

Opinión Legal

**Sobre la procedencia de que la FNE pondere normativa,
general y anticipadamente la actual potestad otorgada para
el ejercicio exclusivo de la acción penal que le otorga la
actual legislación**

Ramiro A. Mendoza Zúñiga
Decano, Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez
Profesor de Derecho Administrativo
P. Universidad Católica de Chile – Universidad Adolfo Ibáñez
Abogado, Universidad de Chile

Pedro Aguerrea Mella
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Adolfo Ibáñez
Abogado, Universidad de Chile

Diciembre, 2017

Temario

§ Objeto de la opinión

1. La Fiscalía Nacional Económica: acerca de su naturaleza jurídica y de la normativa que le es aplicable. La Fiscalía Nacional Económica es un servicio público, integrante de la Administración del Estado

2. Acerca de las potestades públicas y, en particular, de aquella conferida a la FNE por el artículo 64 de la ley

2.1 Acerca de las potestades en general

- Las potestades son un poder-deber
- Las potestades son de obligatorio ejercicio
- Las potestades son otorgadas por la Constitución o por la ley
- Las potestades son otorgadas a un órgano público
- Las potestades son un instrumento para servir a las personas y promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas y fomentando el desarrollo del país

2.2 Acerca de la potestad que el artículo 64 de la ley confiere al Fiscal nacional Económico

2.3 Caracteres de la potestad del artículo 64 de la ley

- El titular de la potestad es el Fiscal Nacional Económico, en tanto jefe superior de la FNE, a cargo de la misma, conforme lo señala el artículo 33 de la ley
- Es una atribución exclusiva, privativa y excluyente
- Es una potestad condicionada y condicionante
- Es una potestad administrativa
- Es una potestad decisoria
- Es una potestad sujeta a un plazo
- Es una potestad discrecional

3. Acerca del carácter discrecional de la potestad del artículo 64 de la ley

3.1 Acerca de la *calificación jurídica de los hechos* como elemento constitutivo de la discrecionalidad

4. Acerca de las expresiones “podrá” y “deberá” que emplea el artículo 64 de la ley

- (a) La infracción al deber de probidad
- (b) El notable abandono de deberes del alcalde

5. Acerca de la potestad del Fiscal Nacional Económico para dictar instrucciones acerca del ejercicio de la potestad del artículo 64 de la ley

§ Conclusiones

§ Objeto de la opinión

La Fiscalía Nacional Económica ha solicitado nuestra opinión acerca del sentido y alcance del artículo 64 del decreto ley N°211, de 1973, que, agregado a este cuerpo legal por la ley N°20.945¹, dotó a la Fiscalía de la potestad de deducir querrela criminal por el delito de colusión. Se consulta acerca de los alcances de dicha potestad administrativa y sobre la forma en que la Fiscalía Nacional Económica debería ejercerla.

La opinión se requiere en el contexto de la elaboración de un instrumento interno, por medio de la cual la superioridad del servicio pretende predefinir criterios que se tendrían en cuenta para el eventual ejercicio de la acción penal en casos futuros. En este aspecto, se consulta sobre el fundamento jurídico de tal predeterminación.

¹ Publicada en el Diario Oficial de 3.8.2016.

1. La Fiscalía Nacional Económica: acerca de su naturaleza jurídica y de la normativa que le es aplicable

Naturaleza jurídica: la Fiscalía Nacional Económica es un servicio público, integrante de la Administración del Estado

Conforme lo establece el artículo 33 del decreto ley N°211, de 1973² (en adelante, “la ley”), la Fiscalía Nacional Económica³ (en adelante, “la Fiscalía” o “FNE”) es *“un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.”*⁴.

De acuerdo al artículo 2° del decreto ley N°211, junto al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “TDLC”), a la Fiscalía le corresponde “en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados.”.

Considerando su naturaleza de servicio público, su relación de supervigilancia con el Presidente de la República y las funciones que la ley le ha encomendado, resulta que la FNE constituye un organismo creado *“para el cumplimiento de la función administrativa”*, que integra la Administración del Estado, conforme lo establece el artículo 1° de la ley N°18.575, resultándole aplicable, en consecuencia, el régimen jurídico propio de esos organismos.

² Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el artículo único del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (D.O. 7.03.2005).

³ Creada como “Fiscalía” por el artículo vigésimo primero del texto original del decreto ley N°211 -que fija normas para la defensa de la libre competencia (D.O. 22.12.1973)-, se la denominará “Fiscalía Nacional Económica” luego de las modificaciones introducidas a ese cuerpo legal por el decreto ley N°2.760, de 1979 (D.O. 5.07.1979). Su personalidad jurídica deriva del decreto ley N°3.551, de 1980 (D.O. 2.01.1981), cuyo art. 2° dispuso que “La Fiscalía Nacional Económica, el Servicio Nacional de Aduanas, la Dirección del Trabajo y la Superintendencia de Seguridad Social, serán instituciones autónomas, con personalidad jurídica, de duración indefinida, y se relacionarán con el Ejecutivo a través de los Ministerios de los cuales dependen y se relacionan en la actividad. Estas instituciones serán denominadas para todos los efectos legales, como “Instituciones fiscalizadoras” y el domicilio de ellas será la ciudad de Santiago, (...).”.

Dicha condición sería sintetizada y consolidada mediante la ley N°19.610 (D.O. 19.05.1999), que reemplazó el Título IV del decreto ley N°211: “Artículo 21.- La Fiscalía Nacional Económica será un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.”.

⁴ Como lo ha indicado la Contraloría General, el que la FNE tenga tal calidad jurídica implica capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones y contar con patrimonio propio, ello por constituir este una universalidad jurídica que es un atributo inherente a la personalidad (dictamen 29.535, de 1987).

En efecto, según lo disponen los artículos 28 y 29 de la citada ley N°18.575, de acuerdo a la tipología de entidades que considera dicho cuerpo legal y como expresamente lo señala el artículo 33 de la ley, la FNE es un *servicio público* (encargado de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua), de carácter *descentralizado* (esto es, dotado de la personalidad jurídica y el patrimonio propios que la ley le ha asignado) y que se encuentra sometido a la *supervigilancia* del Presidente de la República *a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo*⁵ (cuyas políticas, planes y programas le corresponderá aplicar).

En tanto organismo integrante de la Administración del Estado, la FNE se encuentra sujeta al principio de juridicidad que prevén los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, así como a todas las normas y principios constitucionales que someten la acción de los órganos del Estado. Además de la ley que la crea y organiza, a la FNE le resultan aplicables la citada ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; la ley N°19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado; la ley N°19.886, en materia de contratación; el decreto ley N°3.551, de 1981, y la ley N°18.834 (Estatuto Administrativo), en materia de personal⁶; el decreto ley N°1.263, de 1975, ley de administración financiera del Estado, en materia presupuestaria⁷; la ley N°20.880; las respectivas leyes de presupuestos del sector público y, en general, todas las normas legales y reglamentarias aplicables a los organismos de la Administración.

Por lo mismo, y de conformidad al artículo 98 de la Constitución Política, la FNE se encuentra sometida a la fiscalización de la Contraloría General de la República, lo que se expresa, además de la toma de razón de determinados actos del servicio⁸ -de acuerdo a la

⁵ Conforme lo dispuesto en el art. 54 de la ley N°20.423.

⁶ Arts. 35, 36 y 38 de la ley.

⁷ Art. 44 de la ley.

⁸ Como por ejemplo, aquellos a que se refieren los oficios 12.709, de 2016; 4.419, de 2015; 72.952, de 2014; 44.193, de 2012, y 51.438, de 2011, entre otros, todos de la Contraloría General de la República, y que se refieren a actos administrativos de la FNE, examinados en toma de razón por ese Organismo de Control.

ley y a la resolución N°1.600, de 2008-, en el ejercicio de la potestad dictaminante por parte del Ente Contralor, cuya jurisprudencia resulta obligatoria para la FNE^{9 10 11}.

Puesto que se trata de una persona jurídica creada por ley, la FNE es una *persona jurídica de derecho público* -puesto que estas son las únicas entidades que puede crear el legislador¹²-, a la que, por lo tanto, no se le aplican las disposiciones del título XXXIII del Libro I del Código Civil, sino que se rige “*por leyes y reglamentos especiales*”, tal como lo establece el inciso segundo del artículo 547 de ese código.

En tanto organismo integrante de la Administración del Estado, la FNE se encuentra regida por el principio jerárquico¹³.

En armonía con este principio, el inciso segundo del citado artículo 33 de la ley dispone que la FNE “*Estará a cargo de un funcionario denominado Fiscal Nacional*

⁹ Respecto de la jurisprudencia administrativa en general y de los dictámenes en particular, Alejandro Guzmán Brito, *La interpretación administrativa en el derecho chileno*, Legalpublishing (2014); Rodrigo Céspedes Proto, *La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa*, Revista Chilena de Derecho Vol. 28 N°1, pp. 149-159, 2001 (Sección Jurisprudencia); Eduardo Soto Kloss, *Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa del Estado*, Revista Chilena de Derecho, Vol.26 N°2, pp. 399-403, 1999, Sección Estudios; Enrique Silva Cimma, *Derecho Administrativo chileno y comparado, Introducción y fuentes*, Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed. (1996); Iván Aróstica Maldonado, *Notas sobre los dictámenes de la Contraloría General de la República*, XX Jornadas de Derecho Público, Valparaíso, 1989, t.2; pp. 531-553; Carlos Ducci Claro, *Interpretación jurídica* (2. Contraloría General de la República), Editorial Jurídica de Chile (1977), pp. 161-180, y Mario Verdugo Marinkovic, *Efectos vinculantes de los precedentes del Tribunal Constitucional en la actividad de la Contraloría General de la República*, en Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Año 4, N° 1, pp.223-231.

También, Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, Abeledo Perrot - Thomson Reuters, 3ª ed., Santiago, 2012 (Capítulo III (La actividad jurídica de la Administración), (XV) Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa del Estado, (6) Los dictámenes de la Contraloría General de la República; (XV) La función dictaminante de la Contraloría General de la República).

¹⁰ En cuanto a su fundamento, se ha precisado que el carácter obligatorio y vinculante de los dictámenes o informes jurídicos emitidos por la Contraloría tiene su base normativa “*en los artículos 6°, 7° y 98 de la Constitución Política de la República, 2° de la ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y 1°, 5°, 6°, 9°, 16 y 19 de la ley N°10.336*” (dictámenes 63.885, de 2010, y 322 y 13.937, ambos de 2013).

¹¹ Al respecto, entre otros, los dictámenes 22.366, de 2017; 33.460, de 2016; 16.496, de 2012; 2.801, de 2011, y 45.465, de 2010, todos los cuales la Contraloría General se pronuncia acerca de la correcta aplicación de la normativa vigente en relación a la FNE.

¹² Ello conforme se establece en el art. 65 inc. cuarto N°2 de la Constitución Política de la República, en relación con el art. 63 N°14 de la misma Carta. Bajo la vigencia de la Constitución Política de 1925, ello se deducía de su art. 44 (original); y después de 1943, de la interpretación armónica de sus arts. 44 y 45 inc. segundo, de acuerdo a las modificaciones introducidas por la ley N°7.727, de reforma constitucional.

¹³ Al respecto, Manuel Daniel Argandoña, *La organización administrativa en Chile. Bases fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª. ed. Actualizada, Santiago (1985), p. 77 y ss.; Enrique Silva Cimma, *Derecho administrativo chileno y comparado. El servicio público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (1995), pp. 102 y ss.; Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, 3ª ed. Actualizada, Thomson Reuters, Santiago (2012), pp. 187 y ss.

Económico...”, precepto que se complementa y armoniza con el artículo 31 de la ley N°18.575, conforme al cual, los servicios públicos “estarán a cargo de un jefe superior denominado Director, quien será el funcionario de más alta jerarquía dentro del respectivo organismo”, sin perjuicio de que la ley pueda, en casos excepcionales, otorgar a los jefes superiores una denominación distinta, como precisamente ocurre en la especie.

De acuerdo a las normas citadas, conforme a la potestad de mando que emana de la jerarquía, al Fiscal Nacional Económico le corresponde dirigir, organizar y administrar a la FNE, controlarla y velar por el cumplimiento de sus objetivos, responder de su gestión y desempeñar las demás funciones que la ley le asigne.

Conforme al inciso quinto del artículo 33 de la ley, al Fiscal Nacional Económico le corresponderá ejercer tanto la jefatura superior como la representación judicial y extrajudicial del servicio, lo que también resulta concordante con lo dispuesto en el artículo 36 de la ley N°18.575 que dispone que la representación judicial y extrajudicial de los servicios descentralizados corresponderá a los respectivos jefes superiores.

2. Acerca de las potestades públicas y, en particular, de aquella conferida a la FNE por el artículo 64 de la ley

2.1 Acerca de las potestades en general

Las potestades se pueden definir como *“un poder-deber, otorgado por la Constitución o la ley, a un órgano público, para servir a las personas y promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas y fomentando el desarrollo del país”*^{14 15}.

a) Las potestades son un poder-deber

En primer lugar, son un poder, puesto que las atribuciones otorgan a su titular la prerrogativa de constituir, modificar, extinguir o resolver unilateralmente, y con fuerza imperativa, situaciones jurídicas que inciden en la condición de un tercero, sin la aquiescencia, consentimiento, aceptación o voluntad de dicho tercero. Respecto de la Administración del Estado, lo expresa positivamente el artículo 3° de la ley N°19.880, conforme al cual los actos administrativos gozan *“de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediere una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”*.

Luego, son un deber, puesto que se deben ejercer obligatoriamente, cada vez que se configuren los supuestos que la Constitución o la ley han previsto al respecto. No son *facultades* que se pueden ejercer o no¹⁶, al modo de los derechos que se pueden renunciar

¹⁴ Entre muchas otras conceptualizaciones distintas a la noción que proponemos, las potestades administrativas se han definido, en su esencia, como *“facultades o poderes de actuación o de decisión, que se imponen a los órganos administrativos en calidad de deberes”*, Claudio Moraga Klenner, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo VII: La Actividad Formal de la Administración del Estado*, Abeledo Perrot-Legalpublishing, Santiago (2010), p. 26.

Asimismo, sugerimos tener a la vista, Santi Romano, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Editorial EJE, Buenos Aires (1964), pp. 297 y ss.

¹⁵ *“El concepto de potestad se encuentra en íntima relación con otras nociones jurídicas, tales como derecho subjetivo, capacidad, relación jurídica, facultad, deber y obligación, y por ello la depuración teórica de este concepto, ha de formularse teniendo presente, estas otras nociones, ya que un análisis aislado del mismo conduciría inevitablemente, a errores e imprecisiones”*, José Luis Villar Palasí, *Apuntes de Derecho Administrativo*, tomo I, Editorial Dykinson, Madrid (1977), p. 161.

¹⁶ Es cierto que muchas veces la ley denomina a las potestades o atribuciones como *“facultades”* (v.gr. el art. 41 de la ley N°18.575); pero tal denominación no hace que su ejercicio sea *“facultativo”*, al modo del derecho privado, como sinónimo de opcional o no obligatorio. Vid. Santi Romano, *cit.*, pp. 332-335.

“con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia” (artículo 12 del Código Civil).

Como lo ha señalado la doctrina “...las competencias administrativas revisten la condición de poderes-deberes y no de derechos susceptibles de ser renunciados, puesto que no miran al interés de su titular sino, que -siendo potestades- se hallan establecidas para el beneficio de la comunidad. De ahí que a las autoridades les está vedado disponer de ellas, en cuanto no se les permite deponer o rehusar su ejecución”¹⁷.

b) Las potestades son de obligatorio ejercicio

Las potestades no miran al interés individual del titular de la potestad, ni están establecidas en su beneficio, sino que en el de la Nación¹⁸, de cuya soberanía emanan (artículo 5° de la Constitución Política de la República)¹⁹.

La obligatoriedad del ejercicio de las potestades deriva constitucionalmente de:

el inciso cuarto del artículo 1° de la Constitución Política de la República, conforme al cual el Estado está al servicio de la persona humana, servicialidad que denota, necesariamente, la idea de actividad, movimiento y ejercicio;

el artículo 5° que respecto de la soberanía que reside en la Nación, precisa que su ejercicio se realiza por las autoridades y órganos públicos; que ningún sector del pueblo, ni individuo alguno (distintos a los órganos públicos) pueden atribuirse su

¹⁷ Iván Aróstica Maldonado, *La actividad jurídica de la Administración del Estado*, Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo, Santiago (2013), p. 261.

¹⁸ Por eso, la probidad a que se refiere el art. 8° de la Constitución Política, como un principio al que se debe dar estricto cumplimiento en el ejercicio de las funciones públicas, es definida por el art. 52 de la ley N°18.575 como la obligación de “observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con *preeminencia del interés general sobre el particular*”, agregando el art. 53 de la misma ley que el *interés general* “exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz” y que se expresa “en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley”. En perfecta armonía, el art. 62 de la ley N°18.575 señala como una conducta que contraviene especialmente el deber de probidad “6. Intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga *interés personal* o en que (tengan *interés personal*) el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive.”.

¹⁹ En el mismo sentido, pero aplicado a la jurisdicción, como función estatal, Juan Colombo Campbell, *La jurisdicción en el derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (1991), pp. 43 y ss., y *La jurisdicción, el acto jurídico procesal y la cosa juzgada en el derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (1980), p. 40.

ejercicio, y que su *ejercicio* reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana;

el artículo 6° que exige que los órganos del Estado sometan *su acción* a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella;

el artículo 7° que indica los requisitos para que los órganos del Estado *actúen* válidamente;

el artículo 8° que obliga a los órganos del Estado a dar estricto cumplimiento al principio de probidad, en el *ejercicio* de las funciones públicas y en todas sus *actuaciones*;

el artículo 20, que establece el recurso de protección, una de cuyas causas posibles es la *omisión* arbitraria o ilegal;

el artículo 52 N°2 que hace pasibles de una acusación constitucional a los Ministros de Estado por *haber dejado sin ejecución* la Constitución o las leyes (letra b); y a los magistrados de los tribunales de justicia y al Contralor General de la República, por *notable abandono de sus deberes* (letra c).

En armonía con la preceptiva constitucional, la legislación administrativa también concibe las potestades como un deber, al suponer su *ejercicio* (arts. 2, 3, 4, 13, 18, 41, 43, 50 y 53 de la ley N°18.575); al establecer el *principio de impulsión de oficio del procedimiento* y el de *actuación por propia iniciativa* (arts. 3° y 8° de la ley N°18.575); al introducir la noción de “*falta de servicio*” como fundamento de la responsabilidad del Estado (arts. 42 de la ley N°18.575, 152 de la ley N°18.695 y 38 de la ley N°19.966), y al establecer como causal de cesación de ciertos cargos, el *notable abandono de deberes* (art. 60 letra c) de la ley N°18.695)²⁰.

c) Las potestades son otorgadas por la Constitución o por la ley

²⁰ El deber de ejercer las potestades administrativas es algo que ha sido ratificado por la doctrina nacional. Sandra Álvarez Torres, *Las Potestades Administrativas en la Doctrina Chilena: 1833-2009, Derecho Administrativo • 150 Años de Doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (2009), p.168: “En efecto, decir que una potestad administrativa no es sino la conversión del poder político en singularización, que provoca un cambio en la esfera jurídica de sujetos distintos de quien la actúa o ejerce, implica afirmar, entonces, la sujeción de terceros respecto de la decisión que puede tomar el titular de la potestad, que siempre debe ejercerla en interés de terceros, existiendo entonces para él la obligación de actuación, dotado para ello de un poder jurídico que le otorga el título justificativo de actuación, apto para el ejercicio de una potestad-función que en definitiva es indisponible para su titular, además de inalienable, irrenunciable e imprescriptible, en tanto que, una potestad administrativa no se agota por el ejercicio, sino por el contrario se reafirma a través de él (...)”

Ello, conforme lo disponen el artículo 7°²¹ y el artículo 65 inciso cuarto N°2²² de la Constitución Política de la República, siendo de agregar que en relación al artículo 63 N°14²³, las leyes que otorguen o confieran potestades son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República²⁴. Por lo mismo, ninguna otra norma, de inferior jerarquía, es idónea para conferir potestades a un órgano estatal²⁵.

d) Las potestades son otorgadas a un órgano público

Tal como se desprende del artículo 6° de la ley N°18.575 que, admitiendo que el Estado pueda participar y tener representación en entidades privadas que no formen parte de su Administración, previene que *tales entidades, en caso alguno, podrán ejercer potestades públicas*. En el mismo sentido, el artículo 3° de la ley N°19.880, define el acto administrativo como “las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas *en el ejercicio de una potestad pública*.”.

e) Las potestades son un instrumento para servir a las personas y promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas y fomentando el desarrollo del país

Ello, puesto que de acuerdo al artículo 3° de la ley N°18.575, en armonía con el artículo 1° inciso cuarto de la Constitución, la Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común *atendiendo* las necesidades públicas en forma continua y permanente y *fomentando* el desarrollo del país a través del *ejercicio de las atribuciones* que le confiere la Constitución y la ley.

²¹ “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les *hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes*.”.

²² Art. 65 inc. 4° “Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: (...) determinar (las) funciones o atribuciones” de los servicios públicos (N°2).

²³ Art. 63 “Sólo son materias de ley:” (...) “14) Las demás que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República”.

²⁴ Similar a lo que establecía el art. 45 inc. 2° de la Constitución Política de la República de 1925, luego de la reforma que le introdujera la ley N° 7.727, de reforma constitucional (D.O. 23.11.1943), que “*limita la iniciativa parlamentaria en lo relativo a gastos públicos*”.

²⁵ Dictámenes 1.726, de 2016; 73.881, de 2015; 12.857, de 2014; 45.251, de 2002; 30.558 de 1996; 30.584, de 1992, y 28.686, de 1991, entre otros.

2.2 Acerca de la potestad que el artículo 64 de la ley confiere al Fiscal Nacional Económico

Dispone el artículo 64 de la ley:

“Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62 sólo se podrán iniciar por querella formulada por la Fiscalía Nacional Económica, la que podrá interponerla una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin que sea admisible denuncia o cualquier otra querella. Para estos efectos, no se aplicará lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal.

“El Fiscal Nacional Económico deberá interponer querella en aquellos casos en que se tratare de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados.

“El Fiscal Nacional Económico deberá emitir una decisión fundada en caso que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el inciso primero, decidiere no interponer querella por los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62.

“La interposición de la querella o la decisión de no formularla deberá tener lugar a más tardar en el plazo de seis meses, contado desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

“En su querella, la Fiscalía Nacional Económica informará la circunstancia de haber obtenido autorización judicial para realizar una o más de las medidas a que se refieren los numerales n.1 a n.4 de la letra n) del artículo 39, así como el hecho de haber realizado o no dichas diligencias. El Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el alzamiento de la confidencialidad o reserva de determinadas piezas de su expediente para su utilización en el proceso penal.

“Para los efectos de su incorporación al proceso penal, se entenderá que las copias de los registros, evidencias y demás antecedentes que hayan sido recabados por la Fiscalía Nacional Económica, a partir de diligencias realizadas con autorización judicial de un ministro de Corte de Apelaciones, cumplen con lo dispuesto por el artículo 9º del Código Procesal Penal.”

Como se sabe, la norma que interesa fue agregada por la ley N°20.945²⁶, que incorporó a la ley un nuevo Título V, sobre sanciones penales, el que incluye los artículos 62 a 65.

²⁶ En lo que interesa, el art. 1º N°22 de la ley N°20.945.

El proyecto tuvo su origen en el Mensaje del Presidente de la República N°009-363, de 16.03.2015, dirigido a la Cámara de Diputados, y se tramitó como Boletín 9950-03.

Si bien el artículo 64 constituye una unidad -integrado, asimismo, a los demás preceptos del referido Título V-, el *núcleo esencial* de la potestad de que se trata se encuentra radicado en su inciso primero, conforme al cual la FNE podrá interponer querella para que se inicie -en sede penal y ante el órgano jurisdiccional competente-, la investigación de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62 de la ley. Los demás incisos que integran el precepto, complementan este núcleo esencial, modulando su contenido y la calificación de los hechos; el plazo en que debe ejercerse; la formalidad que debe revestir la decisión que se adopte; la fundamentación que se debe invocar al respecto; la información complementaria que debe incluir la querella, y el valor de determinadas piezas del expediente administrativo instruido previamente por la FNE.

2.3 Caracteres de la potestad del artículo 64 de la ley

Dicho lo anterior, caractericemos a la potestad que interesa:

(a) El titular de la potestad es el Fiscal Nacional Económico, en tanto jefe superior de la FNE, a cargo de la misma, conforme lo señala el artículo 33 de la ley;

(b) Es una atribución exclusiva, privativa y excluyente, puesto que las investigaciones a que se refiere el precepto “sólo se podrán iniciar por querella” de la FNE, reiterando que al efecto *no será “admisible denuncia o cualquier otra querella”*. Al respecto, conviene recordar que las potestades otorgadas por la ley son *propias* de cada uno de sus titulares, siendo, por ello, condición de validez de los actos estatales el que los órganos actúen “dentro de su competencia” (artículo 7° de la Constitución); permitiendo que el ejercicio de las potestades *propias* sea delegado bajo ciertas condiciones (artículo 41 de la ley N°18.575), y previendo un sistema de resolución de las *contiendas de competencia* que surjan entre diversas autoridades administrativas -sean positivas o negativas- (artículo 39 de la ley N°18.575);

(c) Es una potestad condicionada y condicionante. Ello, puesto que para su ejercicio por parte del Fiscal Nacional Económico, es requisito necesario e indispensable que previamente el TDLC haya declarado y establecido, por sentencia definitiva ejecutoriada, la existencia de alguno de los acuerdos a que se refiere el artículo 62 de la ley (condicionada)²⁷; en tanto que, a su turno, el ejercicio de la potestad de deducir querella por parte del Fiscal

²⁷ La “Guía interna para la interposición de querellas por el delito de colusión”, que se ha tenido a la vista, la denomina “condición de procesabilidad” (N°4).

Nacional Económico es requisito necesario e indispensable para que el órgano jurisdiccional competente inicie la investigación penal, acerca de los hechos descritos en la norma (condicionante);

(d) Es una potestad administrativa, ya que le ha sido atribuida a un órgano de la Administración del Estado, que se sitúa, como un gozne, entre la *potestad judicial* del TDLC que por sentencia definitiva ejecutoriada establece la existencia del acuerdo ilícito, y la *potestad judicial* del tribunal penal a cargo de investigar “los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62”, a partir de la querella formulada por la FNE²⁸;

(e) Es una potestad decisoria²⁹, puesto que por medio de ella la FNE adopta una decisión, consistente en interponer o no la querella.

En la afirmativa -y no obstante que se trata de un órgano administrativo-, esa decisión *no se expresará en un acto administrativo* de aquellos a que se refiere la ley N°19.880, sino que en un *instrumento procesal penal*: la querella (regulada en los artículos 111 inciso tercero y 113, del Código Procesal Penal).

En la negativa, la decisión se expresará en un acto administrativo propiamente tal, y tomará la forma de una resolución del Fiscal Nacional Económico (artículo 3° de la ley N°19.880). En uno u otro caso, comoquiera que la FNE es un órgano del Estado que se encuentra sometido al principio de juridicidad y al de interdicción de la arbitrariedad, la decisión respectiva deberá estar sustentada en razones y fundamentos. En el caso de la querella, haciendo una relación circunstanciada del hecho ilícito, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se hubiere ejecutado (artículo 113 letra d) del Código Procesal Penal); en el caso de la resolución del Fiscal Nacional Económico, expresando tales fundamentos (artículos 11 y 41 de la ley N°19.880)³⁰.

²⁸ Esta concatenación de potestades judiciales y administrativas, y las relaciones de interdependencia entre unos y otros órganos a que dan lugar, no son extrañas en el contexto de la ley. Así, el art. 42 dispone que las personas que entorpezcan las investigaciones que instruya la FNE podrán ser apremiadas con arresto hasta por 15 días, para lo cual (a) *la orden de arresto se dará por el juez letrado con jurisdicción en lo criminal* que sea competente según las reglas generales, (b) *a requerimiento del Fiscal Nacional Económico*, (c) *previa autorización del TDLC*.

²⁹ Por oposición a las potestades certificatorias, registrales, consultivas, etc. que contempla el ordenamiento y que se vislumbran de la clasificación de los actos administrativos que establece el art. 3° inc. 6° de la ley N°19.880.

³⁰ Puesto que la decisión de no interponer querella se deberá expresar mediante un acto administrativo, bajo la forma de resolución del Fiscal Nacional Económico, cabe preguntarse acerca de la impugnabilidad de tal decisión, sea mediante recursos administrativos (arts. 10 de la ley N°18.575, 15, 59 y 60 de la ley N°19.880),

(f) Es una potestad sujeta a un plazo, ya que “la interposición de la querella o la decisión de no formularla *deberá tener lugar a más tardar en el plazo de seis meses*, contado desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”.

Conforme a sus términos y de acuerdo a la teoría general, el plazo de que se trata es fatal, ya que “cuando se dice que un acto debe ejecutarse en o dentro de cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la medianoche en que termina el último día del plazo” (artículo 49 del Código Civil).

En cuanto a la determinación de los efectos del vencimiento de este plazo, sin embargo, debe tenerse en consideración lo que dispone el artículo 65 de la ley, conforme al cual “*La acción penal para la persecución del delito descrito en el artículo 62 prescribirá en el plazo de diez años, contado desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.*”, lo que plantea un esfuerzo interpretativo que armonice ambas disposiciones, teniendo en cuenta la diversa naturaleza (administrativa/penal) de los preceptos involucrados.

Al respecto, resulta necesario distinguir según se haya ejercido o no la potestad decisoria que establece el artículo 64, dentro del plazo de seis meses que indica la ley, y en la primera alternativa, si se resolvió la interposición de la querella o la dictación de la resolución fundada explicando las razones para no hacerlo.

(a) Si se interpuso querella. En este caso, la potestad del artículo 64 se agotó por su ejercicio³¹, quedando el asunto sometido a la resolución definitiva del tribunal que conozca de ella. El asunto sale de la esfera administrativa y queda en el ámbito judicial, con la prohibición de avocarse a él (artículo 76 de la Constitución), sin perjuicio del rol de la FNE como querellante en la causa en tramitación. Si el plazo de seis meses aún no se hubiera cumplido, ello es irrelevante, pues la potestad de la FNE se agotó por haberse ejercido;

(b) Si se dictó la resolución fundada explicando las razones de la decisión de no interponer la querella. En este caso, dicha decisión constituye un acto administrativo, por lo que le son aplicables las reglas generales de dicho instituto: presunción de legalidad, imperatividad, exigibilidad (inciso final del

sea mediante acciones jurisdiccionales (art. 10 de la ley N°18.575), sea mediante la reclamación ante la Contraloría General de la República. Conforme a los principios de control, de impugnabilidad de los actos administrativos (art. 3° de la ley N°18.575) y de plenitud jurisdiccional de los tribunales (art. 76 de la CPR), en este aspecto nos inclinamos por una respuesta afirmativa.

³¹ Doris Piccinini García, *Teoría del decaimiento de los actos administrativos*, Editorial Jurídica de Chile (1968), p. 17 y ss.

artículo 3° de la ley N°19.880) y estabilidad³². Al igual que en el caso anterior, el ejercicio de la potestad, la agota, impidiendo que se vuelva a ejercer, ni mediante otro acto administrativo, ni mediante querella, aun cuando la acción penal subsista por el plazo remanente del artículo 65 de la ley;

(c) Si no se ejerció en absoluto ninguna de las alternativas previstas en la ley, es decir, si el Fiscal Nacional Económico ni se querelló dentro de los seis meses, ni dictó la resolución fundada expresando su decisión de no interponerla dentro de este plazo. En este caso, a nuestro juicio, la potestad de deducir querella no revierte al Ministerio Público, sino que la querella podría ser deducida por el mismo Fiscal Nacional Económico, puesto que tratándose de una potestad administrativa, y siendo un órgano de la Administración, le resulta aplicable el criterio jurisprudencial contralor conforme al cual los plazos para realizar determinadas actuaciones que la ley fija a la Administración no son fatales, sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario que ha dejado transcurrir el plazo sin cumplir el mandato legal³³.

(g) Es una potestad discrecional, puesto que por medio de ella se entrega a la autoridad administrativa un margen de apreciación, para los efectos de ponderar cuál es la decisión más adecuada, en cada caso. Nos referiremos a ello, en el siguiente acápite.

³² Desde luego, dicho acto no podría ser revocado (por mérito, oportunidad o conveniencia), pues la decisión de no interponer querella por los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62 de la ley, *declara o crea un derecho correlativo, en beneficio de los partícipes en esos hechos*, frente a lo cual el art. 61 de la ley N°19.880 hace improcedente la revocación.

³³ Dictámenes 30.105, 27.030 y 26.041, de 2017; 83.707, de 2016; 102.879, de 2015; 90.526, de 2014; 37.867, de 2014; 20.469, de 2012, entre otros.

3. Acerca del carácter discrecional de la potestad del artículo 64 de la ley

La ley es el único instrumento normativo que puede atribuir expresa y específicamente potestades administrativas.

Ahora bien, existe una precisión inicial en cuanto al modo en el que dicha atribución se realiza, puesto que la ley puede determinar específicamente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, construyendo un supuesto legal completo, esto es, aquél en el cual todos los elementos que lo componen están claramente definidos, ya sea en cuanto a su titular (quién), a la materia (qué), al procedimiento (cómo), a la oportunidad (cuándo), a la causa o motivo (por qué), al fin (para qué), y al lugar (dónde)³⁴. En tal hipótesis la potestad que debe ejercer el órgano de la Administración del Estado está definida nítidamente, en todos sus términos y condiciones³⁵.

Pero la ley también puede atribuir potestades con algunos elementos o condiciones de ejercicio que suponen una estimación subjetiva por parte de la autoridad que la posee³⁶, generalmente, en cuanto a la apreciación concreta del supuesto de hecho cuya existencia material gatillará, necesariamente, su ejercicio.

Esta diferencia en la forma de la atribución potestativa que puede hacer el legislador, en atención a la naturaleza de la potestad de que se trate, permite distinguir entre potestades regladas y discrecionales, siendo las primeras aquellas respecto de las cuales la autoridad está limitada a la mera constatación del supuesto de hecho legalmente descrito³⁷ y, las segundas, en cambio, que son las que permiten un margen de apreciación que habilita, en razón de los hechos contingentes, completar el marco que la ley ha configurado para su actuación. Sin embargo, el hecho de que el legislador confiera este tipo de potestades no implica que la Administración sea absolutamente libre al ejercerlas, sino que debe respetar los principios constitucionales y legales básicos establecidos para la Administración del Estado³⁸.

³⁴ Eduardo Soto Kloss, *Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos*, en Revista de Derecho Público N°43-44 (1988), Facultad de Derecho, Universidad de Chile

³⁵ Al respecto, Moraga Klenner, *cit.*, p. 34.

³⁶ Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid (2005), 12ª ed., p. 461.

³⁷ Para Villar Palasí, "...la potestad reglada es aquella cuyos presupuestos de ejercicio, cuyo contenido y cuyo procedimiento están estrictamente regulados por la ley" (p.172), en tanto que la "discrecional se caracteriza por ser aquellas cuyos presupuestos, contenido y procedimientos no están determinados por la ley y, por tanto, no precisados exactamente por la ley. En el ejercicio de la potestad discrecional la Administración completa, por consiguiente, las disposiciones de la ley con la propia y libre determinación" (p. 173), Villar Palasí, *Apuntes de Derecho Administrativo*, *cit.*

³⁸ Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General*, Editorial Iustel, Primera Edición, Madrid, (2004), p. 429.

Dentro de un amplio arco de autores³⁹, la discrecionalidad ha sido entendida como “la realización de elecciones entre diferentes alternativas con la finalidad de ejercer una potestad conferida por el ordenamiento jurídico y que éste, sin embargo, no ha regulado plenamente”⁴⁰.

Ahora bien, la distinción anotada no justifica sostener una suerte de libertad para la autoridad en cuanto al ejercicio de las potestades discrecionales. La estimación subjetiva de los hechos concretos que concurren, configurando el supuesto legal, que obliga a ejercer la potestad atribuida, exige que el órgano de la Administración del Estado, efectivamente actúe, pues de modo contrario incurriría en una omisión que compromete su responsabilidad.

La Corte Suprema ha revisado el ejercicio de las potestades discrecionales de los órganos de la Administración del Estado, precisando sus elementos y características. Así se ha señalado que

“...un acto administrativo puede ejercerse en virtud de una potestad discrecional - y la discrecionalidad consiste en la opción para decidir en uno u otro sentido- otorgada por la ley al órgano habilitado para ello, pero hay dos elementos que nunca pueden quedar entregados a la discrecionalidad administrativa: la competencia del órgano y la finalidad que debe ser cumplida; elementos que no caben dentro de la opción; otra cosa es, como fue razonado anteriormente, que el incumplimiento de este último sea por su naturaleza de difícil demostración, lo que, según se dijo, no ocurre en el caso actual, cuya realidad queda revelada por la propia autoridad de la que emana el decreto impugnado; y, por el contrario, en los actos en que se ejerce una potestad discrecional es donde puede incurrir el órgano administrativo, al optar por una de las vías de acción alternativas, en el vicio de desviación del fin legal, cometiendo entonces arbitrariedad”⁴¹.

Luis Cordero Vega, citando a Menéndez, señala: “En términos simples podemos decir que la potestad discrecional se dará en los casos en que el legislador le confiere a la Administración un espacio de autodeterminación, un margen o libertad de decisión para elegir entre varias alternativas o soluciones posibles. La adopción de los actos que se dicte en ejercicio de una potestad de esa naturaleza se basará, entonces, en criterios no predeterminados por la norma que concede el margen de decisión, sino en criterios que quedan a la libre consideración de la Administración.”. Luis Cordero Vega, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición (2015), p. 83.

³⁹ En el medio nacional, José Luis Cea Egaña, *Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 11 (1984); Hugo Caldera Delgado, *Límites constitucionales de la discrecionalidad administrativa*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 16 (1989); Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (1996); Pablo Alarcón Jaña, *Discrecionalidad administrativa*, Lexis Nexis, Santiago (2000), y Rubén Saavedra Fernández, *Discrecionalidad administrativa*, Abeledo Perrot, LegalPublishing Chile, Santiago (2011).

⁴⁰ Eva Desdentado Daroca, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Editorial Civitas, Madrid (1997), p. 22.

⁴¹ Sentencia Corte Suprema de 12 de enero de 2006, rol N°6.493-2005, considerando 14°.

El mismo supremo tribunal, comparando las potestades regladas y discrecionales, ha señalado que si bien unas y otras están sujetas a revisión judicial y que no existe mayor discusión respecto del control que debe efectuarse sobre el ejercicio de la facultad reglada, agregando que

“...sin embargo, existen discrepancias en cuanto al control que corresponde desplegar respecto del ejercicio de la potestad discrecional. En este aspecto, es efectivo que no procede que los órganos jurisdiccionales sustituyan la decisión de la Administración realizando una nueva ponderación de los antecedentes que determinan la decisión; sin embargo, se debe ser enfático en señalar que aquello no excluye el control jurisdiccional respecto de los actos administrativos que tienen su origen en el ejercicio de una facultad de carácter discrecional por parte de la administración, toda vez que aquellos, como todo acto administrativo, deben cumplir con las exigencias previstas en la ley, razón que determina la necesidad de verificar la existencia de los elementos intrínsecos de todos los actos de tal naturaleza. Tal materia, puede y debe ser controlada por la judicatura en tanto exista un conflicto que ha sido puesto en su conocimiento, toda vez que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad.

“Asentado lo anterior corresponde precisar, además, que igualmente los órganos jurisdiccionales se encuentran facultados para realizar un control de los actos que tienen su origen en el ejercicio de facultades discrecionales, en tanto se debe verificar que exista norma que en forma expresa entregue a la Administración una amplia facultad para decidir y que los presupuestos de hecho que determinan el ejercicio de tal facultad existan, como asimismo que el fin que ha sido previsto por el ordenamiento jurídico al otorgar la facultad jurisdiccional, se cumpla.”⁴².

Luego, en cuanto a los elementos de la potestad discrecional y al control que respecto de ellos puede ejercer un tribunal, agregó

“Se ha dicho, que son elementos básicos del ejercicio de una potestad discrecional que están sujetos al control, los siguientes:

“(a) A través del control de los elementos reglados que integran la discrecionalidad. Un acto concebido como discrecional puede ser anulado si se dicta sin el amparo en potestad alguna (falta de potestad), o por un órgano que no es concretamente habilitado para el ejercicio de la potestad (incompetencia) o para supuestos de hecho no comprendidos en el ámbito de la potestad, o adoptando medidas no integradas en el contenido material de la potestad, o infringiendo las normas de procedimiento establecidas para el empleo de la potestad, o utilizando la potestad para fines distintos de aquellos para los que la norma la atribuyó (...).

⁴² Sentencia Corte Suprema de 19 de junio de 2017, rol N°3598-2017, considerando 7°.

(b) Control de los hechos determinantes, esto es de la existencia y realidad del supuesto de hecho que habilita para el empleo de la potestad, pues estos son supuestos reglados de la potestad que habilitan su ejercicio y por lo tanto siempre sujetos a control judicial. (...)

(c) Control del fin, esto es el ejercicio de la potestad discrecional, por amplia que esta hubiese sido concebida, sólo puede ser ejercida para los fines públicos para los cuales fue conferida la potestad, de lo contrario incurre en la denominada desviación de fin o de poder (...).

(d) Control de razonabilidad de la decisión, esto es que el acto administrativo en que se funda debe basarse en motivos que deben explicitarse (más allá de una mera cita de normas y hechos) mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión, de manera que se acredite la racionalidad intrínseca, es decir, coherencia con los hechos determinantes y con el fin público que ha de perseguirse.

Finalmente, interesa destacar, que en el control de la discrecionalidad se debe atender al principio de proporcionalidad, que es un elemento que determina “la prohibición de exceso, que implica una relación lógica de los elementos de contexto que generan el acto (situación, decisión y finalidad), una relación de adecuación de medio y fin, lo que implica ciertamente una limitación a la extensión de la decisión en la medida que ésta sólo se puede extender mientras se dé un vínculo directo entre el hecho y la finalidad perseguida con el procedimiento. De este modo, las situaciones que se dan fuera de esa relación son desproporcionadas, es decir, manifiestamente excesivas”.

3.1 Acerca de la *calificación jurídica de los hechos* como elemento constitutivo de la discrecionalidad

Dentro de la amplia gama de alternativas que puede emplear el legislador al construir una potestad discrecional, debemos referirnos a la *calificación jurídica de los hechos*, que es precisamente el elemento que se ha empleado en el caso del artículo 64 de la ley, como criterio de apreciación para su ejercicio.

Los hechos no son otra cosa que la causa o motivo de la potestad (el por qué) y por lo mismo, al ejercerse una atribución, expresada en actos administrativos, tales actos deben estar apoyados en los hechos fundantes que la ley prevé.

Por eso, la ley N°19.880 exige que en los actos que afecten los derechos de los particulares siempre se expresen los hechos respectivos (artículo 11); que la solicitud que da inicio a un procedimiento contenga los hechos en que consiste la petición (artículo 30 letra b); que el acto administrativo esté sustentado en datos (hechos) determinados, conocidos y comprobados (artículo 34); que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento, se deben acreditar mediante los medios de prueba admisibles en derecho

(artículo 35), y prevé como causal del recurso extraordinario de revisión contra un acto administrativo, el manifiesto error de hecho (artículo 60 letra b) ⁴³.

En la especie, el “hecho” que configura la potestad del art. 64 de la ley es “la sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC que estableció la existencia del acuerdo ilícito”, lo que se deberá acreditar mediante los documentos y certificaciones correspondientes. La discrecionalidad de que se trata incide en la *calificación jurídica de ese hecho* y en la *apreciación de su gravedad* en la afectación de la libre competencia en los mercados.

Ello, puesto que la interposición de la querella queda sujeta a la ponderación que debe efectuar el Fiscal Nacional Económico en el sentido que los hechos que han sido investigados en sede administrativa por la propia FNE y luego conocidos y juzgados en sede judicial por el TDLC “(comprometen) gravemente la libre competencia en los mercados”.

Efectuada esa ponderación⁴⁴, de acuerdo a criterios objetivos y razonables, que atiendan a los diversos aspectos que inciden en la cuestión, y concluyendo esa autoridad que los hechos de que se trate producen el efecto indicado en la norma “deberá interponer querella”^{45 46}.

⁴³ Al respecto, Jorge Baraona González y Arturo Fernandois Vöhringer, *La inexistencia de los hechos que fundamentan un acto administrativo: ¿constituye un vicio de nulidad?*, en Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, N°7 (2003), p. 79-103; Eduardo Soto Kloss, *La fundamentación del acto administrativo y el vicio por inexistencia de los hechos: un recuento jurisprudencial*, en Actualidad Jurídica, Facultad de Derecho (Santiago), Universidad del Desarrollo, N°3 (2001), p. 303-308; Luis Cordero Vega, *Los hechos y los supuestos de hecho para el ejercicio de potestades administrativas. Aplicación a un caso práctico*, en Revista de Derecho Público N°62 (2000), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y Javier Millar Silva, *Alcance del control de legalidad. Su evolución a propósito de los actos administrativos requisitorios durante 1970-1973*, en Revista de Derecho N°11, Universidad Austral de Chile, Valdivia (2000). También son útiles Gustavo Fiamma Olivares, *¿Apreciación de los hechos o interpretación del derecho?: Reflexiones en torno a la jurisprudencia administrativa*, en *La Contraloría General de la República: 50 años de vida institucional (1927-1977)*, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile; e Iván Aróstica Maldonado, *El motivo de hecho en las sanciones administrativas: notas sobre procedimiento, fundamento y justificación*, en *La Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional*, Santiago (2012).

⁴⁴ Vid. Luis Ortega y Susana Sierra (coordinadores), *Ponderación y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid (2009), especialmente, Luis Arroyo Jiménez, *Ponderación, proporcionalidad y Derecho Administrativo*, pp. 19-49. “El espacio de la actuación administrativa primeramente llamado a ser ocupado por la ponderación es el propio de la discrecionalidad administrativa, que representa esencialmente una ‘competencia para la actuación administrativa a través de la ponderación’” (p.48), con cita a E. Schmidt-Assmann, *Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, pp. 219 y ss.

⁴⁵ Acerca de la *calificación jurídica de los hechos* como elemento de la potestad discrecional, privativo en su ponderación por parte de la autoridad competente, se pueden consultar los dictámenes 7.863, de 2006; 27.711, de 1989; 33.245 y 14.461, ambos de 1988; 20.859, de 1987, y 2.611, de 1983.

⁴⁶ Otros ejemplos en que se faculta a un órgano para ponderar la gravedad de la afectación de determinados intereses, como supuesto para el ejercicio de determinada potestad: el art. 39 de la Constitución Política; el art. 60 de la ley N°18.695; el art. 11 de la ley 18.902, y el art. 33 de la ley 19.865.

4. Acerca de las expresiones “podrá” y “deberá” que emplea el artículo 64 de la ley

Una reiterada y constante jurisprudencia administrativa, en atención al contexto normativo sobre el que se pronuncia, ha señalado que la expresión “podrá” que suele emplear la ley al conferir potestades a órganos de la Administración, sólo expresa la habilitación legal de ese órgano para actuar, sin que ello importe otorgarle un margen de apreciación que le permita ponderar las circunstancias del caso para decidir si la ejerce o no⁴⁷.

En otros casos ha señalado que la expresión “podrá” implica el otorgamiento de una potestad discrecional, que involucra aspectos de mérito en la decisión administrativa que deben ser examinados y ponderados por la autoridad competente⁴⁸.

Con todo, la misma jurisprudencia ha hecho notar que el recto ejercicio de semejante potestad “supone que las decisiones respectivas se adopten sobre la base de consideraciones objetivas, con expresión de sus fundamentos, de manera de excluir toda posibilidad de arbitrariedad o trato discriminatorio, con infracción a los principios constitucionales que guían las actuaciones de los Órganos del Estado”⁴⁹.

Conforme a lo expuesto, estimamos que la querella que la FNE (a) *puede* interponer, una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC, constituye la habilitación legal básica e indispensable para hacerlo (inciso primero); en tanto que (b) *deberá* hacerlo en aquellos casos en que se tratare de hechos que *comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados* (inciso segundo), lo que importa el otorgamiento de una potestad discrecional, cuyo ejercicio debe ponderar el Fiscal Nacional Económico *de acuerdo a criterios objetivos, con expresión de sus fundamentos, de manera de excluir toda posibilidad de arbitrariedad o trato discriminatorio, con infracción a los principios constitucionales que guían las actuaciones de los Órganos del Estado*.

El artículo 64 establece una potestad, de naturaleza discrecional, radicada en el titular de la FNE, quien a partir del “hecho determinante”, objetivo y necesario (a saber, la existencia de un acuerdo ilícito establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC), procederá a ponderar la interposición de una querella, mediante el ejercicio de esa potestad, resolviendo en uno u otro sentido.

⁴⁷ En tal sentido, los dictámenes 87.795 y 51.831, ambos de 2015; 61.660, de 2006; 15.397, de 2005, y 33.348, de 2001.

⁴⁸ Dictámenes 33.445, 29.323, 12.160, todos de 2017; 2.417, de 2013; 3.744, de 2000, y 9.823, de 1995, entre otros, todos de la Contraloría General de la República.

⁴⁹ Dictamen 3.744, de 2000.

Que el Fiscal Nacional Económico *deba* deducir una querrela cuando se trate de hechos que comprometan *gravemente* la libre competencia en los mercados (inciso segundo), no es una necesidad ni una obligación que le sea impuesta “desde fuera”, sino que será el resultado de su propia reflexión, ponderando los elementos del caso concreto y las circunstancias concomitantes, rasgos propios y característicos de toda potestad discrecional.

Por lo mismo, armónicamente, la ley confía esta atribución a un personero especialmente habilitado, tanto en su calificación profesional, como en su experiencia (ya que debe ser *abogado, con diez años de ejercicio profesional o tres años de antigüedad en el servicio*⁵⁰), con resguardo de su independencia y estabilidad (ya que siendo nombrado mediante el proceso de selección establecido en la ley N°19.882, durará cuatro años en su cargo y sólo cesará en él, por las causales que taxativamente señala la ley)⁵¹, sin perjuicio del control y responsabilidad a que se encuentra sujeto.

Algunos ejemplos pueden servir para ilustrar el carácter discrecional, no reglado, de la potestad del artículo 64.

(a) La infracción al deber de probidad

Siendo la probidad una obligación esencial de todas las autoridades y funcionarios, el artículo 125 (Estatuto Administrativo) establece que la destitución “*procederá sólo cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa*”. Sin perjuicio de los casos que la ley tipifica algunas actuaciones como infracciones, en general, la ponderación de si una determinada conducta funcionaria infringe el deber de probidad y es merecedora de destitución, le incumbe discrecionalmente al jefe de servicio.

⁵⁰ Art. 33 inciso final, conforme a las modificaciones que introdujo la ley N°19.610.

⁵¹ Art. 33 inc. 3°: “a) Término del período legal de su designación. b) Renuncia voluntaria aceptada por el Presidente de la República. c) Destitución por negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. d) Incapacidad.”.

Rasgo que se advierte desde el texto original del decreto ley N°211, conforme al cual el Fiscal era nombrado por la Comisión Resolutiva y sólo podía ser removido y sancionado por ella, según propusiera la Contraloría General de la República, previo sumario instruido por ésta (art. vigésimo primero); luego el decreto ley N°2.760, de 1979 modificaría esa norma disponiendo que “El Fiscal Nacional será de libre designación del Presidente de la República, se regirá por las normas del Estatuto Administrativo y sólo podrá ser removido y sancionado, según proponga la Contraloría General de la República, previo sumario instruido por ésta.” (art. 21). Un retroceso, en esta perspectiva, lo constituyó la ley N°19.610 (D.O. 19.05.1999), que modificó el decreto ley N°211 y conforme a la cual “Art. 21 (... La FNE) estará a cargo de un funcionario, denominado Fiscal Nacional Económico, de la exclusiva confianza del Presidente de la República.”.

Pues bien, diversos cuerpos legales han calificado determinadas conductas como constitutivas de *infracción grave al deber de probidad*, transformando la potestad discrecional del artículo 125 del Estatuto Administrativo, en una potestad reglada, que el titular debe limitarse a aplicar, una vez que se acredite el hecho determinante.

Así por ejemplo, en el contexto de la toma de razón electrónica, el artículo 10 B de la ley N°10.336 señala que “el ministro de fe que certificare antecedentes inexistentes, notoriamente falsos o ilegibles, o a los que les falten los requisitos o formalidades legales para su validez, *incurrirá en responsabilidad administrativa por infracción grave al principio de probidad*, sin perjuicio de las responsabilidades penales correspondientes.”; o el artículo 10 de la ley N°20.670 señala que “las personas que accedan a bases de datos en virtud de esta ley, deberán respetar la confidencialidad de los datos personales que consten en la información a la que tengan acceso, y estará prohibida su difusión no autorizada por el Ministerio de Desarrollo Social, así como también su adulteración”, agregando que “la infracción de esta disposición será sancionada en conformidad a la ley N°19.628 y, además, respecto de los funcionarios públicos *se estimará como una vulneración grave al principio de probidad administrativa*, la que será sancionada en conformidad a la ley”⁵².

(b) El notable abandono de deberes del alcalde

De acuerdo a la ley N°18.695 -orgánica constitucional de municipalidades-, el alcalde cesará en su cargo por “c) Remoción por impedimento grave, por contravención de igual carácter a las normas sobre probidad administrativa, o *notable abandono de sus deberes*; (...)”, lo que será declarado por el tribunal electoral regional respectivo, a requerimiento de, a lo menos, un tercio de los concejales en ejercicio (artículo 60 letra c).

En general se considera que existe notable abandono de deberes cuando el alcalde transgrede “*inexcusablemente y de manera manifiesta o reiterada, las obligaciones que le imponen la Constitución y las demás normas que regulan el funcionamiento municipal; así como en aquellos casos en que una acción u omisión, que le sea imputable, cause grave detrimento al patrimonio de la municipalidad y afecte gravemente la actividad municipal destinada a dar satisfacción a las necesidades básicas de la comunidad local*” (artículo 60, inciso noveno), de todo lo cual resulta el carácter discrecional de la atribución de que se trata por la ponderación que involucra cada uno de los elementos descritos.

Sin embargo, la misma norma agrega que se configura el notable abandono de deberes cuando el alcalde, en forma reiterada, no paga íntegra y oportunamente las

⁵² Otros ejemplos: art. 97 de la ley N°20.255; art. 5° de la ley 20.379; art. 22 de la ley N°20.595; art. 2° de la Ley de Pesca (modificada por la ley 20.625); art. 28 de la ley 19.884 (modificado por la ley N°20.900), y art. 195 de la ley 18.700 (modificada por la ley N°20.960).

cotizaciones previsionales correspondientes a los funcionarios; cuando no cumpla la obligación de rendir cuenta pública en la forma que indica el artículo 67 de la ley N°18.695, o cuando incurra en una aplicación indebida de las subvenciones educacionales percibidas de conformidad a la ley N°20.159 (artículo 7° de la ley N°20.159). En todos estos casos, la discrecionalidad que caracteriza a la configuración de la causal de notable abandono de deberes es sustituida por la calificación legal de la misma.

Al contrario de los casos anteriores, la ponderación de la gravedad de los ilícitos anticompetitivos queda reservada al Fiscal Nacional Económico, sin que la ley le sustraiga tal calificación, ni regle su acaecimiento.

Ahora bien, tratándose de una potestad discrecional, en relación a la interposición de una querrela en materia tributaria, en la que la superioridad del Servicio de Impuestos Internos también tiene una prerrogativa exclusiva y excluyente (artículo 162 del Código Tributario) recientemente la jurisprudencia contralora ha precisado los alcances de la misma. Así, dejando establecido que acerca de la elección de las alternativas de persecución penal le compete decidir a la jefatura institucional respectiva, en forma discrecional, ha precisado que:

“pese a tratarse de una atribución discrecional del Director del SII, resulta indispensable que las decisiones que adopte en la materia tengan un fundamento racional, ya que, conforme al principio de juridicidad, es importante que estas no obedezcan al mero capricho de la autoridad, sino a criterios objetivos que le otorguen legitimidad, por lo que lo que resuelva sobre el particular requiere tener un sustento en los antecedentes recabados al efecto.

En el mismo sentido, cabe recordar que las autoridades y los funcionarios del SII están obligados a observar el principio de imparcialidad consagrado en el artículo 11 de la ley N°19.880, conforme al cual, tanto en la substanciación de sus procedimientos como en las resoluciones que adopten, han de actuar con objetividad y respetar el principio de probidad, el que, a su vez, les impone la obligación de emplear medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, según lo ordena el artículo 53 de la ley N° 18.575.

Asimismo, en atención a los principios de juridicidad, eficiencia y eficacia que consagran los artículos 2°, 3° y 5° de la ley N° 18.575, y de celeridad y economía procedimental contemplados en los artículos 7° y 9° de la ley N° 19.880, corresponde que el anotado servicio ejerza oportunamente alguna de las facultades que el inciso tercero del artículo 162 del Código Tributario le confiere cuando se trate de las infracciones tributarias que allí se consignan, de modo de evitar que las acciones destinadas a su persecución y sanción se extingan por prescripción.

De esta manera, procede que el SII adopte todas las medidas que resulten conducentes para ajustar sus actuaciones a lo prescrito en la normativa antes reseñada y a lo manifestado en el presente pronunciamiento.”⁵³.

5. Acerca de la potestad del Fiscal Nacional Económico para dictar instrucciones acerca del ejercicio de la potestad del artículo 64 de la ley

Ya hemos señalado que conforme al *principio jerárquico* y atendida la condición de servicio público integrante de la Administración del Estado, el jefe superior de la FNE se encuentra dotado de la potestad de mando, que le permite dirigir, organizar y administrar ese organismo (artículo 31 de la ley 18.575), una de cuyas expresiones es, precisamente, la de emitir instrucciones a sus subalternos⁵⁴. Armónicamente con lo anterior, el artículo 64 lera c) del Estatuto Administrativo establece como obligación especial de las autoridades y jefaturas la de desempeñar sus funciones *de acuerdo a instrucciones claras y objetivas de general aplicación*.

Conforme lo ha señalado la jurisprudencia de la Contraloría General, estas instrucciones -instructivos o circulares- son normas de administración, dictadas por la jefatura del servicio y dirigidas a sus subalternos (no a los particulares, salvo habilitación expresa), por medio de las cuales se señalan conductas para aplicar las leyes y reglamentos, pero no son decisiones que establezcan derechos u obligaciones, ni pueden los servicios invocarlos para fijar normas generales y obligatorias propias de la función legislativa y potestad reglamentaria^{55 56}.

Adicionalmente a esa potestad general, la ley previene la dictación de *instrucciones respecto del ejercicio de las atribuciones* del Fiscal Nacional Económico, entre ellas la que

⁵³ Dictamen 14.000, de 2017, aplicando, entre otros, el dictamen 6.190, de 2014.

⁵⁴ Al respecto, los dictámenes 84.426, de 2015; 15.924, de 2010; 36.737 y 2.965, ambos de 2008, todos de la Contraloría General de la República.

⁵⁵ Al respecto, los dictámenes 41.211, 34.509 y 29.458, de 2017; 38.512, de 2016; 84.426, de 2015; 57.456, de 2013; 77.713, de 2014; 74.553 y 15.924, de 2010; 36.737 y 2.965, de 2008, todos de la Contraloría General de la República.

⁵⁶ Una modalidad novedosa y original de *instrucciones* fue introducida por la ley N°20.416 (que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño), cuyo artículo sexto dispone que “los servicios públicos que realicen procedimientos de fiscalización a empresas de menor tamaño, deberán mantener publicados en sus sitios web institucionales, y disponibles al público en sus oficinas de atención ciudadana, los manuales o resoluciones de carácter interno en los que consten las instrucciones relativas a los procedimientos de fiscalización establecidos para el cumplimiento de su función, así como los criterios establecidos por la autoridad correspondiente que guían a sus funcionarios y fiscalizadores en los actos de inspección y de aplicación de multas y sanciones”, agregando que “el incumplimiento de dichas normas por los funcionarios fiscalizadores, y la interpretación extensiva o abusiva de la ley o de las disposiciones de los manuales o resoluciones a que se refiere el inciso anterior, darán lugar a la nulidad de derecho público del acto fiscalizador, además de las responsabilidades administrativas que correspondan.”.

conciene a la interposición de querellas. Así, armónicamente, mientras el artículo 39 de la ley señala como atribuciones del Fiscal Nacional Económico, la de *“Interponer querella criminal por los delitos establecidos en el artículo 62 y en el inciso sexto del artículo 39 bis”* (letra r), agrega la de *“Dictar instrucciones a las que habrá de sujetarse el ejercicio de las atribuciones y el cumplimiento de los deberes acerca de los que trata este artículo (39)”* (letra s).

Desde luego, comoquiera que ha de suponerse que la ley no es redundante ni superflua y que cada ley que se dicta innova en la regulación de la materia que aborda, estas instrucciones son distintas de aquellas que emanan de la potestad de mando: (a) primero, porque no están dirigidas a ordenar la actuación de los funcionarios de la FNE, sino que inciden en el ejercicio de una potestad que es privativa y exclusiva del propio Fiscal Nacional Económico que las dicta; (b) segundo, porque más que encauzar la concreta aplicación de la ley, por medio de ellas se busca predefinir los criterios conforme a los cuales se sujetará el ejercicio de unas potestades.

Como todo instrumento normativo, por medio de estas instrucciones la autoridad administrativa anticipa y previene acerca de los criterios que empleará en el ejercicio de la potestad de interponer querella criminal, lo que “permite que la actuación administrativa gane en previsibilidad, esto es, afirma la legítima expectativa que tienen los ciudadanos de que la Administración tome decisiones que sean armónicas con los criterios manifestados con anterioridad en situaciones equivalentes”⁵⁷.

Otra razón que abona la juridicidad de tal instructivo, se vincula con la discrecionalidad de la potestad sustantiva (la del artículo 64 de la ley, en relación a los delitos del artículo 62), puesto que ese instrumento coadyuva a la fundamentación de las actuaciones administrativas.

Es cierto que se trataría de una especie de *fundamentación ex-ante*, previa al ejercicio concreto de la potestad -antes de cualquier decisión- y que, en cambio, el ordenamiento vigente concibe la fundamentación como una exigencia que deben cumplir los actos administrativos al momento de su emisión⁵⁸, pero no vemos en ello una anomalía, antes bien, constituye un avance normativo en el contexto general de la interdicción de la arbitrariedad y del establecimiento de límites a la discrecionalidad.

Al respecto, la Contraloría General ha indicado que el ejercicio de potestades discrecionales *“exige un especial y cuidadoso cumplimiento de la necesidad jurídica en que se encuentra la Administración en orden a motivar sus actos, exigencia que tiene por objeto*

⁵⁷ Como ha sostenido la Contraloría General de la República a propósito de sus propios pronunciamientos: dictamen 61.817, de 2006 y oficio 35.397, de 2007.

⁵⁸ Arts. 11 y 41 de la ley N°19.880.

*asegurar que los actos de la Administración no se desvíen del fin considerado por la normativa que confiere las respectivas atribuciones, que cuenten con un fundamento racional y se encuentren plenamente ajustados a la normativa constitucional y legal vigente, lo cual impide, por cierto, establecer diferencias arbitrarias entre personas que se encuentran en una misma situación, cautelándose de este modo el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19, numeral 2, de nuestra Carta Fundamental*⁵⁹.

En esta línea, la *fundamentación ex-ante* que se contendrá en las instrucciones a que se refiere el artículo 39 letra s) de la ley, resulta concordante con el *“espíritu general de la legislación y la jurisprudencia administrativas”*.

Por lo demás, la procedencia de que tales criterios se formulen *ex-ante* no sólo aparece de lo que expresamente previene la norma, sino que también porque toda instrucción supone una temporalidad anterior a su aplicación, a través de lo cual este instrumento provee a la seguridad jurídica de los interesados.

Por otro lado, el instructivo de que se trata, bajo la denominación de “circular”, también ha sido considerado respecto de otras entidades administrativas, como es el caso de la Contraloría General de la República (artículos 6°, 9° y 19 de la ley N°10.336); del Servicio de Impuestos Internos (artículos 6° N°1 y 26 del Código Tributario); del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, a través de la División de Desarrollo Urbano (artículo 4° de la Ley General de Urbanismo y Construcciones), y de la Superintendencia de Casinos de Juego (artículo 42 de la ley N°19.995).

Por último, en tanto organismo integrante de la Administración, la FNE debe observar los principios de *eficiencia y eficacia*, y de *probidad*, previstos en el artículo 3° de la ley N°18.575, por lo cual tiene la obligación de *velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos* y por el debido cumplimiento de la función pública (artículo 5°), y de emplear *medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz* (artículo 53, en relación al artículo 52 de la misma ley). En el mismo sentido, el artículo 9° de la ley N°19.880 ordena que la Administración desarrolle sus procedimientos atendiendo a *la máxima economía de medios con eficacia*.

Así, puesto que la interposición de una querrela implica asumir el rol de querellante y la destinación de recursos del servicio al proceso penal subsiguiente, conforme a las normas y principios expuestos, en la decisión de interponer una querrela y en la ponderación de la gravedad de la afectación a la libre competencia que la fundamenta, la

⁵⁹ Dictamen 23.114, de 2007, aplicando los dictámenes 36.661, de 1999 y 11.158, de 2000.

FNE debe considerar la plausibilidad del caso y las posibilidades de obtención de una sentencia condenatoria.

§ Conclusiones

La Fiscalía Nacional Económica es un servicio público, integrante de la Administración del Estado.

Por ello se encuentra sujeta al principio de juridicidad (artículos 6° y 7° de la Constitución Política) y a todas las normas y principios constitucionales que someten la acción de los órganos del Estado. Se rige, además, por todas las normas legales y reglamentarias aplicables a los organismos de la Administración.

La FNE se encuentra sometida a la fiscalización de la Contraloría General de la República, cuya jurisprudencia debe observar.

La FNE se rige por el principio jerárquico, siendo su autoridad superior el Fiscal Nacional Económico.

Las potestades son un poder-deber, otorgado por la Constitución o la ley, a un órgano público, para servir a las personas y promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas y fomentando el desarrollo del país.

La potestad del artículo 64 de la ley se encuentra radicada en el Fiscal Nacional Económico; es una atribución exclusiva, privativa y excluyente; es una potestad condicionada y condicionante; es una potestad administrativa; es una potestad decisoria; es una potestad sujeta a un plazo, y es una potestad discrecional.

La potestad del artículo 64 es discrecional en la medida que entrega a su titular un margen de apreciación, en el sentido de interponer o no una querella.

El hecho determinante en torno al cual se construye la potestad discrecional de que se trata es la sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC que establezca en sede judicial contravencional la existencia de un acuerdo ilícito, que infringe la legislación sobre libre competencia.

El margen de apreciación en que consiste la discrecionalidad del artículo 64 radica en la calificación jurídica del hecho determinante, en cuanto a considerarlo como *gravemente* vulnerador de la libre competencia en los mercados.

La expresión “*podrán*” que emplea el inciso primero de la norma en cuestión, expresa la habilitación legal básica e indispensable para que la FNE actúe, interponiendo una querella.

La expresión “*deberá*” que emplea el inciso segundo importa el otorgamiento de una potestad discrecional, bajo la forma de calificación jurídica del hecho.

El ejercicio de tal potestad por parte del Fiscal Nacional Económico debe ser *“de acuerdo a criterios objetivos, con expresión de sus fundamentos, de manera de excluir toda posibilidad de arbitrariedad o trato discriminatorio, con infracción a los principios constitucionales que guían las actuaciones de los Órganos del Estado”*.

En esta perspectiva, la explicitación previa de los fundamentos sobre cuyas bases se ejercerá la potestad de interponer querellas, resulta funcional y coadyuvante a la seguridad jurídica y a la certeza de los interesados.

El Fiscal Nacional Económico se encuentra habilitado para impartir instrucciones al respecto, tanto en su carácter de superior jerárquico de la FNE, como por la expresa habilitación del artículo 39 letra s).

La formulación *ex-ante* de los criterios conforme a los cuales se ejercerá la atribución en análisis, reconoce varios casos semejantes dentro del ordenamiento administrativo (Contraloría General de la República, Servicio de Impuestos Internos, Ministerio de Vivienda y Urbanismo (DDU), Superintendencia de Casinos de Juego).

El diagnóstico y evaluación acerca del ejercicio de la acción penal, también debe considerar criterios de eficiencia y eficacia, de idónea administración de los medios públicos comprometidos y de máxima economía de medios, de modo que resulta no sólo lícito, sino que obligatoriamente imperativo, que la FNE, al evaluar la interposición de una querella, considere la plausibilidad del caso y las posibilidades de dictación de una sentencia condenatoria.



Ramiro A. Mendoza Zúñiga



Pedro Aguerrea Mella