

COMENTARIOS DESDE EL DERECHO COMPARADO SOBRE LA APLICACIÓN CONCRETA DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO EN CASOS DE COLUSIÓN

Ignacio Larraín y Matías Palma

Comentarios desde el derecho comparado sobre la aplicación concreta de la garantía del debido proceso en casos de colusión

Febrero 2022



Ignacio Larraín

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile (2006) y Diplomado en Economía, Derecho de la Competencia y Mercados Regulados de la Pontificia Universidad Católica de Chile (2011). Socio del grupo de competencia de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. También lidera el equipo de Insolvencia del mismo estudio en Santiago.



Matías Palma

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile (2015). Certificado en "International and Comparative Business Law", Bucerius Law School, Hamburgo, Alemania (2014), LLM en la Universidad de Hamburgo, Alemania (2017) y diplomado en Libre Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez (2019).

En nuestra institucionalidad el resguardo de la libre competencia descansa primeramente sobre un órgano persecutor, la Fiscalía Nacional Económica (**FNE**), un servicio público descentralizado e independiente de todo organismo, y también en un órgano jurisdiccional especializado, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (**TDLC**), cuya función es prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia. Entre las facultades que la ley ha asignado al TDLC, se encuentra la de conocer a solicitud de parte o de la propia FNE, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la libre competencia. En este proceso iniciado mediante demanda o requerimiento encuentran aplicación supletoria las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil¹, que regula incluso los medios probatorios admisibles.

Sin embargo, la Ley N° 20.945 introdujo modificaciones significativas al régimen de protección de competencia chileno, como la incorporación de sanciones penales y la facultad de la FNE para la interposición de querrelas criminales en prácticas colusorias. De esta forma, nos encontraríamos frente a un procedimiento jurisdiccional muy similar –o en la frontera más inmediata– respecto de un juicio de carácter penal, que, no obstante, se resuelve con la estructura y reglas propias del procedimiento civil, sin mayores diferencias respecto de cualquier controversia exclusivamente patrimonial.

Este rasgo del sistema chileno podría tener profundas repercusiones que sobrepasan el ámbito exclusivo de las penas impuestas a los infractores, razón por la cual la inclusión de la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a personas naturales merece ciertos reparos desde la óptica de las garantías propias del procedimiento y del debido proceso. Es más, incluso prescindiendo del eventual ejercicio de una acción penal, ante un requerimiento de la FNE, los requeridos se presentan ante un litigante que cuenta incluso con medidas intrusivas como aquellas otorgadas a la FNE en el literal n) del artículo 39 del DL 211.

Teniendo como punto de partida la jurisprudencia nacional que presenta el *statu quo*² de esta discusión, este artículo efectúa una breve revisión comparada de los derechos de quien se encuentra en la posición de

1 Así lo dispone el artículo 29 del Decreto Ley N°211 (**DL 211**).

2 En un trabajo publicado por este mismo centro de estudios se analiza la función del TDLC como garante del debido proceso en procedimientos contenciosos. Por esta razón, este trabajo busca aportar a la discusión con notas del derecho comparado sin entrar a revisar los mismos temas ya analizados. Véase a este respecto: Santiago Ried, "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/category/investigaciones/>.

requerido o acusado, dando cuenta de la compleja coexistencia de las garantías y el derecho a defensa de quienes son recurridos por el ente persecutor en casos de colusión, primero respecto de la prohibición de la autoincriminación y luego sobre garantías relacionadas al acceso a la prueba.

I. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO Y SUS EFECTOS PRÁCTICOS EN EL PROCEDIMIENTO

Al enfrentar este tópico encontramos soluciones que se enfocan en diversos ámbitos del procedimiento contencioso por casos de colusión como, por ejemplo, la procedencia de la prohibición de autoincriminación, el acceso al expediente a los documentos en que se basa la acusación del persecutor y la valoración de la prueba.

El Tribunal Constitucional (**TC**) se pronunció en términos tajantes en torno a la discusión sobre la procedencia de la prohibición de la autoincriminación como una garantía presente en sede de libre competencia. Esto, en relación con el denominado caso *pollos*³.

El fallo del TC plantea que el legislador consideró adecuada la remisión del procedimiento seguido ante el TDLC al procedimiento civil. En razón de esta remisión, se entenderían incorporadas al procedimiento las garantías contenidas en las disposiciones comunes a todo procedimiento y las propias del juicio ordinario. Del razonamiento en cuestión, el TC concluyó que las garantías presentes en sede de libre competencia poseen un alcance sumamente restrictivo. Así, indicó que *"el derecho a defensa no comprende el acceso a todas y cada una de las garantías disponibles en cualquier tipo de proceso"*⁴, y dado que la garantía de no autoincriminación es exclusiva de causas criminales, se colegiría que ante el TDLC solo procede la defensa en los mismos términos que podría hacerlo cualquier litigante sujeto al Código de Procedimiento Civil⁵, excluyendo de plano en esta sede la aplicación de garantías propias del ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Un punto de vista adicional, y que vale la pena mencionar para los fines académicos de este artículo, ha sido propuesto en la prevención de los ministros Tapia y Arancibia en el *"Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y Otra"*, quienes, a propósito de la determinación del estándar de prueba aplicable⁶, expusieron que el derecho de la libre competencia aplicable en el caso correspondería al 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"*⁷.

En este sentido, los ministros afirmaron que la función jurisdiccional del TDLC consistiría, únicamente, en hacer efectiva la responsabilidad patrimonial o compensatoria del sujeto infractor en cuanto éste atentó

3 *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Empresas Ariztía S.A.*, Rol N° 2.381-2012, Sentencia Tribunal Constitucional (2013), c. 33°.

4 *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Empresas Ariztía S.A.*, Rol N° 2.381-2012, Sentencia Tribunal Constitucional (2013), c. 36°.

5 *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Empresas Ariztía S.A.*, Rol N° 2.381-2012, Sentencia Tribunal Constitucional (2013), c. 37°.

6 Cuestión que –en el mismo sentido que expresó la sentencia–, en definitiva, depende de la propia naturaleza del procedimiento y del régimen de garantías aplicable, por lo cual ante un procedimiento administrativo sancionador o uno exclusivamente civil, el estándar de prueba aplicable será distinto.

7 *Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y Otra*, Rol N° 299-2015 Sentencia TDLC, prevención ministros Tapia y Arancibia.

contra el interés público⁸. Las sanciones de este orden tendrían por único objeto regular el mercado mediante la imposición de deudas y su posterior cobro, a través de obligaciones de dar, hacer o no hacer, cuya “única diferencia con la responsabilidad contractual privada radica en el origen de la obligación”⁹, que sería legal. Bajo esta propuesta, las potestades sancionatorias del TDLC no corresponderían a un ejercicio del *ius puniendi*, por lo que se podría llegar a sostener que tampoco serían aplicables los criterios clásicos y garantías en materia de debido proceso derivados del derecho penal –con matices–¹⁰.

Tanto en el fallo del TC –que establece el orden actual de cosas–, como en la prevención de los ministros del TDLC, se lleva hacia un extremo el carácter civil del procedimiento ante el TDLC, lo que estaría muy vinculado al carácter pecuniario de la sanción. La Corte Suprema, sin embargo, ha sostenido en reiteradas oportunidades el carácter del procedimiento contencioso ante el TDLC, que este es de naturaleza administrativo-económico sancionador¹¹.

En efecto, existen garantías y principios que son propias del derecho sancionador en general y en especial respecto de aquel que regula la libre competencia. Esto implica que, mientras una decisión proclive al carácter civil del procedimiento contempla ineludiblemente una aceptación restrictiva de las garantías presentes en nuestra institucionalidad de libre competencia, la opción por un procedimiento de naturaleza administrativo sancionador apunta a un reconocimiento de la aplicabilidad –al menos una atenuada– de las garantías propias del derecho penal¹².

Resultan también discutibles los intentos por asimilar las sanciones a propósitos de infracciones a la libre competencia con las ocurridas en el contexto de la responsabilidad contractual. En efecto, la potestad sancionatoria del TDLC se enmarca dentro del ejercicio del *ius puniendi* estatal, entendido como la facultad del Estado de prohibir o mandar ciertos hechos bajo la amenaza de sancionar la imposición de una pena¹³. El ejercicio de esta facultad se enmarca en el supuesto de que, para nuestra Constitución, existe una identidad entre sanción penal y sanción administrativa, ya que ambas tienen los mismos elementos sustanciales: son una reacción estatal represiva frente a un acto ilícito¹⁴. En este orden de cosas, el concepto constitucional de pena también posee alcances respecto de las sanciones administrativas.

Habiendo, entonces, el Estado tomado una decisión respecto de cuáles actos son ilícitos y merecedores de una reacción estatal represiva, es razonable y armónico con el ordenamiento sostener que el contenido de la sanción administrativa no tiene una neutralidad valorativa¹⁵, diferenciándose sustancialmente de los

8 *Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y Otra*, Rol N° 299-2015 Sentencia TDLC, prevención ministros Tapia y Arancibia, párrafo número 14.

9 *Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y Otra*, Rol N° 299-2015 Sentencia TDLC, prevención ministros Tapia y Arancibia, párrafo número 14.

10 *Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y Otra*, Rol N° 299-2015 Sentencia TDLC, prevención ministros Tapia y Arancibia, párrafo número 17.

11 Véase, 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°.

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

13 Enrique Cury, *Derecho Penal Parte General* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005), 40.

14 Eduardo Cordero, “El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal”, *Revista de Derecho (Valdivia)* 25, N°2,152.

15 En este sentido, María Soledad Krause, “Contra la neutralidad valorativa de las sanciones en el derecho de la competencia”, *Investigaciones CeCo* (enero, 2020), <https://centrocompetencia.com/category/investigaciones/>.

deberes impuestos por normas de orden privado. En este sentido, el ejercicio de la potestad sancionatoria responde a la necesidad de salvaguardar un bien jurídico superior, la libre competencia¹⁶. Cualquier atentado respecto de este bien jurídico no tan solo es objeto de una sanción patrimonial, puesto que interesa a la sociedad toda, sino que también es objeto de un profundo reproche ético.

Ahora bien, desde el enfoque nacional respecto de la regulación de la prueba documental en el Código de Procedimiento Civil, en relación con su aplicación en el procedimiento contencioso regulado en el DL 211, también existen fricciones con las garantías de un procedimiento administrativo sancionador, como lo es el acceso a toda la información del juicio y la posibilidad de conocer todos los aspectos de la investigación¹⁷, cuestión que en Chile es escuetamente regulada, a diferencia de otras experiencias del derecho comparado que se analizan en la siguiente sección.

En este contexto y conceptualización del procedimiento contencioso surgen, de todas maneras, problemas que tienen efectos prácticos en los procedimientos seguidos ante el TDLC, puesto que nuestro Código de Procedimiento Civil puede, bajo ciertas circunstancias, tornarse en completamente incompatible con las garantías reconocidas en el derecho administrativo sancionador y en la práctica del *enforcement* en materia de libre competencia, esto último sobre todo si el punto de comparación es el derecho comparado.

II. CONTRASTE CON EXPERIENCIAS DEL DERECHO COMPARADO, PROHIBICIÓN DE AUTOINCRIMINACIÓN

En la apreciación del procedimiento ante el TDLC como uno de naturaleza eminentemente civil y la consecuente negación de garantías propias del proceso penal, la magistratura nacional adoptó una línea radicalmente distinta respecto de la prohibición de autoincriminación o *privilege against self-incrimination* respecto de la práctica del derecho europeo en procedimientos de libre competencia en los que la autoridad, en ejercicio de una potestad administrativa, puede llegar a imponer una sanción.

Lo anterior queda de manifiesto, por ejemplo, en los casos "*ThyssenKrupp Stainless GmbH*" y "*ThyssenKrupp Acciai speciali Terni SpA*", en los cuales el Tribunal de Justicia de la Unión Europea indicó:

*"La Comisión está facultada para obligar a una empresa a facilitar toda la información necesaria sobre los hechos de los que tenga conocimiento, pero no puede obligar a una empresa a proporcionarle respuestas que puedan suponer un reconocimiento por su parte de la existencia de una infracción que corresponde probar a la Comisión"*¹⁸.

En este caso, la jurisprudencia europea asienta un criterio sólido respecto de la prohibición de autoincriminación con alcances sumamente amplios, en donde el tenor de la decisión no se circunscribe a un medio probatorio concreto respecto del cual existan dudas de su afinidad con el resguardo del debido proceso, sino que

¹⁶ Se determina explícitamente este objeto en el Decreto Ley 211: "Artículo 1. La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados. Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley".

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

¹⁸ Sentencia de la Corte (Primera Cámara) 14 de julio de 2005. *ThyssenKrupp Stainless GmbH (C-65/02 P) and ThyssenKrupp Acciai speciali Terni SpA (C-73/02 P) v Commission of the European Communities*, párrafo 49. Traducción libre del inglés: "The Commission is entitled to compel an undertaking to provide all necessary information concerning such facts as may be known to it but may not compel an undertaking to provide it with answers which might involve an admission on its part of the existence of an infringement which it is incumbent upon the Commission to prove".

directamente se habla de una garantía con alcance general cuyo respeto ha de ser incondicional durante el procedimiento. Además, este criterio ha sido reiterado con posterioridad con términos casi idénticos:

"(...) la Comisión no puede obligar a una empresa a proporcionarle respuestas que puedan suponer un reconocimiento por su parte de la existencia de una infracción que corresponde probar a la Comisión"¹⁹.

El criterio empleado por el TC sobre la admisibilidad de la absolución de posiciones como medio probatorio es radicalmente distinto respecto de lo planteado por parte de la jurisprudencia europea.

A esto se suma que el contexto legal en el que se resolvió el referido requerimiento de inaplicabilidad es sustancialmente diverso del que se presentaría hoy con la posibilidad de sanción penal a propósito de la Ley 20.945.

En efecto, la FNE ya ha requerido directamente a personas naturales²⁰, mientras que en un futuro otros sujetos podrían ser objeto de una querrela penal por ilícitos que, ciertamente, podrán haber sido confesados en sede de libre competencia bajo absolución de posiciones. Si bien en sede penal se da la posibilidad de excluir las pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales²¹, esta exclusión resultaría compleja si se considera que el propio TC ha señalado la compatibilidad de la diligencia de absolución con el procedimiento contencioso en casos de colusión.

Vale la pena mencionar –aunque no es materia del presente análisis–, además, los efectos que podría tener dicha confesión respecto de los incentivos que tiene un delator para someterse al procedimiento de delación compensada, sabiendo que luego de delatarse podría ser llamado a absolver en el procedimiento contencioso, y que dicha absolución podría ser utilizada como antecedente para la prueba de la causalidad o el *quantum* en demandas de daños *follow-on*.

III. CONTRASTE CON EXPERIENCIAS DEL DERECHO COMPARADO, EL RESGUARDO AL DEBIDO PROCESO Y EL ACCESO AL EXPEDIENTE

Tanto la Unión Europea como Estados Unidos, más allá de las diferencias orgánicas con nuestra institucionalidad, presentan rasgos que resultan de gran interés en lo que respecta al resguardo del debido proceso –o, al menos, para analizar las garantías aplicables respecto de quien se encuentra en la posición de acusado–. Por ejemplo, el acceso al expediente en que se fundan los motivos de las acusaciones esgrimidas por el persecutor en estos contextos ha sido extensamente desarrollado, irguiéndose incluso como una garantía irrenunciable respecto de las partes con miras a fortalecer el derecho a defensa de las partes y, en definitiva, legitimar los procesos acaecidos en el contexto de la institucionalidad *antitrust*.

19 Caso 347/87 *Orkem v Commission* (1989) ECR 3283, párrafo 35. Traducción libre del inglés: "(...) the Commission may not compel an undertaking to provide it with answers which might involve an admission on its part of the existence of an infringement which it is incumbent upon the Commission to prove".

20 Véase como ejemplo: *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Brinks Chile S.A. y otras*, C-430-2021, Escrito FNE (7 de octubre, 2021), a fojas 1; o *Requerimiento de la FNE contra Calquín Helicopters SpA y otros*, C-403-2020, Escrito FNE (18 de agosto, 2020), a fojas 4.

21 Sobre esto, el artículo 276, inciso tercero del Código Procesal Penal dispone que: "*Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales*".

En el caso de la Unión Europea nos encontramos con una única agencia. La Comisión investiga los casos, adopta las decisiones e impone las sanciones²², actuando como órgano persecutor y decisorio. La Comisión dispone de amplios poderes de investigación, incluida la realización de inspecciones en establecimientos no comerciales²³, pudiendo ordenar a las partes que se sometan a una inspección sin necesidad de una autorización judicial previa. En casos relativos a carteles y abusos de posición dominante, la Comisión puede abrir una investigación formal, tras lo cual la Comisión puede decidir proceder con un *Statement of Objections (SO)*²⁴ con el objetivo de adoptar una *prohibition decision*²⁵ en relación con algunas de las cuestiones investigadas.

En el *SO*, la Comisión debe revelar todos los documentos en los que se basará y una vez emitido este, la Comisión deberá notificar a las partes cualquier nuevo material en el que busque basar sus alegaciones, ya sea mediante "*letters of facts*" o un *SO* complementario.

De esta forma, surge el derecho de acceder al expediente de la Comisión²⁶, tratándose de un derecho que permite a las partes acceder a la totalidad de las pruebas recopiladas, tanto favorables al acusado como incriminatorias. En concordancia con ello, dentro del derecho europeo la falta de acceso respecto del material probatorio posee la aptitud de afectar sustancialmente la validez del proceso y de las sanciones impuestas, habiendo múltiples ejemplos de esto. El caso *Ahlström Osakeyhtiö*, el Tribunal de Justicia anuló partes de la decisión de la Comisión porque ésta se sustentó en documentos recogidos después de la emisión del *SO* sin brindar a las partes la debida oportunidad de ejercer su derecho a defensa frente a los documentos referidos²⁷.

De forma más reciente, el Tribunal General anuló una decisión de la Comisión mediante la cual prohibía una fusión entre UPS y TNT por contravención a garantías procesales²⁸, en particular, la Comisión no facilitó a *United Parcel Service* la versión final de un documento en el que se sustentó su decisión.

Por otro lado, en Estados Unidos los organismos encargados corresponden a la Comisión Federal de Comercio (FTC) y la División Antimonopolio del Departamento de Justicia (DOJ). La FTC es un organismo administrativo con potestad para accionar en tribunales o bien, iniciar procedimientos administrativos. Mientras tanto el DOJ tiene la potestad exclusiva para perseguir la responsabilidad penal, debiendo para ello, proceder exclusivamente ante tribunales.

22 En Chile la Comisión para el Mercado Financiero, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, la Superintendencia de Pensiones y la Superintendencia de Servicios Sanitarios entre otros, son órganos que también cuentan con potestades sancionatorias.

23 Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo, artículo 20.

24 Corresponde a una etapa formal en una investigación, en el que la Comisión informa por escrito a las empresas afectadas de las acusaciones en su contra.

25 Las decisiones de la Comisión pueden ser impugnadas ante los Tribunales Europeos (Tribunal General y Tribunal de Justicia). Por lo general, los órganos jurisdiccionales ejercen un control limitado, reconociendo que la Comisión goza de un importante margen de apreciación cuando se trata de evaluaciones económicas y técnicas complejas, y de discrecionalidad cuando entra en un procedimiento tendiente a la obtención de un acuerdo extrajudicial.

26 Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo, artículo 27; Reglamento (CE) n° 773/2004 de la Comisión, artículos 15-16.

27 *Ahlström Osakeyhtiö and others v. Commission* (1993), asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 A C-129/85.

28 Caso T-194/13, *United Parcel Service, Inc. v. Commission*.

En este contexto y al igual que en la Unión Europea, las partes tienen derecho a un pleno acceso a los expedientes en que se funda la acusación²⁹. Así, cuando el DOJ o la FTC interponen acciones ante órganos jurisdiccionales, existe la obligación de revelar desde un inicio las pruebas y eventuales testigos “*likely to have discoverable information*”³⁰. Del mismo modo, en procedimientos administrativos, la FTC está sujeta a la misma carga respecto de los nombres de cualquier persona que pueda tener información relevante sobre la acusación incoada, así como descripciones de cualquier documento, transcripciones y cualquier elemento atinente a estos propósitos.

Adicionalmente, existe consenso internacional sobre la necesidad de que las agencias de *enforcement* proporcionen a las partes acceso completo al expediente. En efecto, la *ICN Guidance on Investigative Process* afirma que tras efectuarse alegaciones sobre una eventual infracción “*las partes deben tener acceso a las pruebas en las que se basan las alegaciones de la agencia*”³¹. En esta misma línea, la *ABA Antitrust Section’s International Task Force* aconseja dar a conocer “*todas las pruebas subyacentes*”³².

La *OECD Policy Roundtable on Procedural Fairness* observa de forma similar que muchas agencias de *enforcement* ofrecen a las partes la oportunidad de examinar las pruebas que forman la base de la conclusión de que se ha producido un ilícito anticompetitivo, en cuanto solo así se permitiría una respuesta sustancial respecto del documento que emite formalmente las acusaciones³³. Profundizando en este punto, la OECD también ha destacado la importancia del acceso al expediente como esencial en el derecho a defensa de las partes³⁴.

Por último, el *ICC Recommended Framework for International Best Practices in Competition Law Enforcement Proceedings* recomienda incluso que el acceso se produzca con anterioridad a cualquier alegación que se realice respecto de las posibles infracciones cometidas por los investigados.

En Chile, la situación es radicalmente distinta respecto de la oportunidad de las partes a la hora de conocer el expediente de investigación de la FNE. Sobre esto, la FNE podría acompañarlo voluntariamente, o bien podría solicitarse el acceso a este mediante la diligencia del artículo 349 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, el mecanismo mencionado está ideado sobre la base de litigios entre particulares, donde no se contempla la infracción respecto de bienes jurídicos de la trascendencia social propia de la libre competencia. A modo de ejemplo y a diferencia de lo ocurrido en los casos señalados a nivel de derecho comparado, el expediente de investigación llevado por la FNE carece de relevancia procesal alguna ante el TDLC, considerándose como simples documentos en poder de un particular y no como el expediente de una agencia de *enforcement* que cuenta con verdaderas facultades intrusivas e investigativas respecto de sus contrapartes.

En Chile hay ausencia de un desarrollo normativo y/o jurisprudencial equiparable al de Estados Unidos o la Unión Europea respecto de la relevancia del expediente llevado por organismos persecutores, su aptitud para afectar sustancialmente el resultado del litigio y el propio derecho a defensa de las partes. El ordenamiento nacional trata estos antecedentes como una simple prueba instrumental que como tal y por disposición del artículo 22 del Decreto Ley 211, puede presentarse hasta diez días antes de la fecha fijada

29 U.S. Department of Justice, *Antitrust Division Manual* (quinta edición, 2017).

30 Federal Rules of Procedure, Rule 26. Duty to Disclose; General Provisions Governing Discovery.

31 International Competition Network (ICN), *Guidance on Investigative Process*, párrafo 5.4.

32 American Bar Association, *Antitrust Section’s International Task Forces, “Best Practices for Antitrust Procedure”* (2015), 6.

33 OCDE, Comité de Competencia, *Procedural Fairness and Transparency, Key points*, (2012), 25.

34 OCDE, *Access to the case file and protection of confidential information*, 4.

para la vista de la causa, lo que implica que, mientras en las mencionadas institucionalidades extranjeras se considera como un derecho fundamental de las partes el acceso a este expediente, en Chile se concibe como una facultad cuasi discrecional de la agencia.

IV. CONCLUSIONES

El procedimiento ante el TDLC hoy se ha transformado en un requisito de procesabilidad respecto del tipo penal introducido a propósito de la Ley 20.945. Reconociendo que existe aún arduo debate sobre la efectividad que sanciones impuestas en el contexto de un procedimiento administrativo sancionador efectivamente se correspondan con el ejercicio del *ius puniendi* como facultad estatal³⁵, e incluso debatiéndose la posibilidad misma de que el procedimiento ante el TDLC sea verdaderamente un procedimiento administrativo sancionador, estimamos que las circunstancias ameritan sea resuelta definitivamente esta disyuntiva.

El procedimiento ante el TDLC caracterizado como un procedimiento civil ordinario y sujeto a reglas decimonónicas –con algunas actualizaciones– se ha visto privado de garantías que son ampliamente reconocidas en algunas de las jurisdicciones más relevantes del derecho comparado, además de ser expresamente recomendadas por parte de organismos internacionales. Además, la proximidad del procedimiento ante el TDLC respecto de una querrela propiamente criminal marca un punto clave, y es que un eventual procedimiento penal pudiese ser influenciado por antecedentes obtenidos con ocasión de un procedimiento exclusivamente civil, en donde no es admisible la procedencia de garantías fundamentales y básicas del proceso penal. Con esto, nos referimos especialmente a la absolución de posiciones como medio probatorio y al acceso al expediente completo resultado de la investigación del persecutor.

La sentencia de la Corte Suprema en lo referente a las garantías admitidas en el derecho administrativo sancionador y su admisión en sede de libre competencia son un avance significativo respecto del camino a seguir por nuestra institucionalidad *antitrust*. En efecto la admisión de garantías derivadas del proceso penal es hoy aún más necesaria en especial respecto de conductas colusorias que revisten una especial gravedad, en cuanto el propio ordenamiento jurídico posibilita sanciones penales sobre ellas.

Estimamos que, hoy en día, el procedimiento seguido ante el TDLC está intrínsecamente ligado en su esencia respecto de las eventuales acciones penales que se interpongan producto de las modificaciones introducidas por la ley 20.945. Este nuevo panorama aún no se dilucida debido a la falta de aplicación de las sanciones referidas, pero ante la eventual ocurrencia de ello, se vislumbra la necesidad de que este procedimiento contencioso avance hacia un cambio en sus reglas que lo haga compatible con las garantías propias del proceso penal.

35 Véase Cordero, “El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal”, 152.



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:

Ignacio Larraín y Matías Palma, "Comentarios desde el derecho comparado sobre la aplicación concreta de la garantía del debido proceso en casos de colusión", *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