



85

**El nuevo Tribunal Chileno
de Defensa de la Libre Competencia:
¿un paradigma para México?**

Jorge Witker

DERECHO ECONÓMICO

Agosto de 2006

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por el autor, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de éste. D. R. © 2006, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F. ❖ Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, Tels. 5622-7463/64 exts. 703 o 704, fax 5665-3442.

www.juridicas.unam.mx

15 pesos

DR © 2006.

Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

CONTENIDO

I. Introducción.....	1
II. La Comisión Federal de Competencia Económica	2
III. El Nuevo Tribunal Chileno de Defensa de la Libre Competencia.....	4
IV. La Fiscalía Nacional Económica	17
V. Conclusiones	21
VI. Bibliografía.....	22

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos de la globalización económica es el retiro estratégico del Estado de las actividades económicas y la apertura de los mercados nacionales a la competencia internacional.¹

Así, los protagonistas del mercado global construyen los escenarios de actuación, independientes de las políticas públicas y, en consecuencia, su rol depende de las opciones empresariales que nacional o transnacionalmente se asumen.²

En este contexto, las estrategias de éxito comercial e industrial de las empresas, pasa por el filtro primero del legislador nacional y el juez o regulador de la competencia después, asimilando un fenómeno económico complejo. La llamada competencia por mérito.³ Es decir, ¿cómo determinar cuando la superioridad de un producto o servicio responde al ingenio humano y empresarial auténticos o, por el contrario, esa superioridad responde a una estrategia dirigida a impedir el acceso de terceros al mercado (concurrir) o desplazar indebidamente a un competidor de éste (competir)?⁴

Para registrar este complejo problema surge el derecho de la competencia económica, que busca prevenir, regular y sancionar las frecuentes y extendidas prácticas anticompetitivas en que suelen caer los agentes económicos.⁵ Para ello, es necesario hacer converger el análisis económico con el análisis jurídico, identificando así las conductas y comportamientos anticompetitivos. Así, en esta tesitura, el concepto de *eficiencia económica* pasa a ser un factor estratégico al respecto.⁶

La eficiencia económica surge como un método de interpretación de las leyes de competencia, cuyo origen está en la regla de la razón que orienta al juez o regulador a distinguir los comportamientos empresariales anticompetitivos de aquellos que, a contrario sensu, promueven la competencia y benefician a la sociedad y los consumidores.⁷

En efecto, más allá de las prácticas monopólicas absolutas, según la ley de competencia mexicana, la legislación comparada utiliza la ecuación: *poder de mercado sobre un mercado relevante*, para evaluar lo más objetivamente posible, a aquellos agentes económicos que ostentan poder sustancial en un mercado relevante específico.- En otras palabras, pretende excluir de toda sanción aquellos agentes económicos que no posean poder de mercado sobre el mercado

* Éste documento contó con la colaboración del Lic. José Joaquín Piña Mondragón.

¹ Gilpin Robert, “Global Political Economy Understanding the International Economic Order”, Princeton, Princeton University Press, 2001.

² De Venanzi Augusto, “Globalización y Corporación. El orden social en el siglo XXI”, Anthropos, Barcelona 2002, pp. 81 y ss.

³ Núñez Melgoza Francisco Javier, “El poder de mercado en la legislación de competencia económica” Breviarios Jurídicos, Edit. Porrúa., México, 2003, p. IX.

⁴ Los conceptos libre concurrencia y libre competencia jurídicamente significan situaciones distintas.- Libre concurrencia está referida a la libre entrada o libre acceso a un mercado o segmento (sin barreras de entradas); la libre competencia supone competir en un mercado sin distinciones ni colusiones por parte de los agentes económicos que han accedido a dicho mercado o segmento concurriendo libremente.

⁵ Witker Jorge, “Derecho de la Competencia en América (Canadá, Chile, Estados Unidos y México)”, Fondo de Cultura Económica, Chile, 2000, p. 20.

⁶ Mercurio Nicholas y Medenca, Steven G, “Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism, Princeton, 1999, p. 3.

⁷ Witker Jorge y Varela Angélica, “Derecho de la Competencia económica en México”, UNAM, México 2003, pp. 253 y ss.

relevante.- Se trata de evaluar el desempeño económico del tamaño de la empresa en relación a su mercado.

Como se observa la trilogía conceptual eficiencia económicas, regla de la razón y prácticas monopólicas relativas, articulan el papel del regulador o juez para converger en el análisis económico y el análisis jurídico, las nociones poder sustancial de mercado sobre un mercado relevante.- En tal escenario el economista y el jurista deben trabajar juntos en espacios territoriales difusos (desterritorialización del derecho) como bien expresa Renato Guerrero al respecto: "...porque el poder sustancial sobre el mercado relevante se extiende en algunos casos fuera de nuestras fronteras y en otras se origina afuera del territorio nacional".⁸

Tal premisa evidencia el papel y protagonismo que tienen las empresas globales, las cuales actúan en escenarios nacionales integrados frente a políticas de competencia estatales y, por ende, ante legislaciones de competencia locales.- Un buen ejemplo al respecto lo plantea el caso Microsoft que se origina en los Estados Unidos de América, pero que influye en el derecho comparado global.

En consecuencia, las políticas de competencia y las legislaciones de competencia, tienden a coordinarse y tal vez a complementarse dando origen a variados esfuerzos internacionales, como por ejemplo la Red Internacional de Competencia Económica (RICE) que patrocina espacios de intercambio e información indispensables en estos contextos económicos y empresariales globalizados presentes.

Para realizar la convergencia entre el análisis económico y el análisis jurídico que están presentes en una conducta empresarial anticompetitiva, en América Latina tenemos dos tipos de instancias u órganos reguladores de las políticas de competencia. Las Comisiones, como órganos administrativos dependientes de los gobiernos centrales o federales y tribunales para la libre competencia, adscritas al poder Judicial y por ende subordinados a la jerarquía de las Supremas Cortes. México y Chile son ejemplos de ambas experiencias que pasaremos brevemente a reseñar.

II. LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA (COFECO)

La Comisión Federal de Competencia (Cofeco) es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía, cuenta con autonomía técnica y financiera y tiene a su cargo prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones, por lo que goza de autonomía para dictar sus resoluciones.⁹ El presidente de la República designa a los cinco comisionados que la integran, incluyendo al presidente de la misma. La deliberación se realiza en forma colegiada, y las decisiones son tomadas por mayoría de votos, teniendo su presidente voto de calidad. Los comisionados deben abstenerse de desempeñar cualquier otro empleo trabajo o comisión pública o privada con excepción de los cargos docentes; durarán en su cargo diez años renovables y sólo podrán ser removidos por causa grave, debidamente justificada.

Para el ejercicio de sus funciones y el despacho de los asuntos que le competen, la comisión contará con los servidores públicos, órganos y unidades administrativas siguientes:¹⁰

⁸ Núñez Melgoza Francisco Javier, op. citada. IX.

⁹ Artículo 23, LFCE.

¹⁰ Artículo 8o. del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia.

1. Pleno
2. Presidente
3. Secretario ejecutivo
4. Direcciones generales operativas:
 - a) de asuntos jurídicos
 - b) de estudios económicos
 - c) de concentraciones
 - d) de investigaciones
 - e) de procesos de privatización y licitación
 - f) de coordinación regional
5. Direcciones generales de coordinación y apoyo administrativo:
 - a) de regulación internacional
 - b) de normatividad económica
 - c) del control y seguimiento
 - d) de administración
 - e) de comunicación social

6. Delegaciones u oficinas regionales

7. Las demás unidades y personal técnico y administrativo que autorice el presidente.

El pleno es el órgano supremo de decisión de la comisión y se integra por cinco comisionados incluyendo al presidente. Basta la presencia de tres para que pueda sesionar válidamente, pero nunca podrá sesionar sin la presencia del presidente o del comisionado que lo supla legalmente. Las resoluciones del pleno se tomarán por unanimidad o por mayoría de votos de los comisionados presentes.

Las atribuciones de la Comisión Federal de Competencia, plasmadas en el artículo 24 de la LFCE, se pueden clasificar en dos rubros:

1. *Preventivas*

La comisión está facultada para:

- Establecer los mecanismos de coordinación para el combate y prevención de monopolios, estancos, concentraciones y prácticas ilícitas (artículo 24, fracción II).
- Opinar sobre los ajustes a los programas y políticas de la administración pública federal, cuando de éstos resulten efectos que puedan ser contrarios a la competencia y libre concurrencia (artículo 24, fracción IV).
- Opinar, cuando se lo solicite el Ejecutivo federal, sobre las adecuaciones a los proyectos de leyes y reglamentos, por lo que conciernen a los aspectos de competencia y libre concurrencia (artículo 24, fracción V).
- Cuando lo considere pertinente, emitir opinión en materia de competencia y libre concurrencia respecto de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y actos administrativos, sin que tales opiniones tengan efectos jurídicos ni la comisión pueda ser obligada a emitir opinión (artículo 24, fracción VI).
- Participar con las dependencias competentes en la celebración de tratados, acuerdos o convenios internacionales en materia de regulación o políticas de competencia y libre concurrencia, de los que México sea o pretenda ser parte (artículo 24, fracción VIII).

2. *Correctivas*

La comisión está facultada para llevar a cabo la investigación y sanción de las conductas que limiten la libre competencia:

- Investigar la existencia de monopolios, estancos, prácticas o concentraciones prohibidas por la LFCE, para lo cual puede requerir a los particulares y demás agentes económicos la información o documentos relevantes (artículo 24, fracción I).
- Resolver los casos de su competencia y sancionar administrativamente la violación de esta ley y denunciar ante el Ministerio Público las conductas delictivas en materia de competencia y libre concurrencia (artículo 24, fracción III).

Es la autoridad en materia de prácticas restrictivas de competencia. Existen, sin embargo, diversas autoridades sectoriales que también revisan cuestiones de competencia económica en un área o actividad específica: Comisión Federal de Telecomunicaciones, Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, Procuraduría Federal del Consumidor.¹¹

III. EL NUEVO TRIBUNAL CHILENO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Antecedentes

El ordenamiento jurídico chileno que establece las normas para la Defensa de la Libre Competencia es el Decreto Ley No. 211, publicado en el Diario Oficial de 22 de Diciembre de 1973, y sus modificaciones posteriores, entre las cuales se encuentra la introducida por la Ley No. 19911 de fecha 14 de noviembre de 2003.

Su objeto es el de promover y defender la libre competencia en los mercados, a través de medidas correctivas, prohibitivas y de represión en la forma y con el poder sancionatorio establecido en el mismo.

La aplicación del Estatuto Jurídico se encuentra a cargo de un órgano jurisdiccional, que lleva el nombre de Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a un servicio público denominado Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones.

La creación de este órgano jurisdiccional de carácter especial encargado de solucionar los conflictos suscitados a raíz de infracciones a la libre competencia, se origina como consecuencia de la evolución de la actividad económica interna. En este sentido, es fundamental el papel que las Comisiones Preventivas tuvieron como órganos consultivos, sobre todo en la primera etapa de su vigencia, cuando el desconocimiento del tema era regla general. Asimismo, la Comisión Resolutiva, con sus características de órgano jurisdiccional, fue una solución adecuada para su época y pionera en la región. Sin embargo, los profundos cambios en la estructura económica del país de las últimas décadas, que dio paso a la participación privada en casi todos los sectores productivos y a la inserción de Chile en la economía global, aunado a la aparición de nuevas estructuras empresariales, por ejemplo, derivadas de la creciente ola mundial de fusiones y alianzas, han modificado sustancialmente el escenario en el cual le corresponde funcionar a la institucionalidad de defensa de la libre competencia, creando nuevas y mayores exigencias. En este nuevo escenario ya no es viable descansar en organismos débilmente constituidos. Por esta razón, el fortaleci-

¹¹ Witker, Jorge y Varela, Angélica, “Derecho de la Competencia Económica en México”, UNAM, México, 2002, pág 113 y siguientes.

miento de la institucionalidad de defensa de la libre competencia se convirtió en una de las prioridades del Gobierno.

De esta forma, en octubre del año 1997 se envió al Congreso Nacional un proyecto de ley destinado a adaptar la legislación en este sentido; el cual tuvo como objetivo fundamental el fortalecimiento del órgano jurisdiccional encargado de resolver los conflictos en esta materia, y que se denominó “Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. El proyecto sentó las condiciones necesarias para que las personas llamadas a analizar y decidir los posibles atentados a la libre competencia reúnan los requisitos de excelencia profesional y alta dedicación, bajo un esquema de separación de funciones e independencia.

De igual manera, en el nuevo escenario económico nacional y mundial ha cambiado el enfoque para entender el funcionamiento de los mercados. Por tal motivo, fue necesario repensar el concepto tradicional de atentado a la libre competencia, siendo hoy insuficiente remitirse a los modelos simples de competencia perfecta y monopolio. El dominio de conceptos como mercado relevante, disputabilidad de un mercado e interacción estratégica entre firmas, es fundamental para analizar apropiadamente los casos bajo investigación. Por ello, la excelencia y maestría son condiciones esenciales que necesariamente se deben exigir a los integrantes del Tribunal de Defensa de la Competencia, en tanto organismo máximo sobre la materia, siendo el concurso público de antecedentes, la mejor forma de conseguir a los más destacados expertos en el área. Adicionalmente, y contrario a lo que sucedía con quienes integraron las Comisiones, los integrantes del Tribunal son remunerados por su trabajo, bajo el compromiso de una dedicación sustancial.

Asimismo, el proyecto de ley que modificó la estructura de los organismos antimonopolios introdujo la separación de funciones entre el nuevo Tribunal y la Fiscalía Nacional Económica, asignando personal y presupuesto propio a cada uno de ellos. Por otro lado, también se avanza en la independencia del Tribunal frente al Poder Ejecutivo, estableciéndose la incompatibilidad entre la condición de integrante del Tribunal y funcionario público, así como un mecanismo de destitución de los integrantes, basado en criterios objetivos.

También se modificaron los primeros artículos del Decreto Ley 211 de 1973, otorgando mayor claridad al bien jurídico protegido, de modo que el Tribunal disponga de una guía más precisa para sus pronunciamientos, con lo cual se logra mayor predictibilidad de su accionar. En concreto, se define el objetivo de la ley y se modifican los ejemplos de conductas contrarias a la competencia. Siendo consistente con el objetivo de aumentar la predictibilidad, se consideró adecuado eliminar las Comisiones Preventivas, traspasando al nuevo Tribunal la función de órgano consultivo. Un Tribunal fortalecido, encargado tanto de responder consultas como de resolver conflictos, asegura una mayor consistencia de todos sus pronunciamientos.

Finalmente, se propuso sustituir el carácter penal de la legislación anterior, por mayores multas y la responsabilidad solidaria de los ejecutivos involucrados en las acciones contrarias a la libre competencia. En razón de que un Tribunal fortalecido, con directrices bien definidas, debe contar con atribuciones sancionatorias adecuadas que le permitan cumplir con el objetivo de inhibir las conductas anticompetitivas, en el estricto marco constitucional.

La protección de la Libre Competencia

Descripción del ilícito

En el momento que se hizo a un lado el sistema estatal de fijación de precios, los precios de bienes y servicios han dejado de ser establecidos por los organismos estatales, para ser deter-

minados por la competencia en el mercado. La competencia significa que los precios de los bienes y servicios se determinan conforme a la oferta y la demanda que se presentan en las condiciones normales del mercado. Esta finalidad de la competencia resulta afectada si alguien manipula estas condiciones del mercado con el fin de impedir o dificultar la participación de otros agentes económicos, alterando con esto la oferta o la demanda.

En el Derecho comparado podemos encontrar básicamente tres modelos para hacer frente a los llamados atentados contra la libre competencia. El primero, limitado al Derecho administrativo sancionador, que se presenta cuando las prácticas restrictivas de la libre competencia se castigan sólo con sanciones administrativas. Tal como sucedió en el sistema de protección asumido por el Derecho alemán hasta antes de 1997. Igualmente, en el Reino Unido las infracciones contra la competencia no fueron criminalizadas sino hasta el 2002 con la Enterprise Act de ese año. El segundo modelo, se encuentra limitado sólo a sanciones penales, tal como ocurrió en Chile con el Decreto Ley No. 211 de 1973, y Argentina, en un primer momento. Este recurso exclusivo a sanciones penales, puede entenderse con facilidad en ciertos momentos históricos caracterizados por la ausencia de leyes especiales de defensa de la competencia y de una autoridad administrativa con suficientes facultades de persecución y sanción. En la actualidad, la tendencia general está orientada hacia un tercer modelo de protección conjunta, tanto penal como administrativa de la libre competencia; tal como sucede en Perú, donde la regulación positiva asumió dicho modelo. Por un lado, la protección administrativa se materializa en la Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia (Decreto Legislativo 701), mientras que la penal se lleva a cabo mediante el delito de abuso de poder económico, contemplado en el artículo 232 del Código penal. Del análisis de ambas normativas, se desprende que el ordenamiento jurídico peruano ha asumido un sistema de protección conjunta con identidad de ilícitos.

Otro ejemplo de protección conjunta de la libre competencia, lo constituye el caso de México, donde el afectado por la realización de prácticas sancionadas por la ley, tiene la posibilidad de buscar hacer valer la responsabilidad civil que se desprenda de la misma, a través de la acción de daños y perjuicios a intentarse ante los tribunales civiles. Asimismo, el Código Penal Federal, referente a “Delitos contra el consumo y la riqueza nacional”, en sus Artículos 253 y 254 eleva al rango de delito y establece sanciones a diversas conductas anticompetitivas.¹²

Las conductas que atentan contra la libre competencia, son aquellas que ejecuten o celebren, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos. A manera de ejemplo, la ley considera, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

a) La colusión expresa o tácita, que consiste en los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por finalidad fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.

b) El abuso de la posición dominante, entendida como la explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

¹² Aguilar Álvarez de Alba, Javier, “La libre competencia”, Oxford University Press, México, 2000, pág. 11 y siguientes.

c) Las prácticas predatorias o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. Ejemplo de dicha situación se encuentra en la fijación de precios predatorios.

La ley chilena prohíbe otorgar concesiones, autorizaciones y actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas, a menos que la ley lo autorice.

Las anteriores conductas también son objeto de sanciones en otros países, particularmente, en Perú las prácticas colusorias se encuentran reguladas en el artículo 6 del Decreto Legislativo 701. De esta manera, se les define como “los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia”. Es decir, estas prácticas colusorias se prohíben tanto administrativa como penalmente por su objeto o finalidad.¹³

De la misma forma, el ordenamiento jurídico peruano establece sanciones al delito de abuso de poder económico, en su segunda modalidad: el abuso de posición de dominio. En este sentido, el artículo 232 del Código penal peruano no castiga, al igual que la regulación administrativa, la posición monopólica u oligopólica en el mercado, sino el abuso de esta posición. En cuanto a la determinación del concepto de dominio deben seguirse los criterios desarrollados en el ámbito administrativo, siendo cuestionable solamente el concepto de dominio colectivo. Esta configuración del dominio no puede ser de recibo en el Derecho penal porque podría dar entrada a una responsabilidad penal por el hecho de tercero. La única forma de justificar una responsabilidad penal en estos casos sería aceptar una incriminación de cada conducta individual como delito de acumulación, pero para ello sería necesario que esta conducta estuviera claramente tipificada en la ley penal, lo cual no sucede en la actual regulación peruana del delito de abuso de poder económico en su modalidad de abuso de posición de dominio.

Los supuestos específicos que constituyen esta modalidad del artículo 232 se encuentran regulados expresamente en la ley administrativa peruana, a los que el tipo penal se remite. Se trata concretamente de la negativa injustificada a contratar, la discriminación en las condiciones y la imposición de cláusulas de atadura.

En el caso de México, en lo referente a la monopolización, el ordenamiento jurídico es demasiado impreciso, ya que no proporciona ninguna definición de lo que ha de entenderse por monopolio, limitándose a señalar en el artículo 8 de la Ley Federal de Competencia Económica, lo siguiente:

“Quedan prohibidos los monopolios y estancos, así como las prácticas que, en términos de esta ley, disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios”.

Evidentemente, se trata de una disposición prohibitiva, a diferencia de las disposiciones similares de otros países, y centra más su interés en las prácticas monopólicas que en las conductas de “monopolización” o “abuso de posición dominante”; estas últimas son encuadradas bajo el rubro de “prácticas restrictivas absolutas”.

En resumen, frente a los actos de competencia desleal, los distintos ordenamientos jurídicos contemplan diversas formas de reacción, las cuales son de diversa naturaleza, pues van desde la indemnización civil, pasando por sanciones administrativas, hasta llegar a sanciones de carácter penal.¹⁴

¹³ García Caverro, Percy, “Los Delitos contra la Competencia”, Ara Editores, Perú, 2004, pág. 17.

¹⁴ García Castillo, Tonatiuh, “Ley Federal de Competencia Económica, Comentarios, Concordancia y Jurisprudencia”, UNAM, México, 2003, pág. 17.

Naturaleza jurídica del Tribunal Chileno de Defensa de la Competencia

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función es la de prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia.

— Órgano jurisdiccional: El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ejercerá su jurisdicción respecto de todo el territorio de Chile en los conflictos que afecten a la libre competencia.

— Especial: Aquel establecido por la ley para juzgar a ciertas personas o para resolver determinadas materias. En el caso del Tribunal, deberá conocer de todas las materias relacionadas con infracciones a la libre competencia, emanadas del Decreto 19911.

— Independiente: Principio en virtud del cual los tribunales tienen por regla general el ejercicio privativo y exclusivo de la función jurisdiccional, no siendo lícito mezclarse en las atribuciones de los demás poderes públicos.

— Bajo la Superintendencia de la Corte Suprema: Los tribunales de justicia no sólo están investidos de la función jurisdiccional, sino que además les corresponde ejercer las llamadas atribuciones conexas. Respecto del Tribunal de Defensa, estas atribuciones conexas están en manos de la Corte Suprema, la que velará porque actúe dentro de la esfera de sus atribuciones y que se respeten asimismo en su actuar, las garantías individuales establecidas en la Constitución Política y en las leyes (facultad directiva), además deberá velar por el cumplimiento de los deberes de los jueces (facultad disciplinaria), como también para que a través de una mejor organización de justicia, aclare y complemente las normas que regulan su funcionamiento, tiene por objeto una mejor y más expedita administración de justicia, servicio judicial (facultad económica).

— Función específica: La función específica del Tribunal es prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia, quedando fuera de la esfera de su competencia todas las demás materias que no tengan relación alguna con la libre competencia.

Composición del Tribunal¹⁵

- a) Un abogado, que lo presidirá;
- b) Cuatro profesionales universitarios expertos en materias de libre competencia, dos de los cuales deberán ser abogados y dos licenciados o con postgrados en ciencias económicas.

Además, el Tribunal contará con cuatro suplentes, dos de los cuales deberán ser abogados y dos licenciados o con postgrados en ciencias económicas.

El Presidente del Tribunal será designado por el Presidente de la República de una nómina de cinco postulantes confeccionada por la Corte Suprema, mediante concurso público de antecedentes. Sólo podrán participar en el concurso quienes tengan una destacada actividad profesional o académica especializada en materias de libre competencia o en Derecho Comercial o Económico y acrediten a lo menos 10 años de ejercicio profesional.

Dos integrantes, uno de cada área profesional, serán designados por el Consejo del Banco Central previo concurso público de antecedentes. Los otros dos integrantes, también uno de cada

¹⁵ Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados de Chile, recaído en el proyecto de ley en primer trámite constitucional que crea al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Página web de la Biblioteca del Congreso Nacional, www.bcn.cl.

área profesional, serán designados por el Presidente de la República, a partir de dos nóminas de tres postulantes, una para cada designación, confeccionadas por el Consejo del Banco Central, también mediante concurso público de antecedentes.

El Consejo del Banco Central y el Presidente de la República, en su caso, designarán cada uno dos integrantes suplentes, uno por cada área profesional, respectivamente, de la misma manera que lo hacen en el caso de los miembros titulares.

En caso de ausencia o impedimento del Presidente del Tribunal, éste sesionará bajo la presidencia de uno de los restantes miembros titulares de acuerdo al orden de precedencia que se establezca, mediante auto acordado del Tribunal. Asimismo, por ese medio, se determinará el orden en que los suplentes reemplazarán a los integrantes titulares.

En todo caso, será incompatible el cargo de integrante titular del Tribunal con la condición de funcionario público, como también con la de administrador, gerente o trabajador dependiente de sociedades anónimas abiertas o sometidas a las reglas de estas sociedades, igualmente, de sus matrices, filiales, coligantes o coligadas. Las personas que al momento de su nombramiento ostenten cualquiera de dichas condiciones, deberán renunciar a ella. Salvo el caso de los integrantes del Tribunal que desempeñen cargos docentes, quienes podrán seguir desempeñándose en ellos.

Los integrantes titulares y suplentes del Tribunal permanecerán seis años en sus cargos, pudiendo ser designados por nuevos periodos sucesivos. Sin embargo, el Tribunal se renovará parcialmente cada dos años.

Funcionamiento del Tribunal

El Tribunal funcionará en forma permanente y fijará sus días y horarios de sesión. En todo caso, deberá sesionar en sala legalmente constituida para la resolución de las causas, como mínimo dos días a la semana. El quórum para sesionar será de a lo menos tres miembros, y los acuerdos se adoptarán por simple mayoría, dirimiendo el voto quien presida, en caso de empate.

Los miembros del Tribunal podrán perder su competencia para conocer determinados negocios por implicancia o recusación declaradas. La causal de implicancia o recusación invocada, podrá ser aceptada voluntariamente por el integrante afectado, o de lo contrario, será fallada de plano por el Tribunal, con exclusión de aquél.

Los miembros del Tribunal cesarán en sus funciones por las siguientes causas:

- a) Término del periodo legal de su designación;
- b) Renuncia voluntaria;
- c) Destitución por notable abandono de deberes;
- d) Incapacidad sobreviniente. Se entiende por tal, aquélla que impide al integrante ejercer el cargo por un periodo de tres meses consecutivos o de seis meses en un año.

La resolución que haga efectiva la destitución deberá señalar los hechos en que se funda y los antecedentes tenidos a la vista para acreditarlos.

El Tribunal contará además con 9 funcionarios de planta, dentro de los cuales destacan:

- 1 Secretario Abogado
- 2 Relatores Abogados
- 2 Profesionales Universitarios del ámbito económico
- 1 Jefe de Oficina de Presupuesto

- 1 Oficial Primero
- 1 Oficial de Sala
- 1 Auxiliar

El nombramiento de estos funcionarios se hará por el Tribunal, previo concurso de antecedentes o de oposición, y se regirán por el derecho laboral común y tendrán el mismo régimen remuneratorio de dedicación e incompatibilidades del personal de planta de la Fiscalía Nacional Económica. Adicionalmente, podrá contratar personal en forma transitoria, cuando las necesidades del Tribunal lo requieran, previa visación de la Dirección de Presupuestos.

Quienes presten servicios para el tribunal tendrán el carácter de empleado público para los efectos de la probidad administrativa y la responsabilidad penal.

Atribuciones y deberes del Tribunal

El Tribunal mantiene prácticamente todas las atribuciones de la Comisión Resolutiva y además adquiere la condición de órgano consultivo que tenían las Comisiones Preventivas. Un importante cambio es la eliminación de la facultad de actuar de oficio que tenía la Comisión Resolutiva.

El Tribunal tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

— Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la Ley. Respecto de esta facultad destacan dos situaciones interesantes, la primera va en relación con la legitimación activa para iniciar procesos ante este Tribunal, puesto que en comparación con la legislación anterior, la Comisión Resolutiva podía conocer de oficio o a solicitud del Fiscal, situación que ya no se da, pues en el sistema del nuevo Tribunal sólo podrá a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico. La segunda situación interesante, es que el proyecto original de ley, contenía una enumeración de las resoluciones que podría adoptar el Tribunal como consecuencia de la infracción a la libre competencia, enumeración que fue desestimada, pues el Tribunal podrá dar lugar, si lo estima necesario, a todo o parte de lo que le soliciten tanto las partes como el Fiscal, razón por la cual una enumeración resulta inoficiosa.

— Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la Ley, sobre hechos, actos o contratos existentes, así como aquellos que le presenten quienes se propongan ejecutarlos o celebrarlos, para lo cual, en ambos casos, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos.

— Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella.

— Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas.

Procedimiento

Antes de entrar al estudio específico de cada uno de los procedimientos contenciosos y no contenciosos, es preciso tener en consideración determinados aspectos generales del proceso.

1. Principios del proceso

— Principio de Escrituración: Significa que de cada actuación del proceso se hace por escrito, salvo la vista de la causa.

— Principio de Publicidad: Aquel procedimiento de libre acceso a las partes y sus mandatarios, respecto de las actuaciones judiciales que en él se desarrollan, como así también de cualquier tercero.

— Principio Inquisitivo: Aunque el texto legal no lo consagre como tal, éste se desprende de la expresión “impulsado de oficio por el Tribunal hasta su resolución definitiva”, lo que produce una contradicción en la etapa de su iniciación, puesto que el Tribunal pierde la facultad que tenía la Comisión Resolutiva de iniciar de oficio el procedimiento, por lo cual no se comprende porque podrá ser impulsado de oficio hasta la sentencia. Obviando esta situación en el principio inquisitivo, prima el criterio del juez para determinar el alcance de las pretensiones de derecho de las partes, el juez puede incluso generar nuevos medios de prueba, determinar la carga de la prueba y sancionar a la parte que debía probar una determinada cuestión, y no lo hizo.

2. Notificaciones

— Notificación personal: Es aquella que consiste en entregar a la persona a quien se debe notificar, en forma personal, copia íntegra de la resolución y de la solicitud que en ella haya recaído, cuando sea escrita. Todos los días son hábiles para practicar una notificación personal, siempre y cuando ella se practique en lugares o recintos de libre acceso al público, en la morada o lugar donde pernocta el notificado, en el lugar en donde éste ordinariamente ejerce su profesión, industria o empleo, o en cualquier otro recinto en donde éste se encuentre y en el cual se permita el libre acceso al ministro de fe.

De la notificación debe dejarse constancia escrita en el proceso, lo que se realiza mediante la certificación o acta de haberse efectuado la diligencia.

Deberán notificarse de esta forma el requerimiento del Fiscal Nacional Económico o la demanda presentada por quien tenga interés.

— Notificación Subsidiaria de conformidad al artículo 44 del Código de Procedimiento Civil: Aquella que se efectúa entregando copia íntegra de la resolución y de la solicitud en que ha recaído, a cualquier persona adulta que se encuentre en la morada o en el lugar donde la persona que va a notificar ejerce su industria, profesión o empleo, si se desprende del sólo informe del ministro de fe que no fue posible ubicar a la persona a quien se pretende notificar y que esa es su morada.

— Notificación por Cédula: Consiste en la entrega que hace un ministro de fe, en el domicilio del notificado, de copia íntegra de la resolución, y de los datos para su acertada inteligencia. De haberse practicado la notificación por cédula, debe dejarse testimonio en el proceso, indicando el lugar, día y hora en que la diligencia se llevó a cabo, y el nombre, edad, profesión y

domicilio de la persona que recibió la cédula. Se notificarán de esta manera, la resolución que reciba la causa a prueba y la sentencia definitiva.

— Carta Certificada: Aquella que se entenderá notificada la resolución, al quinto día hábil contado desde la fecha de recepción de la carta enviada al domicilio del notificado, por el Servicio de Correos y Telégrafos.

— Medios Electrónicos: Constituye una novedad respecto del sistema de notificaciones tradicional, pues es uno de los pocos textos legales que la reconoce, al igual como sucede en la reforma procesal, serán permitidas las notificaciones por medios electrónicos, toda vez que ésta sea suscrita mediante firma electrónica avanzada. Podrán notificarse de esta forma todas las resoluciones que no tengan asignada una notificación en especial.

— Otros medios: Se faculta a las partes para que de común acuerdo fijen otros medios seguros para practicar la notificación de las diversas resoluciones que no tiene establecidas un tipo especial de notificación.

Tendrán el carácter de ministro de fe para la práctica de estas diligencias, además del Secretario Abogado del Tribunal, las personas a quienes el Presidente designe para desempeñar esta función.

3. *Incidentes*

Respecto de los incidentes que no digan relación con medidas cautelares, podrán ser resueltos de plano por el Tribunal, facultándolo para dejar su resolución para la sentencia definitiva, salvo que sea necesario acogerlo a tramitación y recibirlo a prueba, casos en los cuales se aplicarán las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil para la tramitación de los incidentes.

4. *Medidas cautelares*

Tienen por objeto impedir los efectos negativos de las conductas sometidas al conocimiento del Tribunal, y resguardar el interés común. Podrán ser todas aquellas que el Tribunal estime como necesarias, no existiendo una enumeración ejemplar ni taxativa de ellas. Podrán ser solicitadas por cualquiera de las partes interesadas, incluido el Fiscal Nacional Económico, como también podrán ser decretadas de oficio por el Tribunal de Defensa.

Al igual que en el derecho común podrán ser judiciales o prejudiciales, dependiendo si se decretan en cualquier estado del juicio o bien antes de su iniciación. Asimismo, podrán ser decretadas por el plazo que el Tribunal estime necesario, siendo esencialmente provisionales y se podrán modificar o dejar sin efecto en cualquier estado de la causa.

En cuanto a su tramitación, el requirente deberá acompañar en su solicitud los antecedentes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados.

Respecto del procedimiento propiamente como tal, distinguimos dos tipos:

1. Procedimiento Contencioso.
2. Procedimiento no Contencioso.

Procedimiento contencioso

Tiene lugar cada vez que el Tribunal conozca, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la libre competencia. Al igual como sucede con cualquier juicio declarativo, distinguimos las siguientes etapas:

- A. Etapa de Discusión.
- B. Etapa de Conciliación y Prueba.
- C. Etapa de Fallo.
- D. Etapa de Impugnación del Fallo (eventual).
- E. Etapa de Ejecución del Fallo (eventual).

A. Etapa de Discusión

El procedimiento podrá iniciarse por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o por demanda de algún particular, la que deberá ser puesta de inmediato en conocimiento de la Fiscalía. Admitido el requerimiento o la demanda a tramitación, se conferirá traslado, a quienes afecte, para contestar dentro del plazo de quince días hábiles o el término mayor que el Tribunal señale, mismo que no podrá exceder de treinta días. La notificación del requerimiento o de la demanda, con su respectiva resolución, será practicada personalmente por el ministro de fe.

El demandado podrá adoptar cualquiera de las siguientes actitudes:

- No evacuar el traslado, produciéndose la rebeldía de esta parte y continuándose con la tramitación del juicio.
- Oponer excepciones dilatorias o perentorias.
- Evacuar el traslado oponiéndose al requerimiento o demanda, u oponiendo Excepciones.

Respecto de las excepciones perentorias, son todas aquellas que la mente del ser humano sea capaz de crear para atacar o enervar el fondo de la acción deducida.

En caso que sean opuestas excepciones dilatorias o perentorias, éstas deberán tramitarse de conformidad a las reglas generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil, para ambos casos, toda vez que éstas no sean incompatibles con el procedimiento de la ley 19.911. Siempre el demandado o requerido podrá defenderse negando los hechos que a él se la han imputado, produciéndose una discrepancia entre ambas posiciones, discrepancia que deberá ser recibida a prueba para ser dilucidada.

B. Etapa de conciliación y prueba

Vencido el plazo establecido para evacuar el traslado, sea que éste se hubiere evacuado o no por los interesados, el Tribunal podrá llamar a las partes a conciliación. Acordada una conciliación, el Tribunal se pronunciará sobre ella dándole su aprobación, siempre que no atente contra la libre competencia. Posteriormente, se emitirá una resolución que reciba la causa a prueba, señalando los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que deberán probarse y notificarse a las partes por cédula.

La resolución que reciba la causa a prueba será susceptible del recurso de reposición, al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano.

En cuanto a los medios de prueba, serán admisibles todos aquellos indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil y todo indicio o antecedente que, en concepto del Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes.

C. Etapa de fallo

Vencido el término probatorio, el Tribunal así lo declarará y ordenará traer los autos en relación, fijando el día y hora para la vista. El Tribunal deberá oír alegatos de los abogados de las partes cuando alguna de éstas lo solicite.

Concluida la vista de la causa y no existiendo diligencias pendientes que sean fundamentales, el proceso quedará en estado de dictarse fallo, el cual deberá ser dictado dentro de los cuarenta y cinco días siguientes.

La sentencia definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia. Además, en ella deberá hacerse expresa mención de los fundamentos de los votos de minoría, en caso que los haya habido.

En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas:

— Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la ley en comento;

— Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior;

— Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales.

D. Etapa de Impugnación del Fallo

Todas las resoluciones pronunciadas por el Tribunal, serán susceptibles del recurso de reposición, el cual podrá ser resuelto de plano o darle tramitación incidental, a este respecto también es importante señalar que este recurso no tiene asignado en la ley 19.911 una tramitación especial, lo que nos lleva a recurrir a las normas del Código de Procedimiento Civil previstas para dicho recurso.

- Recurso de Reposición: Es aquel medio de impugnación ordinario que tiene por objeto obtener del tribunal que dictó un auto o un decreto, que lo modifique o lo deje sin efecto, sea que se hagan valer o no nuevos antecedentes. A través de este recurso se pueden impugnar por regla general, los autos y los decretos.

Tratándose de la reposición que procede respecto de ciertas sentencias interlocutorias, el plazo es de 3 días, lo que sucede con la resolución que recibe la causa a prueba y con las resoluciones recaídas sobre medidas cautelares.

Solicitada la reposición al Tribunal, éste deberá pronunciarse de plano sobre el si se hacen o no valer nuevos antecedentes. Si se hacen valer nuevos antecedentes, deberá dársele una tramitación incidental. En caso de que el recurso de reposición sea tramitado incidentalmente, se observarán las reglas de los incidentes señalados en el derecho común.

— Recurso de Reclamación: Sólo será susceptible de recurso de reclamación la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 17 k, también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas. Dicho recurso deberá ser fundado y podrá in-

terponerlo el Fiscal Nacional Económico o cualesquiera de las partes en el Tribunal, dentro del plazo de diez días hábiles, contados a partir de la respectiva notificación por cédula de la sentencia definitiva. Este plazo se ampliará con el aumento que corresponda al lugar en que tenga su domicilio el afectado, si éste fuere distinto al de la sede del Tribunal.

Para seguir el recurso interpuesto, no será necesaria la comparecencia de las partes. El recurso será conocido por una sala de la Corte Suprema con preferencia a otros asuntos.

La interposición del recurso no suspenderá el cumplimiento del fallo, salvo lo referido al pago de multas. No obstante, a petición de parte y mediante resolución fundada, la Sala que conozca del recurso podrá suspender los efectos de la sentencia, total o parcialmente.

En la vista de la causa ante la sala de la Corte Suprema podrán oírse los alegatos de los abogados que lo hayan solicitado, situación de suma importancia, pues esta es la única oportunidad procesal que tienen las partes para lograr revertir el fallo del Tribunal de Defensa.

La sentencia de la sala de la Corte Suprema podrá confirmar o revocar la sentencia definitiva del Tribunal, pero en ningún caso podrá dictar una nueva sentencia de reemplazo.

E. Etapa de ejecución del fallo

En caso que la sentencia definitiva sea condenatoria, la ejecución de ella y de las demás resoluciones pronunciadas por el Tribunal, le corresponderá al mismo, para lo cual contará con todas las facultades propias de un Tribunal de Justicia, como: decretar embargos con el auxilio de la fuerza pública, con facultades de allanamiento y descerrajamiento si fuese necesario, decretar retiro de especies en las mismas condiciones anteriores, etc.

En caso de que la sentencia definitiva haya condenado al pago de una multa, ésta deberá pagarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que quede ejecutoriada la respectiva resolución.

Respecto del cumplimiento de las condenas que no signifiquen el pago de alguna multa, el Tribunal podrá ordenar la cancelación de la personalidad jurídica de la sociedad que corresponda, para lo cual ordenará que se practiquen las subinscripciones que correspondan, como también podrá oficiar a los organismos correspondientes como: Servicio de Impuestos Internos, Conservador de Bienes Raíces, Registro de Comercio, Superintendencias, etc, todas aquellas actuaciones que tengan por finalidad dar cumplimiento a la sentencia definitiva.

El Juez Civil al momento de resolver sobre la indemnización de perjuicios, deberá fundar su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos que fueron establecidos en la sentencia del Tribunal.

Respecto de los plazos de la prescripción extintiva, se observan las siguientes reglas:

— Las acciones a que den lugar las infracciones a la libre competencia, prescriben en el plazo de dos años, contados desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular que sean formulados ante el Tribunal.

— Las medidas que se adopten para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia, prescriben en dos años, contados desde que se encuentre firme la sentencia definitiva que las imponga. Esta prescripción se interrumpe por actos cautelares o compulsivos del Tribunal, del Fiscal Nacional Económico o del demandante particular.

— Las acciones civiles derivadas de un atentado a la libre competencia prescriben en el plazo de cuatro años, contados desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva.

— La prescripción de las acciones y de las medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia, no se suspenden a favor de ninguna persona.

Procedimiento no contencioso

Tiene lugar cada vez que el Tribunal:

— Conozca a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la ley 19.911, sobre hechos, actos o contratos existentes, así como aquellos que le presenten quienes se propongan ejecutarlos o celebrarlos, para lo cual, en ambos casos, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos.

— Dikte instrucciones de carácter general de conformidad con la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella.

— Emita los informes que le sean encomendados, en virtud de disposiciones legales especiales.

Su tramitación será de la siguiente manera:

1. El decreto que ordene la iniciación del procedimiento, deberá publicarse en el Diario Oficial y en un diario de circulación nacional, y se notificará por oficio a la Fiscalía Nacional Económica, a las autoridades que estén directamente vinculadas y a los agentes económicos que, a juicio exclusivo del Tribunal, estén relacionados con la materia, para que en un plazo no inferior a quince días hábiles, éstos y quienes tengan interés legítimo puedan aportar antecedentes.

2. Vencido el plazo anterior, el Tribunal deberá citar a una audiencia pública, la cual se llevará a cabo dentro del plazo fatal de treinta días, contados desde la notificación, la que se practicará mediante un aviso publicado en el Diario Oficial, para que quienes hubiesen aportado antecedentes puedan manifestar su opinión al respecto.

3. Si las autoridades, organismos o personas referidos en los números anteriores, no informaren en los plazos que el Tribunal les fijare al efecto, éste podrá prescindir del informe.

4. De oficio o a petición del interesado, el Tribunal podrá recabar y recibir los antecedentes que estime pertinentes.

Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal, podrán ser objeto del recurso de reposición. Además, las resoluciones que fijen condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos, podrán también ser objeto del recurso de reclamación.

Por último, es importante señalar que las causas que hubieren conocido las Comisiones Preventivas Central y las Regionales, se seguirán tramitando sin solución de continuidad, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con arreglo a los procedimientos establecidos por las disposiciones vigentes al momento de su inicio, de conformidad con la quinta disposición transitoria de la Ley 19.911.

Modificaciones generales y eliminación del carácter penal

Además de eliminar las Comisiones Preventivas y Resolutoria, crear el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y establecer su procedimiento; la ley 19.911 modificó aspectos

generales de la legislación antimonopolios y eliminó el carácter penal de los atentados a la libre competencia, teniendo como fundamento que todo tipo penal debe describir en forma precisa las conductas que sanciona, de tal manera que los sujetos a los cuales se dirige la norma tengan la certeza de aquello que está prohibido por el legislador.

Como contrapartida a la eliminación del carácter penal, que rara vez ha dado paso a la acción penal y se estima que no ha logrado disuadir las conductas contra la libre competencia, se propone aumentar las multas y hacer responsables solidariamente de su pago a los directores, gerentes o administradores de las empresas que incurrieren en ellas.

IV. LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA¹⁶

La Fiscalía Nacional Económica es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, encargado de velar por la libre competencia. Su función principal es la de investigar todo hecho, acto o convención que tienda a impedir, eliminar, restringir o entorpecer la competencia económica en los mercados y, cuando lo estime procedente, sometiendo el resultado de sus investigaciones al conocimiento de la Comisión Resolutiva, a fin de que ésta, en el ejercicio de sus atribuciones, adopte las medidas o sanciones adecuadas para evitar o reparar los efectos anticompetitivos de las conductas o hechos investigados.¹⁷

También tiene como función la de promover la libre competencia en el mercado, lo que significa crear una verdadera cultura de competencia.

La Fiscalía Nacional Económica tiene su sede en Santiago. Se encuentra a cargo de un funcionario denominado Fiscal Nacional Económico de la exclusiva confianza del Presidente de la República, a quien le corresponde ejercer tanto la jefatura superior como la representación judicial y extrajudicial del Servicio. El Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, es independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Además, preside la Comisión Nacional de Distorsiones e integra la Junta Nacional de Aduanas; tribunal de segunda instancia de las causas aduaneras.

A la Fiscalía se le concede la facultad de interpretar a su manera las distintas disposiciones legales existentes en materia de libre competencia, para así exponerlas ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, interpretación basada en lo que logre el Fiscal como consecuencia de sus variadas investigaciones, experiencia que le permite interpretar de mejor manera la norma.

Para comprender de mejor manera a la Fiscalía Nacional Económica, es conveniente mencionar algunas de las modificaciones que afectaron a su organización a partir de la entrada en vigencia de la ley 19.911.

La modificación al Decreto Ley 211 de 1973, atendió a la necesidad de renovar la legislación antimonopolios tanto en su parte sustantiva como adjetiva, constituyendo en el caso de ésta última, una auténtica innovación en materia económica en Chile, puesto que marca la transición desde el Sistema de las Comisiones, al Sistema Judicial o Judicialización de los Conflictos Monopólicos, estableciendo un plan de colaboración y fortalecimiento de las relaciones entre el órgano investigativo y el jurisdiccional, dotando de nuevas atribuciones a la Fiscalía Nacional Económica, para que pueda cumplir de mejor manera su función.

¹⁶ Witker, Jorge, "Derecho de la Competencia en América", Fondo de Cultura Económica, Chile, 2000.

¹⁷ Definición dada por la Fiscalía Nacional Económica.

En cuanto a su composición, encontramos dos modificaciones principales, por una parte, la eliminación de los Fiscales Regionales Económicos, siendo sustituidos por los Fiscales Adjuntos, y por otra, el aumento en el número de profesionales de planta de la Fiscalía.

Esta modificación encuentra su razón de ser en la desproporcionalidad de la carga de trabajo de los distintos Fiscales Regionales, en comparación con el Fiscal Nacional Económico, ya que, aunque el texto legal no lo diga expresamente, éste último ejercía su labor en la Región Metropolitana como Fiscal Nacional y Fiscal Regional, cuestión que sin lugar a dudas constituía un despropósito, en razón de que la mayoría de los conflictos se producen en la Región Metropolitana, versus otras regiones, donde los conflictos por libre competencia son escasos o nulos.

Respecto al aumento en el número de profesionales que conforman la planta de la Fiscalía, éstos pasan de 7 a 17, lo mismo ocurre con los fiscalizadores, que aumentan de 5 a 7, los que sumados a los demás funcionarios, dan un total de 50 funcionarios de planta, igual número que en el periodo anterior. La razón de esta modificación atiende a la necesidad de profesionalizar, a través de la especialización, la tarea de la Fiscalía, siendo la mayor riqueza de éste servicio, el nivel de especificación de la materia a la cual se encuentran abocados.

Así, la Planta de la Fiscalía quedó conformada de la siguiente forma:

- Un Fiscal Nacional Económico
- Un Subfiscal Nacional Económico
- 8 Jefes de Departamento
- 3 Jefes de Sección
- 17 Profesionales
- 7 Fiscalizadores
- 2 Técnicos
- 6 Administrativos
- 5 Auxiliares

Atribuciones y deberes del fiscal nacional económico

— Instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones al estatuto jurídico, dando noticia de su inicio al afectado. Con conocimiento del Presidente del Tribunal, la Dirección General de la Policía de Investigaciones de Chile deberá poner a disposición del Fiscal Nacional Económico el personal que este requiera para el cumplimiento de su cometido investigativo o para ejecutar las diligencias específicas que le solicite con el mismo objeto.

— Actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los Tribunales de justicia, con todos los deberes y atribuciones que le correspondan en esa calidad, con la excepción de las investigaciones criminales y causas de esa naturaleza. El Fiscal podrá, cuando lo estime necesario, asumir, por sí o por delegado, la representación de la Fiscalía en cualquier proceso e intervenir, de igual manera, en cualquier instancia, trámite o actuación determinada ante los tribunales de justicia o autoridades administrativas o municipales.

— Requerir del Tribunal el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones y la adopción de medidas preventivas, con ocasión de las investigaciones que la Fiscalía se encuentre ejecutando.

— Velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicte el Tribunal o los tribunales de justicia, en las materias a que se refiere la Ley en comento.

— Emitir los informes que solicite el Tribunal, en los casos en que el Fiscal no tenga calidad de parte.

— Solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos y servicios públicos, de las municipalidades o de las empresas, entidades o sociedades en que el Estado o sus empresas, entidades o sociedades, o las municipalidades, tengan aporte, representación o participación, quienes estarán obligados a prestarla.

— Requerir de cualquier oficina, servicio o entidad referida en el párrafo anterior, que ponga a su disposición los antecedentes que estime necesarios para las investigaciones, denuncias o querellas que se encuentre practicando o que le corresponda intervenir.

— Solicitar a los particulares las informaciones y los antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique. Dicha solicitud deberá ser fundada y se presentará a la Fiscalía Nacional Económica dentro de los cinco días siguientes a la comunicación del requerimiento, cuyos efectos se suspenderán desde el momento en que se efectúe la respectiva presentación.

— Denunciar los delitos previstos en esta Ley, cuando lo ordene el Tribunal.

— Ejecutar y celebrar toda clase de actos y contratos sobre bienes muebles e inmuebles y sobre cosas corporales o incorpóreas que integren el patrimonio del Servicio, incluso aquellos que permitan enajenar o transferir el dominio y transigir respecto de derechos, acciones y obligaciones, sean contractuales o extracontractuales.

— Llamar a declarar, o pedir declaración por escrito, a los representantes, administradores, asesores y dependientes de las entidades o personas que pudieren tener conocimientos de hechos, actos o convenciones objeto de investigaciones y a toda otra persona que hubiere ejecutado y celebrado con ellas actos y convenciones de cualquier naturaleza, respecto de algún hecho cuyo conocimiento estime necesario para el cumplimiento de sus funciones.

— Requerir de los organismos técnicos del Estado, los informes que estime necesarios y contratar los servicios de peritos o técnicos.

— Celebrar convenios o memorando de entendimiento con Agencias u otros Organismos Extranjeros que tengan por objeto promover o defender la libre competencia en las actividades económicas.

— Convenir con otros servicios públicos y Organismos del Estado, la transferencia electrónica de información, que no tenga el carácter de secreta o reservada de acuerdo con la ley, para facilitar el cumplimiento de sus funciones, asimismo, y previa resolución fundada del Fiscal Nacional Económico, podrá convenir la interconexión electrónica con organismos o instituciones privadas. Del mismo modo, podrá convenir esta interconexión con organismos públicos extranjeros u organizaciones internacionales, con las cuales haya celebrado convenios o memorando de entendimiento.

Como se aprecia de lo anterior, la Fiscalía está dotada de amplias facultades que se justifican por la importancia que tiene este Servicio, dado que el bien jurídico que resguarda es de fundamental importancia para la actividad económica del país y también forma parte y refleja las políticas del Estado en esta materia. Es decir, el Estado protege y crea los organismos que aseguran la entrada de nuevos actores económicos a la actividad comercial, impulsando con esto no sólo al comercio nacional, sino también al internacional, ya que asegura el respeto que Chile otorga a la competencia, fortaleciendo también la inversión para captar más y nuevos recursos y a su vez procurar la creación de nuevas fuentes laborales.

Las atribuciones del Fiscal Nacional Económico tienen como objetivo central el acceder de manera más rápida y eficaz a la mayor cantidad de información posible tanto de quienes tengan conocimiento de hechos, actos o convenciones que sean objeto de la investigación, de organismos técnicos del Estado a través de informes, como también información a la cual tenga acceso a través de convenios o memorando de entendimiento con agencias u otros organismos internacionales que promueven la libre competencia, y por último, la transferencia electrónica de información que no sea reservada o secreta con otros servicios públicos y organismos del Estado, o la interconexión electrónica con organismos o instituciones privadas nacionales y extranjeras.

A efecto de analizar el procedimiento a seguir ante la Fiscalía Nacional Económica debemos distinguir entre la Región Metropolitana y las demás regiones, puesto que al momento de ser eliminados los Fiscales Regionales Económicos, el procedimiento fue modificado.

Así, el estudio de esta materia se estructura de la siguiente manera:

A. Procedimiento en la Región Metropolitana

- Por Denuncia
- De Oficio

B. Procedimiento en Regiones

A) *Procedimiento en la Región Metropolitana por Denuncia*: Cualquier persona natural o jurídica puede denunciar ante la Fiscalía Nacional Económica la ocurrencia de hechos o actos que, a su juicio, pudieran atentar contra la libre competencia en los mercados.

Para la presentación de denuncias no se requerirá más formalidad que indicar con claridad:

- Identificación del denunciante, quien podrá solicitar reserva de su identidad;
- El mercado específico en el que se desarrollan los hechos;
- La individualización de los agentes económicos involucrados;
- Los hechos que constituirán conductas contrarias a la competencia.

Adicionalmente, deberá adjuntarse, en la medida de lo posible, la documentación relativa al asunto que obre en poder del denunciante.

El Fiscal Nacional Económico, conforme al mérito de lo señalado en la denuncia y antecedentes acompañados, resolverá si da inicio a una investigación del mercado respectivo; sin embargo, si los hechos corresponden al ámbito de competencia de otro servicio, los derivará mediante oficio.

El Fiscal Nacional Económico puede ordenar las siguientes diligencias:

— Requerir mediante oficio de los denunciados o de cualquier persona natural o jurídica, la información o antecedentes necesarios para cumplir con los fines de la investigación.

— Solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos o servicios públicos, de las municipalidades o de las empresas, entidades o sociedades en que el Estado o sus empresas tengan participación, quienes estarán obligados a prestarla.

— Recabar y ejecutar por medio de los funcionarios de la propia Fiscalía Nacional Económica, el examen de toda documentación, elementos contables y otros que estime necesarios.

— Citar a prestar declaración a cualesquiera personas por sí o en representación de personas jurídicas.

— Solicitar a la Dirección General de la Policía de Investigaciones de Chile que ponga a disposición del Fiscal Nacional Económico el personal que éste requiera para comprobar las in-

fracciones a la Ley en comento o para ejecutar las diligencias específicas que le solicite con el mismo objeto.

Agotadas las diligencias, el Fiscal Nacional Económico declarará el cierre de la investigación y resolverá:

— Si los hechos, a su juicio, no son constitutivos de infracción a la normativa de defensa de la competencia, dispondrá el archivo de los antecedentes.

— Si los hechos, a su juicio, son susceptibles de constituir una conducta atentatoria, deberá deducir el requerimiento correspondiente ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

A) *Procedimiento en la región metropolitana de oficio*: La Fiscalía Nacional Económica cuenta con la atribución de realizar investigaciones por propia iniciativa, a partir del conocimiento de hechos o actos susceptibles de encuadrarse en conductas atentatorias de la competencia.

A tal efecto, el Fiscal Nacional Económico podrá dictar una resolución que disponga el inicio de una investigación, notificando esta circunstancia a las personas naturales o jurídicas involucradas. En el curso de la investigación, podrá llevar a cabo cualquiera de las diligencias señaladas anteriormente. Agotadas las diligencias, el Fiscal Nacional Económico decretará el cierre de la investigación y resolverá:

— Si los hechos, a su juicio, no son constitutivos de infracción a la normativa de defensa de la competencia, dispondrá el archivo de los antecedentes.

— Si los hechos, a su juicio, son susceptibles de constituir una conducta atentatoria, deberá deducir el requerimiento correspondiente ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

B) *Procedimiento en regiones*: El Fiscal Nacional Económico podrá designar Fiscales Adjuntos para actuar en cualquier ámbito territorial, cuando la especialidad y complejidad o urgencia de una investigación así lo requiera.

Para facilitar las presentaciones de los particulares dirigidas a la Fiscalía Nacional Económica, podrán ingresarse a través de las Intendencias Regionales o Gobernaciones Provinciales respectivas, cuando el domicilio del peticionario se encuentre ubicado fuera de la ciudad de asiento de este organismo. Si se tratare de presentaciones que deban hacerse dentro de determinado plazo, se entenderán efectuadas desde la fecha de presentación en la respectiva Intendencia o Gobernación.

V. CONCLUSIONES

Hemos descrito someramente los dos modelos institucionales con que se regula en América Latina el Derecho de la Competencia Económica.

El esquema de la Comisión Federal de México cumple doce años de existencia, lapso en el cual ha desplegado un discreto papel, pues su dependencia del Ejecutivo, le ha impedido ejercer con eficacia sus tareas. Quizás a partir del año 2005, dicha Comisión comienza a cumplir con mayor fuerza la aplicación de la Ley, que de paso ha sido reformada en el año 2006.

Por otra parte, la tarea del nuevo Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en Chile no es sencilla, pues se trata de un tema muy sensible dentro del desarrollo de la economía chilena, y sin duda habrá quienes la ataquen por considerarla una tarea un tanto paternalista que regula

relaciones entre privados que durante décadas han actuado motivados por sus propios intereses, atentando contra el derecho reconocido constitucionalmente y consagrado a desarrollar toda clase de actividades económicas, sin encontrarse barreras de entrada al mercado.

Asimismo, se debe señalar que esta nueva rama del Derecho abre una inmensa oportunidad para que profesionales jóvenes puedan desarrollarse dentro de ella, pues si bien existe un órgano jurisdiccional desde hace 30 años, son muy pocos los que han tenido la oportunidad de litigar ante él, debido entre otras causas a la poca difusión de la materia, que sin duda resulta más que motivante su estudio, porque se aleja del tradicional derecho que conocemos, basado en relaciones de igualdad entre las partes; hacia un derecho en donde lo que prima es esencialmente la desigualdad entre las partes y donde es precisamente esta desigualdad la que origina los conflictos.¹⁸

Con base en lo anterior, es evidente que las reformas relativas a la materia constituyen un avance favorable en materia de derecho económico y también en la especialización de la jurisdicción, que es la nueva corriente judicial, pues busca jóvenes especializados que sean capaces de resolver conflictos que se sometan a su conocimiento, garantizando un ambiente de seguridad deseada por todos en América Latina.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AREEDA, Phillip E. y Kaplow, Louis, *Antitrust Analysis. Problems, Text, Cases*, Little, Brown and Company, 1988.
- BORK, Robert H., *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books, 1978.
- CASTAÑEDA, Gabriel *et al.*, “Antecedentes económicos para una Ley Federal de Competencia Económica”, *El Trimestre Económico*, volumen LX, número 237, enero-marzo de 1993.
- Comisión Federal de Competencia, *Gaceta de Competencia Económica*, México, varios números.
- GARCÍA ALBA IDUÑATE, Pascual, “Fundamentos económicos en las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia”, *Informe de Competencia Económica*, México, segundo semestre de 1996.
- GILBERT, Richard J. y KATZ, Michael, “An Economist’s Guide to U.S. v. Microsoft”, *Journal of Economic Perspectives*, volumen 15, número 2, 2001.
- O’BRIEN, Daniel, “Comments on The Microsoft Antitrust Case”, *Journal of Industry, Competition and Trade*, volumen 1, número 1, marzo de 2001.
- PEREZNIETO, Leonel y GUERRERO, Renato, *Derecho de la competencia económica*, Oxford University Press, México, 2002.
- POSNER, Richard A., *Antitrust Law. An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, 1976.
- TEN KATE, Adriaan y NIELS, Gunnar, “La delimitación del mercado relevante: el enfoque del monopolista hipotético”, *Gaceta de Competencia Económica*, año 2, número 5, México, septiembre-diciembre de 1999.
- TOVAR LANDA, Ramiro, *Lecturas en regulación económica y política de competencia*, Miguel Ángel Porrúa, 2000.

¹⁸ Ortiz Blanco, Luis y Cohen, Simón, “Derecho de la Competencia Europeo y Español Curso de Iniciación”, Centro de Estudios Europeos Emile Noël, España, 1999.

AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, Javier B., *La libre competencia*, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Oxford, University Press, México, 2000.

GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh, *Ley Federal de Competencia Económica, comentarios, concordancias y jurisprudencia*, UNAM-III, México, 2003.

WITKER, Jorge y VARELA, Angélica, *Derecho de la competencia económica en México*, UNAM-III, México, 2003.