

EL ACCESO AL EXPEDIENTE EN INVESTIGACIONES DE LIBRE COMPETENCIA

Benjamín Grebe L

El acceso al expediente en investigaciones de libre competencia

Septiembre 2022



Benjamín Grebe L

Abogado de la Universidad Finis Terrae y LLM in International Economic Law en Warwick University. Socio de Prieto Abogados.

I. INTRODUCCIÓN.

En el año 2016 se introdujeron en Chile varias modificaciones al ordenamiento de la libre competencia a través de la Ley 20.945 (en adelante, la “Reforma”), entre las cuales hay una que pareciera que pasó algo desapercibida: la posibilidad de la parte investigada de acceder al expediente de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), salvo en ciertos casos de reserva y de piezas declaradas reservadas o confidenciales.

El acceso al expediente es clave tanto para un debido proceso como para la eficiencia en los procesos judiciales. En palabras de la Comisión Europea, “El acceso al expediente de la Comisión es una de las garantías procedimentales destinadas a aplicar el principio de igualdad de armas y a proteger los derechos de la defensa.”¹

Así lo reconoció el mensaje del Ejecutivo al ingresar el proyecto de ley con la Reforma, señalando que “Para garantizar de mejor manera el debido proceso en el contexto de los procedimientos de investigación que se desarrollen ante la FNE, la iniciativa propone que, con excepción de aquellas investigaciones que tengan el carácter de reservadas de acuerdo a lo determinado en la ley, los afectados tendrán acceso a las investigaciones que se sigan en su contra, sin perjuicio de aquellas piezas del expediente declaradas reservadas o confidenciales”.²

¿Qué es o qué debiese ser el acceso al expediente de investigación de la FNE?

En el presente documento nos referiremos a la regulación en Chile del acceso a la investigación y de la confidencialidad en las investigaciones y procesos de libre competencia en que se investiga un eventual ilícito, es decir, procesos distintos de aquellos destinados a analizar operaciones de concentración.³ Luego analizaremos cómo en otro tipo de ordenamientos y/o jurisdicciones se regula el acceso al expediente de investigación y formularemos algunas propuestas que creemos pueden servir para los fines ya indicados.

Según se desarrollará, estimamos que el acceso al expediente de investigación de la FNE, en la práctica, es bastante limitado y sin duda puede ser mejorado, lo que estimamos contribuiría a perfeccionar de mejor forma el derecho a un debido proceso y a generar procesos más eficientes, tanto para la búsqueda de salidas alternativas como para la tramitación de procesos contenciosos ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) y la Excma. Corte Suprema.

1 Comunicación de la Comisión relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo.

2 Mensaje N°009-363, de 16 de marzo de 2015, *Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que Inicia un Proyecto de Ley que Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N°211, de 1973, sección II, numeral 7., letra d.*

3 Si bien pueden existir algunas similitudes en la materia, en el proceso de análisis de operaciones de concentración que se aplica desde el 2017 en Chile, regulado en el Libro IV del DL 211, la participación de la FNE tiene una naturaleza distinta a la de un ente investigador y acusador, que es el rol que se utiliza como enfoque en el presente documento.

II. LA REGULACIÓN ACTUAL SOBRE ACCESO Y CONFIDENCIALIDAD EN LA LEY DE LIBRE COMPETENCIA DE CHILE

El artículo 39°, letra a), del Decreto Ley N°211 (*"Ley de Libre Competencia"*), establece la posibilidad de que el Fiscal Nacional Económico, con conocimiento del Presidente del TDLC, pueda disponer que las investigaciones tengan el carácter de reservada. También la misma norma autoriza al Fiscal Nacional Económico a disponer no se dé noticia del inicio de una investigación al afectado, con autorización del TDLC.

Asimismo, la misma norma citada establece la facultad del Fiscal Nacional Económico, sin necesidad de conocimiento ni aprobación del TDLC ni de su Presidente, de declarar ciertas piezas del expediente como reservadas o confidenciales⁴ en tres situaciones: i/ cuando se trate de proteger la identidad de los delatores bajo el sistema de delación compensada, ii/ tratándose de fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular (en adelante todo lo anterior *"Información Competitivamente Sensible"*, y iii/ para efectos de resguardar la eficacia de las investigaciones de la Fiscalía.

Termina la letra a/ del artículo 39°, con el inciso introducido por la Reforma -que es el objeto principal de esta investigación- y que señala: *"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;"*. Se reconoce así el derecho del afectado al acceso al expediente, con las excepciones de delación compensada, de Información Competitivamente Sensible y la de eficacia de las investigaciones de la Fiscalía, ya mencionadas.

Por su parte el inciso 4° de la letra a) del artículo 39, hace extensivas estas excepciones al acceso, a los procesos llevados ante el H. Tribunal, haciendo una referencia cruzada al artículo 22° inciso 10° de la misma ley,⁵ que establece la posibilidad de acompañar instrumentos bajo reserva o confidencialidad en caso de Información Competitivamente Sensible.

En la práctica, no existe hoy día para el afectado por la investigación de la FNE un acceso en línea a través de un sitio web ni tampoco un acceso directo en las oficinas de la FNE a un expediente de investigación de dicha institución. De este modo, el acceso se produce mediante solicitud que debe realizar el afectado a la FNE, la cual sigue prácticamente los mismos procedimientos y plazos que deben seguir los terceros para acceder a información de organismos públicos según la ley de transparencia,⁶ lo cual en definitiva mostraría que la Reforma no ha marcado una diferencia, o un antes y un después, de lo existente previo a la introducción de la norma aquí analizada.

En efecto, desde la introducción de la norma legal de acceso a la investigación el año 2016, no ha habido cambios relevantes en la forma de acceder al expediente de la FNE. Tanto es así, que la normativa de la FNE que regula formalmente esta materia se encuentra aún regulada en el *Instructivo para el Desarrollo de*

4 No existe una definición más clara en esta parte del significado de reserva o de confidencialidad, pero por analogía si se toma el artículo 22° inciso 10° de la ley se entiende que la "reserva" es aquél secreto sólo respecto de terceros ajenos al proceso y que la "confidencialidad" es aquel secreto de cualquiera, incluso de las partes del proceso, en este caso de la investigación, que es la aplicación práctica que se ha dado ante el TDLC.

5 En estricto rigor la referencia es al inciso 8°, pero esa referencia cruzada quedó desactualizada al agregar la Reforma nuevos incisos 8° y 9° al artículo 22 y no modificarse la referencia en el artículo 39° letra a).

6 Ver párrafo 46 del *Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica* (FNE, mayo de 2013), disponible en sitio web de la FNE (ver referencia siguiente).

Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica (el "Instructivo"),⁷ de mayo de 2013, es decir, un documento publicado tres años antes de la Reforma. La introducción del derecho de acceso a la investigación de la Reforma no generó, ni en la teoría ni en la práctica, nuevos procedimientos, guías ni estructuras destinadas a un acceso expedito, completo e informado de cara a los afectados por una investigación de la FNE.

El Instructivo, al regular el acceso a la investigación, literalmente se remite a la Ley 20.285 ("Ley de Transparencia") para señalar que las solicitudes de acceso por parte de afectados y terceros se sujetarán a los procedimientos de dicha ley, sin marcar una diferencia entre ellos, lo que sin duda debe constituir una señal para presumir que, al entregársele la misma información a los afectados que a terceros, la información que recibe el afectado es muy limitada. La única diferencia está en que se señala expresamente que a los afectados por la investigación "*les serán entregados directamente*" algunos de los antecedentes, conforme indica el párrafo 47 del Instructivo.⁸ Aún así, los antecedentes que le son entregados -directamente- corresponden a información muy limitada que además tiene el filtro de piezas declaradas confidenciales -sin intervención del solicitante- o bien corresponden a versiones públicas muy tarjadas al punto de no ser realmente útiles para la defensa del afectado. En definitiva, la única información adicional a la cual podría acceder un afectado por la investigación en contraposición a un tercero no afectado por la indagatoria, es a la copia de los antecedentes que el propio afectado por la investigación ha aportado al expediente investigativo.⁹

Finalmente, lo que se encuentra completamente ausente en la legislación y normativa de la FNE es una indicación clara y con algún grado de detalle al afectado sobre qué y porqué se le está investigando, o en definitiva, cuál es la teoría del caso que se está evaluando llevar en su contra. Es cierto que en la práctica muchas veces la FNE en reuniones o audiencias informa al afectado, en forma general, sobre la investigación, pero dicha información es muy limitada y carente de detalles para efectos de una salida alternativa o de una debida defensa durante esta etapa investigativa.

En este sentido, la única información disponible para el afectado por la investigación respecto de la investigación se refiere a las disposiciones que facultan a la FNE para iniciar la respectiva investigación y las actividades económicas, mercados o industrias que serán objeto de la misma. Adicionalmente, los afectados podrían despejar algunas dudas acerca del tipo de conducta que será investigada a partir de la copia de la resolución de inicio que recibe al ser comunicado de su calidad de afectado por dicha investigación, lo que -además- no ocurre tratándose de investigaciones reservadas.¹⁰

Esta falta de información acerca de la teoría del caso muchas veces se extiende más allá del procedimiento investigativo. En algunas oportunidades, el requerimiento judicial de la FNE ante el TDLC tampoco contiene un nivel de detalle suficiente sobre la teoría del caso para una debida defensa, probablemente porque el estándar legal exigible a los requerimientos o demandas no es muy alto en cuanto al detalle de las conductas imputadas.¹¹

7 Disponible en https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Instr_investigaciones_2013-1.pdf, última visita 5 de septiembre de 2022.

8 Párrafo 47 del Instructivo, que establece que "*Con todo, los afectados por la investigación podrán solicitar copia de los siguientes antecedentes, que les serán entregados directamente: a) Resolución que instruye investigación y aquellas que dispongan la acumulación o desacumulación de investigaciones, salvo en caso de investigaciones reservadas; b) Oficio por el que se les hubiere comunicado el inicio de la investigación; c) Actuaciones o diligencias que emanen de la propia Fiscalía, que tengan por objeto dar curso progresivo a la investigación, elaborándose versiones públicas de las mismas, si fuere necesario, atentado su contenido; d) Información, antecedentes y documentos presentados por la misma persona que realiza la solicitud.*"

9 El Instructivo en su párrafo 47 letra d) dispone que los afectados por la investigación podrán solicitar copia y les serán entregados directamente: "d) información, antecedentes y documentos presentados por la misma persona que realiza la solicitud".

10 Párrafo 35 del Instructivo.

11 El artículo 20°, inciso segundo del DL 211, sólo exige la exposición clara y determinada de los hechos, actos o convenciones que infringirían la ley e indicar los mercados en que incidiría la infracción, además de los requisitos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil,

Si bien creemos que una debida y completa información generaría condiciones ideales de debido proceso y facilitaría salidas alternativas -tanto en la etapa investigativa como judicial- puede ser entendible que por razones estratégicas la FNE limite la información referida y a la cual acceden sus investigados y contrapartes, respectivamente. Sin embargo, esta opacidad, sumada a un limitado acceso al expediente, puede en algunos casos generar condiciones limitantes para la defensa y eficiencia en los procesos, según detallaremos.

III. EL ACCESO AL EXPEDIENTE COMO UNA FORMA DE GARANTIZAR EL DEBIDO PROCESO, DE FACILITAR SALIDAS ALTERNATIVAS Y DE APUNTA A PROCESOS MÁS EFICIENTES.

1. El acceso al expediente de investigación de la FNE y el diseño institucional chileno.

Los términos claros de la Reforma del 2016 presagiaban la existencia de un sistema expedito e inmediato para acceder al expediente o “carpeta” de investigación de la FNE, para entender de mejor forma qué es lo que se investigaba por parte del ente investigador, en forma compatible con el debido proceso, con el éxito de la investigación y con eventuales salidas alternativas.

El Mensaje del Ejecutivo que dio inicio a la Reforma y la tramitación en el Congreso, desde su inicio, dio cuenta de una mejora para el afectado por la investigación que no fue puesta en duda durante la tramitación del proyecto. El primer Informe de la Comisión de Economía daba cuenta de que con el proyecto, según refirió el entonces Ministro de Economía, Fomento y Turismo, “...se aumentan los derechos para los investigados por la Fiscalía Nacional Económica (acceso al expediente de la investigación que se siga en su contra, sin perjuicio de aquellas piezas declaradas reservadas o confidenciales)”,¹². En el mismo sentido se pronunciaron expertos citados a dicha Comisión.¹³

Sin duda el acceso a la investigación no era lo más notorio, discutido o polémico de la Reforma. Pero sin duda también, de la Historia de la Ley surge la intención manifestada en el Mensaje y en la discusión de introducir una mejora, un avance, un aumento de los derechos de la parte afectada por las investigaciones que conduce la FNE.

Sin embargo, hoy día, a más de 5 años de la dictación de la Reforma, el supuesto acceso anhelado por el Ejecutivo y el legislador de la época, como el componente faltante para un debido proceso, no es tal, sino que se traduce en un acceso tardío e incompleto de la parte investigada, que no difiere demasiado del acceso al expediente que puede tener un tercero no afectado por la investigación. Este acceso se da a través de la entrega -física o digital, según se solicite- de copias de documentos que son preparadas por la FNE cuando se le solicitan. Si bien este procedimiento puede encontrar justificación en bienes jurídicos muy válidos, como la eficacia de las investigaciones en curso, de alguna forma se aleja de prácticas usuales en otras áreas del derecho y en la legislación comparada, distanciándose del concepto

que entre otras menciones, exige la exposición clara de hechos y de derecho y las peticiones concretas.

12 Historia de la Ley N°20.945 (2016), página 21, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, 1.5. Informe de Comisión de Economía, disponible en https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_10fa90c41da2c89d4676c115377312c3.pdf, última visita 5 de septiembre de 2022.

13 Op. cit., ver intervenciones de don Francisco Agüero en página 96, que según la Comisión de Economía señaló que “Hay un gran avance en lo que atañe al acceso al expediente de la Fiscalía, incluso, durante la investigación, cosas que actualmente no ocurre, ya que cuando las partes son requeridas por ella solamente pueden conocer el expediente una vez que el tribunal así lo ordena. Se trata de una mejora significativa, que debe ser valorada en su justa medida” y de don Francisco Rosende en página 105, que de acuerdo al mismo informe señala que “También es valioso que el proyecto llene un vacío de la legislación vigente en cuanto a que las personas que están siendo investigadas tengan acceso a los antecedentes que justifican la indagatoria”.

de “acceso” en su sentido más común y obvio. En la práctica, la facultad de la Fiscalía para declarar piezas confidenciales (a veces grupos de páginas completas de un expediente), o de tarjar párrafos completos sin que la parte afectada pueda cuestionar el criterio para ello, podría atentar contra fines compatibles con la protección de la libre competencia, junto con la oportunidad y forma en que se entrega el supuesto acceso conforme al último inciso del artículo 39 letra a), introducido en la Reforma.

Se debe recordar que Chile tiene un sistema de defensa de la libre competencia integrado por tres instituciones: la FNE, a cargo de la representación del interés general de la colectividad en el orden económico y de velar por la promoción y protección de la libre competencia; y el TDLC y la Excm. Corte Suprema, el primero a cargo de juzgar, entre otras materias, los asuntos contradictorios entre la FNE o particulares y las partes requeridas o demandadas, y la segunda a conocer de los recursos de reclamación interpuestos conforme a la Ley de Libre Competencia.

La FNE y el TDLC son instituciones independientes desde la creación del TDLC el año 2004, manteniendo cada una el rol investigador y el rol juzgador, respectivamente. Si bien antiguamente existía cierta superposición de funciones entre la FNE y las antiguas comisiones preventivas y resolutive, en particular en lo que se refería a la representación del interés público, *“Con el objetivo de clarificar esta superposición, en la ley N° 19.911 la representación del interés público en el ordenamiento económico y, por ende, la actuación de oficio quedó radicada en la FNE; en tanto, el TDLC quedó facultado para actuar solamente a través de la presentación de un requerimiento de la FNE o de la demanda de un particular, lo que le otorgó el carácter de un tribunal jurisdiccional”*.¹⁴

Este es un diseño institucional complejo, como lo reconocía un Fiscal Nacional Económico el año 2013, en que el quehacer de la FNE es también complejo: *“La complejidad viene dada por su misión, de por sí vasta y ambiciosa: defender y promocionar la libre competencia en los mercados. Todos los mercados, sin restricción ni capturas. Cualquiera que sean los actores dominantes, incluso funcionarios públicos. En un esquema institucional exigente, donde hay que convencer en procesos controversiales al TDLC y a la Corte Suprema del mérito de lo pedido. Con poderosos contendores y con medios de comunicación ávidos de noticias, y habitualmente despojadas de tanto tecnicismo.”*¹⁵

La práctica indica que, en muchos casos, en este sistema la parte investigada accede a un expediente de la investigación limitado. En el caso de interponer la FNE una acción contenciosa ante el TDLC, la parte acusada se enfrenta normalmente a un requerimiento que no contiene un detalle extenso de las conductas acusadas, tanto relativo a los hechos puntuales acusados, como a la investigación y a los factores que consideró la FNE al momento de solicitar las sanciones y multas. Menos aún indica en ese documento las razones que podría haber tenido para desestimar ciertas líneas investigativas, o sobre los períodos o hechos en relación a los cuales solicitó antecedentes a las partes afectadas por la investigación durante el proceso administrativo.

Lo anterior, sin duda, se debiese atribuir al diseño institucional ya señalado: cuando la FNE termina una investigación porque decide presentar un requerimiento ante el TDLC, legítimamente tiene que utilizar todas las estrategias lícitas para *“convencer”* a los tribunales del *“mérito de lo pedido”*, en palabras del otrora Fiscal citado.

Y en muchos casos es en ese proceso ante el TDLC, a veces después de años de investigación, donde las partes pueden acceder recién a mucha mayor información -por acompañarlos en esa oportunidad la FNE

14 Bernedo, Patricio (2013). Historia de la Libre Competencia en Chile 1959-2010, p. 163. Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica.

15 Irrazábal Ph., Felipe, en Prólogo de Historia de la Libre Competencia en Chile 1959-2010 de Bernedo, Patricio (2013), op. cit., p. 11.

o mediante solicitudes de exhibición de documentos- y a la teoría del caso que plantea la FNE y que se encontraba investigando y a la cual no se tuvo nunca acceso, muchas veces por años. La pregunta es si ese diseño institucional, que nos llena de orgullo, podría ser mejorado mediante un mejor y pleno acceso a la investigación por las partes afectadas por las investigaciones de la FNE, de acuerdo a lo planteado por el Ejecutivo y el legislador con ocasión de la Reforma.

2. Algunos modelos distintos al de libre competencia chileno en materia de acceso a la información del expediente de investigación y/o del expediente judicial.

A continuación, revisaremos algunos sistemas que podrían servir de guía para el análisis de esta investigación, tanto nacionales como extranjeros.

2.1. Acceso al expediente de investigación en materia penal en Chile.

Resulta interesante visitar, desde el ámbito de la libre competencia en Chile, lo que ocurre en nuestro país en materia penal. Esto principalmente por dos razones: i/ porque es difícil sostener que en materia de libre competencia exista un estándar de secretismo en las investigaciones que deba ser mayor a aquél existente en materia penal, dadas las materias que ambas ramas del derecho involucran; y ii/ por la relación directa que hoy en día se podría entender que tiene en Chile la libre competencia con el derecho penal, al menos respecto de cierto tipo de conductas, atendida la criminalización de la colusión, introducida por la Reforma.

El artículo 182 del Código Procesal Penal establece que las actuaciones de la investigación del Ministerio Público y de las policías, serán secretas para terceros ajenos al procedimiento. Con la misma claridad, el artículo citado establece en su inciso segundo que *"El imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar y obtener copias, a su cargo, de los registros y documentos de la investigación fiscal y podrán examinar los de la investigación policial"*.

A continuación, se establece en la misma norma, en su inciso tercero, la posibilidad -excepcional, cuando el fiscal lo considere necesario para la eficacia de la investigación- de mantener en secreto determinadas actuaciones por un plazo no superior a cuarenta días, ampliable por una sola vez por el mismo período, por motivos fundados. Aun así, en ningún caso se puede decretar el secreto sobre la declaración del imputado, actuaciones del mismo, actuaciones del Tribunal, o informes evacuados por peritos respecto del propio imputado o su defensor.

La aplicación práctica de la norma procesal penal citada no dista de lo que dice su letra. Los imputados e intervinientes del proceso penal tienen en la práctica el acceso completo a la carpeta, en la forma que dispone la ley.

2.2. Acceso al expediente de la Comisión Europea ("Comisión").

Por otra parte, en el derecho de la libre competencia europeo, la Comisión reconoce, como se indicó arriba, la importancia de un debido acceso a la investigación por las partes afectadas. Las investigaciones tienen una primera fase, que puede concluir en un cierre de investigación, en una resolución de compromisos si las partes los han ofrecido en esta fase, o bien en la apertura de un procedimiento formal.¹⁶ El derecho a ser oído, en el procedimiento europeo, es fundamental en los casos en que se pretende aplicar algún tipo de medida en contra del investigado y la Comisión satisface este requerimiento mediante el envío de un documento a los incumbentes denominado *"Pliego de cargos"* (en adelante SO, del inglés *"Statement of*

¹⁶ Jones, Allison y Sufrin, Brenda, EU Competition Law (2011), p. 1070.

Objections").¹⁷ En el derecho europeo, el acceso al expediente es una parte integrante del derecho a ser oído y no un derecho en sí mismo, según se resolvió en el caso *Hércules*.¹⁸ De esta forma, los principios generales de la ley comunitaria que regulan el acceso al expediente de la Comisión Europea, están diseñados para asegurar el ejercicio efectivo del derecho a defensa, incluyendo el derecho a ser oído.¹⁹

La amplitud del acceso al expediente fue cambiando durante los años, siendo considerado en un primer período un acceso muy conservador, para luego pasar a una etapa en que la Comisión insistió en que las partes debían ser debidamente informadas de los detalles del caso en contra de ellas.²⁰ El principio después del caso *Hércules* es que la Comisión debe hacer accesible a las partes todos los documentos que se han obtenido en el curso de la investigación, sean en su favor o no, salvo los secretos de negocio de otros incumbentes, los documentos internos de la Comisión u otros que sean confidenciales.²¹ Actualmente, el derecho a acceder al expediente se encuentra tratado en las Regulaciones 1/2003, Artículo 27 (2) y Regulación 773/2004 de la Comisión Europea,²² entregándose los aspectos prácticos de dicho acceso a la *Comunicación de la Comisión relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo*²³ (en adelante, la "*Comunicación*").

En efecto, la Comunicación regula en detalle el acceso al expediente, de una forma que resulta interesante observar para efectos de evaluar eventuales mejoras al sistema chileno. La Comunicación parte definiendo cuál es el contenido del expediente de la investigación, señalando en su párrafo 8 que el expediente de la Comisión "*abarca todos los documentos obtenidos, elaborados y/o reunidos por la Dirección General de Competencia de la Comisión durante la investigación*", excluyendo aquellos documentos que no guarden relación con el objeto del asunto en cuestión, los que pueden devolverse a la empresa respectiva y una vez devueltos, dejan de formar parte del expediente.

Por el contrario, conforme a los párrafos 8 y siguientes de la Comunicación, no forman parte del expediente los documentos internos y la información confidencial:

- Los documentos internos corresponden a notas internas, correspondencia entre la Comisión y contratistas a cargo de algún estudio y correspondencia con ciertas autoridades públicas.
- La información confidencial no accesible a la parte investigada se refiere a:
 - Los secretos comerciales, es decir, conforme al párrafo 18 de la Comunicación, aquellos referentes a la actividad económica de una empresa cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave,

17 Ibid, p. 1071.

18 Ibid, p. 1073.

19 Ibid, p. 1074.

20 Ibid

21 Ibid

22 Ibid

23 Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC1222\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC1222(03)&from=EN), última visita el 5 de septiembre de 2022.

como "información técnica y/o financiera relativa a los conocimientos técnicos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes y distribuidores, la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas."

- Otra información confidencial, la que conforme al párrafo 19 de la Comunicación es aquella distinta de los secretos comerciales, pero cuya revelación perjudicaría significativamente a una persona o empresa en función de circunstancias específicas de cada caso, como por ejemplo ocurriría respecto de clientes de determinadas empresas que pudieran estar expuestos a represalias, o en general respecto de denunciantes o terceros cuando éstos deseen en forma justificada pertenecer en el anonimato, para lo cual deben solicitar la confidencialidad a la Comisión. También los secretos militares se consideran dentro de esta categoría de "otra información confidencial".

Respecto a la oportunidad para acceder a la investigación, conforme los párrafos 26 y siguientes de la Comunicación, éste debe ocurrir una vez que se emita y notifique una SO a la parte investigada. Para ello el acceso puede ser a través de dispositivos electrónicos, mediante copias en papel o mediante una invitación a examinar el expediente en los locales de la Comisión, o una combinación de las anteriores (párrafo 44 de la Comunicación). Para ello, las partes recibirán en forma previa una lista de documentos en la que se presente el contenido del expediente de la Comisión (párrafo 45). Además, las partes pueden solicitar acceso a información no accesible, por causa justificada (párrafo 47).

En la práctica, estos lineamientos de la Comisión son aplicados y respetados. Hay cierta información accesible que se entrega en copia, y otra información más sensible a la que se da acceso mediante visita a las instalaciones de la Comisión a las partes investigadas, con los resguardos para que no sea copiada, reteniendo por ejemplo los teléfonos celulares para evitar copias indebidas.

3. El tratamiento de la confidencialidad en libre competencia, la pérdida de eficiencia en los procesos ante el TDLC y su relación con el derecho a acceso al expediente

Sin duda un tema que tiene relación con el derecho a acceso al expediente de investigación, es el de la alta confidencialidad de la información que muchas veces el expediente contiene, lo que genera una tensión constante entre el derecho a un debido proceso y el derecho de otras partes del mismo y de terceros, a la reserva y confidencialidad de su información.²⁴ Compatibilizar ambos aspectos es un desafío difícil, que agrega una serie de problemas prácticos que generan ineficiencia y a veces errores en los procesos de libre competencia.

La ausencia en el sistema chileno de un *Pliego de Cargos* o un "SO" formal entre la fase de investigación de la FNE y el proceso controversial ante el TDLC, sin duda contribuye a esta problemática.

Muchas veces son miles los documentos, correos electrónicos y mensajes que la FNE puede reunir en una investigación. Al ser acompañados al TDLC, por iniciativa propia de la FNE o producto de una solicitud de documentos, deben tomarse los resguardos para cautelar la confidencialidad de dichos documentos, de conformidad a las normas legales citadas más arriba. El Auto Acordado N°16 del TDLC,

²⁴ Este no es un problema propio de la institucionalidad de la libre competencia en Chile. Como señalan Jones y Sufrin (op. cit., p. 1077) para el caso europeo, "Hay una tensión fundamental entre los derechos de las partes a conocer el caso en contra de ellas y la obligación de la Comisión de preservar la confidencialidad. Un deber general de confidencialidad está establecido en el Tratado mismo (...) La confidencialidad es un tema significativo en el contexto de los procedimientos de competencia por su información altamente sensible que la Comisión puede obtener durante su investigación".

de mayo de 2017,²⁵ regula la aplicación de los principios de reserva y confidencialidad de la información en los procesos que se llevan ante dicho tribunal, intentando compatibilizar confidencialidad y debido proceso (estableciendo reglas procedimentales con dicho objeto).

El Auto Acordado N°16 es una regulación que recoge la experiencia del TDLC en el tratamiento de la reserva (es decir, el acceso a la información solamente a las partes del proceso) y confidencialidad (esto es, el no acceso a las partes o a terceros) y evita la comisión de errores de parte de la FNE y/o las partes del proceso en el tarjado de la información confidencial en las correspondientes versiones públicas, otorgando derecho a objetar dichas versiones. También regula las formas de cautelar la reserva de los antecedentes cuando pueden ser consultados por las partes, y el alzamiento de la reserva o confidencialidad. En definitiva, el Auto Acordado N°16 vino a resolver de buena forma una serie de inconvenientes prácticos y de cuidado de la información, conforme a la experiencia acumulada del TDLC en todos sus procesos.

Sin embargo, vale la pena preguntarse si en lo que se refiere al expediente de investigación de la FNE, podrían existir mejoras que permitan evitar algunos de los problemas que, en la práctica, se producen en procedimientos contenciosos iniciados por requerimientos de la FNE y que a continuación se indican:

- Normalmente, la parte requerida tiene conocimiento de la teoría del caso en su contra y acceso completo al expediente sólo una vez que ha sido notificada de un requerimiento de la FNE, e incluso con algunas limitaciones, por la falta de detalles que caracterizan a dichos requerimientos, o bien, por las limitaciones de confidencialidad de la información ya señalada. Además, la FNE no necesariamente acompaña el expediente de investigación al momento de presentar el requerimiento, sino con posterioridad a ello. En particular, el Instructivo dispone que, por regla general, el expediente de investigación será acompañado al proceso al inicio del término probatorio.^{26,27} Esto implica que, salvo que la parte afectada por una investigación haya solicitado una copia del expediente y la haya actualizado -práctica común-, puede verse requerida sin conocer la teoría del caso más allá de la descripción que contenga el respectivo requerimiento, junto a la serie de limitaciones que en todo caso tendría esa copia del expediente, según lo señalado anteriormente.
- Este acceso ante el TDLC, además de ser un acceso limitado en cuanto a los documentos, podría ser un acceso temporalmente inadecuado e inoportuno, dado los plazos que las partes tienen para contestar el requerimiento, de conformidad al DL 211.²⁸
- El procedimiento para salvaguardar o superar la confidencialidad es engorroso y puede tomar tiempo, en tanto implica preparar las versiones públicas, revisarlas, objetarlas y que el TDLC pueda resolver dichas objeciones, en cuyo caso además hay que esperar la elaboración de nuevas versiones públicas que sea declaradas como definitivas. Todo lo anterior genera ineficiencias en el procedimiento, en perjuicio de las partes y de los plazos que debe manejar el TDLC.

25 Disponible en https://www.tdcl.cl/wp-content/uploads/Autoacordados/AutoAcordado_N_16.pdf, última visita 5 de septiembre de 2022.

26 Instructivo, párrafo 90.

27 La excepción a esto estaría dada por la entrega de documentos y antecedentes que hayan sido obtenidos en ejercicio de las facultades del artículo 39 letra n) del DL 211, es decir, de las denominadas facultades intrusivas, los que son puestos a disposición del TDLC junto con la presentación del requerimiento. Instructivo, párrafo 91.

28 Conforme al inciso segundo del artículo 20° del DL 211, el plazo para contestar el requerimiento o demanda es de 15 días hábiles, ampliables a 30 días si el TDLC así lo determina.

Es decir, al ser requerida por la FNE, la parte investigada puede, en el extremo, enfrentarse por primera vez a conocer el caso que se sigue contra ella y, por primera vez, a conocer el expediente de investigación con las limitaciones antedichas. Dicha parte debe contestar el requerimiento en un breve plazo de 15 a 30 días hábiles, lo que podría llegar a afectar el debido proceso y la igualdad de armas propia de un procedimiento contencioso y bilateral.

La falta de un acceso real, eficiente y previo de la parte requerida al expediente investigativo y a conocer el caso en contra de ella en forma completa, contribuye sin duda a esta falta de eficiencia, trasladando el problema de acceso y de confidencialidad desde la FNE al proceso del TDLC, algo que se podría evitar, según se propone en la sección siguiente.

Adicionalmente, estas mismas falencias contribuyen a debilitar salidas alternativas que las partes y la FNE podrían convenir para terminar procesos investigativos, ya sea mediante el cierre de investigaciones con compromisos o por cambios de circunstancias, según dispone el propio Instructivo en su número 88 iv, o bien a través de acuerdos extrajudiciales regulados en la letra ñ) del artículo 39° del DL 211, debiendo ser estos últimos aprobados o rechazados por el TDLC dependiendo de si tienen por objeto o no cautelar la libre competencia.

4. Hacia un acceso real y eficiente.

Según se describió más arriba, el sistema de acceso a las investigaciones de la FNE en Chile, pese a estar expresamente dispuesto en el DL 211, tiene espacios para mejoras, lo que sin duda también se traduciría en investigaciones y procedimientos contencioso más justos y eficientes. Lo anterior, si es que consideramos que ha operado de una forma que no representa necesariamente un acceso real ni efectivo, como por ejemplo ocurre en materia penal o en otras jurisdicciones como Europa.

No estudiar, discutir e implementar estas mejoras en el acceso a la investigación conducida por la FNE no sólo podría generar la indefensión del investigado, que puede acceder en forma inoportuna y sólo a ciertas piezas del expediente de investigación, sino que además generaría una pérdida de eficiencias tanto durante el período de investigación como en el período de juicio, si lo hubiere, ante el TDLC.

Muchas veces se intenta resolver problemáticas como estas con modificaciones de ley, lo cual si bien en este caso sería bienvenido, no es estrictamente necesario para generar al menos algún avance a este respecto. En efecto, existiendo el derecho a acceso al expediente de la investigación que se sigue en su contra, de conformidad al último inciso de la letra a) del artículo 39° del DL 211, el asunto podría ser resuelto en forma administrativa por la FNE, o inclusive por medio de una actualización al propio Instructivo, lo cual podría generar una mejora en la igualdad de armas y debido proceso, evitando cuestionamientos posteriores y, al mismo tiempo, generar eficiencias para lograr salidas alternativas o bien para evitar dilaciones durante el proceso ante el TDLC. Sin duda, la propia FNE, con la alta carga de trabajo que tiene y los recursos acotados con los que cuenta, debiese estar interesada en generar esas eficiencias.

Lo anterior se podría lograr implementando, por parte de la FNE, un acceso en línea, a través de una página web, al expediente de investigación, o bien habilitando la posibilidad de consultar físicamente el expediente en las oficinas de la FNE. También podría ser una combinación de ambos aspectos, especialmente en caso de que se desee garantizar la reserva de ciertas piezas del expediente, permitiendo por una parte un acceso en línea sin restricciones a información pública y a versiones públicas de documentos confidenciales, y un acceso físico y presencial con medidas de seguridad que garanticen que la reserva no sea puesta en peligro. En un sistema como el anterior, se podría exigir a las partes que acceden a piezas reservadas de la investigación, que asuman la obligación de no difundirlas ni reproducirlas a fin de no afectar dicha reserva y que estaría en perfecta concordancia con la ley actual.

Adicionalmente, sería interesante que la FNE pudiese, administrativamente, asumir como práctica formal y regulada previo a la presentación de un requerimiento ante el TDLC, el informar a las partes investigadas sobre la decisión de poner término a la investigación que se sigue en su contra por medio de la presentación de un requerimiento y las principales acusaciones que se formularán. Obviamente hay asuntos, como aquellos en que existe delación compensada, que son muy sensibles y que algo como lo propuesto podría afectar la investigación o a los delatores; pero en el resto de los casos no se advierte por parte de este autor algún inconveniente para que las partes investigadas sean debidamente informadas, en forma similar a un *pliego de cargos* o *SO*, sobre las acusaciones que se pretenden interponer en su contra. Esta práctica estaría en línea con el debido proceso y con la eficiencia procesal.

En efecto, lo anterior podría generar un conocimiento más directo de la investigación por la parte investigada, lo que además de cautelar de mejor forma el debido proceso, podría generar instancias de acuerdo con la FNE, a través de cierres de investigación con compromisos o acuerdos extrajudiciales, los que muchas veces representan una opción válida, legítima y eficiente para efectos de evitar una larga tramitación judicial ante el TDLC y eventualmente ante la Corte Suprema. Además, la FNE podría, en base a los antecedentes o diligencias que le solicitara la parte afectada por la investigación, estimar luego que no pareciere proporcional ni justificado en el interés general de la colectividad en el orden económico ni para el resguardo de la libre competencia, perseverar con la investigación ni fundar una acción ante el TDLC. De este modo, se generaría una eficiencia procesal importante que sin duda la propia FNE, los tribunales mencionados y el sistema económico en general, lo agradecerían.

Obviamente que lo señalado podría ser aún más perfectible con modificaciones legales que consagraran estos derechos de las partes y procedimientos para garantizar esos derechos. A lo anterior se suma la necesidad de establecer reglas claras respecto de algunos aspectos cuya regulación hoy día generan inquietud, como por ejemplo, los efectos respecto de terceros de un cierre de investigación por medio de compromisos de los afectados por ella, o de un acuerdo extrajudicial alcanzado por la FNE y aprobado por el TDLC, o bien la posibilidad expresa de que los acuerdos extrajudiciales aprobados por el TDLC puedan o no incorporar derechamente multas o “pagos a beneficio fiscal”, o bien si dichos acuerdos constituyen o no reincidencia para efectos sancionatorios, todos puntos que podrían ser regulados de mejor forma a nivel legal.

Finalmente, junto con lo anterior, este autor considera que sería deseable un estatuto legal de acceso a la investigación similar al existente en materia procesal penal, en el que las partes puedan acceder oportuna y completamente a toda la información del expediente de la FNE, debiendo guardar la confidencialidad del mismo, bajo sanciones en caso de incumplir lo anterior. Con todo, parece importante recalcar que esta sugerencia no implica, en ningún caso, replicar las reglas procesales en materia penal al procedimiento de libre competencia, pero sí que exista, ya sea por medio de un cambio legal o simplemente por medio de una guía o práctica de la FNE, un reconocimiento -tal como lo hace el actual texto de la Ley de Competencia tras la Reforma- de la necesidad de un acceso oportuno y adecuado al expediente que lleve la autoridad en contra de una persona o entidad afectada por esa investigación.

V. CONCLUSIÓN

La Reforma de 2016 introdujo el derecho de la parte afectada por una investigación a acceder al expediente de la FNE. La palabra acceder, en su sentido natural y obvio, implica poder disponer de un expediente, en este caso, en forma inmediata y completa, “*entrar en un lugar o pasar a él*”.²⁹ Actualmente ese acceso es limitado e inoportuno. En parte, esto podría deberse a que, desde la Reforma no se han

29 Diccionario de la Real Academia Española, tercera acepción, disponible en <https://dle.rae.es/acceder>, última visita el 5 de septiembre de 2022.

introducido cambios en el Instructivo de la FNE que regula este acceso al expediente, ni se ha podido observar, de cara a los afectados por las investigaciones, una real mejora de los derechos del investigado (como pretendió el Ejecutivo y el legislador de ese entonces).

Lo anterior, que se aleja de sistemas como el proceso penal en Chile o del sistema de Libre Competencia en la Comisión Europea, además de dificultar en plenitud una debida defensa de la parte afectada, generaría una ineficiencia en los procesos, tanto por no generar espacios entre la FNE y los investigados para evaluar y alcanzar eventuales salidas alternativas que eviten un juicio ante el TDLC, como por hacer más difícil la tramitación de estos procesos una vez que llegan a dicho Tribunal, por los distintos trámites y plazos asociados a temas de confidencialidad de los documentos y del expediente. Si bien el TDLC ha establecido reglas claras al respecto por medio de un autoacordado, podrían existir espacios de mejora para dicho acceso y para la elaboración de versiones públicas durante el procedimiento investigativo previo, que desarrolla la FNE.

Por ejemplo, un acceso en línea al expediente, o al menos físico o presencial, o una combinación de ambas, cumpliría gran parte de la pretensión establecida por el Ejecutivo y el legislador en la Reforma, obviamente con los resguardos correspondientes, pero excepcionales y acotados respecto a información confidencial. Creemos que la solicitud y tramitación de solicitudes de copias por parte de afectados por las investigaciones siguiendo los procedimientos y plazos propios de la Ley de Transparencia, se aleja de dicha pretensión e introduce ineficiencias al sistema.

También se plantea como deseable la existencia de una instancia formal por parte de la FNE en que se informe un *pliego de cargos* a la parte afectada por la investigación, una vez que la FNE se encuentre evaluando la presentación de un caso ante el TDLC. Una instancia de este tipo, creemos, abriría de mejor forma espacio para la solución alternativa de muchos asuntos que podrían ser solucionados vía compromisos de las partes o acuerdos extrajudiciales sometidos luego a la aprobación del TDLC. De esta forma se lograría, al menos en algunos casos de menos importancia o entidad, optimizar los plazos y recursos de la institucionalidad dispuesta para promover y defender la libre competencia.

Sin duda que cambios legales podrían facilitar lo anterior, pero claramente hay mejoras, lineamientos o avances que consideramos que se podrían realizar a nivel normativo a través de una guía o por medio de decisiones administrativas y que -entendemos- no requieren de ley para ello, atendido que la Ley de Libre Competencia, a partir de la Reforma, ya ha establecido expresamente este importante derecho de acceso al expediente.



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:

Benjamín Grebe L, "El acceso al expediente en investigaciones de libre competencias", *Investigaciones CeCo*
(septiembre, 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