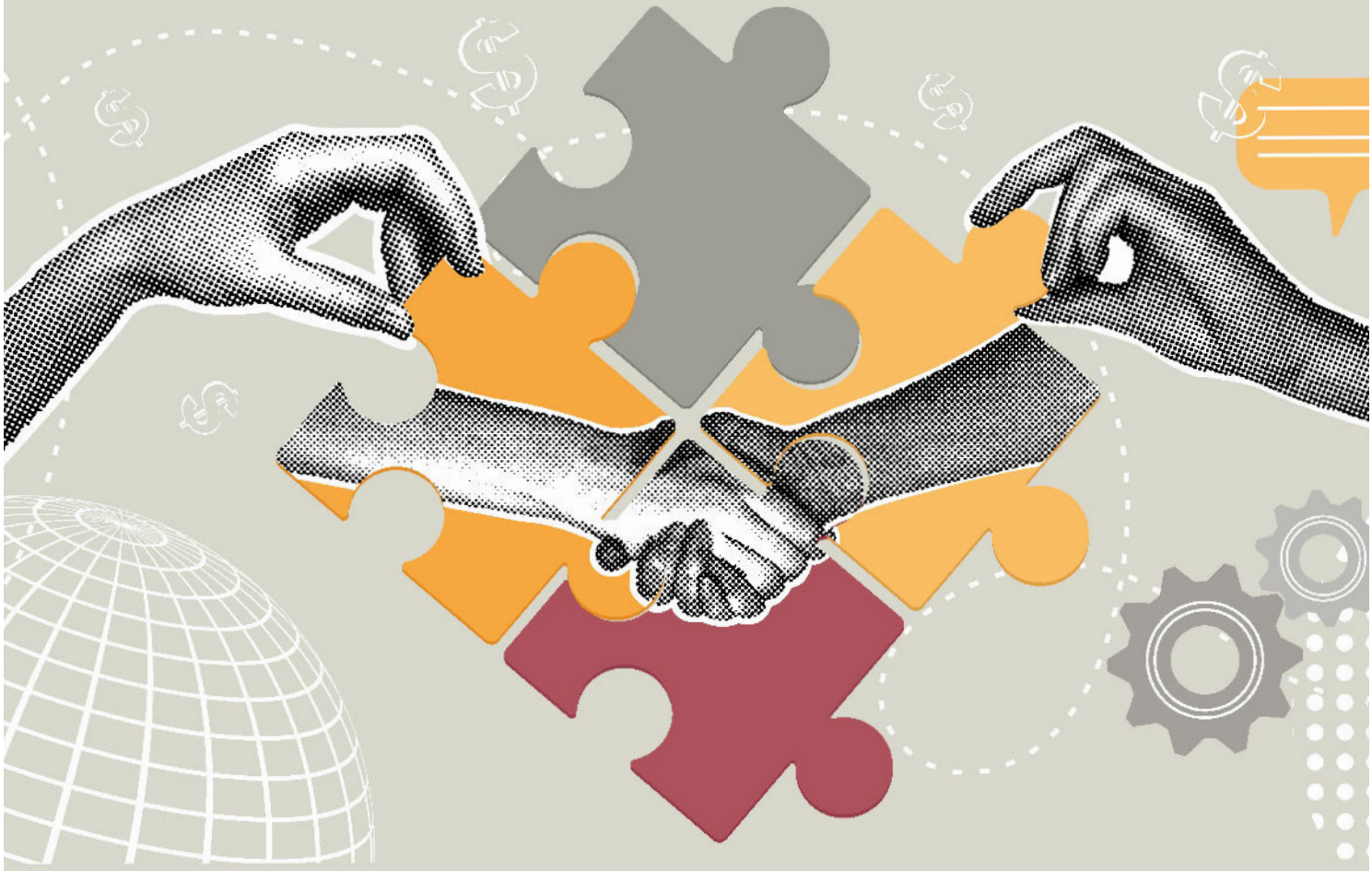
UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

CeCo
CentroCompetencia



MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS Y LIBRE COMPETENCIA: LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES EN LA INSTITUCIONALIDAD CHILENA

Diego Montero Molina

Métodos autocompositivos y Libre Competencia: los Acuerdos Extrajudiciales en la institucionalidad chilena

Julio 2025

Diego Montero Molina
Diego Montero Molina, Egresado de Derecho en la Universidad de Chile; Ayudante del Departamento de Derecho Económico; y, Procurador del área de Regulación y Competencia en Ferrada Nehme (2023 – 2024).

Resumen: La Ley 20.361 incorporó los Acuerdos Extrajudiciales a la institucionalidad de competencia en Chile. Esta institución ha sido el medio por el cual el legislador ha buscado la desjudicialización de los procedimientos. Sin embargo, ello no ha estado exento de dificultades y obstáculos, ya sea por la propia práctica del organismo persecutor al celebrar los Acuerdos Extrajudiciales o bien, por el propio visado que realiza el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En la presente investigación se da cuenta de aquellos inconvenientes, en particular la forma de control del Tribunal y su impacto en el número de Acuerdos Extrajudiciales aprobados y, la determinación de aquellas materias y conductas susceptibles de ser objeto de un Acuerdo Extrajudicial.

En el último tiempo, ha existido una tendencia en los ordenamientos jurídicos a incentivar la resolución de conflictos mediante métodos autocompositivos para evitar la sobrecarga del aparataje judicial. A partir de tal premisa, la institucionalidad de competencia chilena ha incorporado mediante la Ley N° 20.361 los Acuerdos Extrajudiciales, permitiendo a la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") celebrar convenciones con aquellos agentes económicos objeto de investigación para con ello cautelar la libre competencia. Dicho mecanismo permite llegar a una solución consensuada sin necesidad de recurrir a un proceso contencioso o no contencioso, generando la *desjudicialización* de los casos de competencia.

Para la celebración de tales convenciones, es necesario un "visado" previo otorgado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC o Tribunal"), debiendo éste aprobar o rechazar el Acuerdo Extrajudicial según diversos criterios. Dicho aquello, el principal criterio es si las medidas contenidas en el acuerdo permiten cautelar o no la libre competencia, a través de un mero control programático del fondo del asunto.

Así, a partir de la numerosa jurisprudencia que ha dejado el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se analizarán situaciones de gran relevancia práctica: (i) la evolución del control efectuado por el Tribunal y (ii) la idoneidad de los Acuerdos Extrajudiciales para revisar todo tipo de materias y conductas ilícitas del derecho de competencia.

I. INVESTIGACIONES DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA: ALTERNATIVAS Y PROCEDIMIENTOS

La institucionalidad chilena de competencia, a través del artículo 39 del Decreto Ley N°211 ("DL 211"), otorga una serie de facultades discrecionales al Fiscal Nacional Económico y, por tanto, a la FNE, para defender los intereses de la colectividad en materia de libre competencia. A partir de dicho artículo en su literal a) se deriva la facultad de instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar la existencia de ilícitos anticompetitivos.

La FNE, una vez terminada su investigación, goza de una serie de opciones, teniendo cierta cuota de discrecionalidad, escogiendo aquella que considere "*más idónea, procedente, apta, adecuada y razonable de acuerdo a los hechos y circunstancias específicas*"[1]. Tales opciones son: **(i)** archivar la investigación; **(ii)** celebrar Acuerdos Extrajudiciales; **(iii)** interponer un requerimiento ante el Tribunal y, **(iv)** presentar una consulta ante este último. A continuación, se analizarán las opciones que posee la FNE en un orden ascendente según la intensidad de la intervención del TDLC.

En primer lugar, la facultad de archivar la investigación se utiliza cuando no se ha "*podido comprobar la existencia de hechos, actos o convenciones que sean constitutivos de infracciones al Decreto Ley 211 de 1973, o la participación en los mismos de una o más personas naturales o jurídicas*"[2]. En tal situación, la intervención del Tribunal es nula, siendo una materia de plena competencia de la Fiscalía.

En segundo lugar, se encuentra la facultad de celebrar Acuerdos Extrajudiciales, la cual, al ser objeto de la presente investigación, se tratará de manera detallada en el siguiente capítulo.

En tercer y cuarto lugar, están las situaciones en que el Tribunal interviene de manera directa y lata, pues es quien conoce en el ejercicio de su potestad jurisdiccional en caso de un procedimiento contencioso y, de su potestad consultiva en caso de un procedimiento no contencioso. Pues bien, el procedimiento contencioso se originará cuando finalizada la investigación ésta diera cuenta de situaciones que constituyan

1 Arancibia (2017), p. 170.
2 FNE (2013) Párrafo 88.

infracciones al DL 211 (art. 18 N°1 DL 211). Por otro lado, el procedimiento no contencioso comenzará cuando la investigación de cuenta de hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, respecto a los cuales exista duda de si infringen o no el DL 211 (art. 18 N°2 DL 211).

II. LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES EN LA INSTITUCIONALIDAD DE COMPETENCIA CHILENA

Los Acuerdos Extrajudiciales fueron introducidos en la institucionalidad de competencia chilena mediante la Ley N° 20.361 de 2009, que incorporó el art. 39 letra ñ), el cual señala que es facultad del Fiscal Nacional Económico:

"ñ) *Suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados*.

El Tribunal tomará conocimiento del acuerdo en una sola audiencia, sin forma de juicio, convocada especialmente al efecto, dentro del quinto día hábil de recibidos los antecedentes, durante la cual podrá escuchar alegatos de las partes comparecientes al acuerdo. El Tribunal deberá aprobar o rechazar el acuerdo en un plazo máximo de quince días hábiles, contados desde la fecha de la audiencia. Estas resoluciones una vez ejecutoriadas serán vinculantes para las partes que comparecieron al acuerdo y en su contra sólo procederá el recurso de reposición".

Los Acuerdos Extrajudiciales son una manifestación de la denominada "tutela diferenciada del derecho"[3], es decir, aquel fenómeno caracterizado por la implementación de diferentes instrumentos jurídicos para solucionar conflictos sin seguir completamente los modelos clásicos de procesos declarativos o de ejecución[4].

En tal sentido la atribución otorgada a la FNE mediante la letra ñ) del art. 39 obedecería a dos objetivos primordiales: **(i)** la desjudicialización de algunos casos de competencia[5] y, **(ii)** aumentar la rapidez de la intervención del sistema de defensa de la competencia[6].

2.1. Los Acuerdos Extrajudiciales como herramienta de desjudialización

A partir de la posibilidad de celebrar AE entre la FNE y aquellos agentes económicos investigados, el legislador permite una "nueva vía" para cautelar la libre competencia que no implica poner en movimiento todo el aparataje jurisdiccional del Tribunal, pues solo requiere su intervención en el ejercicio de una potestad administrativa[7]. Por lo anterior, los Acuerdos Extrajudiciales "*son extrajudiciales en el sentido que se negocian y celebran fuera de sede judicial*"[8] permitiendo la desjudicialización de casos de competencia, pues implican que casos posiblemente conocidos por el Tribunal a través de un procedimiento contencioso o no contencioso, no llegan a ser conocidos por esa vía en virtud de estas convenciones[9].

El objeto de desjudicializar los procesos tiene larga data, tanto a nivel doctrinal como legislativo, buscando incentivar la solución de conflictos a través de los equivalentes jurisdiccionales[10]. Lo anterior también ha sido observado en derecho comparado, donde se busca generar alternativas de prevención de consultas y de

3 Romero (2020), p. 4
4 Proto Pisani (2014), pp. 189 a 382.
5 Historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.361, página 104.
6 Ibid. p. 164.
7 Grunberg (2020), p. 19.
8 Váldes (2010), p. 223.
9 Ibid, p. 224.
10 Colombo Campbell (1997), p. 386.

conflictos por vías extrajudiciales y, en lo posible, cuando éstos se encuentren en estadios pre- procesales[11]; tales soluciones han sido observadas principalmente en Estados Unidos y la Comunidad Europea.

En Estados Unidos, tanto la División Antitrust del Departamento de Justicia (DOJ) como la Comisión Federal del Comercio poseen atribuciones similares a las otorgadas a la FNE mediante el art. 39 letra ñ). En particular, la DOJ, posee los *consent decree* que, "*constituyen el mecanismo más común para resolver los casos de libre competencia*"[12].

Por otro lado, la Comisión Europea a partir del artículo 9 del Reglamento 1/2003 tiene la posibilidad de que las empresas interesadas propongan a la Comisión compromisos que respondan a las inquietudes que ésta les haya manifestado en el análisis preliminar[13].

2.2. Los AE como herramienta de eficiencia en el sistema de competencia

La FNE debe velar por una eficiente e idónea administración de los recursos públicos que se le han asignado para cumplir su función pública: la defensa del interés general de la colectividad en materia de libre competencia. Para ello, al terminar una investigación y considerar la existencia de un ilícito anticompetitivo, el organismo persecutor deberá optar por las fórmulas más ágiles y directas de solución[14].

Pues bien, necesariamente el inicio de un procedimiento contencioso o no contencioso implica la activación del aparataje judicial del Tribunal y, con ello, un relevante despliegue de recursos humanos y económicos, significando necesariamente discusiones de alta complejidad, que pueden durar extensos períodos de tiempo. A su vez, generan importantes costos para los agentes económicos que comparecen ante el TDLC, sin importar la calidad en que intervienen[15].

Para evitar el funcionamiento innecesario de un costoso aparataje judicial, la FNE debe regirse por el principio de eficiencia. En dicho contexto, Domingo Valdés elabora una prelación natural -que comienza con situaciones menos onerosas y acaba con las más costosas- para la prevención de dudas y conflictos de competencia en los cuales interviene la FNE: (i) intentar acuerdos extrajudiciales en estadios pre-procesales o pre-procedimentales a través de los cuales se previenen consultas y demandas; **(ii)** intentar acuerdos extrajudiciales o judiciales en estadios procesales o procedimentales ventilados ante el TDLC o ante la Excma. Corte Suprema; y, **(iii)** conducir los procedimientos ventilados ante el TDLC hasta su término[16].

En dicho sentido, los Acuerdos Extrajudiciales se encuentran dentro del punto (i) al ser una convención entre la FNE y el agente económico objeto de la investigación que ocurre en una etapa pre-procesal, siendo, por tanto, el mecanismo más eficiente y menos costoso para resolver disputas y dudas en el sistema de competencia, permitiendo aumentar la rapidez de la intervención del sistema[17].

III. EL ROL DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA VALIDACIÓN DE ACUERDOS EXTRAJUDICIALES

En los Acuerdos Extrajudiciales es un elemento de la esencia la concurrencia de voluntades entre el organismo persecutor y el agente económico investigado. Con todo, dicho acuerdo no es suficiente para su perfeccionamiento y validez jurídica. Antes bien, además es necesaria la intervención del TDLC, el cual

11 Váldes. p. 233 - 234.
12 American Bar Association Section of Antitrust Law (2017), p. 696.
13 Op. cit. Grunberg (2020), p. 79 a 80.
14 Op. cit. Váldes (2010), p. 232.
15 Op. cit. Grunberg (2020), p. 76.
16 Op. cit. Váldes (2010) p, 235.
17 Historia de la Ley, p. 180.

deberá aprobar o rechazar el acuerdo.

En tal contexto, la actuación del Tribunal es un tanto indefinida, pues no se hace mención alguna en el art. 39 letra ñ) a los criterios o formas mediante las cuales se deben aprobar o rechazar los Acuerdos Extrajudiciales. Por ello, a continuación, se buscará determinar el carácter en el cual interviene el TDLC, y se analizará si efectúa un mero control formal de ciertos supuestos o si realiza una revisión judicial exhaustiva.

Para dicha determinación, por un lado, entenderemos el control formal dentro de un contexto de Derecho Público, esto es, como un "*acto o procedimiento por medio del cual una persona o un órgano debidamente autorizado para ello examina o fiscaliza un acto realizado por otra persona u órgano, a fin de verificar si en la preparación y cumplimiento de dicho acto se han observado todos los requisitos que exige la ley (en sentido lato)*"[18]. Por otro lado, entenderemos la revisión judicial como un control de legalidad de las decisiones, incluyendo en ello un control de arbitrariedad siendo esto, en específico, un mecanismo de escrutinio o control de las decisiones primarias adoptadas por el poder judicial[19].

3.1. Intervención del Tribunal en la aprobación o rechazo de los Acuerdos Extrajudiciales

Como se mencionó *supra*, el art. 39 letra ñ) no da mayores detalles respecto a cómo interviene el Tribunal en la aprobación o rechazo de los Acuerdos Extrajudiciales, por lo que ha sido el tribunal mismo quien ha fijado su marco de actuación e injerencia respecto de estas convenciones.

A veces, en una interpretación bastante literal de la norma, el Tribunal daría cuenta de que su intervención se limitará exclusivamente a verificar si la convención tiene por objeto cautelar la libre competencia, no pudiendo disponer medidas adicionales. Así se expresa, por ejemplo, en el Acuerdo Extrajudicial alcanzado por la FNE, Nestlé y Pfizer[20]:

"*Que a continuación este Tribunal analizará si el acuerdo extrajudicial materia de autos debe o no ser aprobado, para lo cual* ***tomará en consideración*** *los antecedentes acompañados, las características propias de la operación de concentración de autos y* ***si los compromisos asumidos en el acuerdo a su respecto son suficientes para cautelar la libre competencia en los mercados afectados****, todo ello con independencia del tamaño del mercado en el que incide el referido acuerdo*"[21].

Otras veces se incorpora otro criterio a su análisis: determinar si los compromisos y condiciones establecidas en la convención permitirían mejorar las condiciones de competencia actualmente existentes en el mercado[22]. Al respecto, en el acuerdo alcanzado entre la FNE, Storbox e Iron Mountain se estableció lo siguiente:

"*Que, sin perjuicio de que* ***este Tribunal no cuenta con toda la información que sería necesaria para poder determinar si las referidas barreras a la entrada se eliminan*** *completamente con las obligaciones que asumen Iron Mountain Chile S.A. y Storbox S.A. en virtud de dicho instrumento, si es posible afirmar que* ***ese acuerdo extrajudicial permitirá mejorar las condiciones de competencia actualmente existentes en el mercado***

18 Cea Egaña (1999), p. 280
19 Tapia y Cordero (2015), p. 9.
20 Mismo criterio se siguió en AE-8-2014 (Considerando 7); AE-09-2014 (Considerando 10); AE-10-2014 (Considerando 11); AE-11-15 (Considerando 18); AE-18-2020 (Considerando 9); AE-19-2020 (Considerando 9); AE-20-2020 (Considerando 5); AE-21-2021; (Considerando 8); AE-22-2021 (Considerando 10); AE-23-2021 (Considerando 21); AE-24-2022 (Considerando 12); AE-25-2022 (Considerando 7); AE-26-2023 (Considerando 9); AE-27-2023 (Considerando 7); AE-32-2024 (Considerando 21)
21 AE-20-2020. Considerando 9.
22 Mismo criterio se siguió en: AE-7-2013 (Considerando 17); AE-8-2014 (Considerando 7); AE-15-18 (Considerando 5);

de los servicios relacionados con el almacenamiento y administración de archivos físicos, por lo que no existen razones para rechazar, prima facie, el referido acuerdo"[23].

En aún otras ocasiones el TDLC ha resaltado que, al tener tan solo 15 días hábiles para aprobar o rechazar el acuerdo y al no haber una etapa procesal para recabar más antecedentes, se limitará a establecer si las medidas acordadas son suficientes para prevenir eventuales riesgos para la libre competencia[24]. En dicho sentido, en el Acuerdo Extrajudicial celebrado por la FNE y Oben Group estableció lo siguiente:

"*Que, atendido el breve plazo establecido por la ley para aprobar o rechazar un acuerdo extrajudicial y la inexistencia de una etapa procesal que permita recabar más* ***antecedentes*** *que los contenidos en el expediente de investigación de la FNE, es difícil para este Tribunal efectuar un análisis acabado del o de los mercados relevantes y de los efectos para la libre competencia de una operación de concentración como la de autos, y más aun establecer cuáles son las medidas más adecuadas para mitigar o compensar debidamente los riesgos asociados a ella. Por este motivo, el análisis* ***se limitará a establecer si las medidas acordadas por la Fiscalía con Oben Group son suficientes para prevenir eventuales riesgos para la libre competencia***"[25].

En otras instancias, el TDLC ha delimitado aún más su análisis, aprobando o rechazando un AE en base a criterios de suficiencia y proporcionalidad de las medidas para los efectos de prevenir los eventuales riesgos[26]. Ello se da cuenta en la resolución de término del Acuerdo Extrajudicial entre la FNE y Electrolux:

"*Que, atendido el breve plazo establecido por la ley para aprobar o rechazar un acuerdo extrajudicial y la inexistencia de una etapa procesal que permita recabar más antecedentes que los contenidos en el expediente de investigación de la FNE, el análisis de este Tribunal se limitará a* ***establecer si las medidas acordadas por la Fiscalía con Electrolux Chile son suficientes y proporcionales para prevenir los eventuales riesgos para la libre competencia identificados*** *por ese Servicio*"[27].

A partir de la jurisprudencia revisada, se constata que la intervención del TDLC es por esencia una potestad de control, limitándose a observar si las convenciones cumplen con los requisitos que establece la ley: cautelar la libre competencia. Por otro lado, solo puede aprobar o rechazar un acuerdo, sin poder establecer medidas adicionales a las acordadas por la FNE y el agente económico investigado. Es decir, no puede modificar el Acuerdo Extrajudicial[28].

Por lo tanto, su intervención implica una función de control, cuyo objeto es verificar que efectivamente el acuerdo cautele la libre competencia, más no una función de revisión judicial. Por ello, no es posible un examen de los hechos que dieron lugar al AE ni sus efectos en el mercado, lo que configura un control "menos intenso"[29].

Dicho análisis efectuado por el TDLC, a nuestro juicio, sería insuficiente a raíz de los últimos AE que ha conocido, los cuales tendrían como fundamento hechos que a priori afectarían los mercados, al tratarse no de conductas hipotéticas o posibles, sino que conductas que se materializaron y generaron efectos en éstos.

---

23 AE-06-13. Considerando 4.
24 Mismo criterio se siguió en:AE-11-2015 (Considerando14).
25 AE-10-2014. Considerando 10.
26 Mismo criterio se siguió en:AE-13-16 (Considerando 14): AE-16-18 (Considerando 9); AE-20-20 (Considerando 9); AE-23-2021 (Considerando 24); AE-24-2022 (Considerando 17); AE-27-2023 (Considerando 9); AE-29-2023 (Considerando 12); AE-30-2023 (Considerando 12); AE-31-2023 (Considerando 12); AE-32-2024 (Considerando 12)
27 AE-12-2015. Considerando 19.
28 Véase tales conclusiones en: AE-16-2018. (Resolución de fecha 30 de octubre de 2018, Considerando 2); AE-17-2017; AE-18-2020 (Considerando 15); AE-19-20 (Considerando 15); AE-20-20 (Considerando 11); AE-21-21 (Considerando 9); AE-22-2021 (Considerando 10); AE-23-2021 (Considerando 22); AE-24-2022 (Considerando 13); AE-25-2022 (Considerando 7); AE-27-2023 (Considerando 7); AE-28-2023 (Considerando 13); AE-32-2024 (Considerando 11); AE-34-2024 (Considerando 10).
29 Op. cit. Romero (2020), p. 13.

3.2. Frecuencia de aprobación y factores limitantes en el rechazo de Acuerdos Extrajudiciales por el Tribunal

A la fecha de la presente investigación, existe un total de 35 AE conocidos por el Tribunal, de los cuales sólo 2 han sido rechazados[30]. Al respecto, cabe acotar que dentro de este universo existen dos casos que fueron rechazados en un inicio, pero posteriormente fueron aprobados al haber mediado un recurso de reposición que hizo variar lo resuelto[31].

Es cuanto menos llamativo que solo se ha rechazado un 5,7% del total de Acuerdos Extrajudiciales propuestos por la FNE. Lo anterior, creemos, tendría directa relación con la materia tratada *supra*, es decir, la forma en que interviene el Tribunal en la aprobación o rechazo de los Acuerdos Extrajudiciales. Así, al analizar solamente si las medidas cautelan o no la libre competencia, y no los hechos fundantes del Acuerdo Extrajudicial, ni los posibles efectos de las medidas propuestas, se impide al órgano judicial sumergirse al fondo del asunto.

En el mismo sentido, otro factor que explicaría la baja tasa de rechazo de los Acuerdos Extrajudiciales es la limitada información que recibe el Tribunal a la hora de aprobar o rechazar el acuerdo, no contando con información suficiente para pronunciarse definitivamente sobre las medidas propuestas. Así, por ejemplo, en el Acuerdo Extrajudicial celebrado entre la FNE y Storbox e Iron el TDLC sostuvo lo siguiente:

"*Que, sin perjuicio de que este Tribunal no cuenta con toda la información que sería necesaria para poder determinar si las referidas barreras a la entrada se eliminan completamente con las obligaciones que asumen Iron Mountain Chile S.A. y Storbox S.A. en virtud de dicho instrumento, si es posible afirmar que ese acuerdo extrajudicial permitirá mejorar las condiciones de competencia actualmente existentes en el mercado de los servicios relacionados con el almacenamiento y administración de archivos físicos, por lo que no existen razones para rechazar, prima facie, el referido acuerdo*"[32].

Por último, el escaso tiempo que la ley le concede al Tribunal para aprobar o rechazar los Acuerdos Extrajudiciales, esto es, 15 días hábiles, no le permite estudiar profundamente los mercados, las conductas investigadas ni las medidas propuestas. En dicho sentido, la resolución que aprobó el Acuerdo Extrajudicial entre la FNE, Nestlé y Pfizer da cuenta de tal criterio: "*Que* ***en el breve plazo establecido por la ley para aprobar o rechazar un acuerdo extrajudicial, es muy difícil efectuar un análisis acabado*** *del mercado relevante y de los efectos para la libre competencia de una operación de concentración, y más aun establecer cuáles son las condiciones más adecuadas para compensar debidamente sus riesgos (…)*"[33].

3.3. Análisis particular: Acuerdo Extrajudicial entre la FNE y Transbank S.A.

Como se mencionaba, el Tribunal ejerce, por regla general, un mero control formal. Sin perjuicio de ello, pareciera que, en el Acuerdo Extrajudicial entre la FNE y Transbank S.A., el cual fue rechazado, el TDLC se habría extralimitado en su análisis

El Acuerdo Extrajudicial en comento buscaba la implementación de un nuevo sistema tarifario, que buscaba sustituir al Plan de Autorregulación ("PAR") aprobado de manera previa por el Tribunal en la causa C N° 16-04. Lo anterior, con el objetivo de implementar el modelo de cuatro partes en el mercado de medios de pago con tarjetas.

30 AE-3-2011; y, AE-17-2020.
31 AE-25-2022; y, AE-32-2023.
32 AE-06-2013 (Considerando 4).
33 AE-07-2013 (Considerando 10).

Pues bien, el Tribunal determinó que, antes de analizar las medidas contenidas en la convención celebrada entre la FNE y Transbank, debía determinar: "**(i)** *si es posible modificar el PAR y (ii) si dicha modificación puede realizarse en un procedimiento distinto al contencioso en el que fue aprobado*"[34].Respecto al punto (i) concluyó que, a partir de la Resolución N° 53/2018, es posible modificar el PAR siempre y cuando exista un cambio en las circunstancias. Por otro lado, respecto al punto (ii) hizo referencia a la posibilidad de modificar el sistema PAR a través de un procedimiento distinto al contencioso. Sin embargo, al analizar si el procedimiento regulado en el art. 39 letra ñ) es adecuado para la revisión del cambio en las circunstancias que justificaron la aprobación del PAR, concluyó que no es el apto, rechazando el Acuerdo Extrajudicial en comento.

En particular, el Tribunal justificó su decisión en la simplicidad del procedimiento que se estaba llevando a cabo si se lo comparaba con los otros mecanismos mediante los cuales se podría modificar el PAR:

"*De aquí que este procedimiento sea de carácter simplificado, sin forma de juicio, y que sólo contemple la realización de una audiencia al quinto día hábil de recibidos los antecedentes. Asimismo, en marcado contraste con los anteriormente descritos, este procedimiento no permite que el Tribunal pueda recabar o recibir más antecedentes que aquellos expuestos por las partes o interesados en dicha audiencia*"[35].

Así, dada tal simplicidad, el AE "*no permite evaluar en forma rigurosa y profunda si existen nuevas circunstancias de hecho distintas a aquellas imperantes cuando el PAR fue aprobado y, menos aún, si estas nuevas circunstancias ameritan la adopción del nuevo sistema tarifario*"[36].

Por último, se refirió a que, dada la complejidad de la materia del caso, era aún más inviable su conocimiento a través del procedimiento contemplado en el art. 39 letra ñ), aun cuando se hubieran analizado las características del mercado de manera previa a través de la Resolución N° 53/2018, pues dicho procedimiento no permite analizar "*con la debida diligencia, si el nuevo modelo tarifario presentado en el Acuerdo Extrajudicial se ajusta a la normativa de libre competencia en las condiciones actuales que rigen en el mercado*"[37].

El análisis efectuado por el TDLC excede de la mera potestad de control que está llamada a ejercer a través de la resolución que aprueba o rechaza un Acuerdo Extrajudicial. Ahora bien, ello no implica en ningún caso una revisión judicial, pues en ningún momento se pronuncia acerca de los hechos que dieron lugar a la celebración de la convención o al fondo del asunto. Por lo tanto, cabe preguntarse qué análisis efectúa el Tribunal respecto a éste.

A este respecto, creemos que el TDLC efectúa un análisis de idoneidad procesal, pues se refiere solamente a que el procedimiento contemplado en el art. 39 letra ñ) no es idóneo para evaluar el cambio regulatorio propuesto por las partes. Con todo, lo anterior es del todo discutible, pues: (i) el Tribunal no realiza el análisis que está llamado a efectuar según la propia ley y jurisprudencia -según se vio *supra*-, no analizando en ningún momento la suficiencia y proporcionalidad de las medidas contempladas en el acuerdo y si cautelaban o no la libre competencia; y, (ii) pareciera que quien está llamado a cuestionar el medio procesal empleado son los terceros, mas no el tribunal.

Respecto al segundo punto, cabe dar cuenta que a los terceros se les ha otorgado las siguientes garantías: (i) las convenciones solo son eficaces respecto a las partes que las celebran (art. 39 letra ñ) DL 211); y, (ii) se les permite ejercer las acciones que estimen pertinentes en caso de considerar que los hechos asociados

34 AE-2017-2020 (Considerando 3).
35 Ibid, Considerando 9.
36 Ibid, Considerando 10.
37 Ibid. Considerando 12.

al Acuerdo Extrajudicial constituyen una conducta contraria al DL 211. Al respecto, el propio Tribunal en la convención celebrada entre la FNE y Tianqui sostuvo lo siguiente: "*Que la aprobación del presente Acuerdo Extrajudicial* ***no impide que terceros con interés legítimo, que estimarén que los hechos sobre los que versa este acuerdo afectan la libre competencia puedan, presentar las acciones que en su concepto procedan***".[38]

IV. AMPLITUD DE LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES

El art. 39 letra ñ) no distingue la materia ni las conductas susceptibles de ser objeto de un Acuerdo Extrajudicial. Ello va en línea con la naturaleza de la atribución conferida a la FNE, pues, como se mencionó supra, esta es discrecional. En consecuencia, la FNE podría suscribir Acuerdos Extrajudiciales con agentes investigados respecto de todo tipo de conductas anticompetitivas -aunque dista de ser un punto pacífico-, por ejemplo, abusos de posición dominante, colusiones, incumplimientos de sentencias, entre otras[39].

El Tribunal cuando conoció del Acuerdo Extrajudicial entre la FNE, Soprole S.A y Procesadora de Leche del Sur S.A. dio cuenta de que todas las materias y conductas son susceptibles de un Acuerdo Extrajudicial[40] y que la improcedencia de algún acuerdo dependerá netamente del caso concreto, no existiendo un prejuzgamiento por materia o conducta presentada. Así, señaló que:

"*Que el artículo 39 letra ñ) del D. L. N° 211* ***no distingue las materias ni las conductas que investiga la FNE y que son susceptibles de ser objeto de un acuerdo extrajudicial, en línea con las potestades discrecionales que la ley ha conferido a dicho servicio*** *en el inciso primero del mismo artículo. La improcedencia de un acuerdo, desde el punto de vista adjetivo, dependerá entonces del caso concreto que se presente*"[41].

Como se mencionó *supra*, no es un tema pacífico. Al respecto, Reyes, en una columna de opinión respecto de la aprobación del Acuerdo Extrajudicial celebrado entre la FNE y Tianqi, manifestó su disconformidad con el criterio adoptado por el Tribunal, considerando que es "*dudoso que los acuerdos extrajudiciales hayan sido celebrados para solucionar asuntos de alta complejidad e impacto como el que recayó en el mercado del litio. (...) Los acuerdos extrajudiciales no fueron concebidos como un procedimiento de aplicación general para asuntos complejos o de alta gravedad,* ***sino más bien como una especie de salida alternativa para casos de baja lesividad contra el bien jurídico que se protege*** *y que -en virtud del Principio de Oportunidad- pueden resolverse sin necesidad de incoar los procedimientos de lato conocimiento que el DL 211 establece como de aplicación general*"[42].

Por otro lado, también se ha discutido la procedencia de los Acuerdos Extrajudiciales según la naturaleza del asunto, esto es, si aquel es contencioso o no contencioso. Lo anterior, surge a partir del voto de minoría del Ministro Depolo en el AE-03-2011, quien dio cuenta que el procedimiento contemplado en el art. 39 letra ñ) del DL 211 "*no procede cuando la naturaleza de los hechos que los motiven sea no contenciosa, como es el caso de la solicitud que aquí se ha rechazado, al referirse ésta a una operación de concentración*". Sin embargo, dicho criterio se encuentra totalmente superado, siendo numerosos los Acuerdos Extrajudiciales aprobados referidos a materias no contenciosas[43], particularmente aquellas referidas a operaciones de concentración.

Al respecto, creemos que, pese a la evidente laguna legislativa referida a las materias y conductas que son susceptibles de ser objeto de un AE, esta institución no debe implicar una "caja de sastre", es decir, no todas las

38 AE-16-2019 (Considerando 20). Véase también en: AE-34-2024. Considerando 12.
39 Op. cit. Von Chrismar (2020), p. 3.
40 En el mismo sentido, véase en: AE-19-2020; AE-20-2020; AE-21-2020; y, AE-25-2020.
41 AE-22-2021. Considerando 11.
42 Reyes (2018)
43 Véase, por ejemplos los AE-12-15;y AE-18-20.

posibles conductas ni infracciones pueden -ni deben- ser objeto de un Acuerdo Extrajudicial. En particular, la colusión, dada su relevancia para el derecho de competencia y al ser considerada como el ilícito más grave de la disciplina, nunca debería ser objeto de un Acuerdo Extrajudicial. Tal situación se fundamenta en que, a través de un Acuerdo Extrajudicial, la colusión efectuada no recibiría el reproche social que tendría asociada si es que es objeto de un proceso contencioso. En el mismo sentido, tampoco tendría el reproche económico, sino que sólo existiría un pago a beneficio fiscal, más no una multa, es decir, no existiría una sanción; de ello se deriva también que los agentes involucrados en el acuerdo no se les podría aplicar las sanciones contempladas en el art. 26 del DL 211. Esto, sin perjuicio de que, respecto de las colusiones de "bagatela" o "poca monta" podría tener mayor cabida la existencia de AE, toda vez que éstas al tener tal carácter no van asociadas necesariamente los reproches antes mencionados y, el AE sería una forma eficiente de resolver el asunto.

Por otro lado, respecto de las demás conductas y materias, consideramos que los Acuerdos Extrajudiciales son una herramienta de gran valor, pues permiten la desjudicialización y con ello un sistema de competencia más eficiente -dichos argumentos fueron dados supra-, por lo que su procedencia es vital para mantener descongestionado un sistema que día a día recibe nuevos casos.

V. ROL DE LOS CONSUMIDORES EN LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES

Los AE -como se mencionó supra- son celebrados exclusivamente por la FNE y por el o los agentes económicos objeto de investigación. No tienen injerencia o participación en las condiciones del acuerdo ni la forma en que éstos se llevan a cabo otros agentes partícipes del mercado ni tampoco los consumidores potencialmente afectados por las conductas o hechos objeto del AE.

Sin perjuicio de lo anterior, el propio DL en el art. 39 letra ñ) contempla la posibilidad de intervención de aquellos que tengan interés legítimo en el acuerdo respectivo. Esta intervención ocurre cuando se realiza la audiencia pública llevada a efecto ante el Tribunal. En particular la ya mentada norma menciona que: "*El Tribunal tomará conocimiento del acuerdo en una sola audiencia, sin forma de juicio, convocada especialmente al efecto, dentro del quinto día hábil de recibidos los antecedentes, durante la cual podrá escuchar alegatos de las partes comparecientes al acuerdo, así como el parecer de quienes tengan interés legítimo. Se presumirá que tienen interés legítimo el Servicio Nacional del Consumidor y las asociaciones de consumidores establecidas en la ley N°19.496*".

Así, el legislador reconoce y legitima la intervención de los consumidores -a través del Servicio Nacional del Consumidor ("SERNAC") y de Asociaciones de Consumidores ("AC") en el contexto de la audiencia pública llevada a efecto para aprobar o rechazar los Acuerdos Extrajudiciales. Dicho derecho es del todo razonable, toda vez que se trata de un hecho de interés público, cuyo juzgamiento requiere oír a todas las partes[44].

Ahora bien, ¿es suficiente dicha participación para resguardar los intereses de los consumidores? Lo anterior, teniendo en consideración (i) el mero control formal que realiza el Tribunal respecto de los AE -conforme se analizó *supra*- y, (ii) que la única manera de intervenir por parte de los consumidores es a través de ciertos "representantes" que la ley define con anticipación, como lo serían el SERNAC y las AC, los cuales sólo podrían ser oídos en una audiencia pública celebrada ante el Tribunal, el cual encuentra su intervención y facultades totalmente limitadas.

---

44 Al respecto, ARANCIBIA considera que la exclusión de terceros distintos a las partes era "*un error procesal del legislador, pues olvida que se trata de hechos de interés público cuyo juzgamiento - sea por vía de sentencia o de equivalente jurisdiccional - exige oír a todas las partes del proceso. En efecto, estamos en presencia de un litisconsorcio de acciones acusatorias sobre los mismos hechos, en que la cuestión litigiosa es única para todas las partes y, por tanto, la resolución judicial que le pone fin afectará a todas ellas. De ahí que sea necesaria su comparecencia*" (Arancibia (2013), p. 488.

Ante lo recién visto, pareciera que la participación de los consumidores es insuficiente para la protección de sus intereses. Dicha situación es problemática, especialmente en aquellos AE que versan sobre hechos que produjeron efectos anticompetitivos y así lo reconocen las partes[45], generando esto perjuicios a los consumidores. A su vez, sería problemático si, a partir de los compromisos adquiridos por los agentes objeto de investigación, se producen perjuicios a los consumidores.

Lo anterior, podría tener una solución: el proceso de indemnización de perjuicios contenido en el art. 30 del DL 211. Sin embargo, dicha vía se obstaculiza por el sistema seguido en Chile respecto de las acciones indemnizatorias derivadas de conductas anticompetitivas, el sistema "*follow-on actions*". Dicho sistema establece como requisito de procesabilidad de las acciones indemnizatorias la existencia de una sentencia infraccional previa respecto de los hechos que causarían los supuestos perjuicios.[46] En particular, si bien la resolución del Tribunal que aprueba el AE no tendría la naturaleza de sentencia definitiva, sí es un equivalente jurisdiccional. Por esto, los consumidores se verían imposibilitados de sustanciar un procedimiento indemnizatorio en contra de los posibles perjuicios que irrogue un AE.

Pues bien, dicha imposibilidad parecería llevar a concluir que la FNE, a través de los acuerdos que celebra con agentes económicos investigados, priva de manera discrecional y dentro de sus facultades -según se analizó supra-, la procedencia de una acción de indemnización de perjuicios, afectando con ello a los consumidores.

Al respecto, cabe acotar que, como menciona el art 39 letra b), a la FNE le corresponde actuar en representación del "interés general de la colectividad en el orden económico". Leído *a contrario sensu*, se sigue que ella no es representante de intereses privados, los cuales se pueden ver afectados colateralmente por ciertas actuaciones u objetivos seguidos por el ente persecutor. Sin perjuicio de lo anterior, dicho interés que guía las gestiones de la FNE no debería implicar un entorpecimiento o incluso, una absoluta imposibilidad para que aquellos privados puedan ver reflejado sus intereses; en particular, que los consumidores puedan gestar una acción indemnizatoria.

En suma, creemos que la FNE al celebrar estas convenciones actúa dentro de un marco de legalidad, en pos de los intereses que la ley le ha encomendado proteger, pero consideramos que se debe encontrar un mecanismo en que coexistan, por un lado, los intereses de la colectividad definidos por la FNE y, por otro, los intereses de los particulares, definidos por éstos.

45 Véase AE-35-205. Considerando Quinto.
46 Maturana, (2020), p. 7.

CONCLUSIONES

La intervención del Tribunal respecto de los Acuerdos Extrajudiciales presenta una serie de complicaciones y fortalezas. En primer lugar, el TDLC, en el contexto de la aprobación o rechazo de estos acuerdos, ejerce necesariamente un control, y no una revisión judicial. Su foco está en verificar si los Acuerdos Extrajudiciales cumplen con los requisitos legales y si cautelan la libre competencia a través de medidas necesarias y proporcionales, previniendo los riesgos detectados en la etapa investigativa que realiza la FNE.

En segundo lugar, pese a que ha existido un número considerable de Acuerdos Extrajudiciales (35), la tasa de rechazo ha sido significativamente baja, lo que muestra la tendencia del tribunal a aprobarlos. Lo anterior, se explicaría por la forma en que el Tribunal realiza su control; por las limitaciones de tiempo para aprobar o rechazar el acuerdo; y, finalmente, por la falta de información disponible para el Tribunal a la hora de ejercer su función.

En tercer lugar, al existir un vacío normativo respecto de qué materia y conductas son susceptibles de ser alcanzadas por un Acuerdo Extrajudicial, la FNE y el propio Tribunal han entendido que, a falta de mención, todo es susceptible de ser incluido en un Acuerdo Extrajudicial, funcionando como una "caja de sastre". Sin embargo, consideramos que dicha afirmación es cuestionable, en particular respecto de la colusión, por ser la infracción anticompetitiva más lesiva.

En resumen, los AE ofrecen una solución eficiente y rápida, permitiendo la desjudicialización de casos de competencia y con ello una menor carga de trabajo al Tribunal. Sin embargo, consideramos que para cumplir realmente su objetivo de cautelar la libre competencia es necesario robustecer y clarificar las atribuciones, tanto de la FNE como del Tribunal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arancibia, J. (2017). Potestad del Fiscal Nacional Económico para desestimar Previamente o Archivar una Investigación respecto de posibles infracciones al DL 211 de 1973, y para celebrar acuerdos extrajudiciales en materia de fusiones y adquisiciones. Reflexiones Sobre El Derecho De La Libre Competencia: Informes En Derecho Solicitados Por La Fiscalía Nacional Económica (2010 - 2017).

Arancibia, J. (2013). Sobre el acuerdo extrajudicial de la Fiscalía Nacional Económica. Precedente, Cosa Juzgada y Equivalentes Jurisdiccionales en la Litigación Pública. Santiago, Editorial Legal Publishing.

Cea, J. (1999). El Sistema Constitucional en Chile. Síntesis crítica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile.

Colombo, J. (1997). Los Actos Procesales, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile.

Fiscalía Nacional Económica (2013). Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica. Fiscalía Nacional Económica.

Grunberg, J. (2020). Los acuerdos extrajudiciales como atribución de la Fiscalía Nacional Económica para poner término a sus investigaciones acerca de eventuales infracciones a la libre competencia. Revista de Derecho Público N° 92.

Historia de la Ley N° 20.361. Modifica el Decreto con fuerza de Ley Nº1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 4 de Mayo de 2018. Recuperado de http://s.bcn.cl/21hu3

Proto Pisani, A. (2014). La tutela jurisdiccional (G. Priori y C. Delgado, Trads.). Lima: Palestra.

Reyes Cid, C. (15 Noviembre 2018). Los acuerdos extrajudiciales. Soluciones alternativas en libre competencia. *El Mercurio*. Recuperado de https://bit.ly/2WCNLNS

Romero A. (2020). Los acuerdos extrajudiciales en materia de libre competencia como tutela cautelar autónoma. *Revista de Derecho (Coquimbo).*

Tapia, J. y Cordero, L. (2015). La revisión judicial de las decisiones regulatorias: Una mirada institucional. *Estudios Públicos*,

Váldes, D. (2010). Acuerdos Extrajudiciales Antimonopólicos y Principio de Eficiencia. Revista de Derecho Público. Vol. 73.

Von Chrismar, A. (2020). Los Acuerdos Extrajudiciales como herramientas de enforcement: algunas consideraciones. Programa UC Libre Competencia.

RESOLUCIONES:

Acuerdo extrajudicial entre la FNE y SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A, Rol AE N° 4-2011.

Acuerdo extrajudicial entre la FNE con Productos Torre S.A: Ltda. y Fabrica Internacional de lápices y afines Chile Ltda., Rol AE N° 5-2012.

Acuerdo extrajudicial entre FNE, Storbox S.A. y Iron Mountain Chile S.A., Rol AE N° 6-2013.

Acuerdo extrajudicial entre FNE, Nestlé Chile S.A., Nestlé S.A., Pfizer Chile S.A. y Pfizer Inc., Rol AE N° 7-2013.

Acuerdo extrajudicial entre la FNE y Polifusión S.A., Rol AE N° 8-2014.

Acuerdo extrajudicial entre la FNE, Abbott Laboratorios de Chile Ltda, Abbott laboratories, Holdco SpA. y CFR Pharmaceuticals S.A., Rol AE N° 9-2014.

Acuerdo extrajudicial entre Fiscalía Nacional Económica, Oben Holding Group S.A.C, Bopp Chile S.A. y Pack Film Chile SpA., Rol AE N° 10-2014.

Acuerdo extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica, Contitech Chile S.A. y Veyance Technologies Chile Ltda., Rol AE N° 11-2015.

Acuerdo extrajudicial entre FNE y Electrolux Chile S.A., Rol AE N° 12-2015.

Acuerdo extrajudicial entre Fiscalía Nacional Económica, TVN y otros., Rol AE N° 13-2016.

Acuerdo extrajudicial entre FNE y Holchile S.A. e Inversiones Caburga Ltda., Rol AE N° 14-2017.

Acuerdo extrajudicial entre la FNE e International Mainstream Renewable Power Li-mited, Rol AE Nº 15-2018.

Acuerdo extrajudicial entre FNE y Tianqi Lithium Corporation, Rol AE N° 16-2018.

Acuerdo extrajudicial entre FNE y Transbank S.A., Rol AE N° 17-2020.

Acuerdo extrajudicial entre la FNE y Soprole S.A. y otra, Rol AE N° 18-2020.

Acuerdo extrajudicial entre la FNE y Watt´s S.A., Rol AE N° 19-2020.

Acuerdo extrajudicial entre Fiscalía Nacional Económica y Nestlé Chile S.A., Rol AE N° 20-2020.

Acuerdo extrajudicial entre Fiscalía Nacional Económica y Empresa de Transportes Ferroviario S.A., Rol AE N° 21-2020.

Acuerdo extrajudicial entre la FNE, Soprole S.A. y Prolesur S.A., Rol AE N° 22-2021.

Acuerdo extrajudicial entre la FNE y Delta Air Lines, Inc. y otra., Rol AE N° 23-2021.

Acuerdo extrajudicial entre la FNE con Inversiones Lota Green SpA., Rol AE N° 24-2022.

Acuerdo extrajudicial entre FNE, Juan Carlos Zúñiga Haro, Luis Américo Arias Muñoz, María Angélica Vidal Muñoz, Manuel Alejandro Chacano Montiel y Gustavo Eduard Farah Vera., Rol AE N° 25-2022.

Acuerdo extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y Cosemar S.A., Rol AE N° 26-2023.

Acuerdo extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y la Asociación Gremial de Productores de Huevos de Chile, Rol AE N° 27-2023.

Acuerdo extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y Latam Airlines Group S.A., Rol AE N° 28-2023.

Acuerdo extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y Uber Portier Chile SpA, Rol AE N° 29-2023.

Acuerdo extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y Delivery Hero E-Commerce Chile SpA, Rol AE N° 30-2023.

Acuerdo extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y Rappi Chile SpA, Rol AE N° 31-2023.

Acuerdo extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y JJD Comunicaciones Limitada y Empresa de Transacciones Max Fácil S.A., Rol AE N° 32-2024.

Acuerdo extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica, Cencosud S.A., Asesorías Alpa Limitada y Manfred Paulmann Koepfer., Rol AE-34-2024.

Acuerdo Extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y Sociedad de Inversiones, Comercializadora e Inmobiliaria ATB S.A. Rol AE-35-2024.

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:
Diego Montero Molina, "Métodos autocompositivos y Libre Competencia: los Acuerdos Extrajudiciales en la institucionalidad chilena" (julio, 2025),
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