

**SOBRE LA AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA Y SUS  
CONSECUENCIAS. ANÁLISIS DEL REQUERIMIENTO INTERPUESTO POR LA  
FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA EN CONTRA DE TERMINAL PACÍFICO SUR  
VALPARAÍSO S.A., SAN ANTONIO TERMINAL INTERNACIONAL S.A. Y DP WORLD  
SAN ANTONIO S.A. CAUSA ROL C N°506-2024 SEGUIDA ANTE EL TRIBUNAL DE  
DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Informe en Derecho**

**Enrique Vergara Vial**

**Enero 2025**

Se me ha solicitado un informe en derecho sobre las consecuencias jurídicas que ha tenido para DP World San Antonio S.A. (en adelante “DPWSAI”) la Resolución de Archivo recaída en el expediente Rol N°2589-19 FNE (en adelante la “RESOLUCIÓN DE ARCHIVO”) de la Fiscalía Nacional Económica (en adelante “FNE” o “FISCALÍA”) y el registro por parte de la Empresa Portuario San Antonio (en adelante “EPSA”), de la tarifa básica por concepto de seguridad en la transferencia de carga (en adelante “la TARIFA”).

El objeto del encargo antes descrito dice relación con la buena fe con la que ha actuado DPWSAI, siguiendo los criterios de la referida RESOLUCIÓN DE ARCHIVO y del registro de la TARIFA. En otros términos, de lo que se trata en este informe es de dilucidar si la FNE, al presentar su requerimiento<sup>1</sup> en contra de Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A. (en adelante “TPS”), San Antonio Terminal Internacional S.A. (en adelante “STI”) y la propia DPWSAI, vulneró el principio de confianza legítima que inspira las actuaciones de los órganos de la Administración del Estado y, en la afirmativa, si es posible que, en ese escenario, DPWSAI puede ser condenado por el cobro de la TARIFA.

En su requerimiento, la FNE imputa a TPS, STI y DPWSAI haber infringido el artículo 3° incisos primero y segundo letra b) del D.L. N°211, *“al ejecutar, cada una, un abuso de posición dominante, consistente en el cobro injustificado de una tarifa básica por concepto de seguridad en la transferencia de carga, a los importadores y exportadores cuyas mercancías se movilizan a través de los terminales portuarios que operan tales empresas en la Región de Valparaíso”*<sup>2</sup>.

Para los efectos descritos, el presente informe se estructura del modo siguiente: (i) primero, se describen las funciones que tiene EPSA, en tanto fiscalizadora del cumplimiento de las obligaciones del contrato de concesión celebrado con DPWSAI (en adelante el “Contrato”); (ii) segundo, se realiza una breve descripción del problema planteado en el requerimiento y de la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO recaída en la denuncia Rol

---

<sup>1</sup> Causa Rol C N°506-2024

<sup>2</sup> Requerimiento, pág. 2.

Nº2589-19 FNE; (iii) tercero, el estudio se centra en la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO y sus características como acto administrativo; (iv) cuarto, se explica en qué consiste el principio de confianza legítima y por qué las actuaciones de DWPSAI se inspiraron en ese principio; (v) quinto, se explicitan las razones por las que se concluye que el requerimiento de la FNE afectó el principio de confianza legítima y que su cambio de criterio no se funda en un cambio de circunstancias relevante; (vi) sexto, se señalan las consecuencias jurídicas de la vulneración del principio de confianza legítima, las que, en este caso, se traducen en la falta de culpabilidad de DWPSAI; y (vii) por último, se entregan las conclusiones de este informe.

**I. LA FUNCIÓN FISCALIZADORA DE EPSA EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE CONCESIÓN CELEBRADO CON DPWSAI**

1. Con fecha 15 de octubre de 2009, el TDLC emitió el Informe N°6/2009 sobre las condiciones que debían considerarse para la licitación pública del Frente de Atrache Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio, adjudicado finalmente a DPWSAI, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Ley N°19.542 sobre Modernización del Sector Portuario Estatal. En dicho informe se establecieron resguardos de la competencia tanto en la licitación como en la provisión de los servicios portuarios, además de resguardos estructurales verticales y horizontales.
2. En lo que interesa a este informe, en el Informe N°6/2009 se estableció que la licitación debía adjudicarse al postulante que ofreciera el menor índice de tarifas por los servicios básicos, esto es *“el menor promedio ponderado de las tarifas de cada uno de los servicios que son indispensables para el atraque de las naves, la movilización y el acopio de la carga, o para cuya provisión sea necesaria la infraestructura entregada en concesión, de manera que el concesionario los preste o pueda prestar en condiciones de monopolio en el frente de atraque licitado”*<sup>3</sup>, para lo cual EPSA debía establecer una fórmula de ponderación de las tarifas de cada uno de los servicios.
3. Por su parte, en relación con los resguardos en la provisión de servicios portuarios, se establecieron una serie de obligaciones para el futuro concesionario. En primer lugar, la obligación de no discriminar, la que debe ser fiscalizada por EPSA, de oficio o petición de parte. En segundo lugar, se le entregó la opción a EPSA de establecer tarifas máximas para cada servicio, o bien índices tarifarios máximos que puedan incluir más de un servicio, optando finalmente EPSA en las Bases de

---

<sup>3</sup> Informe N°6/2009, pág. 126.

Licitación (en adelante “las Bases”) y en el Contrato por lo segundo. En tercer lugar, las tarifas que cobre el concesionario deben ser registradas ante EPSA en los plazos que se establecen en el Informe N°6/2009. En cuarto lugar, las tarifas por los servicios deberán ser objetivas, públicas y no discriminatorias.

4. Estas condiciones o resguardos fueron efectivamente incorporados tanto en las Bases como en el Contrato. En lo que se refiere a las tarifas, las Bases establecieron lo siguiente:
  - a. La publicidad de las tarifas: *“Todas las Tarifas que fije el Concesionario serán públicas y para tales fines deberán entregarse a EPSA para su registro. Este registro deberá contener todas las Tarifas correspondientes a los servicios prestados por el Concesionario. EPSA podrá negar el registro de Tarifas que no se adecuen a la Oferta y a lo estipulado en las Bases y en el Contrato. Las Tarifas registradas por el Concesionario tendrán un plazo mínimo de vigencia de 60 (sesenta) días. El registro que lleve EPSA será público y podrá ser consultado por todos los interesados. El Concesionario deberá realizar las acciones que correspondan para que los usuarios tengan conocimiento oportuno de las Tarifas vigentes”* (Sección 3.10.3: de las Bases, subrayado propio).
  - b. El plazo de entrega de las tarifas: *“el Adjudicatario deberá entregar a EPSA el valor de las Tarifas por los servicios que prestará, incluido el de aquellos descritos en el Anexo II. En caso que el Adjudicatario no entregare las Tarifas señaladas, EPSA fijará las Tarifas de los Servicios Sujetos a Valores Máximos”* (Sección 3.10.4: de las Bases, subrayado propio).
  
5. Asimismo, en las mismas Bases se estableció que EPSA deberá controlar el fiel cumplimiento del Contrato. En la parte medular de dicha obligación, dispuesta en la Sección 3.18 de, Contrato, se señala lo siguiente: *“Para estos efectos, podrá*

*realizar las inspecciones que estime pertinentes y recabar del Concesionario toda información que resulte relevante para la prestación del servicio concesionado, sin limitación alguna, según el formato y los medios técnicos que determine EPSA..... el Concesionario y sus accionistas deberán proporcionar al directorio de EPSA cualquier información legal y económica que ésta requiera con el objeto de supervisar el cumplimiento de la ley, de las Bases, del Contrato y del Informe N°6*” (subrayado propio).

6. Por otra parte, en el Contrato, se especifican las labores fiscalizadoras de EPSA. En relación con las tarifas, la empresa portuaria, aparte de la facultad general de controlar el fiel cumplimiento del contrato (Sección 8.3), puede y debe: (i) registrar las tarifas, registro que podrá negar cuando no se adecuen a la oferta, Bases, el Contrato o al Informe N°6/2009 (sección 11.2, subrayado propio); y (ii) fijar las tarifas en el caso que el concesionario no cumpla con sus obligaciones (sección 11.2 letra b), subrayado propio).
  
7. De lo expuesto precedentemente, se puede concluir que una vez adjudicada la licitación, las tarifas que cobra el concesionario DPWSAI por los servicios básicos, ponderadas en la forma que establece el Contrato, no pueden superar los índices tarifarios máximos y las tarifas deben ser registradas ante EPSA, la que tiene la obligación de no hacerlo en caso de que las mismas superen índices de control máximos. Es decir, registrada que sea una tarifa por un servicio básico sin que la empresa portuaria haya puesto reparos, se presume que el concesionario está cumpliendo con el Contrato, las Bases y el Informe N°6/2009 y, por consiguiente, que se encuentra debidamente resguardada la libre competencia en la provisión de los servicios portuarios básicos, por cuanto está cobrando un precio competitivo, determinado por la competencia *ex ante* en la licitación respectiva.

## II. SOBRE EL REQUERIMIENTO DE LA FNE y LA RESOLUCIÓN DE ARCHIVO 2589-19

8. Para poder emitir una opinión jurídica sobre el encargo que se me ha efectuado, es necesario revisar someramente el contenido principal del requerimiento, esto es, de qué se acusa a los operadores de los terminales portuarios TPS, STI y, especialmente, a DPWSAI, así como los fundamentos de la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO. Este ejercicio, como se verá, es indispensable para poder discernir si dichos operadores, y en particular DPWSAI, solicitaron la incorporación de la TARIFA en el entendido que actuaban con el beneplácito de la autoridad -tanto de la empresa portuaria EPSA como de la FNE- y de buena fe; en otras palabras, si actuaron confiando razonablemente en qué no serían requeridos por dicha conducta.
9. Como se indicó previamente, el órgano persecutor acusa a los operadores portuarios TPS, STI y DPWSAI, de haber ejecutado un acto abusivo explotativo de sus posiciones dominantes, consistente en el cobro supuestamente injustificado de la TARIFA a los importadores y exportadores cuyos bienes se movilizan en los puertos de la Región de Valparaíso.
10. De acuerdo con la FISCALÍA, los cobros por la TARIFA serían injustificados por tres razones: (i) primero, porque se harían efectivos sobre los importadores y exportadores, usuarios que no mantendrían una relación comercial con los terminales portuarios y que se encontrarían cautivos, por cuanto es la empresa naviera la que elige el terminal portuario con quien operar, por lo que es muy difícil para un exportador o un importador cambiar de puerto; (ii) segundo, porque los servicios de seguridad se referirían a actividades que ya habrían sido cobradas a las empresas navieras por los servicios básicos de transferencia de carga; y (iii) tercero, porque la TARIFA no tendría respaldo en gastos o inversiones extraordinarias.

11. El aludido requerimiento tiene como antecedente la investigación Rol N°2645-21 FNE, que se abrió como consecuencia de una denuncia formulada en octubre de 2020 en contra de TPS y STI. En lo que se refiere a DPWSAI, la FNE refiere que durante la etapa de la admisibilidad pudo percatarse que la TARIFA también era cobrada por esta empresa. Como el mismo requirente afirma, un año antes de la denuncia que dio origen a la investigación Rol N°2645-21 FNE, la FISCALÍA ya había recibido una denuncia en contra de TPS sobre, básicamente, los mismos hechos, denuncia que fue analizada bajo el Rol N°2589-19 y luego archivada.
  
12. Para efectos de este informe, interesa particularmente los fundamentos en virtud de los cuales la FNE archivó la primera denuncia (Rol N°2589-19), toda vez que, de referirse en lo medular a una misma conducta, se afectaría el principio de la confianza legítima, como más adelante se concluirá.
  
13. En la Minuta de Archivo (en adelante la “MINUTA”), que sirvió de base para la dictación de la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO, se entregan antecedentes sobre esta primera denuncia. En concreto, se entrega información sobre el contenido de la denuncia, la normativa aplicable a TPS en el Puerto de Valparaíso, la carga movilizada por TPS en dicho puerto, los servicios básicos y su regulación, la Tarifa de Seguridad a la Carga, el contrato de concesión y su cumplimiento.
  
14. En cuanto a la denuncia, en la MINUTA se señala que se refiere a “*la incorporación de un nuevo cobro por el concepto de ‘seguridad a la carga’ (o en inglés, ‘security fee’)*”<sup>4</sup>, servicio que había sido registrado por TPS como un servicio básico y había sido aprobado por la Empresa Portuaria de Valparaíso (“EPV”). En la denuncia se afirma, además, que esta tarifa se cobraba a los clientes de las empresas navieras (importadores, exportadores o movilizadores de carga en general), lo que permitiría a TPS aumentar injustificadamente sus ingresos. Así, señala el

---

<sup>4</sup> Minuta de Archivo Denuncia Rol N°2589-19 FNE, pág. 2.

denunciante, este concesionario tendría una posición de dominio sobre los clientes de las empresas navieras, de la cual estaría abusando al efectuar el cobro de esta tarifa de seguridad, toda vez que dichos clientes no tendrían el control del puerto desde el cual realizan sus operaciones de comercio exterior.

15. La FNE, luego de analizar la industria y los mercados relevantes en los que incidían los hechos constitutivos de la denuncia, analizó detenidamente si la TARIFA cumplía con lo dispuesto en el contrato de concesión que TPS suscribió con EPV y con las bases de licitación, con el objeto de determinar si esta tarifa era o no un cobro adicional a la carga y si sus valores superaban o no los montos máximos establecidos para los servicios básicos. En dicho análisis concluyó que:
- a. Las tarifas máximas que rigen la concesión restringen el ejercicio de poder de mercado por parte del concesionario.
  - b. La anterior “tarifa de transferencia” era igual o mayor a la “tarifa de transferencia” sumada a la nueva “tarifa de seguridad”, implementada en ese tiempo por TPS, para lo cual insertó la Tabla N°5.
  - c. La tarifa de seguridad no es un cobro adicional, *“toda vez que el máximo cobro que se puede aplicar sobre la carga no se ha visto alterado por la incorporación de la misma”*<sup>5</sup>.
  - d. Como el cobro máximo no se vio afectado, se había cumplido con la fórmula del polinomio a que se refiere el numeral 4.10.2 de las Bases de Licitación.
  - e. La tarifa de seguridad obedece a una desagregación de la tarifa de los servicios de carga, que no había alterado el máximo cobro de dicha concesionaria estaba autorizada a cobrar.
  - f. No se configuraría una infracción al Decreto Ley N°211 (en adelante “DL 211”) que ameritara el uso de las facultades investigativas de la FNE.

---

<sup>5</sup> Minuta de Archivo Denuncia Rol N°2589-19 FNE, pág.10.

16. La decisión del Fiscal Nacional Económico de fecha 16 de marzo de 2020 acogió los argumentos expuestos en la MINUTA y, conforme a ello, dictó la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO. En esta se reitera que (i) las tarifas de los servicios básicos están sujetas a un monto máximo y sus valores deben ajustarse a la fórmula del polinomio definido en las Bases de Licitación; (ii) la tarifa de seguridad no es un cobro adicional; y (iii) la suma de las tarifas de transferencia y tarifas de seguridad no supera el valor máximo previamente fijado.
  
17. Si se compara el Requerimiento con la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO, se puede constatar que ambos se refieren, en lo medular, a una misma situación fáctica, cual es que un concesionario de alguno de los terminales portuarios de los Puertos de la V Región haya comenzado a cobrar la TARIFA. Este es el núcleo de la denuncia archivada y del requerimiento de la FNE. Se trata exactamente de la misma conducta. La única diferencia entre uno y otro es que en el requerimiento se acusa que no solamente TPS está cobrando la TARIFA sino también STI y DPWSAI.
  
18. A pesar de que se trata de una misma conducta, el análisis y conclusiones que realiza la Fiscalía en cada uno de dichos actos -RESOLUCIÓN DE ARCHIVO y Requerimiento- es distinto. Mientras en el primero consideró que no se configuraría una infracción al DL 211, en el segundo acusa a estos concesionarios de haber incurrido en un abuso de posición dominante de carácter explotativo, infringiendo de esta forma lo dispuesto en el artículo 3º incisos primero y segundo letra b) del DL 211.
  
19. Las razones para el cambio de parecer de la FISCALÍA se encuentran someramente enunciadas en el requerimiento. Por una parte, en el primer párrafo del líbello, la requirente cita la parte de la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO que habilitaría a dicho servicio a un cambio de opinión, ya que señala que el archivo de la denuncia primitiva es *“sin perjuicio de las facultades de esta Fiscalía de seguir velando por la libre*

*competencia en este mercado y de la posibilidad de analizar la apertura de una investigación, en caso de contar con nuevos antecedentes que así lo ameriten”.*

Por otra parte, la FNE fundamenta su cambio de criterio en su primera nota al pie del requerimiento, en la que señala que los análisis contenidos en la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO y en la MINUTA habían sido meramente formales, limitados a verificar si se cumplió con las condiciones establecidas en las bases de licitación y en el contrato de concesión.

20. Sin perjuicio de la escueta justificación para el cambio de criterio del órgano persecutor y más allá del derecho que tiene cualquier autoridad pública de modificar su parecer justificadamente, lo que verdaderamente importa es discernir qué efectos produjo en los administrados la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO. Como se verá más adelante, este acto administrativo, junto con el registro de la TARIFA por parte de EPSA, no es inocuo, todo lo contrario, produce efectos -al menos expectativas legítimas para sus destinatarios- en este caso, agentes económicos que desarrollan sus actividades tomando en consideración los actos de las autoridades.

### **III. LA RESOLUCIÓN DE ARCHIVO Y SUS EFECTOS COMO ACTO ADMINISTRATIVO**

21. La FNE en tanto servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio (artículo 33 del DL 211), forma parte de la Administración del Estado por expreso mandato del artículo 1° de la Ley N°18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado y, por lo tanto, sus investigaciones se rigen por las normas contenidas en la Ley N°19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. Como señala Eduardo Cordero, “[l]a doctrina no discute que las actuaciones que forman parte de la investigación que realiza la FNE son de naturaleza administrativa, situación muy similar a lo que ocurre en el proceso

*penal, no obstante que éstas puedan tener alguna incidencia judicial, en cuanto darían base para la presentación de un requerimiento ante el TDLC o para realizar diversas actuaciones procesales ante los Tribunales de Justicia”*<sup>6</sup>. Adicionalmente, la Fiscalía en mayo de 2013 emitió un Instructivo Interno Para el Desarrollo de sus Investigaciones.

22. Como órgano de la Administración del Estado, la FNE, en cumplimiento de su función pública, dicta actos administrativos, esto es, decisiones formales en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública (artículo 3° inciso segundo Ley N°19.880), en particular resoluciones (inciso quinto del mismo artículo). La RESOLUCIÓN DE ARCHIVO cae dentro de esta categoría, pues es un acto formal que contiene una declaración del órgano, cual es archivar el expediente Rol N°2589-19 FNE, desestimando la denuncia que dio origen al mismo, sin iniciar una investigación.
23. Los actos administrativos admiten múltiples clasificaciones<sup>7</sup>, pero en lo que interesa a este informe reviste especial importancia el hecho que la RESOLUCIÓN DE

---

<sup>6</sup> CORDERO, Eduardo. *Sobre las facultades de la FNE para poner término a una investigación sobre las bases de compromisos y/o cambio de conducta por parte de los sujetos investigados*. REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA. INFORMES SOLICITADOS POR LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2010-2017). Ediciones Fiscalía Nacional Económica. Pág. 191.

<sup>7</sup> De acuerdo con Luis Cordero Vega, los actos administrativos pueden ser simples o complejos; singulares y generales; favorables, de gravamen y de doble efecto; definitivos y de mero trámite; actos que ponen fin a la vía administrativa; actos firmes; actos confirmatorios y reproductorios; actos constitutivos y declarativos; actos reales, personales y mixtos; actos de una ejecución o de ejecución prolongada; actos administrativos necesitados de colaboración y acto político o de gobierno. CORDERO VERGA, LUIS. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Thomson Reuters. AbeledoPerrot. Legal Publishing. P. 250-260. A su vez, Jorge Bermudez Soto clasifica a los actos administrativos de la siguiente manera: (i) según la potestad ejercida, pueden ser reglados y discrecionales; (ii) según el ámbito en que producen sus efectos, pueden ser actos administrativos internos o externos; (iii) según el número de Administraciones requeridas para su dictación, pueden ser actos simples y complejos; (iv) según su función en el procedimiento administrativo, pueden ser actos trámites o terminales; (v) según la fuente de su impugnabilidad, se encuentran aquellos que no admiten recursos como los firmes, los consentidos y los confirmatorios; (vi) según el efecto en la esfera jurídica del particular, están los actos favorables y los desfavorables; (vii) según la naturaleza del derecho otorgado al particular, están los actos concesión, permiso y autorización; (viii) según la extensión de los efectos del acto, están los dirigidos a una persona en particular, a un grupo determinado de personas y los generales; (ix) según la incidencia en el

ARCHIVO es un acto: (i) discrecional, porque emana de la potestad discrecional que el DL 211 confiere al Fiscal Nacional Económico en su artículo 39 inciso primero; (ii) terminal, porque declaró inadmisibile la denuncia y decidió no iniciar una investigación; (iii) negativo, porque denegó lo solicitado por la denunciante; y (iv) de intención, porque la FNE se autoimpuso no hacer algo, esto es, iniciar una investigación. En el extremo podría incluso ser considerado un acto administrativo de autorización, porque permitió que TPS continuara cobrando la TARIFA. En lo que sigue profundizaremos en el carácter discrecional de la decisión del FNE por la importancia que reviste para los efectos de este informe en derecho.

24. Los actos discrecionales emanan de la potestad discrecional que la ley le puede asignar a un órgano de la Administración del Estado para el ejercicio de sus funciones. A diferencia de la potestad reglada, esto es, aquella en la que la ley *“impone al poder público la decisión que se adoptará cuando se esté en presencia de ciertas circunstancias o se cumplan ciertos requisitos”*<sup>8</sup>, la potestad discrecional *“introduce en el proceso aplicativo una estimación subjetiva de la Administración, al permitirle decidir entre una pluralidad de opciones o alternativas”*<sup>9</sup>. Una facultad discrecional es, en definitiva, *“una facultad atribuida por ley a un órgano de la Administración del estado, para que éste, frente a una determinada situación que motive su actuar, pueda adoptar libremente, y dentro de los márgenes que le fija el ordenamiento jurídico, la decisión que estime más razonable, conveniente, oportuna y eficaz, y proporcionada de acuerdo a los*

---

patrimonio jurídico del destinatario del acto, están los constitutivos y los declarativos; (x) según la forma en que cumplen sus efectos jurídico, están los puros o simples y los sujetos a modalidad; y (xi) según la forma de expresión del acto, están los expresos y los tácitos o presuntos. BERMUDEZ SOTO, JORGE. *Derecho Administrativo General*. AbeledoPerrot. Legal Publishing. P. 82-84. Por último, Claudio Moraga Klenner, los clasifica según los siguientes criterios: (i) actos trámite y actos terminal; (ii) actos generales y singulares, actos internos y externos; (iii) actos positivos y actos negativos, actos favorables y actos de gravamen; y (iv) actos de intimación y actos de intención. MORAGA KLENNER, Claudio. *Tratado de derecho administrativo. La actividad formal de la administración del Estado*. AbeledoPerrot, pág. 105 y ss.

<sup>8</sup> CASTRO FUENTES, Camila Antonieta. *El control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política. Octubre 2023. Pág. 3.

<sup>9</sup> CORDERO VERGA, *Op. Cit.*, pág. 83.

*antecedentes que la justifican, evitando así incurrir en un acto u omisión arbitrario*<sup>10</sup> (cita del artículo de Jaime Arancibia Mattar “Concepto de Discrecionalidad Administrativa en la Jurisprudencia emanada del recurso de protección”, Revista de Derecho Público N° 60 julio-diciembre, facultad de Derecho Universidad de Chile, 1996, pp 104-105).

25. En otras palabras, la discrecionalidad implica que la ley le otorga a la autoridad un margen de actuación para que pueda optar por una solución u otras, todas jurídicamente válidas, pero siempre dentro del ámbito de la ley que le confiere potestades a la autoridad para adoptar decisiones. Lo anterior no es otra cosa que una expresión del principio de legalidad consagrado en el artículo 6° de la Constitución Política, según el cual *“los órganos del Estado deben someter su actuación a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”*.
26. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina está más o menos conteste en que no existen actos puramente reglados y actos puramente discrecionales. Según Bermúdez, *“el punto es que no existirían una categoría de actos discrecionales o reglados 100% puros, sino actos más o menos reglados y actos más o menos discrecionales”*<sup>11</sup>. Por su parte, Cordero afirma que *“no hay potestades discrecionales, sino potestades donde alguno de sus elementos son discrecionales”*<sup>12</sup>. Esto quiere decir que, en el caso de los actos discrecionales, las autoridades no son completamente libres para decidir, ya que tienen que expresar fundadamente los motivos y fines de la opción que adoptan, la que, como es lógico, deberá ser coherente con los objetivos que la ley le asigna para el cumplimiento de sus funciones. Así, *“la libertad de apreciación que goza el órgano de la Administración para decidir sobre la aplicación de la norma administrativa a un caso concreto no es absoluta, ya que debe reconocer la norma legal, siendo*

---

<sup>10</sup> SAAVEDRA FERNÁNDEZ, Rubén. *Discrecionalidad Administrativa*. AbeledoPerrot. Legal Publishing. Pág. 11.

<sup>11</sup> BERMUDEZ SOTO, JORGE. *Op. Cit.* Pág. 82.

<sup>12</sup> CORDERO VERGA, LUIS. *Op. Cit.* pág. 84.

*esta el límite, margen o estándar bajo el cual debe actuar la Administración; además, dicha decisión es elegida entre dos o más opciones basándose en el principio de proporcionalidad, en la oportunidad y según la conveniencia de acción, dentro de lo que la ley ha señalado, estando fundamentada en la satisfacción del bien común expresada en la norma”<sup>13</sup>.*

27. En otras palabras, el ejercicio de potestades discrecionales, no regladas o semi discrecionales, como quiera llamárseles, no puede importar un libre albedrío para la autoridad, porque se debe evitar caer en la ilegalidad o en la arbitrariedad. La discrecionalidad enfrenta como límites la ley y sus objetivos, la razonabilidad y la proporcionalidad, requisitos de todo acto administrativo. Como sostiene Reyes, *“la libertad de elección de la Administración, ante diversas alternativas, no significa que la que elija quede al margen del principio de juridicidad. Dicho de otra manera, el ejercicio de una facultad discrecional importa la posibilidad de elección entre dos o más opciones que se ajusten a derecho. En efecto, toda decisión de un órgano del Estado -aunque pueda elegir entre muchas- se encuentra sometida a los arts. 6° y 7° de la Carta Política”<sup>14</sup>* (subrayado propio).
28. Sobre la arbitrariedad, se deben tener presente especialmente dos normas. Por un lado, el artículo 19 N°2 de la Constitución Política, conforme al cual ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias, y la garantía establecida en el número 22 del mismo artículo, que prohíbe al Estado y sus organismos no entregar un trato discriminatorio. Es lo que algunos denominan la interdicción de la arbitrariedad. En esta materia, la Corte Suprema ha señalado algo bien relevante para este informe. De acuerdo con su criterio *“resulta arbitraria la conducta de una autoridad administrativa que habiendo decidido, sin incurrir en violación de la ley, de un modo determinado, modifica posteriormente su proceder*

---

<sup>13</sup> CASTRO FUENTES, *Op. Cit.*. Pág. 3.

<sup>14</sup> REYES RIVEROS, Jorge. *Los principios aplicables respecto del papel instrumental del Estado frente a los derechos y deberes de las personas*. Revista de Derecho Público vol. 1995 Nos. 57-58), pág. 155.

*sin que existan antecedentes que den fundamento a la alteración de su actuación”<sup>15</sup>*

29. La exigencia de la debida fundamentación de los actos administrativos, incluidos por cierto los actos discrecionales, tiene base legal, en los artículos 11 inciso segundo<sup>16</sup> y 41 inciso quinto<sup>17</sup> de la Ley N° 19.880. En este orden de ideas, una decisión es razonable cuando *“puede justificarse a partir de los hechos que le dieron motivo”<sup>18</sup>*, en tanto que la proporcionalidad *“dice relación con el deber de mantener un equilibrio entre la libertad de las personas y la potestad unilateral de la Administración de afectar situaciones jurídicas preexistentes o de constituir situaciones jurídicas nuevas, gravosas para el administrado”<sup>19</sup>*. Las decisiones de la autoridad deben ser claras y específicas, razonables: *“el decidir racionalmente hace referencia a un proceso en que todos los pasos previos que se encaminan a la decisión final, y ésta de por sí también, se encuentran fundamentados de manera lógica”<sup>20</sup>*.
30. En otras palabras, los actos administrativos deben estar motivados y cumplir con la finalidad que sirvió de base para su dictación, especialmente cuando se ejercen facultades discrecionales. Como señala Luis Cordero citando a Schmidt-Assman, *“[l]a motivación constituye un elemento esencial de toda decisión de un órgano público, en tanto ‘muestra que los actos administrativos son el resultado de*

---

<sup>15</sup> CORDERO VEGA, Luis. *Op. Cit.* Pág. 93. Corresponda a la cita de la Sentencia de la Corte Suprema que se puede encontrar en RDJ, T. XCIII (1996), N°2, Sección 5ª, Rol N°1587-96.

<sup>16</sup> “Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”.

<sup>17</sup> “Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada. Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno”.

<sup>18</sup> MORAGA KLENNER, Claudio. *Tratado de Derecho Administrativo*. AlbeloPerrot. Legal Publishing, pág. 91

<sup>19</sup> MORAGA KLENNER, *Op. Cit.* Pág. 92

<sup>20</sup> MORAGA KLENNER, *Op. Cit.* Pág. 91 (cita a Thieme Erner *Verwaltungslehre*. Ed. Alemania, 1984, p. 273).

*entrelazamiento de relaciones comunicativas”*<sup>21</sup>. En este mismo sentido, “[e]l principio de racionalidad, objetividad o congruencia con el interés general adquiere una significación especial cuando se trata del ejercicio de potestades o poderes administrativos calificados de exorbitantes o extraordinarios”<sup>22</sup>

31. En el caso de la Fiscalía Nacional Económica, el DL 211 le confiere a su máxima autoridad, el Fiscal Nacional Económico, un amplio margen de discrecionalidad para adoptar sus decisiones. En efecto, el inciso primero del artículo 39 dispone que el Fiscal “*en el ejercicio de sus funciones, será independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Podrá en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones*”.
  
32. El fundamento de esta potestad discrecional de la cual goza el Fiscal Nacional Económico encuentra su fundamento en la tarea que la ley le ha asignado, esto es, defender y promover la libre competencia en los mercados, *en la esfera de sus atribuciones* (artículos 1º y 2º del DL 211), para lo cual le entrega amplias facultades en el artículo 39, las que puede ejercer, como se señaló, discrecionalmente. La discrecionalidad encuentra entonces plena justificación por la titánica tarea que la ley asigna a la FNE -defender y promover la libre competencia en los mercados-, ya que, como es lógico, la autoridad no podrá fiscalizar, investigar ni estudiar cómo están funcionando todos los mercados. En este sentido, el Fiscal Nacional Económico todos los días debe tomar decisiones discrecionales como las investigaciones que prioriza, las denuncias que se

---

<sup>21</sup> CORDERO VEGA, *Op. Cit.* Pág. 108.

<sup>22</sup> RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. *El principio general del derecho de confianza legítima*. Ciencia Jurídica. Departamento de Derecho. División de Derecho Política y Gobierno, Universidad de Guanajuato - Año 1, No. 4, 2013.

desestiman y las que se declaran admisibles, la apertura de oficio de una investigación, la elección de los estudios de mercado que estime convenientes, el archivo de investigaciones con o sin compromisos de conductas, la presentación de requerimientos, la decisión sobre qué resoluciones o decisiones del TDLC debe fiscalizar, el otorgamiento o no del beneficio de la delación compensada, etc. Todas estas decisiones las adopta según su buen criterio, atendiendo diferentes elementos de juicio como la oportunidad, eficacia, eficiencia y economía procesal, entre otros.

33. Sin embargo, esta amplísima discrecionalidad no implica, como se ha dicho, que el Fiscal pueda adoptar una solución sin tener a la vista el estatuto legal conforme al cual debe adoptar sus decisiones y sus objetivos. En este sentido, al momento de optar por una solución u otra, ambas jurídicamente válidas, deberá atenerse a aquella que más convenga a los fines de promoción y defensa de la libre competencia que la ley le asigna, lo que deberá hacer de manera razonada y fundada, ya que de lo contrario incurriría en la denominada desviación de poder. Como señala la Corte Suprema a propósito de las potestades del Fiscal Nacional Económico: *“se trata de potestades no regladas, lo que no implica arbitrariedad, pues las actuaciones del organismo deberán ser concordantes con el objetivo considerado por la normativa al otorgar tales atribuciones, esto es, la promoción y defensa de la libre competencia en los mercados”*<sup>23</sup>.

34. En el caso concreto de las resoluciones de archivo, estas exigencias de fundamentación razonada también deben ser cumplidas, máxime si estamos en presencia de un organismo altamente técnico y sofisticado, que goza de una alta valoración ciudadana y que con sus acciones emite señales a los agentes económicos que son internalizadas por éstos para sus decisiones comerciales. La decisión de desestimar una denuncia y no iniciar una investigación, o de archivar

---

<sup>23</sup> Sentencia de la Corte Suprema Rol N°3444.2009, c° 8°.

una investigación ya iniciada, debe basarse en un estricto análisis jurídico-económico de los hechos objeto de la denuncia o de la investigación, según sea el caso, para lo cual los informes o minutas previos de la División respectiva son los elementos esenciales que le permiten al Fiscal tomar una decisión razonada.

35. En relación con la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO las exigencias de fundamentación y razonabilidad se encuentran ampliamente cumplidos. Como ya se explicó en la segunda sección de este informe, la MINUTA que le sirve de base analizó, desde un punto de vista jurídico y económico, las condiciones de competencia entre los puertos de la V Región, el tipo de carga que se movilizaba en los distintos terminales portuarios, las rutas comerciales alternativas al Puerto de Valparaíso, la regulación de los servicios básicos en el contrato de concesión de TPS y en las bases de licitación y, por supuesto, el estudio acabado de la TARIFA.
36. Establecido entonces que una resolución dictada por una autoridad administrativa en el ejercicio de una potestad discrecional debe estar debidamente fundada, ser razonable, no arbitraria y proporcional, la pregunta que cabe hacer dice relación con los efectos que un acto de este tipo produce para los administrados.
37. Para comenzar, están los efectos que se señalan expresamente en la Ley N°19.880, esto es, la presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios (artículo 3° inciso final). Adicionalmente, de lo que se trata en este informe en derecho es de auscultar los efectos que el acto produce en los destinatarios directos e indirectos de la decisión de la autoridad.
38. Esto es particularmente importante en materia de libre competencia porque la norma de textura abierta establecida en el artículo 3° del DL 211, que establece las conductas prohibidas, requiere que se vayan fijando sus contornos no solamente por la jurisprudencia del TDLC, sino también por las decisiones de la FNE en la

labor de promoción de la competencia que le asigna la ley. Prueba de lo anterior son las numerosas guías, materiales de promoción y otros documentos que ha emitido el órgano fiscalizador con el objeto de ir estableciendo criterios que orientan la actuación de los agentes económicos. Del mismo modo, la publicación de sus resoluciones e informes, incluidas por cierto las resoluciones que declaran inadmisibles una denuncia también cumplen con ese fin. Todas estas actuaciones sin duda producen un efecto en los administrados quienes tienen que ir adecuando sus conductas a los criterios de la autoridad.

39. Ahora bien, la circunstancia que los actos administrativos producen efectos está fuera de toda discusión. Como sostiene el citado Moraga “[e]l *acto administrativo es el modo tradicional como la Administración ha concretizado sus decisiones orgánicas que provocan consecuencias jurídicas*” (subrayado propio); luego cuando este mismo autor define el acto administrativo, insiste en este elemento cuando afirma que los actos administrativos son “[a]ctos *jurídicos dictados por órganos de voluntad pertenecientes a organizaciones administrativas, destinadas a producir un efecto jurídico especial, ya sea que se trate de crear, modificar o extinguir una situación jurídica, o investir a una persona de dicha situación o hacer constar una situación preexistente o reconocer u otorgar a una persona un derecho*”<sup>24</sup> (subrayado propio).
40. Como se puede ver, las consecuencias o efectos de un acto administrativo son amplias y afectan no solo al destinatario del acto, sino también a aquellos que se encuentren en una situación jurídica tal que pueda ser alcanzada por los efectos del mismo.
41. Pues bien, en mi opinión, en el ámbito de la libre competencia, las decisiones de las autoridades de protección de la libre competencia, en este caso particular de

---

<sup>24</sup> MORAGA KLENNER, *Op. Cit.* Pág. 85.

la FNE, producen consecuencias jurídicas no solo a los destinatarios directos del acto, sino también a aquellos operadores del mercado que se encuentran en una posición jurídica que pueda verse afectada por el acto administrativo. Siguiendo en esta materia a Phillips, la posición jurídica es “*cualquier situación en que un individuo se encuentra como resultado de la aplicación del ordenamiento jurídico a su caso particular o como resultado de la planificación de conducta hecha por el individuo de acuerdo con normas, decisiones o conductas que tienen su origen en la autoridad pública*”<sup>25</sup> (subrayado propio). En el mismo sentido, Falbin arguye que “[e]l acto administrativo es una declaración unilateral de alcance particular dictado por el Estado, en ejercicio de funciones administrativas, que produce efectos jurídicos directos e inmediatos sobre terceros”<sup>26</sup> (subrayado propio).

42. De lo anterior se colige que cualquier decisión de una autoridad puede afectar la conducta de un individuo -en el caso de la libre competencia los agentes económicos-, razón por la cual la autoridad debe estar plenamente consciente acerca de las consecuencias de sus actos. Es más, para Phillips, no solo las decisiones de la autoridad, materializadas en actos administrativos formales y escritos, producen efectos en los administrados, sino también cualquier conducta de esta puede afectar su *posición jurídica*.
43. Por lo expuesto, es dable concluir que los efectos de la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO no solo alcanzaron a los denunciante y denunciado -TPS- sino también a todos aquellos que se encontraban en una misma *posición jurídica*, en este caso, por un lado, los importadores y exportadores, y, por otro lado, las empresas concesionarias de frentes de atraque de la V Región.

---

<sup>25</sup> PHILLIPS LETELIER, Jaime. *La Protección de Expectativas en el Derecho Administrativo Chileno*. Tirant lo Blanche, pág. 31.

<sup>26</sup> FALBIN, Carlos. *Manual de Derecho Administrativo*. Thomson Reuters, pág. 334.

#### IV. EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y LA TARIFA COBRADA POR DPWSAI

44. Conforme a la contestación de DPWSAI al requerimiento de la FNE, aquella habría actuado de buena fe, confiando en que tanto el órgano persecutor como EPSA consideraban perfectamente lícita la práctica consistente en la fijación y cobro de la TARIFA. En otras palabras, habría operado en el caso *sub lite* el principio de confianza legítima de parte de esta concesionaria portuaria, con las consecuencias que ello conlleva de cara a la responsabilidad que se le pueda imputar, según veremos en la siguiente sección de este informe en derecho.
45. En forma previa al análisis sobre la procedencia de aplicar el principio de confianza legítima a las actuaciones de DPWSAI, cuyo deber de protección por parte de los órganos de la Administración del Estado hoy no es discutible, resulta imprescindible entender a qué nos referimos cuando se menciona este principio.
46. El principio de la confianza legítima no está expresamente recogido en nuestro ordenamiento jurídico, pero es posible inferirlo del artículo 1º inciso cuarto de la Constitución Política, conforme al cual “[e]l Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (subrayado propio).
47. A esta norma, que, para Cordero Vega, consagra el principio de *servicialidad* del Estado<sup>27</sup>, debe agregarse el principio de la seguridad jurídica establecido en el artículo 19 N° 26 de la Carta Magna, el de interdicción de la arbitrariedad por parte

---

<sup>27</sup> CORDERO VERGA, LUIS. *Op. Cit.* Pág. 108.

de los organismos del Estado (artículo 19 N°2 de la Constitución Política), así como el de buena fe, que inspira todo nuestro ordenamiento jurídico, y la doctrina o teoría de los actos propios *-venire contra proprium factum nulli conceditur-*, “*principio general del derecho fundado en la necesidad de respetar y reconocer los efectos de las situaciones jurídicas creadas y asumidas por el mismo sujeto que después las reclama*”<sup>28</sup>. Como señala Díez-Picazo, “[e]l ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando no se utiliza para la finalidad objetiva o función económica social para la cual ha sido atribuido a su titular, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico”<sup>29</sup>.

48. En definitiva, el principio de confianza legítima es el equivalente al principio de buena fe con que deben actuar los órganos de la Administración del Estado. Sobre este tema, la Excm. Corte Suprema ha señalado que “[e]ste principio protector exige que se mantengan las situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados, quienes confían en la continuidad de las relaciones surgidas de actos firmes de la Administración”<sup>30</sup>.
49. Un análisis más acabado sobre los elementos que comprende este principio, lo podemos encontrar en la Sentencia Rol N°59.302-2021 de la misma Corte Suprema, en los siguientes términos:

“(…) resulta necesario partir señalando que el principio de la confianza legítima, aunque de reciente reconocimiento a nivel doctrinario y jurisprudencial en nuestro país, sienta sus raíces en otros principios y doctrinas de larga data. Situados en la disciplina del derecho administrativo no puede limitarse su

<sup>28</sup> Sentencia de la Corte Suprema Rol N°7.962-2015, c. 13°

<sup>29</sup> Díez-Picazo, Luis. *La doctrina de los propios actos, un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Bosh Casa Editorial, pág. 14.

<sup>30</sup> Sentencia de la. Corte Suprema Rol N°2.514-2019, c. 7°

consagración, temporalmente, sólo a la publicación del Dictamen N° 85.700 de 2016, confirmado luego por el Dictamen 6.400 de marzo de 2018, ambos de la Contraloría General de la República, pues sus bases se encuentran en principios y doctrinas anteriores, como lo es el principio de la seguridad jurídica, inherente al Estado de Derecho y al orden jurídico mismo; en el de protección de la buena fe, esencial como guía de conducta que debe regir los comportamientos de los sujetos de derecho y de las personas en general; 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 ésta se mantendrá en el tiempo (...) En particular, y para dar protección a los administrados frente a la actuación de la administración estatal, el principio de la protección de la confianza legítima 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 (...) 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 que es anterior al señalado dictamen del órgano contralor: 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>31</sup>(subrayado propio).

---

<sup>31</sup> Sentencia Corte Suprema Rol N°59.302-2021. C. 5°.

50. A nivel doctrinario, el principio de la confianza legítima ha sido recogido en el derecho y doctrina internacional, y ha tenido, como señala la sentencia de la Excma. Corte Suprema citada en el párrafo 49 anterior, un interesante desarrollo jurisprudencial y doctrinario en Chile.
51. Así, José Antonio Martínez señala que “[e]l principio de protección de la confianza legítima se traduce, en último término, en la irrevocabilidad de las situaciones subjetivas consentidas y admitidas. Es una técnica de protección de las situaciones consolidadas; una salvaguarda de los derechos frente a la Administración; una garantía del ciudadano que ha acomodado su actuación a como legítimamente podía suponerse que iba a actuar la Administración ponderando los precedentes, la legalidad aplicable, y las situaciones ya consolidadas”<sup>32</sup>.
52. En el derecho del *common law*, el principio de confianza legítima -*legitimate expectations*- también ha sido tratado. Robert Thomas sostiene que “[el principio de las expectativas legítimas se refiere a la relación entre la administración pública y el individuo. Busca resolver el conflicto fundamental entre el deseo de proteger la confianza del individuo en las expectativas generadas por la actuación administrativa y la necesidad de la Administración de perseguir objetivos de política cambiantes. ... Por lo tanto, el principio se enfoca en el grado en que las expectativas de un individuo pueden ser protegidas ante un cambio de política que tiende a socavarlas”<sup>33</sup> (traducción propia). En el mismo sentido, Schonberg, afirma que “las decisiones y representaciones administrativas se han convertido en una

---

<sup>32</sup> MARTÍNEZ, José Antonio. *El principio de la confianza legítima en la actuación de la Administración. Su origen y tratamiento jurisprudencial*, Diego Marín Librero Editor, Murcia, 2012. Pág. 141.

<sup>33</sup> “The principle of legitimate expectations concerns the relationship between public administration and the individual. It seeks to resolve the basic conflict between the desire to protect the individual’s confidence in expectations raised by administrative conduct and the need for administrators to pursue changing policy objectives”. THOMAS, Robert. *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*. Hart Publishing. Pág. 41.

*parte integral de la planificación a largo plazo y de las decisiones cotidianas de la población*<sup>34</sup> (traducción propia).

53. A nivel del derecho comunitario europeo, la Corte de Justicia de la Unión Europea incorporó este principio en el caso August Tupper v. Commission (1978), en los siguientes términos: “*Considerando que el motivo basado en la violación de dicho principio [de confianza legítima] es admisible en el marco de un recurso con arreglo al artículo 173, ya que dicho principio forma parte del ordenamiento jurídico comunitario, de manera que su inobservancia constituiría una «violación del Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución» en el sentido del citado artículo*”.
54. En Chile, como ya se señaló, la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema ha recogido este principio. A nivel doctrinario, diversos autores se han referido a él. Bermúdez Soto señala que la confianza legítima ha de entenderse como “*el amparo que debe dar el juez al ciudadano frente a la Administración Pública, la que como ha venido actuando de una determinada manera, lo seguirá haciendo de esa misma manera en lo sucesivo y bajo circunstancias (políticas, sociales, económicas) similares*”<sup>35</sup>. Por su parte, Cordero Vega afirma que este principio es una manifestación de la *principio de servicialidad*, establecido en el inciso 4° del artículo 1° de la Constitución Política (el Estado al servicio de la persona humana), o dicho de otro modo, es *esta la norma* que sirve de base al principio de confianza legítimo, según el cual “*no es admisible, sin afectar la buena fe y lealtad que debe existir en la Administración y los ciudadanos, disponer de un comportamiento oportunista de parte de esta (al cambiar de opinión drásticamente), afectando*

---

<sup>34</sup> “(.....) *administrative decisions and representations have become part and parcel of the population’s long term planning and day to day decisions*”. SCHONBERG, Soren. *Legitimate Expectations in Administrative Law*. Oxford. Pág. 1.

<sup>35</sup> BERMUDEZ SOTO, JORGE. *Op. Cit.* Pág. 63.

esas condiciones favorables y generando consecuencias negativas para la estabilidad y seguridad jurídica”<sup>36</sup>.

55. Un punto de vista muy interesante sobre este principio es el del ya citado Phillips, según el cual no solo los derechos adquiridos deben ser objeto de protección sino también “las expectativas inducidas en los particulares por las decisiones de la autoridad”<sup>37</sup> (subrayado propio), para lo cual introduce el concepto de *inconsistencia temporal y posición jurídica* del administrado, concluyendo en qué condiciones o situaciones el particular puede confiar razonablemente en la Administración. Así, señala este autor, se entiende por acto de la Administración temporalmente inconsistente “cualquier decisión de la autoridad pública que altere en algún modo normas dictadas o decisiones tomadas en el pasado, ya provengan de la misma autoridad que actúa o de una distinta, y que afecte la posición jurídica de un particular formada por las normas o decisiones alteradas por la autoridad”<sup>38</sup> (subrayado propio). En el párrafo 41 se cita la definición que Phillips entrega sobre posición jurídica, pero en lo que interesa a esta informe, es conveniente resaltar que dicha posición dice relación con *la planificación de conducta hecha por el individuo de acuerdo con normas, decisiones o conductas que tienen su origen en la autoridad pública*.
56. Siguiendo con Phillips, deberían darse dos condiciones<sup>39</sup> para que proceda la aplicación del principio de confianza legítima: (i) la actuación de una autoridad, cualquier decisión -como podría ser la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO y el registro de la Tarifa por parte de EPSA- que *induzca* en un administrado una expectativa *referida al comportamiento que en el futuro tendrá un órgano administrativo*; y (ii) esperar

---

<sup>36</sup> CORDERO VERGA, LUIS. *Op. Cit.* Pág. 109.

<sup>37</sup> PHILLIPS LETELIER, Jaime. *Op. Cit.* Pág. 26.

<sup>38</sup> PHILLIPS LETELIER, Jaime. *Op. Cit.* Pág. 30.

<sup>39</sup> PHILLIPS LETELIER, Jaime. *Op. Cit.* Pág. 30.

que la decisión sea estable o permanezca en el tiempo, aunque no sea apta para producir derechos adquiridos.

57. Una vez efectuadas estas precisiones sobre el contenido del principio de confianza legítima, la pregunta que naturalmente surge es si la actuación de DPWSAI, consistente en la fijación y cobro de la TARIFA, fue racional y se hizo pensando de buena fe que no estaba cometiendo infracción alguna a sus obligaciones emanadas del Contrato y, muy especialmente, de las normas de la libre competencia.
  
58. Para responder dicha interrogante resulta útil hacer un recuento o cronología temporal de los hechos relevantes en esta materia, los que no han sido discutidos en la causa Rol C N°506-2024.
  - a. El 15 de octubre de 2009 el TDLC emitió el Informe N°6/2009, en el que, como se ha señalado, se determinó que los servicios básicos debían estar sujetos a una tarifa máxima, dentro de los cuales se encuentran los servicios de transferencia de carga.
  - b. El 5 de mayo de 2011 se adjudicó la licitación del Frente de Atraque Costanera-Espigón, en cuyas bases se cumplió lo ordenado por el TDLC en el citado informe y, por consiguiente, se determinó que los servicios básicos, entre los cuales están los de transferencia de carga, están sujetos a valores máximos. Asimismo, en este documento se otorgaron a EPSA facultades fiscalizadoras, entre las cuales se encuentran la de controlar el cumplimiento del contrato de concesión, registrar las tarifas que le presente el concesionario y negarse a dicho registro cuando no se adecuen a las bases, el contrato de concesión y el Informe N°6/2009.
  - c. La misma materia se encuentra regulada en el contrato de concesión de fecha 8 de agosto de 2011.
  - d. A partir del 25 de septiembre de 2019, TPS comenzó a cobrar la TARIFA.

- e. El 16 de marzo de 2020 la FNE dictó la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO, resolución que fue publicada en el sitio web de dicho servicio.
  - f. Con posterioridad, el 15 de octubre de 2020, DPWSAI solicitó a EPSA se le autorizara a realizar la apertura de las tarifas básicas de Transferencia de Contenedores, mediante la creación de la Tarifa de Seguridad en Transferencia de Contenedores.
  - g. El 20 de octubre de 2020, la empresa portuaria autorizó a DPWSAI a cobrar dicha tarifa previa incorporación en su Manual de Servicios.
  - h. Con fecha 9 de noviembre de 2020, STI comenzó a cobrar la TARIFA.
  - i. El 15 de febrero de 2021, DPWSAI comenzó a cobrar la TARIFA.
  - j. El 17 de marzo de 2021, la FNE instruyó el inicio de la investigación Rol N°2645-21 FNE, vale decir, aproximadamente 5 meses después de que EPSA autorizara a DPWSAI el cobro de la TARIFA.
  - k. Casi 3 años después la FNE, el 12 de marzo de 2024, interpuso el requerimiento en contra de TPS, STI y DPWSAI.
59. De la correlación de hechos descrita en el párrafo anterior, es posible sacar ciertas conclusiones: (i) la decisión de DPWSAI de solicitar a EPSA el registro de la TARIFA sólo la adoptó siete meses después de que la FNE dictara la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO; (ii) la decisión de DPWSAI de fijar y cobrar la TARIFA sólo la adoptó después que las otras concesionarias portuarias requeridas empezaron a hacerlo, vale decir, es una seguidora o *follower*; (iii) la decisión de DPWSAI de fijar y cobrar la TARIFA fue adoptada, como es lógico, una vez que fuera comunicada por EPSA su autorización, sujeta a la previa inclusión en el Manual de Servicios; (iv) el escaso tiempo que media entre la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO, mediante la cual la FNE decidió no iniciar una investigación por la fijación y cobro de la TARIFA, y la resolución que dio inicio a la investigación Rol N°2645-21 FNE, lo que da cuenta de una inconsistencia temporal relevante.

60. La contundencia de los hechos descritos en el párrafo 58 y las conclusiones a que es posible arribar a partir de ellos, señaladas en el párrafo precedente, permiten concluir inevitablemente que DPWSAI actuó de buena fe, sin ninguna conciencia de estar haciendo algo ilícito, producto de la confianza que depositó en la actuación de la FNE y su RESOLUCIÓN DE ARCHIVO, así como la autorización de dicha TARIFA por parte de EPSA, quien tenía la facultad de negarse a hacerlo en caso que la misma hubiera conllevado un incumplimiento del Contrato.
61. Como se analizó *supra*, DPWSAI adoptó legítimamente una *posición jurídica* por la decisión de la autoridad -tanto de la empresa portuaria estatal como de la FNE-, de tal manera que requerirla ahora por los mismos hechos -el cobro de la TARIFA- por los cuales originalmente la FISCALÍA decidió no iniciar una investigación, no puede sino vulnerar el principio de confianza legítima. En otras palabras, DPWSAI tenía una legítima expectativa que fue *inducida* por decisiones de las autoridades -FNE y EPSA-, ambos órganos de la Administración del Estado (artículo 1º Ley 18.575).
62. Se trata, como se ha señalado, de los mismos hechos, lo que puede ser advertido del objeto de los actos de la FNE:
- a. Por una parte, el objeto investigación Rol N°2589-19 que terminó con la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO decía relación con una denuncia sobre la incorporación de una nueva tarifa de TPS por el concepto de seguridad en la carga.
  - b. Luego está el objeto de la investigación Rol N°2645-21, la que también se inició por una denuncia sobre la implementación de una tarifa básica de seguridad, por parte de TPS y STI, a la carga cobrada a los propietarios de la misma -importadores y exportadores- con la autorización de empresas portuarias EPV y EPSA, la cual sería ilegal y anticompetitiva.

c. Finalmente está el objeto del requerimiento: la FNE acusa a las requeridas de haber infringido el artículo 3° incisos primero y segundo letra b) del DL 211 al ejecutar, cada una, un abuso de posición dominante, consistente en el cobro injustificado de una tarifa básica por concepto de seguridad en la transferencia de carga, a los importadores y exportadores cuyas mercancías se movilizan a través de los terminales portuarios que operan tales empresas en la Región de Valparaíso.

63. En este orden de ideas, es aconsejable citar la jurisprudencia del TDLC en la materia. Como se razonará, de su análisis se puede inferir que en este caso si procede proteger la confianza legítima con que actuó DPWSAI al fijar y cobrar la TARIFA. Veamos esos precedentes.

64. En la Sentencia N°115/2011, el TDLC acoge la procedencia de este principio. La empresa dominante en el mercado de comercialización de cigarrillos había sido requerida por la FNE por haber incumplido las obligaciones que le impuso la Sentencia N°26/2005. Uno de los argumentos que esgrimió esa requerida fue, precisamente, el de confianza legítima por el beneplácito que la FNE había dado al borrador de los nuevos contratos de publicidad. En este sentido el Tribunal consignó que ello pudo *“haber contribuido a generar en la denunciada una confianza legítima respecto de que tales convenciones se ajustaban a derecho”*<sup>40</sup>, lo que finalmente aminoró su culpabilidad a tal punto que el TDLC no le impuso una multa (*“la negligencia de Chiletabacos no es de una entidad tal que amerite la imposición de una multa a beneficio fiscal pero sí la adopción de las medidas”*<sup>41</sup>).

65. Nótese que en el caso descrito precedentemente, en el que se recogió el principio de protección de la confianza legítima, la requerida se encontraba en una posición

---

<sup>40</sup> Sentencia TDLC N°115/2011. c. 63°.

<sup>41</sup> Sentencia TDLC N°115/2011. c. 67°.

más frágil que DPWSAI para invocar esa eximente de responsabilidad, por dos razones. Primero, había sido condenada por el Tribunal con el máximo de la multa vigente al año 2005 (Sentencia N°26/2005) y, segundo, era una empresa que tenía una superdominancia derivada de su altísima participación de mercado (sobre el 90%), por lo que debía tener un especial deber de cuidado (tal cual se recoge en dicha sentencia en su considerando 65°).

66. Enseguida, está la Sentencia N°191/2024 dictada en la causa Rol C N°411-2020. En dicho proceso, la empresa demandada invocó el principio de confianza legítima por lo que no habría concurrido el elemento subjetivo del ilícito anticompetitivo imputado. Fundó esta alegación en el hecho que la FNE en tres oportunidades habría revisado las cláusulas contractuales que se cuestionaban en el requerimiento, sin que las objetara. Sin embargo, el TDLC, luego de analizar las tres investigaciones del órgano persecutor, concluyó que ninguna de esas investigaciones recayó en las conductas específicas imputadas en la referida causa, razón por lo cual desestimó esta alegación.
67. Como se puede apreciar, la situación planteada en la causa referida en el párrafo anterior, es distinta a aquella que se expone en el caso del requerimiento de la FNE en contra de las tres concesionarias portuarias por el cobro de la TARIFA. En efecto, en este último caso y como se señaló en el párrafo 62, en el presente asunto el objeto de la investigación Rol N°2589-19, de la investigación Rol N°2645-21 y del requerimiento, es el mismo, razón por la cual sí es plenamente procedente la invocación en este caso del principio de confianza legítima con que actuó DPWSAI y su ausencia de culpabilidad, como se explicará *infra*.

## **V. LA ACTUACIÓN DE LA FNE VULNERÓ EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA**

68. Como se ha venido razonando, la actuación de DPWSAI se fundó en la legítima expectativa de que cumplía cabalmente con las obligaciones impuestas en el Contrato -en su calidad de concesionario del frente de atraque Costanera-Espigón-, en las Bases y en el Informe N°6/2009, así como de no estar incurriendo en ningún ilícito anticompetitivo, todo ello por las razones que entregó la autoridad competente en la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO, además del registro de la TARIFA por parte de EPSA.
69. Por lo anterior, es posible concluir que la decisión de la FNE, esto es, abrir una nueva investigación y la posterior presentación de un requerimiento en contra de TPS, STI y DPWSAI, por el cobro de la TARIFA, quebrantó la confianza legítima que tenían estas concesionarias portuarias y, en especial, la última de ellas, de estar actuando conforme a las normas de la libre competencia.
70. Si bien es cierto que los órganos de la Administración del Estado, como son la FNE y EPSA, pueden cambiar su parecer sobre alguna decisión adoptada en el pasado, ello debe ser realizado sobre la base de un cambio en las circunstancias que sea relevante y, además, debe considerar los derechos adquiridos e incluso las meras expectativas de quienes se encuentran en una *posición jurídica* a la que alcanzan los efectos del acto. En efecto, *“aunque se acepte que las normas o decisiones de la autoridad están sujetas a mutaciones en el tiempo, ello no implica que toda posición jurídica debe estar expuesta al cambio”*<sup>42</sup>(subrayado propio). En otras palabras y como sostiene la Excma. Corte Suprema en el fallo citado en el párrafo 49 de este informe, un cambio de criterio por parte de la Administración *sólo puede ampararse si se funda en razones legítimas, las que deben expresarse, fundamentarse y sostenerse con claridad y precisión frente al administrado.*

---

<sup>42</sup> Phillips, *Op. Cit.*, pag. 173.

71. En efecto, el cambio de criterio debe estar suficientemente fundado. Como señalan Osorio y Vilches, “(...) *una modificación de cierto ‘precedente administrativo’, sea de naturaleza interpretativa o aplicativa de normas, impone un deber al órgano de la Administración del Estado a motivar expresamente su decisión, orientar sus efectos solo a futuro (no pueden tener efectos retroactivos) y comunicar el cambio a los afectados, tal como hemos expuesto con anterioridad. Un ‘cambio de criterio’, sin el cumplimiento de estos requisitos mínimos, constituye un acto ilegal o arbitrario*”<sup>43</sup> (subrayado propio).
72. En el caso de la libre competencia esto es particularmente relevante, ya que el dinamismo propio de las actividades económicas y los cambios que pueden sufrir las estructuras de los mercados, habilitan a la FNE cambiar una decisión, pero dicho cambio debe ser fundado en nuevos antecedentes que sean relevantes y el cambio de parecer debe estar suficientemente motivado. Sin embargo, no se aprecia en el caso que en este informe se analiza un cambio fáctico en las circunstancias que amerite tan drástica modificación de posición.
73. Como se señaló, la FNE afirma que se justificaría la interposición del requerimiento, a pesar de la existencia de la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO, no por no tratarse de unas mismas materias investigadas, sino que en el hecho que en ésta “*el análisis de admisibilidad reflejado en la resolución de archivo se limitó a verificar las condiciones formales establecidas por las bases de licitación y el contrato de concesión de TPS, para la fijación de tarifas de los servicios sujetos a valores máximos. En el mismo sentido, la Minuta de Archivo de fecha 3 de marzo de 2020 analizó principalmente el cumplimiento de tales restricciones formales para la determinación de las tarifas*”<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> OSORIO, Cristóbal y VILCHES, Leonardo. *Derecho Administrativo. Acto administrativo*, tomo II, DER Ediciones. Pág. 292

<sup>44</sup> Requerimiento nota al pie N° 1, pág. 3.

74. Esta escueta explicación no se condice con el contenido de la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO y la MINUTA, actos suficientemente fundados como para generar una confianza no solo a sus destinatarios -denunciantes y denunciado- sino también a todos aquellos operadores económicos que se encontraban en la misma *posición jurídica*, como DPWSAI. La FNE analizó en los párrafos 7 a 14 de la MINUTA, no solo si se cumplían las condiciones y obligaciones emanadas del contrato de concesión y de las bases de licitación, sino también y muy especialmente, las condiciones de competencia y el funcionamiento del mercado. Dicho análisis comprendió: (i) una evaluación de las actividades de TPS consistentes en las cargas movilizadas entre los años 2016 y 2019; (ii) la consideración sobre la competencia que se presenta en los puertos de uso público de la Región de Valparaíso; (iii) el total de las toneladas movilizadas por los puertos de uso público de la Región de Valparaíso; y (iv) las rutas comerciales de los servicios navieros en Chile que hacen uso del Puerto de Valparaíso.
75. Como se aprecia entonces, se trata de un análisis que va más allá de la mera constatación formal del cumplimiento de las obligaciones que tenía el concesionario derivadas del Contrato y de las Bases. Si solo se hubiera limitado a esto último, todo el análisis expuesto en el párrafo anterior no habría tenido ningún sentido. Es más, las conclusiones de la MINUTA no se limitan a señalar que la TARIFA se encuentra conforme a la regulación expuesta en el Contrato y en las Bases (párrafo 35), ya que en la primera de dichas conclusiones señala que “(.....) *la incorporación de la tarifa por el concepto de seguridad, dentro de los servicios portuarios básicos, no configuraría una eventual infracción al Decreto Ley N°211*” (párrafo 34 de la MINUTA, subrayado propio). Vale decir, la FNE no dio inicio a la investigación por la causal establecida en la letra a) del párrafo 28 de su Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones, esto es, “*cuando la denuncia se refiera a hechos, actos o convenciones que no sean o no aparezcan como constitutivos de infracciones al DL 211*”.

76. Asimismo, en ninguna parte de la MINUTA o de la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO, la FNE esgrime como razón de su decisión de archivar la denuncia (i) la falta de colaboración prestada frente a sus requerimientos de información; (ii) la omisión o retardo en la entrega de la misma; (iii) reparos respecto de la calidad, integridad o veracidad de la información; o (iv) la falta de antecedentes suficientes para realizar diligencias que permitan reunir la pertinente denuncia, con el fin de esclarecer lo expuesto en la misma. Vale decir, contaba con todos los antecedentes de juicio para dictar una resolución fundada.
77. Por otra parte, tanto en la MINUTA como en la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO se indica que la FNE tiene las facultades de analizar la apertura de una nueva investigación sobre esta situación “*en caso de contar con nuevos antecedentes que así lo ameriten*” (subrayado propio). Pues bien, la pregunta que cabe hacerse es ¿cuáles fueron esos nuevos antecedentes que ameritaron abrir una nueva investigación por los mismos hechos y presentar posteriormente un requerimiento?
78. Ya examinamos que la FNE no lo justifica en su requerimiento, más allá de lo que señala la nota al pie número 1, recién transcrita. La única diferencia que existe entre ambas denuncias -la archivada y la admisible- son los denunciantes y los denunciados (la segunda denuncia también iba dirigida a STI), pero los hechos son los mismos. Esto, en opinión del suscrito, no constituye un nuevo antecedente que ameritaba abrir una nueva investigación, ni menos interponer un requerimiento. Se trata, en consecuencia, simplemente de una actuación *temporalmente inconsistente* que no tiene una justificación robusta.
79. En este mismo orden de consideraciones, también se debe tener presente que, tal como se adelantó en el párrafo 71, si la autoridad cambia de criterio y con su nueva decisión afecta las legítimas expectativas de quienes se encontraban en una cierta *posición jurídica*, vale decir, aquellos cuya conducta fue *inducida* por la decisión

administrativa, la autoridad debe comunicar el cambio de opinión a los afectados y, en lo posible, otorgar un plazo de transición para que los administrados puedan adaptar su conducta al nuevo criterio adoptado por la autoridad. Incluso más, la Excma. Corte Suprema ha señalado que el cambio de criterio no solamente debe estar debidamente fundado, sino que también debe escucharse al afectado por el acto administrativo<sup>45</sup>.

80. En materia de política de competencia esto es perfectamente posible y deseable. La FNE cuenta con las herramientas para permitirle a las partes adaptarse a su cambio de parecer, sin lesionar o afectar sus legítimas expectativas. En el caso en estudio, el órgano persecutor podría (i) haber celebrado un acuerdo extrajudicial con los investigados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 letra ñ) del D.L. N° 211; o (ii) resolver el archivo de la investigación Rol N°2645-21, con compromisos de las concesionarias portuarias de cambios de conducta.
81. Particularmente relevante es el segundo camino que habría podido adoptar la FNE para que las concesionarias portuarias pudieran adaptar su conducta a su nuevo criterio. De acuerdo con Eduardo Cordero, ello es perfectamente posible, ya que *“la facultad de ordenar el cierre de la investigación es de carácter discrecional, y ésta se puede adoptar aun en el caso que nos encontremos frente a ilícitos monopólicos, como ocurre con los acuerdos extrajudiciales, pues el objetivo final*

---

<sup>45</sup> “Que, frente a asuntos que deban resolver en el ejercicio de sus [a]tribuciones si los órganos de la Administración del Estado deciden cambiar de parecer, alterando el criterio que han venido empleando con anterioridad a dicha modificación, como ha ocurrido en la especie, ellos deben citar previamente al administrado para que sus opiniones sobre el cambio que pretende introducir la autoridad, con el objeto que pueda formular los argumentos de hecho y de derecho que estime necesario y éstos sean escuchados previamente por el organismo encargado de resolver. Este es el camino razonable que busca armonizar los intereses contrapuestos existentes entre ciudadanos y Administración, pues, primero, de este modo se limita la arbitrariedad en que antojadizamente pueda incurrir la Administración del Estado al alterar el cambio de criterio que ha venido sosteniendo inalterablemente, segundo, garantiza la estabilidad y la certeza jurídica de los gobernados en sus relaciones con el Estado, evitando las alteraciones sorpresivas en el marco relacional, y, tercero, garantiza que el afectado pueda ejercer los derechos que estime convenientes para la resolución del asunto de que se trate”. Sentencia Corte Suprema Rol N° 22.337-2019, c. 2°.

*de la ley no es de carácter estrictamente punitivo, sino que aspira a ‘promover y defender la libre competencia en los mercados’ (artículo 1º), por su parte y en el mismo sentido, el objetivo general de la FNE es el ‘resguardo de la libre competencia en los mercados’ (artículo 2º)”<sup>46</sup>.*

82. De todo lo expuesto, a modo de conclusión, es pertinente señalar que la decisión de la FNE de abrir una nueva investigación y, posteriormente, presentar un requerimiento importó un cambio de criterio en relación con los fundamentos de la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO y de la MINUTA. A juicio del suscrito, los nuevos antecedentes que explicarían o, en palabras de la FNE, ameritarían este cambio de criterio, no son de una entidad tal que lo justifique. Además de lo anterior, el cambio de criterio no está suficientemente motivado, ya que como se indicó, solo se explica en la nota al pie número 1 del requerimiento, sin entregar una explicación robusta.
83. Por lo expuesto, la decisión de la FNE de presentar un requerimiento en contra de TPS, STI y, muy especialmente, en contra de DPWSAI, es un acto arbitrario, que supera la potestad discrecional que la ley le ha conferido al Fiscal Nacional Económico en el artículo 39 inciso primero del D.L. N°211.

**VI. CONSECUENCIAS DE LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE CONFIANZA LEGÍTIMA. AUSENCIA DE CULPABILIDAD DE DPWSAI**

84. Establecido entonces que DPWSAI actuó de buena fe al fijar la TARIFA, confiando en la decisión primitiva de la FNE contenida en la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO y en el registro de la TARIFA por parte de EPSA, y que la FISCALÍA vulneró el principio de protección de la confianza legítima que tenía dicha concesionaria portuaria, quien se encontraba en una misma posición jurídica que el denunciado TPS de la primera

---

<sup>46</sup> CORDERO, Eduardo, *Op. cit.* Pág. 199.

denuncia, lo que corresponde es determinar ahora cuáles serían las consecuencias que podría tener para DPWSAI la resolución del presente caso.

85. Para responder a esa interrogante, es necesario realizar una breve exposición sobre las ideas matrices del derecho de la competencia y el tipo de responsabilidad que se genera para quien infringe sus normas.
86. La política y el derecho de la libre competencia es una regulación indirecta de las actividades económicas que se hace efectiva, principalmente, a través de la sanción de contravenciones. Como dice Coloma, las normas de regulación indirecta *“pueden caracterizarse como aquellas que implican una intervención excepcional de la autoridad pública en el funcionamiento de un mercado cuando se producen determinadas circunstancias especificadas por las propias normas”*<sup>47</sup> y que *“[l]a forma de aplicar un número importante de regulaciones económicas indirectas consiste en la sanción de conductas consideradas ilícitas a través de multas”*<sup>48</sup>.
87. Bajo esta perspectiva, las sanciones en el derecho de la competencia -en especial las multas- son instrumentos que sirven para regular y prevenir conductas, en este caso, atentados a la libre competencia. Sin embargo, aún bajo esta mirada, la aplicación de una sanción administrativa, como son las que aplica el TDLC para hacer efectiva la responsabilidad infraccional o contravencional de un agente económico, debe tener presente ciertos principios de imputabilidad propios del derecho penal. En este sentido, como bien apuntan Montt y Grunberg, *“si bien la teoría de la prevención constituye la principal justificación para el diseño y aplicación de sanciones en el ámbito de la competencia, la visión retributiva no deja por ello de establecer algunos límites externos a la imputación de*

---

<sup>47</sup> COLOMA, Germán. *Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio*. Pág. 253.

<sup>48</sup> COLOMA, Germán. *Op. Cit.* Pág. 254.

*infracciones. Como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, la sanción administrativa o infraccional constituyen manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”<sup>49</sup>.*

88. En efecto, existe cierto consenso en que la imposición de sanciones por parte de la Administración, como las multas, es una manifestación del *ius puniendi* estatal y, como consecuencia de ello, se deben aplicar los principios del Derecho Penal, con los denominados matices<sup>50</sup>. Esta sería una de las características distintivas del Derecho Administrativo Sancionador. En este sentido, Eduardo Cordero afirma que *“la relación que existe entre las sanciones administrativas y penales ha sido uno de los puntos de discusión de más antigua data. Partiendo por una separación tajante y natural, se ha llegado a afirmar la identidad ontológica de las mismas, al punto de constituir variantes en el ejercicio del ius puniendi del Estado al momento de implementar una política represiva en resguardo de determinado bienes jurídicos”<sup>51</sup>.*

89. En el caso de la política y el derecho de la competencia, las sanciones y medidas que se pueden aplicar a quien comete un atentado a la libre competencia, no las aplica la Administración, sino un tribunal especial como es el TDLC. Es, en palabras de Cordero, un contencioso represivo -por contraposición a un contencioso administrativo-, que *“tiene por objeto que el juez aplique medidas de gravámenes concretas a un particular, como puede ser en los casos que la sanción debe ser aplicada por el juez y no por la Administración. Es lo que sucede en materia de derecho de los consumidores, pesca o libre competencia. En ellas la*

---

<sup>49</sup> GRUNBERG, Jorge & MONTT, Santiago. *La prueba de la colusión*. Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia. FNE 2017. Pág.313.

<sup>50</sup> Al efecto, el concepto de los matices fue introducido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N°244 de 1996 y reiterado, entre otras, en las sentencias Rol N°479 y Rol N°480, ambas de 2006.

<sup>51</sup> CORDERO QUINZACARA, Eduardo. Los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración en el derecho chileno. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLII. Pág. 402.

*Administración carece de potestad sancionadora directa, por lo cual se requiere recurrir a un tribunal para la aplicación de la misma”<sup>52</sup>.*

90. En este orden de ideas, Cristián Romero realiza una clasificación más sofisticada en la materia, distinguiendo distintas manifestaciones del *ius puniendi* estatal, entre las cuales considera al Derecho Penal, el Derecho Administrativo Sancionador, el Derecho Disciplinario y el Derecho Contravencional, situando en este último al Derecho de la Libre Competencia. La distinción es interesante pues en el caso del Derecho Contravencional, el autor señala que, si bien es una manifestación del *ius puniendi* estatal, “*se caracteriza porque tribunales no penales imponen la sanción*”<sup>53</sup>.
91. Luego, la pregunta que surge es si se deben aplicar o no los principios del Derecho Administrativo Sancionador, dentro de los cuales está el de la culpabilidad, al Derecho de la Libre Competencia.
92. La mayor parte de la doctrina estima que si deben aplicarse dichos principios. Por ejemplo, Valdés sostiene que “[s]i bien es cierto que la libre competencia no tiene una directa vinculación con la Administración del Estado, no es menos efectivo que aquélla es un contenido del orden público económico tutelado judicial y administrativamente por el tribunal antimonopólico, creado por el Decreto Ley 211. La justicia distributiva, en su específica forma de igualdad ante la ley, exige extender las garantías construidas por la legislación, doctrina y jurisprudencia penal en favor de los responsables de injustos monopólicos atendido el carácter administrativo sancionatorio de éstos y la continuidad de naturaleza entre aquéllos y los injustos penales”<sup>54</sup>. Del mismo modo, para Juan José Romero, la imposición

---

<sup>52</sup> CORDERO VEGA, Luis. *Op. Cit.* Pág. 620.

<sup>53</sup> ROMERO CORDERO, Cristián. *La sanción administrativa y las fronteras del derecho administrativo sancionador*. *Ius Publicum* N° 40 (2018) 115-139. Pág. 129.

<sup>54</sup> VALDÉS PRIETO, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 229.

de una multa en sede de libre competencia es el “reflejo de la acción punitiva del Estado”<sup>55</sup>. En igual sentido, Raúl Núñez sostiene que “no parece ser discutido que los ilícitos anticompetitivos contenidos en el artículo 3 del DL 211 son una manifestación del llamado derecho administrativo sancionador del Estado.....Así, el estatuto jurídico de las sanciones en derecho de la competencia comprendería las garantías constitucionales de legalidad, principio de culpabilidad, entre otras, pero con un menor grado de intensidad que en el orden jurisdiccional penal”<sup>56</sup>.

93. La Excma. Corte Suprema también hizo alusión a este tema en el bullado caso Farmacias. En la sentencia que rechazó los recursos de reclamación de Cruz Verde y Salcobrand, el máximo tribunal señaló los principios del derecho administrativo sancionador que debían ser tomados en consideración para la adecuada resolución de dichos recursos, señalando al efecto que “*existen principios generales que corresponde tener presente en todo el derecho sancionador y, sin duda, en el que regula la libre competencia, tanto en sus aspectos substanciales o materiales, como en los procesales o adjetivos*”<sup>57</sup>, destacando dentro de los derechos sustantivos el de culpabilidad<sup>58</sup>, sobre el cual volveremos más adelante.
94. En una posición minoritaria están los profesores Arancibia y Tapia. En su prevención expuesta en la Sentencia del TDLC N°160/2015 que resolvió el caso del papel Tissue, estos juristas señalaron que el derecho de la competencia formaría parte del *ius corrigendi* estatal y no del *ius puniendi*, “*pues persigue corregir antes que penar conductas, exigir el cumplimiento de obligaciones antes que retribuir*

---

<sup>55</sup> ROMERO GUZMÁN, Juan José. *Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta Evidencia es Suficiente?* Documento de Trabajo, Centro de Libre Competencia UC, Febrero 2007, p. 35.

<sup>56</sup> NÚÑEZ, Raúl. *Libre Competencia y Debido Proceso*. Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia. FNE 2017. Pág. 269.

<sup>57</sup> Sentencia Corte Suprema Rol N°2578-2012, c. 75°.

<sup>58</sup> En el mismo sentido Luis Cordero señala que dentro de los principios sustantivos del derecho administrativo sancionador, está el de culpabilidad. Cordero, Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 420.

*males con males, cobrar antes que castigar*<sup>59</sup>, razón por la cual concluyeron que el estándar de prueba que debía aplicarse en sede de competencia era el civil del balance de probabilidades.

95. Como se anticipó, dentro de los principios del derecho penal que deben ser aplicados, con matices, a todo procedimiento sancionatorio llevado a cabo por un órgano de la Administración del Estado y también, como se señaló, por el TDLC, está sin duda alguna el de la culpabilidad. Como señala Barrientos, “[p]ara declarar la existencia de una infracción administrativa e imponer la sanción correspondiente, no basta con que la infracción esté tipificada sino que es necesario que se aprecie en el sujeto infractor el elemento denominado culpabilidad”<sup>60</sup>.

96. La culpabilidad en materia de libre competencia no es, por tanto, objetiva, tal cual lo han señalado tanto el TDLC como la Excma. Corte Suprema. El primero de ellos dispuso en la Sentencia N° 167/2019 lo siguiente:

*“Que, en efecto, como se ha sostenido en sentencias anteriores (por ejemplo, en Sentencia N°147/2015, considerandos 8° y 9°), el incumplimiento normativo sólo da origen a responsabilidad administrativa en esta sede cuando es culpable, esto es, el sujeto infringe la norma habiendo podido respetarla. En otras palabras, 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 incurre en responsabilidad el sujeto que incumple la norma producto de un acto u omisión que le era imposible evitar o resistir. En este sentido, la responsabilidad no es estricta u objetiva, entendida esta como aquella que se produce con independencia de la culpa del sujeto, sino por culpa o negligencia”*<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> Sentencia TDLC N°160/2017, prevención ministros Tapia y Arancibia. P. 17.

<sup>60</sup> BARRIENTOS CASTRO, Elías. *La culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. DER Ediciones. Pág. 5

<sup>61</sup> Sentencia TDLC N°167/2019, c. 177°.

97. Por su parte, la Corte Suprema también ha hecho referencia a la procedencia de la culpabilidad como un requisito insalvable antes de declarar la responsabilidad infraccional o contravencional de un agente económico, en los siguientes términos:

*“La culpabilidad es el reproche normativo que se hace a una persona porque ésta debió haber actuado de modo distinto a como lo hizo. En materia de sanciones por infracciones administrativas puede decirse que la culpabilidad es la relación psicológica de causalidad entre la acción imputable y la infracción de disposiciones administrativas”<sup>62</sup>.*

98. Siguiendo los lineamientos anteriores, es posible extraer tres conclusiones que son sumamente importantes para este informe:

- a. No se puede declarar responsable a algún agente económico de cometer un atentado a la libre competencia, sin antes realizar un examen sobre su culpabilidad.
- b. La culpabilidad en materia de libre competencia no es objetiva, criterio que ha sido confirmado tanto el TDLC como la Corte Suprema, y, por consiguiente, debe ser realizado un juicio de valor sobre la culpabilidad del infractor
- c. No incurre en responsabilidad el sujeto que incumple la norma producto de un acto u omisión que le era imposible evitar o resistir; en otras palabras, cuando existe un error invencible de prohibición.

99. Como se ha venido razonando, DPWSAI ha empleado el debido cuidado al establecer la TARIFA. Solo lo hizo después de que se dictara la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO, luego que EPSA la registrara, y una vez que TPS y STI comenzaron su cobro. Lo hizo de absoluta buena fe, confiando en los términos contenidos en dicha resolución, emanada de un órgano altamente sofisticado y técnico, quien

---

<sup>62</sup> Sentencia Corte Suprema Rol N°2578-2012, c. 75°.

afirmó que el cobro de la TARIFA no configuraba un atentado a la libre competencia y, por tanto, no procedía abrir una investigación.

100. De esta manera, ha concurrido en la especie una causal de exculpación, por ausencia de culpabilidad, derivada de un error de prohibición invencible<sup>63</sup>. Como señala Barrientos, “[e]l error de prohibición es invencible (o inevitable) cuando el autor no es responsable de él, cuando el desconocimiento de la antijuridicidad del hecho no ha podido evitarse observando la diligencia o cuidado debido”<sup>64</sup>. Es más, dentro de las hipótesis de invencibilidad este autor cita una que es plenamente aplicable a los hechos que motivaron el requerimiento de la FNE, cual es el *deficiente asesoramiento proporcionado por la misma Administración*, el que tiene como causa tanto la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO como el registro de la TARIFA por parte de EPSA.

101. En materia de libre competencia, la jurisprudencia reseñada en los párrafos 64 a 66 da cuenta que la procedencia de la alegación del principio de confianza legítima y, por tanto, del error de prohibición, sí tiene asidero en esa sede, acogiéndolo en parte en el caso de Chiletabacos y, al menos, analizando su procedencia en el caso del Canal de Fútbol, en el que el TDLC no descartó su admisibilidad en esa sede, sino que rechazó dicha alegación en ese caso concreto porque no se daban los presupuestos para aceptarlo.

---

<sup>63</sup> En materia penal también se ha aceptado por la doctrina el error de prohibición como una causal de exculpabilidad. Así, por ejemplo, Cury sostiene que “[e]l sujeto se encuentra en un error de prohibición cuando éste recae sobre la antijuridicidad de la conducta, de tal manera que la ejecuta por la convicción de estar obrando lícitamente. En tales condiciones es, por consiguiente, imposible dirigirle el reproche de culpabilidad ...” (subrayado propio) Cury Urzúa, Enrique. *Derecho penal Parte General Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 64. En el mismo sentido Politoff et al argumentan que el error de prohibición inevitable es una causal de exclusión de culpabilidad, “ya prácticamente unánime en la doctrina y jurisprudencia comparadas” y que “sólo recientemente ha tenido acogida en nuestra jurisprudencia, influida por el meritorio trabajo del profesor Enrique Cury, actual Ministro de la Corte Suprema”. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 324-326.

<sup>64</sup> BARRIENTOS CASTRO, Elías. *Op. Cit.* Pág. 93.

102. La procedencia del principio de confianza legítima en sede de libre competencia fue recientemente discutido a propósito de los casos de *interlocking* que dieron lugar a las sentencias números 202/2025 y 203/2025 del TDLC. En ambos casos el Tribunal afirmó que solo procedía su aplicación como atenuante de responsabilidad, más no como eximente, sosteniendo “*que aun cuando pueda argumentarse que la confianza legítima es un principio transversal al derecho administrativo chileno, el D.L. N° 211 como ordenamiento regulador de la defensa de la competencia no contempla la confianza legítima como eximente de la responsabilidad derivada de la infracción a sus normas*”<sup>65</sup>.
103. Sin embargo, como se ha venido sosteniendo, el error de prohibición invencible derivado de la confianza legítima con que actuaron los administrados por actos de la Administración, como es el caso que se ha analizado en este informe, es una causal de exculpación, lo que determina que falta un presupuesto básico para que se configure la responsabilidad infraccional del administrado, en este caso, DPWSAI. Por consiguiente, no estamos en presencia de una causal de justificación o eximente de responsabilidad, en este caso infraccional, sino en la falta de uno de los requisitos básicos para que una persona pueda ser declarada responsable en sede de libre competencia, cual es la culpabilidad.
104. Por consiguiente, en el caso objeto de este informe, sí estamos en presencia de un error de prohibición y, por lo tanto, DPWSAI no puede ser declarada culpable, toda vez que dicho error es invencible producto de la posición jurídica en que se encontraba y los términos de la RESOLUCIÓN DE ARCHIVO, así como el registro de la TARIFA por parte de EPSA. Como se ha latamente explicado a lo largo de este documento, DPWSAI no solo desconocía que el cobro de la Tarifa iba a constituir un acto ilícito, sino que, muy por el contrario, pensaba que su conducta contaba con el beneplácito de las autoridades -FNE y EPSA-. En este sentido, se podría

---

<sup>65</sup> Sentencia N° 202/2025, c° 171° y Sentencia N°203/2025, c° 93°.

sostener que ambas autoridades con sus actos han otorgado un *deficiente asesoramiento* a las empresas concesionarias portuarias, y, por lo tanto, no pueden ser declaradas culpables de cometer un abuso explotativo de una eventual posición dominante.

105. En suma, del examen de los antecedentes tenidos a la vista, no puede sino concluirse que DPWSAI no puede ser declarada responsable por la infracción que le imputa la FNE.

### CONCLUSIONES

- 1) Las decisiones de las autoridades públicas producen efectos en los administrados quienes, ante un cambio de opinión de la autoridad que no está suficientemente fundado, pueden ver afectados no solo sus derechos adquiridos, sino que también sus legítimas expectativas.
- 2) La FNE archivó la denuncia Rol N°2589-19 en contra de TPS fundada en el análisis que había realizado en la MINUTA, en la cual señaló, entre otras consideraciones, que la TARIFA cobrada por dicha concesionaria portuaria no era un cobro adicional y que, sumada a la tarifa de transferencia, era igual o menor que la antigua tarifa de transferencia y, por lo tanto, no superaba la tarifa máxima, lo que restringe el ejercicio de poder de mercado por parte de esa concesionaria portuaria.
- 3) Por la razón anterior, la FNE afirmó, al archivar dicha denuncia, que no se configuraría una infracción al DL 211 que ameritara el uso de las facultades investigativas de la FNE.
- 4) La actuación de la FNE, antes descrita, produjo expectativas legítimas en los administrados que se encontraban en una misma posición jurídica que TPS, entre ellos DWPSAI, quien confió razonablemente en la autoridad y, como consecuencia

de ello, obtuvo la autorización de EPSA para registrar la TARIFA, sin que la empresa portuaria estatal haya puesto reparo alguno.

- 5) El cambio de criterio de la FNE, un año después de considerar que el cobro de la TARIFA no constituiría una infracción al DL 211, no encuentra su justificación en un cambio de circunstancias relevante y, por consiguiente, se ha producido un quebrantamiento del principio de confianza legítima por la inconsistencia temporal del órgano persecutor.
- 6) La responsabilidad en materia de libre competencia no es objetiva y, por lo tanto, debe ser realizado un juicio sobre la culpabilidad del presunto infractor.
- 7) Un agente económico, como DPWSAI, no poder ser declarado culpable en esta sede si ha confiado legítima y razonablemente en las actuaciones de la FNE y de EPSA, pues concurre en la especie un error de prohibición invencible.

ENRIQUE  
VERGARA  
VIAL

Firmado digitalmente  
por ENRIQUE VERGARA  
VIAL  
Fecha: 2025.07.01  
12:03:59 -04'00'

ENRIQUE VERGARA VIAL