

## Informe en derecho

### La doctrina de la confianza legítima: una visión general y su vinculación con el Derecho de la Libre Competencia

#### 1. Introducción

La doctrina de la confianza legítima ha sido utilizada por los particulares, como parte de sus defensas en algunos procesos contenciosos ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). Han sostenido, en base a esta doctrina, que las actuaciones de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y de otros órganos del Estado generan confianza o certeza respecto de la licitud de sus conductas, de modo tal que dichas actuaciones podrían constituir un eximente de responsabilidad.

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.

Para cumplir tal encargo, se examinará la doctrina de la confianza legítima, describiendo su origen y recepción en Chile; así como sus condiciones de aplicación conforme a los autores y jurisprudencia favorable a esta teoría, y sus pretendidos efectos. Posteriormente, se analizarán los eventuales efectos que podrían tener las actuaciones previas de la FNE -y de otros órganos de la Administración del Estado-, sobre la responsabilidad de los agentes económicos por infracciones anticompetitivas a la luz de la doctrina de la confianza legítima, para lo cual se tomarán en consideración las particularidades del régimen de libre competencia y, en especial, su diseño institucional. Este último permite descartar la procedencia de la doctrina de la confianza legítima en esta sede como eximente de responsabilidad. 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.

## 2. Evolución de la doctrina de la confianza legítima: origen y recepción en el derecho chileno.

Para entender el limitado alcance de la doctrina de la confianza legítima en materia de libre competencia se ha estimado necesario abordar su origen y recepción tanto en el derecho europeo como en el derecho chileno para, posteriormente, tratar las condiciones para su aplicación conforme son sostenidas por la doctrina favorable a esta teoría.

El principio de confianza legítima tiene una raigambre reciente en el derecho hispano hablante, particularmente, desde las últimas décadas del siglo XX. De acuerdo con el profesor Muñoz Machado, este principio corresponde a una importación del derecho de la Unión Europea, aunque *“en último término su formulación técnica proceda del derecho alemán y, más en general, de los países en los que la relación del Estado con el funcionamiento de los mercados se ha ajustado a las técnicas de la regulación económica”*<sup>1</sup>.

Este principio surge originalmente del derecho alemán<sup>2</sup>, en un marco de tensión entre la legalidad estricta y el principio de buena fe<sup>3</sup>, para posteriormente ser recepcionado por el derecho comunitario europeo e introducido en distintas jurisdicciones, como es el caso de España<sup>4</sup>.

En el derecho español, la protección de la confianza legítima ha sido adscrita al principio de seguridad jurídica contemplado en el art. 9.3 de la Constitución Española y se vincula tanto a la producción de normas de Derecho Administrativo como con su posterior aplicación en el caso concreto<sup>5</sup>. Comenzó a tener una rápida expansión, teniendo como fundamento inicial la protección de intereses del administrado, basado en la confianza que este tenía en criterios o situaciones jurídicas que la Administración había creado y garantizado, y que posteriormente eran invalidadas o revocadas, para incluso llegar a cuestionar –fundado en la aplicación de este principio– las potestades de la Administración para derogar, modificar o dejar sin efecto regulaciones reglamentarias.

<sup>1</sup> MUÑOZ, S. (2016). *Regulación y Confianza Legítima*. Madrid, Revista de Administración Pública, N°200, p.144.

<sup>2</sup> Este principio aparece por primera vez en la jurisprudencia del Tribunal Superior Administrativo de Berlín el 14 de noviembre de 1956. En dicha sentencia, se alegaba el derecho que mantendría una viuda sobre una pensión que se le había otorgado y que la Administración habría afirmado que mantendría con ocasión del traslado de la titular desde la República Democrática de Alemania a Berlín occidental. Luego de materializar el traslado, la Administración se percató de que la titular del beneficio no tenía derecho a la pensión, ordenando devolver las sumas pagadas y el cese de los pagos a futuro. El tribunal administrativo superior ordenó que la Administración debía seguir pagando la asignación y que no procedía la devolución de las cantidades pagadas; *Ibid*.

<sup>3</sup> CASSAGNE, J. (2016). *Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)*. Editorial Reus, p. 67.

<sup>4</sup> En el derecho español este principio aparece por primera vez en una decisión del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1989, pronunciamiento que recayó en una subvención que un centro de formación profesional estaba recibiendo y que la Administración denegó renovar, afirmándose en esa oportunidad que con “el acto denegatorio de la subvención se quebrantó la fides o confianza del administrado que ejercita una actividad de interés social, y que para él contenía una gravosa tarea en la creencia de que también sería subvencionado en el segundo período, como ya lo había sido en el primero”; *ibid*.

<sup>5</sup> ARROYO, L. (2023) Bases Constitucionales, en *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Marcial Pons, p. 117.

Esto generó como reacción adversa que, a partir del efecto expansivo que estaba alcanzando la doctrina de la confianza legítima al extenderse a diversas materias del Derecho Público, su aplicación comenzara a restringirse y limitarse, lo que llevó incluso a que el Tribunal Supremo español tuviera que afirmar categóricamente que:

*“(...) no existe principio de derecho, ni precepto legal alguno, que obligue a la Administración a mantener a perpetuidad todos los reglamentos aprobados, y afirmar lo contrario es tanto como consagrar la congelación definitiva de las normas sin posibilidad alguna de modificación, lo cual es evidentemente insostenible por privar al ordenamiento de su esencial condición dinámica”<sup>6</sup>.*

Así, las decisiones de los Tribunales Superiores españoles se abocaron a la tarea de delimitar requisitos abstractos y generales para la aplicación de la confianza legítima<sup>7</sup>. De este modo, uno de los primeros límites que fueron considerados en aplicación de este principio, exige que los comportamientos de la Administración se manifiesten a través de pronunciamientos que generan una situación jurídica, pero que a la vez vulneren o afecten un interés o un derecho subjetivo que resulta digno de ser protegido por la jurisdicción.

Con posterioridad, el Tribunal Constitucional español explicitó criterios mucho más estrictos para aceptar la aplicación de este principio, como la existencia de legítimas expectativas provocadas por actuaciones objetivamente susceptibles de suscitar tal nivel de confianza, cambios imprevisibles para un operador económico prudente que considere la evolución del mercado, la ausencia de adaptaciones a situaciones jurídicas nuevas, y la aplicación restringida de esta doctrina en ámbitos regulatorios de adaptación constante<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Sentencia Tribunal Supremo español de fecha 11 de junio de 1996.

<sup>7</sup> “(...) los criterios ya sentados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conforme a la que el principio que nos ocupa vincula a todos los poderes públicos: i) si la creencia del administrado que lo sustenta se basa en signos externos y no en meras apreciaciones subjetivas o convicciones psicológicas y, ii) ponderados los intereses en juego, la situación de quien legítimamente se ha fiado de la Administración es digna de protección”. Sentencia Tribunal Supremo español de fecha 23 de junio de 2014, recurso 3701/2012.

<sup>8</sup> “(...) partiendo del enunciado general de que este principio protege las legítimas expectativas de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, fijara como parámetro del control del principio de confianza legítima un análisis y ponderación de los siguientes elementos: a) las legítimas expectativas de los interesados deben haber sido generadas a partir de actuaciones concretas que, aportando garantías precisas, incondicionales y coherentes, sean conformes con la normativa aplicable y objetivamente susceptibles de suscitar esas expectativas; b) los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente que puede ser modificada en el ejercicio de la facultad discrecional de los poderes públicos especialmente en ámbitos cuyo objeto lleva consigo una adaptación constante en función de las variaciones de la situación económica, que respondan a situaciones excepcionales o transitorias, o ante la necesidad de satisfacer un interés público superior; c) los cambios normativos en que se fundamenten la eventual frustración de esas expectativas legítimas no han debido de resultar imprevisibles para un operador económico prudente en atención a las diferentes circunstancias concurrentes incluyendo la evolución de la situación del mercado o del sector concreto de referencia e incluso el comportamiento de los poderes públicos en relación con determinadas medidas intervencionistas; y d) los cambios normativos deben tomar en consideración las situaciones específicas de esos operadores económicos y prever adaptaciones a la aplicación de esa nueva normativa que minimicen, compensen o reequilibren las legítimas expectativas

Los elementos enunciados comenzaron a moldear el principio de confianza legítima respecto de las actuaciones de la Administración, particularmente según la previsibilidad de las adaptaciones que se deben efectuar en la regulación administrativa, amparadas en el interés público. De esta forma, en el derecho europeo, el principio de confianza legítima se aplicaba para situaciones donde un cambio normativo dictado por la Administración perjudicaba a un administrado que no había tenido oportunidad de prepararse, adaptarse o prever la situación<sup>9</sup>.

De esta manera, al menos desde el derecho europeo, la doctrina de la confianza legítima ha evolucionado desde la invalidación administrativa a la variación normativa de la regulación administrativa. Sin embargo, en este último ámbito, la referida doctrina ha sido recogida con importantes limitaciones. Las tendencias actuales en materia de confianza legítima no buscan su expansión a otras áreas del derecho administrativo, sino que, por el contrario, persiguen establecer limitaciones o requisitos en su procedencia.

En Chile, los defensores del principio de la confianza legítima han deducido su aplicación de los principios constitucionales del Estado de Derecho (arts. 5, 6 y 7 de la Constitución Política de la República o CPR) y de seguridad jurídica (art. 19 N°26 de la CPR), sobre la base de una comprensión amplia de estos principios<sup>10</sup>. Así lo ha señalado parte de la doctrina<sup>11</sup> y la jurisprudencia de la Corte Suprema<sup>12</sup>.

Desde la literatura especializada, existen dos trabajos que propiciaron la incorporación de la protección de la confianza legítima al foro legal chileno, de los profesores Javier Millar<sup>13</sup> y Jorge Bermúdez<sup>14</sup>.

Ambas contribuciones buscaron consolidar este principio como un límite a la potestad invalidatoria en la jurisprudencia nacional, como se señalará, de modo que,

---

*frustradas aunque sea a través de la implantación de medidas sustitutivas que resulten proporcionadas con los fines perseguidos por la modificación". Sentencia del Tribunal Constitucional de España de 17 de diciembre de 2015, recurso de inconstitucionalidad 5347-2013.*

<sup>9</sup> LETELIER, R. (2014) *Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de actos administrativos*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 41, N°2, p.613. Ver también Caso 52/81 Offene Handelsgesellschaft in Firma Werner Faust contra Comisión de las Comunidades Europeas [1982] ECR 37.

<sup>10</sup> BERMÚDEZ, J. (2005) *El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria*, en Revista de Derecho Vol. XVIII, N°2, p. 2.

<sup>11</sup> CORDERO, L. (2015) *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Legal Publishing Chile, p. 307; CORDERO, E. (2023) *Curso de Derecho Administrativo*, Libromar, p. 114.

<sup>12</sup> Corte Suprema, Rol N° 59.302-2021. Con todo, parte de la doctrina inicialmente señaló que, en Chile, la protección de la confianza legítima no aparece directamente invocada como tal, sino que derivada de la constitucionalización del derecho de propiedad como un derecho fundamental. SOTO, E. (1989) "Invalidación de los actos administrativos", en Revista Chilena de Derecho, N° 16, p. 479 y 481.

<sup>13</sup> MILLAR, Javier (2003): *La potestad invalidatoria en la jurisprudencia nacional. Procedencia, alcance y limitaciones*, en: Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. 14, pp. 83-97.

<sup>14</sup> BERMÚDEZ (2005), Op. Cit., p. 83-105.

además de los límites expresamente consagrados en la ley, existiría uno adicional, correspondiente al respeto de la “*confianza que los administrados tienen en su forma de dirección de la actuación*”<sup>15</sup>. Por un lado, el profesor Bermúdez reconoce que este principio tendría una fuerte relación con el derecho privado, al señalar que “[s]e encuentra muy vinculado a la doctrina iusprivatista de los actos propios, la cual es de alcance más bien procesal”<sup>16</sup>. Mientras que, por su parte, Javier Millar señala que la confianza legítima se trata de un principio que limita la invalidación de actos, operando no solamente para garantizar derechos adquiridos, sino también meras expectativas y situaciones que no se protegen por el derecho de propiedad<sup>17</sup>.

A su vez, la evolución jurisprudencial de la confianza legítima en virtud de algunos de los pronunciamientos más relevantes de la Corte Suprema en la materia da cuenta del alcance que ha tenido esta doctrina en la práctica judicial. Si bien en el último tiempo, su uso por la Corte Suprema se ha focalizado en el régimen de empleo público<sup>18</sup>, la protección

---

<sup>15</sup> Ibid., p.85.

<sup>16</sup> BERMÚDEZ, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General*. Santiago, LegalPublishing, segunda edición, p.86.

<sup>17</sup> MILLAR, JAVIER. *El Principio de Protección de la Confianza Legítima en la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República: Una revisión a la luz del Estado de Derecho*. Publicado en La Contraloría General de la República, Chile, 2012, p. 417.

<sup>18</sup> A partir del dictamen N°22.766 de 24 de marzo de 2016 de la Contraloría General de la República, luego de actos sucesivos y reiterados de contratación de funcionarios, se genera un precedente administrativo que produce la convicción de determinada forma de actuación del respectivo servicio, de modo que se limita a la Administración a cambiar su práctica, sea retroactiva o sorpresivamente. Este análisis permeó en la jurisprudencia de la Corte Suprema. A título ejemplar, la sentencia pronunciada en causa Rol N°36.586-2019, en sus considerandos 11° y 16°, aborda las condiciones que la Administración debe cumplir en uso de sus facultades discrecionales: (i) que el acto cumpla las exigencias legales; (ii) que el órgano ejerza sus atribuciones de manera fundada y razonable; (iii) que la medida impuesta sea proporcional a la falta y establecida por ley; y (iv) que la facultad discrecional sea ejercida con fines públicos. En los casos de incumplimiento de algunas de estas condiciones, debe analizarse en forma adicional si el acto vulnera la igualdad ante la ley y amenaza el derecho de propiedad, considerando la buena fe con la que actuó el administrado, lo que consagraría la confianza legítima como un principio de limitación a facultades discrecionales de la Administración.

de la confianza legítima ha tenido aplicación en otras áreas, tales como los permisos administrativos<sup>19</sup>, expropiaciones<sup>20</sup>, y derecho tributario<sup>21</sup>.

En este sentido, la doctrina de la confianza legítima ha permeado en diversas áreas del Derecho Administrativo. Sin perjuicio de lo anterior, naturalmente debido a las ambigüedades que plantea esta doctrina en nuestro régimen de Derecho Administrativo, es posible observar el desarrollo de una serie de contornos a la aplicación de este principio.

### 3. Aplicación de la doctrina de la confianza legítima.

En las siguientes secciones, se tratarán las exigentes condiciones de aplicación de la confianza legítima, así como sus acotados efectos -incluso para la doctrina favorable a esta teoría-, lo que permite advertir su limitado ámbito de incidencia en el Derecho Administrativo.

#### 3.1. Requisitos

Tanto en España como en Chile, desde los tribunales y la academia, incluso quienes han manifestado una opinión favorable a la doctrina sobre protección de la confianza legítima, han intentado precisar sus requisitos de procedencia y delimitar sus contornos.

<sup>19</sup> En materia de permisos municipales, un ejemplo se encuentra en la sentencia de la Corte Suprema en causa Rol N°10.841-2022, considerando 12°, la que, a propósito de la protección de la confianza legítima, señala que se trataría de un "(...) principio de reciente reconocimiento a nivel doctrinario y jurisprudencial en nuestro país, que sienta sus raíces en otros principios y doctrinas de larga data, y sus bases se encuentran en principios como el de la seguridad jurídica (...) buena fe (...) y en la doctrina de los actos propios, íntimamente ligado con el anterior, que no excluye la posibilidad de cambiar de opinión, pero sí la sanciona cuando este cambio se hace en perjuicio del otro que sobre la base de una conducta mantenida inalterable ha obrado seguro en que ésa se mantendrá en el tiempo". Este principio, continúa explicando la sentencia, "se erige entonces como expresión de la necesaria previsibilidad y estabilidad de las relaciones jurídicas que nacen de esta interacción entre el Estado y sus administrados, y busca dar certeza y seguridad a las situaciones jurídicas creadas a partir de las propias actuaciones anteriores de la administración exigiendo que un cambio en el comportamiento de ésta sólo puede ampararse si se funda en razones legítimas, las que deben expresarse, fundamentarse y sostenerse con claridad y precisión frente al administrado".

<sup>20</sup> En materia de expropiaciones también han existido ciertos lineamientos. Una sentencia de la Corte Suprema, en causa rol N°34.788-2016, en su considerando 35°, señala que no procede alegar la confianza legítima frente a la modificación unilateral del comportamiento del administrado, y que no se justifica bajo supuestos derechos adquiridos en virtud de los actos de la Administración del Estado, estableciendo una limitación adicional a la invocación de la confianza legítima.

<sup>21</sup> Se ha sostenido que en materia tributaria existe reconocimiento expreso del principio de confianza legítima a través del artículo 26 del Código Tributario, que dispone que "[n]o procederá el cobro con efecto retroactivo cuando el contribuyente se haya ajustado de buena fe a una determinada interpretación de las leyes tributarias sustentada por la Dirección o por las Direcciones Regionales en circulares, dictámenes, informes u otros documentos oficiales destinados a impartir instrucciones a los funcionarios del Servicio o a ser conocidos de los contribuyentes en general o de uno o más de éstos en particular". Ello tiene especial relevancia, considerando que dentro de las atribuciones del Servicio de Impuestos Internos se encuentra la interpretación de la normativa sectorial. En base a lo anterior, la Corte Suprema, en causa rol N°11.699-17, considerando 9°, sostuvo que para que la Administración ejerza sus potestades, "especial consideración merece el evento en que la norma misma haya sido objeto por parte de la Administración Pública de una cierta interpretación, a la cual el contribuyente se haya ajustado, y sucesivamente tal interpretación sea desaprobada por la misma autoridad pública, por considerarla errada".

A modo de síntesis, podemos enumerar las siguientes condiciones de aplicación, a partir de la doctrina nacional y comparada, así como de la jurisprudencia:

a. El acto administrativo que otorgue algún nivel de confianza debe tener una naturaleza formal. En este sentido, el profesor González Pérez señala que debe existir un comportamiento de la autoridad administrativa, a través de actos o actuaciones en el marco de las potestades de la respectiva autoridad, hacia un administrado individual o hacia los administrados en general<sup>22</sup>.

En el mismo sentido, nuestro máximo tribunal, ha desestimado la defensa basada en la protección de la confianza legítima por actos cuya naturaleza no es formal, sosteniendo que “la omisión o falta de fiscalización por parte de la reclamada respecto a operaciones precedentes en el tiempo a aquella que es objeto de este litigio, en ningún caso valida las mismas ni menos aún ratifica el actuar de los involucrados”<sup>23</sup>. En este sentido, “(...) operaciones anteriores informadas y que no generaron sanción alguna” no impiden que posteriormente la respectiva autoridad investigue y persiga la responsabilidad administrativa por operaciones similares si estas son ilícitas. Lo anterior se explica en tanto la conducta omisiva de la Administración no constituye un acto formal que permita a un particular ampararse en la doctrina de la confianza legítima.

Asimismo, el acto administrativo que otorgue algún nivel de confianza debe inscribirse en un conjunto de actuaciones coherentes de la autoridad, sin que sea suficiente invocar sólo una actuación aislada. De esta forma, se ha entendido que la seguridad jurídica no debe acotarse a la idea de preservar ciertas situaciones jurídicas creadas por la Administración, sino más bien de exigir cierta predictibilidad en su actuación y cierto equilibrio entre la necesidad de transformación social -o de alteración de ciertas situaciones por razones de legalidad, como se ha revisado- con *“las legítimas expectativas de los ciudadanos y la sociedad en su conjunto en el mantenimiento y permanencia de lo ya realizado o declarado”*<sup>24</sup>.

Finalmente, aun cuando parezca evidente, la exigencia de que la fuente de confianza provenga de un acto administrativo involucra que la Administración haya actuado a través de un pronunciamiento formal: meras opiniones, declaraciones públicas, artículos o exposiciones académicas, u otras actuaciones fuera del ámbito del ejercicio de las funciones de la respectiva autoridad, no pueden generar confianza legítimamente en el administrado.

<sup>22</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 1999.

<sup>23</sup> Corte Suprema, Rol N°4.177-2022, c. 8°.

<sup>24</sup> CASTILLO BLANCO, F. (2002), *El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho*, Documentación Administrativa, N°263-264, p. 49.

b. El acto administrativo debe crear una situación jurídica favorable para el administrado<sup>25</sup>, que implique el otorgamiento de derechos o el reconocimiento de intereses con un menor nivel de protección, pero no meras expectativas.

En este sentido, según la doctrina española, debe existir una manifestación de la confianza depositada en el acto, que se expresa: *“primero, si el ciudadano ha utilizado las prestaciones recibidas y, segundo, si ha realizado disposiciones como consecuencia del acto administrativo, que no puede variar o no puede hacerlo sin sufrir perjuicios irrazonables”*<sup>26</sup>.

c. Debe existir un acto administrativo posterior que contradiga el acto administrativo anterior favorable para el administrado. Así, la actuación de la Administración que crea la situación jurídica debe ser invalidada por una actuación estatal posterior, que frustre la confianza del administrado<sup>27</sup>.

En este sentido, la Corte Suprema ha desestimado defensas fundadas en la protección de la confianza legítima señalando que *“el denominado principio de protección de la confianza legítima es más propio de la actividad estrictamente administrativa e interesa cuando los actos de administración (no los jurisdiccionales) ‘sorprenden la confianza que los destinatarios de la norma discutida podían legítimamente tener en que el marco jurídico de desenvolvimiento de su actividad no sería modificado’ (...). Son, entonces, las actuaciones precedentes de la Administración Pública las susceptibles de generar en los administrados esa confianza en que esa misma Administración actuará de igual manera en situaciones semejantes”*<sup>28</sup>. En este sentido, la confianza legítima resulta oponible a actuaciones posteriores de la Administración y no a (eventuales) resoluciones judiciales que puedan contradecir criterios administrativos previos.

d. La situación jurídica modificada por la actuación de la Administración debe ser esencialmente imprevisible para el administrado<sup>29</sup>.

De este modo, las interpretaciones de la normativa efectuadas por la Administración, derivadas de determinadas obligaciones impuestas al administrado, deben tener una pretensión de estabilidad, y las resoluciones que realicen nuevas interpretaciones deben idealmente tener un periodo transitorio de aplicación (por ejemplo, resultar exigibles a partir de un nuevo ciclo de fiscalización, entregando un período de vacancia en que el administrado pueda implementar los cambios necesarios para adaptarse a esa

<sup>25</sup> GARCÍA, J. (2002). El principio de protección de la confianza legítima en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, pp. 262-269.

<sup>26</sup> Ibid., p.386. También en BERMÚDEZ (2005), Op. Cit., p. 83-105; y GONZÁLEZ PÉREZ, Op. Cit.

<sup>27</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Op. Cit.

<sup>28</sup> Corte Suprema, Rol N°100.759-2016, c. 19°.

<sup>29</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Op. Cit.

interpretación), así como hacer referencia a los dictámenes, resoluciones u oficios que perderán vigencia por el cambio interpretativo; entre otras<sup>30</sup>.

Además de la estabilidad en el actuar de los órganos administrativos, de acuerdo al principio de legalidad, para el análisis de previsibilidad del acto de la Administración debe estarse, o bien a la regulación del acto mismo (en caso de potestades regladas), o bien al fin y el deber que cumple determinado órgano cuando éste posee -por ley- potestades discrecionales que le permiten actuar con cierto nivel de autodeterminación en el ejercicio de alguna de sus facultades<sup>31</sup>. De esta forma, no son imprevisibles para el administrado aquellos actos administrativos o sus efectos cuando estos se establecen por ley, o aquellos en función de los cuales el órgano administrativo da cumplimiento al fin público para el cual se la ha conferido la respectiva potestad.

Así, tal como ocurre con potestades de la Administración, como las investigativas o fiscalizadoras, es de la esencia -y por ende previsible para el administrado- que el órgano analice diversas teorías, y, por principio de economía procedimental, principio de oportunidad o buen uso de los recursos públicos, deba cerrar líneas investigativas o eventualmente reabrir las. De la misma forma, es de la esencia de las potestades de inspección de la Administración que éstas no sean estáticas sino dinámicas.

Asimismo, para el análisis de previsibilidad, debe tenerse en cuenta que las facultades de investigar corresponden a un deber del órgano administrativo bajo el principio de legalidad del artículo 7º de la CPR, de tal forma que, si en el ejercicio de tales atribuciones de inspección o sanción, la Administración quedase impedida de volver a ejercer sus propias obligaciones, ello involucraría la inobservancia a un deber legal<sup>32</sup>. Por consiguiente, la previsibilidad debe ser analizada en el caso concreto, sopesando las características y potestades del órgano de la Administración del Estado involucrado.

Algunos ejemplos de estos deberes de los órganos de la Administración del Estado se pueden encontrar en el artículo 1 del DFL N°7 de 1980, correspondiente a la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos<sup>33</sup>; el artículo 505 del Código del Trabajo, respecto de la

---

<sup>30</sup> Un ejemplo de lo anterior lo podría constituir las declaraciones juradas que el contribuyente está obligado a presentar al Servicio de Impuestos Internos, debiendo la autoridad otorgar previamente directrices que deben mantenerse estables al menos durante un ciclo de fiscalización.

<sup>31</sup> En un análisis *ex post* del acto administrativo, esto se entiende por la doctrina como “control del fin”, entendiéndose que el ejercicio de la potestad discrecional solo puede ser ejercida para los fines públicos para los cuales fue conferida la potestad, incurriendo de lo contrario en *desviación de fin o de poder*. En CORDERO, L. (2015), Op. Cit., p. 87.

<sup>32</sup> Por otro lado, solo investigar y privarse de ejercer acciones legales y conseguir eventuales sanciones, implicaría un gasto de recursos públicos junto con una exención de responsabilidad no reconocida en la ley.

<sup>33</sup> “Corresponde al Servicio de Impuestos Internos la aplicación y fiscalización de todos los impuestos internos actualmente establecidos o que se establecieren, fiscales o de otro carácter en que tenga interés el Fisco y cuyo control no esté especialmente encomendado por la ley a una autoridad diferente”.

Dirección del Trabajo<sup>34</sup>; el artículo 48 de la Ley 20.529, respecto a la Superintendencia de Educación<sup>35</sup>; el artículo 39 letra a) del DL N°211 de 1973, respecto de la FNE<sup>36</sup>; el artículo 1 de la Ley 21.000, respecto de la Comisión para el Mercado Financiero<sup>37</sup>; entre otros.

De esta forma, en la regulación de los deberes de fiscalización, el legislador introdujo una tarea permanente, estable en el tiempo, y que no es posible de eludir por la existencia de actuaciones previas de la propia Administración, de manera que en ningún caso las meras actuaciones de fiscalización, inspección o sanción corresponderán a eventos “imprevisibles” para el administrado, que generen alguna situación jurídica, o que susciten alguna confianza que deba ser protegida.

La jurisprudencia nacional da cuenta del significado preciso de la imprevisibilidad del cambio. En particular, este requisito exige tomar en consideración el diseño institucional de la regulación. Así, por ejemplo, en materia de cláusulas abusivas en contratos de consumo de servicios financieros, la Corte Suprema tomó en especial consideración la circunstancia de que los consumidores pueden solicitar la nulidad de tales cláusulas, para desestimar la supuesta protección de confianza legítima por haber tomado conocimiento de dichos contratos la antigua Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Así, la sentencia establece expresamente que no pueden:

*“estimarse afectados los principios de confianza legítima (...) porque el ejercicio de la facultad revisora de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras respecto de los contratos cuestionados, además de no estar acreditado que se hubiere efectuado o que se manifestara en una autorización o pronunciamiento explícito de ese organismo fiscalizador, lleva a entender que no hay una decisión o actuación clara y directa de un órgano público validando las estipulaciones y en que el demandado hubiere podido cifrar confianza en la intangibilidad de las convenciones cuestionadas y que él predeterminó. Tal confianza, en todo caso, no pudo ser tal si el ordenamiento autoriza a la contraparte del contrato de adhesión para que, judicialmente, se*

<sup>34</sup> “La fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes que los rigen”.

<sup>35</sup> “El objeto de la Superintendencia será fiscalizar, de conformidad a la ley, que los sostenedores de establecimientos educacionales reconocidos oficialmente por el Estado se ajusten a las leyes, reglamentos e instrucciones que dicte la Superintendencia, en adelante “la normativa educacional”. Asimismo, fiscalizará la legalidad del uso de los recursos por los sostenedores de los establecimientos subvencionados y que reciban aporte estatal y, respecto de los sostenedores de los establecimientos particulares pagados, fiscalizará la referida legalidad sólo en caso de denuncia. Además, proporcionará información, en el ámbito de su competencia, a las comunidades educativas y otros usuarios e interesados, y atenderá las denuncias y reclamos de éstos, aplicando las sanciones que en cada caso corresponda”.

<sup>36</sup> “Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico: a) Instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esta ley, dando noticia de su inicio al afectado”.

<sup>37</sup> El inciso tercero del artículo 1 de la Ley 21.000 señala que la Comisión para el Mercado Financiero deberá “velar porque las personas o entidades fiscalizadas cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan, desde que inicien su organización o su actividad, según corresponda, hasta el término de su liquidación; pudiendo ejercer la más amplia fiscalización sobre todas sus operaciones”.

califique si sus cláusulas adolecen de abusividad y, por ello, corresponda su eventual anulación, al margen de cualquiera instancia administrativa<sup>38</sup>.

Este pronunciamiento resulta consistente con que el ilícito esté expresamente establecido en la ley y por lo tanto pueda ser calificado judicialmente, sin mediación de la autoridad administrativa. Así, en materia de mercado de valores, la Corte Suprema ha desestimado la protección de la confianza legítima basada en supuestas interpretaciones de la normativa por parte de la Comisión para el Mercado Financiero, cuando “(...) la infracción sancionada se encuentra tipificada en la ley como ya ha quedado establecido previamente, de modo que malamente podría el organismo fiscalizador haber efectuado una interpretación contraria a derecho (...)”<sup>39</sup>. Del mismo modo, más allá de actuaciones intermedias de la extinta Superintendencia de Valores y Seguros en su procedimiento sancionatorio que podrían haber generado ciertas expectativas en el investigado, según la Corte Suprema “(...) lo relevante para el resguardo del principio de juridicidad y el pleno respeto de las garantías que le asisten al reclamante, es que los cargos se fundaron en que PwC, a instancia del Sr. Gatica, no analizó el trasfondo económico de las transacciones, en un examen y revisión de la labor que como auditor externo correspondía, ante operaciones que no implicaron la enajenación efectiva de acciones fuera del grupo Cascada, obedeciendo a operaciones entre partes relacionadas”<sup>40</sup>.

Como se ha planteado, para que un acto administrativo produzca algún nivel de confianza, este debe producirse en el ámbito en que la ley señala que dicho acto produzca efectos<sup>41</sup>, sin que dicha confianza pueda basarse en una interpretación o efecto no contemplado por la ley y, por tanto, de carácter meramente psicológico por parte del administrado. A modo de ejemplo, que una investigación del Ministerio Público se archive por falta de antecedentes, no puede generar el efecto de exculpar al imputado, quién no podrá alegar confianza legítima en caso de que dicha investigación se reabra, más aún cuando de acuerdo con el propio diseño institucional, únicamente una sentencia de un Tribunal con competencia en lo penal puede emitir un pronunciamiento de esa índole. Siguiendo con los ejemplos, que el Servicio de Impuestos Internos dicte una liquidación sobre determinados períodos impagos o por diferencias respecto del impuesto al valor agregado, no genera una legítima expectativa o confianza de que el órgano no pueda fiscalizar, respecto del mismo período, otros impuestos.

Por tanto, solo los actos cuyos efectos sean objetivamente esperables, en virtud de lo que la ley señala como efecto del acto respectivo, pueden producir una situación jurídica que sea digna de proteger. Extender o interpretar los efectos válidos de un acto

<sup>38</sup> Corte Suprema, Rol N°100.759-2016, c. 18°.

<sup>39</sup> Corte Suprema, Rol N°4.177-2022, c. 13°.

<sup>40</sup> Corte Suprema, Rol N°79.288-2020, c. 22°.

<sup>41</sup> Sea que dicho ámbito se señale expresamente por la ley, o se concluya a partir de los fines que la ley ha otorgado al órgano administrativo respectivo.

administrativo fuera de los que están señalados en la ley, involucraría amparar meros estados psicológicos que, de acuerdo con la evolución jurisdiccional, no son susceptibles de protección jurídica válida.

e. El particular que pretende invocar la protección de su confianza legítima debe estar de buena fe. Así, la doctrina de la confianza legítima no resulta aplicable: (i) si el administrado obtiene confianza a través del fraude, intimidación o cohecho; (ii) si la Administración dicta un acto como consecuencia de informaciones incorrectas o incompletas proporcionadas al órgano administrativo; o (iii) si el interesado conocía la ilegalidad del acto o debía conocerlo<sup>42</sup>.

Asimismo, se ha señalado que la confianza del administrado debe revestir cierta idoneidad, y no puede basarse en la negligencia, ignorancia o mera tolerancia de la Administración pública<sup>43</sup>. En este sentido, encontrándonos bajo las reglas del derecho público, donde impera el principio de legalidad y el interés público, resulta difícil reconocer, tal como afirma Letelier, que *“(...) todos los casos donde las partes se han comportado de forma correcta son casos que ameritan la protección de confianzas, en tanto ello limitaría considerablemente la potestad invalidatoria y supondría reducir este instituto solo a casos de fraudes o malversaciones, lo que claramente no fue la intención del legislador democrático”*<sup>44</sup>.

f. Finalmente, la doctrina ha sostenido que debe existir una ponderación entre el interés público revisor y el interés de conservación de los efectos del acto administrativo previo, debiendo primar un interés público que beneficie al bien común amparado constitucionalmente<sup>45</sup>.

Los elementos recién mencionados se pueden reformular en las tres *dimensiones* reconocidas por jurisprudencia reciente en materia de confianza legítima. Al respecto, en abril de 2023 la Corte Suprema sostuvo:

*“Así las cosas, la aplicación del principio general de la protección de la confianza legítima, particularmente en sede de derecho administrativo, se ha construido en una triple dimensión (...): en primer lugar requiere analizar el comportamiento de la autoridad pública que ha generado expectativas en el administrado; en segundo lugar, exige la reconstrucción de la situación jurídica del administrado receptor de esa expectativa y confianza; y, en tercer lugar, importa la intervención del juez que debe apreciar, en cada caso en concreto, si concurre la confianza invocada, si esta es legítima y si ella debe efectivamente, equilibrando los intereses en juego, ser protegida y, en ese caso, cuál es el mejor modo de protegerla”*<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> GARCÍA, Op. Cit., p. 362, 372 y 377.

<sup>43</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Op. Cit.

<sup>44</sup> LETELIER, Op. Cit., p.624.

<sup>45</sup> GARCÍA, Op. Cit., p. 399-400. En el mismo sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, Op. Cit.

<sup>46</sup> Corte Suprema, Rol N°10.841-2022, c. 12°.

En este sentido, cabe tomar en consideración la conducta de la Administración y su aptitud para producir confianza legítima en los particulares. Esta conducta debe ejecutarse en el ámbito de las atribuciones formales de la Administración y su modificación debe resultar imprevisible para el administrado, lo que, a su vez, depende del contexto institucional en que se adopta. Por otro lado, corresponde analizar la situación jurídica provocada por la Administración en el particular. Lo anterior implica, conforme a los elementos ya revisados, constatar una situación favorable para el administrado que implique el otorgamiento de derechos o el reconocimiento de intereses, y que aquel se encuentre de buena fe. Finalmente, el respectivo tribunal debe determinar las circunstancias antes indicadas y, en particular, a la luz de un cambio de comportamiento de la Administración, ponderar los intereses involucrados, debiendo primar el beneficio del bien común amparado constitucionalmente.

### 3.2. Posibles efectos

Como se puede desprender de lo anteriormente mencionado, la aplicación de la doctrina de la confianza legítima en el ordenamiento jurídico chileno es un tema controversial y discutible. Con todo, en aquellos casos en que este principio ha sido recogido por la doctrina y jurisprudencia, sus efectos son bastante acotados e incluso pueden confundirse con el de otras instituciones, como la invalidación, la nulidad de derecho público, el principio de irretroactividad o el derecho de propiedad.

En este sentido, se han planteado tres posibles efectos específicos de la confianza legítima, los cuales se descartan por las razones que respecto de cada uno de ellos se expresarán:

a) Como límite a la potestad invalidatoria de la Administración. El principio de legalidad (o de juridicidad) supone el sometimiento completo por parte de la Administración a la CPR y a las normas dictadas conforme a ella.

El referido principio tiene múltiples manifestaciones. Una de ellas es la potestad administrativa de invalidación de actos administrativos. Esta consiste en la facultad de la Administración del Estado de dejar sin efecto un acto anterior que adolece de un vicio de ilegalidad, mediante un acto posterior dictado por el mismo órgano administrativo emisor del primero<sup>47</sup>. La invalidación se encuentra expresamente regulada en el artículo 53 de la Ley N°19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos ("LBPA"), el que dispone que:

---

<sup>47</sup> VARGAS ZINCKE, O. (1995) *Algunos aspectos sobre la invalidación en la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República*, en: Gaceta Jurídica, p. 37, en MILLAR (2003), Op. Cit., p. 1.

*“La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto.”*

Como explica Millar, esta potestad se trata de un medio no natural de extinguir de forma retroactiva el acto administrativo en razón de una ilegitimidad congénita: el acto es contrario a derecho<sup>48</sup>. En este sentido, el acto administrativo se debe considerar ilegal, dando lugar a la invalidación, cuando existe un vicio asociado a cualquiera de sus elementos: i) competencia, esto es, el poder o la habilitación específica otorgada por la ley a una autoridad o funcionario para adoptar una decisión, lo que incluye la exigencia de investidura regular; ii) forma, esto es, el cumplimiento de los requisitos procedimentales que deben observarse al elaborar el acto así como los del instrumento que le sirve de soporte; iii) objeto, entendido como la decisión concreta que contiene el acto; iv) fin, cuyo vicio asociado implica haber actuado con desviación de poder; y, v) motivo, esto es, la circunstancia de hecho que justifica la adopción del acto<sup>49</sup>.

Lo que subyace y sustenta la potestad de invalidación es la existencia del privilegio de autotutela de la Administración del Estado, el que le permite volver sobre sus propios actos y anularlos, sin recurrir a los tribunales de justicia como ocurre con los demás sujetos del ordenamiento<sup>50</sup>.

Con todo, tras el reconocimiento de la invalidación en la LBPA, un sector de la doctrina ha sostenido que reconocer ampliamente esta potestad significaría atentar en contra de derechos radicados en las personas, protegidos por la CPR (artículos 19 N° 24 y 20), entendimiento que -considerando lo que se expondrá- este informante no comparte<sup>51</sup>. En este sentido, un sector de la doctrina chilena ha entendido que la protección de la confianza legítima es una forma de límite a la potestad administrativa de invalidación de actos administrativos<sup>52</sup>.

Esta tesis se elabora bajo la premisa de que existe un acto administrativo que generó derechos o meras expectativas dignas de protección, y que luego existe un acto subsecuente que invalida el primero. Como ya se ha explicado previamente, la doctrina hace distinciones

---

<sup>48</sup> Ibid, p. 1

<sup>49</sup> Con todo, vale precisar que la LBPA se construye sobre el principio de conservación, donde, en determinadas circunstancias, la validez se mantendrá o justificará, cuando, pese a la concurrencia de vicios en su generación, cumple las finalidades que el derecho igualmente le impone. CORDERO (2015), Op. Cit., p. 290. En cuanto a los elementos del acto, VALDIVIA, J.M. (2018), *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Tirant Lo Blanch, p. 216-224.

<sup>50</sup> BOCANEGRA, R., *La anulación de oficio de los actos administrativos*, Academia Asturiana de Jurisprudencia, Oviedo, p. 84, en FERRADA BÓRQUEZ, J.C., *La potestad invalidatoria de los órganos de la Administración del Estado*, en Acto y Procedimiento Administrativo, Segundas Jornadas de Derecho Administrativo. ACTAS. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, s.f., p. 134.

<sup>51</sup> MILLAR (2003), Op. Cit., p. 2.

<sup>52</sup> LETELIER, Op. Cit., p. 609.

al respecto: si el acto administrativo es o no favorable; si el administrado se encontraba o no de buena fe; si le era previsible la invalidación; y si la confianza que se ha generado es digna de protección, incluyendo la ponderación de intereses públicos diversos, como la certeza jurídica o la necesaria mutabilidad y dinamismo de actividad administrativa.

Sin embargo, como ha reconocido una parte de la doctrina nacional, entre ellos el profesor Raúl Letelier<sup>53</sup>, no existen efectos autónomos o propios a la teoría de la confianza legítima como límite a la potestad invalidatoria que no hayan sido recogidos en la normativa vigente. Como se sostuvo, si se considera que la invalidación, al igual que la nulidad, es una forma de extinción del acto administrativo, mientras que, en el tiempo intermedio entre la dictación del acto hasta la invalidación o declaración de nulidad por el juez, el acto administrativo produce plenos efectos por la presunción de legalidad que el artículo 3 de la Ley N°19.880 establece, no existen efectos autónomos del principio de confianza legítima que no se encuentren comprendidos en la ley. Aún más, la propia ley dispone que el acto invalidatorio, como acto administrativo, no puede producir retroactividad si produce consecuencias desfavorables al interesado o lesiona derechos de terceros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley N°19.880<sup>54</sup>.

Adicionalmente, cabe precisar que, si se acogiera la confianza legítima como límite a la potestad invalidatoria, este principio no limitaría la posibilidad de invalidación o sus efectos, sino que haría ilegal el acto invalidatorio. En este sentido, la principal dificultad teórica, que permite cuestionar la procedencia de la doctrina de la confianza legítima, surge de la inexistencia de una fuente normativa para esta ilegalidad del acto invalidatorio y, en caso de que se asimile al vicio de un elemento del acto, de la falta de precisión de a cuál corresponde.

Por lo anterior, no es necesario recurrir al principio de confianza legítima para generar excepciones o efectos que la ley ya contempla para la protección de derechos o consecuencias favorables.

b) Como límite a la actividad normativa. A pesar de que se ha señalado que la confianza legítima opera como límite a la retroactividad de la actividad normativa de la Administración, corresponde desestimar esta afirmación.

Sus defensores invocan cierta jurisprudencia de la Corte Suprema, como las sentencias en causas rol N°12.216-2018; N°8602-2018; N°2784-2019 y N°8755-2019, en que se han prohibido las innovaciones, que la judicatura ha considerado como “radicales”,

<sup>53</sup> LETELIER, Op. Cit., pp.609-634.

<sup>54</sup> Por razones similares, la doctrina de la confianza legítima no se ha planteado cómo límite de la revocación, en tanto, el art. 61 de la Ley N°19.880 dispone que: “La revocación no procederá (...): a) Cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente”.

respecto de actos interpretativos de la normativa por parte de la Administración, en la esfera de sus respectivas atribuciones.

Estas interpretaciones extensivas de la confianza legítima, sin embargo, han sido fuertemente reprochadas, tal como ocurrió en el derecho europeo, y en particular en el español. Así, este entendimiento de la confianza legítima ha encontrado fuertes restricciones en el principio del “riesgo regulatorio”<sup>55</sup>, regla implícita que opera en sectores regulados y que impide a los operadores o agentes económicos confiar en la permanencia del ordenamiento, de manera que los cambios normativos en ciertos mercados y sectores de la economía se deben considerar “previsibles” y los afectados tienen el “deber jurídico” de soportar el daño<sup>56</sup>. Ello ha llevado que incluso en ciertos sectores de la economía, como el mercado eléctrico, se aprobara la derogación de un régimen especial de producción de electricidad sin medidas transitorias, lo que fue validado por el Tribunal Constitucional español bajo este principio ubicándolo por sobre la protección de la confianza legítima<sup>57</sup>.

Si bien en Chile no ha existido un tratamiento propio del principio de riesgo regulatorio, se ha planteado que la normativa tanto legal como administrativa requiere dinamismo<sup>58</sup>. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en sentencia en causa rol N°467-2006, señala enfáticamente que no existe un derecho de propiedad sobre toda la normativa, de manera que es de su esencia que ésta sea dinámica:

*“(…) no cabe admitir el razonamiento de la requirente en cuanto a que su representada sería titular de una suerte de “derecho adquirido” sobre la actividad, desde el momento que la legislación no la ha privado del ejercicio de la misma, si no que ha establecido la forma en que puede efectuarse la actividad de muellaje –en un esquema monooperador, bajo un sistema de licitación–, la que ciertamente puede ser realizada por la propia peticionaria, que conserva su calidad de habilitada (...) sostener lo contrario importaría la pretensión por parte del titular de una autorización habilitante (ciertamente no convencional o contractual) de un verdadero “derecho de propiedad” sobre toda la legislación, de modo que se incorporaría al patrimonio de cualquier entidad la totalidad de la normativa vigente al momento de iniciar una actividad económica, la que se petrificaría y sólo podría modificarse previa expropiación, argumentación que no admite en principio justificación constitucional”.*

Cabe precisar que, al igual que en el caso anterior, por lo general los problemas suscitados se resuelven principalmente aplicando las normas sobre irretroactividad de las

<sup>55</sup> RODRÍGUEZ, S. (2012), «El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites», RAP, 188, págs. 189-195; GARCÉS, A. (2014), «La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables», Revista Aragonesa de Administración Pública, 43-44, págs. 9-70; CASTRO-GIL, J. y GARCÍA, J., (2015), «Asimetría de los operadores energéticos y la previsibilidad del riesgo regulatorio», en Riesgo regulatorio en las energías renovables, Aranzadi, págs. 163-190.

<sup>56</sup> Sentencia del Tribunal Supremo español, recurso 193/2010.

<sup>57</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español, recurso 270/2015.

<sup>58</sup> ZUÑIGA, F. (2005): Responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Santiago, Lexis Nexis, p. 159.

decisiones de la Administración, y, para el caso de la legislación, las reglas generales de retroactividad de las leyes, o la normativa especial que contemple la legislación a analizar, como disposiciones transitorias, sin necesidad de tener que recurrir al principio de confianza legítima para impedir estos efectos indeseables.

Adicionalmente, cabe tener en especial consideración que, a diferencia de los actos administrativos de contenido especial que no pueden ser revocados cuando son favorables para el administrado (art. 61 letra a) LBPA), los actos de contenido general son esencialmente modificables. Sobre este punto, refiriéndose a aquellas normas de derecho público que eventualmente puedan producir un efecto en oposición a derechos o intereses privados, la doctrina se ha pronunciado indicando que *“no están hechas para un sujeto determinado. Son dictadas para regular la actividad de todo un sector. Por lo mismo, no afectan a un sujeto sino que a todos a quienes ejercen dicha actividad (...) Ello determina que la modificación se efectúa por la vía de una normativa con carácter impersonal y general, no pueden oponerse situaciones singulares e individuales”*<sup>59</sup>.

En este sentido, en caso de que los actos de alcance general contengan disposiciones ilegales, estos vicios pueden dar lugar a responsabilidad; sin que se advierta un fundamento válido que justifique que se limite la posibilidad de que el acto pueda modificarse o dejarse sin efecto en base a la doctrina de la confianza legítima.

c) Como límite a las potestades fiscalizadoras y sancionadoras de la Administración. La última fase expansiva del principio de confianza legítima busca limitar los alcances de las potestades fiscalizadoras y sancionadoras de la Administración, a través de una suerte de expectativa de estabilidad de una situación tolerada por los órganos públicos, sea por omisión o falta de fiscalización -donde el administrado considera que su comportamiento es aprobado o permitido-, o por la existencia de algún acto de archivo o cierre de la investigación -que el administrado considera como una suerte de permiso o autorización habilitante a ejercer una actividad-. A pesar de que esta posición carece de apoyo en la doctrina, actualmente es invocada reiteradamente en la defensa de particulares en el marco de procesos infraccionales de carácter administrativo o judicial.

Cabe precisar que estas nuevas expansiones de la confianza legítima deben ser rechazadas por diversas razones. Primero, sostener la existencia de confianza legítima a propósito de la falta de hallazgos que permitan fundar una sanción, o en la inactividad de la Administración, implicaría reconocer un título habilitante para realizar una actividad ilícita, prohibida, restringida o sancionada. Esto generaría el incentivo a no colaborar con la

---

<sup>59</sup> CARMONA SANTANDER, C., (2000), *Comentario a sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago y de la Corte Suprema sobre el recurso de protección Norgener S.A. contra Presidente de la República y Ministro de Minería*, Revista de Derecho Público, N° 62, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 314, en CORDERO (2015), Op. Cit., p. 25.

Administración del Estado, para obtener una resolución administrativa de archivo de la investigación o para que la Administración no indague en las actividades del administrado infractor.

Luego, también haría inoficiosa la regulación de los permisos o autorizaciones habilitantes, pues toda actividad administrativa de fiscalización, inspección o sanción sea por omisión o por el cierre de la investigación, correspondería a una especie de permiso o autorización a ejercer una actividad, fundada en la confianza legítima. De esta manera, por ejemplo, no se requeriría iniciar un proceso de autorización de radiodifusión televisiva ante el Consejo Nacional de Televisión, sino únicamente no ser sancionado en una fiscalización pendiente, para señalar que el administrado ha adquirido una legítima confianza para ejercer una actividad regulada. Una conclusión como esta carece de asidero en la legislación, que exige que ciertas actividades sean especialmente autorizadas por la Administración. Esta situación ocurriría también en el caso de permisos municipales, patentes, concesiones, contratación pública, entre otros. No es posible afirmar que la omisión de la actividad administrativa genere un efecto favorable en el administrado, a menos que la legislación expresamente considere esa posibilidad.

En tercer lugar, es de la esencia de las actividades de fiscalización, inspección o sanción que sean dinámicas, como se señaló previamente. Por tanto, es esperable o previsible para el interesado o administrado que, una vez cerrada una investigación, la fiscalización se pueda volver a ejercer respecto de la misma actividad, por ser una atribución y deber del órgano administrativo respectivo. Por esta razón, no se genera ninguna situación jurídica, expectativas susceptibles de protección, ni tampoco derechos que puedan ser adquiridos por el administrado por la sola tolerancia.

Adicionalmente, existen limitaciones a las actividades fiscalizadoras expresamente reguladas en la ley, como lo son, por lo general, la caducidad o la prescripción de acciones -dependiendo de la técnica legislativa-, o, en el caso de ciertos procedimientos administrativos, el silencio administrativo como un mecanismo con efectos neutros o favorables al administrado. Por lo tanto, extender estas limitaciones propias de la actividad sancionatoria de la Administración reguladas expresamente a una hipótesis no contemplada en la legislación, como lo sería la confianza de que una actuación de fiscalización previa supuestamente genera legitimidad en el actuar del administrado, corresponde a una intromisión de la jurisdicción en la normativa legal.

Por lo anterior, no es posible sostener que exista una limitación distinta a las contempladas en la legislación a las potestades fiscalizadoras de la Administración, mucho menos en relación a supuestas hipótesis de certeza, estabilidad o confianza que genere la omisión o el cierre de una investigación. Estas conclusiones, como veremos en el siguiente apartado, son completamente extrapolables en materia de libre competencia.

En línea con lo anterior, la jurisprudencia nacional ha rechazado extender el alcance de la doctrina de la confianza legítima a materias infraccionales. En este tipo de controversias, si bien los particulares han invocado la protección de la confianza legítima como defensa, tales argumentos, por regla general, han sido desestimados por los tribunales.

Así, en materia de cláusulas abusivas en contratos de consumo de servicios financieros, la Corte Suprema ha desestimado la aplicación de la doctrina de la confianza legítima<sup>60</sup>. Lo mismo ha ocurrido al conocer acerca de defensas opuestas en procedimientos sancionatorios de la Comisión para el Mercado Financiero<sup>61</sup> y de la extinta Superintendencia de Valores y Seguros<sup>62</sup>.

Con todo, existen escasos pronunciamientos de la Corte Suprema que aparentemente acogen defensas fundadas en la protección de la confianza legítima en materia infraccional. A modo de ejemplo, recientemente, en causa Rol N°137.684-2022, la máxima magistratura acogió un recurso de apelación en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechazaba un reclamo de ilegalidad en materia eléctrica. En particular, la controversia se originaba en una sanción impuesta por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (“SEC”) a raíz de infracciones cometidas por una empresa de distribución eléctrica. Una de las principales defensas de la compañía, en sede administrativa y judicial, se fundaba en la supuesta confianza legítima generada por interpretaciones previas de la normativa por parte de la SEC. Con todo, un minucioso examen del fallo de la Corte Suprema da cuenta que los fundamentos que permitieron acoger la apelación se encuentran en la falta de motivación del órgano administrativo al imponer la sanción y no en la aceptación de la procedencia del principio de confianza legítima en el caso concreto. Diversos fragmentos de la sentencia corroboran lo anterior:

*“Que, resulta evidente que la SEC tenía la factibilidad y disponibilidad de los medios de prueba o de convicción para hacerse cargo de tal defensa, sin embargo, decidió omitir pronunciamiento, lo que provoca, en definitiva, a juicio de esta Corte, que la decisión devenga en ilegal al incurrir en falta de fundamentación al haber prescindido de emitir pronunciamiento sobre una excepción que a todas luces configuraba una defensa central de la empresa sancionada, y de lo cual la sentencia tampoco ha podido hacerse debido cargo al faltar tal decisión. Sobre el particular, debe razonarse que si a la Administración no le constaban los hechos en que se fundaba la defensa de la actora, debió recibir a prueba sus*

<sup>60</sup> Corte Suprema, Rol N°100.759-2016, c. 18°.

<sup>61</sup> Corte Suprema, Rol N°4.177-2022, c. 3°.

<sup>62</sup> Corte Suprema, Rol N°79.288-2020, c. 22°.

descargos en conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la Ley N°19.880, de lo contrario debió hacerse cargo de tal alegación fundadamente”<sup>63</sup>.

*“Que, por lo anterior, al incurrir la Administración en falta de motivación de la decisión, omisión esencial que vulnera el debido proceso y que esta Corte no puede obviar, en razón de estar consignada como un derecho fundamental de los administrados, es que se acogerá la reclamación (...)”<sup>64</sup>.*

Las razones previamente planteadas permiten, en opinión de este informante, descartar absolutamente que el principio de la confianza legítima tenga aplicación en el derecho chileno, al menos como límite a la invalidación, en el ámbito normativo y en materia infraccional.

#### **4. Improcedencia de la doctrina de la confianza legítima en el derecho de la libre competencia.**

El Decreto Ley N°211 de 1973 (“DL 211”) establece las normas para la defensa de la libre competencia, bien jurídico que forma parte del orden público económico. Particularmente, resguarda la actuación de los agentes económicos en una economía de mercado, disponiendo las condiciones para un desenvolvimiento leal de sus actividades, garantizando el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, consagrado en el artículo 19 N°21 de nuestra Carta Fundamental.

De manera invariable, este ha sido el entendimiento de la Corte Suprema, conforme a la cual:

*“(...) la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N° 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico, que tiene distintas funciones respecto de la garantía antes referida puesto que, por una parte, vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado; sin embargo, desde otra perspectiva, limita el ejercicio de tal derecho, puesto que como se ha dejado asentado, el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado, sino también de particulares que esgrimiendo su propia libertad*

<sup>63</sup> Corte Suprema, Rol N°137.684-2022, c. 12°.

<sup>64</sup> Corte Suprema, Rol N°137.684-2022, c. 13°. En el mismo sentido, c. 7°, 10° y 11°: *“Que, la SEC soslayó toda referencia a la defensa antes referida, tanto en la resolución sanción como en aquella en que resolvió la reposición de ENEL contra la primera. (...) Que, es válido afirmar que correspondía al organismo fiscalizador (...) hacerse cargo de desvirtuar todas y cada una de las excepciones y defensas formuladas por la actora en sus descargos, entre las cuales se encontraba la existencia de lo que en el recurso de apelación se invoca como una infracción al principio de confianza legítima, porque su actuar había sido avalado por la propia SEC, organismo que no observó dicho actuar en los años anteriores. (...) Que, analizado el expediente administrativo, el cual desde ya debe calificarse de suyo escueto, la Administración no realizó ninguna de las actividades que se echan en falta en el motivo precedente. Es más, al formular los cargos ni siquiera invitó a la empresa a rendir probanzas, tampoco recibió los descargos a prueba, y habiendo solicitado la empresa rendir prueba testimonial en su escrito de reposición, ésta fue desechada sin dar siquiera la posibilidad a la encausada, para indicar o precisar los puntos que pretendía acreditar con tal medio probatorio”.*

*pretenden alcanzar y ejercer un poder en el mercado, violentando así no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en el que se desenvuelve, sino que afectando los intereses de los consumidores, circunstancia que en último término se traduce en una afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la Nación”<sup>65</sup>.*

El resguardo de la libre competencia, en último término, también incide en el bienestar de los consumidores. Precisamente, la protección de una competencia vigorosa favorece el ingreso de nuevos actores, incentivando la innovación y con ello el acceso a mejores bienes o servicios, precavando los abusos y las estructuras de poder de mercado que pudieran distorsionar el juego de la oferta y la demanda. La Corte Suprema ha sostenido que:

*“(…) De este modo, la protección institucional de la libre competencia sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales, pretende mantener el orden económico en el mercado, reprimiendo los abusos o el mal uso de las libertades por cualquier agente económico que participa en él, toda vez que no es posible que aquél, en el ejercicio del derecho de la libre iniciativa económica, afecte la libre competencia que le permite actuar.*

*Esta doble vía, que considera la libertad y el abuso, permite explicar la limitación que impone la institucionalidad en orden a no desarrollar acciones que restrinjan de manera antijurídica la competencia, la cual corresponde proteger ‘no sólo cuando es lesionada, sino que también cuando es puesta en peligro’ (Valdés, obra citada, página 187)”<sup>66</sup>.*

El DL 211 encomienda al TDLC y a la FNE, en la esfera de sus respectivas atribuciones, la misión de dar aplicación a la ley en resguardo de la libre competencia en los mercados<sup>67</sup>. Así, en el caso del TDLC, el artículo 18 del DL 211 establece sus atribuciones, que incluye sustanciar los procedimientos de carácter infraccional para establecer y sancionar las conductas contrarias a dicha normativa (N°1), así como declarar, en el marco de un procedimiento no contencioso, si determinados actos, hechos o contratos contravienen o no la libre competencia y disponer medidas preventivas, correctivas o prohibitivas al efecto (N°2).

Adicionalmente, otras potestades del TDLC dicen relación con la dictación de instrucciones de carácter general (N°3) y facultades propositivas de cambios normativos (N°4) para regular o corregir aspectos de funcionamiento de un mercado que pudieren estar afectando la debida competencia de los agentes económicos involucrados en él<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Corte Suprema, Rol 25179-2022, c. 7°.

<sup>66</sup> Corte Suprema, Rol 7600-2022, c. 1.

<sup>67</sup> Art. 2° DL 211

<sup>68</sup> Estas tres últimas potestades (consultiva, normativa y propositiva) han sido calificadas por la doctrina como facultades extra jurisdiccionales del TDLC. Véase VELOZO, JAVIER y GONZÁLEZ DANIELA, “Reflexiones en

Por su parte, en el caso de la FNE, entre sus atribuciones, contenidas en el artículo 39 del DL 211 se encuentra la de instruir las investigaciones que le permitan comprobar las infracciones que contempla la propia ley, encontrándose facultada en ese caso, al término de su investigación, para formular un requerimiento ante el TDLC, quien deberá conocer y resolver el asunto sometido a su decisión imponiendo las sanciones y medidas contenidas en el artículo 26 del DL 211 además de medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que sean procedentes conforme al artículo 3° del DL 211, en caso de comprobarse la existencia del ilícito anticompetitivo y la participación de las personas o agentes económicos involucrados en él.

De esta manera, y a diferencia de la actividad sancionadora de la Administración del Estado, el régimen de libre competencia en Chile se compone de un servicio público descentralizado, sometido a supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, pero dotado de independencia (la FNE), y de un órgano jurisdiccional especial, compuesto por Ministros abogados y economistas, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema (el TDLC). Adicionalmente, y conforme se encuentran regulados los procedimientos seguidos ante el TDLC, la propia Corte Suprema, a través de su tercera sala, es la encargada de conocer los recursos de reclamación que las partes o aportantes de un proceso, según sea el caso, formulen contra las decisiones de término del TDLC.

Precisamente, el carácter adversarial de los procesos sancionatorios en el derecho de la libre competencia ha permitido cuestionar que éste forme parte del Derecho Administrativo Sancionador, y se encuentre sometido a sus principios. Más bien, se trata de un proceso jurisdiccional sujeto a las garantías que el propio DL 211 establece<sup>69</sup>. De esta manera, en una primera etapa de carácter administrativo, la FNE se limita a desarrollar una labor investigativa mediante la sustanciación de un procedimiento administrativo, para posteriormente -en una segunda etapa- solicitar, en caso de haber constatado la existencia de un ilícito y en representación del interés general de la colectividad en el orden económico, la imposición de sanciones o medidas correctivas, preventivas o prohibitivas, decisión que recae en el órgano jurisdiccional al momento de resolver la controversia sometida a su decisión. El Tribunal Constitucional ha señalado:

---

*torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, en “La Libre competencia en el Chile del Bicentenario”, 2011.*

<sup>69</sup> En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “(...) no es posible sostener que el tribunal que conoce de la gestión pendiente de autos esté ejerciendo una potestad punitiva administrativa, sino una función jurisdiccional de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución, ya que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia resuelve un conflicto de relevancia jurídica originado en la acción de un individuo que, aparentemente, ha quebrantado el ordenamiento jurídico, mediante un proceso y con efecto de cosa juzgada”, agregando que, “el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al ejercer una función jurisdiccional, se somete al régimen de garantías de procedimiento generales y no a las que la doctrina discute debiesen aplicarse en el ejercicio del derecho administrativo sancionador”. Sentencia TC de fecha 20 de agosto de 2013, en causa Rol 2381-2012, C. 17°.

*“Que, si bien el ius puniendi estatal comprende a todas las expresiones del poder castigador del Estado, consecuencia de lo cual existe una similitud entre sanciones penales y administrativas, la medida de que se trata -acusación de la Fiscalía Nacional Económica- no es una medida sancionadora administrativa ni penal -pues su objeto consiste en poner en marcha un procedimiento cuya eventual decisión de sanción es aplicada por el Tribunal de [Defensa de] la Libre Competencia”<sup>70</sup>.*

Más aun, de acuerdo con el diseño institucional contemplado en el DL 211, la FNE no tiene el monopolio de la acción por infracciones a dicho cuerpo normativo, sino que los particulares pueden interponer demandas ante el TDLC, sea que haya existido o no una investigación previa desarrollada por la FNE. Las demandas de particulares, empero, no son formuladas en defensa del interés general de la colectividad, sino que en virtud de una especial vinculación de aquellos con la conducta que se reprocha como anticompetitiva. Estas personas tienen una legitimación ordinaria y accionan normalmente porque se han visto de algún modo afectadas en sus respectivos intereses.

De esta manera, y como resulta evidente, únicamente el TDLC y la Corte Suprema son los órganos encargados de declarar si un hecho, acto o contrato infringe o no el DL 211, y, en su caso, conforme a tal decisión, imponer las sanciones o medidas que estimen necesarias para restaurar la libre competencia en el evento que esa decisión haya sido adoptada en un procedimiento infraccional iniciado por requerimiento de la FNE o demanda de un particular.

Adicionalmente, en el marco de un procedimiento no contencioso, el TDLC puede conocer consultas acerca de hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse que puedan infringir el DL 211 (distintos de las operaciones de concentración que se deben notificar a la FNE), a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en ellos. En estos procesos, el TDLC puede fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos (art. 18 N°2 del DL 211).

Los efectos de dichos procesos de consulta se encuentran expresamente regulados en el artículo 32 inciso primero del DL 211:

*“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”.*

<sup>70</sup> Tribunal Constitucional, Rol 12745-2022, c. 15°.

Como se advierte, el DL 211 establece sólo dos ámbitos de certeza otorgados por la institucionalidad a los particulares. Por un lado, el proceso de consulta respecto de hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse que puedan infringir dicho cuerpo normativo, en cuyo caso el TDLC puede declarar su conformidad con el ordenamiento de libre competencia o fijar condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos (art. 18 N°2); y, por otro, el procedimiento administrativo de control de operaciones de concentración ante la FNE (Título IV, artículos 46 y siguientes). En ambos casos, en la medida que la actuación de los particulares se sujete a las resoluciones judiciales o administrativas respectivas, aquellas no acarrearán responsabilidad en materia de libre competencia.

De este modo, el diseño orgánico recién comentado permite desestimar la aplicación del principio de protección de la confianza legítima en materia de libre competencia.

En este sentido, en la sentencia del caso *Philip Morris contra Chiletabacos*, el TDLC descartó que el mero beneplácito de la FNE genere idóneamente una situación jurídica de confianza:

*“En consecuencia, el beneplácito de la autoridad persecutora en materia de defensa de la competencia al borrador de los contratos en cuestión pudo, con una alta probabilidad, haber contribuido a generar en la denunciada una confianza legítima respecto de que tales convenciones se ajustaban a derecho y que, por tanto, no podían ser consideradas, en sí mismas, como infracciones al D.L. N° 211, lo que fortalecería, en principio, la presunción de buena fe de su actuación; (...) No obstante lo anterior, es preciso dejar asentado que el beneplácito de la FNE no es idóneo por sí solo para eximirse en términos absolutos de responsabilidad en esta sede, pues lo procedente para tal efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 del D.L. N° 211, es solicitar a este Tribunal el ejercicio de la potestad consignada en el artículo 18 N° 2 del mismo cuerpo legal y obtener un pronunciamiento favorable en la materia de que se trate”<sup>71</sup>.*

Actuaciones de la FNE enmarcadas en potestades investigadoras o de fiscalización no generan una confianza digna de ser protegida. El artículo 2° del DL 211 encomienda a la FNE y al TDLC, *“en la esfera de sus respectivas atribuciones”*, dar aplicación a la ley en resguardo de la libre competencia. En este sentido, el otorgamiento de certeza respecto de la actuación de los particulares, como hemos visto, en el marco de sus potestades fiscalizadoras, escapa de las atribuciones legales de la FNE, siendo la situación distinta en lo relativo a las autorizaciones que se dictan en el ámbito del sistema de control de operaciones de concentración. En materia sancionatoria, como lo ha reconocido el Tribunal

<sup>71</sup> Sentencia TDLC N°115/2011, C. 63° y 64°.

Constitucional, el rol de la FNE “(...) *consiste en poner en marcha un procedimiento cuya eventual decisión de sanción es aplicada por el Tribunal de [Defensa de] la Libre Competencia*”<sup>72</sup>.

Adicionalmente, en el derecho antimonopolios, los hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o que tiendan a producir dichos efectos, se encuentran expresamente sancionados. De esta manera, un agente económico no puede alegar el desconocimiento de la normativa, ni mucho menos la imprevisibilidad de una supuesta mutación en su situación jurídica, cuando de acuerdo con el artículo 39 letra a) del DL 211 siempre es susceptible de ser investigado por la FNE. En este sentido, tal como se mencionó previamente a la luz de pronunciamientos de la Corte Suprema en otros ámbitos normativos, no existen espacios de confianza que ameriten protección cuando el ilícito está expresamente establecido en la ley y por lo tanto puede ser calificado judicialmente, sin mediación de la autoridad administrativa.

Asimismo, las resoluciones de archivo de la FNE, en términos generales, tampoco pueden generar confianza legítima en el investigado. En efecto, ninguna de las circunstancias en virtud de las cuales el Fiscal Nacional Económico puede disponer el archivo de la investigación a través de resolución fundada – consideradas en el *Instructivo interno para el desarrollo de investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica* de mayo de 2013 (“*Instructivo Interno*”), párrafos 28 y 88- permite desprender que puede producir en el investigado algún nivel de confianza legítima de que su conducta es lícita y no será perseguida con posterioridad. La etapa de admisibilidad de la denuncia no implica siquiera una investigación, sino que precisamente tiene por objeto determinar si corresponde investigar una conducta mediante indagaciones preliminares (párrafos 24 a 29 del *Instructivo Interno* y art. 41 del DL 211). Por su parte, de acuerdo con el párrafo 87 del *Instructivo Interno*, la resolución de archivo corresponde a una forma de término de una investigación en particular, desarrollada a través de un procedimiento administrativo. Sin embargo, no existe limitación alguna en que, por estimarse procedente, se instruya una nueva investigación para comprobar infracciones que en una primera investigación no pudieron acreditarse o en que previamente se estimó que no ameritaba adoptar acciones debido a su reducido impacto en el interés público, entre otras razones<sup>73</sup>. Por lo demás, como se indicó, la FNE no tiene el monopolio de la acción por infracciones a dicho cuerpo normativo, sino que los particulares pueden interponer demandas ante el TDLC, sea que haya existido o no una investigación previa desarrollada por la Fiscalía.

<sup>72</sup> Tribunal Constitucional, Rol 12745-2022, c. 15°.

<sup>73</sup> Incluso, la propia Ley N°19.880 contempla la posibilidad de que, cuando un procedimiento administrativo se inicie a petición del administrado, la Administración pueda incoar un nuevo procedimiento de oficio, sobre los mismos hechos. Artículo 41 inciso tercero: “[e]n los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución deberá ajustarse a las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si fuere procedente”.

Por lo anterior, una resolución de archivo de una denuncia o de una investigación no podría fundar una defensa en un proceso contencioso consistente en que, por la existencia de tal acto, determinado comportamiento del administrado no está reñido con la libre competencia.

Por último, es necesario abordar el caso en que la actuación de otro órgano administrativo pudiera generar algún nivel de confianza en él en el cumplimiento de la normativa de libre competencia contemplada en el DL 211 por parte del administrado. Debe desestimarse, sin embargo, una hipótesis como esta. De acuerdo con el principio de juridicidad, cada órgano de la Administración debe actuar en la esfera de sus atribuciones. A su vez, en caso de que el procedimiento administrativo de un órgano genere efectos en materias o ámbitos de actuación de otro órgano de la Administración, de acuerdo con el artículo 37 bis de la Ley N°19.880 debe remitir los antecedentes y requerir un informe para efectos de evitar o precaver conflictos normativos.

Con todo, no existen sanciones asociadas a la falta de coordinación entre los órganos administrativos e incluso la propia norma contempla situaciones en las que dicha coordinación no es posible, atendida la urgencia, por ejemplo, en el pronunciamiento de ciertos actos administrativos. En tanto no resulta exigible tal coordinación entre los órganos administrativos, podría considerarse esta circunstancia como una que favorezca al administrado, atenuando su responsabilidad al haber generado una percepción de licitud y en la medida que se cumplan los exigentes requisitos copulativos que se revisarán en la sección 5.2. Esta circunstancia en último término se podría expresar en una reducción de la multa, tal como se analizará en dicha sección.

En suma, la normativa en materia de libre competencia -que establece ámbitos de certeza acotados; prohíbe expresamente conductas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o que tiendan a producir dichos efectos; establece el deber de iniciar investigaciones cuando se constaten infracciones al DL 211; y distingue sus funciones respecto de aquellas encomendadas a los demás órganos de la Administración-, impide la aplicación de la doctrina de la confianza legítima como eximente de responsabilidad en esta sede.

## **5. Efectos de actos previos de la Administración sobre la responsabilidad de los agentes económicos por infracciones anticompetitivas.**

### **5.1. Estándar de comportamiento exigido en el derecho de la libre competencia nacional**

La imposibilidad de que las actuaciones de la FNE generen expectativas de licitud del comportamiento en los administrados -a excepción del ámbito de control de operaciones

de concentración, según se indicó-, está directamente vinculada con el estándar bajo el cual corresponde atribuir responsabilidad a un agente económico por la comisión de un ilícito anticompetitivo.

Se ha señalado que en materia infraccional, la mera inobservancia de una norma administrativa permite que se dé por establecida la culpa, respecto del sujeto pasivo de la obligación. Frente a un incumplimiento de deberes legales, la responsabilidad surge directamente de la ley. En sede de libre competencia, este efecto se produce al incurrir en el ilícito antimonopolio contenido en el artículo 3° del DL 211, como también en las demás normas que describen comportamientos sancionados contenidas en los artículos 3° bis, 4° y 4° bis del mismo cuerpo normativo.

En este aspecto, la responsabilidad por el incumplimiento de deberes legales y administrativos se equipara a la categoría de culpa infraccional propia del Derecho Civil, correspondiente a exigencias típicas y objetivas de cuidado que buscan cautelar intereses generales<sup>74</sup>. De este modo, acreditada la existencia del deber legal y la infracción, se invierte la carga de la prueba al sujeto infractor, debiendo probar alguna causal de justificación, exculpación o extinción de responsabilidad. La jurisprudencia ha descartado, bajo estos supuestos, que sea aplicable un régimen de responsabilidad estricta, debiendo acreditarse el hecho infraccional por el requirente o demandante<sup>75</sup>.

En el régimen de culpa infraccional, la responsabilidad proviene de que la infracción comprenda una de diversas conductas posibles de emplear, que no hubiera sido aquella ejecutada por un sujeto cuidadoso, sin importar si el obligado tenía conciencia o discernimiento de la ilegalidad de la infracción.

Así ha sido señalado por la Corte Suprema en sede de libre competencia:

*"[l]a culpa infraccional supone la contravención de un deber de cuidado y, a su vez, los ilícitos contrarios a la libre competencia están dados por la cláusula general contenida en el artículo 3 del Decreto Ley N° 211 "el que ejecute o celebre (...) cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos" situándose, efectivamente, en el marco de dicho factor de imputación, de manera tal que, dándose por establecida la existencia de un hecho que cumpla con estas características, se*

<sup>74</sup> CORDERO (2015), Op. Cit., pp. 503-504. También sentencias de la Corte Suprema Rol N° 24.245-2014; 24.233-2014; 24.262-2014; 23.652-2014; 1.498-2013.

<sup>75</sup> Sentencia TDLC N°117/2011, considerando 21°; Sentencia TDLC N°147/2015, considerando 7°; Sentencia TDLC N°156/2017, considerando 46°; Sentencia TDLC N°158/2017, considerando 30°; sentencia TDLC N°161/2018, considerando 4°; Sentencia TDLC N°167/2019, considerando 177°. Así también, Corte Suprema, Rol N°58.909-2016, c. 5°.

*presume que ha sido ejecutado de manera culpable, pesando sobre el infractor la carga de acreditar que no actuó culpablemente*<sup>76</sup>.

Respecto a la justificación, exculpación o extinción de la responsabilidad, estas deben estar fundamentados en normativa legal, toda vez que corresponde a una excepción al cumplimiento de deberes legales. Se ha señalado por la doctrina en esta sede, que:

*“el cumplimiento de una norma y su posterior sanción no está sujeta a ‘los mejores esfuerzos’ del obligado por ella, sino a su efectiva obligatoriedad que sólo será eximida por motivos que van más allá de toda posibilidad de influir en el incumplimiento. Por lo anterior, quien alegue una circunstancia insuperable que le impidió cumplir con una norma específica, debe fundamentar su actuar alegando y probando que le fue imposible actuar de otro modo, produciéndose una alteración de la carga de la prueba. Esto debido a la imposición de un deber positivo de actuación por parte del poder público para evitar un resultado concreto”*<sup>77</sup>.

La justificación o exculpación de la responsabilidad depende exclusivamente de factores externos a la conducta del sujeto obligado, bajo la alegación y acreditación de que le fue imposible actuar de otro modo. Así ha sido planteado, por lo demás, en materia infraccional por la Corte de Apelaciones de Santiago:

*“[...] que la empresa reclamante no dio debido cumplimiento a la Resolución de Calificación Ambiental al efectuar una descarga en seco, no importa necesariamente afirmar su responsabilidad y, por tanto, la justificación de la multa, puesto que ese incumplimiento puede encontrar una explicación reconocida por el Derecho con eficacia exculpante en tanto se haya debido a un caso fortuito”*<sup>78</sup>.

De este modo, la existencia de una causal exculpante puede ser analizada como caso fortuito o fuerza mayor, proveniente de la regla supletoria del artículo 45 del Código Civil, que es -como parece entenderlo la jurisprudencia nacional- en casos generales de Derecho Administrativo Sancionador; o, de modo equivalente, dentro de la teoría de la imputación objetiva y exigibilidad de una conducta alternativa, propio de una aplicación supletoria de doctrinas de Derecho Administrativo<sup>79</sup>. Así, el TDLC en su Sentencia 94/2010, señala que

<sup>76</sup> Corte Suprema, Rol N°821-2016, c. 8°.

<sup>77</sup> AGÜERO, F., FENNER, D. *Culpabilidad e Incumplimiento de Medidas de Mitigación de Operaciones de Concentración*. En Reflexiones sobre el Derecho De la libre competencia: informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 - 2017), p. 727.

<sup>78</sup> I. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°941-2014, c. 6°. Recientemente, también I. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°413-2022, c. 7°. También Corte Suprema, Rol N° 24.563-2014. En cuanto a la doctrina nacional, así BERMÚDEZ (2011), Op. Cit., p. 287.

<sup>79</sup> CORDERO, E. *Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2014, n.42 [última visita: 30.11.23], pp.399-439.

correspondería a una eximente de responsabilidad un hecho acreditado de “una entidad suficiente como para hacer imposible la exigencia de otra conducta”<sup>80</sup>.

De esta manera, existe un amplio reconocimiento en la jurisprudencia, tanto del TDLC como de la Corte Suprema, en orden a que para sancionar a un agente económico en sede de libre competencia, se debe analizar su “capacidad o posibilidad efectiva de cumplir”<sup>81</sup>, debiendo exculparse a quién “incumple la norma producto de un acto u omisión que le era imposible evitar o resistir”<sup>82</sup>. Este análisis se realizó con profundidad en la sentencia de la Corte Suprema que confirmó la existencia de una colusión en el mercado del papel *tissue*:

*“procede descartar igualmente cualquier eximente de responsabilidad de parte de PISA fundada en la coacción acreditada, puesto que ante hechos de tal naturaleza la conducta apropiada y respetuosa del ordenamiento jurídico que correspondía adoptar era concurrir ante la autoridad fiscalizadora y dar cuenta de las mismas, determinación que no solamente omitió PISA, sino que se mantuvo durante toda la época en que duró el acuerdo colusorio”<sup>83</sup>.*

Considerando lo antes expresado, reconocer -hipotéticamente- la confianza legítima como causal de exención de responsabilidad en sede administrativa, importaría incorporar, para efectos de determinar su procedencia, el análisis de elementos subjetivos como sería la buena fe del administrado, cuestión que resulta contradictoria en el marco de un régimen de culpa infraccional como el que aplica en esta sede, donde el análisis queda acotado únicamente al comportamiento externo que ha tenido el administrado.

De esta manera, además de la “imposibilidad de adoptar una conducta alternativa” como eximente de responsabilidad, propia de cualquier régimen sancionatorio, en materia de libre competencia las causales de exención de responsabilidad se limitan a aquellas reconocidas por el artículo 32 del DL 211, previamente comentado<sup>84</sup>. En este sentido, de acuerdo con la historia de la ley:

<sup>80</sup> Sentencia TDLC N°94/2010, considerando 100°.

<sup>81</sup> Sentencia TDLC N°147/2015, considerando 8°: “Que en lo que respecta a la determinación de la culpabilidad del agente económico, debe tenerse presente que las medidas conductuales o estructurales impuestas por este Tribunal constituyen deberes de conducta destinados precisamente a mitigar los riesgos o las lesiones a la libre competencia causados por el hecho, acto o convención revisado. A juicio de este Tribunal, para que el incumplimiento de una medida sea culpable y, en consecuencia, sancionable, el sujeto obligado debe tener la capacidad o posibilidad efectiva de cumplirla. En otras palabras, corresponde sancionar al sujeto que incumplió total o parcialmente la medida pudiendo haberla cumplido y exculpar a aquél a quien le resultó imposible cumplir. Para estos efectos, la culpabilidad del agente económico al que se le imputa el incumplimiento de una medida impuesta por este Tribunal ha de juzgarse de acuerdo con un criterio de culpa infraccional. Ello significa que la mera inobservancia de una medida conductual o estructural permite presumir la culpa, aunque es admisible prueba en contrario”.

<sup>82</sup> Sentencia TDLC N°167/2019, considerando 177°: “la responsabilidad por inobservancia de la ley en el caso concreto le es imputable y exigible porque gozaba de la posibilidad de cumplirla o no cumplirla. A contrario sensu, no incurrir en responsabilidad el sujeto que incumple la norma producto de un acto u omisión que le era imposible evitar o resistir”.

<sup>83</sup> Corte Suprema, Rol 1531-2018, c. 35°.

<sup>84</sup> AGÜERO y FENNER, Op. Cit., p.719.

*“[e]l artículo 19 [actual artículo 32] contiene un asunto de gran importancia, que tiene que ver con la certeza jurídica y con la confianza económica. En efecto, establece que los actos o contratos ejecutados celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso de 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”<sup>85</sup>.*

A su vez, en la modificación del actual artículo 32 de DL 211 por la Ley 20.945, por su parte, no se expresaron fundamentos concretos de la inclusión de las resoluciones que emite la FNE en operaciones de concentración, sin embargo, se aludió de manera general a que se buscaba que el sistema de control de operaciones de concentración otorgase *“certeza jurídica de que sus operaciones se ajustan a la libre competencia”<sup>86</sup>*, buscando generar incentivos incluso a la notificación voluntaria de operaciones de concentración respecto de aquellas situaciones en que no se superen los umbrales.

Las causas de exención de responsabilidad en materia de libre competencia se acotan exclusivamente a las circunstancias antes comentadas. En este sentido, el programa de delación compensada contemplado en el artículo 39 bis del DL 211 no constituye un eximente de responsabilidad, sino que sólo impide la aplicación de sanciones de multa y disolución de la persona jurídica -en el ámbito infraccional-, pero no otras sanciones ni medidas contempladas en el art. 26 del DL 211, ni la correspondiente declaración de responsabilidad<sup>87</sup>.

Cualquier otra supuesta causal de exención de responsabilidad, como determinadas actuaciones previas de la Administración que supuestamente generarán una expectativa válida de licitud de comportamiento en los administrados, implicaría que alguno de los órganos, administrativos o jurisdiccionales que operan en sede de libre competencia, se arrogaran facultades que le corresponden exclusivamente al legislador, circunstancia que impide el reconocimiento de la confianza legítima como eximente de responsabilidad en

<sup>85</sup> Historia de la Ley 19.911, p. 251.

<sup>86</sup> Historia de la Ley 20.945, p. 10. En el mismo sentido, ver p. 8 y 9: *“Con el objeto de dotar a nuestro sistema de defensa de la libre competencia de un régimen de control de operaciones de concentración que otorgue garantías a todos los actores involucrados, que resuelva en forma transparente y predecible los casos que lleguen a su conocimiento y que transmita seguridad jurídica a quienes pretenden llevar a cabo importantes proyectos de negocios, con esta iniciativa nos hacemos cargo de las recomendaciones formuladas por la OCDE, proponiendo que Chile adopte los mejores estándares y prácticas en la materia”.*

<sup>87</sup> En el caso de la responsabilidad penal por el delito de colusión, quienes hayan obtenido el beneficio de delación compensada en calidad de primer delator se encuentran exentos de responsabilidad penal. Artículo 63 DL 211.

esta sede<sup>88</sup>. Adicionalmente, bajo el diseño normativo general de la Administración, como en particular en sede de libre competencia, reconocer otras eximentes de responsabilidad implicaría incumplir con el principio de legalidad del artículo 7° de la CPR.

Cabe precisar que actos de otras autoridades administrativas, distintas de la FNE en casos de operaciones de concentración, tampoco podrán generar una eximente de responsabilidad por confianza legítima. Al respecto, el TDLC ha señalado que:

*“[L]a juridicidad o antijuricidad de un hecho, acto o convención desde la perspectiva de la libre competencia, no depende de que cuente o no con la aprobación o el aval de una autoridad pública, sino que emana directamente de la ley y no encuentra otra excepción que la consignada en el artículo 4° del decreto Ley N° 211, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 32° del mismo”<sup>89</sup>.*

Así también, el Tribunal Constitucional ha expresado la limitación que otros órganos administrativos tienen de exceder atribuciones propias de los órganos que operan en sede de libre competencia:

*“todo órgano del Estado [Ministerio Público], por autónomo que sea constitucionalmente, debe respetar las atribuciones y la legalidad que rige a otras instituciones, particularmente cuando tiene lugar una situación tan sensible para la comunidad como lo son los atentados contra la libre competencia, investigación que está demás decir debe continuar sujeta empero a las limitaciones establecidas en el DL N° 211, de 1973, en cuanto entrega atribuciones, en materia de defensa de la libre competencia al Tribunal compareciente en autos”<sup>90</sup>.*

En este sentido, aunque los órganos de la Administración pudieran generar una actuación que fuera entendida como exculpación de una conducta infraccional, cabe recordar que ellos deben actuar dentro de sus facultades, atribuciones y competencias, expresamente contempladas en los cuerpos normativos respectivos. Por lo tanto, ninguna decisión de un órgano distinto a la FNE o el TDLC, en el ámbito de las potestades que generan tal efecto, podría válidamente eximir de responsabilidad en esta sede, dado que excederían las atribuciones que les fueron encomendadas por el legislador.

<sup>88</sup> Así, por ejemplo, ha razonado la Corte Suprema a propósito de evaluar y examinar los programas de cumplimiento: “[L]a sola existencia de un programa de cumplimiento no puede erigirse como una eximente de responsabilidad, puesto que ello enfrenta un obstáculo de índole normativa. En efecto, las eximentes de responsabilidad están expresamente reguladas en la ley y, en este caso, un código de buenas prácticas no está contemplado en el Decreto Ley N° 211 como productor de dicho efecto. (...) En otras palabras, si bien corresponde destacar y promover la creación de directrices y planes tendientes a resguardar el cumplimiento de las normas sobre libre competencia al interior de las empresas, no es posible que estos sentenciadores apliquen como eximentes circunstancias que no están expresamente previstas por el legislador”. Corte Suprema, Rol 9361-2019, c. 51°.

<sup>89</sup> Sentencia TDLC N° 94/2010, considerando 64°.

<sup>90</sup> Tribunal Constitucional, Rol 2934-2015, c. 12°.

## 5.2. En el derecho de la libre competencia, actos previos de la Administración, a lo sumo, podrían configurar una atenuante de responsabilidad

Como se expresará en esta sección, las actuaciones previas de la FNE sólo podrían dar origen a una circunstancia atenuante de la responsabilidad, bajo ciertas condiciones sometidas a un alto estándar de aplicación.

A diferencia de las causales de exención de responsabilidad, las circunstancias establecidas por el artículo 26 letra c) del DL 211 para la determinación de la multa gozan de textura abierta y no son taxativas<sup>91</sup>.

Se ha señalado que, en materia infraccional, “*la culpabilidad es la medida de la sanción*”<sup>92</sup>, lo que sumado al texto expreso del artículo 26 letra c) del DL 211, permitiría ponderar como circunstancias que operen en el *quantum* de la multa, bajo estrictas limitaciones, actos administrativos previos o coetáneos a la infracción que, enmarcados en potestades decisorias de la Administración, hayan creado algún ámbito de confianza legítima para el agente económico infractor en sede de libre competencia.

A juicio de este informante, para que se verifique tal circunstancia, deben configurarse requisitos copulativos específicos:

- i. El acto o contrato de la autoridad administrativa se enmarca dentro de sus potestades, en el ámbito de las competencias, facultades o atribuciones del órgano en concreto;
- ii. El órgano de la Administración del Estado ha creado una situación jurídica en que el agente económico es titular de un derecho subjetivo o un interés;
- iii. A nivel probatorio, el agente económico acredita en el juicio que actuó o dejó de actuar por la situación jurídica creada por la Administración, no bastando simplemente que sea una de las conductas que pudo adoptar, sino que exista una probabilidad clara y concluyente de que adaptase su comportamiento con motivo o razón del acto administrativo;
- iv. El actuar del órgano de la Administración que revocó, invalidó o contravino la situación jurídica creada no le era previsible al agente económico; y
- v. La confianza generada en el agente económico reviste idoneidad, ponderando los intereses públicos comprometidos.

<sup>91</sup> Al señalar que “[p]ara la determinación de las multas se considerarán, *entre otras*, las siguientes circunstancias”.

<sup>92</sup> CORDERO, E. (2014) *Derecho Administrativo sancionador*. Santiago: Thomson Reuters, p. 253

Estos lineamientos, en mayor o medida, se pueden apreciar en la jurisprudencia del TDLC:

*“[E]ste Tribunal tendrá presente que el actuar de la Secretaria Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones de la Región de los Lagos, descrito en las consideraciones nonagésima a nonagésimo segunda, razonablemente debió tener efectos en la percepción de los requeridos respecto de la ilicitud de sus actuaciones, lo que evidentemente disminuye en forma muy importante su responsabilidad en los hechos constitutivos de infracción descritos en la presente sentencia, aunque no los exculpa completamente de los mismos. Por esta razón, este Tribunal impondrá a las requeridas una multa sustancialmente menor a la que habría correspondido sin mediar esta circunstancia”<sup>93</sup>.*

Como se desprende de los considerandos 90° a 92° de la Sentencia 94/2010 del TDLC, la Seremi de Transportes y Telecomunicaciones de Los Lagos actuó en el marco de sus potestades para restablecer el orden público y los servicios de transporte colectivo que se encontraba en paro, sin embargo, las acciones implicaron llamadas y reuniones entre competidores, que promovieron o, a lo menos, propiciaron que ocurriera un acuerdo anticompetitivo para alzar las tarifas de sus servicios. De esta forma, existieron actuaciones de la Administración que generaron ciertas expectativas que pudieron influir el desarrollo de ciertas conductas en el administrado. Las llamadas y gestiones de la Seremi en dicho caso generaron una situación jurídica en que las Requeridas tenían interés, donde *“siendo la personera de gobierno directamente relacionada con el Transporte público, puede presumirse que su actuación tuvo especial importancia e incidencia en que el acuerdo finalmente se adoptara”<sup>94</sup>*. Lo anterior, además, se acreditó con distintos medios probatorios.

La actuación del órgano administrativo especializado en materia de transportes generó un cambio en el comportamiento de los agentes económicos, particularmente respecto del alza de tarifas. El TDLC señaló, en su sentencia, que el comportamiento de la Seremi *“razonablemente generó efectos en la percepción de los requeridos”*, circunstancia que justificó la imposición de una multa menor a la solicitada por la FNE.

A su vez, en el caso *Philip Morris contra Chiletabacos* antes referido, el TDLC considerando la aprobación entregada por la FNE a los contratos sometidos a su conocimiento por parte de la acusada, resolvió que la negligencia de Chiletabacos no ameritaba la imposición de una multa a beneficio fiscal, pero sí la adopción de medidas, además de la declaración de su responsabilidad infraccional. La Corte Suprema, en todo caso, revocó parcialmente la sentencia del TDLC, imponiendo una multa a Chiletabacos

<sup>93</sup> Sentencia TDLC N°94/2010, considerando 99°.

<sup>94</sup> Sentencia TDLC N°94/2010, considerando 92°.

justificando su imposición en el especial deber de cuidado que debía mantener el requerido en su calidad de cuasi monopolista:

*“(...) la violación constatada al artículo 3 letra b) del Decreto Ley N° 211, pese a los recaudos que adoptó el dominante en el mercado, no puede ser objeto sólo de medidas correctivas, sino que ameritan una sanción pecuniaria teniendo para ello presente la gravedad de la conducta, pues dada su condición de cuasimonopolista debió prever que el no explicitar en los contratos las dimensiones de los espacios que iban a ser destinados a publicidad, más aún con las restricciones legales que se imponían con la nueva ley, se podían generar en los hechos efectos anticompetitivos –lo que efectivamente ocurrió– por lo que debió monitorear el cumplimiento que en la práctica se daba a los contratos, siendo insuficientes todas las medidas detalladas a partir del considerando centésimo cuadragésimo porque – tal como dice la sentencia reclamada- la mayoría de ellas se implementaron recién en el año 2008 o después, es decir, cuando ya se sabía por Chiletabacos de la investigación que llevaba a cabo la Fiscalía Nacional Económica en su contra”<sup>95</sup>.*

Finalmente, y ratificando su entendimiento en orden a considerar las actuaciones administrativas previas únicamente como una aminorante de responsabilidad de los agentes económicos que incurren en un ilícito anticompetitivo, el TDLC tuvo en consideración más recientemente, en la Sentencia 175/2020, la actuación de la Seremi de Transporte y Telecomunicaciones y de la Intendencia de la Región de la Araucanía avalando los protocolos de acuerdo alcanzados entre las líneas de transporte urbano de las comunas de Temuco y Padre Las Casas para imponer una multa inferior a las requeridas<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> Corte Suprema, Rol N° 11.698-2011, c. 21°.

<sup>96</sup> Sentencia TDLC N°175/2020, considerando 149°.

## 6. Conclusiones

- a. La doctrina de la confianza legítima resulta al menos cuestionable desde el punto de vista del Derecho Administrativo, y carece de aplicación, en general, en materia infraccional y, en particular, en materia de libre competencia.
- b. No obstante, en Chile, la doctrina de la confianza legítima ha permeado en diversas áreas del Derecho Administrativo, y las ambigüedades que plantea su aplicación han exigido desarrollar una serie de contornos.
- c. Incluso para el sector de la doctrina que se ha mostrado favorable a su aplicación, la doctrina de la confianza legítima tiene exigentes condiciones de procedencia: i) debe existir un acto administrativo formal que otorgue algún nivel de confianza a los particulares, lo que implica excluir -para tales efectos- opiniones, declaraciones públicas, artículos o exposiciones académicas, u otras actuaciones fuera del ámbito del ejercicio de las funciones de la respectiva autoridad; ii) el acto administrativo debe crear una situación jurídica favorable para el administrado que implique el otorgamiento de derechos o el reconocimiento de intereses; iii) debe existir un acto administrativo posterior que contradiga el acto administrativo anterior favorable para el administrado, lo que ha permitido a la jurisprudencia desestimar la confianza legítima en sede judicial; iv) el particular que pretende invocar la protección de su confianza legítima debe estar de buena fe; v) debe existir una ponderación entre el interés público revisor y el interés de conservación de los efectos del acto administrativo previo, debiendo primar un interés público que beneficie al bien común; y vi) la situación jurídica modificada por la actuación de la Administración debe ser esencialmente imprevisible para el administrado.
- d. En relación con este último requisito, la previsibilidad debe ser analizada en el caso concreto, sopesando las características y potestades del órgano de la Administración del Estado involucrado. En este sentido, cabe considerar que las potestades de inspección son esencialmente dinámicas, en tanto las atribuciones para investigar corresponden al cumplimiento de un deber del órgano de la Administración respectivo. Asimismo, el requisito de imprevisibilidad exige considerar que solo los actos cuyos efectos sean objetivamente esperables, en virtud de lo que la ley señala como efecto del acto respectivo, pueden producir una situación jurídica que sea digna de proteger, excluyendo meras representaciones de carácter psicológico.
- e. En materia de efectos, el sector de la doctrina que se ha expresado favorablemente en relación con el principio de confianza legítima no ha extendido su aplicación a materias infraccionales. Por su parte, la jurisprudencia ha desestimado expresamente su aplicación en dicho ámbito. Diversas razones permiten justificar tal posición: si la falta de hallazgos que permitan fundar una sanción o la inactividad de la Administración fueran reconocidos

como confianza legítima, implicaría reconocer un título habilitante para realizar una actividad ilícita, prohibida, restringida o sancionada; es de la esencia de las actividades de fiscalización, inspección o sanción que sean dinámicas, de modo tal que resulta esperable o previsible para el interesado o administrado que, una vez cerrada una investigación, la fiscalización se pueda volver a ejercer respecto de la misma actividad; y existen exenciones de responsabilidad expresamente establecidas en la ley, de modo tal que no corresponde otorgar dicho efecto a otras situaciones. Todo lo anterior, permite, en opinión de este informante, descartar absolutamente que el principio de la confianza legítima tenga aplicación en el derecho chileno, al menos como límite en materia infraccional.

f. En la esfera de la libre competencia, el DL 211 establece sólo dos ámbitos de certeza otorgados por la institucionalidad a particulares. Por un lado, el proceso de consulta respecto de hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse que puedan infringir dicho cuerpo normativo, en cuyo caso el TDLC puede declarar su conformidad con el ordenamiento de libre competencia o fijar condiciones que deberán ser cumplidas en dichos actos; y, por otro, el procedimiento administrativo de control de operaciones de concentración ante la FNE. En ambos casos, en la medida que la actuación de los particulares se sujete a las resoluciones judiciales o administrativas respectivas, aquellas no acarrearán responsabilidad en materia de libre competencia. Por el contrario, las actuaciones de la FNE enmarcadas en potestades investigadoras o de fiscalización no generan una confianza digna de ser protegida.

g. Adicionalmente, en el derecho antimonopolios, los hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o que tiendan a producir dichos efectos, se encuentran expresamente sancionados. De esta manera, un agente económico no puede alegar el desconocimiento de la normativa, ni mucho menos la imprevisibilidad de una supuesta mutación en su situación jurídica, cuando de acuerdo con el artículo 39 letra a) del DL 211 siempre es susceptible de ser investigado por la FNE.

h. En este sentido, las resoluciones de archivo de la FNE, en términos generales, tampoco pueden generar confianza legítima en el investigado. En efecto, ninguna de las circunstancias en virtud de las cuales el Fiscal Nacional Económico puede disponer el archivo de la investigación a través de resolución fundada permite desprender que puede producir en el investigado algún nivel de confianza legítima de que su conducta es lícita y no será perseguida con posterioridad. Cuando tal archivo se produce en la etapa de admisibilidad de la denuncia, cabe considerar que esta no implica siquiera la existencia de una investigación, sino que precisamente tiene por objeto determinar si corresponde investigar una conducta mediante indagaciones preliminares desarrolladas al efecto. Por su parte, la resolución de archivo de una investigación corresponde a una forma de término de este tipo de procedimiento administrativo, sin que exista limitación alguna a que, por estimarse procedente, se instruya una nueva investigación.

i. Las actuaciones previas de la FNE, así como de otros órganos de la Administración, sólo podrían dar origen a una circunstancia atenuante de la responsabilidad bajo ciertas condiciones copulativas sometidas a un alto estándar de aplicación: i) que el acto o contrato de la autoridad administrativa se enmarque dentro de sus potestades; ii) que el órgano de la Administración haya creado una situación jurídica en que el agente económico es titular de un derecho subjetivo o un interés; iii) que el agente económico haya acreditado en juicio haber actuado o dejado de actuar por la situación jurídica creada por la Administración, no bastando simplemente que sea una de varias conductas que pudo ejecutar; iv) que el actuar del órgano de la Administración que revocó, invalidó o contravino la situación jurídica creada no haya sido previsible para el agente económico; y v) que la confianza generada en el agente económico revista idoneidad, ponderando los intereses públicos comprometidos.

\*\*\*

Es cuanto puedo informar a usted, al tenor de lo consultado.

Saluda atentamente a usted,



Pedro Pierry Arrau

Profesor de Derecho Administrativo

4.269.468-1.