidad del reproche.

187. En el caso de autos, la intensidad de los elementos concurrentes excede con creces los supuestos típicos de atenuación: no se trata de una mera ambigüedad normativa ni de una expectativa unilateral del administrado, sino de una actuación coordinada de la autoridad de competencia y de la autoridad sectorial.

188. En estas condiciones, la modulación del reproche no puede ser marginal, sino sustantiva.

(iv) Consecuencias de la aplicación de estas instituciones al caso

189. A partir de lo anterior, corresponde precisar las consecuencias jurídicas que se siguen de las hipótesis analizadas.

190. Como primera consideración, los antecedentes del caso permiten sostener que existen razones atendibles para concluir que no resulta jurídicamente posible formular un reproche de culpabilidad respecto de STI.

191. Con todo, aun si se estimara que los hechos configuran una infracción a la libre competencia y que concurre culpa infraccional en términos generales, subsiste una cuestión igualmente decisiva: si es procedente o no la aplicación de un reproche sancionatorio que se traduzca en la imposición de una multa.

192. En este punto, resulta fundamental recordar que la multa no constituye una consecuencia automática de la infracción, sino una reacción que presupone un juicio de reproche. En efecto, la sanción pecuniaria expresa un juicio de desaprobación respecto de una conducta pasada, a diferencia de otras medidas de carácter correctivo o regulatorio.

193. Desde esta perspectiva, aun en el escenario más exigente, las circunstancias del caso impiden sostener que STI haya actuado de manera reprochable en los términos necesarios para justificar la imposición de una multa.

194. En efecto, la conducta fue previamente examinada por la autoridad competente, considerada conforme al marco regulatorio vigente y autorizada por la autoridad sectorial precisamente sobre la base de ese entendimiento. En tales condiciones, el reproche no solo se ve atenuado, sino que carece de fundamento suficiente para sustentar una sanción de carácter punitivo.

195. Ello no implica que el sistema deba abstenerse de toda reacción frente a la conducta. El derecho de la libre competencia admite la adopción de medidas no sancionatorias, orientadas al cese de la conducta o a la adecuación futura del comportamiento.

196. Sin embargo, la diferencia entre dichas medidas y la multa resulta fundamental: mientras las primeras pueden justificarse en la necesidad de ordenar el funcionamiento del mercado, la segunda exige un juicio de reproche respecto de una conducta pasada.

197. Y es precisamente ese elemento el que, en el caso de STI, a juicio de este Informe, no concurre.

198. En consecuencia, existen razones atendibles y jurídicamente fundadas para sostener la improcedencia de la sanción por falta de culpabilidad; pero, en todo caso, y con independencia de lo anterior, no resulta jurídicamente procedente imponer una multa, en cuanto no es posible formular un reproche sancionatorio pleno respecto de la conducta de STI. En tal escenario, cualquier respuesta del sistema debe excluir la multa y, en su caso, limitarse a medidas no sancionatorias o, subsidiariamente, a una sanción sustancialmente atenuada.

Es cuanto puedo informar.



Andrés Fuchs Nissim
Abogado

LLM, Harvard Law School
Magíster Razonamiento Probatorio, Universidad de Girona
Profesor de Derecho, Universidad de Santiago
Abogado Integrante Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago