

EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA COMO GARANTE DEL DEBIDO PROCESO DE LOS PARTICULARES FRENTE A LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. UNA FUNCIÓN A VECES OLVIDADA

Santiago Ried Undurraga

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como garante del debido proceso de los particulares frente a la Fiscalía Nacional Económica. Una función a veces olvidada

Agosto 2020



Santiago Ried Undurraga

Abogado socio de Dentons Larraín Rencoret, a cargo del área de libre competencia. Magíster en Derecho con mención en derecho regulatorio, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho de la Libre Competencia en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) es un tribunal de justicia que, entre otras atribuciones, debe resolver en un procedimiento contencioso las controversias en materia de libre competencia que se ventilen entre agentes económicos, o los requerimientos por infracciones de ley que la Fiscalía Nacional Económica (FNE) dirija, como ente persecutor público en estas materias, en contra de quienes cometen actos posiblemente ilícitos¹.

Nuestra institucionalidad de libre competencia tiene esta particular dualidad funcional de autoridades: por un lado, un órgano administrativo que investiga, acusa, y persigue en juicio las infracciones de ley (la FNE), y por el otro, un tribunal especializado que decide sobre las mismas (el TDLC)². Esta dualidad se estableció, al crearse el TDLC, precisamente para velar por su imparcialidad en la toma de decisiones, como una protección de los derechos de los requeridos en sede de libre competencia, al separarse completamente su potestad jurisdiccional de la investigativa y persecutora.

Esa imparcialidad y protección de las garantías de los requeridos, es una razón que justifica la existencia de un tribunal separado del órgano persecutor, en lugar de que la función de investigar y decidir estén radicadas en un mismo órgano administrativo, como ocurre con otras entidades públicas con facultades sancionatorias³⁻⁴.

En esa línea, entendemos que la fisonomía institucional del TDLC implica el resguardo del debido proceso de los particulares requeridos en los procedimientos contenciosos, como garantía fundamental frente al actuar persecutor de la FNE, de manera análoga a como lo hacen los juzgados y tribunales con competencia en lo penal. En ese sentido, el TDLC debiese actuar como un contrapeso y ejercer un control al actuar de la FNE en el proceso, para evitar cualquier abuso contra los particulares.

Sin embargo, existen algunos casos recientes en que el TDLC en cierta medida ha avalado un actuar improcedente de la FNE, o en que el TDLC ha realizado actuaciones que le corresponde realizar a la FNE, con afectación del derecho al debido proceso de los requeridos, según se hace referencia más adelante.

1 Según lo establece el artículo 18 N° 1) del Decreto Ley N° 211 que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia de 1973. Otras atribuciones, de carácter no contencioso, se contienen en los números 2) a 5) de dicho artículo.

2 Sujeto además a la revisión de la Corte Suprema, como tribunal superior, a través del recurso de reclamación.

3 Ese es el caso, por ejemplo, de la Comisión para el Mercado Financiero, de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, de la Superintendencias de Electricidad y Combustibles, y de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, entre otros varios órganos con potestades sancionatorias. En todos ellos, es el mismo órgano administrativo el que fiscaliza, investiga y adopta la decisión del caso respectivo, pudiendo aplicar directamente las sanciones a los infractores, las cuales pueden ser reclamadas posteriormente en sede judicial.

4 Por lo demás, la institucionalidad de libre competencia más común en el derecho comparado es que exista un ente persecutor quien además es quien decide y aplica las sanciones en caso de infracciones a la ley, comúnmente susceptibles de ser revisadas judicialmente. Ese es el caso del Departamento de Justicia y de la Federal Trade Commission, en Estados Unidos, y de la Comisión Europea, en el derecho de la Unión Europea, entre varios otros casos.

Si se acentuase ese actuar en desmedro de los requeridos a futuro, en el extremo podría perder sentido el contar con un órgano decisor separado del órgano persecutor, si dicha institucionalidad de libre competencia no asegura, en la práctica, la imparcialidad en las decisiones del órgano decisor y la debida protección de los derechos de los particulares.

I. EL ORIGEN DEL TDLC: LA SEPARACIÓN DE LAS POTESTADES INVESTIGATIVAS Y JURISDICCIONALES

El propósito principal de la creación del TDLC y de su reemplazo por las anteriores Comisión Preventiva y Comisión Resolutiva en el proyecto de ley de reforma a la institucionalidad de libre competencia del año 2003⁵, fue la de separar y delimitar claramente las funciones entre el órgano jurisdiccional y el órgano persecutor, para fortalecer la independencia e imparcialidad del primero. Así lo indicaba su mensaje:

“El eje central del presente proyecto de ley es el fortalecimiento del órgano jurisdiccional encargado de resolver los conflictos en esta materia, el que pasa a denominarse Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. El proyecto crea las condiciones necesarias para que las personas llamadas a analizar y decidir los posibles atentados a la libre competencia reúnan requisitos de excelencia profesional y alta dedicación, bajo un esquema de separación de funciones e independencia”.

Con esta reforma, se buscó radicar en la FNE la potestad pública de investigar y actuar como parte, en interés general de la colectividad en el orden económico, en los procedimientos contenciosos⁶, y a su vez radicar en el TDLC la función jurisdiccional⁷. Esto, con el fin de que nadie fuese juzgado por quien ha llevado a cabo la investigación del ilícito, que por dicha razón podría ver comprometida su objetividad e imparcialidad.

Dicha reforma recogía así el mismo principio inspirador de la reforma procesal penal, que se estaba implementando en las distintas regiones del país, precisamente en esa época⁸. En ella, se pretendió también fortalecer la imparcialidad de los tribunales con competencia en lo penal (los juzgados de garantía y los tribunales orales en lo penal), al separarlos completamente de toda función investigativa y persecutoria, la cual quedó radicada en el Ministerio Público.

Como consecuencia de dicha separación de funciones en libre competencia, se pretendió también limitar la facultad de actuar de oficio que tenía la antigua Comisión Resolutiva para el conocimiento de las controversias

5 Reforma de la Ley N° 19.911 del año 2003, que modificó la ley chilena de libre competencia contenida en el Decreto Ley N° 211 de 1973.

6 Sin perjuicio de que se permite también que el procedimiento sea iniciado por demanda de un particular ante el TDLC, según se indica en el artículo 20 inciso 2° del Decreto Ley N° 211.

7 Señala el mensaje del proyecto que derivó en la Ley N° 19.911:

“A pesar que el actual texto del Decreto Ley N° 211 señala, sin distinción, que los organismos y servicios encargados de prevenir, investigar, corregir y reprimir los atentados a la libre competencia o de los abusos de posiciones monopólicas, son las Comisiones y la Fiscalía Nacional Económica, no hay duda de que el espíritu de la ley –que además se colige de ciertas disposiciones– es que ambas cumplen funciones distintas.

Por un lado, la Fiscalía Nacional Económica es la encargada de realizar las investigaciones y actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico.

Por el otro, las Comisiones, en especial la Resolutiva, deben ser entes imparciales que resuelvan los asuntos sometidos a sus consideraciones.

Hoy, en la medida que la Fiscalía asiste técnicamente a las Comisiones, en la práctica se distorsiona tal distinción.

Por ello, el presente proyecto refuerza la idea de separación de funciones, al dotar al nuevo Tribunal de personal y presupuesto propios, distintos de aquellos asignados a la Fiscalía”.

8 La cual entró en vigencia de forma progresiva en las distintas regiones del país entre los años 2000 y 2005, según da cuenta el artículo 4° Transitorio de la Ley N° 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público, y el artículo 484 de la Ley N° 19.696 que establece el Código Procesal Penal.

en estas materias, reduciendo los elementos inquisitivos en los procedimientos contenciosos que conocería el nuevo TDLC. Esto es especialmente relevante en los procedimientos en que interviene la FNE, en los cuales es ella la que tiene la potestad pública de actuar como parte ante el TDLC, representando el interés general de la colectividad, según lo establece el artículo 39 b) del Decreto Ley N° 211⁹.

II. EL PROCEDIMIENTO DE LIBRE COMPETENCIA ES UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, AL CUAL SE LE APLICAN LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL, CON Matices

Según lo ha señalado reiteradamente la Corte Suprema, el procedimiento contencioso en libre competencia es un procedimiento administrativo sancionador¹⁰. En ese sentido, ha sostenido la jurisprudencia que tanto la sanción administrativa como la penal constituyen manifestaciones de una única potestad punitiva estatal (o *ius puniendi*), en cuanto ambas regulan la forma y situación en que el Estado puede castigar a un particular por la comisión de un acto ilícito, debidamente tipificado, que amerita dicha represión¹¹.

En razón de lo anterior, nuestra jurisprudencia ha sostenido que al derecho administrativo sancionador corresponde aplicarle también los principios y estatutos de garantías del derecho procesal penal, aunque con ciertos matices, que derivan de la finalidad perseguida por uno y otro tipo de responsabilidad¹².

Dado lo anterior, es completamente procedente y conveniente, para analizar nuestra institucionalidad de libre competencia y su actuar, hacerlo desde este paralelo que se traza entre ella (y todo el derecho administrativo sancionador) y el derecho penal¹³. Más aún cuando, según señalamos, la creación y configuración del TDLC, tuvo análogo objetivo al que inspiró la reforma procesal penal.

III. EL ROL DEL TDLC COMPRENDE EL DE RESGUARDAR LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO DE LOS REQUERIDOS, EN PARTICULAR FRENTE AL ACTUAR DE LA FNE EN EL JUICIO

En razón de lo anterior, y de manera análoga a la función que tienen los tribunales con competencia en lo penal de resguardar las garantías de los particulares frente al actuar del Ministerio Público, controlando el

9 Señala en este sentido el mensaje del proyecto que derivó en la Ley N° 19.911: “Un importante cambio es la eliminación de la facultad de actuar de oficio que tiene la Comisión Resolutiva. En un sistema en el que están claramente delimitadas las funciones de quien ejerce las funciones jurisdiccionales y aquel que ejerce la representación del interés público, creemos que dicha facultad no debe otorgarse al Tribunal llamado a resolver los litigios pues, de lo contrario se afecta su imparcialidad”.

10 Como lo indica expresamente, por ejemplo: *Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada y otros*, Rol N° 2.578-2012, Sentencia Corte Suprema (2012), c. 75°; y, *Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, Rol N° 27.181-2014, Sentencia Corte Suprema (2015), c. 76°; entre otros.

11 Ver, por ejemplo: *Empresa Nacional de Electricidad S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente*, Rol N° 17.736-2016, Sentencia Corte Suprema (2016), c. 18°; y, *Banco de Chile con Unidad de Análisis Financiero*, Rol N° 38.857-2017, Sentencia Corte Suprema (2018), c. 4°; entre otros.

12 *Empresa Nacional de Electricidad S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente*, Rol N° 17.736-2016, Sentencia Corte Suprema (2016), c. 18°; y, *Banco de Chile con Unidad de Análisis Financiero*, Rol N° 38.857-2017, Sentencia Corte Suprema (2018), c. 4°; entre otros.

13 En ese sentido, Eduardo Cordero señala que “para nuestra doctrina y jurisprudencia, las infracciones y sanciones administrativas participan de la misma naturaleza de los delitos y las penas, pues integran un mecanismo de intervención en el marco de una política represiva que debe determinar el legislador, sujeto a elementos de proporcionalidad y garantías que son de mayor intensidad considerando la gravedad de la sanción que se va a aplicar”. Eduardo Cordero, *Derecho Administrativo Sancionador* (Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2014), 65-66.

actuar de este último en el proceso, un rol esencial del TDLC es el de resguardar también esas garantías de los particulares y ejercer ese control del actuar de la FNE en los procedimientos contenciosos impulsados por la FNE.

Esta necesidad de resguardo de los particulares frente a la potestad punitiva del Estado la ha expresado nuestra Corte Suprema con mucha claridad en materia penal, lo cual es perfectamente aplicable en materia de libre competencia. Lo ha señalado de la siguiente forma:

“[D]esde el momento en que [la potestad punitiva] fue monopolizada por el poder central, amenaza siempre desbordar frente a un imputado que aparece en una posición de desigualdad ante ese formidable adversario, y debe por ello ser protegido por las instancias más elevadas de la organización jurídica mediante la garantía de un procedimiento estrictamente formalizado y regulado, que le asegure un tratamiento equilibrado y, sobre todo, capaz de preservar la presunción de inocencia que constituye el instrumento básico para su defensa. Esa formalización y regulación es lo que constituye el debido proceso”, que tiene por objeto “asegurar el respeto del más débil por parte de la potestad punitiva centralizada”¹⁴.

Probablemente la jurisprudencia más rica en doctrina sobre estas materias, es la sentencia de la Corte Suprema recaída sobre los recursos de reclamación en el caso de la colusión de las cadenas de farmacias¹⁵, en la que se grafican estos puntos de manera muy clara. En ella, se expone un largo y detallado listado de principios y garantías que deben respetarse en los procesos en que se ejerce la potestad sancionadora de la administración del Estado, y en particular en los procedimientos de libre competencia¹⁶.

Así, entre varios otros principios y garantías, haremos mención a algunos relevantes para el presente análisis: la Corte Suprema estableció el principio de “control judicial”, indicando al respecto que el órgano jurisdiccional (TDLC) “debe velar por el respeto de los derechos y garantías de los intervinientes durante todo el proceso”¹⁷. Asimismo, como una concreción de la separación de funciones en el procedimiento señaló que “(q)uien es el titular de la acción persecutoria debe instar por la prosecución del juicio en todas sus etapas”, en referencia a la FNE¹⁸.

Asimismo, la Corte Suprema puso en relieve el “debido proceso legal”¹⁹ y el “derecho a la defensa”, que en sus palabras comprende la posibilidad de ser oído, formular alegaciones, rendir pruebas, interponer recursos, entre otras garantías²⁰. Asimismo hace también aplicable el principio de presunción de inocencia²¹, y el principio de la igualdad de armas, en particular en la presentación de pruebas y en la posibilidad de contradecir las pruebas de la contraparte²².

14 *C/ Maricura Cid, Sandro Mauricio y Godoy Bustamante, Gerardo Enrique*, Rol N° 1.989-2002, Sentencia Corte Suprema (2 de octubre, 2002), c. 2°.

15 *Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada y otros*, Rol N° 2.578-2012, Sentencia Corte Suprema (2012), que resolvió los recursos de reclamación recaídas respecto a la sentencia del TDLC N° 119/2012.

16 *Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada y otros*, Rol N° 2.578-2012, Sentencia Corte Suprema (2012), c. 75°.

17 *Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada y otros*, Rol N° 2.578-2012, Sentencia Corte Suprema (2012), c. 75°, punto I.b.

18 *Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada y otros*, Rol N° 2.578-2012, Sentencia Corte Suprema (2012), c. 75°, punto I.d.

19 *Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada y otros*, Rol N° 2.578-2012, Sentencia Corte Suprema (2012), c. 75°, punto I.h., que necesariamente debe relacionarse con el artículo 19 N°3, inciso 6°, de la Constitución Política de la República.

20 *Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada y otros*, Rol N° 2.578-2012, Sentencia Corte Suprema (2012), c. 75°, punto II.i.

21 *Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada y otros*, Rol N° 2.578-2012, Sentencia Corte Suprema (2012), c. 75°, punto II.k.

22 *Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada y otros*, Rol N° 2.578-2012, Sentencia Corte Suprema (2012), c. 75°, punto III.a.

Por último, la Corte Suprema subraya el principio de “acceso a toda la información del juicio”, en la razón del cual “los requeridos deben tener la posibilidad de conocer todos los aspectos de la investigación y de la prueba aportada al juicio”²³.

IV. SITUACIONES EN QUE EL TDLC NO HA CUMPLIDO EL ROL DE GARANTE FRENTE A LA FNE, O EN QUE HA EJERCIDO FUNCIONES PERSECUTORIAS

Han existido actuaciones del TDLC, en la jurisprudencia procesal reciente, en que su rol de garante del debido proceso de los particulares frente a la potestad punitiva de la FNE no ha sido ejercido, o bien en que la separación de funciones con la FNE se ha difuminado.

Uno de los ejemplos más claros a este respecto, es la decisión del TDLC de rechazar solicitudes de los requeridos para acceder al expediente de investigación que sirve de fundamento al requerimiento de la FNE, o su exhibición, al inicio del juicio. Como es lógico, los requeridos usualmente pretenden conocer el expediente de investigación durante la etapa de discusión del juicio, y en todo caso antes del inicio del término probatorio, y así conocer la base fáctica y jurídica del requerimiento en su contra, para poder preparar la prueba del juicio.

Como contexto a este punto, ha sido la práctica común y sostenida del TDLC el ordenar a la FNE a acompañar o exhibir el expediente completo de investigación que sirve de sustento al requerimiento, al inicio del juicio, cuando lo es solicitado por algún requerido²⁴.

Sin embargo, en la causa caratulada “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Biomar Chile S.A. y otras”, el TDLC recientemente se ha desmarcado de dicha práctica, y ha rechazado solicitudes de los requeridos de ordenar exhibir el expediente de investigación en que se funda el requerimiento, señalando al efecto que “acompañar al requerimiento los documentos fundante de la acusación no es un requisito legal; y no hacerlo no afecta el derecho a defensa de las partes ni su posibilidad de contestar el requerimiento, toda vez que ellas podrán imponerse del expediente de investigación de la Fiscalía Nacional Económica en la etapa procesal correspondiente”²⁵.

Con lo anterior, el TDLC le permitió a la FNE acompañar el expediente completo de la investigación en que se funda el requerimiento en la etapa probatoria del juicio, como si la FNE fuera un litigante cualquiera, y como si dicho expediente fuera una prueba más del proceso. Dicha resolución desatiende, de esa forma, que los antecedentes de la investigación son el elemento fundante en que se basó el órgano público persecutor para tomar la determinación de perseguir judicialmente la responsabilidad administrativa de los requeridos, por lo que es indispensable que ellos puedan conocerlos para plantear debidamente su defensa en el juicio desde el inicio.

Más allá de las razones en particular esgrimidas por el TDLC, que creemos no son correctas, es evidente que este cambio de su práctica no se condice con su rol de garante de los derechos de los requeridos frente a la FNE, por cuanto les impide a aquellos conocer los antecedentes en que se funda el requerimiento, y poder considerar los mismos para contestarlo de manera debida o para generar o presentar prueba en contrario²⁶.

23 *Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada y otros*, Rol N° 2.578-2012, Sentencia Corte Suprema (2012), c. 75°, punto III.g.

24 Véase, como ejemplo: *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras*, C-304-2016, Resolución TDLC (12 de abril, 2016); o, *Requerimiento de la FNE contra CCNI S.A. y otras*, C-292-2015, Resolución TDLC (1 de abril, 2015).

25 *Requerimiento FNE contra Biomar Chile S.A. y otras*, C-386-19, Resolución TDLC (23 de enero, 2020).

26 Por ejemplo, si el expediente de investigación es acompañado por la FNE el último día del término probatorio, se le impediría en los he-

Un segundo ejemplo de la falta del correspondiente control del TDLC al actuar de la FNE en el proceso, es el siguiente: el TDLC ha acogido solicitudes de la FNE de decretar la confidencialidad de secciones del expediente de investigación al momento de acompañarlo al juicio, para posteriormente, cuando ya ha vencido el término probatorio y se está pronto a dictar sentencia, acoger una nueva solicitud de la FNE, pero esta vez en orden a alzar dicha confidencialidad, con el fin de utilizar dichas secciones del expediente de investigación que se mantuvieron ocultas, como medios probatorios para condenar a los requeridos.

Sobre esto, en el caso caratulado “Requerimiento de la FNE contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. y Otra”, la FNE le solicitó al TDLC alzar la confidencialidad de secciones del expediente de investigación (que se mantuvieron ocultos para los requeridos durante todo el juicio), después de vencido el término probatorio, bajo los siguientes argumentos:

“[L]a información cuya confidencialidad se solicita alzar da cuenta de antecedentes que podrían ser relevantes para resolver el asunto sometido al conocimiento del H.Tribunal, ya sea porque revelan algún aspecto de hecho vinculado a las conductas imputadas por esta FNE, se vinculan a la industria y al mercado, o se refieren a alguna de las defensas levantadas por las Requeridas”²⁷.

El TDLC acogió dicha solicitud, y alzó la confidencialidad en los términos solicitados²⁸.

El caso mencionado precedentemente no ha sido el único en que el TDLC ha aceptado sin objeción este actuar de la FNE. En otros casos también se han acogido solicitudes de alzamiento de la confidencialidad de secciones del expediente al final del juicio (cuando ya no pueden ser contrarrestados), con el fin de poder utilizar esos elementos en contra de los requeridos en la sentencia²⁹. Todo esto, a pesar de la protesta de los requeridos en el proceso, por el abuso y la afectación al debido proceso que dicho actuar conlleva³⁰.

Esta estrategia procesal de la FNE no debiera ser permitida por el TDLC, por cuanto afecta gravemente la garantía del debido proceso de los requeridos. Si partes del expediente de investigación están afectos a una causal legal de confidencialidad, se debe decretar dicho carácter durante todo el juicio, o de lo contrario, se debe dar acceso a los requeridos desde el comienzo del juicio, cuando son acompañados al proceso. Lo que no puede permitirse, es mantener la confidencialidad durante gran parte del juicio y levantarla sólo al final, impidiendo a los requeridos defenderse de dichos antecedentes, justamente con el propósito de utilizarlos en contra de los requeridos en la sentencia.

En ese sentido, si el TDLC permite el alzamiento de la confidencialidad al final del juicio, es evidente que esos documentos nunca estuvieron afectos a una causal legal de confidencialidad originalmente, por lo que el cambio en la decisión no se justifica.

chos a los requeridos controvertirlo por medio de otras pruebas, por cuanto no tendrían la oportunidad procesal para rendirlas.

27 *Requerimiento de la FNE contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. y Otra*, C-321-2017, Escrito FNE (12 de noviembre, 2018), a fojas 2134.

28 *Requerimiento de la FNE contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. y Otra*, C-321-2017, Resolución TDLC (20 de noviembre, 2018), a fojas 2505.

29 Ver, por ejemplo: *Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y Otra*, C-299-2015, solicitud de la FNE de alzamiento de la confidencialidad de foja 4401, acogida por el TDLC a foja 5734, en razón de que “quien solicita el alzamiento es la parte que acompañó los documentos en carácter de confidenciales”.

30 Ver: *Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y Otra*, C-299-2015, Escritos de la requerida SCA Chile S.A. de fojas 4611 y 5798, que fueron rechazados por el TDLC por resoluciones de fojas 5734 y 5810, respectivamente.

Los ejemplos mencionados del actuar del TDLC contravienen el principio de acceso a toda la información del juicio, entendido como el derecho de los requeridos a “conocer todos los aspectos de la investigación”, reconocido por la Corte Suprema en los casos de libre competencia como parte del derecho administrativo sancionador, según indicamos precedentemente. Dicho principio es asimismo una aplicación del principio de transparencia de todo el actuar de los órganos públicos, consagrado a nivel constitucional y legal³¹.

Se contraviene asimismo el derecho de los requeridos a rendir pruebas, como parte del derecho más amplio a la igualdad de armas. Esto, por cuanto se les impide en los hechos el preparar y presentar prueba en contra del expediente de investigación por completo, en el primer ejemplo, o en contra de las secciones del mismo que se mantuvieron como confidenciales durante todo el juicio, en el segundo.

Además, haciendo el parangón con el derecho procesal penal, esta posibilidad de denegar el conocimiento de todo o parte del expediente de investigación pareciera aún más injustificado. Esto, por cuanto en el procedimiento penal los intervinientes del proceso, incluyendo los imputados, tienen derecho a conocer y obtener copia de toda la investigación fiscal y policial en todo momento, y desde luego mucho antes incluso de iniciado el juicio en su contra³². No hay motivo alguno para retener esa información a ellos, sino que, por el contrario, el acceso a esa información es parte esencial de su derecho a defensa.

Finalmente, otro ejemplo a considerar dentro de este análisis, son los casos en que el TDLC ha determinado la realización de oficio de diligencias probatorias en casos iniciados por requerimiento de la FNE³³.

Sin perjuicio de que el TDLC tiene la facultad de decretar diligencias probatorias de oficio, según la ley, “cuando resulte indispensable para aclarar aquellos hechos que aún parezcan oscuros y dudosos”³⁴, dicha facultad debe utilizarse teniendo presente siempre el rol institucional del TDLC como órgano jurisdiccional imparcial, cuya función está completamente separada de la función persecutoria radicada en la FNE.

En el sentido anterior, si una acusación no ha sido suficientemente probada por la FNE, considerando el carácter de derecho administrativo sancionador de este proceso y los principios que lo inspiran (en particular el de presunción de inocencia, y el de imparcialidad del juez), aquello debiese derivar en el rechazo del requerimiento de la FNE por falta de prueba. Si, por el contrario, el TDLC viene a “completar” el trabajo de la FNE solicitando diligencias probatorias que la FNE no rindió, con el fin de probar la responsabilidad de los requeridos, está cumpliendo una función persecutora que no le corresponde.

En ese último caso, pareciera que los requeridos estuviesen en una posición incluso peor que si se enfrentaran a un solo órgano persecutor, ya que ahora, en los hechos, deben enfrentar a dos órganos distintos que están intentando demostrar su culpabilidad. Esto, con el agravante de que a uno de dichos órganos en rigor le corresponde decidir con completa independencia e imparcialidad, aislado de la actividad persecutoria.

31 Establecido en el artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución Política de la República, y en la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública.

32 Artículo 182 del Código Procesal Penal.

33 Por ejemplo, como lo decidió en la causa *Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y Otra*, C-299-2015, Resolución TDLC (2 de agosto, 2016), de fojas 3267.

34 Artículo 22 inciso 2° del Decreto Ley N° 211.

Por eso, estimamos que esta facultad del TDLC de decretar diligencias probatorias de oficio debiese utilizarse, en general, para efectos distintos al de recabar prueba sobre elementos que le corresponde probar a la FNE como órgano persecutor³⁵.

Haciendo nuevamente el paralelo con el sistema penal (en que como hemos dicho se basa en buena parte el de libre competencia), en dicho procedimiento los jueces y tribunales con competencia en lo penal prácticamente no tienen facultades para decretar diligencias probatorias de oficio, ya que la responsabilidad de desplegar la actividad probatoria para probar la acusación recae naturalmente en el Ministerio Público.

V. CONCLUSIÓN

Nuestra institucionalidad de libre competencia, basada en la dualidad de funciones debidamente delimitadas entre la FNE como órgano persecutor, y el TDLC como tribunal especializado imparcial, sujeto a la revisión de la Corte Suprema, ha sido generalmente reconocido como uno que ha funcionado correctamente, en especial por sus decisiones de alta calidad técnica.

La imparcialidad del TDLC y su rol de garantía de los particulares y de control del actuar de la FNE, debiese impregnar siempre el actuar del TDLC, ya que es lo que en última instancia justifica su existencia como órgano judicial decisor, independiente del persecutor.

Existen ciertas situaciones del actuar reciente del TDLC en algunos casos, que parecieran desconocer dicho rol, y que afectan el derecho al debido proceso de los particulares frente al ejercicio de la facultad punitiva del Estado.

La situación anterior puede ser aún más alarmante hacia el futuro, en razón de la reforma a nuestra normativa de libre competencia contenida en la Ley N° 20.945 que tipificó como delito ciertos tipos de colusión, con sanciones de presidio³⁶. En ese contexto, el hecho de que no sea resguardado claramente el debido proceso de los particulares en el juicio de libre competencia, puede derivar posteriormente en consecuencias penales para ellos.

Esto justifica que el TDLC, en aquellas decisiones en que están en juego estos valores, considere siempre la manera en que estos temas son abordados en el procedimiento penal. Este es un punto de partida razonable para el análisis, considerando el fuerte y progresivo endurecimiento de las sanciones asociadas a las infracciones a la libre competencia, y la tipificación de algunas de ellas como delito.

Así, de la misma forma que en el proceso penal existe el claro propósito de garantizar el debido proceso de los particulares acusados y de resguardar la imparcialidad del juez frente al ejercicio de la potestad persecutoria estatal, es indispensable que dichos objetivos sean observados asimismo por el TDLC en los procedimientos contenciosos iniciados por requerimiento de la FNE. Tanto en uno como en otro proceso, la separación de la función persecutora y jurisdiccional tiene su justificación precisamente en esos objetivos.

35 Por ejemplo, puede utilizarse para demostrar elementos que puedan eximir o atenuar la responsabilidad de los requeridos o, si corresponde, en casos de demandas entre particulares en que no interviene la FNE. De hecho, respecto a este último caso, la propia Corte Suprema le ha señalado al TDLC que, en los casos de controversias entre particulares, en los cuales se puede comprometer el interés público, *“el TDLC cuenta con facultades para ir más allá de la actividad probatoria de las partes, de modo que no se encuentra inerte ante la omisión en que éstas puedan incurrir en este específico ámbito”*. Sentencia Corte Suprema (30 de mayo, 2017), c. 16°. Estimamos que dicho principio de actuación, correcto en una disputa entre particulares, no corresponde que sea aplicado en los casos iniciados por requerimiento de la FNE, en que prima la lógica del derecho administrativo sancionador y sus principios.

36 Según se establece en el nuevo artículo 62 del Decreto Ley N° 211.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Santiago Ried Undurraga, "El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como garante del debido proceso de los particulares frente a la Fiscalía Nacional Económica. Una función a veces olvidada", *Investigaciones CeCo* (agosto, 2020), <http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile