

Los organismos de la defensa de la competencia

Olga Feliú de Ortúzar

Consejera del
Colegio de Abogados de Chile A.G.

PRIMERO

I. Antecedentes

1. Para la teoría económica, **libre competencia** es sinónimo de mercado perfecto, que es aquel en que la oferta y la demanda revisten los caracteres de atomicidad y fluidez. Existe la atomicidad, tanto en la oferta como en la demanda, cuando ninguno de los concurrentes al mercado influye en las cantidades ofrecidas o demandadas, y, por tanto, en la fijación del precio. La fluidez en la demanda y en la oferta está dada por la posibilidad de desplazamiento de los concurrentes entre sí, por la posibilidad de selección libre de las partes que van a concurrir en la transacción.

Los mercados imperfectos son aquellos en que falta alguna de las condiciones o características antes señaladas.

Si la atomicidad falta en la oferta, se puede presentar el régimen imperfecto de "monopolio": el oferente es uno solo; y de "duopolio" u "oligopolio", en que los oferentes son dos o poco más. En estos casos uno solo, o sólo unos pocos, influyen en la formación de los precios.

Si la falta de atomicidad ocurre en la demanda, se produce el "monopsonio", en que hay un solo demandante; el "duopsonio" u "oligopsonio", en que hay dos o poco más interesados en adquirir el bien o servicio.

La imperfección de los mercados o su falta de fluidez se puede presentar en diferentes casos y obedecer a múltiples causas. Algunas causas son naturales, como ocurre con los fenómenos climáticos, la distancia, etc. También puede deberse a obra de los hombres.

En todos los casos recordados se señala que hay mercado imperfecto o de competencia monopólica.

En el mercado perfecto los precios se forman en libre competencia. En estos mercados el precio se fija o determina en lo que se llama nivel óptimo, que corresponde al costo medio de la empresa eficiente.

Por diferentes causas en las sociedades modernas no existen mercados perfectos respecto de todos los bienes y servicios. Por diferentes razones ello es así. Desde luego existen ciertos privilegios del Estado o derivados de las patentes comerciales y de invención, o prohibiciones de ciertas actividades.

Además, si la imperfección del mercado no es pronunciada, los precios se forman de manera similar a un mercado perfecto.

Nuestro legislador primero y nuestra Carta Fundamental en la actualidad, protegen un régimen de formación de precios en que exista competencia y en que las cantidades que se transen sean las máximas. En un régimen que funcione de esta manera el nivel de precios será el óptimo o el más cercano a éste.

La Carta Fundamental garantiza el sistema antes recordado a través de diferentes normas. En primer término, asegura a las personas –naturales y jurídicas– la libertad económica, el derecho a desarrollar actividades económicas lícitas. Sólo es posible limitar el ejercicio de este derecho por ley, ninguna autoridad administrativa puede disponerlo y, en todo caso, no podrá afectarse al derecho en su esencia. También protege el constituyente la libertad de asociación, la libertad de emprender cualquier trabajo, su libre elección y contratación, la no discriminación en los empleos, la afiliación voluntaria a gremios o sindicatos, la no discriminación en materia económica, las limitaciones al rol empresarial del Estado y, en todo caso, que éste sea sometido al derecho común cuando lo asume.

El carácter constitucional de estas normas asegura que la ley de la competencia se aplique en forma igualitaria tratándose del Estado o de los particulares.

La libertad de los oferentes para producir y entregar sus productos y servicios al mercado y la libertad de acceso y elección de los demandantes respecto de tales productos y servicios las protege el legislador sancionando las conductas que las afecten. Las normas pertinentes se engloban en el concepto de normas de “protección de la libre competencia”.

Para proteger la libre competencia el legislador sanciona, en general, todo hecho, acto o convención que tienda a impedir, eliminar o entorpecer la libre competencia, entendida ésta como ya se señaló.

La libre competencia en nuestro país ha tenido un cambio y un desarrollo fundamentales. De una economía socialista, sin competencia externa, con prohibiciones de importación, prohibiciones y regulación de todas las actividades económicas, el país ha pasado a ser abierto al mundo, con bajos aranceles y garantía de las actividades económicas, libertad de trabajo y no discriminación, amparados por la Carta Fundamental. Ha sido consecuencial que la protección a la libre competencia, preventiva y sancionatoria, haya adquirido, igualmente, un desarrollo y una dimensión diferentes. Progresivamente, las transgresiones graves y evidentes a la competencia se han transformado en formas sutiles y sofisticadas de alteraciones de mercado.

Las normas para defender la libre competencia, ya sea para impedir que se consumen sus atentados o, en su caso, sancionar sus contravenciones, nacieron en el año 1959 con la aprobación de la Ley N° 13.305, modificada luego por la Ley N° 15.142 (1963). En 1973, junto con la apertura de la economía del país, se aprobó el Decreto Ley N° 211, vigente hasta la fecha con modificaciones.

El examen y balance de esas normas, y de la aplicación que han hecho de ellas los organismos llamados a protegerlas, es altamente positivo. Los organismos de que se trata poseen estructuras pequeñas, de costos no elevados. Sin embargo, las transformaciones experimentadas, tanto en la libre competencia cuanto en la mayor complejidad de sus atentados obligan a estudiar los cambios que debieran introducirse. Se esbozarán modificaciones posibles en cada uno de los temas relevantes sobre la defensa de la libre competencia.

SEGUNDO

II. Perfeccionamientos del sistema vigente

2. Conductas contrarias a la libre competencia.

Los hechos, actos o convenciones que **tiendan** a impedir la libre competencia dentro del país pueden revestir las más diversas formas jurídicas. Generalmente tales hechos o actos, que en muchos casos no son aislados sino un conjunto y/o sucesión de ellos, considerados por sí mismos, son lícitos; su ilicitud arranca, o tiene su origen, en la finalidad que persiguen de impedir la libre competencia.

Es por ello que es una tarea difícil dictar normas que de manera prolija y cierta describan las conductas reprochables.

Las normas que actualmente protegen la libre competencia están contenidas básicamente en el Decreto Ley N° 211, de 1973. Esta ley tiende a **prevenir** los hechos que afecten a la competencia y a **corregir** los producidos.

El artículo 2° del Decreto Ley N° 211 enumera y describe una serie de conductas que "considera" como "hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia" y luego establece que reviste esa condición "**cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia**".

En consecuencia, además de las conductas descritas especialmente, hay arbitrios no especificados que son reprochables, civil y también penalmente, si su finalidad es la indicada por el legislador.

Esta indeterminación debe corregirse. Las leyes que sancionan conductas, sean penales o civiles, deben describir los actos que prohíben. No pueden ser formuladas de manera tal que permitan amplia discrecionalidad a quienes deben aplicarlas.

3. Naturaleza civil y penal de los atentados a la libre competencia.

Las conductas que el legislador describe y sanciona son aquellas que tienden a impedir o coartar la libre competencia.

Es necesario precisar si tales conductas constituyen solamente ilícitos civiles o si se trata, además, de figuras penales.

Respecto de esta materia señalaba el ex Fiscal Nacional Económico, profesor Waldo Ortúzar Latapiat, *"aunque nuestra ley reprocha el atentado contra la libre competencia tipificándolo como delito penal, en verdad contempla la sanción penal como último recurso en su represión. Esto obedece a una tendencia generalizada en el derecho comparado, según la cual la represión penal queda subordinada al principio de racionalidad, de acuerdo con el cual los jueces juzgan, en cada caso concreto, sobre la conveniencia de la sanción. La ley francesa manifiesta expresamente que la sanción penal se perseguirá en casos suficientemente graves.*

En nuestra ley, entonces, la descripción legal del atentado contra la competencia permite, fundamentalmente y en la mayoría de los casos, acordar correcciones y sanciones civiles o no penales dispuestas por los organismos administrativos y por el tribunal especial de la competencia que establece la ley, respectivamente. Esto quedó especialmente aclarado con la reforma de 1979, que se encargó de señalar expresamente que los atenta-

dos contra la libre competencia y los abusos monopólicos pueden investigarse, corregirse y sancionarse civilmente por los órganos especiales que la misma ley establece, sin necesidad de afirmar la existencia de un delito penal.

*“Sólo cuando la H. Comisión Resolutiva estima necesaria o conveniente la represión penal ordena el ejercicio de la acción penal ante la justicia ordinaria del crimen, iniciándose entonces un proceso penal común, con todas las garantías que la Constitución y las leyes aseguran a las personas”.*¹

En suma, los atentados o infracciones a la libre competencia en nuestro derecho positivo se sancionan, fundamentalmente, en sede de carácter civil. Sólo se persiguen penalmente cuando la H. Comisión Resolutiva considera necesaria o conveniente la represión penal ordenando el ejercicio de la acción penal.

4. Los delitos contra la libre competencia y la reforma del proceso penal.

Como se dijo anteriormente, las conductas más graves en los atentados contra la libre competencia pueden ser constitutivas de delito y la calificación de tales conductas y la determinación de si ellas constituyen delitos, para iniciar un enjuiciamiento, corresponde exclusivamente a la H. Comisión Resolutiva (artículo 17 N° 5 del Decreto Ley N° 211, de 1973). Su juzgamiento corresponde a la justicia criminal y compete a un Ministro de Corte de Apelaciones instruir el correspondiente proceso. La investigación de los hechos de que se trata corresponde al Fiscal Nacional Económico.

Pues bien, tal sistema se ha modificado tácitamente por la reforma procesal penal, puesta en marcha con la reforma constitucional aprobada por Ley N° 19.619, la creación del Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública y el nuevo Código de Procedimiento Penal.

De acuerdo con el nuevo sistema, establecido por normas constitucionales y legales, todas las investigaciones de hechos constitutivos de delito, de los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, y, en su caso, el ejercicio de la acción penal pública incumben al Fiscal del Ministerio Público.

La Constitución Política entregó esta función en forma exclusiva al Ministerio Público y en la discusión en el Parlamento del actual artículo 80A de la Carta Fundamental se trató el caso de las investigaciones por delitos

¹ Waldo Ortúzar Latapiat. “El Derecho de la Competencia”. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXVI. Sección Primera. 1989.

contrarios a la libre competencia. En la discusión en el Senado de esta reforma la Ministra de Justicia, señora Soledad Alvear, defendió la tesis que corresponde al Ministerio Público “en forma exclusiva” dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delito y, en su caso, ejercer la acción penal pública. Expresó la Ministra que a través de la reforma se buscaba que fuera “el Ministerio Público, **única** y **exclusivamente**, el organismo” que tenga esa facultad. Explicó que se quiso concentrar las funciones investigativas “en **un solo ente estatal**”, con el objetivo de que sea posible diseñar una política de persecución penal coherente que responda a un conjunto único de criterios fáciles de controlar y fiscalizar por parte del Poder Judicial y de otros órganos llamados a supervisar las labores de los fiscales”.

En el proyecto de ley sobre “normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal” (boletín N° 2217-07), en tramitación parlamentaria a la fecha de elaboración del presente trabajo, se proponen nuevas disposiciones sobre la situación jurídica de los delitos contra la libre competencia. El Senado aprobó el proyecto propuesto por su Comisión de Constitución, Legislación Justicia y Reglamento y en el proyecto se establece que se mantiene la facultad exclusiva de la H. Comisión Resolutiva para decidir si se debe iniciar un proceso penal, sin embargo, adoptado tal acuerdo, el Fiscal Nacional Económico debe darle cumplimiento, presentando la denuncia respectiva ante el Ministerio Público, a quien corresponderá ejercer la acción penal pública. Es importante destacar que en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se señala que “la Comisión compartió el criterio, aplicable a la generalidad de los organismos públicos, que la Fiscalía Nacional Económica no ejerza la acción penal pública, sino que se limite a denunciar los hechos al Ministerio Público, sin perjuicio desde luego de brindarle todo el respaldo que contempla la Ley Orgánica Constitucional de este último”.²

En suma, las nuevas disposiciones sobre el proceso penal e investigaciones exclusivas a cargo del Ministerio Público y ejercicio de la acción penal pública han traído como consecuencia una modificación del sistema que se encontraba vigente para la defensa de la libre competencia.

5. ¿Debe mantenerse el delito penal por atentados a la competencia?

La configuración de un delito por los atentados contra la libre competencia, con la calificación del mismo por la H. Comisión Resolutiva y la limitación procesal del ejercicio de la acción, está vigente en nuestro país desde

² Diario de Sesiones del Senado. Legislatura 345ª, Extraordinaria. Sesión 8ª, 16 de octubre de 2001. Anexo de documentos. Página 576 y Sesión 9ª, 17 de octubre de 2001.

1959. Sin embargo, su aplicación durante estos años ha sido prácticamente inexistente. Sólo dos casos fueron enviados a la justicia del Crimen durante la vigencia del Título Quinto de la Ley N° 13.305.

Por otra parte, cada vez se hace más conveniente adoptar en nuestro medio lo que es una tendencia general en el derecho comparado de reservar la sanción penal sólo para los atentados tan graves que realmente la ameritan y que no tienen otra forma de compensación a la sociedad por el daño que se ha causado.

Además, en definitiva, la investigación de los hechos, la participación de los imputados en los mismos, y la inocencia del imputado, o el ejercicio de la acción penal, quedarán radicados en el Ministerio Público, cuando la reforma se encuentre en plena aplicación. Por las consideraciones precedentes, al estudiar una reforma o modificación a las normas sobre libre competencia resulta recomendable **suprimir** la incriminación penal **y la existencia de un delito penal** por los atentados a la libre competencia y conservar sólo las sanciones civiles y especialmente las de orden pecuniario.

En todo caso, si en definitiva no se comparte este criterio por los legisladores, resulta ineludible modificar la tipificación del delito penal que sanciona el Decreto Ley N° 211, de 1973, porque la descripción del tipo penal es insuficiente y constituye una ley penal en blanco, prohibida en el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental.

6. Descripción de las conductas que se sancionan.

Los atentados civiles a la libre competencia necesitan, también, de una mayor precisión en su descripción.

Ello se requiere además por imperativo de la Carta Fundamental.

El Tribunal Constitucional, pronunciándose sobre el proyecto de Ley de Caza, estimó contraria a la Constitución Política una norma sancionatoria de una conducta no especificada en debida forma. Resolvió el Tribunal "que los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política han de aplicarse por regla general en el derecho administrativo sancionador".³

Es interesante recordar que Francisco Rosende, profesor, Decano de la Facultad de Economía y ex integrante de la Comisión Resolutiva, expresó

³ Tribunal Constitucional. Sentencia de 26 de agosto de 1996, recaída en el proyecto de Ley de Caza.

sobre este particular “que el encargo del legislador, en el artículo 2° del Decreto Ley N° 211, de 1973, es tan amplio como vago”, y que la “conclusión lógica de ello es que en la práctica este cuerpo legal entrega a los Tribunales correspondientes –en particular a la Comisión Resolutiva– la tarea de juzgar qué situaciones deben ser sancionadas y cuáles no. Sin embargo, es de destacar, también, que él mismo reconoce que “es imposible que el legislador pueda tipificar todos los casos posibles de conductas contrarias a la competencia”.⁴

Efectivamente, una descripción absolutamente completa es muy difícil de lograr y puede conducir a la pronta obsolescencia de la disposición. Sin embargo, es posible concebir una norma sancionatoria más unívoca que permita superar estos escollos.

A propósito de este tema, el Tribunal Constitucional ha resuelto que de acuerdo con los términos del inciso final del N° 3 del artículo 19, de la Carta Fundamental, basta que la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena, que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales”.⁵

Al amparo de esta tesis que no exige del legislador una descripción detallada y considerando la experiencia en el país de más de cuarenta años, los conocimientos del derecho comparado, especialmente de los Estados Unidos de Norteamérica y de la Unión Europea, que han desarrollado y sancionado un completo derecho de la competencia, aparte de un profuso caudal doctrinario, de esas y otras fuentes, es factible definir las conductas reprochadas.

En la actualidad, en que operan nuevos negocios y fórmulas empresariales, resulta indispensable mayor precisión en las conductas que deben sancionarse. Es necesario dar seguridad a todos los agentes del mercado sobre las reglas de la competencia que son exigibles.

7. Organismos de defensa de la libre competencia en la legislación vigente.

7.1. Los Organismos de Defensa de la Libre Competencia que contempla el Decreto Ley N° 211, de 1973, son:

⁴ El Mercurio. Martes 19 de junio de 2001. Opinión, Francisco Rosende. “Ley Antimonopolios”.

⁵ Tribunal Constitucional, 4 de diciembre de 1984. Rol N° 24. Citado en *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*. Constitución Política de la República. Editorial Jurídica, 1993, página 35.

- i) La Comisión Resolutiva.
- ii) Las Comisiones Preventivas Regionales.
- iii) La Comisión Preventiva Central.
- iv) La Fiscalía Nacional Económica.

Existe coincidencia de pareceres, tanto en el Gobierno cuanto en los sectores empresariales y académicos, sobre la necesidad de efectuar cambios y disponer mejoramientos en los organismos encargados de velar por la libre competencia. La importancia de éstos y la trascendencia de sus decisiones en el mundo de los negocios es innegable.

A continuación analizaremos la situación de cada uno de estos órganos.

i) Comisión Resolutiva.

La Comisión Resolutiva es el organismo máximo del sistema de protección y defensa de la libre competencia. Tiene su origen legislativo en el Título V de la Ley N° 13.305, modificado por la Ley N° 15.142, que fueron los primeros textos legales que trataron en Chile sobre la libre competencia y los organismos antimonopolios. Con posterioridad se modificaron las normas de la Ley N° 13.305 por el Decreto Ley N° 211, de 1973, y se cambió la composición de esta Comisión, pero sin alterar, en esencia, sus funciones fundamentales que la han caracterizado como un **Tribunal especial en materia de libre competencia**.

La jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ha reconocido, de manera invariable, la calidad de Tribunal de Justicia especial de la referida Comisión Resolutiva. Así lo ha resuelto en los dictámenes números 88.795, de 1965; 64.648, de 1977; 3.594, de 1984; 20.560, de 1989; 1.385 y 8.489, de 1994 y 31.646 de 1998. Las razones jurídicas que han servido de fundamento a la Contraloría General para concluir como lo ha hecho, de que se trata de un tribunal especial, se encuentran en la naturaleza de los cometidos y facultades que la ley le ha confiado a este órgano público.

La Comisión tiene facultades para conocer, investigar y juzgar las causas relativas a la libre competencia. Tiene facultades para anular actos y contratos, ordenar la cancelación de sociedades y de otras personas jurídicas, imponer multas e inhabilidades y requerir la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios. También goza de atribuciones en materia laboral para evitar que negociaciones colectivas puedan conducir a situaciones monopólicas.

La facultad para dictar instrucciones de carácter general a las cuales deben ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos, que reco-



noce la ley a la Comisión, debe estimarse abrogada por la Carta Fundamental, que en su artículo 19 N°s 21 y 26 ordena que las regulaciones sólo pueden disponerse por ley.

Examinado el tema, hacia el futuro, es necesario concluir que debe mantenerse la existencia de un Tribunal de la Competencia. Este debe ser permanente, con sede en Santiago y con ministros dedicados exclusivamente al ejercicio de esas funciones.

El Tribunal de la Competencia tendrá la condición de tribunal especial, tal como ocurre en la actualidad con la Comisión Resolutiva. Por ello, tal como es en la actualidad, estará sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Excm. Corte Suprema.

Este tribunal debe tener infraestructura propia que garantice el ejercicio autónomo de sus cometidos. Actualmente ello no es así, pues, en definitiva, el apoyo administrativo se lo presta la Fiscalía Nacional Económica, que es una de las partes de los procesos.

Independencia e imparcialidad.

El establecimiento de un Tribunal de la Competencia debe contemplar normas que aseguren su **independencia**. Ello es exigible por las normas constitucionales, que aseguran a todas las personas procedimientos e investigaciones "racionales y justos", lo que importa un "debido proceso", que sólo se garantiza con un tribunal independiente, y por lo acordado en Convenios Internacionales, particularmente en el Pacto de San José de Costa Rica.

La independencia del Tribunal de la Competencia requiere que los ministros que lo integren no dependan de algún Ministerio o autoridad. Ello se obtiene con el establecimiento de normas sobre incompatibilidad de los cargos de ministros con el ejercicio de cualquier otro empleo o función, ordenado de manera tal que incluya cualquier cometido que importe alguna forma de sometimiento o subordinación. Las normas sobre incompatibilidad de los Consejeros del Banco Central pueden constituir un buen ejemplo. Para asegurar la independencia en el ejercicio de las funciones se requiere, también, que en la designación de los integrantes intervengan los tres Poderes del Estado, tal como se estableció para la designación del Fiscal Nacional del Ministerio Público. Las normas sobre la nominación de los ministros integrantes del tribunal debieran ser similares a las del Fiscal Nacional. En su oportunidad, la aprobación unánime de parlamentarios de diferentes pensamientos y corrientes políticas para definir tal forma de designación, en este cargo de naturaleza similar, constituye importante precedente.

Jerarquía del Tribunal de la Competencia.

Se ha planteado que al Tribunal de la Competencia se le debiera asignar una jerarquía equivalente a las Cortes de Apelaciones.

Tal planteamiento debiera acogerse.

Es verdad que el prestigio de que goza la actual Comisión Resolutiva –antes Comisión Antimonopolios– se debe de manera importante a que la presidencia de la misma está a cargo de un Ministro de la Excm. Corte Suprema, sin el cual no puede funcionar. Sin embargo, tratándose ahora de la constitución formal de un tribunal de funcionamiento permanente y dotado de elementos que aseguren su independencia e imparcialidad, debiera respetarse la jerarquía como tribunal máximo de la Excm. Corte Suprema de Justicia. Así, entonces, al Tribunal de la Competencia se le asignaría un grado inferior.

Tramitación de las causas.

Además de los cambios en los Organismos de Defensa de la Competencia, se requiere, también, del establecimiento de normas que reglen la tramitación de las causas ante el Tribunal de Defensa de la Competencia. Dichas normas deben ajustarse a las reglas básicas de procedimiento que aseguren la bilateralidad de la audiencia, la inmediatez, la oralidad y procurar procedimientos más expeditos.

El establecimiento de tales normas permitiría asegurar una mayor rapidez en la resolución de las materias sometidas al conocimiento del tribunal.

Requisitos para ser ministro del tribunal.

Teniendo en consideración la actual composición mixta de la Comisión Resolutiva, se plantea si en la integración de un nuevo tribunal ello debiera mantenerse. Hoy la integran abogados y otros profesionales o funcionarios públicos.

Atendido que para resolver los complejos y difíciles problemas de atentos a la competencia se requiere de las diferentes visiones de las áreas económicas y jurídicas, puede ser una excelente opción una integración mixta en que no todos los integrantes del tribunal sean letrados, esto es, abogados.

Observaciones sobre un proyecto gubernativo.

Se ha tenido conocimiento, de manera extraoficial, de un proyecto de ley que modifica las normas vigentes sobre los órganos de la competencia.

Respecto del organismo máximo de la competencia y tribunal especial, establece este preproyecto que su integración será de cinco miembros. Uno de ellos, un Ministro de la Excma. Corte Suprema, igual que en la actualidad, los otros cuatro "deben ser expertos en políticas de competencia designados por el Presidente de la República de una nómina elaborada por el Ministerio de Economía. Los integrantes de esta nómina se seleccionarían por concursos públicos. La designación presidencial debería ser ratificada por la Comisión de Economía del Senado.

Tal proposición es absolutamente improcedente. Cabe reiterar que la actual Comisión Resolutiva **es un tribunal especial sometido** a la supervigilancia de la Excma. Corte Suprema. El organismo público que lo suceda debe tener igual naturaleza jurídica. Por ello, no es constitucionalmente admisible que las designaciones las resuelva el Presidente de la República. También tal proposición contraviene el Pacto de San José de Costa Rica. Ello resta toda independencia a este tribunal de funciones tan relevantes.

Tampoco debiera acogerse la proposición de que las nominaciones sean ratificadas por la Comisión de Economía del Senado. El Senado es una Cámara que debe prestar su aprobación para diferentes designaciones, pero una Comisión de él carece de toda personería para resolver sobre ninguna materia, disponerlo así contraviene la Carta Fundamental.

ii) Las Comisiones Preventivas Regionales.

Las Comisiones Preventivas Regionales que tienen su origen en el Decreto Ley N° 211, de 1973, son organismos colegiados, de carácter administrativo.

Las funciones fundamentales de las Comisiones Preventivas Regionales son las de absolver las consultas que se les formulen acerca de actos ya celebrados o de aquellos que se propongan ejecutar o celebrar, vigilar, en los territorios en que ejercen sus cometidos que se respete el juego de la libre competencia, conociendo, de oficio o a petición de cualquiera persona, de toda situación que pudiera alterarlo y requerir de la Fiscalía Nacional Económica la investigación de los actos contrarios a la libre competencia.

Es relevante la función consultiva de las Comisiones Preventivas; estos cometidos puede ejercerlos respecto de contratos **existentes** o de actos o

contratos eventuales, "que se propongan ejecutar o celebrar". Importa también destacar que tratándose de consultas que versan sobre actos futuros, "los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones de las Comisiones Preventivas Regionales o Central no acarrearán responsabilidad sino en el caso que, posteriormente, y **sobre la base de nuevos antecedentes**, sean calificados como contrarios a la libre competencia por ellas mismas o por la Comisión Resolutiva y a partir desde que se notifique o publique la resolución que haga esta calificación".

En suma, es valiosa la competencia de las Comisiones para dar su dictamen cuando se les solicita, porque ilustra, desde luego, a los consultantes sobre temas dudosos que se presentan en la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, y, además, da origen a una valiosa jurisprudencia en materias que son complejas y que presentan múltiples facetas difíciles de conceptualizar. Tiene también una gran importancia práctica, que permite actuar en casos complejos sobre la base de un informe favorable de alguna Comisión que, sólo en caso de **nuevos antecedentes**, puede ser modificado y, en todo caso, sólo hacia el futuro.

Desde el año 1973, en que el Decreto Ley N° 211 creó las Comisiones Preventivas Regionales, hasta la fecha, su trabajo ha sido escaso. Salvo excepciones, su productividad ha sido baja.

Sobre la base del reconocimiento de este hecho, en el proyecto de ley gubernativo que propone modificar las normas vigentes en estas materias, se proyecta reemplazar las Comisiones Preventivas Regionales por cuatro Comisiones Zonales.

Parece conveniente esta disminución en el número de Comisiones, porque la experiencia indica que no son necesarias en todas las regiones.

iii) Comisión Preventiva Central.

Esta Comisión corresponde a la Comisión Preventiva Regional del Área Metropolitana y, por ello, tiene las mismas funciones que las Comisiones Preventivas Regionales, pero, además, le corresponde resolver sobre las materias de su competencia que tengan carácter nacional o se refieran a más de una región.

Contrariamente a lo sucedido con las Comisiones Preventivas Regionales, la Comisión Preventiva Central ha tenido una gran actividad y ha desarrollado una importante labor. Sus numerosos dictámenes son fuente de jurisprudencia ilustrativa para los agentes económicos.

Los informes y dictámenes de las Comisiones Preventivas Regionales y Central y su labor de vigilancia o control en sus respectivos territorios, respecto de la forma en que se desenvuelve la competencia, han resultado muy útiles en el desenvolvimiento de la libre competencia desde la fecha de su establecimiento.

Sin embargo, se ha discutido también sobre la conveniencia de mantener las Comisiones Preventivas, que son órganos administrativos, en una nueva conformación de los Organismos de la Competencia. En esa perspectiva se ha planteado que la función de absolver consultas, que es la más importante de estos organismos, podría radicarse en la Fiscalía Nacional Económica, en un departamento especializado que debería crearse.

Las funciones de estas comisiones relativas a las actividades de los particulares se radicarían en el mismo tribunal de la competencia.

Esta materia debiera profundizarse. Puede ser inconveniente recargar la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de la Competencia sobre nuevas competencias antes de perfeccionar sus roles en una nueva institucionalidad.

iv) Fiscalía Nacional Económica.

La Fiscalía Nacional Económica tiene su origen en el Decreto Ley N° 211, de 1973, que estableció sus funciones principales. Según este Decreto Ley, las atribuciones de la Fiscalía son: instruir las investigaciones que **estime procedentes** para verificar las infracciones a la ley de "defensa de la libre competencia", de oficio o a requerimiento de cualquiera autoridad o persona; actuar como parte, representando el interés general de la colectividad ante la Comisión Resolutiva y los Tribunales de Justicia; requerir de la Comisión Resolutiva y de las Comisiones Preventivas el ejercicio de sus atribuciones, y de estas últimas, la adopción de medidas preventivas, y evacuar informes que les soliciten tales comisiones.

Con posterioridad a la dictación del Decreto Ley N° 211, las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica fueron modificadas por el Decreto Ley N° 2.760 y por la Ley N° 19.610. Es de especial importancia esta última ley, que tuvo por objeto reforzar las facultades de la Fiscalía dotándola de mayores atribuciones en cuanto a su función de investigar las conductas que pudieran ser constitutivas de atentados a la libre competencia.

Es importante destacar que durante la tramitación en el Senado del proyecto de la Ley N° 19.610, se le introdujeron modificaciones al texto para adecuar sus normas a las exigencias de proceso e investigación racionales y justos que garantizan la Carta Fundamental, y asegurar, asimismo, el

respeto a los derechos y garantías individuales que aseguran tanto la Constitución Política cuanto los tratados y convenciones a los que el país se encuentra adherido, particularmente el Pacto de San José de Costa Rica.

Naturaleza jurídica de la Fiscalía Nacional Económica.

La Fiscalía Nacional Económica es un servicio público descentralizado de la Administración del Estado, integrante, por consiguiente, del Poder Ejecutivo, que se encuentra sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Las atribuciones de este servicio público son propias de un Ministerio Público, pues a éste compete actuar en nombre de la sociedad y de la ley y, en esta representación, investigar conductas de las personas y ejercer, en su caso, las acciones que sean procedentes para obtener que se restablezca la legalidad y se sancione a los infractores.

Independencia de la Fiscalía Nacional Económica.

El ejercicio de los cometidos propios de un Ministerio Público requiere en forma indispensable una actuación independiente de toda otra autoridad y especialmente de influencias políticas.

El Decreto Ley N° 211, de 1973, y la Ley N° 19.610 que lo modificó, establecen que la Fiscalía Nacional Económica “**será independiente de todo Organismo o Servicio**”. Sin embargo, esta importante declaración no corresponde a una realidad jurídica, pues se trata de un servicio público descentralizado, como tantos otros, sujeto a supervigilancia del Presidente de la República, y el Fiscal Nacional Económico es un funcionario de confianza exclusiva del Primer Mandatario, quien lo designa y remueve libremente. A su vez, el personal de la Fiscalía es de confianza del Fiscal. En estas condiciones es posible afirmar que no existe efectiva **independencia** de la Fiscalía Nacional Económica ni de su Jefe Superior, el Fiscal Nacional, para el ejercicio de sus funciones. Ello es altamente inconveniente y afecta principios fundamentales, pues el ejercicio de sus funciones requiere de real independencia.

La necesidad de una auténtica independencia se comprendió debidamente tratándose del Fiscal Nacional del Ministerio Público. Así lo consideraron en forma unánime tanto el Poder Ejecutivo como el Congreso Nacional cuando se aprobó la Reforma Constitucional del Ministerio Público por la Ley N° 19.619. Por ello el Constituyente estableció que el Ministerio Público será “un organismo autónomo” y que “el Fiscal Nacional y los Fiscales Regionales sólo podrán ser removidos por la Corte Suprema”.

Interpretando esta norma constitucional, el profesor José Luis Cea y quien suscribe han concluido que “el establecimiento del Ministerio Público en la Carta Fundamental importó la creación de una nueva función del Estado. Que por mandato constitucional el Ministerio Público es un órgano **autónomo** del Estado, esto es, no integra ni pertenece a los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que en el cumplimiento de sus funciones puede actuar libremente, pero con estricta sujeción a Derecho, atendido el mandato contenido en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política”.⁶

Las funciones del Fiscal Nacional Económico, si bien no son jurisdiccionales, como tampoco lo son las del Fiscal Nacional del Ministerio Público, afectan derechos protegidos constitucionalmente. El Fiscal Nacional actúa como parte de los juicios y tiene funciones de investigación de las actuaciones contrarias a la libre competencia. Tales roles debe ejercerlos con respeto a los derechos equivalentes de la contraparte y de los investigados.

La condición de funcionario de confianza exclusiva es inconciliable con las funciones del Fiscal Nacional Económico. Cuando el Decreto Ley N° 211 creó el cargo de Fiscal Antimonopolios, dispuso que su titular sólo podría ser removido por sumario instruido por la Contraloría General. Una norma de similar naturaleza debiera ser aprobada.

La calidad de parte acusadora en los juicios del Fiscal Nacional Económico debe disponerse se ejerza en igualdad de los derechos de las demás partes del proceso.

Es importante tener presente que las **investigaciones** que practique el Fiscal Nacional Económico deben ser de carácter civil, pues si se tratase de hechos constitutivos de delito, tales investigaciones corresponderían al Fiscal Nacional del Ministerio Público, a quien compete en forma **exclusiva** tal atribución, por norma constitucional. Por cierto que tales investigaciones deben desarrollarse de manera tal que se respeten los derechos de las personas que están protegidos constitucionalmente.

⁶ Informe sobre Instructivos del Fiscal Nacional del Ministerio Público. José Luis Cea Egaña y Olga Feliú de Ortúzar. Boletín de Jurisprudencia Ministerio Público N° 7, noviembre de 2001.