



INVESTIGACIONES DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Y DEBIDO PROCESO

Claudio Lizana A.

INVESTIGACIONES DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Y DEBIDO PROCESO

Febrero 2022



Claudio Lizana¹

Socio del estudio Carey y cía. y uno de sus miembros a cargo de los grupos Corporativo/Fusiones y Adquisiciones, Libre Competencia y Mercados Regulados. Abogado de la Universidad de Chile y LL.M. de Harvard University. Miembro del Comité de Libre Competencia del Colegio de Abogados de Chile.

I. INTRODUCCIÓN

A nuestro juicio, la institucionalidad de libre competencia de nuestro país es robusta y adecuada. Tras varias reformas introducidas al Decreto Ley N° 211 de 1973 (DL 211), la legislación contempla prácticamente todos los mecanismos para asegurar que la Fiscalía Nacional Económica (FNE) sea eficaz en sus investigaciones.

En materia de colusiones, la FNE cuenta con medidas intrusivas y con la institución de la delación compensada. En fusiones y adquisiciones, la Ley N° 20.945 de 2016 incorporó un sistema sofisticado y equilibrado de control preventivo de operaciones de concentración, lográndose con éxito un balance entre permitir que el mercado de fusiones y adquisiciones opere con rapidez y predictibilidad y, a su vez, detener en forma oportuna aquellas operaciones que pudieren conllevar riesgos a la libre competencia. Para investigaciones de abusos unilaterales, también se cuenta con facultades y capacidades adecuadas de conformidad con el artículo 39 letra a) del DL 211. Por último, con la creación de la División de Estudios de Mercado en 2017, la FNE ha identificado problemas competitivos significativos en importantes mercados del país, efectuando recomendaciones e incluso dando pie para acciones judiciales ulteriores de parte de terceros².

Ahora bien, con independencia de cuál haya sido el comportamiento efectivo de la FNE a la fecha, la pregunta que quisiéramos efectuarnos es si los agentes investigados por la FNE cuentan o no con un estatuto legal que les garantice un debido proceso en dichas investigaciones. Este es un debate relevante que, por la urgencia de otras materias, ha quedado, sin embargo, postergado a nuestro juicio atendido otras prioridades.

En este mismo foro se ha sostenido en artículos anteriores que el TDLC es el garante del debido proceso en los procedimientos contenciosos y no contenciosos ante la FNE³. También se ha elaborado un análisis empírico y con datos duros sobre las medidas intrusivas de la Fiscalía en uso de las facultades de la letra n)

1 Quisiera expresar mis agradecimientos a Raimundo Jara cuya colaboración en la elaboración de este artículo fue muy importante.

2 Ocurrió ahora último a propósito del Estudio de Mercado del Gas, en que, tras las irregularidades investigadas y expuestas por la FNE, Conadecus interpuso demandas contra Metrogas y Agesa (25° Juzgado Civil de Santiago, Rol C 8843-2021) y contra Gasto, Abastible y Lipigas (28° Juzgado Civil de Santiago, Rol C 8923-2021). Al cierre de este texto, la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados sobre el mercado del gas licuado solicitaba a la FNE requerir a las empresas ante el TDLC “cuantos antes y sin dilación” por una eventual colusión.

3 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), <https://centrocompetencia.com/el-tribunal-de-defensa-de-la-libre-competencia-como-garante-del-debido-proceso-de-los-particulares-frente-a-la-fiscalia-nacional-economica-una-funcion-a-veces-olvidada/>.

del artículo 39 del DL 211⁴. Pero poco se ha profundizado sobre las garantías procesales en investigaciones de la Fiscalía con anterioridad a la intervención judicial del TDLC.

II. LA DUALIDAD FNE-TDLC Y LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO DE LIBRE COMPETENCIA

La Ley N° 19.911 de 2003 reformó el DL 211 y creó el TDLC. A diferencia de otras jurisdicciones, nuestra ley contempla un sistema dual, con dos entidades con atribuciones claramente diferenciadas.

Por un lado, la FNE, como órgano administrativo, fiscaliza, investiga y acusa –mediante la interposición de requerimientos– ilícitos anticompetitivos en representación del interés general colectivo, velando por el orden público económico. Por el otro, el TDLC, como órgano jurisdiccional técnico, juzga y sanciona los atentados contra la libre competencia⁵, además de resolver las consultas sobre actos o contratos celebrados o por celebrarse que puedan infringir la ley. Según el mensaje del proyecto de la Ley N° 19.911, con lo anterior se consagra un “esquema de separación de funciones e independencia”.

Esta reforma al DL 211 fue muy acertada. Recogió el debate generado en jurisdicciones comparadas, donde se ha señalado que aquellas agencias que combinan funciones de investigación y acusación con la de juzgamiento son “especialmente problemáticas”, pues “el gobierno [el Estado] sería, en efecto, el juez de su propio caso”, afectando la imparcialidad e independencia del órgano que juzga⁶.

En Chile ese problema no se plantea. En efecto, nuestra legislación diseñó una estructura adecuada de contrapesos y supervigilancia entre las instituciones. El ex Fiscal Nacional Económico Felipe Irrarázabal señaló que la FNE funciona adecuadamente “porque tenemos un tribunal especial de reconocida excelencia, que nos corrige cualquier error o desinteligencia que cometamos y que nos va guiando en cómo debe interpretarse la ley”. Este tribunal, el TDLC, “funciona como contrapeso a la Fiscalía, con el más alto nivel técnico”. Al mismo tiempo, la Corte Suprema “opera como otro contrapeso, logrando posicionar a la joven rama de la libre competencia en el contexto jurídico nacional” y sometiendo a un “estricto escrutinio” el trabajo de la FNE⁷.

4 Luis Eduardo Toro Bossay y José Luis Corvalán Pérez, “¿Quién vigila a los vigilantes? Análisis empírico del uso, eficacia y control de las medidas intrusivas en el sistema chileno de libre competencia”, *Investigaciones CeCo*, (septiembre 2021), <https://centrocompetencia.com/toro-corvalan-quien-vigila-medidas-intrusivas/>.

5 Véase también Patricio Bernedo, *Historia de la Libre Competencia en Chile. 1959-2010* (Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, 2013), 163, https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Historia_libre_competencia.pdf.

6 Christopher S. Yoo, Yong Huang, Thomas Fetzer y Shan Jiang, “Due Process in Antitrust Enforcement: Normative and Comparative Perspectives”, *Faculty Scholarship at Penn Law* 94 (2021), 849, https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2160. Traducción propia. Versión original: “Administrative agencies are thus especially problematic as they often combine investigatory and prosecutor functions with adjudicatory functions. In the words of Martin Redish and Lawrence Marshall ‘if the adjudicator is himself an integral part of the governmental body on the other side of the case, then it is likely that his decision will be based on consideration other than the merits as developed by the evidence. The government would, in effect, be the judge of its own case.’ [Martin H. Redish y Lawrence C. Marshall, “Adjudicatory Independence and the Value of Procedural Due Process”, *The Yale Law Journal* 95, N° 3, enero 1986, 455-477, <https://www.jstor.org/stable/796487>] European scholars have raised similar concerns in the context of competition law. Ian Forrester concludes, ‘The fusion of investigative and decision-making functions is incompatible with the notion of ‘an independent and impartial tribunal established by law’ enshrined in Art 6 of the ECGR.’ [Ian Forrester, “Due Process in EC Competition Cases: A Distinguished Institution with Flawed Procedures”, *European Law Review* 34, N° 6, 2009, 817-837]”.

7 Felipe Irrarázabal, “Cuenta Pública de la Fiscalía Nacional Económica, del período 2015 – 2016” (Discurso, Santiago de Chile, 4 de mayo, 2017), 4, <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/04/Discurso-Cuenta-Publica-040517.pdf>. Para el ex Fiscal, gracias a este nuevo “ecosistema” de la libre competencia, “litigar ante el TDLC y la Corte Suprema es un lujo” (Irrarázabal, “Cuenta Pública de la Fiscalía Nacional Económica, del período 2015 – 2016”, 4).

Ahora bien, con respecto a la naturaleza jurídica del procedimiento de libre competencia ha habido una discusión doctrinaria y jurisprudencial.

Algunos han señalado que su naturaleza es contenciosa civil, pues el TDLC ejerce una función meramente jurisdiccional⁸. Otros han señalado que la naturaleza es contencioso administrativa, cuyo procedimiento forma parte del derecho administrativo sancionador, por cuanto las sanciones en libre competencia son manifestación del *ius puniendi* o potestad punitiva del Estado⁹.

Excede los fines de este artículo profundizar en este debate. Nos limitaremos a señalar que, a nuestro juicio, el procedimiento de libre competencia se adscribe al denominado “derecho administrativo sancionador”.

Que el procedimiento tenga esta naturaleza es sin perjuicio de la estructura dual de nuestro sistema de defensa de la libre competencia, con la FNE como investigador y acusador, y el TDLC como juzgador. Así ocurre con otros organismos públicos en que la autoridad que fiscaliza es distinta a la que sanciona¹⁰.

Una de las consecuencias de que el procedimiento de libre competencia forme parte del derecho administrativo sancionador es que se deben aplicar, en consecuencia, como se ha indicado, los principios penales “con matices”¹¹.

8 Destaca la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) de 20 de agosto de 2013 (*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Empresas Ariztia S.A. respecto del artículo 29 del Decreto Ley N° 211, de 1973, en cuanto permite la aplicación del artículo 385 del Código de Procedimiento Civil*, Rol N° 2381-12, Sentencia Tribunal Constitucional, 2013) en el marco del procedimiento de la colusión de los pollos, en que Empresas Ariztia S.A. interpuso un requerimiento de inaplicabilidad contra el artículo 29 DL 211 (regula la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil). El TC señala que no es posible sostener que el TDLC esté ejerciendo una potestad punitiva administrativa, sino una función jurisdiccional de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución, pues el TDLC resuelve un conflicto de relevancia jurídica originado en la acción de un individuo que, aparentemente, ha quebrantado el ordenamiento jurídico, mediante un proceso y con efecto de cosa juzgada. A la misma conclusión –dice el TC– permite arribar el artículo 5 del DL 211. En consecuencia, el TDLC, al ejercer una función jurisdiccional, se somete al régimen de garantías de procedimiento generales y no a las que la doctrina discute debiesen aplicarse en el ejercicio del derecho administrativo sancionador (*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Empresas Ariztia S.A. respecto del artículo 29 del Decreto Ley N° 211, de 1973, en cuanto permite la aplicación del artículo 385 del Código de Procedimiento Civil*, Rol N° 2381-12, Sentencia Tribunal Constitucional, 2013, c. 17). Adicionalmente, destaca la prevención de los ministros Sr. Javier Tapia y Sr. Jaime Arancibia en la Sentencia N° 160/2017 del TDLC relativa a la colusión del tissue, quienes señalan que el derecho de la libre competencia aplicable al caso es parte del derecho regulatorio administrativo, cuyas sanciones no se rigen por el *ius puniendi* de castigo estatal sino por principios y finalidades propios vinculados a la corrección y disuasión de conductas mediante la imposición de obligaciones de dar, hacer o no hacer (*Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra CMPC Tissue S.A. y otra*, C-299-2015, Sentencia TDLC N° 160/2017, 2017). En la doctrina, ver: Jorge Grunberg y Santiago Montt, “La Prueba de la Colusión”, en *Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia*, eds. Felipe Belmar T. y Pía Chible V. (Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, 2017), 314 y ss.; Javier Tapia y Luis Cordero Vega, “La Revisión Judicial de las Decisiones Regulatorias: Una Mirada Institucional”, *Revista de Estudios Públicos*, N° 139 (septiembre, 2015), 51-53, <https://www.cepchile.cl/la-revision-judicial-de-las-decisiones-regulatorias-una-mirada/cep/2016-03-04/101446.html>.

9 En la jurisprudencia, ver: *Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada y otros*, Rol N° 2.578-2012, Sentencia Corte Suprema (2012), c. 75; *Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, Rol N° 27.181-2014, Sentencia Corte Suprema (2015), c. 76; entre otros. Estas sentencias son citadas por Santiago Ried en el texto ya señalado (nota al pie N° 3) quien, por lo demás, también defiende esta postura (Ried Undurraga, “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como garante del debido proceso de los particulares frente a la Fiscalía Nacional Económica”, 4). En la sentencia de la Corte Suprema de la colusión de los pollos, destaca el voto en contra de la ministra Sra. Rosa Egnem a propósito de la discusión de cual DL 211 es aplicable a la colusión, en que señala que es indiscutido que el procedimiento integra el derecho administrativo sancionador, que es a su vez una manifestación del *ius puniendi* del Estado, por lo que resultan aplicables los principios propios de esta actividad, en que se incluyen los previstos en el artículo 19 N° 3 de la CPR, destacando los de legalidad, tipicidad, debido proceso y otros que traspasan el ámbito penal para cubrir también la actividad sancionatoria del Estado, en general (*Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, Rol N° 27.181-2014, Sentencia Corte Suprema, 2015, c. 1).

10 Así, con la Comisión para el Mercado Financiero, la Superintendencia de Servicios Sanitarios, Subsecretaría de Telecomunicaciones y otros organismos. Véase Ried Undurraga, “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como garante del debido proceso de los particulares frente a la Fiscalía Nacional Económica”, 2.

11 Véase Cristián Román Cordero, “El Debido Procedimiento Administrativo Sancionador”, *Revista de Derecho Público*, N° 71 (2009), 183 y ss., <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/35692>.

III. EL DEBIDO PROCESO Y LAS INVESTIGACIONES DE LA FNE PREVIAS A PROCEDIMIENTOS ANTE EL TDLC

El debido proceso está consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, mandando al legislador a “establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Adicionalmente, la legislación “básica-administrativa” contempla diversos principios que pueden comprenderse dentro del debido proceso.

La Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado señala en su artículo 3 que la Administración del Estado debe observar una serie de principios, entre ellos, los de eficiencia, eficacia, impulso de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas.

Por su parte, la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos también contempla, en los artículos 4 y siguientes, una serie de principios que deben impregnar este tipo de procedimiento. Entre ellos, el de celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad.

Es claro, en consecuencia, que el actuar del Estado y sus diversos órganos –en el desempeño de sus facultades– debe conducirse con respeto a los derechos y garantías que impregnan el debido proceso y, además, con apego a los principios consagrados en las “leyes bases” de la Administración.

Sin embargo, nuestra legislación de defensa de la libre competencia, aunque virtuosa en ciertas materias, es a nuestro juicio, defectuosa en otras. En efecto, no existe en ella un estatuto de debido proceso que ampare al sujeto investigado.

La letra a) del artículo 39 del DL 211 sólo se limita a señalar las facultades investigativas de la FNE. Pero el DL 211 nada dice y, en la práctica, se producen situaciones límite que bien podrían entenderse que vulneran las garantías del debido proceso del sujeto investigado.

En definitiva, creemos que nuestra legislación requiere ajustes que recojan ciertos principios fundamentales en materia de debido proceso, en línea con prácticas existentes en otras jurisdicciones.

IV. LA RELEVANCIA DE UN ESTATUTO LEGAL EN INVESTIGACIONES POR PARTE DE AGENCIAS DE COMPETENCIA. CONSIDERACIONES INTERNACIONALES

En la comunidad internacional, la necesidad de establecer un estatuto legal de debido proceso en investigaciones por parte de agencias de competencia ha generado mucho interés recientemente.

Paul O'Brien, de la *Federal Trade Commission* de los Estados Unidos, resume en simple la importancia del tema: “*The quality of competition agency enforcement depends on the quality of agency process*”¹². Y es que el

12 Paul O'Brien, “Procedural Fairness: Convergence In Process”, *CPI Antitrust Chronicle* (noviembre 2018), 2, https://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/obrien_-_procedural_fairness_convergence_in_process_cpi_11-18.pdf.

“punto de partida” de un procedimiento racional y justo es el Estado de Derecho. De ahí que “existe un sólido consenso internacional sobre el valor de la equidad procesal durante el *enforcement* de la libre competencia y sobre los principios rectores básicos de cómo debe proporcionarse”. Así, de un tiempo a la fecha, respecto de los “elementos claves del debido proceso y su importancia, las autoridades de competencia hablan un lenguaje similar”, incluyendo conceptos fundamentales como la transparencia, notificación de los cargos, oportunidad de responder, rendir prueba y revisión independiente de la apelación¹³.

En 2019 la *International Competition Network* (ICN) adoptó sus “Prácticas Recomendadas sobre el Proceso de Investigación”¹⁴. En ellas se señala que las agencias de competencia “deben contar con un marco jurídico adecuado para el uso de herramientas de investigación durante estas, con normas claras y definidas, requisitos de procedimiento y controles adecuados”¹⁵. Ello supone, entre otras cosas, la revisión interna de la agencia, la revisión externa por parte de tribunales, la confidencialidad y la proporcionalidad. En ese sentido, las agencias deben ser transparentes con el procedimiento, lo que exige “hacer públicas las normas de investigación, directrices, prácticas, procedimientos, plazos aplicables, las normas de confidencialidad, el proceso de cooperación en materia de aplicación de la ley y las prioridades generales de aplicación de la ley”¹⁶.

Con respecto a la investigación misma, la ICN recomienda a las agencias “notificar a las partes, tan pronto como sea posible, que se ha abierto una investigación, e identificar su base jurídica, el objeto de la investigación y, cuando sea posible, el calendario previsto de la misma”. Durante el curso de la investigación, se “deben informar a las partes de los hechos básicos, de la naturaleza de las pruebas recogidas y de las teorías de la agencia sobre el daño a la competencia”. De igual forma, y “en los momentos clave de la investigación, las agencias deben proporcionar a las partes información actualizada sobre el alcance y el estado” de la misma, “así como sobre cualquier novedad significativa,”¹⁷. En cuanto a la duración de la investigación, la ICN señala que:

“Las agencias deben concluir las investigaciones en un plazo razonable, teniendo en cuenta la naturaleza y la complejidad del asunto y evitando retrasos innecesarios. Las agencias deben cumplir todos los plazos establecidos por las leyes de competencia o las normas de la agencia. En ausencia de tales plazos, las agencias deben establecer

13 O'Brien, “Procedural Fairness”, 2, 4-5. Traducción original. Versión original: “The starting point for the provision of procedural fairness is the rule of law and its even application to entities subject to it (...) There is a robust international consensus on the value of procedural fairness during competition enforcement and on basic guiding principles for how it should be provided (...) Increasingly, with respect to the key elements of due process and its importance, antitrust enforcers speak a similar language. There is widespread agreement among agencies that the essence of due process includes the fundamental concepts of transparency and notice of charges and evidence, opportunities to respond, and independent appellate review”.

14 Véase Yoo, Huang, Fetzer y Jiang, “Due Process in Antitrust Enforcement”, 846. El documento de la ICN está disponible en línea: ICN, *Recommended Practices for Investigative Process* (2019), <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/recommended-practices-for-investigative-process/>.

15 ICN, *Recommended Practices on Investigative Process*, 2. Traducción propia. Versión original: “Agencies should have an appropriate legal framework for the use of investigative tools during investigations, with clear, defined rules, procedural requirements, and appropriate checks”.

16 ICN, *Recommended Practices on Investigative Process*, 3. Traducción propia. Versión original: “Agencies should be transparent with respect to their investigative process (...) This includes making public relevant agency investigative rules, guidelines, practices, procedures, applicable timeframes, confidentiality rules, process for enforcement cooperation, and general enforcement priorities, if any”.

17 ICN, *Recommended Practices on Investigative Process*, 4-5. Traducción propia. Versión original: “agencies should notify parties as soon as feasible that an investigation has been opened, and identify its legal basis, the subject matter of the investigation, and where possible, the expected timing of the investigation (...) During an investigation, agencies should inform parties of the basic facts and nature of evidence gathered, as well as the agency’s theories of competitive harm. At key points in the investigation, agencies should provide the parties with updates of the investigation’s scope, status, and any significant developments, such as changes to the competition concerns notified to the parties”.

proyecciones internas o estimaciones de trabajo para ayudar a evitar retrasos innecesarios y fomentar el uso eficiente de los recursos de la agencia, de acuerdo con la complejidad y las circunstancias del asunto”¹⁸.

En ese contexto, “dentro del marco legal pertinente y de las normas de la agencia, los organismos deben fomentar el compromiso de las partes en cuestiones de plazos para evitar retrasos”¹⁹.

La misma ICN tiene su guía de “Principios Rectores para la Equidad Procesal en las Investigaciones de las Autoridades de Competencia”, en que contempla, entre otros, la imparcialidad, la efectividad, transparencia y predictibilidad, objetividad, oportunidad para responder, revisión judicial, confidencialidad, e investigación eficaz y oportuna en cuanto al tiempo²⁰.

La OECD, por su parte, señala que:

“Los buenos procesos son esenciales: un proceso justo, predecible y transparente refuerza la legitimidad de las acciones de una autoridad de la competencia. Sea cual sea el marco jurídico, la coherencia, la previsibilidad y la equidad en los procesos de toma de decisiones pueden fomentarse mediante la transparencia de las normas jurídicas, las políticas, las prácticas y los procedimientos de los organismos, así como el proceso de revisión judicial”²¹.

El Comité de Competencia de la OCDE reconoce que la “transparencia y equidad no son sólo requisitos esenciales para las partes sometidas a un procedimiento de libre competencia, sino que, también, son un elemento clave de la gestión eficiente y eficaz del caso por parte de la autoridad de la competencia”²².

En el caso de la Unión Europea, la Comisión Europea contempla un proceso estructurado en dos grandes fases: una de investigación y la otra que conduce al juzgamiento (*prohibition decision*, según la jerga europea)²³. En ambas, se cuenta con un detallado procedimiento que incluye plazos, calendario de

18 ICN, *Recommended Practices on Investigative Process*, 7. Traducción propia. Versión original: “Agencies should conclude investigations within a reasonable time, taking into account the nature and complexity of the matter and avoiding unnecessary delay. Agencies should meet all deadlines set by competition laws or agency rules. In the absence of such deadlines, agencies should set internal projections or working estimates to help avoid unnecessary delay and encourage efficient use of agency resources, appropriate to the complexity and circumstances of the matter”.

19 ICN, *Recommended Practices on Investigative Process*, 7. Traducción propia. Versión original: “Within the relevant statutory framework and agency rules, agencies should encourage engagement from parties on timing issues to avoid delay”.

20 ICN, *ICN Guiding Principles for Procedural Fairness in Competition Agency Enforcement* (2018), https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AEWG_GuidingPrinciples_ProFairness.pdf.

21 Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), “Competition enforcements practices”, *Competition*, última visita: 29 de noviembre del 2021, <https://www.oecd.org/daf/competition/enforcement/>. Traducción propia. Versión original: “Good processes are essential: a fair, predictable and transparent process bolsters the legitimacy of a competition authority’s actions. Whatever the legal framework, consistency, predictability and fairness in decision-making processes can be fostered by transparency about legal standards, agency policies, practices and procedures as well as the judicial review process”.

22 OECD, *Procedural Fairness and Transparency. Key Points* (2012), 23, <https://www.oecd.org/daf/competition/mergers/50235955.pdf>. En línea: <https://www.oecd.org/daf/competition/mergers/50235955.pdf> [consultado: 9 diciembre 2021]. Traducción propia. Versión original: “transparency and fairness are not only essential requirements for the parties involved in a competition proceeding, but are also a key part of efficient and effective case management by the competition authority”. Citado en: O’Brien, “Procedural Fairness”, 3.

23 Véase Anne MacGregor y Bogdan Gecic, “Due Process in EU Competition Cases Following the Introduction of the New Best Practices Guidelines on Antitrust Proceedings”, *Journal of European Competition Law & Practice* 3, N° 5 (2012), 432, <http://awa2013.concurrences.com/academic-articles-awards/article/due-process-in-eu-competition>.

investigación, facultades para retirar determinados cargos o cerrar el asunto, desestimar una denuncia, y derechos que las partes investigadas poseen, como el de acceder al expediente, a documentos en versiones no-confidenciales presentados por denunciantes o terceros, a ser oídos, a tener audiencias, a tener reuniones con los comisionados o con el director general, a la revisión judicial de las decisiones, entre otros²⁴.

Por último, algunas autoridades de competencia han resaltado la importancia del debido proceso en las investigaciones que llevan a cabo. El ex Director General para la Competencia de la Comisión Europea, Alexander Italianer, ha señalado que dichas autoridades tienen en el “deber fundamental de hacer cumplir la ley en un plazo pertinente al mercado y a la infracción”²⁵. Por su parte, Johannes Laitenberger, quien también ocupó ese cargo, sostuvo que “si una autoridad de competencia quiere mantener la credibilidad –a los ojos de los tribunales homólogos, de las empresas y de los consumidores–, debe contribuir a garantizar la equidad y, sobre todo, la equidad del procedimiento”²⁶. John Pecman, ex Comisionado de Competencia de Canadá, resaltó el “importante papel” que desempeñan “la justicia, la equidad procesal y el debido proceso en el establecimiento, mantenimiento y mejora de la credibilidad” de las instituciones de competencia²⁷.

V. EL CASO DE OTRAS AUTORIDADES SECTORIALES NACIONALES

En nuestro país, los procedimientos de investigación, fiscalización y juzgamiento seguidos por diversos órganos administrativos del Estado son regulados por sus respectivas leyes especiales.

En el caso de la Comisión para el Mercado Financiero, el DL 3.538 regula en el Título IV –artículos 40 y siguientes– el procedimiento sancionatorio, estableciendo su duración máxima, cómo debe hacerse la formulación de cargos, el plazo para formular los descargos, cuánto dura el término probatorio, cuándo se pone término al procedimiento, el plazo para dictar la resolución final, cuáles son las normas especiales, cómo debe desarrollarse el procedimiento (con sencillez y eficacia), los recursos que proceden, medidas precautorias en caso que procedan, entre otros. La Unidad de Análisis Financiero, por su parte, tiene su procedimiento regulado en la Ley 19.913, en el Título II a partir de los artículos 22 y siguientes, en que se detalla cómo se puede iniciar el procedimiento administrativo sancionador, cómo se deben formular los cargos, el plazo para los descargos, el término probatorio, cómo se pone término al procedimiento, el plazo para dictar la resolución final, los recursos procedentes, cómo deben tramitarse esos recursos (plazos, traslados, etc.), entre otros.

Lo mismo ocurre en materia medio ambiental. La Ley 20.417 regula el procedimiento sancionatorio en el Título III, párrafo 3º, estableciendo los plazos, los cargos y descargos, las formas de notificación, el

24 Para mayor detalle, ver: Comisión Europea, *Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU*, 2011/C 308/06 (noviembre 2011), https://ec.europa.eu/competition-policy/antitrust/procedures/best-practices_es. El Anexo I de las *Antitrust Best Practices* contiene un cuadro explicativo con el procedimiento seguido por la Comisión Europea.

25 Alexander Italianer, “Safeguarding due process in antitrust proceedings” (Discurso, Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, 23 de septiembre, 2010), 2, https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2010_06_en.pdf. Traducción propia. Versión original: “we have a fundamental duty to enforce the law in a timeframe relevant to the market and to the infringement”.

26 John Pecman, “Competition Law in a Global and Innovative Economy—A Canadian Perspective”, (Discurso, BRICS Conference, 21 de noviembre, 2013). Citado en: O’Brien, “Procedural Fairness”, 3. Traducción propia. Versión original: “if a competition authority wants to maintain credibility and trustworthiness – in the eyes of courts counterparts, businesses and consumers – it must help ensure fairness and above all guarantee procedural fairness”.

27 Johannes Laitenberger, “EU Competition Law in Innovation and Digital Markets: Fairness and The Consumer Welfare Perspective” (Discurso, Bruselas, 10 de octubre, 2017). Citado en: O’Brien, “Procedural Fairness”, 3-4. Traducción propia. Versión original: “the importance of justice, procedural fairness and due process and the important role they play in establishing, maintaining and enhancing the credibility of our competition institutions”.

plazo para que el fiscal instructor emita su dictamen, el plazo para que el Superintendente dicte su resolución, consagrando la congruencia de los cargos con las sanciones, los recursos procedentes, entre otros. La Ley 18.410 también regula el procedimiento seguido ante la Suprintendencia de Electricidad y Combustible, en el Título IV.

En materia educacional, la Ley 20.529 regula el procedimiento ante la Superintendencia de Educación en el Título III a partir de los artículos 51 y siguientes, y la Ley 21.091 hace lo suyo con los procedimientos de la Superintendencia de Educación Superior, a partir de los artículos 45 y siguientes (Título III). En el caso de la Superintendencia de Casinos y Juegos, también la Ley 19.995 regula con detalle las reglas a las cuales se debe someter el procedimiento sancionatorio, en el Título VI a partir de los artículos 55 y siguientes.

De lo anterior puede concluirse que las distintas autoridades sectoriales del país tienen regulado los procedimientos administrativos, destacando particularmente los plazos acotados que las leyes establecen para llevar a cabo esos procedimientos y así evitar dilaciones innecesarias. Además, estos procedimientos deben regirse por los principios que regulan las “leyes bases” administrativas, que se señalaron más arriba.

Pues bien, nuestra legislación de libre competencia vigente carece de garantías procesales que resguarden tanto los derechos de los sujetos investigados como el trabajo que realiza la Fiscalía. Por cierto, con ello no queremos insinuar que su actuar ha sido impropio en el pasado.

Incluir estas garantías específicas iría en la línea de seguir fortaleciendo nuestra institucionalidad. Por cierto, que no se busca limitar las facultades de la FNE en el combate de atentados contra libre competencia, pero sí someterlas a un marco de garantías básicas que, por lo demás, no son ajenas a otras disciplinas jurídicas.

Las investigaciones de la FNE imponen costos a los sujetos investigados, muchos de los cuales no son advertidos, pero no por ello dejan de existir, sobre todo en aquellos casos en que dichas investigaciones se extienden por un extenso período. Los sujetos investigados, sus clientes, empleados y demás *stakeholders* no saben a qué atenerse. Algunos de ellos, en conocimiento de estas investigaciones, se aprovechan de éstas para negociar o exigir contraprestaciones a los sujetos investigados. Un efecto indeseado, claramente.

En ese sentido, las investigaciones de la FNE –como ocurre con otras autoridades sectoriales, según se expuso– debieran estar sujetas a ciertos plazos razonables, regulados por ley, que permitan conducir adecuadamente una investigación y, al mismo tiempo, otorgar garantías al sujeto investigado de que la investigación tiene un propósito específico respecto del cual él pueda hacer sus descargos. No sólo es una cuestión de debido proceso, sino que también de eficiencia en la investigación. De ahí que no se explica que las “leyes bases” administrativas consagren principios de eficiencia, eficacia, celeridad, conclusivo y economía procesal, y la regulación de la FNE en el DL 211 –en particular, en el artículo 39 letra a) (en que se consagran las facultades investigativas) no contemple ningún plazo para sus investigaciones. Con ello se evitarían dilaciones injustificadas e innecesarias. En la práctica, los plazos de una investigación son establecidos por la FNE a su arbitrio, sin que la legislación las limite a un rango de tiempo.

Adicionalmente, si el sujeto investigado tuviere claridad acerca de las conductas por las cuáles es investigado, estaría en mejores condiciones de cooperar con la investigación y de instar por su pronta conclusión, proporcionando la información o dando las explicaciones que bien puedan resolver las concepciones eventualmente erradas derivadas de un mal conocimiento de los hechos. Nótese que esto –conocer las conductas o hechos denunciados y por los cuales se investiga– es una cuestión básica o elemental de nuestro sistema jurídico. Lo contempla el derecho procesal penal (v. gr.: artículo 182 del Código Procesal Penal, al que puede relacionarse el artículo 186), lo regulan las “leyes bases” administrativas (v. gr.: incisos 3 y 4 del

artículo 18 de la Ley 19.880) y también lo contemplan los procedimientos de otras autoridades sectoriales. En sede libre competencia es extraño que lo anterior no ocurra. En el caso de las denuncias, por cierto, que regular que se conozca su contenido no tiene como consecuencia revelar la identidad del denunciante. Es perfectamente posible conocer el contenido de la denuncia sin conocer, a la vez, la identidad del sujeto denunciante. Para el inicio de investigación de oficio por parte de la FNE se debiera señalar con detalle cuál es el marco de la investigación. Hoy en día, algunas resoluciones de inicio de investigación de la Fiscalía son bastante escuetas o generales, por lo que hacen muy difícil identificar siquiera dicho marco.

Por último, la legislación no contempla la posibilidad de que, vencido un determinado plazo, la FNE o bien deba poner cierre a la investigación o interponer un requerimiento ante el TDLC. En materia procesal penal, estos plazos se contemplan con claridad (artículos 234 y 247 y siguientes del Código Procesal Penal). Si bien es de público conocimiento que los casos investigados por la FNE son de alta complejidad y, por tanto, requieren de tiempo para recopilar antecedentes y armar una sólida teoría del caso, esto no debería ser óbice para que la FNE no se someta a ningún plazo o calendario de investigación.

Lo anterior llama aún más la atención si se considera que, con la última reforma al DL 211 –Ley 20.945 de 2016–, la Fiscalía tiene regulado con detalle el procedimiento de investigación para operaciones de concentración (Título IV del DL 211) y, además, los pasos y plazos que se deben seguir para interponer una querrela criminal cuando haya sentencia definitiva ejecutoriada en casos de colusión (artículos 62 y ss. del DL 211). Estas exigencias que el legislador le impone a la Fiscalía van en la dirección correcta. Pero –inexplicablemente– no ocurre lo mismo para las investigaciones de la FNE en otras materias.

VI. PROPUESTA LEGISLATIVA

Por lo anterior, nos hemos atrevido a hacer algunas propuestas en esta materia.

Creemos que estas propuestas van en línea con los derechos de los sujetos investigados y con las necesarias facultades de la FNE para realizar –con eficacia y eficiencia, como lo exigen las leyes bases administrativas– sus labores de investigación. Además, hemos considerado los plazos que el legislador otorga para otros procedimientos administrativos sectoriales, atendiendo los principios consagrados en las “leyes bases” administrativas, la garantía constitucional del artículo 19 N°3 de la Constitución, y las recomendaciones de la comunidad internacional.

Así, proponemos las siguientes modificaciones al artículo 39 letra a) del DL 211.

En *cursiva* se expone los contenidos a agregar y/o modificar, y con ~~tachado~~ las secciones a eliminar:

a) Instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esta ley, ~~dando noticia de su inicio al afectado quien, la que deberá someterse a las siguientes reglas:~~

a.1) El Fiscal Nacional Económico debe notificar al afectado que está siendo sometido a investigación mediante una resolución que debe contener los hechos por los cuales se investiga, las potenciales conductas anticompetitivas, el mercado relevante, las normas legales pertinentes y el plazo para la investigación. Si es que nada se dice, dicho plazo se registrá según lo dispuesto en los literales a.3) y a.4) de este artículo.

a.2) El afectado por la investigación tendrá derecho, en todo momento, a defenderse; a tener asesoría jurídica; a ser oído; a tener acceso al expediente de la investigación que se siga en su contra, sin perjuicio de aquellas piezas declaradas reservadas o confidenciales, de conformidad a lo dispuesto en esta letra y en el artículo 42; a la no auto incriminación; y al privilegio cliente-abogado en las comunicaciones que sostenga con sus asesores jurídicos.

En caso que la investigación se haya iniciado por una denuncia, la Fiscalía Nacional Económica resguardará siempre la identidad del denunciante.

a.3) Transcurrido el plazo de 9 meses contados desde el inicio de una investigación, por conductas distintas de aquellas descritas el artículo 3 letra a) de este cuerpo legal, la Fiscalía Nacional Económica deberá comunicar al o a los sujetos investigados su presentación de cargos u objeciones a fin de que dichos sujetos puedan presentar sus descargos por escrito dentro del plazo de un mes, contado desde dicha presentación. En ésta, la Fiscalía Nacional Económica deberá señalar los hechos en que se basan los cargos y la calificación jurídica de los mismos.

a.4) Sin perjuicio de lo anterior, la Fiscalía Nacional Económica, por resolución fundada, podrá continuar con la investigación por un plazo máximo de 6 meses. Cumplido el plazo, la Fiscalía Nacional Económica podrá o bien archivar la investigación por resolución fundada, o bien deducir requerimiento en contra de los sujetos investigados por infracciones a la presente ley. En caso que la Fiscalía Nacional Económica no adopte ninguna resolución cumplidos los plazos antes señalados, operará a su respecto el silencio administrativo, debiendo entenderse que la investigación ha terminado. El o los sujetos investigados podrán solicitar a dicha Fiscalía certificación de lo anterior.

La Fiscalía Nacional Económica no podrá iniciar una nueva investigación sobre los mismos hechos y sujetos investigados, a menos que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia así lo autorice por resolución fundada, dictada previo traslado por un plazo de 10 días a los sujetos afectados, contados desde que la Fiscalía Nacional Económica inicia la nueva investigación.

a.5) En el curso de la investigación, la Fiscalía Nacional Económica podrá solicitar al o a los sujetos investigados los antecedentes que estime pertinentes, los cuales deberán ser proveídos en un plazo razonable fijado por la Fiscalía Nacional Económica.

a.6) En el curso de la investigación, la Fiscalía Nacional Económica observará en todo momento los principios de objetividad, celeridad, eficacia, eficiencia y fundamentación de sus resoluciones.

a.7) El afectado tendrá derecho a ser escuchado y tratado con imparcialidad, a que la investigación no se extienda en tiempo y materias más allá de lo que sea estrictamente necesario y razonable para la resolución de la investigación de conformidad a la presente ley, y a que las resoluciones que emita el Fiscal Nacional Económico sean debidamente fundadas.

a.8) De la infracción de estas disposiciones se podrá reclamar ante el Tribunal de Defensa

de la Libre Competencia quien, en una sola audiencia, sin forma de juicio, convocada especialmente al efecto, dentro del quinto día hábil de recibida la reclamación del afectado, resolverá la disputa escuchando previamente los descargos del Fiscal Nacional Económico y de la parte investigada afectada por la infracción.

Con conocimiento del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, La Dirección General de la Policía de Investigaciones de Chile deberá poner a disposición del Fiscal Nacional Económico el personal que éste requiera para el cumplimiento del cometido indicado en esta letra o ejecutar las diligencias específicas que le solicite con el mismo objeto.

El Fiscal Nacional Económico, con conocimiento del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, podrá disponer que las investigaciones que *recaigan sobre las conductas del artículo 3 letra a) precedente*, que se instruyan de oficio o en virtud de denuncias, tengan el carácter de *reservadas confidenciales respecto de los sujetos investigados y terceros*.

Asimismo, el Fiscal Nacional Económico podrá disponer de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente *aportadas por el o los sujetos investigados, o que estaban en su posesión, sean reservadas o confidenciales, a las que sólo tendrán acceso los sujetos investigados, o bien sean confidenciales, respecto los sujetos investigados y de terceros*, siempre que tengan por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en conformidad al artículo 39 bis, o que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, o resguardarla eficacia de investigaciones de la Fiscalía.

Lo anterior es sin perjuicio que en un proceso en curso *seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, y previo traslado, se aplique lo dispuesto en el inciso octavo del artículo 22, o que se ordene por el tribunal otorgar copias de piezas del expediente que no se hayan agregado al proceso, suprimiendo en ellas todas las referencias que pudieren revelar las identidades u objeto de protección aludidos precedentemente.

El Fiscal Nacional Económico podrá disponer que ~~no se dé noticia del inicio de una investigación al afectado, con autorización del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.~~

~~En todos los demás casos, los afectados tendrán acceso al expediente de la investigación que se siga en su contra, sin perjuicio de aquellas piezas declaradas reservadas o confidenciales, de conformidad a lo dispuesto en esta letra y en el artículo 42.~~



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:

Claudio Lizana, "Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica y debido proceso", *Investigaciones CeCo*
(febrero, 2022),

<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