

Algunos aspectos relevantes de los procedimientos contemplados en el DL 211

I. Investigaciones de la FNE

Pueden iniciarse de oficio o por denuncia de algún particular. Este último no requiere acreditar interés legítimo alguno, por lo que existe una suerte de *denuncia popular* (se busca que la FNE ejerza legitimación activa extraordinaria ante el TDLC).

- Se trata de un procedimiento administrativo sin mayor formalidad, en virtud del cual la FNE recaba antecedentes para determinar si existe una infracción a la libre competencia (v.gr. envío de oficios solicitando antecedentes, citación a declarar, apersonamiento de funcionarios de la FNE, con o sin ayuda de la Policía de Investigaciones o Carabineros de Chile). La FNE cuenta con un *Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica*, de mayo de 2013. En él se encuentra el procedimiento que la FNE sigue en sus investigaciones (aunque en muchos casos en la práctica no es vinculante, v.gr., plazo de duración de investigaciones).
- En caso de denuncia de algún particular, la FNE tiene un plazo de 60 días para determinar si corresponde investigar o desestimar la denuncia (artículo 41 del DL 211). En esta etapa, la entrega de antecedentes y declaración son voluntarias.
- Tras la reforma de 2016 de la Ley N°20.945, se agregó un artículo 4 bis al DL 211, en virtud del cual “[/]a adquisición, por parte de parte de una empresa o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial, de participación, directa o indirecta, en más del 10% del capital de una empresa competidora, considerando tanto sus participaciones propias como aquellas administradas por cuenta de terceros, deberá ser informada a la Fiscalía Nacional Económica a más tardar sesenta días después de su perfeccionamiento. El Fiscal Nacional Económico podrá instruir investigación respecto de dichos actos con el objeto de comprobar infracciones al artículo 3º”. Esta obligación de informar, sin embargo, se configura únicamente si “[...] la empresa adquirente, o su grupo empresarial, según corresponda, y la empresa cuya participación se adquiere tengan, cada uno por separado, ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario”.
- Respecto de las investigaciones por colusión, desde la reforma de 2009 (Ley N°20.361) se permite a la FNE, en esta etapa, recibir confesiones de miembros de un cartel (delación compensada) e, inclusive, efectuar –previa autorización del TDLC y de un Ministro de Corte de Apelaciones de Santiago- algunas medidas más intrusivas como allanamientos en las oficinas de los investigados (*dawn raids*), registro e incautación de toda clase de objetos y documentos, e interceptación de comunicaciones.
 - ✓ Casos de delación compensada han existido en Chile (por ejemplo, los casos *Compresores de Refrigeradores*, *Buses*, *Papeles -dos delaciones-*, *Navieras -dos delaciones-*, *Ampollas*, *Transportistas de Valores*). Por su parte, ha habido variados

casos de *dawn raids* (siendo quizás los más mediáticos los casos *Pollos, Laboratorios I, Supermercados, Transportistas de Valores*). Por último, es relevante que la información obtenida para una investigación no puede utilizarse para otra, a menos que opere una autorización judicial según el artículo 39 n) inciso final del DL 211 y que, en cualquier caso, la obtención de información con infracción de las garantías constitucionales constituye prueba ilícita.

- ✓ En relación con la delación compensada resulta interesante analizar qué ocurre si la FNE no da lugar a la solicitud de una persona de llevar a cabo una delación compensada, pues la regulación de ésta no contempla un régimen de recursos para esos casos, sino que deja la decisión únicamente en manos de la FNE. Así se desprende del artículo 39 bis del DL 211 y de la *Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión de la FNE*, de marzo de 2017, que regula la materia en sus párrafos 61 a 67. El problema adquiriría relevancia en el caso de que, luego de rechazar la delación compensada (que hubiera cumplido con todos los requisitos exigidos), la FNE requiriera por el mismo caso (en el párrafo 65 de la mencionada Guía, se establece que los antecedentes que haya podido aportar el solicitante serán devueltos, agregando que “[...] no se utilizarán dichos antecedentes en investigaciones presentes o futuras, a menos que la información hubiere sido obtenida en forma diversa al procedimiento a que se refiere esta Guía”). La razón es que el postulante de la delación no podría favorecerse con sus beneficios a pesar de haber acudido a la FNE cumpliendo todos los requisitos exigidos por la ley. Podría evaluarse la plausibilidad de interponer un recurso de protección, pero tendría la dificultad de no resguardar la confidencialidad propia de este instituto.
- ✓ Respecto a las facultades intrusivas, el procedimiento para su autorización se encuentra detallado en el artículo 39 letra n) del DL 211. Si la FNE no cumple estrictamente con los requisitos o formalidades allí indicadas para el ejercicio de estas facultades, los afectados pueden reclamar ante el Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda de acuerdo con el turno, el que resolverá la controversia de forma inmediata, en una sola audiencia, sin forma de juicio y oyendo a las partes.
- Un aspecto importantísimo de las investigaciones de la FNE es que los antecedentes recabados pueden ser declarados, de oficio o a solicitud del interesado, como reservados o confidenciales, cuestión que impide el acceso a éstos por terceros (v.gr. identidad de delatores de un cartel; fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular). El artículo 39 letra a) del DL 211 se pone en dos hipótesis: (i) reserva de toda la investigación decretada por la FNE, lo que requiere conocimiento del Ministro Presidente del TDLC (sin perjuicio de lo cual, para no dar noticia del inicio de una investigación al afectado por la misma, se requiere la autorización previa del TDLC);

y, (ii) reserva o confidencialidad de determinadas piezas o antecedentes, que puede ser solicitada por cualquier tercero, normalmente el mismo aportante, y que no requiere conocimiento previo del Ministro Presidente del TDLC. Tal como se verá, la determinación de determinadas piezas o antecedentes como reservadas o confidenciales, tiene importantes consecuencias en una eventual solicitud de confidencialidad de dicha información en el juicio subsecuente ante el TDLC.

- La FNE tiene facultades para solicitar a quien estime pertinente las informaciones y los antecedentes que crea necesarios con motivo de sus investigaciones. Ahora bien, las personas obligadas a dicha entrega pueden solicitar al TDLC que deje sin efecto, total o parcialmente el requerimiento de información, si es que este irroga "*perjuicio a sus intereses o a los de terceros*" (artículo 39 letra h) del DL 211). En todo caso, la jurisprudencia del TDLC sobre la materia ha indicado que ninguna persona está exenta de entregar los antecedentes a la FNE debido a su confidencialidad, pues la garantía de secreto o reserva (sumado a los delitos funcionarios por divulgación de tales antecedentes) resulta suficiente para garantizar la protección de información comercial sensible.
- ✓ Para efectos de reforzar el carácter obligatorio de la entrega veraz y oportuna de los antecedentes que solicite la FNE a particulares en el ejercicio de sus atribuciones, la Ley N°20.945 estableció dos nuevos incisos en el citado artículo 39 letra h) del DL 211, de acuerdo con los cuales:
 - Quienes, con el fin de dificultar, desviar o eludir el ejercicio de las atribuciones de la FNE, oculten información que les haya sido solicitada o le proporcionen información falsa, incurrirán en la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio. Para la aplicación de dichas penas, la FNE remitirá los antecedentes respectivos al Ministerio Público, comunicación que tendrá el carácter de denuncia para los efectos del artículo 53 del CPP.
 - Quienes estén obligados a dar respuesta a las solicitudes de información efectuadas por la FNE e injustificadamente no respondan o respondan sólo parcialmente, serán sancionados con una multa a beneficio fiscal de hasta dos unidades tributarias anuales por cada día de atraso, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 39 ter del DL 211 [audiencia ante el TDLC], sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 42 del mismo cuerpo legal.

El 2018, la FNE utilizó por vez primera el segundo de los procedimientos indicados y, en virtud de ello, el TDLC sancionó con una multa de 8,5 UTA (equivalente a \$ 4,8 millones) a la Asociación Gremial de Cirujanos de la V Región por incumplir de manera injustificada con la obligación de dar respuesta cabal y oportuna a una solicitud de información en el marco de la investigación por colusión contra dicha

entidad gremial. Durante el 2019, la FNE solicitó nuevamente la aplicación de multa por incumplimiento del artículo 39 letra h) del DL 211, esta vez, en el contexto de un estudio de mercado en virtud de las facultades que le otorga el artículo 39 letra p) del DL 211. En este caso, el TDLC sancionó con una multa de 0,25 UTA por día de atraso a Pfizer Chile S.A., estableciendo que la remisión del artículo 39 letra p) al artículo 39 letra h) ambos del DL 211 correspondía no solo en lo que respecta al requerimiento de información sino también en el caso de incumplimiento en la entrega de dicha información. Durante 2020 la FNE presentó un requerimiento en contra de Disney por haber infringido el artículo 3 bis letra e) al entregar información errónea e incompleta en el marco de la revisión de la operación de concentración entre Disney y Fox. El requerimiento fue acogido durante 2024 y el TDLC impuso una multa de 3.000 UTA.

- Una vez finalizada la fase de investigación (su duración máxima está dada por el plazo de prescripción previsto en el DL 211), la FNE puede optar por archivar los antecedentes o formular un requerimiento ante el TDLC. La FNE puede, también, formular una consulta ante el TDLC (v.gr. *Consulta de la FNE sobre actuación conjunta de bancos e instituciones financieras en Transbank*). Finalmente, la FNE también tiene la posibilidad de suscribir acuerdos extrajudiciales con las empresas investigadas (v.gr. *Acuerdo extrajudicial entre la FNE y Soprole S.A. y otra* o bien *acuerdo extrajudicial con Latam y Delta*) o de efectuar proposiciones normativas al Presidente de la República.
- Finalmente, existen cuatro aspectos adicionales de la etapa de investigación ante la FNE que vale la pena mencionar:
 - ✓ Se ha discutido si la calificación de reservados o confidenciales de ciertos antecedentes, es o no consistente con el artículo 8 de la Constitución y la Ley N°20.285 de Acceso a la Información Pública. El Consejo para la Transparencia (CPLT) determinó que no procedía la entrega de la información contenida de investigaciones de la FNE que se encontraban vigentes. Lo mismo regiría respecto de los antecedentes contenidos en aquellas investigaciones archivadas por la FNE, pues el CPLT así lo ha dictaminado en casos análogos concernientes a la antigua Superintendencia de Valores y Seguros (hoy Comisión para el Mercado Financiero), estableciendo que las investigaciones archivadas por la autoridad de valores que no dieron origen a formulación de cargos también deben entenderse protegidas sobre la base de la potencial afectación de intereses de terceros. Sin embargo, el TDLC recientemente resolvió que la FNE no puede decretar reserva o confidencialidad de información contenida en piezas del expediente de investigación, una vez que ésta se encuentra archivada (caso *FNE con Banco Crédito e Inversiones*). En todo caso, el número de solicitudes de acceso a la información recibidas por la FNE es creciente, y en ciertos aspectos la FNE ha relajado su política de mantener la confidencialidad

de los antecedentes cuando no existe oposición explícita de los terceros involucrados.

- ✓ Según dos resoluciones del TDLC en juicios por colusión (*Rádios y Farmacias II*), el Fiscal Nacional Económico no podía ser citado a absolver posiciones en atención a sus obligaciones de reserva, y a la circunstancia de que la FNE podía ser obligada a exhibir el expediente de investigación durante el curso de los procedimientos contenciosos. Sin embargo, este criterio cambió recientemente, pues en el caso *Transportistas de Valores*, el TDLC accedió a la solicitud de algunos de los requeridos de que se citara al Fiscal Nacional Económico a absolver posiciones en representación de la FNE.
- ✓ Existe una discusión respecto a si los documentos que la FNE obtiene debido al uso de sus facultades intrusivas forman o no parte del expediente de investigación respectivo. Aun cuando las normas que regulan la formación del expediente de investigación en sede administrativa (Ley 19.880) establecen que dicho expediente constituye una unidad en que deben obrar todas aquellas actuaciones administrativas que lo componen, la FNE ha señalado que los documentos incautados no forman parte del expediente de investigación, acompañándolos de forma separada al resto del expediente. Esto se fundamentaría en el art. 18 de la Ley N°19.880 debido a que no cumplirían con ninguna de las dos categorías de documentos que conforman un expediente administrativo: (i) actuaciones emanadas por la FNE, y; (ii) antecedentes entregados ya sea por los requeridos o por terceros en la investigación. Ello sin perjuicio de la libertad que tiene la FNE para incorporar documentos que no cumplan ninguna de dichas categorías, si lo estimara conveniente.
- ✓ Tras la modificación al DL 211 por la Ley N°20.361, se permite a la FNE celebrar acuerdos extrajudiciales con agentes investigados, con el objeto de evitar un requerimiento ante el TDLC (el mismo impone condiciones al agente económico y deberes de comportamiento particular, quien las acepta). Dicho acuerdo extrajudicial debe necesariamente ser conocido y aprobado por el TDLC, en una audiencia breve que éste cita al efecto. Volveremos sobre esta materia infra, en la Sección VI de este documento.

II. Procedimiento contencioso tramitado ante el TDLC

a. Etapa de discusión

- Este procedimiento se inicia por demanda de un particular, o por requerimiento de la FNE. En caso de inicio por particular, el TDLC puede oficiar a la FNE.
- Si bien el TDLC tiene el deber de impulsar de oficio el procedimiento, no puede iniciarlo de oficio, como ocurría antes de la reforma de la Ley N°19.911.

- Normalmente, cuando una causa lleva demasiado tiempo sin tramitación, el TDLC otorga un plazo al demandante para efectuar las gestiones pendientes (v.gr. notificación) bajo el apercibimiento de archivar los antecedentes. Así, el TDLC ha ordenado el archivo de varias demandas que no tuvieron tramitación durante 15 días desde su presentación (v.gr. demandas contra Armada de Chile, Municipalidad de Puerto Montt y Municipalidad de Chillán). Incluso más, el TDLC ha declarado que el incidente de abandono del procedimiento es procedente en casos excepcionales en materia de libre competencia (*"cuando el curso progresivo de un juicio contencioso depende exclusivamente de la voluntad de las partes, sin que este Tribunal pueda dictar una resolución u ordenar una gestión judicial para reanudar la tramitación"*), haciendo así aplicables los artículos 152 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (v.gr. caso *Fedeleche*, en el cual la demandante dejó transcurrir más de once meses sin corregir su demanda, tras haber perdido una excepción dilatoria de corrección del procedimiento deducida por la demandada Soprole). Así también, se precisó que de acuerdo con el mismo artículo 152 del Código de Procedimiento Civil *"no es posible decretar el abandono del procedimiento en aquellos casos en los que falta el emplazamiento válido de alguno de los demandados, ya que en ellos la litis no se ha trabado legalmente"* (caso *Sindicato de trabajadores de Taxi con Cabify, Uber y EasyTaxi*¹). De esta manera, tal como resolvió recientemente el TDLC *"el incidente de abandono del procedimiento es excepcionalmente compatible con el procedimiento contencioso regulado en el D.L. N° 211 y procede solo cuando el curso progresivo de los autos dependa de la exclusiva voluntad de las partes"* (caso *SURBTC SpA contra Banco Estado y otros*²).
- El artículo 20 inciso 3 del DL 211 establece que las acciones que contempla la misma ley prescribirán en el plazo de tres años desde la ejecución de la conducta. Para las acciones destinadas a perseguir las conductas del artículo 3 letra a) (colusión), establece un plazo de cinco años. El cómputo de este último plazo no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción. Por lo tanto, para saber si ha prescrito o no una acción, será necesario determinar en qué momento se produjo el atentado a la libre competencia o en qué momento desaparecieron sus efectos del mercado, según corresponda. El TDLC ha señalado que no debe confundirse la conducta ilícita objeto de reproche, con los efectos perniciosos de la misma, lo que no contradice su criterio respecto de los delitos de acción continuada, pues mientras se prolongue la ejecución de la acción no comenzará a correr el plazo de prescripción.
- En relación con la prescripción, la norma fue modificada el año 2009, por la Ley N°20.361, lo que generó controversias en la aplicación del DL 211 en relación a

¹ En este caso Cabify solicitó que se declarara abandono del procedimiento pues después de 11 meses de interpuesta la demanda, todavía no se notificaba a Uber B.V. y habían transcurrido más de seis meses desde la última gestión útil de la demandante.

² En este caso, Banco BCI solicitó que se declarara abandonado el procedimiento por existir audiencias testimoniales pendientes, las cuales, transcurridos 15 meses de la última gestión útil, no se habían efectuado pese a ser ello posible en el contexto de emergencia sanitaria, de manera telemática.

determinar qué ley se debe aplicar a las infracciones colusorias que comenzaron a ejecutarse previo a la reforma del año 2009, pero continuaron ejecutándose con posterioridad al mismo año. La respuesta no era irrelevante, en la medida que la nueva redacción del artículo 20 del DL 211 a partir del 2009 extendió los plazos de prescripción de las acciones para perseguir las conductas anticompetitivas, así como aumentó la multa máxima aplicable por dicha infracción (en ese momento, 30.000 UTA). Actualmente, tras la reforma de 2016 de la Ley N°20.945, las multas son muy superiores: hasta un 30% de las ventas del infractor en la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido; o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. En caso de no ser aplicable ninguna de estas opciones, el TDLC puede aplicar una multa hasta por 60.000 UTA).

- Para los casos de colusión, en la Sentencia 139/2014 del caso *Pollos*, el TDLC zanjó estas discusiones, señalando que, habida consideración de que la conducta imputada se había desarrollado entre 1994 y noviembre de 2010 (es decir, post reforma de 2009), "[...] *la ley aplicable al cartel de autos es el Decreto Ley N° 211 actualmente vigente, [de lo que] se concluye necesariamente que el régimen de prescripción aplicable no puede ser otro que el que contempla dicho cuerpo legal, el que, para el caso de la colusión, es de cinco años, contados desde 'la ejecución de la conducta', teniendo presente que para el caso de la colusión 'el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción'*" (considerando tricentésimo decimoquinto). Asimismo, resolvió que: "[...] *el régimen de sanciones aplicable al caso de autos es el contemplado en el D.L. N°211 actualmente vigente, aun cuando pueda estimarse más gravoso que el que disponía su versión intermedia, toda vez que, como se ha dicho, la hipótesis de hecho que se juzga en esta sentencia no es un caso de retroactividad de una ley más gravosa, sino la aplicación de la ley vigente durante la comisión de la conducta punible. Como consecuencia de lo anterior, este Tribunal considerará, al momento de establecer las sanciones y en particular la multa que corresponda aplicar a las Requeridas, el límite máximo de treinta mil Unidades Tributarias Anuales [...]*" (considerando tricentésimo decimoctavo). Cabe reiterar, en todo caso, que las sanciones fueron sustancialmente aumentadas tras la reforma de la Ley 20.945, según se indicó.
- Asimismo, en caso de conductas unilaterales, el plazo de prescripción de la acción es de 3 años contados desde el momento en que finaliza la ejecución de la conducta. En relación con esto, en la sentencia N°174/2020 (Demanda *Banco BICE contra Banco Estado*) para la conducta de discriminación arbitraria de precios se analizó si la prescripción empezaba a correr desde que se celebraron los contratos o cada vez que se cobraban las tarifas estipuladas en dichos contratos. Al respecto, el TDLC estableció que "[...] *no corresponde, como pretenden las demandantes, confundir la conducta ilícita que es objeto de reproche con los efectos perniciosos de la misma. Las conductas infraccionales que se despliegan en un momento determinado del tiempo se entienden*

ejecutadas en dicho instante, por prolongados que sean los efectos que ellas produzcan [...]' (considerando sexagésimo cuarto). Por otro lado, en la sentencia N°173/2020 (*Requerimiento de la FNE en contra de la Asociación Nacional del Fútbol ANFP*), el TDLC analizó qué ocurriría con la prescripción en el caso de una norma impuesta por una organización (ya no una cláusula contractual). Para este caso, determinó que: "*[...] mientras la ANFP no deje de aplicar la norma (configurada por todos los elementos antes señalados), la conducta sigue ejecutándose y, por consiguiente, la acción de la FNE no se encuentra prescrita'* (considerando cuarenta y cinco).

- Otra novedad de la Ley N°20.361 de 2009, fue la inclusión de una etapa de admisibilidad previo a la iniciación del procedimiento contencioso. En esta etapa, el TDLC revisa si se cumplen determinados requisitos formales establecidos en el DL 211: (i) exponer clara y determinadamente de los hechos, actos o convenciones que infringirían el DL 211; (ii) indicar el o los mercados en que incidirían las presuntas infracciones; y, (iii) cumplir con los requisitos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. En cuanto al primer y tercer requisito, el TDLC ha aclarado que la demanda debe describir los hechos y las conductas imputadas de manera de propiciar una adecuada delimitación de la competencia del Tribunal, lo que implica que el libelo no debe ser ininteligible o vago respecto de las personas, causa de pedir o cosa pedida (casos *Demanda de Pedro Orlando y otros contra el MTT y Demanda de Transportes, Asesorías San Joaquín Norte Ltda. contra Gasco GLP S.A., Flor y Nata*). En caso contrario, y de no ser éstos subsanados dentro de tercero día, el TDLC no da inicio al procedimiento. A su vez existen algunos casos en los que el TDLC no ha admitido a tramitación demandas por estimar que es incompetente absolutamente. Por ejemplo, en 2019 se presentó una "*denuncia*" en la cual se le solicitaba que se declarara la realización de pagos indebidos y se ordenara su restitución. Ante la solicitud, el TDLC se declaró incompetente absolutamente por ser una pretensión de naturaleza eminentemente civil (caso *Agrícola Santa Natalia con CGE*). En otro caso, el TDLC estableció que escapaba de su competencia analizar la legalidad en sentido estricto de las actuaciones de la administración, excediendo esto su competencia determinada por el DL 211 (*Demanda contra I. Municipalidad de Pichilemu*). También ha reafirmado recientemente, acogiendo excepciones dilatorias de incompetencia absoluta *in limine*, que es incompetente para conocer discusiones de tipo civil (incumplimiento contractual, vicios del consentimiento, teoría de imprevisión), aunque las demandas se redacten con un lenguaje de libre competencia (casos *Exportadores/MSA y Microblend/Sodimac*).
- Por otra parte, el TDLC carece de competencia para pronunciarse respecto de conductas exclusorias o discriminatorias ocurridas con ocasión del proceso de selección de una empresa proveedora en el contexto de una licitación, lo que se produce con posterioridad a la aprobación de las bases administrativas y técnicas, pues esto sería competencia del H. Tribunal de Contratación Pública o de la Contraloría General de la República, según el caso (v. gr., caso *Consulta de Terragras sobre licitación de la I. Municipalidad de*

Prof. Nicole Nehme Z.

Septiembre 2024

*Santiago del servicio de mantención del arbolado urbano; Demanda de Obrascón Huarte Lain S.A. en contra de la Corporación Administrativa del Poder Judicial; caso Hospital Digital, entre otras). Por el contrario, el TDLC sí sería competente para conocer de las actuaciones estatales que se materialicen durante el diseño de las bases de licitación, pues existe una posibilidad objetiva y efectiva de que la competencia pueda verse afectada (entre otros, casos *Plantas de Revisión Técnica II, Fonasa, Terminal Intermodal PAC, y Cuotas de Pesca para Empresas Pequeñas y Medianas*).*

- Inicialmente, tanto el TDLC como la Corte Suprema habían delimitado la legitimación activa para iniciar procedimientos contenciosos bajo el DL 211 (Sentencia N°98/2010, caso *Chile Ciudadano/RGB con VTR*, confirmada por la Corte Suprema; Sentencia 146/2015, caso *Conadecus contra Entel, Movistar y Claro*). Al efecto, entendían ambos tribunales que la legitimación activa extraordinaria –esto es, la representación de un interés difuso o general– correspondía única y exclusivamente a la FNE, por lo que el demandante (y los terceros coadyuvantes) sólo podían esgrimir una legitimación activa ordinaria (un interés patrimonial directo en los resultados del juicio, derivado de los comportamientos anticompetitivos que se le imputan al demandado). En consecuencia, se había limitado sustancialmente la tendencia creciente a la generación de un mercado del litigio. Este Tribunal había precisado, en cualquier caso, que un competidor potencial, o incluso uno que participa en un mercado conexo, se encuentra legitimado para demandar ante el TDLC (caso *Licitación de Publicidad*).
- En 2015, sin embargo, la Corte Suprema dio un vuelco y afirmó una concepción más amplia de esta legitimidad activa extraordinaria, reconociéndosela a asociaciones de consumidores constituidas en conformidad a la Ley N°19.496 incluso en casos de abuso de posición dominante exclusivo. Acogiendo el recurso de reclamación de Conadecus contra la Sentencia 146/2015, el voto de mayoría de la Corte señaló "*[...] que una asociación de consumidores, legalmente constituida como tal, que tiene como objeto la defensa de los derechos de los consumidores, puede válidamente actuar en representación de éstos presentando ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia una demanda por estimar que la participación de determinadas empresas de telefonía móvil en un concurso de asignación de espectro radioeléctrico, reviste un potencial efecto anticompetitivo que puede alcanzar a quienes, como consumidores, requieren dichos servicios. [...] si bien la Asociación de Consumidores Conadecus no es un competidor de las demandadas, sí tiene un interés en que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia analice los riesgos que, para la competencia, ella vislumbra en la conducta materia de autos, cuyos efectos pueden recaer sobre los consumidores, verdaderos destinatarios de, los servicios de telefonía móvil*" (considerandos octavo y noveno, Rol IC 11.363-20159). En relación a lo anterior, el TDLC resolvió que la representación general de la colectividad que el DL 211 otorga a la FNE, no obsta la aplicación del artículo 21 del Código de Procedimiento Civil, esta "*depende del caso concreto, para lo cual se debe tener en consideración si la acción asiste a personas que*

Prof. Nicole Nehme Z.

Septiembre 2024

puedan identificarse y determinarse con total claridad' (caso FNE con Banco Crédito e Inversiones, en el que ejerciendo el derecho del art. 21 del Código de Procedimiento Civil el requerido solicitó que se pusiera en conocimiento a empresas afectadas del requerimiento presentado por la FNE para que decidieran adherir o no al requerimiento).

- El procedimiento también puede iniciarse por la solicitud de una medida prejudicial preparatoria, probatoria o cautelar (ver *infra*). Con todo, en una discutible jurisprudencia, el TDLC había señalado en un inicio que la medida prejudicial probatoria de exhibición de documentos no podía ser solicitada en esta sede (caso *Blue Oil con ENAP*). Sin embargo, con el tiempo, las medidas prejudiciales preparatorias han sido comunes, especialmente aquellas referidas a exhibiciones de documentos (v.gr. casos *Alimentos Bío-Bío, Novochile, Solvtrans, Transportes Tierra del Fuego, Wenco, ANFP, Aguas de Antofagasta, Anatel y G&N Brands*).
- Respecto a las medidas cautelares, están expresamente contempladas en el artículo 25 del DL 211. De acuerdo con el mencionado artículo el TDLC de oficio o a petición de parte puede decretar las medidas cautelares que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento, y sirvan para resguardar el interés común. Algunos casos de medidas otorgadas son el relativo a la demanda de *Naviera Cruz del Sur contra el MOP*, por la licitación de transporte marítimo hacia Chiloé, el requerimiento de la *FNE en contra de la Cámara de Comercio de Santiago*, por supuestos actos de negativa de venta de su Boletín de Informaciones Comerciales a un competidor de la empresa relacionada de CCS, las medidas cautelares solicitadas por las empresas *Transanber y Transantín contra el MTT*, en virtud de las cuales se suspendieron las licitaciones públicas de varias unidades de negocio del Transantiago y la medida cautelar solicitada por *Barnechea contra la ANFP*, en virtud de la cual dicho club deportivo pudo participar en el campeonato de Primera B. Otro caso que vale la pena destacar es el de *Revisiones Técnicas II*, en el que el TDLC por primera vez decretó una medida cautelar de oficio. Son también destacables los casos *Metrogas y Transbank con SumUp y Redelcom*, en los cuales el TDLC ordenó como medida cautelar que se mantuvieran ciertas condiciones comerciales entre los demandantes y demandados. El TDLC también ha levantado medidas cautelares de oficio, como sucedió en el caso *Transbank con SumUp y Redelcom*.
- Una vez que se decreta una medida cautelar, ésta se notifica, por regla general, por carta certificada. En caso de que sea una medida cautelar prejudicial, la parte solicitante tendrá un plazo de 20 días hábiles o el plazo que fije el TDLC para presentar la demanda o requerimiento. Si el TDLC lo ordenare y existieren motivos graves, las medidas cautelares pueden llevarse a efecto antes de ser notificadas las personas en contra de quienes se dictan.
- Una vez interpuesta la demanda, el TDLC da traslado por al menos 15 días, los que pueden ser ampliados por el plazo mayor que estime el Tribunal, pero sin exceder los

30 días. Es una práctica usual que el TDLC *motu proprio* otorgue un plazo cercano a 30 días en casos complejos y también que, si otorga un plazo inferior, las partes soliciten su ampliación hasta el máximo legal y el Tribunal lo conceda. La notificación de la demanda o el requerimiento con su respectiva resolución es practicada personalmente (artículo 21 DL N°211). Cabe destacar que en 2016 la Ley N°20.945 introdujo un nuevo inciso al artículo 21 del DL 211 que permite notificar a empresas extranjeras a través de sus filiales o agencias de representación en Chile, sin que se pueda esgrimir ninguna limitación societaria para oponerse a dicha notificación (v.gr. la ausencia de poderes para ser notificados de nuevas demandas), esta norma se utilizó recientemente en el caso *Copesa con Google* para notificar a ésta última en el domicilio de su agencia en Chile.

- Notificada la demanda o requerimiento, el demandado o requerido debe contestar pudiendo (i) interponer una excepción dilatoria; (ii) contestar ya sea negando los hechos o contestando simple y llanamente.
- Por su parte, es posible interponer excepciones dilatorias de ineptitud del libelo, las que el TDLC evalúa en su mérito³. En los casos en que éstas se han acogido, se ha ordenado a la demandante o requirente que corrija la demanda o requerimiento en la parte que se le ordene, dentro de un plazo de 3 días hábiles. Una vez subsanados los errores, es aplicable el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil en virtud del cual el demandado tiene un plazo de 10 días para contestar.
- Finalmente, una particularidad que se presenta especialmente en los casos en que el procedimiento se inicia por medio de un requerimiento de la FNE, es que las requeridas tienen un alto interés en conocer los documentos que conforman el expediente de investigación que sustenta el requerimiento de la Fiscalía. Así, en general, la gestión de exhibición de documentos del expediente de la FNE es una práctica bastante usual en el procedimiento ante el TDLC. Con todo, la jurisprudencia reciente indica que ésta, como medio probatorio, sólo puede ser solicitada una vez contestada la demanda o requerimiento, ya que solo en ese momento se encontraría trabada la litis, y no antes (v.gr. caso *Alimentos de Salmones* y caso *Transportistas de Valores*⁴).

³ Recientemente el TDLC ha acogido excepciones dilatorias de ineptitud de libelo, cuando el libelo acusatorio ha incumplido alguno de los requisitos previamente expuestos. Así sucedió en el caso *AGIP contra Walmart Chile*, en el cual el TDLC acogió la excepción dilatoria interpuesta por el demandado, por estimar que (i) la acusación no especificaba la identidad de los agentes supuestamente afectados; y, (ii) la acusación no describía la época en que se desarrollaron las conductas imputadas. En el mismo sentido se pronunció el TLDC en el caso *Arch contra Samsung Chile* y en el caso *Touchsmart contra Samsung Chile*. Adicionalmente, en el caso *Helicópteros* el TDLC acogió una excepción dilatoria de ineptitud del libelo declarando que el requerimiento de la FNE era inepto y ordenando corregirlo, lo que llevó incluso a que la FNE deba dividir su requerimiento y presentar dos libelos acusatorios separados.

⁴ En este caso, Brink's Chile S.A. recurrió de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por ante el Tribunal Constitucional respecto de la expresión "que tengan relación directa con la cuestión debatida" del artículo 349 del Código de Procedimiento Civil argumentando que vulneraría la garantía del debido proceso del artículo 19 N°23 de la CPR. El TC declaró inadmisibile el requerimiento.

Prof. Nicole Nehme Z.

Septiembre 2024

- Recientemente, en el caso *Gases Industriales*, el TDLC acogiendo excepciones dilatorias, ordenó a la FNE aclarar precisa y detalladamente cuales fueron los cálculos que llevaron a los montos de multa solicitados en su requerimiento para cada uno de los sujetos pasivos. Esto significó un cambio en la jurisprudencia, que había rechazado solicitudes equivalentes indicando que era atribución del TDLC establecer la cuantía de las multas a imponerse.
- Una vez contestado el requerimiento o demanda, el TDLC puede citar a las partes a conciliación o dictar la resolución que recibe la causa a prueba.
- Respecto a la conciliación, el DL 211 permite expresamente dicho trámite, sin limitación respecto a la conducta imputada. En consecuencia, el único requisito para que proceda la conciliación en esta sede es que una vez que se logre un acuerdo el TDLC se pronuncie sobre éste dándole su aprobación, siempre que no atente contra la libre competencia.
- En este sentido, se han alcanzado conciliación en casos de conductas unilaterales (por ejemplo, *FNE con Nestlé* y *FNE con Antofagasta Terminal Internacional y otras*), en casos de interlocking (*FNE con Falabella y Buchi*) y coordinadas (siendo esto último mucho menos común, limitado habitualmente a casos de menor entidad). La conciliación en cuatro casos de colusión (*Radios, Transportes Los Muermos, Buses y AG de Cirujanos*), es una tendencia claramente decreciente desde la creación de la institución de la delación compensada. En estos últimos casos, la FNE únicamente ha accedido a acuerdos en que el acusado ha reconocido íntegramente su culpabilidad y responsabilidad (caso *AG de Cirujanos*), acuerdos parciales en los que se han reconocido algunos hechos descritos por la FNE en su requerimiento, o convenciones probatorias en que se han acordado aspectos relacionados con hechos a probar y la forma en que se rendirá su prueba (casos *Radios, Transportes Los Muermos, Buses*). En todos los casos, la reducción de la multa que la FNE está dispuesta a aceptar como contraprestación recíproca, generalmente, es menor a aquella fijada por el DL 211 para la delación compensada incluso del segundo delator (de modo de no desincentivar el uso de dicho mecanismo). Por último, es importante recalcar que las conciliaciones producen el efecto de cosa juzgada para sus partes. Este criterio ha sido establecido en el caso *Cervecería Chile con CCU* en el que se tramitaban conjuntamente una demanda interpuesta por Cervecería Chile y un requerimiento interpuesto por la FNE, ambos en contra de CCU, y pese a haberse alcanzado un acuerdo conciliatorio entre la FNE y CCU, el TDLC resolvió que éste no producía efecto de cosa juzgada respecto de la acción incoada por Cervecería Chile.
- La conciliación es el único equivalente jurisdiccional expresamente regulado en el DL 211. En cuanto al desistimiento, el TDLC había señalado, en la Causa Rol 220-11 (demanda *PAL contra Lan Airlines*), que era una figura admisible sólo cuando se renunciaba a derechos que miraran a un interés particular del demandante, pero que en los casos de libre competencia existía un interés público comprometido, por lo que no

sería procedente. Luego, sin embargo, el Tribunal cambió su postura. Conociendo del desistimiento de varios demandantes del juicio *Alimentos Bío-Bío y otros contra G&N y sus Proveedores*, el TDLC falló que “*desde una perspectiva procesal, por tratarse de un proceso que tiene por objeto la protección de un interés público, indisponible por las partes, el desistimiento en esta sede no constituye un equivalente jurisdiccional que extinga la eventual responsabilidad del demandado en los hechos, como si se tratara de una renuncia a la acción propia de un procedimiento dispositivo de derechos subjetivos. Por el contrario, el desistimiento en procesos de interés público sólo importa una renuncia o disposición de los derechos procesales de calidad de parte en el juicio, de los que el demandante sí es titular. En otras palabras, esa renuncia sólo implica un abandono de la calidad de parte acusadora en el proceso, de modo que no obsta a que la responsabilidad del acusado pueda ser perseguida por otros actores. Debe recordarse que las normas sobre desistimiento del Código de Procedimiento Civil sólo se aplican al desistimiento en esta sede en todo aquello que no sea incompatible con la naturaleza de un proceso cuyo objeto de interés público es indisponible por las partes*” (Sentencia N°163/2018).

- Lo anterior ha permitido que se presenten varios desistimientos ante el TDLC y estos sean aceptados, como sucedió este año en los casos *Administradora de Restaurantes Limitada contra G&N Brands SpA y otros* y *Transbank con Redelcom*.

b. Etapa de prueba o probatorio

- En caso de fracaso de la conciliación o cuando el TDLC decida no citar a dicho trámite, el Tribunal recibirá la causa a prueba por un término fatal y común de veinte días hábiles.
- La sentencia interlocutoria de prueba debe notificarse por cédula en virtud del art. 21 inciso tercero del DL 211. En caso de que transcurran 30 días hábiles desde que se dicta dicha resolución sin ser notificada, el TDLC podrá notificarla por el estado diario (por ejemplo, caso *Arketipo con FLT Chile*). Es importante señalar que para que se tenga por notificada la resolución que recibe la causa a prueba a través del estado diario, el TDLC debe dictar una resolución que así lo señale, pues la norma no opera de manera automática por el mero transcurso del plazo.
- En virtud de la Ley N°20.361, el procedimiento probatorio se simplificó sustancialmente, eliminándose el sistema de tachas de los testigos (que se entendió como incompatible con un sistema de sana crítica) y permitió la grabación de las audiencias testimoniales y de absolución de posiciones para su posterior transcripción. La jurisprudencia consistente del TDLC hasta 2023 había sido que, dado el principio de publicidad de las audiencias, no era procedente decretar la confidencialidad de las transcripciones de las mismas (v.gr. caso *AMC contra VTR*). Sin embargo, durante 2024 el TDLC decretó la confidencialidad de ciertos pasajes de una transcripción, caso *Transbank con SumUp y Redelcom*.

Prof. Nicole Nehme Z.

Septiembre 2024

- Respecto a la exhibición de documentos, el TDLC en causas anteriores había resuelto que las partes podían solicitar exhibición de documentos fuera del término probatorio hasta 10 días antes de la vista de la causa (caso *Servicio de Correspondencia Envía Limitada con Correos de Chile*). Sin embargo, el TDLC ha cambiado de criterio y actualmente sólo permite la solicitud de esta gestión hasta el fin del término probatorio (inicio de esta tendencia lo marco el voto en contra de los Ministros Rojas y Paredes en el caso *AMC contra VTR*).
- En cuanto a la renuncia de términos probatorios especiales en una conciliación, en el caso de *Enjoy S.A. y otras en contra de Sun Dreams S.A. y otras*, se aceptó lo acordado por las partes en la respectiva audiencia de conciliación, en que se renunció a tres términos probatorios especiales, uno de los cuales se encontraba pendiente, y que se tuvo igualmente por renunciado. La renuncia a los términos probatorios especiales no afectaría el derecho de las partes a acompañar los documentos que estimaran pertinentes hasta la oportunidad procesal correspondiente.
- En cuanto a los medios de prueba que pueden utilizarse, además de los medios probatorios del artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, son admisibles todos los indicios o antecedentes que en concepto del Tribunal sean aptos para establecer los hechos pertinentes.
- Algunos aspectos en relación con la prueba que vale la pena mencionar son los siguientes:
 - ✓ Se admite como prueba documental el expediente de investigación de la FNE, lo que es una novedad, pues en sede civil no existe un expediente de investigación, y en sede penal no puede utilizarse el expediente propiamente tal como prueba. Esta exhibición sólo puede ser decretada respecto de aquellos documentos que digan relación con la cuestión debatida, la cual sólo puede definirse una vez trabada la litis, es decir, cuando se hayan presentado todas las contestaciones al requerimiento deducido (ver caso *Transportistas de Valores*).
 - ✓ Las actas de las declaraciones prestadas ante la FNE también constituyen un medio probatorio, y si bien no son prestadas ante ministros de fe, ni constan en instrumentos públicos, el TDLC les ha dado alguna relevancia (aunque menor a la prueba de testigos propiamente tal) como medio probatorio, considerando que constituyen indicios importantes que pueden servir de base a las conclusiones que posteriormente se alcancen.
 - ✓ Las audiencias siempre son conducidas por, al menos, un Ministro o Ministra del Tribunal, lo que constituye una clara expresión del principio de inmediación. A este respecto no se distingue entre ministros abogados o economistas, es decir, los

ministros economistas también dirigen audiencias y están habilitados para resolver los incidentes que en ellas se produzcan.

- ✓ Se desarrollan audiencias especiales de evaluación de informes económicos que se hayan presentado en el juicio, en que los/las economistas exponen sus respectivos informes y un Ministro economista del TDLC les interroga al respecto.
- ✓ Nada dice el DL 211 en relación al estándar de prueba que debe operar (en sede penal, por ejemplo, es "*más allá de toda duda razonable*"), lo cual la jurisprudencia de libre competencia ha ido delineando. Al respecto el TDLC sostuvo en la Sentencia N°119/2011 (caso *Farmacias II*), que el estándar de acreditar "*más allá de toda duda razonable*" constituye un estándar más alto del que corresponde aplicar en sede de libre competencia. La Corte Suprema, resolviendo el recurso de reclamación en contra de esa misma sentencia, determinó que para sancionar requería contar con una "*prueba clara y concluyente*". Este estándar fue posteriormente corroborado por la misma Corte Suprema en el caso *Buses, Pollos, Supermercados*, entre otros.
- ✓ En los casos de colusión en que la FNE ha ejercido facultades intrusivas (allanamientos, registros e incautaciones, interceptaciones telefónicas y obtención de copias y registros de comunicaciones), pueden configurarse hipótesis de prueba ilícita. En efecto:

Los resultados de las actuaciones intrusivas no podrán ser utilizados como medios de prueba cuando el desempeño o ejercicio de dichas facultades 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 por el Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda de acuerdo al turno, previo reclamo del o de los afectados.

Los antecedentes que se obtengan en virtud del ejercicio de las facultades intrusivas no podrán ser utilizados por la FNE en ninguna otra investigación, salvo que medie una nueva autorización judicial de acuerdo al artículo 39 letra n) del DL 211 (como en el caso *Helicópteros*, respecto de antecedentes presentados en el caso *Aviones*).

- ✓ EL TDLC, a solicitud de parte, tiene la facultad de decretar la reserva respecto de terceros o incluso la confidencialidad respecto a las demás partes, de ciertos documentos "*que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular*" (art. 22 DL 211). Sin perjuicio de la confidencialidad de ciertos documentos, el TDLC de oficio o a petición de parte puede solicitar a la parte que acompaña dichos documentos que realice versiones públicas de los mismos, las cuales pueden ser objetadas u observadas. De manera similar, se encuentra consagrado el deber de confidencialidad de la FNE en el art. 39 letra a),

tanto en las investigaciones que lleva a cabo como en los casos en que interpone un requerimiento ante el TDLC (en estos casos el TDLC tiene el deber de mantener dicha confidencialidad). Es importante mencionar que la FNE tiene también la obligación de proteger la identidad de las personas que se hayan acogido a la delación compensada del art. 39 bis del DL 211.

- ✓ Debido a la relevancia y recurrencia de las solicitudes de confidencialidad es que el TDLC dictó el Auto Acordado N°16/2017, el que establece el procedimiento para solicitar la confidencialidad o reserva de ciertos instrumentos.
- ✓ Cabe destacar que la discusión sobre la adecuada elaboración de las versiones públicas usualmente involucra un gasto de tiempo y recursos significativos tanto para el TDLC como para las partes. Por esta razón el TDLC recientemente ha diseñado mecanismos para evitar estos inconvenientes, por ejemplo, en el marco de diligencias de exhibición de documentos (incluyendo la exhibición del expediente de la FNE) el TDLC ha habilitado *data rooms* en los que los apoderados de las partes, previa suscripción de un compromiso de no divulgación, pueden revisar las versiones confidenciales de los documentos ofrecidos, con el objeto de que identifiquen precisa y fundadamente qué documentos deben ser agregados al expediente y así únicamente ordenar la elaboración de versiones públicas de aquellos documentos (v.gr. caso *Alimentos de Salmones*, caso *Cervecería Chile con CCU* y caso *PayU y otras con Visa, Klap y Transbank*).
- ✓ Se pueden acompañar documentos hasta 10 días antes de la vista de la causa.

c. Vista de la causa

- Una vez terminado el término probatorio, el TDLC así lo declara y ordena traer los autos en relación, fijando día y hora para la vista de la causa, de acuerdo con el art. 23 del DL 211.
- En cuanto a las reglas que regulan la vista de la causa, al no existir regulación especial en el DL 211 ni en algún Auto Acordado dictado por el TDLC, es necesario remitirse supletoriamente al Código de Procedimiento Civil, en particular los artículos 223 y siguientes.

d. Dictación de la sentencia

- La resolución que el TDLC dicta en el marco de un procedimiento contencioso se denomina sentencia y, en ella, puede imponer un cúmulo de sanciones listadas en el artículo 26 del DL 211, aunque, en el caso *Sanitarias*, la Corte Suprema aceptó prevenciones y medidas adicionales a estas sanciones interpretando ampliamente el artículo 3° del DL 211. La adopción de "*medidas preventivas, correctivas o prohibitivas*" adicionales se ha hecho habitual en los casos de colusión, en los cuales el TDLC suele

Prof. Nicole Nehme Z.

Septiembre 2024

ordenar la implementación de programas de compliance de libre competencia, fundamentándose en las facultades que el art. 3º inciso primero del DL 211 le otorga, siendo estos programas una medida preventiva (v.gr. casos *Pollos, Papeles, Laboratorios I, Supermercados*, entre otros).

- En relación con las sentencias del TDLC, un aspecto interesante desde el punto de vista procesal es el efecto de cosa juzgada que produce la sentencia definitiva en sede de la libre competencia, en particular en relación al principio *ne bis in idem*, ya que pueden surgir preguntas acerca de la posibilidad de volver a sancionar una conducta si aparecen nuevos antecedentes sobre la conducta desplegada por el agente. Al respecto adquiere relevancia también la distinción que debe hacerse entre los casos de reincidencia y aquellos en que corresponde aplicar el principio de *ne bis in idem*, siendo para ello clave identificar el "*hecho procesalmente relevante*".
- Relacionado con este principio, recientemente y respecto de la aplicación de multas por parte del TDLC, se resolvió que no se producía una infracción al principio *ne bis in idem* cuando se solicitan sanciones a cada una de las personas naturales requeridas, a la vez que se intenta obtener solidariamente de éstas el pago de la multa aplicada a las personas jurídicas en las que hubieran ejercido labores. Lo anterior, debido a que la solidaridad pasiva cumple fundamentalmente una función de garantía o caución personal y será la persona jurídica quien deberá soportar esa multa con su patrimonio, pues el artículo 26 del DL 211 distingue entre la aplicación y el cobro de la multa (caso *Helicópteros*).
- En contra de la sentencia definitiva condenatoria o absolutoria del TDLC cabe el recurso de reclamación ante la Corte Suprema. Respecto a las sentencias interlocutorias (como las que acogen excepciones de incompetencia o de cosa juzgada), si bien se ha discutido si procede o no el recurso de reclamación respecto aquellas que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, el TDLC ha establecido en múltiples oportunidades que es improcedente, criterio que ha sido confirmado por la Corte Suprema (caso *Lotus con SCD, Microblend con Sodimac y Kristopher William Brigham y otro contra Samsung*). En contra de las sentencias interlocutorias (y del resto de las resoluciones de proceso) sólo procede el recurso de reposición de acuerdo con el artículo 27 del DL 211.
- Además, el artículo 29 del DL 211 hace aplicables a este procedimiento todas las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil en lo que no sea incompatible con él, de lo que surgen dudas acerca de si los recursos contenidos en esas normas legales serían o no aplicables en el procedimiento tramitado ante el TDLC. Por ejemplo, se interpuso recurso de apelación, en subsidio de recurso de reclamación, contra la sentencia del TDLC que rechazaba las excepciones a la ejecución en un procedimiento de cumplimiento incidental de una sentencia definitiva, el cual fue acogido en primera instancia por el TDLC, sin embargo, en contra de dicha decisión se dedujo un recurso de hecho el que finalmente fue acogido por la Corte Suprema declarando

inadmisible el recurso de apelación, argumentando que "*a mayor abundamiento, cuando el artículo 98 del Código Orgánico de Tribunales se ha encargado de regular la competencia de esta Corte Suprema, deja de manifiesto, en su numerales 4, 6 y 10, que el conocimiento de asuntos en segunda instancia es excepcional y que, en cualquier caso, se requiere de norma expresa que contemple la posibilidad de revisión por vía de apelación (...) Que, de esta forma, al no reunir la resolución recurrida, la naturaleza de aquellas que permiten esta clase de recurso, el deducido no puede ser admitido a tramitación*" (caso *Conadecus contra Claro, Entel y Movistar*).

- En caso de existir una sentencia condenatoria⁵, la persona afectada por el acto anticompetitivo puede deducir una demanda civil de indemnización de perjuicios de conformidad con el procedimiento sumario. Con la reforma de 2016, la competencia para conocer de dicha acción corresponde al TDLC (antes eran los tribunales civiles ordinarios). Además, esa misma reforma dispuso que la acción de indemnización de perjuicios podrá tramitarse conforme al procedimiento regulado en el párrafo 2° del Título IV de la Ley 19.496 (procedimiento colectivo de la ley del consumidor) cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores.
- Entre los ejemplos de demandas civiles que fueron interpuestas bajo el anterior sistema, por demandantes en sede de libre competencia que habían obtenido previamente una sentencia condenatoria del TDLC, podemos señalar: el caso *Tabacos I*, en el cual el tribunal civil de primera instancia rechazó la demanda, lo que fue revocado por la Corte de Apelaciones de Santiago, aunque otorgando un monto de indemnización bajo respecto a lo solicitado por el demandante (USD 2 millones); y el caso *Planchas de Fibrocemento*, en el que el tribunal civil de primera instancia concedió la indemnización, no obstante, mientras el juicio se encontraba pendiente de ser conocido por la Corte de Apelaciones las partes llegaron a acuerdo. Otro caso en que el tribunal civil de primera instancia acogió la demanda de indemnización de perjuicios derivados de ilícitos anticompetitivos es *Sernac con Farmacias*.
- Por su parte, a la fecha se han interpuesto variadas demandas civiles ante el TDLC, entre las cuales existen demandas interpuestas por competidores (v.gr. casos *Papelera Cerrillos con CPMC*; *Banco Bice contra Banco Estado*; y, *Banco Scotiabank contra Banco Estado*), clientes que fueron víctimas de conductas anticompetitivas (v.gr. casos *Club Deportes Melipilla con ANFP*; *Club Deportivo Barnechea con ANFP*; y, *Club de Deportes Puerto Montt con ANFP*) y demandas interpuestas en representación del interés colectivo o difuso de los consumidores (v.gr. casos *Agrecu con Cencosud y otras*; *Sernac con*

⁵ La Corte Suprema ha descartado que eventuales afectados por ilícitos anticompetitivos puedan recurrir a un régimen general de responsabilidad civil. En tal sentido, ha declarado inadmisibles demandas colectivas interpuestas por asociaciones de consumidores en sede civil previo a la obtención de una sentencia firme y ejecutoriada en sede de libre competencia (Resolución de la Corte Suprema en demanda de *ODECU con Empresa de Transportes Rurales Limitada y otro*).

Cencosud; Sernac con SMU y Walmart Chile; Conadecus con SMU; Conadecus con Walmart Chile; y, Arcam con NYK y otras).

- El 2024 la Corte Suprema dictó sentencia en el caso *Conadecus con CMPC y SCA* en la que, a propósito de acciones indemnizatorias en sede civil contra SCA por los daños derivados del caso *Papeles* en el marco de la Ley de Protección del Consumidor, rechazó los recursos de casación en la forma y en el fondo que pretendían revertir la negativa de la Corte de Apelaciones a una indemnización hacia los consumidores, esgrimiendo la necesidad de un vínculo contractual entre el proveedor infractor y el consumidor afectado pues el artículo 1° n°2 de la Ley de Protección del los Derechos del Consumidor no permitiría ampliar el concepto de proveedor más allá de la relación directa en la cadena productiva. Ante esta situación Conadecus presentó una nueva demanda de indemnización de perjuicios ante el TDLC fundada en la existencia de "*nuevas circunstancias*" que habilitarían la interposición de una demanda indemnizatoria.

III. Procedimiento penal en casos de colusión

- La Ley 20.945 estableció el delito penal de colusión para el caso de los carteles duros (artículos 62 y siguientes del DL 211 en relación con artículo 3 inciso 2° letra a).
- Las investigaciones penales por este delito sólo se podrán iniciar una vez que la existencia de la colusión haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC, y únicamente a través de la interposición de una querrela por parte de la FNE, único actor con legitimidad activa al efecto (artículo 64 del DL 211).
- En principio, se trata de una decisión facultativa de la FNE, pudiendo decidir interponer la querrela o no hacerlo. En todo caso esta decisión debiese efectuarse dentro del plazo de 6 meses contado desde que la sentencia del TDLC que haya declarado la existencia de la colusión de que se trate haya quedado firme o ejecutoriada (artículo 64 del DL 211).
- Sin perjuicio de lo anterior, el Fiscal Nacional Económico se encuentra obligado a interponer la querrela "*en aquellos casos en que se tratare de hechos que comprometiesen gravemente la libre competencia en los mercados*" (artículo 64 del DL 211). Dado que se trata de un concepto de textura abierta, la FNE emitió en junio de 2018 una *Guía Interna para la Interposición de Querellas por el delito de Colusión*, en la que explicita los criterios que utilizará para determinar cuándo querellarse contra los responsables de la colusión. El 22 de diciembre de 2023 la FNE emitió por primera vez una resolución relativa a la interposición de querellas criminales por colusión, en el caso *Buses de Temuco*, en la que decidió no ejercer la acción penal con base en que la conducta sancionada por el TDLC no comprometió gravemente la libre competencia en los mercados –por lo que la interposición de la querrela sería facultativa para la FNE–;

y, que no resultaría necesario o proporcionado, en el caso concreto, el ejercer la acción penal.

IV. Procedimiento no contencioso o de consulta

- En la actualidad, el procedimiento no contencioso ante el TDLC puede iniciarse por cuatro vías: (i) una consulta voluntaria; (ii) una solicitud de dictación de instrucciones de carácter general (el TDLC ha ejercido esta potestad de oficio, iniciando un procedimiento de oficio en el caso *Tarifas On Net-Off Net* y en el caso de *Medios de Pago con Tarjetas*); (iii) una solicitud de proposición de una recomendación normativa (atribución que el TDLC también podría activar de oficio); o, (iv) una solicitud de informe obligatorio (v.gr. Puertos, Tarificación de Servicios Asociados a la Distribución Eléctrica, Exención de Patentes de Derechos de Aguas y Ley de Responsabilidad Extendida del Productor).
- Este se encuentra regulado en el art. 31 del DL 211 el que señala que el procedimiento iniciará por decreto que será publicado en el Diario Oficial y en el sitio web del TDLC debiendo ser notificado vía oficio a: (i) la FNE; (ii) las autoridades directamente concernidas; y, (iii) los agentes económicos relacionados (a juicio del TDLC). Tratándose de procedimientos iniciados por particulares, es carga de éstos realizar la publicación respectiva en el Diario Oficial.
- Se ha discutido la procedencia de las llamas "*consultas demandosas*", particularmente cuando se trata de consultas presentadas por terceros respecto de actos o contratos vigentes, en los que se podría estar frente a una verdadera demanda bajo la apariencia de consulta, sin las garantías procesales de un contencioso. El TDLC ha tendido a declararlas inadmisibles en los últimos años, pero sus decisiones han solidado ser revertidas por la Corte Suprema (por ejemplo, casos *Industria del Gas* o *Malls*).
- Esto ha sucedido también respecto de consultas presentadas por la FNE. Recientemente la Corte Suprema conoció un recurso de reclamación de la FNE en contra de la declaración de inadmisibilidad de una consulta por parte del TDLC (caso *Plantas de Almacenamiento*), revirtiendo la decisión del TDLC y en su lugar estableciendo:
 - ✓ Que la potestad de conocer de asuntos no contenciosos tiene una finalidad preventiva y que no es obstáculo que los actos consultados se estén ejecutando (c. 3°).
 - ✓ Que esta potestad busca entregar "*certeza jurídica ex-ante, con los beneficios del artículo 32 (...), y con carácter vinculante para los agentes económicos relacionados con el mercado relevante*" (c.3°).
 - ✓ Que el control de admisibilidad del TDLC respecto de las consultas que se le presentan "*es de carácter formal, no pudiendo exceder dicho examen, in limine, a*

una ponderación del mérito de las alegaciones como tampoco de las peticiones contenidas en la consulta" (c. 5°). De lo contrario, "importaría resolver el fondo, sin permitirle a la incumbente exponer sus propias defensas y/o propuestas de solución al conflicto planteado o incluso alegar que no existe la potencial infracción a la libre competencia que se expone por la consultante" (c. 5°).

Como se ha dicho, esta sentencia de la Corte Suprema se suma a una tendencia a revocar resoluciones del TDLC que no admiten a tramitación consultas, ya sea vía recursos de reclamación o por vía de recursos de hecho (v.gr. *Solicitud de la FNE de modificar el Dictamen N° 757 de la Comisión Preventiva Central; Consulta de Watt's sobre condiciones de recepción y compra de leche fresca; Consulta de la AG Retail sobre contratos de arriendo de locales*, entre otras).

- Una vez notificado el decreto respectivo, las partes cuentan con el plazo que allí se indique para aportar antecedentes, el que no puede ser inferior a 15 días.
 - ✓ Únicamente quienes hayan aportado antecedentes dentro del plazo establecido por el TDLC y hayan otorgado patrocinio a un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión pueden manifestar su parecer en la audiencia pública. Sin embargo, cualquier interesado puede comparecer en el proceso incluso si se encuentra vencido el plazo para aportar antecedentes, aunque sin contar con el derecho a intervenir en la audiencia pública.
 - ✓ Al tratarse de un plazo judicial, éste es prorrogable.
- En el caso *Plantas de Almacenamiento*, el TDLC acogió una solicitud de que se realizara un llamado a conciliación en un procedimiento no contencioso. En esto, siguió una tendencia generada por la Corte Suprema en los no contenciosos *consulta Cruz Verde respecto de Transbank y Terminal Intermodal Barrancas*.
- Una vez vencido el plazo para aportar antecedentes, el TDLC cita a audiencia pública a realizarse entre 15 y 30 días después de la notificación de la resolución que la fija. Dicha notificación se realiza mediante publicación en el Diario Oficial y el sitio web del TDLC.
- Con posterioridad a la audiencia el TDLC dicta un informe o resolución dependiendo de la forma de inicio del procedimiento no contencioso.
- Los informes solicitados al TDLC se dictan en virtud del artículo 18 N°7 del DL 211, y normalmente corresponden a requisitos habilitantes fijados por leyes sectoriales para casos específicos.
- Procesalmente, la diferencia entre la resolución que recae sobre una consulta y una solicitud de informe es considerada relevante, pues contra estos últimos se ha interpretado que solo cabe la interposición de un recurso de reposición y no un recurso de reclamación.

- ✓ Al menos en tres oportunidades, la Corte Suprema ha rechazado recursos de hecho en contra de resoluciones del TDLC que negaban reclamaciones en contra de sus informes (casos *Radios I*, *Puerto de Valparaíso I*, *Puerto de Coquimbo*).
 - En el caso *Puerto de Coquimbo*, adicionalmente el Tribunal Constitucional rechazó un requerimiento de inaplicabilidad interpuesto por el Sindicato de Trabajadores del Puerto de Coquimbo, en que se señalaba que la no impugnabilidad respecto de los informes del TDLC sería inconstitucional por el principio de doble instancia y el derecho al recurso.
 - En el caso *Puerto de Valparaíso II*, la Corte Suprema acogió un recurso de hecho y declaró procedente el recurso de reclamación, no obstante, el hecho controvertido ante la Corte no era la procedencia del recurso de reclamación respecto de los informes emitidos por el TDLC, sino la naturaleza jurídica del informe emitido pues, en opinión de los recurrentes, éste tenía en realidad el carácter de resolución de término de una consulta.
- El 2016 la Ley 20.945, confirmó expresamente la diferencia en cuanto a los recursos procedentes respecto de informes emitidos por el TDLC y otras resoluciones en procedimientos de consulta.
- En cuanto a las consultas, normalmente éstas son utilizadas para instar por la declaración de que ciertos actos pudieran infringir la libre competencia (aunque esto último ha sido relativizado por el TDLC en el caso *Régimen de Acceso a Recursos Pesqueros*); o, para solicitar la dictación de instrucciones de carácter general para un determinado mercado (existiendo *la ICG N°1 relativa al mercado de la basura; la ICG N°2 en relación con las diferencias existentes entre los cobros por llamadas On-Net y Off-Net y las ofertas conjuntas en servicios de telecomunicaciones; la ICG N°3 que modificó la ICG N°1; la ICG N°4 que modificó la ICG N°2; y, la ICG N°5 sobre el mercado de medios de pago con tarjetas*). De acuerdo con el TDLC su potestad consultiva “consiste en autorizar -con o sin condiciones- o rechazar el hecho, acto o contrato consultado sea este presente o futuro, a fin de evitar o minimizar la posibilidad de que se ponga en riesgo la libre competencia” (Resolución N°59/2019).
- Antiguamente, las consultas eran también utilizadas como mecanismo voluntario y preventivo de control de operaciones de concentración. Sin embargo, con la reforma de la Ley 20.945 y a partir del 1° de junio de 2017, dicho control quedó radicado en la FNE, a través del desarrollo de un procedimiento reglado en el nuevo Título IV del DL 211. Tanto es así, que el actual artículo 18 N°2 del DL 211 indica que el procedimiento no contencioso puede recaer en los actos o contratos existentes o por celebrarse que puedan infringir las disposiciones de dicha ley, en la medida que sean “*distintos de las operaciones de concentración a que se refiere el Título IV*”.

- En ciertas circunstancias, reguladas por el Auto Acordado N°5/2004 del TDLC, un procedimiento no contencioso puede mutar a uno contencioso. Ello ocurrirá en aquellos casos en que, existiendo una consulta en relación a hechos, actos o contratos existentes, ejecutados, o concluidos a la fecha de ingreso de dicha consulta, se formule oposición por legítimo contradictor o se presente una demanda o requerimiento referida a los mismos hechos. En tal caso, la oposición deberá efectuarse cumpliendo con todos los requisitos de una demanda o requerimiento, no produciéndose el cambio de procedimiento por la sola presentación en el procedimiento no contencioso de una opinión contraria al hecho, acto o convención consultado. El TDLC ha aplicado este criterio a un asunto voluntario de solicitud de informe de Ley de Puertos, que devino en contencioso tras la interposición de un requerimiento conexo por parte de la FNE, al respecto señaló que *"la tramitación de una causa contenciosa respecto de hechos que guardan conexión total o parcial con los hechos que sirven de fundamento a un procedimiento no contencioso puede generar una duplicidad inútil de procedimientos. Más importante aún, el pronunciamiento de este Tribunal en uno de estos procesos podría afectar o condicionar el resultado el otro"* (Resolución de fojas 786 a los autos rol NC°433-2016; caso *EPA – Frente de Atrache N°2 ATI*). Asimismo, el Tribunal volvió a aplicar este criterio en la consulta realizada por VTR respecto a la solicitud del alzamiento de las medidas de mitigación impuestas por la Resolución N° 1/2004, que terminó tratándose como procedimiento contencioso debido a su acumulación con la demanda de AMC Networks Latin America LLC⁶.
- La reforma de la Ley 20.945 zanjó las antiguas discusiones sobre legitimación activa en procedimientos no contenciosos, disponiendo que estos pueden ser iniciados *"a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse"* sometidos a consulta, esto es, reconociendo expresamente que terceros distintos de las partes que proyectan celebrar o han celebrado los hechos, actos o contratos, pueden tener interés legítimo en relación a estos últimos. Este es el caso, típicamente, de las asociaciones de consumidores.
- A las decisiones del TDLC que dan término a un procedimiento no contencioso se les denomina resoluciones, y éstas pueden imponer condiciones a los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, suficientemente determinados, que han sido sometidos a su conocimiento, o aprobarlos pura y simplemente. En cuanto a la posibilidad de recurrir contra estas resoluciones de término, el recurso de reclamación en materia no contenciosa procede respecto de las resoluciones *"sea que fijen o no condiciones"*. Una particularidad de este recurso de reclamación es que, desde la Ley N°20.361, se permite que los terceros aportantes de antecedentes (intervinientes) puedan deducir recursos de reclamación en contra de las resoluciones del TDLC.

⁶ Finalmente, la consulta realizada por VTR fue retirada, manteniéndose vigente únicamente la pretensión contenciosa contenida en la demanda de AMC.

Prof. Nicole Nehme Z.

Septiembre 2024

Antiguamente, la Corte Suprema, en una interpretación vacilante, las había rechazado, para posteriormente cambiar su criterio (caso *Rádios I y 3G*).

- Las resoluciones que aprueban, con o sin condiciones, actos o contratos existentes o futuros producen una especie de cosa juzgada sustantiva provisoria, desde que, sobre la base de nuevos antecedentes, tales actos o contratos podrían ser eventualmente calificados como contrarios a la libre competencia. En cualquier caso, el obtener una resolución favorable no exime al o los agentes económicos involucrados del deber de respetar el DL 211 en sus conductas, por lo que siempre podrán ser objeto de un procedimiento contencioso en caso de infracción a las normas antimonopolios o de desacato a las condiciones (medidas de mitigación) impuestas por la resolución (Casos *John Malone y SMU*).
- En relación con la prescripción, antiguamente el artículo 20 del DL 211 regulaba la prescripción de las medidas establecidas para prevenir, corregir o sancionar un atentado contra la libre competencia, las cuales prescribían en un plazo de 2 años contados desde que la sentencia definitiva que las imponía se encontraba firme. La redacción era confusa, pues ¿qué ocurría con las medidas impuestas por una duración más extensa o de forma indefinida? En el caso *John Malone*, el TDLC interpretó que la prescripción de dos años a que se refería el antiguo artículo 20, sólo se aplicaba respecto de la acción orientada a hacer exigibles medidas dictadas en una sentencia definitiva como resultado de la potestad jurisdiccional que consagra el artículo 18 N°1 del DL 211. Sin embargo, en un caso posterior (caso *Telestar*), el TDLC revirtió su jurisprudencia y consideró que, bajo la legislación anterior, las medidas sí prescribían en un plazo de 2 años, contados desde que la obligación contenida en ellas se hacía exigible, salvo que dicha prescripción se haya interrumpido civil o naturalmente.
- La reforma de 2016 modificó el texto del artículo 20 inciso quinto del DL 211, prescribiendo su tenor actual que “[...] *las multas que se impongan para sancionar un atentado a la libre competencia, prescriben en dos años, contados desde que se encuentre firme la sentencia definitiva que las imponga [...]*”. Se advierte entonces que las medidas ya no prescriben (más allá de lo que la propia medida establezca sobre su vigencia), y que en caso de que un agente económico vulnere las medidas impuestas por el TDLC en una resolución, rige la regla general de prescripción de tres años (por ser esa vulneración una conducta atentatoria de la libre competencia). Lo único que prescribe en un plazo de 2 años, es la acción de cobro de las multas impuestas en una sentencia condenatoria.
- Por último, a partir de la reforma de 2016, el procedimiento no contencioso también se aplica a las recomendaciones normativas que pueda formular el TDLC, en uso de la atribución conferida por el artículo 18 N°4 del DL 211 (véase, por ejemplo, el caso *Tarifas por Usos de Derechos de Autor y Conexos* y el caso *Conadecus sobre Conglomerados*). En forma previa a la entrada en vigencia de la Ley 20.945, la más reciente jurisprudencia

del TDLC indicaba que dicha atribución no era propia de un procedimiento no contencioso (aunque inicialmente sí le había dado esa tramitación caso *Mercado de los Cruceros*). Se trataba de un procedimiento informal, sin forma de juicio, cuyas etapas quedaban a la discrecionalidad del TDLC. Así sucedió, entre otros, con los casos *Régimen de Acceso a los Recursos Pesqueros*; *Servicios de Telecomunicaciones en inmuebles sujetos a copropiedad inmobiliaria*; *Comercio sobre Crédito Prendario*; *Mercado Secundario de Espectro Radioeléctrico*; *Servicios Asociados al Suministro de Energía Eléctrica*; y *Tasas de Intercambio*.

V. Procedimiento de Acuerdos Extrajudiciales

- En 2009, en virtud de la Ley N°20.361, se incorporó la posibilidad de que la FNE y los agentes económicos suscriban un acuerdo extrajudicial, con el objeto de precaver un requerimiento en contra de estos últimos (artículo 39, letra ñ) del DL 211). Se trata de una institución asimilable a la transacción, aunque -en este caso- es el agente económico quien debe efectuar todas las prestaciones a favor de la colectividad, consistiendo la contraprestación de la FNE en su renuncia a efectuar un requerimiento.
- El DL 211 establece un proceso de sometimiento del acuerdo extrajudicial al TDLC, quien lo revisará procurando que el mismo no contenga disposiciones que atenten contra la libre competencia (o que suponga la validación de hechos o actos existentes que atenten contra ella). El TDLC ha resuelto que en estos casos “*no ejerce una función de revisión judicial, por lo que, en ese entendido, su análisis no tiene por objeto examinar los hechos que dieron lugar a la suscripción del mismo*”. (Acuerdo Extrajudicial entre FNE y *Tianqi Lithuim Corporation*) Se establece una audiencia sin forma de juicio, lo que en la práctica ha llevado a que tales audiencias consistan en la formulación de un conjunto de preguntas por parte de los Ministros del TDLC, las que deben ser respondidas por la FNE y el o los agentes económicos involucrados. La Ley 20.945 permite expresamente que, además, participen en la audiencia quienes tengan interés legítimo. La actual letra ñ) también presume que tienen interés legítimo el SERNAC y las asociaciones de consumidores establecidas en la Ley N°19.496.
- Hasta el momento se han celebrado 32 casos de acuerdos extrajudiciales, de los cuales la mayoría han sido aprobados⁷ y solo dos han sido rechazados definitivamente, uno por consideraciones de oportunidad (*LAN/TAM*) y otro porque se consideró que el Acuerdo Extrajudicial no era el procedimiento idóneo (*Transbank*).
- Es interesante destacar el caso del *acuerdo entre la FNE, JJD Comunicaciones y Max Fácil* en el cual el TDLC inicialmente rechazó el acuerdo alcanzado por las partes al

⁷ Casos: *licitación de transporte público en Aeropuerto de Iquique*; *cláusulas de no competencia de matriz de Unimarc*; *cobro por estacionamientos en Aeropuerto de Santiago*; *Útiles Escolares*; *Storbox*; *Nestlé/Pfizer*; *Tubos de Prolipropileno*; *Abott/CFR*; *Oben/Boop/Pack Film*; *Contitech/Veyance*; *Electrolux*; *Red Integrada de Distribución Abierta -RIDA-*; *Cementos*; *Mainstream*; *Tianqi*; *Soprole/Prolesur*; *Watt's*; *Nestlé*; *Empresa de Transportes Ferroviario*; *Soprole/Prolesur*; *Delta Airlines/Latam*; *Inversiones Lota Green*; *Taxis de Aysen*; *Cosemar*; *AG Productores de Huevo*; *Latam*; y, *Uber*, *Delivery Hero* y *Rappi*.

considerar que los compromisos asumidos por las empresas, a instancias de la FNE, eran excesivamente gravosos y desproporcionados respecto de los riesgos a la competencia identificados en la investigación. Sin embargo, luego de un recurso de reposición suscrito tanto por la FNE como por las empresas, el TDLC decidió finalmente aprobar el acuerdo. También resulta interesante que en el caso *Taxis de Aysén* en la audiencia del procedimiento el representante de una de las partes dio a entender que negaba los hechos del expediente de la FNE en circunstancias de que una de las condiciones del acuerdo alcanzado era el reconocimiento de los hechos. Esto llevó al TDLC a rechazar el acuerdo extrajudicial por no cumplirse los términos de aquel, sin embargo, esta decisión fue revocada luego de que la misma parte que había negado los hechos interpuso un recurso de reposición reconociendo su error y reconociendo lo señalado por la FNE.

- Como tendencia reciente, cabe destacar que durante 2022 y 2023 la FNE ha celebrado acuerdos extrajudiciales como mecanismo para poner fin a investigaciones por colusión de menor entidad (caso *Taxis de Aysén*; y, caso *AG Productores de Huevo*) y que éstos han sido aceptados por el TDLC en atención a que el artículo 39 letra ñ) del DL 211 no distingue entre conductas anticompetitivas, lo que ha llevado al TDLC a sostener expresamente "*este Tribunal no observa impedimento para que la FNE pueda celebrar acuerdos extrajudiciales en el marco de las investigaciones que instruya con motivo de conductas de colusión*" (caso *Taxis de Aysén*).
- La normativa del DL 211 establece que las resoluciones que aprueban o rechazan los acuerdos extrajudiciales presentados por la FNE sólo son vinculantes para las partes que comparecieron al acuerdo, de manera que solo ellas pueden verse agraviadas por lo resuelto e interponer el recurso de reposición correspondiente. Luego, en el caso *Tianqi* el TDLC resolvió que el solo hecho que un tercero intervenga en la audiencia contemplada en el DL 211, no lo convierte en una parte afectada por el acuerdo extrajudicial, de manera que la resolución aprobatoria o denegatoria que se emita respecto de dicho acuerdo, no genera efectos vinculantes a su respecto.

VI. Tramitación electrónica de los procesos seguidos ante el TDLC

- Con fecha 29 de enero de 2024, y actuando en conformidad a la potestad conferida por el artículo 18 N°6 del DL 211, el TDLC dictó el Auto Acordado N°29/2024 sobre tramitación electrónica de los procesos. Para esos efectos, se dispone por parte del Tribunal el funcionamiento de una Oficina Judicial Virtual, en la cual, y mediante una carpeta electrónica, se contienen todas las actuaciones del proceso, lo que incluye tanto los escritos de parte, como las actuaciones realizadas por el Tribunal, receptores y ministros de fe. A su vez, se establece que toda actuación judicial y acto procesal suscrito por firma electrónica producirá el mismo efecto que si se hubiese llevado a cabo en soporte papel. Excepcionalmente se podrá componer el expediente electrónico de cuadernos en formato físico.

Prof. Nicole Nehme Z.

Septiembre 2024

- El ingreso de escritos se hace por vía electrónica, de acuerdo con el perfil registrado en la Oficina Judicial Virtual. Las presentaciones se entienden suscritas por el usuario que las remite, sin necesidad de contener su firma manuscrita, entendiéndose como firma electrónica simple su perfil en la Oficina Judicial Virtual. Excepcionalmente y en casos donde se solicite comparecer personalmente, o cuando no esté disponible la Oficina Judicial Virtual, se pueden presentar escritos con la firma manuscrita. La regla general es que todo escrito presentado en papel que no cumpla con estas condiciones se tendrá como no presentado.
- Tanto el patrocinio como el mandato judicial pueden constituirse mediante firma electrónica avanzada. De manera excepcional, pueden presentarse antecedentes sin contar con patrocinio y poder, lo cual rige sólo para los aportes de antecedentes en el procedimiento regulado en el artículo 31 del D.L. N° 211 y para el caso que deba ser remitida una respuesta a un oficio enviado por el Tribunal, para lo cual el Tribunal dispone un link de acceso.
- Los instrumentos también deben ser presentados a través de la Oficina Judicial Virtual. Aquellos cuyo formato no permita que sean traspasados a un soporte electrónico, pueden presentarse en formato papel. Asimismo, los documentos respecto de los cuales se pida la confidencialidad o reserva de su información no deben ser presentados por medio de la Oficina Judicial Virtual, sino que directamente en el Tribunal. En el caso de que se acompañen informes técnicos-económicos, se deben adjuntar también las bases de datos originales, además de otras informaciones requeridas. La regla general es que los escritos presentados y las actas o certificados del Tribunal, sean agregados en carácter público a la carpeta electrónica, a excepción de los casos que requieran confidencialidad o reserva.
- Las resoluciones del Tribunal y demás actuaciones judiciales son suscritas mediante firma electrónica avanzada de los Ministros, de la Secretaria Abogada o del ministro de fe, a excepción de las actas de audiencia, que solo requerirán firma manuscrita.
- No son tramitados de forma electrónica los procedimientos regulados en el artículo 39 del DL 211 (exceptuando el procedimiento de aprobación de acuerdos extrajudiciales). Esta disposición regula las potestades de la FNE tanto para seguir procedimientos administrativos de investigación, las actuaciones que dicho organismo puede realizar ante el TDLC, y el procedimiento para la aplicación de multas por el incumplimiento de la obligación de entregar información o prestar declaración en investigaciones de la FNE. Respecto de este último procedimiento, no se tramita electrónicamente, cuando la FNE solicite la reserva o confidencialidad de la primera presentación, los antecedentes que ofrece y la resolución que sobre ella recae.

VII. DL 211 y Tribunal Constitucional

- Existen casos en que se ha alegado la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de algunas disposiciones del DL 211, con el objeto de evitar su aplicación en las causas que se encuentran en tramitación ante el TDLC, o ante la Corte Suprema conociendo de asuntos de libre competencia en virtud de recursos presentados por las partes del procedimiento pertinente:
 - ✓ En el caso *Farmacias*⁸, Cruz Verde solicitó que se declarara inaplicable el artículo 22 del DL 211, por estimar que la conciliación a la que llegó FASA con la FNE, implicaba una infracción a la Constitución. Cruz Verde alegó que se estaba disponiendo de un bien jurídico indisponible (persecución de conductas que atentan contra la libre competencia), señalando además que dicha conciliación infringía los derechos de igualdad ante la ley, igualdad ante la justicia, y derecho a desarrollar actividades económicas, respecto de las demás partes involucradas en el proceso seguido ante el TDLC por colusión. El TC declaró inadmisibile el requerimiento.
 - ✓ En el caso *Puertos*⁹, se solicitó la inaplicabilidad del artículo 31 inciso final del DL 211 relativo a los recursos que pretenden impugnar las resoluciones dictadas en el marco de un procedimiento no contencioso, por estimar que dejaba sin posibilidad alguna a las terceras partes intervinientes- legitimados activos que comparecen en los procedimientos de esta naturaleza-, de recurrir en contra de resoluciones que no fijaran condiciones para la ejecución o celebración de actos o contratos materia de una consulta. Se argumentó que este criterio privaba en consecuencia a las partes de un debido proceso porque se les denegaba a las partes el derecho de recurrir ante un tribunal superior. El TC rechazó el requerimiento.
 - ✓ En el caso *Pollos*¹⁰, la empresa Ariztía pidió que se declarara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 29 del DL 211, que permite la aplicación supletoria de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil. En particular, porque se admitiría la absolucón de posiciones como medio de prueba que, en virtud del art. 385 del Código de Procedimiento Civil, incluye la obligación de todo litigante de declarar bajo juramento sobre hechos relativos al juicio. Ariztía alegó que aquella obligación atentaba contra el principio de no autoincriminación consagrado en la Constitución. El TC nuevamente rechazó el requerimiento, esta vez por considerar que la garantía constitucional invocada era aplicable únicamente a causas criminales y a los casos en que está en juego la libertad personal y seguridad individual.
 - ✓ En el caso *Buses*¹¹ se pidió al TC que declarara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 26 letra c del DL 211 porque infringiría la igualdad en la aplicación de la ley, e implicaría diferencias arbitrarias. Los recurrentes alegaron que

⁸ Tribunal Constitucional, Rol 1416-09 INA.

⁹ Tribunal Constitucional, Rol 1448-09 INA.

¹⁰ Tribunal Constitucional, Rol 2381-12 INA.

¹¹ Tribunal Constitucional, Rol 2658-14 INA.

el artículo 3 del DL 211 establece una dualidad de los tipos infraccionales de libre competencia -distinguiendo entre conductas que dañan o lesionan la libre competencia y conductas que sólo tienen la aptitud causal o idoneidad para lesionarla-. Sin embargo, el artículo 26 que contiene las sanciones aplicables a dichos tipos infraccionales no sería coherente con dicha dualidad. El TC rechazó el requerimiento, e indicó que la normativa de libre competencia establece parámetros para la debida ponderación de las sanciones y que el TDLC no puede prescindir de ellos al aplicar las sanciones, por lo que se cumple con el requisito de proporcionalidad.

- ✓ En el caso *Conadecus contra Claro, Entel y Movistar*¹², Entel y Movistar pidieron al TC que declarara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 27 del DL 211, argumentando que su aplicación en el contexto del cumplimiento incidental de la sentencia dictada por la Corte Suprema, al vedarles la interposición de un recurso de apelación contra la resolución del TDLC que rechazó sus excepciones y ordenó seguir adelante con la ejecución, las habría despojado de todo medio de impugnación contra una resolución que les ocasionaba perjuicios. A juicio de las recurrentes, ello vulneraría el artículo 19 N°2 de la Constitución, referente a la igualdad ante la ley y trato proporcional e igualitario en el proceso; así como el artículo 19 N°3 de la Constitución, referente a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, particularmente, el derecho a la defensa, derecho al recurso y, en definitiva, al debido proceso. La solicitud de Movistar fue declarada inadmisibles -por razones formales-, mientras que la de Entel fue declarada admisible y posteriormente rechazada.
- ✓ En los casos *Helicópteros I y Helicópteros II*¹³, una persona natural requerida en tales causas solicitó al TC declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la letra c) del artículo 26 del DL 211. El recurrente argumentó que la aplicación de esta norma en el caso concreto infringiría los principios de *ne bis in idem* y de proporcionalidad al pretender hacer responsable al requerido persona natural de dos sanciones distintas por un mismo hecho, ello por vía de la responsabilidad solidaria dispuesta en tal norma, cuestión que se traduciría -a juicio del recurrente- en una sanción desproporcionada en relación a las conductas por las cuales fue acusado, vulnerándose lo dispuesto en el artículo 19 N°3 de la Constitución. El recurso no fue acogido.
- ✓ Recientemente en el caso *Transportistas de Valores* uno de los requeridos persona natural presentó un recurso de inaplicabilidad impugnando la norma del CPC relativa a la citación a absolver posiciones ante el TDLC, aplicable al procedimiento contencioso en virtud del artículo 29 del DL 211, con base en que su declaración

¹² Tribunal Constitucional, roles N°6019-19 INA y N°6023-19 INA, respectivamente.

¹³ Tribunal Constitucional, roles N°9094-20 INA y N°9469-19 INA, respectivamente.

Prof. Nicole Nehme Z.

Septiembre 2024

como absolvente podría utilizarse luego en un procedimiento penal en circunstancias en que en el procedimiento penal es una garantía del debido proceso el derecho a no autoincriminación. El recurso se encuentra actualmente en tramitación¹⁴.

¹⁴ Tribunal Constitucional, roles N° 15770-24-INA y 15768-24-INA