

LÍMITES A LA POTESTAD INSPECTORA DE LA ADMINISTRACIÓN: EL CASO DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA⁺

FRANCISCO AGÜERO VARGAS*
LUIS EDUARDO TORO BOSSAY**

ABSTRACT: El objetivo de presente artículo es analizar los límites que tiene la potestad inspectora de una autoridad administrativa en materia económica, en este caso, la Fiscalía Nacional Económica, respecto de las solicitudes o requerimientos de información que ésta hace a los particulares en sus investigaciones por eventuales infracciones a la Ley de Defensa de la Competencia (Decreto Ley 211, de 1973). Se busca compatibilizar la necesidad de eficacia de la investigación con las garantías de empresas y particulares.

PALABRAS CLAVE: Defensa de la libre competencia - Información empresarial - Potestad de control - Procedimiento administrativo.

1. INTRODUCCIÓN.

En el presente artículo se estudian los posibles límites y restricciones al ejercicio de la potestad de inspección de la Administración, dentro de sus potestades de policía en materia económica.

La Administración Fiscalizadora requiere de potestades para verificar el cumplimiento de la legislación frente a posibles infracciones, debiendo el ejercicio de la potestad inspectora someterse a límites por ser una intromisión en la actividad económica de los particulares. Dichos límites pueden estar no sólo en el contenido de la potestad misma, sino que en historia de la ley habilitante, al considerar al ejercicio de la potestad inspectora como un procedimiento administrativo, jurisprudencia y normas constitucionales sobre libertad de empresa e investigaciones.

⁺ Un borrador de este artículo fue presentado y comentado por Pedro Mattar en el Coloquio sobre Derecho, Regulación y Competencia realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el día 5 de Diciembre de 2007. Agradecemos la colaboración de Kreuz Alarcón en la investigación sobre jurisprudencia, así como los comentarios y sugerencias de Pablo Fuenzalida, Manuel Antonio Zárate, Felipe Jiménez, Juan Salas y de los alumnos del curso optativo de Regulación de Servicios Públicos (Semestre de Primavera, 2007), de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, quienes efectuaron comentarios a un borrador previo.

* Abogado, Universidad de Chile. M.Sc. en Regulación Económica y Competencia, The City University, Londres. Profesor de Regulación de Servicios Públicos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Barros & Errázuriz Abogados. faguero@bye.cl

** Abogado, Universidad de Concepción. Socio, Barros & Errázuriz Abogados. letoro@bye.cl

Para dicho fin, se analiza el caso contemplado en el Decreto Ley 211, de 1973 (DL 211), que considera una amplia potestad para requerir información de terceros durante la investigaciones que lleva Fiscalía Nacional Económica (FNE), pero contemplando, a la vez, control previo por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) respecto de dicha potestad inspectora.

El análisis de la potestad de la FNE de requerir información se analiza primero como potestad de inspección, para pasar luego a un análisis detallado de la facultad de la FNE. A continuación se investiga la historia de la creación de esta potestad, originada en la Ley N° 19.610, para después analizar la potestad como una carga pública para los particulares y ésta como un procedimiento administrativo. Posteriormente, se analiza la finalidad de la potestad inspectora –investigar infracciones al DL 211-, para luego examinarla como una potestad discrecional, que debe ejercerse en forma racional y justa –como toda investigación. Seguimos con los límites al deber de colaborar con la Administración y los riesgos del mal uso de la información recolectada, para concluir con el análisis de la jurisprudencia del TDLC sobre requerimientos de información.

2. LA POTESTAD DE INSPECCIÓN EN MATERIA ECONÓMICA.

En los últimos años, ante lo que se denomina la sociedad de riesgo, el Estado no ha quedado impávido sino que ha adecuado su aparato muscular, con la creación y reforzamiento de los órganos que fiscalizan diversas actividades económicas. Y ante ese nuevo rol, el Estado pasa a evitar los daños, a prevenir los riesgos. Y la prevención de riesgos requiere de buscar y encontrar información, usando métodos que van desde la entregada en forma voluntaria, denuncias anónimas, hasta interceptando comunicaciones.¹

La complejidad de la actividad industrial –como también los fenómenos de privatización de empresas públicas- ha obligado no sólo a una mayor regulación, sino que a una creciente supervisión de las actividades privatizadas o *despublicadas*. Mayor regulación implica un mayor control, todo lo cual requiere de entidades que fiscalicen el cumplimiento de la normativa.²

Este control de la Administración respecto de actividades, emana del poder de policía, debiendo la Administración controlar que la actividad de los particulares se ajuste a los fines de utilidad pública, lo que se puede hacer en forma preventiva como en forma represiva, esto es, una vez ocurrida la trasgresión, la conducta reprochable. Esta última forma de policía conlleva el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, aplicando principios del Derecho Administrativo sancionador,³ lo que ocurre con posterioridad a la fiscalización, sea o no preventiva.

¹ HOOD, Christopher, ROTHSTEIN, Henry, BALDWIN, Robert. *The Government of Risk*, Oxford, 2001, p. 24

² RIVERO ORTEGA, Ricardo. *El Estado Vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*. Madrid, Ed. Tecnos, 2000, p. 28

³ RIVERO ORTEGA (n. 2), pp. 58-59

En otras palabras, antes de sancionar un eventual incumplimiento de la normativa, que garantiza el orden público, debemos controlar que se esté cumpliendo la norma. Y para controlar, crecientemente se necesita información. Luego, la legislación otorga a los diversos órganos del Estado que ejercen potestades de fiscalización, la facultad de solicitar información a los particulares, a partir de lo cual se podrá o no formular un reproche posterior. Pero, previamente, ha debido haber control de la actividad.

Ahora bien, la vigilancia de actividades económicas por parte de la Administración, efectuando inspecciones, se percibe desde antiguo, en materias tan diversas como la aduanera,⁴ inspección del gas,⁵ electricidad⁶ y laborales (“Ley de la Silla”).⁷ Más recientemente, la Administración cuenta con facultades para requerir información de particulares en ámbitos como la protección del consumidor⁸ y salud pública,⁹ o persiguiéndola para el control de la concesión de obras públicas.¹⁰

Respecto a los servicios públicos, es común que los órganos de la Administración del Estado que ejercen una función fiscalizadora puedan solicitar información y antecedentes a otros servicios públicos, lo que ocurre en sectores tan diversos

⁴ Ley sobre almacenes de depósito, de 23 de julio de 1832, y su desarrollo reglamentario, contenido en el Reglamento de Aduanas para los Almacenes de Depósito y comercio Marítimo de Tránsito, de 1833

⁵ Ley de 15 de octubre de 1875, que ya contemplaba inspectores de gas *cfr.* Ley N° 4794

⁶ Ley N° 1665 (1904)

⁷ Ley N° 2951, que encargaba a las Municipalidades la “*vijilancia i la aplicación*” de dicha ley.

⁸ Art. 57, Ley N° 19.496, que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores “Los proveedores estarán obligados a proporcionar al Servicio Nacional del Consumidor los informes y antecedentes que le sean solicitados por escrito, que digan relación con la información básica comercial, definida en el artículo 1º de esta ley, de los bienes y servicios que ofrezcan al público. La negativa o demora injustificada en la remisión de los antecedentes requeridos será sancionada con multa de hasta 200 unidades tributarias mensuales. Se considerará injustificado el retardo superior a cinco días, contados desde el vencimiento del plazo señalado en el requerimiento, que no podrá ser inferior a treinta días corridos.”

⁹ Ley N° 19.937, que modifica el D.L. N° 2.763, de 1979, con la finalidad de establecer una nueva concepción de la Autoridad Sanitaria, distintas modalidades de gestión y fortalecer la participación ciudadana; especialmente, en lo que respecta a las facultades de la Superintendencia de Salud.

¹⁰ Así, el Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que Inicia un Proyecto de Ley que Modifica la Ley de Concesiones de Obras Públicas y otras Normas que Indica, Boletín N° 5172-09, de Junio de 2007, indica que “Por su parte, se propone consagrar en la ley la obligación del concesionario de entregar información cierta con respecto a sus sub-contratistas, contabilidad, gestión empresarial y atención de usuarios, a fin de que la autoridad pueda verificar la buena marcha de la concesión y el debido cumplimiento de las obligaciones del concesionario; informaciones que pueden ser sometidas a auditorías a requerimiento del Ministerio de Obras Públicas.”

como son la inteligencia nacional,¹¹ impuestos,¹² aduanas,¹³ servicios sanitarios¹⁴ y energía.¹⁵

Inclusive, la potestad inspectora pueden ser ejercida por sujetos privados, como ocurre respecto de las Entidades Acreditadoras que se contemplan en la Ley N° 19.799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y los servicios de certificación de firma electrónica.¹⁶ Considerando que el acreditador es un sujeto privado, el Mensaje de esta ley permite esclarecer lo que se hace al inspeccionar las actividades privadas:

“existe también la obligación para con la entidad acreditadora, de comunicar el inicio y cese de actividad, a fin de que ella tenga una visión completa del mercado y pueda monitorear el cumplimiento de las obligaciones legales y reglamentarias, (...) Por ello, se establece el deber de permitir las inspecciones determinadas por esa autoridad, la que mediante ellas se convierte en el eje, aunque sin asumir el control regulatorio del mercado.”¹⁷

Como precisa RIVERO ORTEGA, no toda actividad pública de acopio de información debe incluirse en la función inspectora, sino solamente aquella dirigida a velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico a través de la obligación de colaboración de los sujetos privados.¹⁸ Por lo mismo, no es propiamente una actividad inspectora la solicitud de colaboración y pedimentos de información que se hace entre órganos de la Administración, ya esbozada más arriba. Tampoco sería ejercicio de dicha potestad el deber de colaborar de los particulares respecto de la función estadística, porque no se pesquisa el cumplimiento de las leyes.¹⁹ Además, no habría inspección cuando alguna información de los particulares es obtenida mediante la mera observación de la Administración sin que el particular se deba soportar la carga y se encuentre compelido a entregar los datos.²⁰

La función inspectora de la Administración es una potestad pública, ya que obliga a terceros mediante declaraciones unilaterales de voluntad. Para el Estado, estas

¹¹ Art. 8°, letras d) y e), Ley 19.974, que crea la Agencia Nacional de Inteligencia. Expresamente se contempla que “Los mencionados organismos estarán obligados a suministrar los antecedentes e informes en los mismos términos en que les sean solicitados.”

¹² Art. 80° y 82°, Código Tributario

¹³ Art. 23º, D.F.L. N° 329, de 1979, de Hacienda. Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas

¹⁴ Art. 71°, Ley General de Servicios Sanitarios

¹⁵ Art. 4°, letra h), Decreto Ley N° 2.224, de 1978, que crea la Comisión Nacional de Energía. También, Art. 7°, Ley N° 19.862, que establece registros de las personas jurídicas receptoras de fondos públicos.

¹⁶ Art. 20°, Ley N° 19.799

¹⁷ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se Inicia un Proyecto de Ley Sobre Firma Electrónica y los servicios de Certificación de Firma Electrónica, Santiago, 2000, Boletín 2571-19

¹⁸ RIVERO ORTEGA. (n. 2) p. 67

¹⁹ RIVERO ORTEGA. (n. 2) p. 70. En materia estadística, *cfr.* Ley 17344, Art. 20: “Todas las personas naturales o jurídicas chilenas y las residentes o transeúntes están obligadas a proporcionar los datos, antecedentes o informaciones de carácter estadístico que el Instituto Nacional de Estadísticas les solicite por intermedio de sus funcionarios, delegados o comisionados, de palabra o por escrito, acerca de hechos que por su naturaleza y finalidad tengan relación con la formación de estadísticas oficiales”

²⁰ RIVERO ORTEGA. (n. 2) p. 75

declaraciones de voluntad son iguales a funciones, pudiendo darse órdenes obligatorias a los administrados a través de los órganos de la Administración, quienes son terceros extraños.²¹ De esta forma, se obliga al particular –el administrado- a soportar una intromisión o injerencia de la Administración en su esfera propia, independiente de su voluntad.

Siendo la función inspectora una potestad, ésta no puede ser ilimitada, pudiendo controlarse por sus elementos reglados, revisando los presupuestos de hecho o aplicando los principios generales del derecho.²² Al decir de BERMEJO VERA, es verdad que puede ser difícil precisar en las normas de cobertura los límites de la potestad inspectora, no sólo por la dificultad de definir el alcance de la actividad administrativa, sino que por la habitual y verosímil confrontación entre la potestad y los derechos de los sujetos obligados, sean éstos de naturaleza “fundamental” o con derechos subjetivos de rango inferior.²³

En materia de actividades sujetas al control de un fiscalizador –verbigracia, superintendencias- éstos pueden requerir a los sujetos que fiscalizan que se entregue la información que necesitan para el cumplimiento de sus funciones, en materias tales como energía, servicios sanitarios, valores, casinos de juego, etc.²⁴

En mensajes de proyectos de ley, el Ejecutivo expresa que las superintendencias tienen facultades para requerir información de los sujetos o actividades fiscalizados o de sus administradores o representantes legales, todos los antecedentes y explicaciones que juzguen necesarios para su información,²⁵ sin que se llegue a alterar el desenvolvimiento normal de las actividades del afectado.²⁶ Ahora bien, esta intensidad del control respecto de sujetos que son concesionarios de servicio público es, para parte de la doctrina, de aquellas relaciones de sujeción especial, admitidas respecto de quienes se encuentran en una situación de acentuada dependencia a favor de un determinado fin.²⁷

²¹ AYLWIN AZÓCAR, Patricio y AZÓCAR BRUNNER, Eduardo. Manual de Derecho Administrativo. Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1996, p. 205

²² RIVERO ORTEGA. (n. 2) p. 76

²³ BERMEJO VERA, José. La Administración Inspectora. Revista de Administración Pública Madrid, 147, 1998, p. 53

²⁴ *Cfr.* Art. 3 A, Ley N°18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Art. 27, Ley 18.902, que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios; Art. 4º, letra g), Decreto Ley N° 3.538, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, Art. 86º, Ley 18.045, de Mercado de Valores; Art. 13º, Ley 19.041 (en lo que respecta al Servicio de Tesorerías), Art. 22º, Ley N° 19.995, entre otros.

²⁵ Mensaje que Modifica la Ley 18.410 y DFL 1, de 1982, para fortalecer régimen de fiscalización del sector de servicios eléctricos, Boletín 2279-08, 1998

²⁶ CARMONA SANTANDER, Carlos. Derecho Administrativo, Apuntes de Clases, Unidad IV. El principio de Control. 1. La Dimensión Activa. Santiago, Universidad de Chile, 2005, p. 17

²⁷ Agradecemos en este punto los valiosos comentarios de Pablo Fuenzalida C. Al respecto, *cfr.* STC Rol 468, 559 y 781. También, BERMEJO VERA. (n. 23) p. 53, Nota N° 39; CORDERO VEGA, Luis. Los particulares como sujetos de derecho en el derecho administrativo Revista de Derecho Público, 64, 2002, p. 216 y ss. En pro de la retirada de esta sujeción especial, y su reemplazo correlativo por vínculos de base contractual que incluyan procedimientos de regulación consensuada, CASSAGNE, Juan Carlos. El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado. (Hacia una nueva concepción). Revista de Administración Pública, Madrid, 140, 1996, p. 106

Sólo una vez que se hayan recopilados los datos, pasa la Administración a evaluar, analizar y razonar su significado, su importancia y decidir si es procedente y conveniente encuadrarlos o no en los presupuestos de hecho que permiten hacerlos recaer en una categoría del derecho, como es la conducta antijurídica.

3. LA POTESTAD DE LA FNE PARA REQUERIR INFORMACIÓN.

Las principales funciones de la FNE, como representante del interés general de la colectividad en el orden económico, son investigar las infracciones al DL 211, para así requerir ante el TDLC la represión de las conductas contrarias a la libre competencia. Mediante la instrucción de investigaciones que estime procedentes, la FNE puede verificar las infracciones al DL 211, por lo que recabar información resulta indispensable para el cumplimiento de su principal finalidad, cual es instruir las investigaciones que estime pertinentes para comprobar las infracciones al DL 211, requiriendo ante el TDLC cuando existan tales infracciones, y actuar en ese proceso representando el interés general de la colectividad en el orden económico.

La potestad de la inspección de la FNE está contenida en el DL 211, y la habilita legalmente para recabar información de terceros en sus investigaciones.

Tres son las fuentes de información de la FNE: información recabada mediante la Policía de Investigaciones, información obtenida de órganos de la Administración e información obtenida de los particulares, todas contenidas en el artículo 39º, del DL 211.

El Fiscal Nacional Económico puede recabar y ejecutar por medio de los funcionarios que corresponda, el examen de toda documentación, elementos contables y otros que estime necesarios. Además, con conocimiento del Presidente del TDLC, la Dirección General de la Policía de Investigaciones de Chile debe poner a disposición del Fiscal Nacional Económico el personal que éste requiera para el cumplimiento del cometido indicado en esta letra o ejecutar las diligencias específicas que le solicite con el mismo objeto (Art. 39, a), DL 211).

- a. Formas que dispone la FNE para obtener información en sus investigaciones.

La letra g) del artículo 39º del DL 211 habilita a la FNE a requerir de cualquier organismos y servicio público, de municipalidades o de empresas, entidades o sociedades en que el Estado o sus empresas, entidades o sociedades, o las municipalidades, tengan aporte, representación o participación, quienes están obligados a prestarla, que ponga a su disposición los antecedentes que estime necesarios para las investigaciones, denuncias o querellas que se encuentre practicando o en que le corresponda intervenir.

Finalmente, el artículo 39, letra h) del DL 211 permite que la FNE pueda solicitar a los particulares las informaciones y los antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique.

De este modo, y de la sola circunstancia que se regule estas situaciones en literales independientes, y del diverso tenor literal de los mismos, resulta evidente que para el Legislador de la libre competencia no es igual que se trate de: (i) un “funcionario de los organismos o servicios público, de las municipalidades o de las empresas, entidades o sociedades en que el Estado o sus empresas, entidades o sociedades, o las municipalidades, tengan aporte, representación o participación”, en este caso el legislador indica expresamente que “están obligados a prestarla” o (ii) un particular, en que sólo se puede requerir las “informaciones y antecedentes que estime necesarios” para la investigación.

Tal como se anticipó, el DL 211 distingue tres tipos de sujetos pasivos, para los efectos del ejercicio de las potestades de requerir información, a saber:

- a) Los “afectados” por una investigación.
- b) Los funcionarios de los organismos y servicios públicos -en los términos amplios del literal f) del artículo 39 del DL 211- que no son investigados, y
- c) Los “particulares”, respecto de los cuales no se utiliza la expresión “quienes estarán obligados a prestarla”, que sí se aplica a los funcionarios de los organismos y servicios públicos y a los que se les puede solicitar los antecedentes “necesarios” para la investigación.

Parece evidente que a los particulares no “afectados” por la investigación, la carga que le impone el legislador en el DL 211 es menor a la de los afectados y/o funcionarios de los organismos y servicios públicos.

Si bien la potestad inspectora de la FNE para requerir información guarda semejanza con atribuciones similares de las superintendencias –en cuyo caso es una facultad reconocida los reguladores²⁸- como lo reconoce el Mensaje que envió el proyecto de ley, éstas la ejercen siempre limitándose a pedir información a ciertos sujetos pasivos, que son los “sujetos fiscalizados” por la respectiva superintendencia,²⁹ de lo que colige que la facultad fiscalizadora generalmente está restringida a sujetos que se encuentran en una situación de sujeción especial respecto de la Administración.

De esta forma, un límite a la información que se pide es, precisamente, el de la investigación –el sujeto fiscalizado o investigado por la FNE- en este caso, los sujetos investigados o afectados.

b. Deber de reserva respecto de la información.

Como correlato de la información que puede obtener la FNE en sus investigaciones, sus funcionarios y las personas que prestan servicios en la FNE se encuentran

²⁸ BIANCHI, Alberto. La Regulación Económica- Desarrollo histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la República Argentina. Buenos Aires, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, p. 275.

²⁹ Cfr. Ley N°18.410, Ley 18.902, Decreto Ley N° 3.538, Ley 18.045, Art. 13°, Ley 19.041 (en lo que respecta al Servicio de Tesorerías) entre otros.

obligados a guardar reserva de todas las informaciones, datos o antecedentes de que puedan imponerse con motivo u ocasión del ejercicio de sus labores, en especial de aquellos obtenidos en ejercicio de las facultades indicadas en los literales a) – investigaciones que conduce-, g) –petición de información a órganos de la Administración- y h) del artículo 39 del DL 211. No obstante, esos antecedentes pueden usarse para el cumplimiento de las funciones de la FNE y el ejercicio de las acciones ante el TDLC o los tribunales de justicia.

c. Sanción respecto de quien entorpezca la investigación

De esta forma, el artículo 39, letra h) del DL 211, que contiene la potestad inspectora de la FNE, la habilita para solicitar a los particulares, ajenos a la Administración del Estado, las informaciones y los antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique.

Este era el contenido, en esencia, de la potestad de que disponía la FNE para pedir información a personas que no fueran parte de la Administración, con anterioridad a la reforma del año 1999 al DL 211.³⁰

A partir de la Ley 19.610, dictada el año 1999, se contempló que las personas incumplidoras de la solicitud de información que entorpecieran las investigaciones instruidas por la FNE, podían ser apremiadas con arresto de hasta 15 días. La orden de arresto es otorgada por el juez de letras con jurisdicción en lo criminal que sea competente según las reglas generales, a requerimiento del Fiscal Nacional Económico, previa autorización del TDLC (Art. 42, DL 211). Desde el año 1999, la autorización previa ha sido otorgada al menos en dos oportunidades.³¹

d. Amplitud de la potestad inspectora.

La redacción de la habilitación legal de la FNE para ejercer la potestad inspectora evidencia un problema habitual en estas materias: no existe precisión en la norma habilitante, que en definitiva, permite pedir cualquier información y antecedentes (“estime necesarios”), sin que, necesariamente, lo solicitado sea necesario. O bien, podemos decir, la norma es precisa y permite pedir cualquier información de los particulares. Es cierto, parece complejo y restrictivo imponer ex ante un límite entre la potestad y los derechos fundamentales de los ciudadanos (v.g. intimidad, a no autoinculparse y secreto de la correspondencia y comunicaciones privadas).³² Por lo mismo, es posible que, con la finalidad de cumplir sus deberes, se investigue más de lo necesario. En otras palabras, se pida más información de la necesaria para la investigación.

Dada la amplitud de la potestad, el artículo 39, letra h) contempla también el derecho de los requeridos para solicitar al TDLC que se deje sin efecto total o

³⁰ Cuyo texto estaba contenido en el literal i) del artículo 24 del DL 211.

³¹ Resoluciones 629 y 630, ambas de 2001, de la Comisión Resolutiva

³² BERMEJO VERA, José. Derecho Administrativo. Parte Especial. Madrid, Civitas, p. 130 y ss.

parcialmente el requerimiento de la FNE, para el caso que la entrega de la información “pudiere irrogar perjuicio a sus intereses o a los de terceros”.

Cabe agregar que esta falta de precisión en los límites, también se ha traducido en la práctica en una carga que se impone a los particulares, ya que la FNE no se limita a solicitar las informaciones o antecedentes que estime necesarios, sino que además oficia a los particulares para proveer la información y presentarle los datos en la forma y soporte que ella indique.

4. GÉNESIS DE LA ACTUAL POTESTAD INSPECTORA DE LA FNE.

Para orientarnos en los límites que tendría la potestad de inspección, su origen legislativo –la historia fidedigna- puede ilustrar la tarea.

La actual potestad de inspección se origina en la reforma al DL 211, propuesta en 1997, que fortalecía a la FNE, y que se tradujo en la Ley N° 19.610.

En su concepción original, el Mensaje contemplaba que esta atribución de requerir información a particulares se incluía en una potestad de inspección mayor de la FNE –la que, finalmente, no prosperó. Ésta contemplaba que la FNE pudiera inspeccionar todo tipo de operaciones, bienes, libros, estados, cuentas, archivos y cualquier documentación de una empresa, entidad u organización que desarrollara actividades que pudieren infringir la competencia.

Adicionalmente, de la redacción originalmente, propuesta no se conservaron en la ley vigente lo referente a solicitar “explicaciones” y “datos”, por lo que podríamos sostenerse que éstos, hoy, no son exigibles a los particulares.

¿Qué implica esta limitación? El texto del DL 211 faculta a la FNE a requerir antecedentes, esto es, las acciones, dichos o circunstancias que sirven para comprender o valorar hechos posteriores.³³ Es dable de sostener que los datos³⁴ quedan comprendidos dentro de las informaciones que puede pedir la FNE, atendido lo amplio de dicho concepto.³⁵ Pero, por lo mismo, la FNE no podría pedir explicaciones, vale decir, que se le manifieste o revele la causa o motivo de algo.³⁶

Luego, la elaboración de información o justificaciones para la FNE no debe alcanzar a los particulares, como tampoco la solicitud de datos o explicaciones, pues no constan en la habilitación normativa actual del artículo 39º, h), DL 211.

El texto de la propuesta legal evidencia que su concepción era para una aplicación respecto a los particulares que pudieren infringir el Decreto Ley 211 y no respecto de cualquier particular, siendo la facultad de pedir antecedentes e informaciones

³³ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. Diccionario de la Lengua Española. 22ª Ed.

³⁴ “Antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de algo o para deducir las consecuencias legítimas de un hecho”, REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. (n. 33)

³⁵ “Comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada” REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. (n. 33)

³⁶ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. (n. 33)

sólo respecto de éstas personas.³⁷ Claro está, que para poder determinar si alguien puede o no infringir la legislación de defensa de la competencia, previamente se le debe pesquisar, algunos de los cuales pueden –a juicio de la FNE- no estar infringiendo el DL 211.

Durante la discusión en el Congreso Nacional, la amplitud de esta potestad que se le entregaba a la FNE fue objeto de observaciones para que fuera circunscrita a las personas investigadas, contemplando alguna reserva a la información entregada.³⁸ El Diputado informante en la Cámara de Diputados, Sr. TUMA, agregó que el derecho de solicitar ante el TDLC constituía una garantía efectiva para los investigados, como asimismo una limitación a la actuación discrecional de la FNE.³⁹ Por su parte, el Diputado Sr. DUPRÉ sostenía que “el mismo texto legal establece los resguardos necesarios que eviten abusos de poder”.⁴⁰ Mientras, el Diputado Sr. LATORRE afirmaba que “entre las atribuciones que se entregan al Fiscal por este artículo, ellas están referidas a información pública, la cual tiene que ser proporcionada por las partes, dada esta característica. Cuando se trate de información privada, rigen otras normas más precisas al respecto”.⁴¹

5. LA POTESTAD INSPECTORA ES PARTE DE UNA INVESTIGACIÓN QUE DEBE REALIZARSE EN FORMA RACIONAL Y JUSTA.

³⁷ Art. 1º, Mensaje de S.E. el Presidente de la República. Proyecto de ley que fortalece la Fiscalía Nacional Económica. (Boletín Nº 2105-03) cuyo tenor era el siguiente: “Inspeccionar sin restricciones, por sí o a través de los funcionarios que designe al efecto, las operaciones, bienes, libros, estados, cuentas, archivos y demás documentación de toda empresa, entidad u organización que desarrolle actividades que pudieren infringir la presente ley, y requerir de sus representantes, administradores, asesores o dependientes, los datos, antecedentes, explicaciones o informaciones que estime necesario conocer para el debido ejercicio de sus funciones, quienes estarán obligados a prestar la colaboración y entregar los antecedentes solicitados.”

³⁸ “La reserva o secreto de los antecedentes de la persona investigada es necesaria para no vulnerar legítimos derechos. Por ejemplo, lo concerniente a secretos industriales, “know how”, etc. Existen disposiciones sobre la materia, pero debería revisarse su extensión para tener la certeza que una investigación -independientemente de que llegue o no a imponer sanciones- debe salvaguardar el valor económico de tales antecedentes. De hecho, las normas sobre confidencialidad no son aplicables a la Comisión Resolutiva, lo que parece un vacío que debe salvarse.” Exposición de los señores Pablo Kangiser y Tomás Flores, representantes del Programa Legislativo del Instituto Libertad y Desarrollo al Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, Proyecto de ley que fortalece la Fiscalía Nacional Económica. (Boletín Nº 2105-03), Cámara de Diputados, Valparaíso, 13 de enero de 1998

³⁹ “En el mismo artículo 27, letra h), nuevamente nos encontramos con una innovación que constituye, por una parte, una limitación a la actuación discrecional del Fiscal y, por otra, una efectiva garantía para quienes sean objeto de investigación.” Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, Proyecto de ley que fortalece la Fiscalía Nacional Económica. Boletín Nº 2105-03, Cámara de Diputados, Valparaíso, 13 de Enero de 1998

⁴⁰ Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, Proyecto de ley que fortalece la Fiscalía Nacional Económica. Boletín Nº 2105-03, Cámara de Diputados, Valparaíso, 13 de Enero de 1998

⁴¹ Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, Proyecto de ley que fortalece la Fiscalía Nacional Económica. (Boletín Nº 2105-03), Cámara de Diputados, Valparaíso, 13 de Enero de 1998

Un elemento principal que debe tenerse en cuenta es que el procedimiento de investigación de la FNE debe ajustarse estrictamente a las exigencias del artículo 19 N° 3 de la Constitución, en el sentido que las investigaciones (en este caso, administrativo-sancionadoras) deben ser racionales y justas. Lo anterior implica que debe velarse “siempre e irrenunciablemente por no afectar ni lesionar los derechos fundamentales de los inculpados, como tampoco de quien se vea afectado por la investigación”.⁴² Luego, la potestad inspectora tampoco puede infringir las normas de protección de derechos fundamentales de las personas.⁴³

De acuerdo a FELIÚ, durante la tramitación en el Senado del proyecto de la Ley 19.610, se introdujeron modificaciones para adecuar la normativa a la exigencia de un proceso e investigación racional y justa, asegurando el respecto a los derechos de las personas, contenidos en la Constitución y los tratados y convenciones, en especial, el Pacto de San José de Costa Rica.⁴⁴

Esta exigencia para las investigaciones de la FNE es reconocida por el TDLC:

“resulta de la esencia de un proceso racional y justo el tener derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa pues, de lo contrario, esa defensa no sería posible al negarse el derecho a traer al proceso los medios justificativos o demostrativos de las propias alegaciones o los que desvirtúan a la parte contraria, lo que naturalmente incluye el contenido de la investigación que en su momento llevó adelante la Fiscalía. Lo anterior, por lo demás, es un principio general de nuestra legislación, reconocido, por ejemplo, en el Estatuto Administrativo, La Ley N° 20.000, y el Código Procesal Penal; expresamente recogido también por el Tribunal Constitucional, quien ha señalado que, para salvaguardar “siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, los afectados deben estar en conocimiento de las investigaciones administrativas que realiza el Estado, sujetas a controles jurisdiccionales, pues de lo contrario se violenta la garantía constitucional del artículo 19 N° 3 de la Constitución (Sentencia Rol 433, considerandos 31 y 32; y Sentencia Rol 389, considerandos 28 a 35)”⁴⁵

De esta forma, el ejercicio irracional de una potestad discrecional por parte de la FNE –la de requerir lo que “estime necesario”- debe concretarse en un actuar racional, no arbitrario.

6. LA CARGA DE LOS PARTICULARES ANTE LA POTESTAD INSPECTORA.

⁴² CEA EGAÑA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Derechos, Deberes y Garantías. Tomo II. Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 2004, p. 159

⁴³ BERMEJO VERA. (n. 23) p. 54

⁴⁴ FELIÚ, Olga. Los organismos de la defensa de la competencia. *Revista Actualidad Jurídica* 5, 2002, p. 200

⁴⁵ Resolución del TDLC recaída en autos “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Isapre ING S.A. y otros”, rol C N° 77/2005 (resolución intermedia), 13 de abril de 2006, cons. 16°.

El artículo 39, h) del Decreto Ley 211 impone una carga pública a los particulares: es una obligación impuesta unilateralmente por el Derecho Público a un particular, prescindiéndose del consentimiento de éste. En este caso, la FNE requiere información respecto de circunstancias personales y de la actividad de empresas que pueden o no estar siendo investigadas por la FNE.

Es una potestad muy amplia e intensa, que como deber o carga impuesto por Ley, tiene límites, los que además se desprenden del contexto del mismo artículo 39 del DL 211, tal como se indicará.

En efecto, frente a argumentaciones de bien común o eficacia de la Administración en una investigación, debe tenerse en cuenta también los derechos y garantías que puedan chocar con dicha potestad y la posición jurídica que tiene el requerido de información en la Investigación que se lleve a cabo por la FNE.

De esta forma, tal como no puede haber tributos “desproporcionados o injustos”, no debe haber una carga injusta o desproporcionada para un particular (Art. 19, N° 20° de la Constitución), obligándole a colaborar tal y como lo deben hacer los sujetos investigados o los funcionarios públicos (en los términos de la letra f) del artículo 39 del DL 211).⁴⁶

Además, debemos tener siempre en cuenta que el representante del interés general de la colectividad en el orden económico es la FNE, y en ningún caso lo son los particulares.

Esta diferencia entre los “particulares” objeto de la investigación y otros terceros, extraños a ésta, queda de manifiesto en el proceso de consulta que establece el artículo 31° del DL 211, que establece el derecho de quienes tengan interés legítimo en aportar antecedentes, es decir, terceros interesados que no son partes consultantes tienen la facultad para aportar antecedentes o abstenerse de hacerlo. En síntesis, es un derecho, no una carga o deber, en lo que respecta a procesos de consulta.

7. LA INVESTIGACIÓN COMO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

El ejercicio de la potestad inspectora de la FNE también debe enmarcarse dentro de un procedimiento administrativo, el cual debe regirse por la ley 19.880, de bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración Pública (“LBPA”). Entender la potestad inspectora como un procedimiento administrativo implica que haya un mecanismo de garantía de certeza, seguridad y resguardo para todos los sujetos, especialmente a la hora de ingresar a su esfera privada y soportar una intervención. De este modo, la potestad inspectora no puede vulnerar las normas de procedimiento administrativo general –de la LBPA- ni especial, en este caso, del DL 211.⁴⁷

⁴⁶ Así, colaborar es “trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra”. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. (n. 33)

⁴⁷ BERMEJO VERA. (n. 23) p. 54

Como lo reconoció el TDLC, el procedimiento de investigación se rige, en todo lo no dispuesto por el DL 211, por lo contenido en la LBPA (Art. 1, LBPA):

“la Fiscalía Nacional Económica es un órgano del Estado, y más específicamente un servicio público que ejerce un cometido público en el ámbito de la libre competencia. Para ello, dispone de todas las facultades que señala el artículo 39 del Decreto Ley N° 211, las que se encuentran sujetas y deben ejercerse, a falta de un procedimiento de investigación expresamente establecido por dicho texto legal, a la Ley de Procedimiento Administrativo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 19.880”.⁴⁸

Por lo tanto, como en todo procedimiento administrativo, la investigación deberá constar en el expediente administrativo, por aplicación del principio de escrituración,⁴⁹ de forma tal que las pesquisas de la FNE deben constar en actas escritas o por medios electrónicos (Art. 5°, LBPA).

Asimismo, la investigación también se regirá por el principio de contradictoriedad, el que admite que los sujetos investigados –los interesados, en clave administrativa– puedan, en cualquier momento de la investigación, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. De igual forma, pueden actuar asistidos por un asesor letrado. La FNE, como órgano instructor de la investigación, debe adoptar las medidas necesarias para respetar el principio de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento de investigación (Art. 10° y 17°, f), LBPA).

Por su parte, las solicitudes de información, al contener decisiones que pueden afectar los legítimos derechos de los interesados, deben siempre expresar los hechos y sus fundamentos de derecho que las motivan (Art. 11°, LBPA).

Ante el procedimiento de investigación, los interesados tienen el derecho de eximirse de presentar los documentos que no correspondan al procedimiento de inspección, o bien, aquellos que ya se encuentren en poder de la Administración (Art. 17°, c), LBPA). Empero, la jurisprudencia del TDLC hace ilusorio el ejercicio de este derecho, y ha argumentado que como la obligación de proporcionar información a la FNE es una carga pública establecida en la ley, el hecho que sea informada por el particular a otros servicios públicos no la libera de dicha obligación.⁵⁰ No debe olvidarse que la elaboración de información conlleva un gasto para los particulares –sin pensar en el costo de oportunidad que pueden tener los recursos que usan en responder los requerimientos de información–, y no debe agobiárseles innecesariamente.

⁴⁸ Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Isapre ING S.A. y otros, rol C N° 77/2005 (resolución intermedia), 13 de abril de 2006, cons. 8° “la Fiscalía Nacional Económica es un órgano del Estado, y más específicamente un servicio público que ejerce un cometido público en el ámbito de la libre competencia. Para ello, dispone de todas las facultades que señala el artículo 39 del Decreto Ley N° 211, las que se encuentran sujetas y deben ejercerse, a falta de un procedimiento de investigación expresamente establecido por dicho texto legal, a la Ley de Procedimiento Administrativo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 19.880”

⁴⁹ Resolución TDLC, “Demanda de Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A.”, de 29 de Mayo de 2007.

⁵⁰ Resolución TDLC, “Solicitud de La Polar I”, de 20 de junio de 2007.

Otro derecho de las personas que reconoce la LBPA es el de ser tratado con respecto y deferencia por las autoridades y funcionarios, estableciéndose que los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados se practiquen en la forma que resulte más cómoda para ellos, y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales. (Art. 17º, e), LBPA).

8. LA FINALIDAD DE LA POTESTAD INSPECTORA: INVESTIGAR INFRACCIONES A LA NORMATIVA SOBRE LIBRE COMPETENCIA.

La potestad de inspección de la FNE respecto de los particulares, conlleva el deber de los particulares en soportar dicha pesquisa de datos. Pero no puede haber un deber sin control, ilimitado. Precisamente, el ejercicio de la potestad puede colocar en la indefensión al interesado pesquisado en el procedimiento inspector de la FNE, por lo que se permite la impugnación de la decisión de la FNE ante el TDLC.

Estamos ciertos: se permite a la FNE, como órgano de la Administración del Estado, la búsqueda y solicitud de información con el sólo objeto de comprobar el respeto de las normas en este caso, la legislación de libre competencia.

Ahora bien, para ejercer esta potestad, la FNE puede captar datos e información, no en forma genérica –v.g., información estadística- sino que específica de un particular, ingresando a la actividad del particular investigado, a la esencia de su negocio, lo que hace que esta potestad sea más incisiva que una mera observación o vigilancia.⁵¹

Además, es eficaz y necesario que la Administración esté facultada para pedir información respecto aquellos particulares que realicen actividad de un interés general para la sociedad (v.g. valores, bancos, previsión, etc.⁵²) o derechamente de servicio público, pero no puede entenderse que la Administración goce de la misma extensión para conocer de todo tipo de actividades económicas, incluso aquellas en las que no hay una relación de sujeción especial, como es el servicio público, que no se tiene una posición de dominio de mercado, o que no se trata de un sujeto objeto de la investigación.

De este modo, la potestad inspectora en comento tiene una restricción implícita, pues puede ejercerse sólo con “motivo de las investigaciones que practique” la FNE, por lo cual se aprecia desde ya un límite (implícito) agregado por el Legislador. Si bien puede parecer evidente, no puede solicitarse información a sujetos si no hay una investigación en curso por parte de la FNE, porque no se cumplen la causa que permite requerir información a terceros bajo amenaza de apremios.

⁵¹ RIVERO ORTEGA, Ricardo. Vigilancia e inspección sobre los servicios públicos: mecanismos de control administrativo de actividades de interés general. En: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). Servicio Público y Policía. Buenos Aires, Ed. El Derecho, 2006, pp. 326 y ss. También, DUSSÁN HITSCHERICH, Jorge. El Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores N° 38, 2005, p. 182

⁵² Así por ejemplo, los proyectos de ley que crean la Superintendencia de Educación (Boletín 5083-04), de 2007, y la Autoridad Metropolitana de Transportes (Boletín 5077-15), de 2007, contemplan expresamente la facultad de éstas de requerir la información que estimen necesaria a los sujetos fiscalizados.

Lo anterior quiere decir que, cuando la FNE debe informar al TDLC en una causa que aquel Servicio no tiene la calidad de parte (Art. 39, e), DL 211), no puede ejercerse la potestad inspectora, salvo que derechamente la FNE opte por investigar la conducta bajo el paraguas que da el artículo 3º del DL 211 u otras leyes especiales que establecen infracciones a la libre competencia.

Tampoco podría ejercitarse la potestad inspectora de la FNE en aquellos casos que las leyes ordenan que el TDLC deba emitir un informe o resolución –típicamente, leyes sobre servicios públicos, como ocurre e materia de servicios sanitarios, electricidad, telecomunicaciones, gas de red, etc.- (Art. 18º, Nº 5, DL 211). Es decir, en las cuestiones conocidas como “no contenciosas”.

Y, finalmente, en virtud de las restricciones contenidas en el auto acordado Nº 5 del TDLC, de 22 de julio de 2004, la FNE no podría formular un requerimiento por los mismos hechos que son materia de una consulta respecto de un hecho, acto o convención que aún no se celebra;⁵³ toda vez que en esos casos lo que se está ejerciendo es una función preventiva por parte del TDLC. Entonces, no hay infracción actual a la legislación.

En los casos de consultas (los asuntos no contenciosas), no se está conociendo a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, de situaciones que pudieren constituir infracciones al DL 211 (Art. 18, Nº 1, DL 211); sino que se está conociendo por el TDLC a solicitud de quien tiene interés legítimo o del Fiscal Nacional Económico, de asuntos de carácter no contencioso que pueden infringir el DL 211, sobre hechos, actos o contratos existentes, así como aquellos que le presenten quienes se propongan ejecutarlos o celebrarlos. Entonces, al menos respecto de los hechos, actos o contratos que actualmente no existen, la FNE no podría investigar tales situaciones usando su potestad de inspección. Por lo mismo, creemos que utilizar la potestad de inspección respecto de terceros ajenos a una consulta, excede la finalidad de la potestad de requerir información, al no estar destinada a investigar una conducta ilícita.

9. LA POTESTAD INSPECTORA COMO UNA POTESTAD DISCRECIONAL.

No obstante lo señalado precedentemente, entender que la potestad de la FNE para requerir información se pueda ejercer en forma ilimitada o sin restricciones, repele al Derecho.

⁵³ Acuerdo 3º, Auto Acordado Nº 5, 22 de julio de 2004, TDLC. “En aquellos casos en los que ingrese a este Tribunal una consulta presentada de conformidad con el artículo 18 del DL 211, relativa a hechos, actos o contratos que no han sido celebrados, ejecutados o concluidos a la fecha de ingreso de dicha consulta, no cabrá posteriormente la interposición de demanda o requerimiento en relación a los mismos hechos. En consecuencia, quienes pretendan oponerse a tales conductas deberán hacerlo en conformidad al procedimiento no contencioso ya iniciado. Si igualmente se presentare demanda o requerimiento, ésta se mandará agregar a los autos no contenciosos y se tendrá como antecedente para las resoluciones que dicte el Tribunal en dicho proceso.”

De esta forma, y como primera limitación, el deber de informar por los particulares, en el caso en análisis, abarca solamente el ámbito de la libre competencia, que es el marco general en que el Decreto Ley 211 se desenvuelve.

Desde luego, chocaría al más elemental sentido de justicia y equidad que la FNE pudiera pedir todo tipo de información, incluso respecto de asuntos que escapan a su ámbito de fiscalización o que sea irrelevante para la administración, y para la cual las únicas causales de rechazo que permitieran denegar o limitar en forma expedita la exigencia de la FNE fueran aquellas que contempla el artículo 39, h) del DL 211.

Como ejercicio de una potestad pública, esta debe someterse primero al principio de legalidad, por el cual toda acción singular del poder se encuentra justificada en una ley previa,⁵⁴ el que se vuelve más relevante dada la conexión entre la inspección y el posible ejercicio de la potestad sancionadora.

Además, debe someterse también al principio de razonabilidad en los fines perseguidos que se aparten de las normas de habilitación o de los principios generales del derecho,⁵⁵ proporcionalidad entre el objeto de la medida y el fin perseguido, exceso de limitación o de punición, y violación al principio de igualdad, imponiéndose un acto que pueda ser ventajoso para unos respecto de otros.⁵⁶

Por lo demás, la restricción de los derechos de los particulares encuentra óbice precisamente en el principio *pro libertate* o *favor libertatis*, que veda el uso indiscriminado y discrecional de medidas que afecten la libertad de los individuos – de cualquier tipo- en beneficio de la Administración, especialmente cuando pueden usarse medios menos onerosos, restrictivos o perjudiciales a los derechos e intereses de los particulares, para alcanzar la finalidad perseguida.⁵⁷ De este modo, es obligación de resolver, como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ,⁵⁸ a favor de la libertad, en caso de duda respecto de la aplicación limitativa o restrictiva de derechos.⁵⁹ En la duda, debe favorecerse la libertad y la protección de los derechos de un particular, o, al menos establecer la restricción menos gravosa para

⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. La Ley, 2006, t. II, p. 110

⁵⁵ “La Administración (...) ha de ejercitar sus potestades para perseguir el interés público para cuyo logro se otorgó la potestad de que se trate. En caso contrario, ésta se desviará de su objetivo, y el acto en que se concrete incurrirá en el vicio de desviación de poder”. ENTRENA CUESTA, Rafael. Curso de Derecho Administrativo, t. I. 13ª. Ed., Ed. Tecnos, 2003, p. 167

⁵⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. LexisNexis, t. II, 7ª. Ed., 2000, p. 327

⁵⁷ Sobre este principio, *cfr.* la jurisprudencia de Contraloría General de la República, en dicho sentido: “la interpretación estricta que se postula como propia de las normas de derecho público debe primero distinguir el contenido de estas normas, de modo que sólo se interpreten restrictivamente aquellas que se refieran a las potestades de los órganos del Estado, en tanto que las que se refieran a derechos, libertades o garantías de las personas, lo sean extensivamente, conforme a los principios que enuncia en la materia la Constitución Política de la República (aplica criterio contenido en el dictamen N° 28.226, de 2007).” Dictamen N° 46097, de 2007, de Contraloría General de la República.

⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. (n. 54) p. 116

⁵⁹ CASSAGNE. (n. 56) p. 343

los particulares,⁶⁰ interpretando en forma estricta y no extensiva las potestades de la Administración.⁶¹

Así las cosas, esta potestad de la FNE es una potestad discrecional, pero no arbitraria.⁶² En la decisión que adopta el órgano, no está obligado a seguir algún criterio o norma preexistente. La discrecionalidad, a diferencia de las potestades regladas, reconoce límites jurídicos relativos, pero inmutables e invariables (como son los principios generales del derecho: legalidad, razonabilidad, buena fe, finalidad, igualdad) y límites técnicos, concretos, pero mutables y variables.⁶³ Además, la potestad inspectora, como potestad discrecional conoce elementos reglados, como es su existencia, la competencia del órgano, su extensión y finalidad pública

No obstante, el ejercicio de la potestad inspectora, por su carácter preventivo, requiere un margen de apreciación amplio, para no volverse en una potestad rígida, y que la haga perder eficacia. Pero la amplitud, que es necesaria, requiere de límites, como pueden ser posibles desarrollos reglamentarios, para asegurar la objetividad de la decisión.⁶⁴ Para el caso de la FNE, este desarrollo reglamentario puede sustituirse por la autorregulación, es decir, por una guía interna, similar a la que se ha autoimpuesto para el análisis de las operaciones de concentración horizontal,⁶⁵ con lo cual los particulares saben previamente a qué atenerse.

De este modo, si bien el DL 211 puede no haber definido en forma poco precisa los contornos de la potestad inspectora, puede ser la norma inferior que lo reglamenta la que lo delimita, al menos plasmando los principios generales a que nos hemos referido. O, en subsidio y a falta de precisión reglamentaria, una delimitación caso a caso, a cargo del poder jurisdiccional, el TDLC, como ha sido la elección del legislador.

Ahora bien, sólo en la medida que se conozcan las decisiones limitadoras de la potestad de inspección de la FNE –a través de la publicidad de las mismas y que éstas constituyan precedentes- es que el particular puede estar informado de los criterios y resguardos mínimos que se adoptan respecto de las solicitudes de información.

⁶⁰ Por ejemplo, Dictamen N° 27970, de 2006, de Contraloría General de la República: “normas prohibitivas cuya interpretación debe ser restrictiva, sobre todo si se considera que ellas inciden en el desarrollo de una actividad económica”

⁶¹ PAREJO ALFONSO, Luciano. Derecho Administrativo Barcelona, Ed. Ariel, 2003, p. 646

⁶² La discrecionalidad ocurre cuando en determinadas circunstancias de hecho la autoridad administrativa puede, libremente, decidir y tomar tal o cual medida, igualmente justas o jurídicamente indiferentes, para que se cumplan oportuna y eficazmente los medios y el momento –oportunidad- de su actividad, dentro de los fines que señala la ley.

⁶³ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 11ª. Ed., Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 2006, p. 713 y ss.

⁶⁴ RIVERO ORTEGA, (n. 2), p. 100

⁶⁵ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. *Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales*. Santiago, Octubre de 2006. En esta guía (página 3), la FNE señala que persigue “informar a las empresas interesadas, y a la comunidad en general, sobre los fundamentos, los principales aspectos y el procedimiento de análisis (...), fijando al efecto criterios claros, objetivos y transparentes”.

Por otro lado, existe un límite explícito establecido por el legislador en el literal h) del artículo 39 del DL 211, que establece en forma palmaria un límite: que la información o antecedentes requeridos a los particulares deben ser necesarios para la investigación.

Ciertamente, no se podría amparar un ejercicio arbitrario por parte de la FNE, disfrazado como ejercicio de la potestad inspectora de ésta, porque esto importa validar un acto contrario a derecho, que tuerce la finalidad establecida en la ley.

Por lo mismo, sostener que basta con que la FNE, por sí, considere o califique que una información es necesaria, podría irrogar un severo perjuicio, por ejemplo, para un sujeto no investigado que es forzado a divulgar secretos sobre su negocio si tal información llega a caer en manos de sus competidores.

10. EJERCICIO DE LA POTESTAD INSPECTORA RESPECTO DE SUJETOS QUE NO SON INVESTIGADOS.

Puede ocurrir que la FNE esté pidiendo información respecto de una empresa que no está siendo investigada, como ocurre en el caso de una operación de concentración y el particular requerido no es parte de la operación investigada, pudiendo ser un competidor. En este caso, a quien se le solicita información es un tercero ajeno a la investigación sobre posible infracción de la libre competencia, y en la práctica se le formulan iguales o semejantes exigencias que las que se somete a las empresas afectadas, es decir, las empresas que motivan la investigación. Las peticiones de información, además, dicen relación con información que puede no estar en el mercado, vale decir, ser información reservada o confidencial, o incluso, ser información estratégica o secretos empresariales de los terceros.

No sólo iguales exigencias, sino que se pudieran aplicar iguales apremios para quien ocupa una posición desigualmente objetiva respecto de los sujetos investigados.

Por lo mismo, dar un tratamiento igual a quienes son desiguales importa una discriminación arbitraria, que vulnera la garantía de isonomía del artículo 19° N° 2 y 20 de la Constitución Política, que consagra la igualdad de las cargas públicas. Sobre este particular, FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ ha expresado

“El tratamiento del administrado en general no puede ser el mismo que hay que dar al ‘administrado monopolio’ (...) frente al caso de una empresa normal que actúa sometida a la competencia y que tiene derecho a mantener confidenciales numerosos datos, el monopolio, o la empresa en posición dominante, no puede tener los mismos derechos”.⁶⁶

Así, cuando una empresa no es una autoridad en el mercado, como lo es un monopolista o aquella empresa con posición dominante o poder de mercado,⁶⁷

⁶⁶ FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel Ángel. La Competencia. Madrid, Ed. Ariel, 2000, p. 131 y ss.

⁶⁷ VALDÉS PRIETO, Domingo. La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico. Santiago, Ed. ConoSur, 1992, pp. 81 y ss.

tratarlo en la misma forma como se hace con el monopolista o con quien tiene poder de mercado, implica un trato desigual y que vulnera la Constitución (Art. 19, N° 2).

Como habíamos anticipado, esta diferencia entre los particulares está recogida por el propio DL 211, en materia de procedimientos no contenciosos, como son las consultas, en que un particular que formula o promueve una consulta al TDLC se encuentra obligado, bajo el riesgo que se le rechace su solicitud –si es solicitante- o se declare contrario al DL 211 su acto o contrato –si la consulta la hace la FNE respecto de un acto o contrato entre particulares-, situación que difiere radicalmente de otros interesados, quienes *podrán* acompañar antecedentes, si lo estiman pertinente, con el contenido y extensión que ellos determinen libremente.⁶⁸

11. LA POTESTAD INSPECTORA NO IMPONE UN DEBER GENERALIZADO DE COLABORAR CON LA FNE.

La potestad de requerir información debe quedar circunscrita a aquella que emane de personas que realizan actividades económicas o empresariales susceptibles de atentar contra la libre competencia.

En el caso que nos ocupa, el deber de información –que puede ser visto como un deber de colaborar con la Administración- es exigible a las empresas que motivan la investigación de la FNE, y no es un deber de todos los individuos de colaborar con la investigación –especialmente si estamos frente a un ilícito administrativo, desprovisto del reproche y la gravedad del derecho penal.

En este sentido se pronuncia BAÑO LEÓN, respecto de una norma de similar redacción a la del artículo 39, h) del DL 211, señala que⁶⁹

“La ley no tiene poder para construir un deber generalizado de colaboración, independiente de los fines específicos que aquélla tiene que atender, fines que delimitan el terreno en el que las normas de competencia actúan”.⁷⁰

Desde luego, sólo una colaboración que comunique información por parte del particular permite que la intromisión de la Administración sea eficaz, cumpliendo su fin de obtener datos e información.

Por lo mismo, el deber de colaboración no debiera afectar el derecho a no declarar contra sí mismo, como tampoco a declararse culpable ante una solicitud de información. Lo anterior, en aplicación del artículo 19, N° 7, f) de la Constitución

⁶⁸ Art. 31, N° 2, *in fine*, DL 211

⁶⁹ El nuevo texto de la Ley de Defensa de Competencia, Ley 15/2007, de 3 de julio, es casi idéntico al de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, es el siguiente (curiosamente, también es el artículo 39°): “1. Toda persona física o jurídica y los órganos y organismos de cualquier Administración Pública quedan sujetos al deber de colaboración con la Comisión Nacional de la Competencia y están obligados a proporcionar, a requerimiento de ésta y en plazo, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para la aplicación de esta Ley. Dicho plazo será de 10 días, salvo que por la naturaleza de lo solicitado o las circunstancias del caso se fije de forma motivada un plazo diferente. (...)”

⁷⁰ BAÑO LEÓN, José María. Potestades Administrativas y Garantías de las Empresas en el Derecho español de la competencia. Madrid, Ed. Mc Graw-Hill, 1996, p. 182

Política,⁷¹ la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José (Art. 8, g): “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”). Este derecho implica, al menos, no contestar las preguntas de la FNE que puedan significar una medida o sanción en aplicación del DL 211. Lo anterior implica distinguir entre declaraciones o explicaciones que puedan darse a la FNE –razones de los actos u omisiones de los investigados- de antecedentes documentales que pueden darse sin mayores explicaciones –como pueden ser actos y contratos o datos cuantitativos sin mayor análisis. Ahora bien, este derecho es limitado sólo a las personas naturales. Respecto de las personas jurídicas, el reconocimiento de una eventual titularidad sobre derechos fundamentales es excepcional y necesita de justificación, toda vez que depende de la estructura del derecho de que se trate, determinando la naturaleza de la persona jurídica qué derechos se puede ser titular.⁷² En el derecho comparado, si bien no se reconoce a las personas jurídicas en igual calidad que a las personas naturales, a las primeras se les entiende afectado su derecho a defensa si son forzadas a hacer declaraciones que pueda significar la admisión de parte suya de la existencia de una infracción a las normas de libre competencia que corresponde a quien acusa probar.⁷³ Especialmente crítico es SANTAMARÍA PASTOR, quien señala que del derecho constitucional a no declarar contra sí mismo, se ha pasado al deber administrativo de hacerlo.⁷⁴

Esto es relevante, porque requerida una empresa para exponer las razones en su actuar en los negocios –que a veces pueden no estar explicitadas ni desarrolladas- puede verse tentada a crear una justificación *ex nihilo*, declaración que posteriormente puede perjudicarla. Esto puede ocurrir cuando la consulta excede de las preguntas sobre el hecho que se consulta y pasa a pedir causas, efectos, finalidades, etc.⁷⁵

Esta carga pública, por lo mismo, no puede transformar al sujeto requerido –especialmente cuando es un tercero- en un verdadero asistente de la Administración Fiscalizadora, forzándolo a elaboraciones de información o búsquedas onerosas de datos que pueden ser inútiles para una investigación, como puede ser datos sobre hechos ya prescritos.

⁷¹ Dicha norma constitucional dispone que “En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley”.

⁷² ALDUNATE LIZANA, Eduardo. La titularidad de los derechos fundamentales. Estudios Constitucionales, N° 1, 2003, p. 196 y ss.

⁷³ NAZZINI, Renato. Some reflections on the Dynamics of the Due Process Discourse in EC Competition Law. Competition Law Review, (2: 1), 2007, p. 22

⁷⁴ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo General. 1ª. Ed., Madrid, lustel, 2004, t., 2º, p. 414

⁷⁵ VOILLEMOT, Dominique. Droit de la defense et droit de la Commission lors des enquetes prealables en vue de la l’application des articles 85 y 86 du Traite de Rome. En: Droits de la defense et droits de la Commission dans le droit communautaire de la concurrence, Coloquio de la Asociación Europea de Abogados, Bruselas, 1994, nota 198, p. 173, citado por BAÑO LEÓN. (n. 70) N° 34, p. 198

La ley tampoco puede llevar a los particulares a dar forzosamente explicaciones de sus actos, porque no se habilita a pedirlos. Ciertamente, si el particular voluntariamente opta por entregar información más allá de la pedida –“*ultrapetita*”, con una colaboración suma, pareciera legítimo que la Administración la utilice.

Ahora bien, respecto del uso de información en contra de un investigado - requerido o demandado- en un procedimiento que sea entregada en contravención a las garantías fundamentales, lo que se conoce en materia procesal penal como prueba ilícita,⁷⁶ estimamos que si se usaran informaciones obtenidas quebrantando garantías constitucionales, en ejercicio de la potestad de inspección, éstas debieran rechazarse por el TDLC o por la FNE, según corresponda, de acuerdo a la oportunidad que se alleguen dichos medios.⁷⁷ En abono de esta tesis, el artículo 35 de la LBPA dispone que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento administrativo, pueden acreditarse por cualquier medio de prueba *admisibile* en derecho; y, por su parte, el artículo 276 del Código Procesal Penal, que ordena al juez excluir las pruebas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.⁷⁸

Cabe detenerse un momento en la situación en que, so pretexto de esta facultad, se pretenda que los particulares –en muchos casos distintos del sujeto investigado- se transformen en “asistentes de la Administración”. Del tenor del artículo 39 del DL 211, y confrontando la situación de los funcionarios públicos con la de los particulares, resulta evidente que la exigencia a éstos son inferiores.

⁷⁶ ZAPATA GARCÍA, María Francisca. La Prueba Ilícita. Santiago, Ed. LexisNexis, 2004.

⁷⁷ BREWER-CARIAS, Allan. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina. Bogotá, Ed. Legis, 1ª. Ed., 2003, p. 143. Este autor señala: “en relación con las pruebas en el procedimiento administrativo también es aplicable el principio de que no se pueden aceptar como pruebas, las que hubiesen sido obtenidas ilícitamente”. PAREJO ALFONSO, (n. 61), p. 809

⁷⁸ Orientadora es la jurisprudencia administrativa que dispone que “ya sea que se considere que las reglas sobre prescripción limitan las potestades sancionadoras del Estado -puesto que las acotan a su efectivo ejercicio dentro de cierto plazo-, ya sea que se estime que ellas conciernen a los derechos de las personas -en cuanto dejan su esfera de intereses a salvo del poder sancionador-, es indudable que tales reglas también se deben aplicar en aquellos ámbitos sectoriales en los que el silencio o las omisiones del legislador no las han considerado. (...)a la misma conclusión se debe arribar a partir de las consideraciones que la jurisprudencia y la doctrina han venido formulando acerca de la unidad del poder sancionador del Estado -más allá de las naturales diferencias entre las sanciones administrativas y las penales- y a la necesidad de someter a unas y otras a un mismo estatuto garantístico. (...) aun cuando en materia administrativa se admite cierta atenuación de los principios que limitan la potestad del Estado para aplicar sanciones, tolerando mayores grados de discrecionalidad, lo cierto es que de ninguna manera ello se podría traducir en la desaparición de tales principios, puesto que sería del todo ilógico que el infractor administrativo carezca de derechos y garantías que se reconocen al delincuente, o que el juez penal tuviera límites que no se apliquen al órgano administrativo sancionador (...) no se puede dejar de considerar todo el movimiento legislativo expresado en la reforma procesal penal que, incluyendo una modificación a la Carta Fundamental (ley N° 19.519, de 16 de septiembre de 1997), ha elevado los estándares de protección de derechos y de garantías de los imputados por la comisión de delitos. En tales condiciones, resultaría anacrónico con dicha tendencia legislativa, reflejo de la intención del legislador en materia sancionatoria en orden a limitar el poder punitivo del Estado, que ella se entendiera limitada sólo a quienes afectan los bienes jurídicos más relevantes, protegidos con tipos penales y penas, excluyendo a los que incurrir en infracciones administrativas.” Dictamen N° 28226, de 2007, Contraloría General de la República

Respecto de los funcionarios públicos, el literal f) del artículo 39° faculta para solicitar su colaboración, incluso indicándose que el Fiscal Nacional Económico puede recabar y ejecutar por medio de los funcionarios que corresponda, el examen de toda documentación, elementos contables y otros que estime necesarios. Vale decir, del claro tenor de la ley, en el caso de los funcionarios se le puede solicitar por la FNE que contribuyan o ayuden en la investigación. Del mismo modo es claro que el examen de los antecedentes es de cargo de los *funcionarios* que corresponda.

Ahora bien, respecto de los particulares, que por ciento no tienen la calidad de funcionarios, ni tienen la obligación de colaborar, el ejercicio de la potestad de la FNE se limita a solicitar *información y antecedentes*, es decir, su carga es sustancialmente más restringida, debiendo entregar sólo la información y antecedentes pedidos. No existe fundamento legal que permita justificar que la carga de los particulares es de colaborar, en el sentido de examinar, procesar o crear los documentos o bases de documentos que la FNE estime pertinente.

Cabe recordar que el artículo 22° de la Constitución Política dispone que las cargas públicas se impone por ley, siendo obligatorias “en los términos y formas que ésta determine”. En el caso en análisis, la ley no les impone a los particulares más que entregar informaciones y antecedentes, de modo tal que esta norma no puede interpretarse en forma extensiva, para justificar una inexistente obligación de colaboración en el desarrollo de documentos procesados o examen de la información.

A vía ejemplar, el caso en que el legislador obliga a un particular a procesar información es en una situación de exigencias estrictas, como ocurre en materia de protección al consumidor, en cuyo caso se debe tratar sólo del demandado –con lo cual se excluye a terceros-, que sea una acción colectiva, que el particular (proveedor) cuente con la información necesaria para establecer los integrantes de una subclase y, finalmente, que sea ordenado por el tribunal respectivo.⁷⁹

12. RIESGOS POR USO INDEBIDO DE LA INFORMACIÓN ENTREGADA A LA FNE. DESVENTAJA FRENTE A COMPETIDORES.

En las presentaciones de la FNE que hemos tenido a la vista, ante oposición de particulares a sus solicitudes,⁸⁰ este Servicio ha señalado en sus escritos que la información que requiere es “clave”, que ha sido solicitada “al igual que a todos sus competidores”, argumentando también que se pide “no para ser conocida por sus competidores o clientes”, para concluir que no sólo es necesaria sino que “imprescindible”. Adicionalmente, se presenta como “extremadamente cautelosa” con dicha información confidencial o respecto de la cual se pide reserva en una investigación.

⁷⁹ Art. 53 C, *in fine*, Ley 19.496

⁸⁰ La práctica del TDLC es de dar copia a los interesados solo a petición de parte, y exclusivamente de las resoluciones recaídas en las solicitudes, no así de las solicitudes de los particulares ni de los traslados de la FNE. Aparentemente, el principio de publicidad de los expedientes judiciales no alcanza a estos procedimientos.

Ciertamente, resulta inoficioso discurrir si la información que se pide a una empresa es necesaria, imprescindible, imperiosa, vital, etc.;⁸¹ toda vez que la FNE bien podría agregar otros calificativos tales como “esencial”, “fundamental”, “primordial” u otros, sin que lo anterior mejore la situación de resguardo de los derechos de una empresa, por ejemplo, no investigada.

No obstante lo cual, tratándose de “particulares”, los que además son terceros a la investigación de la FNE, ésta sólo puede solicitar información “necesaria” para la investigación y resulta evidente que si la FNE con la simple utilización de calificativos como los indicados cumple el requisito legal, estaremos en presencia de una disposición legal que depende la sola voluntad de la FNE.

Lo que nos debe llamar a la reflexión es la afirmación de la FNE respecto a la cautela de sus investigaciones, que, como ilustraremos, no es tal.

En efecto, si bien es cierto el literal a) del artículo 39 del DL 211, contempla la posibilidad que una investigación sea calificada como “reservada”, tal reserva subsiste sólo mientras exista investigación, luego tales actos administrativos tendrán el carácter de públicos por expreso mandato del Constituyente, ya que nuestra Constitución Política de la República, tras la reforma de la Constitución del año 2005, dispone que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare los derechos de las personas (Art. 8, CPR).

Más allá de declaraciones formales de reserva, si se pide a una empresa desnudarse ante la FNE,⁸² mostrando sus secretos empresariales, nada permitirá que los competidores puedan, ex post, revisar y leer las informaciones allegadas por una empresa investigada el expediente de la investigación, y conocer la intimidad de su negocio, lo que implicaría que terceros puedan afectar ilegítimamente la competitividad de su negocio.⁸³

⁸¹ Este tipo de calificativos los hemos visto, al menos, en las siguientes resoluciones del TDLC respecto del ejercicio del derecho contemplado en el artículo 39, h), del DL 211: “Solicitud de ESSAL S.A.”, de 3 de enero de 2006; “Solicitud de ENTEL PCS”, de 29 de enero de 2007; “Solicitud de Corpbanca”, de 21 de junio de 2007; “Solicitud de Banco del Estado de Chile”, de 20 de junio de 2007; “Solicitud de Banco BICE”, de 20 de junio de 2007; y “Solicitud de La Polar”, de 20 de junio de 2007.

⁸² Señalan los señores Pablo Kangiser y Tomás Flores, representantes del Programa Legislativo del Instituto Libertad y Desarrollo, que “si cualquier antecedente puede ser requerido por el Fiscal en cualquier momento, sin restricciones, como dice textualmente la norma propuesta, los agentes económicos deberán tomar nota de que de aquí en adelante la Fiscalía pasa a ser una especie de nuevo socio en todas sus actividades; nada quedará fuera de su alcance, con o sin motivo, pues sus facultades se transforman en omnímodas.” Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, Proyecto de ley que fortalece la Fiscalía Nacional Económica. (Boletín N° 2105-03), Cámara de Diputados, Valparaíso, 13 de enero de 1998.

⁸³ CÁMARA NACIONAL DE COMERCIO, SERVICIOS Y TURISMO DE CHILE, Observaciones de la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile, Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo recaído en el Proyecto de ley que fortalece la Fiscalía Nacional Económica. (Boletín N° 2105-03), Cámara de Diputados, Valparaíso, 13 de Enero de 1998

Sobre esta potestad, la FNE afirma que es una facultad que le permite recabar información de cualquier agente del mercado, obteniendo antecedentes de carácter reservado o confidencial, lo que la constituye en depositaria de la confianza de que dichos antecedentes no serán divulgados, salvo en cuanto sea indispensable para velar los principios del DL 211.⁸⁴ Así, podemos apreciar que el órgano inspector afirma que opta discrecionalmente por divulgar antecedentes confidenciales o reservados, cuando lo estima apropiado de acuerdo al DL 211, sin distinguir entre sujetos investigados –posteriormente, requeridos ante el TDLC- y quienes han aportado información. Piénsese en la desmedrada situación de un agente de mercado que exhibe contratos u otros antecedentes, o presta declaraciones en contra de otro agente de mercado (por ejemplo, un proveedor), pidiendo expresamente reserva de su identidad a la FNE, y posteriormente, la FNE acompaña esta declaración al TDLC. Lo hemos visto.

En tal sentido, y como lo reconoce el TDLC, la información de un expediente administrativo puede colocar en una desventaja competitiva a un tercero:

“DÉCIMO OCTAVO: (...) este Tribunal no puede ignorar el hecho de que tanto en la investigación administrativa realizada por la Fiscalía como en el curso del proceso jurisdiccional, pueden existir antecedentes que, por su naturaleza o condición de información comercial o estratégica confidencial de alguna de las partes en la causa, puedan poner a ésta en una situación de perjuicio o de desventaja competitiva en caso de hacerse públicos; DÉCIMO NOVENO: Que respecto de los documentos confidenciales que se entreguen a la Fiscalía en el transcurso de una investigación administrativa, la cautela de dicha confidencialidad está garantizada, en parte, en el inciso segundo de la letra h) del artículo 39° del Decreto Ley N° 211, que establece una solicitud especial para tal efecto; (...) VIGÉSIMO: (...) las partes podrían presentar durante la investigación administrativa ciertos antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica en carácter de reservados, por tratarse de información estratégica que no debe ser conocida por otros actores del mercado, lo que podría ser aceptado por ese Servicio.”⁸⁵

La información estratégica o los secretos empresariales no son desconocidos para nuestra legislación. En efecto, el artículo 86 de la Ley 19.039, define y regula en términos genéricos, la figura del Secreto Empresarial, definiendo el mismo cómo “todo conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva”.

La doctrina que ha estudiado el tema, concluye, después de analizar varias legislaciones que definen el Secreto Empresarial, y que se tuvieron a la vista por el legislador nacional para la dictación del artículo 86 de la Ley 19.039, que ella está compuesta por los siguientes elementos:

⁸⁴ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, Of. Ord. N° 327, de 26 de marzo de 2007

⁸⁵ Cfr. Resolución del TDLC, de fecha 13 de abril de 2006, dictada en los autos caratulados, “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Isapre ING S.A. y otros”, rol C 77/2005

“Podemos por tanto concluir afirmando que los elementos o presupuestos necesarios para que una información pueda ser protegida son los siguientes. a) que el objeto de conocimiento no sea notorio o, lo que es lo mismo sea secreto; b) que tenga para la empresa un valor económico, actual o potencial por suponer una ventaja para el empresario frente a los competidores que lo desconocen; c) que se manifieste la voluntad de mantenerlo en secreto”.⁸⁶

13.LA JURISPRUDENCIA DEL TDLC SOBRE LAS SOLICITUDES DE DEJAR SIN EFECTO EL REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN.

Tal y como la potestad de la FNE de requerir información, respecto de particulares, fue reforzada mediante la Ley N° 19.610, esos poderes fueron sujetos al control de la Comisión Resolutiva hoy, TDLC. Se dispuso así, expresamente, que los particulares pudieran solicitar que se dejara sin efecto o modificara el requerimiento con el fin de “garantizar el correcto ejercicio de la nueva facultad del Fiscal para requerir antecedentes e informaciones”.⁸⁷

Desde el establecimiento del TDLC, en 2004, se han resuelto catorce solicitudes que piden restringir o dejar sin efecto requerimientos de información de la FNE.⁸⁸ Con anterioridad al establecimiento del TDLC, hemos encontrado sólo una resolución de la Comisión Resolutiva, que rechazó conjuntamente las diversas solicitudes de modificación.⁸⁹

Del total de solicitudes revisadas del TDLC, en cinco casos se ha acogido la petición de restricción,⁹⁰ tres de las cuales tres se originan en la misma investigación, sobre fusión de D&S S.A. con Falabella SACI.

A continuación presentamos el análisis de dicha jurisprudencia, no sólo con un fin de divulgación, sino que, como señala STREETER, con el propósito de evitar la discrecionalidad en la decisión, la inseguridad jurídica y la imprevisión en el resultado; con lo cual se cumple lo dispuesto en el artículo N° 3 del artículo 19 de la Carta Política: la garantía de todas las personas de igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.⁹¹

⁸⁶ LLOBREGAT HURTADO, María Luisa. Aproximación al concepto de secreto empresarial en Derecho Español y Derecho Norteamericano. Barcelona, Cedecs Editorial S.L., 1999, p. 32

⁸⁷ Mensaje de S.E. el Presidente de la República. Proyecto de ley que fortalece la Fiscalía Nacional Económica. (Boletín N° 2105-03), 1997

⁸⁸ La jurisprudencia revisada es hasta septiembre de 2007.

⁸⁹ Resolución N° 585, de la Comisión Resolutiva, recaída en las solicitudes de Clínica Victoria Rousseau S.A., Clínica Juan Pablo II, Clínica Providencia S.A., Isapre Master Salud S.A., Isapre La Araucana S.A y Clínica Dávila S.A., de 27 de septiembre de 2000.

⁹⁰ Las solicitudes que el TDLC ha resuelto favorablemente son: “Solicitud de Corpbanca”, de 21 de junio de 2007; “Solicitud de Banco del Estado de Chile”, de 20 de junio de 2007; “Solicitud de Banco BICE”, de 20 de junio de 2007; “Solicitud de AC Nielsen Chile Ltda. II”, de 18 de abril de 2007; y “Solicitud de Telefónica Móviles de Chile S.A.”, de 7 de noviembre de 2006.

⁹¹ STREETER, Jorge. El razonamiento jurídico, p. 115 En: AA.VV. Interpretación, integración y razonamiento jurídicos. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1992.

a. Información estrictamente necesaria.

Como primera restricción que se evidencia de las resoluciones del TDLC es que la información que se requiera a los particulares debe ser “la información estrictamente necesaria para cumplir con su labor”, lo cual ha sido reiteradamente prevenido por el Tribunal a la Fiscalía Nacional Económica.⁹² Pero este pronunciamiento tiene una doble faz: lo usual será que la FNE requiera información que no termine siendo necesaria, y que le permita cumplir su labor, que redunde, que no permita colegir nada, porque la información siempre será “necesaria” para quien la solicita, dado que sería raro que la FNE no estime necesaria cierta información.

b. Debe evitarse el uso indebido de la información.

Un criterio que emana de la jurisprudencia es que resulta relevante que la información solicitada no sea utilizada en forma indebida⁹³ y que ante la posible difusión del expediente administrativo o judicial que la contenga, aquella información que sean realmente secretos comerciales o industriales, no sea exhibida, porque el riesgo es que la información caiga en manos de mis competidores. Esta última situación sólo se estaría remediando con una reforma legal en actual discusión legislativa.⁹⁴

Así las cosas, para una empresa que no es investigada, el que todo o parte de su información pueda ser susceptible de conocerse por la competencia, puede colocar a aquella en una situación desventajosa. Sobre este tópico, el TDLC ha resuelto que la FNE debe tomar los resguardos necesarios en su investigación, o en la elaboración de informes pedidos por el TDLC, para evitar que alguna de las partes tenga acceso a

⁹² Resoluciones del TDLC en “Solicitud de Corpbanca”, “Solicitud de La Polar”, “Solicitud de Banco del Estado de Chile” y “Solicitud de Banco BICE”.

⁹³ RIVERO ORTEGA, (n. 2) p. 187

⁹⁴ En efecto, el Mensaje de S.E. la Presidenta de la República, que se tramita actualmente en el Congreso Nacional, es esclarecedor respecto del amparo que actualmente no contempla el DL 211 vigente: “Artículo 1°, N° 14, letra b) “Agrégase, en la letra a), el siguiente inciso tercero nuevo, pasando a ser cuarto el actual inciso tercero: “Asimismo, el Fiscal Nacional Económico podrá disponer de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente [de investigación] sean reservadas o confidenciales, siempre que tengan por objeto proteger la identidad de testigos o de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en conformidad al artículo 26 bis, o que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, o resguardar la eficacia de investigaciones de la Fiscalía. // Lo anterior es sin perjuicio que en un proceso en curso y previo traslado, se aplique lo dispuesto en el inciso octavo del artículo 22, o que se ordene por el tribunal otorgar copias de piezas del expediente que no se hayan agregado al proceso, suprimiendo en ellas todas las referencias que pudieren revelar las identidades u objetos de protección aludidos precedentemente.”. Mensaje de S.E. la Presidenta de la República que Modifica el D.F.L. N° 1, de Economía, de 2004, referido al Tribunal de Defensa de Libre Competencia, Boletín 4234-03, 2006

información de la contraria que signifique una ventaja comercial o procesal indebida.⁹⁵

Y en caso de exhibirse, si se causa un daño, resta solicitar la reparación de los daños que se cause por la lesión de los derechos patrimoniales de los particulares.

c. El costo para los particulares.

Una segunda restricción obedece al criterio de los costos que puede imponer el requerimiento de la FNE a los particulares. En efecto, para el TDLC la petición de información de la FNE debe evitar “irrogar costos excesivos a los agentes económicos a los que requiere dicha información”.⁹⁶

Ahora bien, nótese que la información puede irrogar costos para los particulares, los que no pueden llegar a ser excesivos. La inquietud, tal como ocurre en el derecho de la competencia, es saber cuando un costo será excesivo, y cuando no.

Así, el TDLC considera que la elaboración de planillas respecto de datos brutos, no es ingente

“con respecto a la modalidad o forma como la FNE solicita al Banco presentar la información, es posible observar que el oficio impugnado sólo requiere datos brutos, distinciones o segmentaciones simples, y algunos promedios de datos, de manera que producirla tal como está solicitada no debería representar para el Banco un gran esfuerzo, especialmente si se cuenta con dicha información en formato electrónico”.⁹⁷

Ahora bien, la anterior decisión es criticable por dos razones. Primero impone entrega la información elaborada, producida por el particular. Es decir, se exige a un particular la “colaboración”, ya que no se entregan datos o antecedentes sino que una información producida.

Desde ya, podría plantearse la inquietud de, siendo elaboraciones simples, porqué no las elabora la propia FNE. Así, que no requiera un gran esfuerzo no implica que tal requerimiento exceda los límites legales de la potestad inspectora. Adicionalmente, la FNE puede pasar a imponer un estándar tecnológico al pedir la información en cierta modalidad o forma electrónica, que debiera ser de cuidado por los órganos de defensa de la libre competencia.

d. El secreto empresarial.

Para el TDLC, el carácter de secreto empresarial de una información – esto es, aquella información que puede ser calificada como “estratégica” y cuya revelación

⁹⁵ Resolución del TDLC, “Solicitud de ENTEL PCS”, de 29 de enero de 2007.

⁹⁶ Resoluciones del TDLC en “Solicitud de Corpbanca”, “Solicitud de La Polar”, “Solicitud de Banco del Estado de Chile” y “Solicitud de Banco BICE”.

⁹⁷ Resoluciones del TDLC en “Solicitud de Corpbanca”, “Solicitud de Banco del Estado de Chile” y “Solicitud de Banco BICE”.

pública podría causar algún perjuicio tanto a la empresa recurrente como a terceros - no es óbice para que una empresa requerida de entregar la información la deba entregar a la FNE, atendida su relevancia en el mercado relevante. Lo anterior, porque existen vías idóneas, como son la reserva y la confidencialidad, para resguardar el acceso a dicha información sin impedir que la conozca la FNE y el TDLC.⁹⁸

e. Información que no se tiene.

Otro criterio que exime a los requeridos, es el de producir la información que no tienen. Así lo recogió –aunque con reservas- el TDLC:

“cabe señalar que el Banco no puede ser obligado a proporcionar a la FNE información que no tiene. Por lo tanto, si el Banco no dispone de información con una antigüedad superior a 6 años, no puede ser obligado a proporcionarla. Sin embargo, no es claro que porque la Ley General de Bancos la obligue a conservar información de hasta 6 años de antigüedad, el Banco no cuente con información más antigua que eso, sea en formato electrónico o impreso”.⁹⁹

Como se sentencia ante peticiones improbables de cumplir, a lo imposible no se está obligado.

f. Información que emana de terceros y que está protegida por cláusulas de confidencialidad.

La información debe pedirse directamente de quien emana, y no de empresas que se encargan de procesarla. Con prudencia, el TDLC rechazó una petición de información efectuada a una empresa cuyo negocio es precisamente el procesamiento de datos que sólo son entregados a quienes la proveen de información, en una situación de reciprocidad y que estaba amparada, además, en cláusulas de confidencialidad de no proporcionar la información a terceros la información de sus clientes:

“[la] información puede ser obtenida por la FNE directamente de agentes distintos de AC Nielsen y, particularmente, de las empresas concernidas en la investigación, o de sus proveedores, que constituyen la fuente primigenia de los datos en cuestión y pueden, por lo tanto, disponer de ella libremente (...) resultan atendibles los argumentos de AC Nielsen en orden a que la información de ventas de los distintos productos que conforman las líneas de

⁹⁸ Resoluciones del TDLC en “Solicitud de La Polar”, “Solicitud Dial Urbano S.A.”, de 8 de marzo de 2007. En similar sentido, resoluciones del TDLC en “Solicitud de AC Nielsen Chile Ltda. I”, de 26 de octubre de 2006; “Solicitud de ESSAL S.A.”, de 3 de enero de 2006; “Solicitud de Tricolor S.A.”, de 7 de diciembre de 2005; “Solicitud de Hites S.A.”, de 23 de marzo de 2005; y “Solicitud de Molina Ferrer Hermanos S.A.”, de 24 de junio de 2004.

⁹⁹ Resoluciones del TDLC en “Solicitud de Corpanca”, “Solicitud de Banco del Estado de Chile” y “Solicitud de Banco BICE”.

bienes comercializados por los supermercados, constituye información estratégica de sus principales clientes, cuya entrega a la FNE podría ocasionar a AC Nielsen perjuicios en su relación con estos últimos”¹⁰⁰

g. Información innecesaria (protección de datos personales).

Para el TDLC, no resulta necesario contar con bases de datos que precisen la identidad de los clientes de cada uno de los actores del mercado, al ser una información que “puede perfectamente ser suprimida” sin perjudicar el éxito de la investigación.¹⁰¹

Esta información no sólo parece inútil, sino que podría afectar datos que son protegidos por la Ley 19.628, sobre protección de la vida privada; al ser datos personales o de carácter personal.

h. La información debe pedirse a los sujetos en forma no discriminatoria.

La información que pide la FNE a distintos actores en el mercado –competidores- debe efectuarse –y en su caso, rectificarse- para evitar discriminaciones entre la información pedida a distintas empresas del mismo mercado.¹⁰²

i. La entrega de información no altera el derecho de defensa de los investigados.

El TDLC ha resuelto que la entrega de información a la FNE no vulnera el principio de “igualdad de armas” ni el derecho a defensa de una empresa investigada, siempre que se adopten por la FNE los criterios de resguardo de la reserva y confidencialidad de la información así como de evitar que los competidores conozcan la información.¹⁰³

j. Destino de los documentos: investigación, devolución o destrucción.

Finalmente, y en directa conexión con evitar el uso indebido de la información, el TDLC ha resuelto respecto del destino de los documentos de los que se hace la FNE. Estos documentos pueden tener tres destinos. En primer lugar, deben incluirse en el expediente de investigación solamente aquellos que tienen relación con la investigación que se esté llevando a cabo. En segundo lugar, aquellos documentos que reciba la FNE y que no tengan relación con la investigación, deben ser devueltos

¹⁰⁰ Resolución del TDLC en “Solicitud de AC Nielsen Chile Ltda. II”.

¹⁰¹ Resolución del TDLC en “Solicitud de Telefónica Móviles de Chile S.A.”

¹⁰² Resolución del TDLC en “Solicitud de Telefónica Móviles de Chile S.A.”

¹⁰³ Resolución del TDLC en “Solicitud de ENTEL PCS”

a su remitente. Y en tercer lugar, aquellos documentos que no son devueltos a su remitente, deben ser destruidos luego de examinados.¹⁰⁴

14. CONCLUSIONES

Resulta imprescindible que la Administración Fiscalizadora cuente con la información necesaria para pesquisar situaciones de posibles incumplimientos a la legislación vigente, como ocurre por parte de la FNE respecto de la legislación contenida en el DL 211.

En el presente artículo hemos explorado la existencia de límites de la potestad de la FNE para requerir información de los particulares. El ejercicio de una potestad con un contenido amplio, y hasta poco preciso, puede provocar intromisiones con graves consecuencias en la competencia en los mercados. Por lo mismo, hemos expuesto como la potestad inspectora de la FNE cuenta con límites en el derecho público, partiendo por el derecho constitucional, administrativo e internacional; pasando por la propia jurisprudencia del TDLC.

También hemos observado que las cargas que el DL 211 impone a los funcionarios públicos y particulares es diversa y, en lo que dice relación a estos últimos, la potestad inspectora de la FNE no justifica que se exija a los particulares – especialmente los terceros extraños al hecho, acto o contrato investigado – la “colaboración”, entendiéndose por tal, la obligación de ejecutar, a su cargo, procesamiento de información o creación de documentos o planillas de la forma que le exija la autoridad.

La revisión de la jurisprudencia del TDLC sobre el ejercicio de la potestad inspectora de la FNE no cuenta con el nivel de publicidad que las demás resoluciones de este Tribunal, siendo que su alcance es mayor, porque afecta a sujetos que no necesariamente han infringido la legislación sobre defensa de la competencia, y se ven enfrentados al deber de entregar información sobre sus negocios a la Administración.

Finalmente, creemos que un aspecto crucial para mantener la confianza por los particulares en la información que entregan a la FNE es el de la confidencialidad de la información entregada y como esta es resguardada, sea que la FNE decida formular un requerimiento ante el TDLC o no. En ese sentido, parece adecuada la propuesta de reforma legal al DL 211 del año 2006, que persigue garantizar el carácter confidencial de la información.

¹⁰⁴ Resolución del TDLC en “Solicitud de Yamaimport Limitada”, de 16 de junio de 2006. Sobre estos últimos dos deberes que ha impuesto la jurisprudencia, no hemos conocido situaciones que la FNE haya optado por devolver los antecedentes requeridos, o que haya optado y comunicado su destrucción al particular.