

Francisco Agüero Vargas
Santiago, 12 de junio de 2013

Fiscalía Nacional Económica: Fiscalización y Potestades



Centro de Regulación y Competencia • Facultad de Derecho • Universidad de Chile

Esquema

- ¿Por qué fiscalizar?
- Fiscalía Nacional Económica (FNE)
 - Origen legal
 - Principales reformas
 - Fiscal Nacional Económico
 - Potestades
 - Evaluación potestades
 - Límites

¿por qué fiscalizar?

Concepto

- Se examina la conducta de las personas, administrados, para comprobar si cumplen deberes, prohibiciones o limitaciones
- *Control, inspección, vigilancia, supervisión...*
- Función para conocer hechos

¿Por qué? (1)

- Hoy: *sociedad de riesgo*
 - Estado no ha quedado impávido antes más riesgos
 - Estado ha adecuado su *músculo*, con la creación y reforzamiento de los órganos que fiscalizan diversas actividades económicas
- El Estado pasa de evitar los daños, *a prevenir los riesgos*

¿Por qué? (2)

- Prevención de riesgos requiere buscar y encontrar información, usando métodos que van desde entrega voluntaria a interceptación de comunicaciones. (Hood, Rothstein, Baldwin)
 - *Captar información para prevenir los riesgos*
- Complejidad de actividad industrial (+ privatización de empresas) obliga a mayor regulación
 - *pero también a una creciente supervisión de las actividades privatizadas* (Rivero Ortega)

¿Por qué? (3)

- *Mayor regulación implica mayor control*
 - *"Con grandes poderes, viene una gran responsabilidad"*
- Control de Administración respecto de actividades emana del poder de policía (de *polis*), debiendo Adm. controlar que la actividad de particulares se ajuste a los fines de utilidad pública
- Ajuste se puede hacer en forma preventiva o represiva (Derecho Adm. Sancionador)

¿Por qué? (4)

- Antes de reprochar se debe controlar si cumplió o no la ley
- Simple observación de la realidad no es suficiente para que la Administración entienda la conducta de los particulares
 - Muchas veces se requiere información prevista por los particulares, ya sea facilitada o entregada por ellos

Actividad antigua

- Vigilancia de actividades económicas ocurre en Chile desde antaño
 - Aduanas (1833)
 - Gas (1875)
 - Electricidad (1904)
 - Bancos (1912)
 - Trabajo: “Ley de la Silla” (1914)
 - Libre Competencia (1959)
- Creciente número de *fiscalizadores*
 - *Superintendencias y demases*

¿Cómo funciona?

- No hay datos
- Pocos fiscalizadores
 - 300 aprox. en materia “sanitaria”
 - Eso sí, mucho carabinero (también fiscalizan!)
- Se sabe / estima que es
 - Discrecional
 - Relativamente incoherente
 - Dispersa
 - “Poco transparente”
- Reactiva a denuncias (75% en materia sanitaria y libre competencia)

Es potestad

- Obliga a terceros mediante declaraciones unilaterales de voluntad
 - Ordenes obligatorias a los administrados a través de los órganos de la Administración, quienes son terceros extraños.
- Se obliga al particular a soportar una intromisión o injerencia de la Administración en su esfera propia, independiente de su voluntad

Con datos, se evalúa

- Sólo una vez que se han recopilados datos, Administración evalúa, analiza y razona su significado, importancia y decide si es procedente y conveniente encuadrarlos o no en los presupuestos de hecho que permiten hacerlos recaer en una categoría del derecho

¿Qué se controla?

- Inspección de cumplimiento de legalidad
 - Leyes y reglamentos, pero puede ser cumplimiento de otros actos, NT, convenios (conciliación ante TDLC, *programas de cumplimiento*)*
- Fiscalizadores controlan la legalidad... *¡pero no toda la legalidad!*
 - Una parte de la legalidad, una cuota: *el sector específico que fiscalizan*
 - Problema de definir cuál es la **frontera**, especialmente respecto de distintos fiscalizadores (colaboración / coordinación / [competencia])

Principios: Legalidad

- Fiscalizar implica limitar la libertad de las personas
 - Materia de ley
- Como ejercicio de una potestad pública, esta debe someterse primero al *principio de legalidad*, por el cual toda acción singular del poder se encuentra justificada en una ley previa

Principios: Proporcionalidad

- Razonabilidad en los fines perseguidos
- Proporcionalidad entre objeto de la medida y el fin perseguido
 - Y en ejercicio de la potestad en caso concreto
- *favor libertatis*: veda uso indiscriminado y discrecional de medidas que afecten la libertad de los individuos – de cualquier tipo – en beneficio de la Administración

Principio: Confidencialidad

- Confidencialidad de la información obtenida
 - Deber de secreto incluso después de abandonar el cargo
 - Posibles sanciones disciplinarias a quien infringe el deber

Límites a la potestad

- Complejo y restrictivo imponer *ex ante* un límite entre la potestad y los derechos fundamentales de los ciudadanos
 - Es posible que, con la finalidad de cumplir sus deberes, se investigue más de lo necesario
 - Dilema no resuelto

Fiscalía Nacional Económica

FNE: Origen

- La Fiscalía Nacional Económica (FNE) se crea en 1963, después de Comisión Antimonopolios (1959): [fiscal CA]
 - Se distinguen roles que tiene FNE hasta hoy
 - "Actuar como **acusador público representando el interés general de la colectividad [en el orden económico]**, reuniendo, para este efecto, los antecedentes que demostraren la existencia de las infracciones sancionadas por esta ley"
 - Instruir investigaciones
 - Evacuar informes
 - Velar por cumplimiento de fallos dictados por órganos de defensa de la competencia

FNE: Decreto Ley 211

- *El Ladrillo (1973)*
 - *“Agilizar la ley antimonopolios de modo que cualquier entendimiento entre productores para disminuir la competencia entre sí sea drásticamente sancionado”*
- **Octubre de 1973: se dicta DL 211**
 - *“si bien tienen mérito conceptual [ley 13.305] no contemplan una estructura orgánico-funcional que las haga operativas y eficaces en todo el país”*

FNE: Principales reformas

- Institucionalidad: DL 2.760 (1979)
- Fortalecimiento FNE: Ley 19.610 (1999)
- Creación Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC): Ley 19.911 (2003)
- Potestades intrusivas para investigación de carteles: Ley 20.361 (2009)

Fiscal Nacional Económico (1)

- Nombramiento:
 - Abogado, 10 años experiencia profesional
 - Nombrado por Pdte. República tras proceso Alta Dirección Pública
 - Único proceso con mecanismo nuevo (Ley 20.361): 2010
 - Previamente, cargo de confianza
- Duración:
 - 4 años, con una renovación posible

Fiscal Nacional Económico (2)

- Remoción
 - Mecanismo especial en legislación chilena
 - Condicionada a participación de varias autoridades
 - Dispone Presidente, con el informe de Corte Suprema, a requerimiento del Ministro de Economía, Fomento y Turismo
 - Informe debe ser emitido por pleno de Corte Suprema, y debe tener voto de la mayoría de sus miembros en ejercicio
 - *Mecanismo permite sostener que Fiscal Nacional Económico goza de mayor independencia que superintendentes y jefes de servicio*

Fiscal Nacional Económico (3)

- Representante judicial y extrajudicial de FNE
- Independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe
 - FNE ha requerido ante TDLC a autoridades públicas:
 - Dirección General de Aguas
 - Junta de Aeronáutica Civil
 - Municipalidades
- FNE puede defender los intereses que le están encomendados *“en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones”* (Art. 39, DL 211)

FNE: *Acusador público*

- FNE presenta “requerimientos” (demandas) ante TDLC, como un particular
 - Coexiste con litigación privada de particulares
 - FNE puede requerir incluso en demandas particulares
 - En litigación ante TDLC no goza de prerrogativas especiales frente a particulares
 - Excepciones:
 - FNE puede pedir documentos antes de demandar (al investigar).
 - Para los particulares esto ha sido excepcionalísimo (medidas prejudiciales probatorias casi no otorgadas por TDLC)
 - Informa en procesos que TDLC pide, y que FNE no se hace parte (*no requiere, sí informa*)

FNE: Investigar

- Instruir investigaciones que *estime procedentes* para comprobar las infracciones a esta ley, dando noticia de su inicio al afectado (Art. 39, a) DL 211)
 - Puede llevar investigaciones en forma reservada
 - Previo conocimiento Presidente TDLC
 - FNE deber recibir e investigar denuncias que formulen particulares respecto de actos que puedan infringir DL 211

FNE: Investigar

- FNE puede determinar si corresponde investigar o desestimar las denuncias, dentro de los 60 días de recibida (Art. 42)
 - “Principio de Oportunidad” en materia procesal penal
- Expediente FNE puede ser exhibido ante TDLC, tras solicitud
 - Excepciones:
 - Secretos comerciales, fórmulas industriales, etc.
 - Identidad de quienes aportan antecedentes a FNE
- Restricciones acceso Ley de Transparencia

Ppo. de oportunidad al fiscalizar

- Artículo 41, DL 211: La Fiscalía deberá recibir e investigar, según corresponda, las denuncias que formulen particulares respecto de actos que puedan importar infracción a las normas de la presente ley (...) *Para determinar si corresponde investigar o desestimar las denuncias que se formulen*, la Fiscalía podrá solicitar, dentro del plazo de 60 días de recibida la denuncia, antecedentes a particulares, como también llamar a declarar a cualquier persona que pudiere tener conocimiento del hecho denunciado.

FNE: Colaboración Adm. Pública

- FNE puede solicitar colaboración de funcionarios públicos, y ellos están obligados a prestarla, a proporcionar antecedentes que obren en sus archivos y que FNE les requiera, aun cuando sean secretos o reservados
- Requerir de esos servicios públicos los *antecedentes que estime necesarios* para requerir o investigar

FNE: Potestad Inspectora

- FNE puede solicitar a los particulares las informaciones y los antecedentes que *estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique* (Art. 39, h) DL 211
 - Control judicial de esta potestad discrecional por TDLC (efectivo, expedito)
 - Por su carácter preventivo, requiere un margen de apreciación amplio, para no volverse en una potestad rígida, y que la haga perder eficacia.

Con control judicial

- Art. 39, h), DL 211: Las personas naturales y los representantes de personas jurídicas a los que el Fiscal Nacional Económico requiera antecedentes o informaciones cuya entrega pudiere irrogar perjuicio a sus intereses o a los de terceros, podrán solicitar al [TDLC] que deje sin efecto total o parcialmente el requerimiento.
 - Esta solicitud deberá ser fundada y se presentará a la [FNE] dentro de los cinco días siguientes a la comunicación del requerimiento, cuyos efectos se suspenderán desde el momento en que se efectúa la respectiva presentación.

FNE: Citar a declarar

- FNE puede llamar a declarar, o pedir declaración por escrito, a representantes, administradores, asesores y dependientes de entidades o personas que pudieren tener conocimiento de hechos, actos o convenciones objeto de investigaciones y a toda otra persona que hubiere ejecutado y celebrado con ellas actos y convenciones respecto de algún *hecho cuyo conocimiento estime necesario para el cumplimiento de sus funciones* (Art. 39, j)
 - Observaciones:
 - No se contempla sanción por mentir en declaración
 - Puede haber contradicción con declaración de testigos en proceso ante TDLC

FNE: Potestades intrusivas

- Examen Tribunal Constitucional
 - *"las facultades que se otorgan a la [FNE] satisfacen las exigencias constitucionales al contemplarse en la norma en análisis los resguardos necesarios para proteger adecuadamente la dignidad y derechos fundamentales de los afectados con su ejercicio, pudiendo éstos incluso reclamar"*
- Requisito común para su ejercicio
- Exigencias copulativas
 - TDLC
 - Ministro Corte de Apelaciones

FNE: Potestades intrusivas

- *En **casos graves y calificados** de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la **letra a) del art. 3º**, la FNE puede solicitar, mediante **petición fundada** y con la **aprobación previa del TDLC, autorización** al Ministro de la Corte de Apelaciones que corresponda de acuerdo al turno, para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de FNE que indique la solicitud pueda...*
- Ministro Corte de Apelaciones debe verificar existencia de antecedentes **precisos y graves acerca de la existencia de prácticas de colusión**, reunidos por FNE con *anterioridad a la solicitud de autorización*.
 - Se debe especificar la singularización de las medidas, el tiempo por el cual podrán ejercerse y las personas a las que dichas medidas pueden afectar

FNE: Potestades intrusivas

- Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar
- Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción
- Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones
- Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella

FNE: Comentarios (1)

- Potestades sólo para ciertos casos de carteles
 - *"Acuerdos expresos o tácitos **entre competidores**, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado **y que consistan en** fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación"*
 - Acuerdos que no sean "entre competidores" podrían quedar fuera
 - Ejemplo: usando un intermediador
 - Acuerdos que no consistan en conductas 3,a) no permiten intrusión
 - Ejemplo: Acuerdo EEUU entre empresas de tecnología sobre recursos humanos (DOJ, 2011)

FNE: Comentarios (2)

- Para estas medidas, DL 211 contempla aplicación supletoria de *ciertas* normas NCPP
- DL 211 no prevé situación de solicitudes en múltiples jurisdicciones (coordinación de medidas)
- DL 211 contempla recurso de reclamación especial respecto de medidas, sin plazo para su interposición
- Delación compensada sólo se puede alcanzar con 3, a) DL 211
 - Otros casos de colusión: no resuelto cómo se colabora con FNE

FNE: Comentarios (3)

- “Prueba ilícita”:
 - Resultados de actuaciones *intrusivas*, no puede ser utilizadas como medios de prueba en el procedimiento ante TDLC, cuando desempeño o ejercicio de ellas hubiere tenido lugar fuera de los supuestos establecidos en DL 211 o cuando no se hubieren cumplido los requisitos previstos para su procedencia y hubiere sido declarado así por el Ministro de Corte de Apelaciones
- Antecedentes que se obtengan en virtud del ejercicio de las facultades *intrusivas* no pueden ser utilizados por FNE en ninguna otra investigación, *salvo que medie una nueva autorización judicial*

Potestades intrusivas

- Caso DL 211, a propósito de facultades para investigar carteles
 - Interceptación de comunicaciones, allanamientos...
 - Ley 20361
 - Caso “farmacias” (2009): “delación compensada”
 - Corte Suprema (2010):
 - *«la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas»*

Prueba ilícita (1)

- Si información es obtenida en contravención a las garantías fundamentales, hay *prueba ilícita*, si se usaran informaciones obtenidas quebrantando garantías constitucionales, en ejercicio de la potestad de inspección, éstas debieran rechazarse
 - Art. 35 LBPA: hechos relevantes para la decisión de un procedimiento administrativo, pueden acreditarse por cualquier *medio de prueba admisible en derecho*
 - Art. 276 Código Procesal Penal: ordena al juez excluir las pruebas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales

Prueba ilícita (2)

- DL 211: Los resultados de las actuaciones establecidas en el párrafo primero, no podrán ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento ante el Tribunal, *cuando el desempeño o ejercicio de ellas hubiere tenido lugar fuera de los supuestos establecidos en la ley o cuando no se hubieren cumplido los requisitos previstos para su procedencia y hubiere sido declarado así, en la forma señalada en el párrafo precedente*, por el Ministro de Corte de Apelaciones allí referido.
- Los antecedentes que se obtengan en virtud del ejercicio de las facultades contenidas en esta letra, no podrán ser utilizados por la Fiscalía en ninguna otra investigación, salvo que medie una nueva autorización judicial;

STC 1377 (2009)

- *requieren para llevarlas a la práctica de la aprobación previa del [TDLC] y la autorización de un Ministro de Corte de Apelaciones que sólo puede otorgarla luego de "verificar la existencia de antecedentes precisos y graves acerca de la existencia de prácticas de colusión" y en ella debe especificarse en forma precisa "la singularización de las medidas, el tiempo por el cual podrán ejercerse y las personas a las que dichas medidas pueden afectar." Además, están sujetas a los requisitos y formalidades que se indican en la misma disposición;*
- *esta Magistratura considera que las facultades que se otorgan a la [FNE] satisfacen las exigencias constitucionales al contemplarse en la norma en análisis los resguardos necesarios para proteger adecuadamente la dignidad y derechos fundamentales de los afectados con su ejercicio, pudiendo éstos incluso reclamar*

Disidencia Fernández Baeza

- *los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana lesionados por la .. ley bajo control, son aquellos que encuentran seguro cobijo constitucional en el número 5º del artículo 19, esto es, la inviolabilidad del hogar, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y la inviolabilidad de los documentos privados, y que han acompañado desde siempre al ordenamiento constitucional de Chile.*
- *Un examen más detenido de la norma bajo control... derriba los supuestos habilitantes descritos. ... no existe ninguna proporción -principio éste junto al de la intervención menos lesiva, de todos los derechos de coacción- entre [la conducta de colusión] y las medidas de fuerza que se autoriza a llevar a cabo. A pesar del contexto de opinión pública en que su tramitación y despacho ha tenido lugar, este proyecto de ley no ha calificado a la colusión como delito en el sentido punible y su comisión no ha sido castigada con privación de libertad. Así lo decidió el legislador. No parece razonable, por lo tanto, al tenor de su texto, que para investigar una falta administrativa, penada sólo por multa, se autorice a lesionar los sensibles derechos que se han descrito y con el eventual empleo de la fuerza como se determina.*

Llamadas interceptadas (2010)

- **Paul Von Breitenbach:** *“Oiga don Alejandro, se nos acerca Lo Vásquez...”*.
- **Alejandro Cabello:** *“Si, si me estuvo diciendo algo el Pocho ahí, yo lo iba a llamar endenante (sic)...”*.
- **Paul Von Breitenbach:** *“Yo sugiero, hace tiempo que estamos parados en 3.500, yo me iría a 4.000 y las bicicletas en 2.000...”*.
- **Alejandro Cabello:** *“Listo, 4 y 2, listo...”*.

FNE: Delación Compensada

- Se establece que quien *ejecute* una conducta prevista en la letra a) del artículo 3º DL 211 pueda acceder a una ***reducción o exención de la multa*** cuando aporte a la FNE antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.
- ***Requisitos:***
 - Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el TDLC
 - Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la FNE haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud
 - Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud

FNE: Delación Compensada

- Para que haya exención, además, el *ejecutor* de la conducta debe ser el primero que aporte los antecedentes a FNE, dentro del grupo de responsables de la conducta imputada.
- Para que haya reducción de multa, además, el ejecutor de la conducta debe aportar *antecedentes adicionales* a los presentados por quien primero acompañó antecedentes a la FNE.
 - En todo caso, la rebaja de la multa que solicite FNE en su requerimiento, no puede ser superior al 50% de la mayor multa solicitada para los demás ejecutores de la conducta que no pueden acogerse a los beneficios de delación compensada
- FNE debe individualizar en requerimiento ejecutor de la conducta que cumplió los requisitos delación compensada

FNE: Delación Compensada

- Si TDLC acredita conducta, no puede aplicar multa (exención) o reducción mayor a la pedida por FNE
 - *Salvo que se acredite que acreedor fue organizador de conducta ilícita, coaccionando al resto a participar en ella*
- Utilizada en Chile en dos casos:
 - *Tecumseh do Brasil / Whirpool* (2010)
 - Cartel internacional, delación compensada en Brasil
 - *Servicios Pullman Bus Costa Central S.A./ATEVIL* (2011)
 - Cartel denunciado por transporte de buses Santiago-Curacaví y peregrinación Lo Vásquez (8/12/2010)
 - Permitió posterior intervención telefónica
- Coordinación penal: *pendiente* (Art. 285, C. Penal)
 - Eventual desincentivo a delatar

Límites a la potestad

- Complejo y restrictivo imponer *ex ante* un límite entre la potestad y los derechos fundamentales de los ciudadanos (v.g. intimidad, a no autoinculparse y secreto de la correspondencia y comunicaciones privadas)
 - Es posible que, con la finalidad de cumplir sus deberes, se investigue más de lo necesario.
 - En otras palabras, se pida más información de la necesaria
 - Experiencia personal:
 - SII / Embonor / Datos género - PMG

... es un límite a la potestad

- *"el Banco no puede ser obligado a proporcionar a la FNE información que no tiene. Por lo tanto, si el Banco no dispone de información con una antigüedad superior a 6 años, no puede ser obligado a proporcionarla. Sin embargo, no es claro que porque la Ley General de Bancos la obligue a conservar información de hasta 6 años de antigüedad, el Banco no cuente con información más antigua que eso, sea en formato electrónico o impreso". (TDLC)*

Sanción entorpecimiento FNE

- Arresto:
 - *Las personas que entorpezcan las investigaciones que instruya la FNE en el ámbito de sus funciones, podrán ser apremiadas con arresto hasta por 15 días (Art. 42, DL 211)*
 - Sanción muy poco utilizada, última oportunidad, antes de creación TDLC
 - No se contemplan otras sanciones, salvo beneficio eventual por *colaboración con FNE en investigación*

Derechos fundamentales

- Investigación es procedimiento de que debe ajustarse estrictamente a las exigencias del artículo 19 N° 3 de la Constitución
 - investigaciones deben ser racionales y justas.
 - Debe velarse para que *“siempre e irrenunciablemente por no afectar ni lesionar los derechos fundamentales de los inculcados, como tampoco de quien se vea afectado por la investigación”* (Cea)
 - Potestad inspectora tampoco puede infringir las normas de protección de derechos fundamentales de las personas (Bermejo Vera)

Información confidencial

- *"no [se] puede ignorar el hecho de que tanto en la investigación administrativa realizada por la [FNE] pueden existir antecedentes que, por su naturaleza o condición de información comercial o estratégica confidencial de alguna de las partes en la causa, puedan poner a ésta en una situación de perjuicio o de desventaja competitiva en caso de hacerse públicos"*
- *"(...) las partes podrían presentar durante la investigación administrativa ciertos antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica en carácter de reservados, por tratarse de información estratégica que no debe ser conocida por otros actores del mercado, lo que podría ser aceptado por ese Servicio." (TDLC)*

Uso indebido potestad

- “[la] información puede ser obtenida por la FNE directamente de agentes distintos de AC Nielsen y, particularmente, de las empresas concernidas en la investigación, o de sus proveedores, que constituyen la fuente primigenia de los datos en cuestión y pueden, por lo tanto, disponer de ella libremente (...) resultan atendibles los argumentos de AC Nielsen en orden a que la información de ventas de los distintos productos que conforman las líneas de bienes comercializados por los supermercados, constituye información estratégica de sus principales clientes, cuya entrega a la FNE podría ocasionar a AC Nielsen perjuicios en su relación con estos últimos” (TDLC)

Secreto profesional

- Poco reconocimiento legal
 - DL 211: *Sin perjuicio de lo anterior, la Fiscalía no podrá interceptar las comunicaciones entre el sujeto investigado y aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado.*

Colaboración investigación 😊

- Art. 26, DL 211: Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, *la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación.*

¿Entregar información falsa?

- No destruir documentos ni archivos electrónicos
 - Puede ser un delito
 - La colaboración con la investigación es un atenuante (DL 211)
- Falsificar información que se entrega es contraproducente
 - *"Respecto a la información proporcionada por estas empresas [a la FNE], se debe indicar, en primer lugar, como se comprobará, que dicha información no es fidedigna"*

Derecho a no autoinculparse (1)

- Deber de colaboración no debiera afectar el derecho a no declarar contra sí mismo, como tampoco a declararse culpable ante una solicitud de información
- Art. 19, N° 7, f) CPR
 - Convención Interamericana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José (Art. 8, g):
 - *"Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable".*

Derecho a no autoinculparse (2)

- Derecho a no contestar preguntas que puedan significar una medida o sanción
- Este derecho es limitado sólo a las personas naturales.
 - Respecto de las personas jurídicas, el reconocimiento de una eventual titularidad sobre derechos fundamentales es excepcional y necesita de justificación, toda vez que depende de la estructura del derecho de que se trate, determinando la naturaleza de la persona jurídica qué derechos se puede ser titular.

Derecho a no autoinculparse (3)

- En el derecho comparado, si bien no se reconoce a las personas jurídicas en igual calidad que a las personas naturales, a las primeras se les entiende afectado su derecho a defensa si son forzadas a hacer declaraciones que pueda significar la admisión de parte suya de la existencia de una infracción a las normas de libre competencia que corresponde a quien acusa probar (Nazzini)
- Santamaría Pastor: del derecho constitucional a no declarar contra sí mismo, se ha pasado al deber administrativo de hacerlo.

LBPA: supletoria

- Artículo 1º. Procedimiento Administrativo. La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. *En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria.*

CGR: *Supletoria, sí*

- D. 39348/2007
- Procedimiento Directemar:
 - Sí, LBPA es supletoria
 - Imparcialidad
 - Prueba
 - Recursos (aclaración)
 - Plazos

¿Supletoriedad LBPA?

- Artículo 10. Principio de contradictoriedad. Los interesados podrán, *en cualquier momento del procedimiento*, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. (...)
- Los interesados podrán, **en todo caso**, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.
- En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento
 - "Espere a que llegue mi abogado"?

Fiscalización imparcial

- Artículo 11, LBPA. Principio de imparcialidad. La Administración debe *actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.*
- Artículo 12, LBPA. Principio de abstención. Las autoridades y los funcionarios de la Administración en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas a continuación, se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente.

Identificarse y respeto personas

- Artículo 17, LBPA. Derechos de las personas. Las personas, en sus relaciones con la Administración, tienen derecho a:
 - b) Identificar a las autoridades y al personal al servicio de la Administración, bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos;
 - e) Ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse ***en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales;***

... y así lo dice la jurisprudencia

- *"la [FNE] es un órgano del Estado, y más específicamente un servicio público que ejerce un cometido público en el ámbito de la libre competencia. Para ello, dispone de todas las facultades que señala el artículo 39 del Decreto Ley N° 211, las que se encuentran sujetas y deben ejercerse, a falta de un procedimiento de investigación expresamente establecido por dicho texto legal, a la Ley de Procedimiento Administrativo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 19.880". (TDLC)*

Fiscalización *internacional*

Cooperación: FNE-CFC México

- *«2. Las Partes, en la medida que sea compatible con su legislación nacional, políticas de aplicación de la ley y otros intereses importantes, deberán:*
- *(a) auxiliar a la otra Parte, previa solicitud, en la localización y obtención de pruebas y testimonios, y a obtener el cumplimiento voluntario de las solicitudes de información en el territorio de la Parte requerida;*
- *(b) informar a la otra Parte sobre los actos de aplicación de ley relativos a conductas que puedan tener un efecto negativo en la competencia dentro del territorio del otro país.;*
- *(c) proporcionar a la otra Parte, previa solicitud, la información que posea y que la Parte requirente especifique que es relevante para las actividades de aplicación de la ley»*

Cooperación: FNE / DOJ-FTC

ARTICLE II ENFORCEMENT COOPERATION

1. The U.S. antitrust agencies and the FNE agree that it is in their common interest to cooperate in the detection of anticompetitive practices and the enforcement of their competition laws, and to share information that will facilitate the effective application of those laws and promote better understanding of each other's competition enforcement policies and activities, to the extent compatible with their respective laws and important interests, and within their reasonably available resources.
2. Nothing in this Agreement shall prevent the U.S. antitrust agencies or the FNE from seeking or providing assistance to one another pursuant to other agreements, treaties, arrangements, or practices applicable to them.

ARTICLE III COORDINATION WITH REGARD TO RELATED MATTERS

1. Where one of the U.S. antitrust agencies and the FNE are both pursuing enforcement activities with regard to related matters, they shall consider coordination of their enforcement activities.
2. In any coordination arrangement, each competition authority shall seek to conduct its enforcement activities consistently with the enforcement objectives of the other country.

Prácticas transfronterizas

- 1. *Las Partes tendrán la facultad de perseguir aquellas prácticas de negocios anticompetitivas que se generen en su territorio, cuyos efectos se manifiesten en el territorio de la otra Parte.*
- 2. *Cuando una Parte detecte indicios de realización de prácticas de negocios anticompetitivas generadas en el territorio de la otra Parte que produzcan efectos en su territorio, podrá solicitar a la otra Parte el inicio de una investigación.*
- 3. *La Parte solicitada deberá realizar la investigación de conformidad con los procedimientos previstos en su legislación de libre competencia. (Perú)*

Cooperación

- *Las Partes reconocen la importancia de la cooperación y la coordinación entre sus respectivas autoridades para profundizar el cumplimiento efectivo de las leyes de competencia en el área de libre comercio (EEUU)*

Allanamientos: «*dawn raids*»

10. Las alzas señaladas tuvieron efecto, al menos, hasta febrero del año 2009, fecha en la cual las requeridas tomaron conocimiento de la existencia de una investigación en su contra con ocasión de las diligencias de entrada y registro realizadas por las Agencia de Competencia en Brasil, Estados Unidos y la Unión Europea.

Francisco Agüero Vargas

Fiscalía Nacional Económica: Fiscalización y Potestades



Centro de Regulación y Competencia • Facultad de Derecho • Universidad de Chile