

DOCTRINA

Los acuerdos extrajudiciales como atribución de la Fiscalía Nacional Económica para poner término a sus investigaciones acerca de eventuales infracciones a la libre competencia

The power of the National Economic Prosecution Office to close its investigations regarding eventual anticompetitive infringements through administrative settlements or commitments

Jorge Grunberg Pilowsky 

Universidad de Chile

RESUMEN Este trabajo considera los acuerdos extrajudiciales como una herramienta eficiente con la que cuenta el derecho chileno de la libre competencia para poner término a investigaciones por eventuales infracciones anticompetitivas. En relación con esto, se abordan dos cuestiones relativas a su diseño legislativo. Primero, si el pronunciamiento por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con respecto a los acuerdos extrajudiciales suscritos por la Fiscalía Nacional Económica, corresponde al ejercicio de su potestad jurisdiccional. Segundo, si el procedimiento establecido para la aprobación de los acuerdos extrajudiciales cumple, con respecto a terceros con interés legítimo, con los estándares del debido proceso establecido en la Constitución Política.

PALABRAS CLAVE Acuerdos extrajudiciales, libre competencia, Fiscalía Nacional Económica, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, debido proceso.

ABSTRACT This work studies administrative settlements or commitments as an efficient tool contemplated in Chile's competition/antitrust law to close investigations regarding eventual anticompetitive infringements. Two issues regarding its legislative design are developed. First, whether administrative settlements or commitments reached by the National Economic Prosecution Office are assessed by the Competition Tribunal under its judicial powers. Second, whether the proceeding to approve administrative settlements or commitments complies with standards of due process of law demanded by Chile's Constitution.

KEYWORDS Administrative settlements, commitments, competition, antitrust, National Economic Prosecution Office, Competition Tribunal, due process.

Introducción

El objetivo de este trabajo es analizar el régimen legal relativo a los acuerdos extrajudiciales contemplado en el Decreto Ley 211 de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia. En particular, se abordarán las siguientes cuestiones relativas al diseño institucional y procedimental efectuado por el legislador:

1. Si el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia interviene a título de su potestad jurisdiccional cuando se pronuncia para aprobar o rechazar un acuerdo extrajudicial, al que arriba la Fiscalía Nacional Económica con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones.
2. Si el procedimiento contemplado en el Decreto Ley 211 de 1973, para la aprobación o rechazo de los acuerdos extrajudiciales, cumple con respecto a terceros con interés legítimo con los parámetros exigidos por la Constitución Política en relación con el principio del debido proceso.

El trabajo comenzará por analizar los acuerdos extrajudiciales como un mecanismo a través del cual la Fiscalía Nacional Económica pone término a sus investigaciones por eventuales infracciones a la libre competencia, estudiándose esta herramienta desde la perspectiva del derecho de la competencia de Chile, Estados Unidos y la Unión Europea (sección 2). Posteriormente, se examinará la cuestión relativa a si el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia interviene en el procedimiento establecido en el párrafo 2 de la letra ñ) del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973, a título de su potestad jurisdiccional (sección 3). A continuación, se estudiará la cuestión relativa a si el procedimiento contemplado en el párrafo 2 de la letra ñ) del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973 respeta, con respecto a terceros con interés legítimo, los parámetros exigidos por la Constitución Política en el inciso 6 del artículo 19, número 3, en relación con el principio del debido proceso (sección 4).

La importancia práctica de lo examinado en este trabajo se evidencia en la discusión, seguida recientemente ante el Tribunal Constitucional, en el contexto del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedad de Inversiones Pampa Calichera S.A., Potasios de Chile S.A. e Inversiones *Global Mining* (Chile) Limitada, con respecto al párrafo 2 de la letra ñ) del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973, en los autos caratulados «Acuerdo Extrajudicial entre Fiscalía Nacional Económica y *Tianqi Lithium Corporation*», seguidos ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia bajo el rol AE 16-2018.¹

En su requerimiento, las empresas solicitaron al Tribunal Constitucional declarar inaplicable, por ser supuestamente contrario a la Constitución Política, el párrafo 2 de la letra ñ) del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973, argumentando que la disposición legal no contemplaría los elementos indispensables de un debido proceso con respecto a terceros con interés legítimo.

1. Causa tramitada ante el Tribunal Constitucional bajo el rol INA 5412-2018.

El Tribunal Constitucional declaró inadmisble el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, sobre la base de una respuesta afirmativa a la segunda cuestión objeto de este trabajo, concluyendo que no constaría la forma en que la aplicación de lo dispuesto en el párrafo 2 de la letra ñ) del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973, podría resultar contraria al derecho de los requirentes a un procedimiento racional y justo (Sentencia del Tribunal Constitucional, rol INA 5412-2018, 2018: considerando 25).²

Los acuerdos extrajudiciales en el Decreto Ley 211 de 1973 como una herramienta de solución de problemas asociados a eventuales infracciones anticompetitivas

En el sistema de defensa de la libre competencia chileno, la Fiscalía Nacional Económica es la agencia encargada de instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar la existencia de infracciones anticompetitivas (Decreto Ley 211, 1973: artículo 39, inciso 2, letra a).³

Una vez que la Fiscalía Nacional Económica termina sus investigaciones por eventuales infracciones al Decreto Ley 211 de 1973, puede adoptar alguna de estas decisiones:

1. Archivar la investigación mediante resolución fundada, especialmente debido a que «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» (Fiscalía Nacional Económica, 2013: párrafo 88, romanillo i).⁴

2. «Que, en consecuencia, no aparece precisamente fundado el requerimiento para exponer, circunstanciadamente, cómo la aplicación de lo dispuesto en el artículo 39, letra ñ), inciso 2, resulta o podría resultar contraria al derecho de las requirentes a un procedimiento racional y justo porque han podido actuar, sin limitaciones, conforme al procedimiento previsto en dicho literal —cuya evaluación en abstracto no es procedente efectuar aquí—, el cual les garantiza que el acuerdo extrajudicial sea sometido a aprobación o rechazo ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; les ha permitido formular alegaciones, desarrollar sus argumentos y acompañar documentos; controvertir los planteamientos contrarios y objetar, a su vez, los instrumentos aportados por los demás intervinientes; recurrir de reposición y plantear este requerimiento de inaplicabilidad».

3. El precepto citado establece que «serán atribuciones del fiscal nacional económico: a) instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esta ley, dando noticia de su inicio al afectado».

4. De acuerdo con el mismo «Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica», otras causales que según la Fiscalía Nacional Económica pueden justificar el archivo de una investigación son las siguientes: «ii) cuando no existen antecedentes suficientes en la investigación que permitan fundar una acción ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los tribunales de justicia; iii) cuando existe un pronunciamiento previo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los tribunales de justicia con respecto a la materia; iv) cuando se ha producido un cambio en las circunstancias, de modo que han dejado de observarse efectos contrarios a la libre competencia. Lo anterior, sin perjuicio de los compromisos de los agentes económicos relevantes que puedan considerarse como antecedente y funda-

2. Interponer un requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en caso de «situaciones que pudieren constituir infracciones» anticompetitivas (Decreto Ley 211, 1973: artículo 18, número 1).⁵
3. Presentar una consulta ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en relación con hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse que no constituyan operaciones de concentración, con respecto a los cuales tenga dudas de que «puedan infringir» las disposiciones del Decreto Ley 211 de 1973 (Decreto Ley 211, 1973: artículo 18, número 2).⁶
4. Suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados (Decreto Ley 211, 1973: artículo 39, inciso 2, letra ñ).⁷

En cualquiera de estos casos, es importante considerar que el sistema de defensa de la libre competencia, contemplado en el Decreto Ley 211 de 1973, no consagra un monopolio de la acción en favor de la Fiscalía Nacional Económica. Esto tiene especial importancia en el caso de la decisión de esta última de archivar la investigación y en el caso de la suscripción de acuerdos extrajudiciales. En ambas situaciones, el legítimo interesado podrá valerse de las acciones contempladas en el Decreto Ley 211 de 1973 y poner en ejercicio la potestad jurisdiccional o la potestad consultiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

mento de la decisión; v) cuando existieren razones de eficiencia y eficacia que hagan estimar no procedente perseverar en ella, considerando la naturaleza de la investigación, las personas afectadas por la misma y los efectos en el (los) mercado(s); y vi) cuando, conforme lo establece el artículo 39, inciso 1, del Decreto Ley 211 de 1973, según sus propias apreciaciones, no pareciere proporcional ni justificado en el interés general de la colectividad en el orden económico ni para el resguardo de la libre competencia en los mercados, el perseverar en la investigación» (Fiscalía Nacional Económica, 2013: párrafo 88, romanillos ii a vi).

5. La disposición citada establece la potestad jurisdiccional del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en los siguientes términos: «El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: i) conocer, a solicitud de parte o del fiscal nacional económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley». Como lo dispone el inciso 2 del artículo 20 del Decreto Ley 211 de 1973, «el procedimiento [a través del cual se ejerce la potestad jurisdiccional del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia] podrá iniciarse por requerimiento del fiscal nacional económico o por demanda de algún particular».

6. La norma citada establece la potestad consultiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en los siguientes términos: «El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: ii) conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el título IV, o del fiscal nacional económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos».

7. El precepto citado establece que «serán atribuciones y deberes 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».

Los acuerdos extrajudiciales fueron introducidos en el Decreto Ley 211 de 1973 por la Ley 20.361 de 2009,⁸ y su régimen legal fue modificado por la Ley 20.945 de 2016.⁹ Se trata de una de las atribuciones con la que cuenta la Fiscalía Nacional Económica para poner término a sus investigaciones por eventuales infracciones anticompetitivas y, en el marco de la ley vigente, constituye una opción con la que cuenta la misma fiscalía frente a otras atribuciones, como interponer requerimientos en caso de «situaciones que pudieren constituir infracciones» (Decreto Ley 211, 1973: artículo 18, número 1)¹⁰ anticompetitivas o presentar consultas en relación con hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse que no constituyan operaciones de concentración con respecto a los cuales la Fiscalía Nacional Económica tenga dudas de que «puedan infringir» (Decreto Ley 211, 1973: artículo 18, número 2)¹¹ las disposiciones del Decreto Ley 211.

Los acuerdos extrajudiciales se encuentran consagrados en la letra ñ) del inciso 2 del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973 en los siguientes términos:

Serán atribuciones y deberes 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, 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 19.496. 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 solo procederá el recurso de reposición (Decreto Ley 211, 1973: artículo 39, inciso 2, letra ñ).

8. La letra f) del número 17 del artículo 1 de la Ley 20.361 introdujo en el inciso 2 del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973 la letra ñ) siguiente: «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 solo procederá el recurso de reposición».

9. El romanillo i de la letra g) del número 17 del artículo 1 de la Ley 20.945 introdujo en el párrafo 2 de la letra ñ) del inciso 2 del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973 la siguiente modificación: «i) intercálase en su párrafo 2, entre la oración “partes comparecientes al acuerdo” y el punto seguido, la frase siguiente: “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 19.496”».

10. En este número del artículo 18 del Decreto Ley 211 de 1973, se establece la potestad jurisdiccional del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

11. A su vez, en este número del artículo 18 del Decreto Ley 211 de 1973, se establece la potestad consultiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Como consta en la *Historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.361*, con la herramienta de los acuerdos extrajudiciales se «pretendía desjudicializar algunos casos de competencia» (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009: 104), evitándose que la Fiscalía Nacional Económica tuviera como únicas opciones para poner término a sus investigaciones el interponer un requerimiento o presentar una consulta, teniendo que poner en movimiento la potestad jurisdiccional del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, establecida en el número 1 del artículo 18 del Decreto Ley 211 de 1973, o la potestad consultiva del mismo tribunal, establecida en el número 2 del artículo 18 del Decreto Ley 211 de 1973 respectivamente. Estas últimas dos opciones con las que cuenta la Fiscalía Nacional Económica para comparecer ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, requieren de ella un relevante despliegue de recursos humanos y económicos, e implican discusiones de alta complejidad, que pueden tomar extensos períodos de tiempo. A su vez, también generan importantes costos para los investigados, que deben comparecer ante el mencionado tribunal para hacer valer sus derechos y un estado de incertidumbre, que permanecerá durante el tiempo en que se extiendan los correspondientes procedimientos.

Los acuerdos extrajudiciales contribuyen a la eficiencia del sistema de defensa de la libre competencia por una doble razón. Por una parte, como se sostuvo en la *Historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.361*, porque «aumentan la rapidez de la intervención del sistema» (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009: 175) y, por otra, por cuanto propician optimizar el uso de los recursos asociados a investigar y remediar conductas anticompetitivas (Valdés, 2010: 235).¹²

La decisión del legislador de dotar a la Fiscalía Nacional Económica de la atribución de suscribir acuerdos extrajudiciales para ponerle fin a sus investigaciones también tuvo como sustento, en el marco de la discusión legislativa, seguir el modelo contemplado en el Código Procesal Penal a propósito de la suspensión condicional del procedimiento (Horvitz y López, 2002: 552)¹³ y los acuerdos reparatorios (Horvitz y López, 2002: 568-569).¹⁴ Según lo explicaron los representantes del Ejecutivo, el objetivo de

12. Valdés señala que «los recursos del sistema antimonopólico son escasos y la Fiscalía Nacional Económica tiene el deber de emplearlos con miras a la mayor eficiencia combinando el mínimo insumo de costos posible con la mayor velocidad en la solución de dudas o conflictos vinculados a la libre competencia».

13. La suspensión condicional del procedimiento se encuentra regulada en el párrafo 6 del título I del Libro Segundo del Código Procesal Penal. Horvitz y López (2002) la han definido como «un mecanismo procesal que permite a los fiscales del Ministerio Público, con el acuerdo del imputado y con la aprobación del juez de garantía, dar término anticipado al procedimiento cuando se cumplen ciertos requisitos previstos en la ley y se satisfacen determinadas condiciones fijadas por el juez, que permiten suponer que el imputado no volverá a ser imputado de un delito».

14. Los acuerdos reparatorios se encuentran regulados en el párrafo 6 del título I del Libro Segundo del Código Procesal Penal. Horvitz y López (2002) los han definido como «un acuerdo entre imputado y víctima, en que el primero repara de algún modo que resulte satisfactorio para la segunda las consecuencias dañosas del hecho que se persigue penalmente y que, aprobado por el juez de garantía, produce como consecuencia la extinción de la acción penal».

la norma era «permitir llegar a acuerdos extrajudiciales en términos similares a las soluciones alternativas a las que puede llegar el Ministerio Público, contando siempre con autorización del Tribunal» (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009: 104).

Asimismo, es importante destacar que la herramienta de los acuerdos extrajudiciales es un lugar común en el contexto de las jurisdicciones más destacadas en materia de libre competencia, lo que la doctrina denomina como «acuerdos administrativos» (*administrative settlements*),¹⁵ referidos a:

Situaciones en las cuales el regulador tiene razonables fundamentos para sospechar que ha ocurrido una contravención (o puede ocurrir en el futuro), pero acuerda no proceder con una acción de cumplimiento de la ley más severa en razón del acuerdo con el sospechoso de actuar, o abstenerse de actuar, de una manera específica (Yeung, 2004: 155-156).¹⁶

Este tipo de acuerdos se insertan en lo que en el derecho estadounidense Crane ha denominado como el «modelo administrativo del derecho de la competencia», que en general es operado por agencias, por oposición al «modelo de adjudicación del derecho de la competencia», que es operado por los tribunales. Como expresa el mismo Crane (2011: 103):

El modelo administrativo del derecho de la competencia se caracteriza por un énfasis en la solución del problema en lugar de asignar culpa por la violación de una norma [y] está dirigido hacia soluciones informales y acuerdos negociados en lugar de adjudicación formal o generación de normas generales.¹⁷

Cabe precisar que, en el derecho chileno de la competencia, no solo los acuerdos extrajudiciales participan de este modelo administrativo, sino también el control preventivo y obligatorio de operaciones de concentración establecido en el título IV del Decreto Ley 211 de 1973, denominado «De las Operaciones de Concentración».

Como bien explican Faull y Nikpay (2014: 131) desde el derecho europeo, la gran ventaja de una herramienta como los acuerdos extrajudiciales en materia de protección de la libre competencia, se traduce en que considera que «en el caso individual puede ser más importante poner fin a un problema de competencia más rápidamente a través de imponer remedios obligatorios, efectivos y posibles de hacer cumplir, que por me-

15. En la doctrina comparada, véase Yeung (2004: 155-156). En la doctrina nacional, véase Romero Guzmán (2014: 196 y ss.), quien en su análisis sigue la obra de Yeung.

16. En el original: «The term [administrative settlement] will be confined to situations in which the regulator has reasonable grounds for suspecting that a contravention has occurred (or may occur in future), but agrees not to proceed with more severe enforcement action in return for the suspect's agreement to act, or to forbear from acting, in a specified manner». Las traducciones son nuestras.

17. En el original: «The administrative model of antitrust is characterized by an emphasis on problem solving rather than assigning blame for norm violation. [...] It is geared toward informal solutions and negotiated agreements rather than formal adjudication or rule making».

dio de la imposición de una multa».¹⁸ En el mismo sentido, Whish y Bailey (2018: 264) plantean que «no cualquier caso necesita terminar con una decisión que establezca una infracción. Una autoridad de competencia debe decidir cómo hacer el mejor uso de los limitados recursos disponibles con que cuenta».¹⁹

En relación con un eventual límite al ámbito de aplicación de los acuerdos extrajudiciales, Romero (2014: 209) expresa que deberían descartarse por la Fiscalía Nacional Económica en casos de infracciones anticompetitivas claras y serias:

Dada la tensión que pueden generar los acuerdos administrativos como estrategia de *enforcement*, conviene tener presente que estos deberían descartarse en casos de claras y serias infracciones donde existen fuertes indicios e, incluso, pruebas irrefutables de quebrantamiento a la ley. En situaciones como la señalada, las agencias de competencia estarían arriesgando demasiado la obtención de un eventual efecto disuasivo a cambio de ahorros administrativos por la terminación temprana de casos.²⁰

La decisión del legislador de dotar a la Fiscalía Nacional Económica de esta atribución permitió situar al sistema chileno de defensa de la libre competencia a la par de sus símiles con vasta tradición en la materia, como Estados Unidos y la Unión Europea.

En los Estados Unidos, las dos agencias encargadas de la protección de la libre competencia —la División Antitrust del Departamento de Justicia (en adelante, División Antitrust del DOJ) y la Comisión Federal del Comercio (en adelante, FTC) — cuentan con atribuciones similares a la que tiene la Fiscalía Nacional Económica para llegar a acuerdos con los sujetos investigados. En el caso de la División Antitrust del DOJ, los acuerdos extrajudiciales (*consent decree*) constituyen el «mecanismo más común para resolver los casos de libre competencia» (American Bar Association Section of Antitrust Law, 2017: 696),²¹ resaltándose entre sus ventajas el ser considerablemente menos

18. En el original: «In the individual case it may be more important to bring an end to a competition problem more speedily by imposing binding, effective, and enforceable remedies than to impose a fine».

19. En el original: «Not every case needs to end with an infringement decision. A competition authority must decide how to make the best use of the limited resources available to it».

20. Wils (2008: 30) se expresa en esa misma línea, pero desde otro punto de vista, en el contexto del derecho europeo: «Optimally, commitment decisions should thus be used instead of infringement decisions (only) in those cases where the benefit in terms of an earlier termination of the infringement and the saving of the cost of longer proceedings outweigh the benefit of the other contributions to the enforcement of articles 101 and 102 EC which infringement decisions could make, in terms of clarification of the law, public censure, deterrence, disgorgement of illicit gains and punishment, and facilitation of follow-on actions for compensation». Traducción del autor: «De forma óptima, las decisiones de compromisos deberían usarse en lugar de las decisiones de infracción (solo) en aquellos casos en que el beneficio relativo a la terminación anticipada de la infracción y al ahorro del costo de procedimientos más largos supere al beneficio que las decisiones de infracción podrían producir al enforcement de los artículos 101 y 102 del Tratado de la Unión Europea, en términos de clarificación de la ley, reprobación pública, disuasión, devolución de ganancias ilícitas y facilitación de acciones indemnizatorias subsecuentes».

21. Como señala la American Bar Association en el extracto citado: «Settlement by consent decree is the Antitrust Division's most common method of resolving antitrust claims».

caros que llevar los casos a juicio y el hecho de que permiten evitar los riesgos e incertidumbres inherentes a un juicio (American Bar Association Section of Antitrust Law, 2017: 696).²² Para perfeccionar dichos acuerdos, la División Antitrust del DOJ debe someterlos a aprobación de un tribunal ordinario, que solo se pronuncia si el acuerdo es o no satisfactorio desde una perspectiva de interés público, pero no emite juicio alguno con respecto a las medidas acordadas por la División Antitrust del DOJ y los investigados (American Bar Association Section of Antitrust Law, 2017: 700).²³ Mientras, en el caso de la FTC, los acuerdos solo son sometidos a un proceso de aprobación al interior de la agencia sin necesidad de pasar por los tribunales (American Bar Association Section of Antitrust Law, 2017: 673-674).²⁴

En la Unión Europea, la Comisión Europea también cuenta con atribuciones parecidas a las que tiene la Fiscalía Nacional Económica para arribar a acuerdos con los agentes económicos investigados. El artículo 9 del Reglamento 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del

22. En el original: «Accepting consent decrees is considerably less expensive than taking all cases to trial. Defendants similarly avoid the expense and inconvenience of trial by resolving claims in this manner. Both parties are thus able to avoid the risks and uncertainty of trial». Traducción del autor: «Aceptar acuerdos extrajudiciales es considerablemente menos costoso que llevar todos los casos a juicio. De manera similar, los demandados evitan los gastos y la inconveniencia del litigio solucionando las demandas de este modo. Ambas partes pueden de esta manera evitar los riesgos y la incertidumbre del juicio».

23. En el original: «A court cannot reject a decree because other remedies might be preferable to those the government found to be satisfactory». Traducción del autor: «Un tribunal no puede rechazar un acuerdo extrajudicial porque otros remedios podrían ser preferibles que aquellos que el gobierno consideró satisfactorios».

24. En el original: «The process by which the FTC settles cases is set forth in the FTC Rules of Practices. The staff negotiates settlements with oversight of senior management and sometimes with input from Commissioners. If agreement is reached between the parties and the staff, both will execute an Agreement Containing Consent Order (ACCO). The specific provisions of the settlement are incorporated into a consent order. Under the FTC standard requirements, the parties waive all rights to seek judicial review of the consent order and acknowledge that FTC can enforce the final order. [...] The Commission has the option of voting to issue the proposed consent order as a final FTC order, to reject the settlement, to instruct the staff to negotiate changes to the proposed order, to close the matter without taking enforcement action, or to begin administrative litigation with the parties. In practice, nearly all proposed consent orders become final as originally negotiated except for minor clerical corrections». Traducción del autor: «El proceso por el cual la FTC arriba a acuerdos en casos se establece en las Reglas de Prácticas de la FTC. El staff negocia acuerdos con la supervisión de la alta dirección y, a veces, con la opinión de los Comisionados. Si se alcanza un acuerdo entre las partes y el staff, ambos celebrarán un Acuerdo que Contenga una Orden Acordada (ACCO). Las disposiciones específicas del acuerdo se incorporan a una orden acordada. Según los requerimientos estándar de la FTC, las partes renuncian a todo derecho de solicitar una revisión judicial de la orden acordada y reconocen que la FTC puede hacer cumplir la orden final. [...] La Comisión tiene la opción de votar para emitir la orden acordada propuesta como una orden final de la FTC, así como rechazar el acuerdo, instruir al staff a negociar cambios a la orden propuesta, cerrar el caso sin tomar medidas de enforcement, o iniciar litigios administrativos con las partes. En la práctica, casi todas las órdenes acordadas propuestas se vuelven definitivas tal como se negociaron originalmente, exceptuando correcciones administrativas menores».

Tratado denominado «Compromisos»,²⁵ establece la posibilidad de que las empresas interesadas le propongan a la Comisión Europea compromisos que respondan a las inquietudes que esta les haya manifestado en su análisis preliminar. Ante la propuesta de compromisos, la Comisión podrá, mediante una decisión, convertir dichos compromisos en obligatorios para las empresas. La decisión no establecerá formalmente que las conductas investigadas constituyen una infracción anticompetitiva, sino que simplemente constatará que, debido a los compromisos ofrecidos por las partes, ya no concurren fundamentos para intervenir desde una perspectiva sancionatoria (Ibáñez Colomo, 2018: 70-71).²⁶ Como señalan Faull y Nikpay (2014: 128), «las decisiones relativas a compromisos han pasado a formar una parte clave de las prácticas de *enforcement* de la Comisión y son regularmente utilizadas». ²⁷ Entre las ventajas de este mecanismo, se mencionan su certeza jurídica, la posibilidad de evitar por parte de la Comisión el uso de recursos innecesarios, y el atractivo que tiene para los investigados el evitar la condena formal por una infracción y consecuencias, como la imposición de multas o el riesgo reputacional aparejado (Faull y Nikpay, 2014: 130). Para los efectos de la aprobación de los compromisos, basta la decisión de la Comisión Europea y no es necesario el concurso de un tribunal. No obstante, los terceros con interés legítimo que resulten afectados pueden ejercer acciones en contra de la decisión que aprueba los compromisos con el fin de hacer valer sus derechos (Faull y Nikpay, 2014: 135).²⁸

25. Este artículo establece que «1. cuando la Comisión se disponga a adoptar una decisión que ordene la cesación de la infracción y las empresas interesadas propongan compromisos que respondan a las inquietudes que les haya manifestado la Comisión en su análisis preliminar, esta podrá, mediante decisión, convertir dichos compromisos en obligatorios para las empresas. La decisión podrá ser adoptada por un período de tiempo determinado y en ella constará que ya no hay motivos para la intervención de la Comisión; 2. La Comisión, previa solicitud o por iniciativa propia, podrá reabrir el procedimiento: a) si se produce la modificación de la situación de hecho con respecto a un elemento esencial de la decisión; b) si resulta que las empresas afectadas no cumplen sus compromisos; o c) si resulta que la decisión se basó en informaciones incompletas, inexactas o engañosas facilitadas por las partes».

26. En el original: «Negotiated outcomes can be achieved by means of a commitment decision. As already explained, these instruments do not formally establish that the behaviour under examination amounts to an infringement of EU competition law. They simply provide that, following the concessions offered by the parties, there are no longer grounds for it to intervene». Traducción del autor: «Resultados negociados pueden lograrse mediante una decisión de compromiso. Como ya se ha explicado, estos instrumentos no establecen formalmente que el comportamiento bajo examen constituya una infracción al derecho europeo de la competencia. Simplemente disponen que, con motivo de las concesiones ofrecidas por las partes, no concurren fundamentos para que se intervenga».

27. En el original: «Commitment decisions have come to form a key part of the Commission's enforcement practice and are regularly used».

28. En el original: «As regards third parties, the Court of Justice has expressly held that it is permissible for a third-party undertaking which considers itself to be affected by a decision taken under article 7 or 9 of Regulation 1/2003 to protect its rights by bringing an action against that decision». Traducción del autor: «En lo que respecta a terceros, el Tribunal de Justicia ha sostenido expresamente que está permitido que un agente económico que tenga la calidad de tercero y que se considere afectado por una decisión tomada

El diseño institucional contemplado en Chile para los acuerdos extrajudiciales en la letra ñ) del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973, determina que la Fiscalía Nacional Económica negocia y suscribe los acuerdos extrajudiciales con sus investigados, para luego proceder a presentar los acuerdos ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con el fin de que este tome conocimiento de ellos y proceda a pronunciarse sobre su aprobación o rechazo.

Como explica Romero (2014: 224), en el sistema chileno, la intervención del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia «se explica por su particular diseño institucional».²⁹ Es que a diferencia de otras jurisdicciones, en que una misma agencia reúne las funciones investigativas y sancionatorias, Chile cuenta con un sistema bifurcado (Agüero y Montt, 2013: 153), en el cual la Fiscalía Nacional Económica reúne las funciones de investigar y acusar eventuales conductas anticompetitivas, mientras que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es quien tiene a su cargo la resolución de las acusaciones presentadas por la fiscalía mencionada.

En otras palabras, el diseño se inspira en el hecho de que la Fiscalía Nacional Económica es la agencia que investiga el funcionamiento diario de los mercados y, por ello, es quien está en mejor posición de acordar con sus investigados los derechos y obligaciones contenidos en el acuerdo extrajudicial que remediarán los riesgos anticompetitivos detectados por la Fiscalía en su investigación.

Por otra parte, la intervención del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tiene por objeto visar o dar su visto bueno a lo acordado entre la Fiscalía Nacional Económica y los investigados, de modo que el acuerdo resulte idóneo para cautelar la libre competencia,³⁰ sirviendo de contrapeso al actuar de la Fiscalía Nacional Económica y evitando que esta incurra en decisiones arbitrarias o negligentes que afecten el bien jurídico protegido por el Decreto Ley 211 de 1973. En otras palabras, como ha sostenido el propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Resolución de término en causa rol AE 16-18 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2018: considerando 2),³¹ este «ejerce una mera función de control, cuyo objeto es verificar que efectivamente el acuerdo cautele la libre competencia». De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2 de la letra ñ) del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973, el Tribunal de Defensa de la Libre

en virtud del artículo 7 o 9 del Reglamento 1/2003, proteja sus derechos mediante la presentación de una acción en contra de esa decisión».

29. En el original: «Se constata que la participación de un ente judicial en la autorización o aprobación de un acuerdo solo es requerida en Chile, lo cual se explica por su particular sistema institucional».

30. La letra ñ) del inciso 2 del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973 establece que los acuerdos extrajudiciales se suscriben «con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados».

31. Resolución de término dictada el 30 de octubre de 2018, en causa caratulada «Acuerdo Extrajudicial suscrito entre la FNE y *Tianqi Lithium Corporation*». El considerando citado señala que «en relación con los acuerdos extrajudiciales, al igual que como ocurre con respecto a las atribuciones de la FNE reguladas, por ejemplo, en el artículo 39 letras a) inciso 5, f) y n), este Tribunal ejerce una mera función de control, cuyo objeto es verificar que efectivamente el acuerdo cautele la libre competencia».

Competencia solo puede limitarse a aprobar o rechazar el acuerdo que se somete a su conocimiento, sin poder modificarlo de manera alguna.³²

En la *Historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.945*, el fiscal nacional económico explicó de forma precisa el diseño institucional establecido en el Decreto Ley 211 de 1973 para el conocimiento de los acuerdos extrajudiciales:

El Fiscal Nacional Económico advirtió que la Fiscalía Nacional Económica no tiene el monopolio de la acción ante el TDLC, por lo que los acuerdos extrajudiciales que ella propone celebrar son meras opiniones suyas y de las partes involucradas, que requieren aprobación del tribunal, el cual se encarga siempre de darles su visto bueno dejando a salvo los derechos de terceros (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2016: 95).

A partir de lo resuelto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su jurisprudencia sobre acuerdos extrajudiciales, es posible constatar que al pronunciarse acerca de si el acuerdo extrajudicial tiene o no por objeto cautelar la libre competencia en los mercados, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia evalúa si la investigación y análisis llevados a cabo por la Fiscalía Nacional Económica cumplieron con los parámetros y exigencias propias para la evaluación de la conducta objeto de la investigación (Resolución de término en causa rol AE 14-17 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2017: considerando 14),³³ si las medidas acordadas son suficientes y proporcionales para prevenir los eventuales riesgos para la libre competencia identificados por la Fiscalía Nacional Económica en su investigación (Resolución en causa rol AE 16-18 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2018: considerando 9;³⁴ Resolución de término en causa rol AE 13-16 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2016: considerando 14;³⁵ Resolución de término en causa rol AE 12-15

32. En el mismo sentido, Valdés (2010: 23) señala que «cabe observar que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia carece de atribuciones para modificar un acuerdo extrajudicial que se le presenta a su examen, puesto que el artículo 39, letra ñ), inciso 2, del Decreto Ley 211, solo le permite realizar el control descrito por dicha disposición, esto es, aprobar o rechazar».

33. Resolución de término dictada con fecha 29 de junio de 2017 en causa caratulada «Acuerdo Extrajudicial suscrito entre FNE y Holchile S.A. e Inversiones Caburga Limitada». El considerando citado señala que «atendido el breve plazo establecido por la ley para aprobar o rechazar un acuerdo extrajudicial, el estudio del Acuerdo Extrajudicial por parte de este Tribunal tiene por objeto comprobar si la investigación y análisis realizados por la FNE que le sirvieron de fundamento, cumplieron con los parámetros y exigencias propios para la evaluación de una operación de concentración».

34. Resolución dictada el 4 de octubre de 2018, en causa caratulada «Acuerdo Extrajudicial suscrito entre la FNE y *Tianqi Lithium Corporation*». El considerando citado señala que «como se ha resuelto por la jurisprudencia en esta sede, el estudio de un acuerdo extrajudicial por este Tribunal tiene por objeto establecer si las medidas acordadas son suficientes y proporcionales para prevenir los eventuales riesgos para la libre competencia identificados por la FNE».

35. Resolución de término dictada el 28 de enero de 2016, en causa caratulada «Acuerdo Extrajudicial suscrito entre la Fiscalía Nacional Económica, Televisión Nacional de Chile, Canal Dos S.A., Compañía

del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2018: considerando 19),³⁶ o bien, si el acuerdo permitirá mejorar las condiciones de competencia existentes en el mercado (Resolución de término en causa rol AE 06-13 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2013: considerando 4;³⁷ Resolución de término en causa rol AE 08-14 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2014: considerando 7).³⁸

Cuestión 1: Cuando el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se pronuncia para aprobar o rechazar un acuerdo extrajudicial al que arriba la Fiscalía Nacional Económica con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, ¿interviene a título de su potestad jurisdiccional?

Como se ha señalado, para los efectos de la aprobación o rechazo de un acuerdo extrajudicial, el legislador, en el párrafo 2 de la letra ñ) del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973, ha requerido que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tome conocimiento del referido acuerdo.

En esta sección, abordaremos la cuestión de si el Tribunal de Defensa de la Libre

Chilena de Televisión S.A., Red de Televisión Chilevisión S.A., Red Televisiva Megavisión S.A. y Canal 13 S.A.». El considerando citado señala 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 los canales son suficientes y proporcionales para prevenir los eventuales riesgos para la libre competencia identificados por ese Servicio».

36. Resolución de término dictada el 16 de septiembre de 2015, en causa caratulada «Acuerdo Extrajudicial suscrito entre la Fiscalía Nacional Económica y Electrolux Chile S.A.». El considerando citado señala 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».

37. Resolución de término dictada el 9 de abril de 2013, en causa caratulada «Acuerdo Extrajudicial suscrito entre la Fiscalía Nacional Económica, Storbox S.A. y Iron Mountain Chile S.A.». El considerando citado señala 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, sí 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».

38. Resolución de término dictada el 5 de agosto de 2014, en causa caratulada «Acuerdo Extrajudicial suscrito entre la Fiscalía Nacional Económica y Polifusión S.A.». El considerando citado señala que «a juicio de este Tribunal, las obligaciones asumidas en virtud del acuerdo extrajudicial permitirían cautelar la libre competencia, mejorando las condiciones de acceso al mercado, y se encuentran en línea con decisiones previas de este Tribunal, como aquella que se pronunció favorablemente con respecto a la propuesta de acuerdo conciliatorio presentado por las partes en los autos caratulados, “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de CCU S.A. y otra” (rol Acumulados C 263-13)».

Competencia, al pronunciarse para aprobar o rechazar un acuerdo extrajudicial, interviene o no a título de su potestad jurisdiccional.

La potestad jurisdiccional del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se encuentra establecida en los siguientes términos:

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

1) Conocer, a solicitud de parte o del fiscal nacional económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley (Decreto Ley 211, 1973: artículo 18, número 1).³⁹

Desde el derecho procesal, Colombo (1991: 41) ha definido a la jurisdicción del siguiente modo:

Es el poder deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir.

En el ámbito del derecho de la competencia, Velozo y González (2011: 22) se han referido a la potestad jurisdiccional del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia:

Parte muy sustantiva de su labor [del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia] es efectivamente jurisdiccional, pues consiste en resolver conflictos externos de relevancia jurídica. En este ámbito, según el artículo 18 número 1 del mencionado Decreto Ley 211, debe «conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley». Específicamente, le corresponde conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, respecto de hechos, actos o convenciones, realizados por agentes económicos particulares o por el propio Estado —actuando ya sea como autoridad pública o como agente de mercado—, que puedan constituir infracciones a las normas prohibitivas contenidas en la legislación de defensa de la libre competencia, en el marco del *ius puniendi* estatal y con pleno respeto del debido proceso.

Por su parte, también desde el derecho de la competencia, Valdés (2006: 589-590) ha puesto de relieve el hecho de que la potestad jurisdiccional constituye la esencia del quehacer del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y que su ejercicio tiene por causa un conflicto intersubjetivo, de la siguiente forma:

Las potestades jurisdiccionales son aquellas que permiten decir el derecho, el *Ius* o lo justo del caso particular, causa del conflicto intersubjetivo. La titularidad de estas po-

39. Comentando esta norma, Valdés (2006: 594) explica que «si bien la descripción contenida en la disposición transcrita no es completa, en el sentido de que no da cuenta de los tres momentos jurisdiccionales: conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado, no cabe duda de que ese es el sentido del precepto».

testades constituye la esencia de lo que es un tribunal y este debe ser, además, idóneo, lo que se garantiza con la especialidad y la imparcialidad.

Como puede apreciarse en las definiciones citadas, las notas más características de la potestad jurisdiccional del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia son la existencia de un conflicto de relevancia jurídica que se somete a la decisión del tribunal, y el hecho que de la sentencia definitiva emana el efecto de cosa juzgada.

Con respecto a la existencia de un conflicto de relevancia jurídica como un elemento de la esencia de la potestad jurisdiccional del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Valdés (2006: 593) ha sostenido que:

Estos conflictos intersubjetivos podrán tener como parte pasiva a una autoridad pública, a una persona jurídica u organismo de Derecho público, o bien a una persona jurídica de Derecho privado, o, por último, a una persona natural y, como parte activa, a la Fiscalía Nacional Económica (a través de un requerimiento), o bien a cualquiera de las anteriores por una demanda.

Por otro lado, acerca del efecto de cosa juzgada como nota distintiva asociada a la potestad jurisdiccional del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Valdés (2006: 693) ha expresado que «la cosa juzgada en el ámbito judicial antimonopólico sigue la regla general: solo se produce una vez que las sentencias se hallan firmes o ejecutoriadas».

En relación con el primer elemento característico de la potestad jurisdiccional es decir, la existencia de un conflicto de relevancia jurídica entre partes, cabe constatar que este no concurre en el caso del procedimiento de conocimiento de un acuerdo extrajudicial por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para los efectos de su aprobación o rechazo.

Al alcanzarse un acuerdo entre la Fiscalía Nacional Económica y los agentes económicos investigados, cualquier conflicto eventual en materia de libre competencia se soluciona por la vía autocompositiva. La Fiscalía Nacional Económica, en su calidad de representante del interés general de la colectividad en el orden económico, autorizado por el legislador, llega a un consenso con los investigados en relación con la forma de resolver una eventual infracción al Decreto Ley 211 de 1973. De esta manera, al momento de solicitarse al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia su pronunciamiento para los efectos de la aprobación o rechazo del acuerdo extrajudicial, el eventual conflicto ya se encuentra resuelto. Esto gatilla que la intervención del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, para aprobar o rechazar un acuerdo extrajudicial, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 de la letra ñ) del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973, no supone el ejercicio de su potestad jurisdiccional, ya que no tiene por objeto conocer y resolver un conflicto de relevancia jurídica entre partes (Colombo, 1991: 26).⁴⁰

40. Como señala Colombo (1991): «La actividad jurisdiccional no se ejerce sin finalidad; no se juzga en abstracto, sino que se juzga porque frente a quien debe hacerlo está planteada, como objeto concreto

Con respecto al segundo elemento de la esencia de la potestad jurisdiccional, es decir, la generación del efecto de cosa juzgada asociado a la sentencia definitiva o a un equivalente jurisdiccional, también cabe constatar que este no concurre en el caso del procedimiento de conocimiento de un acuerdo extrajudicial por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para los efectos de su aprobación o rechazo, del modo en que opera en los casos en que el mismo tribunal ha dictado una sentencia a raíz de un requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica o se ha alcanzado un acuerdo conciliatorio entre esta última y una parte requerida.

Sobre los acuerdos extrajudiciales y, en particular, la resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que los aprueba, puede sostenerse que se encuentran restringidos en relación con la denominada función negativa de la cosa juzgada —consistente en la imposibilidad de volver a discutir sobre el mismo asunto (Liebman, 1946: 76)⁴¹— o, más precisamente, esta se encuentra estrictamente limitada a las partes que comparecieron al acuerdo —la Fiscalía Nacional Económica y los agentes económicos investigados— y no alcanza a terceros. En otras palabras, en el ámbito de los acuerdos extrajudiciales solo tiene lugar una eficacia relativa y no una de carácter *erga omnes*.

De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2 de la letra ñ) del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973, las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que se pronuncian sobre la aprobación o rechazo del acuerdo extrajudicial «una vez ejecutoriadas, serán vinculantes para las partes que comparecieron al acuerdo».

En ese contexto, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en sus resoluciones en que aprueba acuerdos extrajudiciales, siempre inserta como cláusula de estilo el siguiente texto, que deja a salvo la posibilidad de que terceros con interés legítimo, que consideraren que los hechos asociados al acuerdo constituyen una eventual infracción anticompetitiva, ejerzan las acciones que estimen pertinentes:

Que la aprobación del presente Acuerdo Extrajudicial no impide que terceros con interés legítimo, que estimaren que los hechos sobre los que versa este acuerdo afectan la libre competencia, puedan presentar las acciones que en su concepto procedan (Resolución en causa rol AE 16-18 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2018: considerando 20).⁴²

En relación con este punto, es relevante recordar que durante la tramitación de la Ley 20.945 se intentó dotar a los acuerdos extrajudiciales de eficacia con respecto a terceros. En ese contexto, el mensaje del Ejecutivo expresó lo siguiente:

del juicio, una controversia a dirimir, un litigio a resolver, una demanda a rechazar, un tema a indagar. El juez está llamado a dirimir el conflicto, colocándose frente a las partes como un tercero imparcial que lo examina y resuelve».

41. Desde el derecho procesal, Liebman (1946) se refiere a la función negativa de la cosa juzgada en los siguientes términos: «Impedir todo juicio diferente que contradiga o se oponga a los efectos producidos por la anterior sentencia».

42. Este texto, o uno muy similar, puede constatarse en todas las anteriores resoluciones en las cuales el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha aprobado acuerdos extrajudiciales.

f. Eficacia de los acuerdos extrajudiciales respecto de terceros.

La Ley 20.361 le otorgó a la FNE la facultad de suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados.

Esta herramienta ha sido crecientemente utilizada por la FNE y ha probado ser un medio eficaz para proveer al sistema de un mecanismo de solución alternativo a la litigación, que permite rápidamente prevenir y corregir los efectos anticompetitivos de una conducta investigada.

Sin embargo, el párrafo 2 del literal ñ) del artículo 39 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, ha limitado su eficacia únicamente a las partes que comparezcan al acuerdo. Dicha restricción ha implicado un desincentivo a la celebración de esta clase de acuerdos, ya que en varias oportunidades los investigados no desean arriesgar la posibilidad de que terceros los demanden ante el TDLC.

La circunstancia de que la FNE, en su calidad de representante del interés general de la colectividad en el orden económico, celebre estos acuerdos, debe ser considerada como una garantía suficiente de que los derechos de terceros quedarán resguardados en materia de libre competencia. Por ello, se propone introducir una clarificación en cuanto a que las resoluciones del TDLC que aprueben los acuerdos extrajudiciales producirán efectos respecto de terceros (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2016: 15-16).

Esta propuesta de dotar a los acuerdos extrajudiciales de eficacia con respecto a terceros fue finalmente retirada por el Ejecutivo (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2016: 94).

De esta manera, es posible confirmar que en el Decreto Ley 211 de 1973, el régimen aplicable a los acuerdos extrajudiciales carece de efectos con respecto a terceros, aun en virtud de que se entienda que se encuentre satisfecho el interés general de la colectividad en materia de libre competencia, que es representado por la Fiscalía Nacional Económica. Esto diferencia radicalmente a los acuerdos extrajudiciales de la institución de la conciliación (Colombo, 1997: 404).⁴³ En el caso de una conciliación que tiene lugar en el contexto de un proceso iniciado a través de un requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha entendido que la celebración del acuerdo conciliatorio, que satisface la pretensión sancionatoria de interés público representada por la Fiscalía Nacional Económica, comprende a la pretensión sancionatoria que hace valer un tercero con interés legítimo (Resolución de término 65/2008 en causa rol C-169-2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2008: considerandos 12, 13 y 14).⁴⁴ La diferencia anotada entre los acuerdos

43. Como afirma Colombo (1997): «La conciliación es un acto jurídico procesal bilateral en virtud del cual las partes, a iniciativa del juez que conoce de un proceso, logran durante su desarrollo ponerle fin por mutuo acuerdo».

44. Resolución de término dictada el 29 de noviembre de 2008, en causa caratulada «Demanda de Cervecería Artesanal Artiagoitía Hermanos Ltda. contra Cervecería CCU Chile Ltda.». Los considerandos citados expresan lo siguiente: «Duodécimo. Que, por otro lado, se debe tener especialmente presente que,

extrajudiciales y la conciliación se debe a que esta tiene lugar en el marco de un proceso jurisdiccional. Por lo tanto, el acuerdo conciliatorio y la resolución que lo aprueba tienen el carácter de equivalente jurisdiccional (Colombo, 1997: 405)⁴⁵ y, en consecuencia, de ellos emana el efecto de cosa juzgada (Colombo, 1997: 407).⁴⁶

En definitiva, la intervención del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para aprobar o rechazar un acuerdo extrajudicial, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 de la letra ñ) del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973, no supone el ejercicio de su potestad jurisdiccional, ya que la resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que se pronuncia sobre la aprobación o rechazo de un acuerdo extrajudicial no produce el efecto de cosa juzgada, del mismo modo que una sentencia definitiva o una conciliación en su calidad de equivalente jurisdiccional que se manifiestan en procesos en que la Fiscalía Nacional Económica tiene la calidad de parte requirente (Colombo, 1991: 34).⁴⁷

En conclusión, en ausencia de las notas distintivas consistentes en un conflicto de relevancia jurídica y un efecto de cosa juzgada *erga omnes*, es posible afirmar que cuando el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se pronuncia para aprobar o rechazar un acuerdo extrajudicial al que arriba la Fiscalía Nacional Económica con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, no interviene a título de su potestad jurisdiccional establecida en el número 1 del artículo 18 del Decreto Ley 211 de 1973.

según lo dispone el artículo 39, letra b), del Decreto Ley 211, el Fiscal Nacional Económico representa el interés general de la colectividad en el orden económico, por lo que al presentar un requerimiento en contra de algún agente económico, representa en dicho proceso el interés de todos y cada uno de los potenciales perjudicados por las conductas denunciadas en su requerimiento; Decimotercero. Que, en la especie, dicha representación del interés general de la colectividad por parte del Fiscal Nacional Económico se puede apreciar en toda su dimensión, por cuanto según se desprende de los términos del avenimiento celebrado entre la Fiscalía y CCU, sus efectos comprenden y benefician a todos y cada uno de los competidores de esta última, dentro de los que se encuentra Cervecera Artiagoitía; Decimocuarto. Que, por otra parte, no puede aceptarse el argumento de Cervecera Artiagoitía según el cual, atendido que sería un ofendido in-mediató y directo por las conductas de CCU, tendría derecho a perseguir directamente la sanción de dicha compañía por las supuestas conductas anticompetitivas que pudo haber cometido, a pesar del avenimiento celebrado entre dicha empresa y la FNE. Lo anterior, ya que la pretensión punitiva de Cervecera Artiagoitía no es sino la misma pretensión punitiva que podría tener la Fiscalía, que, por lo demás, es de interés general».

45. Según expresa Colombo (1997): «La conciliación es, pues, lo que en doctrina se llama un equivalente jurisdiccional o procesal, en cuanto evita la continuación del juicio, sustituyendo a la sentencia que necesariamente debería recaer en el juicio en caso de no producirse el avenimiento».

46. Precisa Colombo (1997) que «el acuerdo conciliatorio produce el efecto de cosa juzgada. El artículo 267 del Código de Procedimiento Civil señala que las especificaciones del arreglo, que constarán en un acta, se estimarán como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales».

47. Sostiene Colombo (1991): «Consecuentemente, una de las características de la jurisdicción y sin cuyo efecto perdería su eficacia, es la de provocar finalmente la inamovilidad de la decisión, lo que se logra con los efectos de la cosa juzgada. De allí que constituye una de sus características esenciales. No hay cosa juzgada sin jurisdicción o sus equivalentes».

Más precisamente, estimamos que la intervención del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, para conocer acerca de un acuerdo extrajudicial, se concreta en el ejercicio de una potestad de carácter administrativo. Esto, en ningún caso constituye una sorpresa, ya que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ejerce potestades de carácter administrativo en el ámbito de otras atribuciones, como en el conocimiento de consultas (número 2) del artículo 18, en la dictación de instrucciones de carácter general (número 3) del artículo 18, y en la recomendación de modificaciones normativas (número 4) del artículo 18, todos estos del Decreto Ley 211 de 1973, entre otras.

Como señala Valdivia (2018: 371), refiriéndose al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia desde la óptica del derecho administrativo:

Este tribunal es un órgano peculiar, que solo está encargado de la misión de promover la libre competencia y no está llamado a aplicar textos legales distintos del Decreto Ley 211 de 1973; por eso, su misión tiene un carácter instrumental o utilitario que normalmente resulta ajeno a la aplicación imparcial de la legalidad, de donde podría pensarse que bajo la forma jurisdiccional se esconde una institución sustantivamente administrativa.

A mayor abundamiento, lo anterior ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, que ha entendido que, en los casos que no corresponden a la potestad establecida en el número 1 del artículo 18, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ejerce «atribuciones administrativas»:

Que de la lectura de lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto Ley 211 es posible concluir que —en principio— solo el número uno dice relación con una atribución en que el órgano actúa propiamente como tribunal, ejerciendo jurisdicción, esto es, resolviendo conflictos externos de relevancia jurídica. Los demás numerales no establecen potestades propiamente jurisdiccionales, toda vez que en el ejercicio de ellas el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no conoce de pretensiones procesales originadas en un conflicto de carácter jurídico, sino que por solicitud y no demanda de los interesados, se pronuncia sobre ciertas declaraciones y diligencias que, como es propio en los procedimientos no contenciosos, los particulares no pueden realizar por sí, requiriendo de la intervención de un tribunal al que expresamente se le han encomendado las atribuciones administrativas pertinentes (Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 1448-2009, 2010: considerando 16).

Cabe anotar que en un voto de minoría de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional, rol INA 5412-2018, 2018: voto de minoría, considerando 15), se contiene una posición contraria a la que se ha desarrollado en esta sección.

Desde la perspectiva formalista y contraria a la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional en materia de potestades del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que se ha referido precedentemente (Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 1448-2009, 2010: considerando 16), dos ministros sostuvieron que el pronunciamiento

con respecto a un recurso de reposición interpuesto en contra de una resolución que aprobó un acuerdo extrajudicial «forma parte de la función jurisdiccional de dicho órgano»,⁴⁸ de lo cual podría desprenderse que también estimarían lo mismo a propósito de la resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que aprueba o rechaza un acuerdo extrajudicial.

Dentro de los argumentos que se formularon en el voto de minoría para calificar la potestad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la materia como una de carácter jurisdiccional, aparecen que el Decreto Ley 211 de 1973 califica al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como un órgano jurisdiccional (Decreto Ley 211, 1973: artículo 5); que el párrafo 2 de la letra ñ) del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973 le confiere a dicho tribunal la facultad de conocer los acuerdos extrajudiciales y el deber de aprobarlos o rechazarlos, lo cual coincide con las facultades de «conocer» y «resolver» a las que se refiere el artículo 76 de la Constitución Política, y que forman parte de lo que se conoce como las etapas de la jurisdicción o momentos jurisdiccionales; que las resoluciones por las cuales el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aprueba o rechaza los acuerdos extrajudiciales serán vinculantes para las partes una vez que se encuentren ejecutoriadas, característica que poseen las resoluciones judiciales, las cuales una vez ejecutoriadas adquieren autoridad de cosa juzgada; y, por último, el hecho de que en contra de las resoluciones por medio de las cuales el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aprueba o rechaza los acuerdos extrajudiciales, procede únicamente el recurso de reposición, que es un medio de impugnación de una resolución judicial característico de la jurisdicción.

En base a las razones que se explicaron y que damos por expresamente reproducidas, estamos en desacuerdo con los argumentos expuestos en dicho voto de minoría. Si bien el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional, el legislador le ha dotado de otras potestades que tienen una naturaleza ajena a la jurisdiccional y que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 1448-2009, 2010: considerando 16) ha calificado como de naturaleza administrativa; la potestad de aprobar o rechazar un acuerdo extrajudicial y su accesoria de resolver un eventual recurso de reposición es una de ellas. A mayor abundamiento, el recurso de reposición también es un medio de impugnación característico del ámbito administrativo (Ley 19.880, 2003: artículo 59). Por otra parte, como se explicó, en materia de libre competencia los acuerdos extrajudiciales no se encuentran dotados de autoridad de cosa juzgada *erga omnes*, en los términos de sentencias definitivas o equivalentes jurisdiccionales como la conciliación que hayan sido emitidos en casos en que la Fiscalía Nacional Económica ha tenido el rol de parte requirente.

48. Los ministros Cristián Letelier Aguilar y Nelson Pozo Silva.

Cuestión 2: Con respecto a terceros con interés legítimo, ¿el procedimiento contemplado en el Decreto Ley 211 de 1973, para la aprobación o rechazo de los acuerdos extrajudiciales, cumple con los parámetros exigidos por la Constitución Política en relación con el principio del debido proceso?

El párrafo 2 de la letra ñ) del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973 establece el procedimiento contemplado por el legislador para que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tome conocimiento de un acuerdo extrajudicial y resuelva su aprobación o rechazo:

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 19.496. 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 solo procederá el recurso de reposición (Decreto Ley 211, 1973: artículo 39, letra ñ), párrafo 2).

En esta sección, abordaremos la cuestión de si el referido procedimiento cumple, con respecto a terceros con interés legítimo, con los parámetros exigidos por la Constitución Política en relación con el principio del debido proceso establecido en el inciso 6 del artículo 19, número 3, de la Carta Fundamental. Lo anterior en el sentido de que debe existir un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo.

Como se concluyó en la sección 3 de este trabajo, para los efectos del análisis asumiremos que el rol que le corresponde al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al tomar conocimiento de un acuerdo extrajudicial, es más propio de una potestad de carácter administrativa, y no tiene lugar en el ejercicio de su potestad jurisdiccional.

Siguiendo a Valdivia (2018: 257), por terceros con interés legítimo debemos entender a un interesado afectado «eventual», es decir, «quienes pueden verse alcanzados en sus intereses legítimos (no ya derechos) por la decisión que se adopte, y siempre que comparezcan al procedimiento antes de que se dicte la resolución final».

En nuestra opinión, y como se verá en las secciones que siguen, el procedimiento consagrado en el párrafo 2 de la letra ñ) del artículo 39 respeta las garantías más importantes que a nuestro juicio deben entenderse asociadas al principio constitucional del debido proceso en el ámbito administrativo (Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 1413-2009, 2010: considerando 28)⁴⁹ con respecto a terceros con interés legítimo: i) la

49. Con respecto al contenido del principio constitucional del debido proceso en relación con el ámbito administrativo, el Tribunal Constitucional ha enunciado que «en conclusión, el procedimiento que establecen las normas aplicables en el caso concreto cumple con el estándar constitucional de un debido proceso donde el afectado puede ejercer efectivamente sus derechos de defensa, haciendo alegaciones, entregando pruebas y ejerciendo recursos administrativos y jurisdiccionales».

contradictoriedad del procedimiento; ii) el derecho a que el órgano que lleva adelante el procedimiento sea imparcial; iii) la publicidad del procedimiento; y iv) el derecho a la revisión judicial.

Contradictoriedad del procedimiento

Consiste en el derecho de cualquier persona a ser oída por la autoridad que adoptará una decisión. Además, es un aspecto consustancial al principio del debido proceso. Se concreta en el denominado principio de la bilateralidad de la audiencia (García y Contreras, 2013: 264-265),⁵⁰ que el Tribunal Constitucional ha admitido que permite modulaciones en consideración:

a la naturaleza del procedimiento, a la regularidad del mismo y al conocimiento que tengan los sujetos y órganos involucrados en el respectivo procedimiento... [pero que] en cualquier circunstancia, es un derecho supeditado a una construcción racional y justa de un procedimiento que impida la indefensión de las personas (Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 3013-2016, 2017: considerando 2).

En el procedimiento en que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conoce acerca de un acuerdo extrajudicial, la bilateralidad de la audiencia con respecto a terceros con interés legítimo queda asegurada en virtud de la posibilidad de que en la audiencia respectiva se escuchen no solo los alegatos de la Fiscalía Nacional Económica y de los investigados, sino también, como lo dispone el Decreto Ley 211 de 1973, «el parecer de quienes tengan interés legítimo», presumiéndose que tienen ese interés el Servicio Nacional del Consumidor y las asociaciones de consumidores establecidas en la Ley 19.496.

Este derecho de terceros con interés legítimo a ser oídos fue incorporado por la reforma introducida por la Ley 20.945 y, en nuestra opinión, resolvió adecuadamente una de las críticas que podía formularse al comparar el procedimiento con los derechos que le asisten a terceros con interés legítimo a la luz de la Ley 19.880. En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 19.880, «los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio», lo cual se verifica en el procedimiento de conocimiento de un acuerdo extrajudicial a través de la posibilidad de los terceros con interés legítimo de manifestar su parecer en la audiencia en la cual el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia toma conocimiento del acuerdo.

Según consta en la *Historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.945*, el objeto de la reforma en cuestión fue:

50. Según García y Contreras (2013), el derecho a la bilateralidad de la audiencia «es el derecho a tener conocimiento sobre el proceso y su efecto es consustancial al ejercicio pleno del derecho a la defensa. Se configura como un principio de organización o formativo del procedimiento. Es la expresión de uno de los elementos consustanciales del debido proceso, ya que representa la garantía procesal de la igualdad ante la justicia».

Permitir la intervención de terceros interesados en el procedimiento de aprobación de los acuerdos extrajudiciales celebrados por la FNE, aunque no hayan participado en la conclusión de estos, y restringir así la posibilidad de recurrir contra las resoluciones del TDLC para no dilatar los procesos (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2016: 95).

Aun cuando el legislador no lo consagró expresamente, entendemos que los terceros con interés legítimo también tienen el derecho de interponer el recurso de reposición que el párrafo 2 de la letra ñ) del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973 consagra, en el evento que la resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia los agravie.

El mismo tribunal ha sostenido, en reciente jurisprudencia, que los terceros con interés legítimo, por definición, no podrían experimentar un agravio, ya que el acuerdo extrajudicial —de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 de la letra ñ) del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973— solo produce efectos con respecto a la Fiscalía Nacional Económica y los investigados que comparecieron al acuerdo, y no en relación con terceros (Resolución de término en causa rol AE 16-18 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2018: considerando 5).⁵¹ Discrepamos de dicha visión, ya que el mero hecho de que el legislador conciba que terceros podrían tener interés legítimo en relación con el acuerdo y sus alcances, supone que aquellos pueden resultar afectados por el mismo y, consecuentemente, por la resolución que se pronuncie en torno a él.

De este modo, el régimen chileno sería más garantista que el estadounidense, ya que en este país la aproximación que se sigue con respecto a la intervención de terceros en la aprobación de un acuerdo extrajudicial es más restrictiva. En Estados Unidos queda al arbitrio del Tribunal permitir la intervención de un tercero con interés legítimo y, como lo señala la American Bar Association (2017: 703):

En la práctica, los tribunales casi siempre han denegado solicitudes para intervenir en un procedimiento que involucra el ingreso inicial de un acuerdo (*consent decree*) debido al potencial de retraso y perjuicio para las partes del juicio.⁵²

En línea con lo que hemos sostenido, en reciente jurisprudencia relativa a un caso concreto en que se alegaba que el procedimiento establecido en el párrafo 2 de la letra ñ) del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973 no cumplía con los estándares de un verdadero procedimiento contradictorio, el Tribunal Constitucional expresó que:

51. Resolución de término dictada el 30 de octubre de 2018, en causa caratulada «Acuerdo Extrajudicial suscrito entre la Fiscalía Nacional Económica y *Tianqi Lithium Corporation*». El considerando citado señala que «de conformidad con lo establecido en el artículo 39 letra ñ) del Decreto Ley 211, las resoluciones que aprueban o rechazan los acuerdos extrajudiciales presentados por la Fiscalía Nacional Económica solo son vinculantes para las partes que comparecieron al acuerdo; y, por lo mismo, solo ellas pueden verse agraviadas por lo resuelto e interponer el recurso de reposición que establece dicha norma».

52. En el original: «In practice, courts have almost always denied motions to intervene in a government proceeding that involves the initial entry of a consent decree due to the potential for delay and prejudice to the parties to the suit».

No parece plausible sostener que las requirentes hayan carecido de un «verdadero contradictorio, lo que se traduce en la imposibilidad de oponerse (al Acuerdo Extrajudicial)», en circunstancias que no solo concurrieron a la fase de investigación aportando antecedentes y argumentaciones tendientes a que no se adoptara o a que su contenido fuera sustancialmente distinto, sino que se opusieron formulando alegaciones por escrito y también en la audiencia convocada para ese efecto, por mandato expreso de la ley, instando por el rechazo del referido Acuerdo; que han acompañado prueba documental, han presentado un recurso de reposición pendiente ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el cual, además, solicitan una diligencia, y se encuentran hoy ejerciendo el derecho que les confiere el artículo 93 inciso 1 número 6 de la Constitución, ante esta magistratura (Sentencia del Tribunal Constitucional rol INA 5412-2018, 2018: considerando 23).

Imparcialidad del órgano

Otro aspecto relevante del ejercicio del debido proceso ante órganos administrativos consiste en que «el órgano de instrucción del procedimiento sea imparcial, es decir, que no existan circunstancias que inhabiliten la decisión» (Cordero, 2015: 333).

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y las reglas contenidas en el Decreto Ley 211 de 1973 que resguardan su imparcialidad, dan plenas garantías de que no concurren circunstancias que resten objetividad al momento de tomar conocimiento de un acuerdo extrajudicial.

En ese contexto, el artículo 11 del Decreto Ley 211 de 1973 regula las impuncias, recusaciones e inhabilidades que pueden afectar a los ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia,⁵³ mientras que el artículo 11 bis regula prohibiciones que

53. Este artículo dispone que «los miembros del Tribunal podrán perder su competencia para conocer determinados negocios por impuncia o recusación declaradas, en virtud de las causales contempladas en los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales.

En todo caso, se presume de derecho que el ministro titular o suplente, según corresponda, también estará inhabilitado cuando:

a) el interés en esa causa sea de su cónyuge, conviviente civil o de sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o de personas que estén ligadas al mismo por vínculos de adopción, o de las empresas o sociedades en las cuales estas mismas personas sean sus representantes legales, mandatarios, directores, gerentes o desempeñen otros cargos directivos, posean directamente o por intermedio de otras personas naturales o jurídicas un porcentaje del capital de la sociedad superior al 10%, o que les permita elegir o hacer elegir uno o más de sus administradores, o ejerzan una influencia decisiva en la administración o gestión de la sociedad según lo dispuesto por el artículo 99 de la Ley 18.045, de Mercado de Valores; y

b) haya asesorado o prestado servicios profesionales a personas naturales o jurídicas que tengan la calidad de parte o interviniente en la causa, durante los dos años anteriores a la fecha de ingreso de aquella o durante la investigación por parte de la Fiscalía Nacional Económica que la haya originado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos 8 y 9 del artículo 6, será causal de recusación con respecto a los integrantes titulares o suplentes, haber sido asesor o prestador de servicios de alguna de las partes durante el año que preceda a la notificación de la demanda o la publicación del decreto que ordena la ini-

gravan a los ministros del mismo tribunal una vez que hayan cesado en el ejercicio de su cargo.⁵⁴

ciación del procedimiento del artículo 31; haber tenido relaciones laborales, comerciales, societarias o en comunidades de carácter profesional, con los abogados o asesores de alguna de las partes, o el desempeño o ejercicio profesional en las mismas dependencias, oficinas o inmuebles con estos últimos, aun cuando ello no revista participación en ingresos o el desarrollo de funciones comunes o coordinadas dentro de los dos años anteriores a la fecha en que le corresponda conocer del asunto.

Asimismo, será causal de recusación que el ministro haya asesorado o prestado servicios profesionales a personas naturales o jurídicas que hayan tenido, en los dos años anteriores a la fecha de ingreso de la causa en cuestión, la calidad de contraparte de las personas a que se refiere la letra b) del inciso 2 de este artículo, en algún proceso judicial o de negociación comercial, que pueda afectar la imparcialidad del ministro.

La causal invocada podrá ser aceptada por el integrante afectado. En caso contrario, será fallada de plano por el Tribunal, con exclusión de aquel, aplicándose una multa a beneficio fiscal de hasta veinte unidades tributarias mensuales al incidentista, si la implicancia o la recusación fuere desestimada por unanimidad.

En ausencia o inhabilidad de alguno de los miembros titulares, será reemplazado por el suplente de su misma área profesional, salvo que esta regla impida al Tribunal sesionar con el quórum mínimo establecido en el artículo 9.

Si por cualquier impedimento, el Tribunal careciere de integrantes titulares o suplentes para formar quórum, se procederá a su subrogación por ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Orgánico de Tribunales.

A los miembros del Tribunal se les aplicarán los artículos 319 a 331 del Código Orgánico de Tribunales, con excepción de lo dispuesto en el artículo 322».

54. Este artículo dispone: «Sin perjuicio de lo establecido en los incisos 8 y 9 del artículo 6, los integrantes titulares y suplentes del Tribunal no podrán ser administradores, gerentes o trabajadores dependientes, ni asesorar o prestar servicios profesionales, a personas naturales o jurídicas que hayan tenido la calidad de parte en alguna causa que conoció el respectivo ministro, por el plazo de un año contado desde que dicho ministro cesó en su cargo, salvo que la dictación de la sentencia sobre una causa que hubiera conocido el ministro se encontrare pendiente, en cuyo caso el término de un año se contará desde la notificación de la sentencia.

La infracción de esta prohibición será sancionada con inhabilitación absoluta para desempeñar cargos públicos por el período de cinco años y con una multa a beneficio fiscal equivalente al último año de remuneraciones percibidas en el cargo, sanciones que serán aplicadas por la Corte Suprema a requerimiento de cualquier interesado.

El requerimiento a que alude el inciso precedente señalará con claridad y precisión los hechos que configuren la infracción y a él se acompañarán o se ofrecerán, si fuera el caso, los medios de prueba en que se fundaren. Si el requerimiento no cumpliera estos requisitos, el pleno, convocado al efecto, lo declarará inadmisibles en cuenta, sin más trámite.

Admitido a tramitación el requerimiento el presidente de la Corte Suprema dará traslado de este al inculpado, el que deberá ser evacuado dentro de los ocho días hábiles siguientes a la fecha de recepción del oficio respectivo, que le será remitido junto con sus antecedentes por la vía que se estime más expedita.

Evacuado el traslado o transcurrido el plazo previsto en el inciso precedente, el presidente de la Corte citará a una audiencia en que se recibirá la prueba que se hubiere ofrecido y designará el ministro ante el cual deberá rendirse. Efectuadas las diligencias o vencidos los plazos sin que se hubieren evacuado, ordenará traer los autos en relación ante el pleno de la Corte Suprema, especialmente convocado al efecto. La Corte Suprema solo podrá decretar medidas para mejor resolver una vez terminada la vista de la causa.

Cualquiera de las partes podrá comparecer ante la Corte Suprema hasta antes de la vista de la causa.

La sentencia que acoja la sanción a que se refiere este artículo, dará derecho a quien se estime afectado a

Todas estas normas configuran, a nuestro juicio, un escenario en el que se resguarda de manera adecuada y suficiente la imparcialidad del órgano.

Publicidad del procedimiento

Otra característica del debido proceso ante órganos administrativos consiste en la publicidad acerca de la existencia del procedimiento y de los distintos actos que forman parte de él.

Refiriéndose a la importancia de la publicidad en el ámbito de las funciones administrativas, Cordero (2015: 114) sostiene que:

Este principio supone en términos simples que la actividad desarrollada por la Administración debe ajustarse a un estricto sistema de exposición de fundamentos y de acceso a la información por parte de los ciudadanos de manera de mantener un permanente escrutinio de las actividades públicas.

Por su parte, de un modo más específico, Bermúdez (2014: 539) constata la relevancia de la publicidad de los fundamentos de los actos administrativos y del procedimiento en el cual estos se adoptan en los siguientes términos:

Se explica principalmente por la necesidad de los administrados de conocer los motivos de hecho y de derecho y la forma con base a la cual la Administración adoptó la decisión. Ello, como se señaló, constituye una exigencia del debido proceso respecto de los interesados en el procedimiento administrativo y es la base para el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional e impugnación del acto administrativo.

En el caso del procedimiento de conocimiento de los acuerdos extrajudiciales, tanto su existencia como los actos que lo componen, tales como la resolución que convoca a la audiencia, la audiencia misma y la resolución que aprueba o rechaza el acuerdo extrajudicial, son públicos y cualquier legítimo interesado puede acceder a ellos.

A mayor abundamiento, consta en la *Historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.945* que se consideró innecesario agregar una disposición especial que regulara la publicidad de los acuerdos extrajudiciales:

El Fiscal Nacional Económico consideró innecesaria una disposición especial para que se dé publicidad a los acuerdos extrajudiciales pues, para dar inicio al proceso de aprobación, la FNE y su contraparte deben dar a conocer en cada caso su contenido al tribunal para que este, a través de una resolución que es pública, los tramite (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2016: 96).

La publicidad mencionada es, naturalmente, sin perjuicio de la protección de información confidencial dispuesta en el párrafo 3 de la letra a) del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973, la que establece que:

interponer recurso de revisión del fallo en que haya participado el sancionado, cuando considerare que su actuación y decisión fue perjudicial a sus intereses».

El Fiscal Nacional Económico podrá disponer de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales, siempre que tengan por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en conformidad al artículo 39 bis, o que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, o resguardar la eficacia de investigaciones de la Fiscalía (Decreto Ley 211, 1973: artículo 39, letra a, párrafo 3).

La importancia de las normas que limitan la publicidad del procedimiento en materia de libre competencia y su justificación, ha sido puesta de relieve por el Tribunal Constitucional, que afirmó:

Atendido lo dispuesto en los artículos 22 y 39, letra a) del Decreto Ley 211 de 1973, que prohíben, una vez decretado el secreto o confidencialidad de un documento, al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia poner en conocimiento de terceros los referidos documentos, debido a que su revelación podría afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular y resguardar debidamente la eficacia de las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica, de tal manera que si se entregaren a terceros se produciría un resultado impredecible (Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 2934-2015, 2016: considerando 15).

En definitiva, por un lado, las normas asociadas a la publicidad en el procedimiento de conocimiento de los acuerdos extrajudiciales se avienen con el principio del debido proceso y, por otro lado, las excepciones a la publicidad no son más que una aplicación de las normas generales que protegen la información con finalidades propias del sistema de defensa de la libre competencia.

Derecho a la revisión judicial

En cuarto lugar, cabe referirse a la que probablemente constituye la más importante garantía asociada al debido proceso en el ámbito administrativo, consistente en el derecho a la revisión judicial, en este caso con respecto a la resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que aprueba un acuerdo extrajudicial.

En relación con la importancia de la revisión judicial de las decisiones regulatorias, Tapia y Cordero (2015: 9-10) expresan que:

Una parte fundamental de cualquier sistema administrativo-regulatorio es la existencia de un mecanismo de escrutinio o control de las decisiones primarias adoptadas por funcionarios u organismos de la Administración del Estado, ya sean pertenecientes al Poder Ejecutivo o de carácter independiente, por parte del poder judicial. A esto se le denomina tradicionalmente «revisión judicial».

Como se mencionó, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en sus resoluciones en que aprueba acuerdos extrajudiciales, siempre deja a salvo la posibilidad de que terceros con interés legítimo, que considerasen que los hechos asociados al acuerdo constituyen una eventual infracción anticompetitiva, ejerzan las acciones que estimen pertinentes.

En este sentido, estimamos que cualquier tercero con interés legítimo puede hacer valer sus derechos a través de una demanda o consulta posterior a la aprobación del acuerdo extrajudicial ante el propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que ponga en movimiento su potestad jurisdiccional contemplada en el número 1 del artículo 18 del Decreto Ley 211 de 1973 o su potestad consultiva establecida en el número 2 del artículo 18 del Decreto Ley 211 de 1973, sin perjuicio de las reglas de admisibilidad contempladas para cada uno de dichos procedimientos, que deberán ser aplicadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el caso que corresponda.

La *Historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.945* da cuenta de que el legislador entendió cabalmente que la regulación vigente respeta el principio del debido proceso en relación con el derecho a la revisión judicial, ya que, en varias ocasiones, el fiscal nacional económico puso en conocimiento de los legisladores que:

La vía para oponerse a un acuerdo sería un juicio de lato conocimiento ante el TDLC...[En particular, según el Fiscal Nacional Económico] quien se sienta afectado tendrá que iniciar un procedimiento contencioso mediante la presentación de una demanda ante el TDLC (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2016: 95).

En este mismo sentido, en reciente jurisprudencia relativa a un caso concreto en que se alegaba que el procedimiento establecido en el párrafo 2 de la letra ñ) del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973 no aseguraba el derecho a la revisión judicial, el Tribunal Constitucional expresó:

Que, en fin, respecto del derecho a «deducir recursos que deban ser conocidos y resueltos por un tribunal distinto del que conoce y resuelve en primer grado», cabe considerar, por una parte, que la causa ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia todavía no ha concluido y que, tal y como lo han expresado, sin excepción, quienes han intervenido en estos autos oponiéndose al requerimiento de inaplicabilidad, las requirentes disponen todavía de todas las acciones que contempla el ordenamiento jurídico para hacer valer sus derechos, pues el Acuerdo Extrajudicial y lo que, en definitiva, resuelva aquel Tribunal, no es vinculante para ellas (Sentencia del Tribunal Constitucional, rol INA 5412-2018, 2018: considerando 23).

Conclusión

En este trabajo se ha intentado entregar una visión conceptual acerca de los acuerdos extrajudiciales, que constituyen un mecanismo eficiente para poner término a las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica acerca de eventuales infracciones a la libre competencia, estudiándose esta herramienta desde la perspectiva del derecho de la competencia de Chile, Estados Unidos y la Unión Europea. Una vez formulada dicha visión, se examinó la cuestión relativa a si el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia interviene en el procedimiento establecido en el párrafo 2 de la letra ñ) del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973 a título de su potestad jurisdiccional. Finalmente, se ha estudiado la cuestión relativa a si el procedimiento contemplado en el párrafo 2 de la

letra ñ) del artículo 39 del Decreto Ley 211 de 1973 respeta, con respecto a terceros con interés legítimo, los parámetros exigidos por la Constitución Política en su artículo 19, número 3, inciso 6, en relación con el principio del debido proceso.

Con respecto a la primera de dichas cuestiones, se ha concluido que el procedimiento en que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia toma conocimiento de un acuerdo extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y sus investigados, no constituye ejercicio de la potestad jurisdiccional del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Dicha conclusión se basa en el hecho de que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no se pronuncia con respecto a un conflicto de relevancia jurídica y en que la resolución que aprueba el acuerdo extrajudicial no produce el efecto de cosa juzgada *erga omnes*, del mismo modo que una sentencia definitiva o una conciliación —en su calidad de equivalente jurisdiccional— que se manifiesta en procesos en que la Fiscalía Nacional Económica tiene la calidad de parte requirente.


En relación con la segunda de dichas cuestiones, se ha concluido que el procedimiento consagrado en el párrafo 2 de la letra ñ) del artículo 39 respeta las garantías más importantes que deben entenderse asociadas al principio constitucional del debido proceso con respecto a terceros con interés legítimo: i) la contradictoriedad del procedimiento; ii) el derecho a que el órgano que lleva adelante el procedimiento sea imparcial; iii) la publicidad del procedimiento; y iv) el derecho a la revisión judicial.

Referencias

- AMERICAN BAR ASSOCIATION SECTION OF ANTITRUST LAW (2017). *Antitrust Law Developments*. 8.^a ed. Chicago: American Bar Association.
- AGÜERO, FRANCISCO y SANTIAGO MONTT (2013). «Chile: The Competition Law System and the Country's Norms». En Eleanor Fox y Michael Trebilcock (editores), *The Design of Competition Law Institutions. Global Norms, Local Choices*. Oxford: Oxford University Press.
- BERMÚDEZ, JORGE (2014). *Derecho administrativo general*. Santiago: Thomson Reuters.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2009). *Historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.361 «Modifica el Decreto con Fuerza de Ley 1, de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia»*. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en: bit.ly/3f6VHhE.
- . (2016). *Historia Fidedigna del Establecimiento de la Ley 20.945 «Perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia»*. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en bit.ly/38xTqJQ.
- COLOMBO, JUAN (1991). *La Jurisdicción en el Derecho Chileno*. Santiago: Jurídica.
- . (1997). *Los actos procesales*. Tomo II. Santiago: Jurídica de Chile.
- CORDERO, LUIS (2015). *Lecciones de derecho administrativo*. Santiago: Thomson Reuters.
- CRANE, DANIEL (2011). *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*. Nueva York: Oxford University Press.
- FAULL, JONATHAN y ALI NIKPAY (2014). *The EU Law of Competition*. 3.^a ed.. Nueva York: Oxford University Press.

- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2013). *Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica*. Santiago: Fiscalía Nacional Económica. Disponible en bit.ly/31LGEXo.
- GARCÍA, Gonzalo y Pablo Contreras (2013). «El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno». *Estudios Constitucionales*, 11 (2): 229-282. Disponible en bit.ly/2P9ove6.
- HORVITZ, María Inés y Julián López Masle (2002). *Derecho procesal penal chileno*. Tomo I. Santiago: Jurídica de Chile.
- IBÁÑEZ COLOMO, Pablo (2018). *The Shaping of EU Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- LIEBMAN, Enrico (1946). *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada*. Buenos Aires: Ediar S.A.
- ROMERO, Juan José (2014). *Ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia. Influencias y opciones de diseño*. Santiago: Thomson Reuters.
- TAPIA, Javier y Luis Cordero (2015). «La revisión judicial de las decisiones regulatorias: Una mirada institucional». *Estudios Públicos*, 139: 7-65. Disponible en: bit.ly/3gDExJ7.
- VALDÉS, Domingo (2006). *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago: Jurídica de Chile.
- . (2010). «Acuerdos extrajudiciales antimonopólicos y principio de eficiencia». *Revista de Derecho Público*, 73: 221-235. Disponible en bit.ly/2ZIwe7J.
- VALDIVIA, José Miguel (2018). *Manual de derecho administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- VELOZO, Javier y Daniela González (2011). «Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia». En Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (editor), *La libre competencia en el Chile del bicentenario*. Santiago: Thomson Reuters.
- WILS, Wouter (2008). *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*. Oxford: Hart Publishing.
- WHISH, Richard y David Bailey (2018). *Competition Law*. 9ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- YEUNG, Karen (2004). *Securing Compliance. A Principled Approach*. Oxford: Hart Publishing.

Sobre el autor

JORGE GRUNBERG PILOWSKY es abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Además, es máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Harvard y máster en Regulación y Competencia (LL.M.) por la Universidad de Nueva York. Actualmente, es profesor asistente de Derecho Económico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es jgrunberg@derecho.uchile.cl.  <https://orcid.org/0000-0003-4548-1349>.