

José Luis López Reitze

ABOGADO

Miembro Colegio de Abogados

Monografías N°4 - Septiembre - 2017

CONFESION Y CONCILIACION EN PROCEDIMIENTO DE LIBRE COMPETENCIA

Mail : jose@lopezreitze.net

Tel. : 22-203-0311

Cel. : 99-817-7383

Web : WWW.ARBITRAL.CL

Introducción.

El presente informe, tiene por objeto analizar con relativa profundidad la naturaleza jurídica del sistema de protección y defensa de la libre competencia, en particular existiendo una fuerte impresión que dicha estructura está dentro de la esfera del poder punitivo del Estado y por tanto, dentro del ámbito del derecho penal.

Hecho ello, importa analizar la forma de rendición de los medios de prueba en general y en particular de la confesión judicial en el procedimiento contencioso seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). Lo anterior, en atención a que, si la estructura de protección se encuentra dentro del ámbito de protección penal, la confesión forzada (absolución de posiciones), constituiría un medio de prueba inconstitucional.

Luego, se revisará la conciliación como equivalente jurisdiccional y salida alternativas a la sentencia definitiva que debe dictar el TDLC. Al respecto, se analiza en detalle quién es el legitimado activo para proponer una conciliación y, con ocasión de ésta, el sentido, alcance y límites que ella debe tener.

Como en monografías previas, se deja presente que las opiniones vertidas en este documento corresponden solo a la opinión personal del autor y que en nada comprometen a otros autores, personas, ni instituciones.

I. El Procedimiento de Libre Competencia, como una manifestación del Poder Punitivo del Estado

1) El Poder Punitivo del Estado.

Todo procedimiento sustanciado ante un Tribunal de la República en que se den ciertos elementos comunes, como que no exista un interés particular comprometido, que exista un bien jurídico tutelado, que exista una afectación o atentado a dicho bien jurídico, en que la resolución debe pronunciarse respecto de la responsabilidad del infractor, sea condenando o absolviendo y que en caso de condena, debe aplicar necesariamente una pena (corporal o pecuniaria), tiene necesariamente el carácter de procedimiento penal.

Es a través de los distintos procedimientos penales, en que el Estado sanciona los atentados o infracciones contra los bienes jurídicos que ha querido especialmente proteger. Dada la multiplicidad de bienes jurídicos y de las penas asociadas a su infracción, existen también diferentes órganos jurisdiccionales, encargados de su aplicación, yendo desde los Juzgados de Policía Local, Juzgados de Garantía, tribunales Orales en lo Penal y también otros de competencia especial, como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC)

2) El poder punitivo del Estado, en materia de libre competencia.

La “libre competencia en los mercados” es un bien jurídico superior de rango constitucional que surge a partir de las libertades consagradas en los artículos 1º y 19 de la Constitución y cuya tutela nace especialmente a partir del DL 211 que en su artículo 1º establece “Los **atentados** contra la libre competencia en las actividades económicas

serán corregidos, prohibidos o **reprimidos** en la forma y con las **sanciones** previstas en esta ley.”

Las palabras ATENTADOS, REPRIMIDOS y SANCIONES, especialmente destacadas anteriormente, nos hablan ineludiblemente que estamos en presencia de la fuerza punitiva del Estado frente a aquellos actos que afectan el bien jurídico protegido de la libre competencia.

La estructura de fuerza punitiva del Estado para la protección de este bien jurídico, conforme al artículo 2º del citado DL 211, está conformada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE), los que “en la esfera de sus respectivas atribuciones, darán aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados.”

Por su parte, el Artículo 26 del DL 211, establece las “medidas” que puede adoptar la sentencia, las que revisadas en su listado y tal como concluye el inciso final de la norma revisten la naturaleza de SANCIONES O PENAS a que puede verse afectado el infractor y cuya aplicación corresponde al TDLC en la sentencia definitiva de carácter condenatoria. Tales sanciones son “a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley; b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior; c) Aplicar multas a beneficio fiscal en la cantidad que señala la norma; d) imponer la prohibición de contratación que indica; y e) aplicar multas en el caso de operaciones de concentración sancionadas.

Esas sanciones o penas, son precisamente las que arriesga el infractor que atenta contra el bien jurídico protegido de la libre competencia y respecto de las cuales, el artículo 3º del DL, cumpliendo con el principio de tipicidad

de la pena y de la conducta antijurídica que se sanciona establece “*El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, **será sancionado** con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley (...)*”

En otras palabras, resulta claro y obvio que la naturaleza jurídica del procedimiento principal que se lleva frente al TDLC es de **carácter penal**.

Con todo, las sanciones señaladas, son también compatibles con las sanciones penales establecidas en la misma ley, lo que podría eventualmente ser un indicio de doble tipicidad o de doble sanción por unos mismos hechos.

3) Estructura de la persecución Penal, en materia de Libre Competencia.

La persecución penal, la ejerce el Estado a través de distintos órganos, que separadamente ejercen las funciones de investigador y/o acusador y/o sentenciador.

En materia criminal los órganos e instituciones del Estado encargados de la persecución penal son por una lado el Ministerio Público y por el otro los Juzgados de Garantía y los Tribunales Oral en lo Penal.

En materia de atentados o infracciones a la libre competencia, la estructura persecutoria del Estado no es muy distinta de la criminal. En tal sentido, el Estado a través de la Fiscalía Nacional Económica, en adelante FNE, investiga los hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o que tiendan a producir dichos efectos y formula los **requerimientos** en contra del infractor. El conocimiento y fallo de los requerimientos, los hace el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC)

Lo anterior se desprende, entre otras normas del Artículo 2º del DL 211, que establece que “Corresponderá al

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados”.

4) EL TDLC, como órgano integrante de la estructura de protección.

Conforme a lo establecido en el Artículo 5° de DL 211: *“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema”*.

De acuerdo al mismo artículo, la principal función del tribunal es la de “prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia.”.

Para llevar adelante sus funciones preventivas, correctivas y sancionatorias en materia de libre competencia, el artículo 18 del DL 211, le entrega funciones específicas. Dentro de ellas, la de “Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley”

Dicho procedimiento, contencioso, se sujeta al procedimiento establecido en los artículos 19 y siguientes del DL 211 y el TDLC es el titular excluyente y exclusivo del impulso procesal.

Terminan sus facultades, con las sanciones que puede imponer en la sentencia condenatoria, establecidas en el artículo 26 del DL 211

5) LA FNE, como órgano integrante de la estructura de protección.

El otro órgano integrante de la estructura de protección de la libre competencia en los mercados e integrante asimismo de la estructura punitiva del estado a ese respecto es la Fiscalía Nacional Económica (FNE).

Las principales funciones de la FNE, descritas en el artículo 39 del DL 211, son la de instruir con amplias facultades las investigaciones de hechos que atenten contra la libre competencia y, agotada que sea una investigación de ejercer sus “ejerciendo sus funciones acusadoras ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”.

Conforme a sus mismas facultades, puede desestimar ciertas investigaciones.

En tal sentido, en cuanto acusador la FNE tiene la obligación de “*actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los tribunales de justicia, con todos los deberes y atribuciones que le correspondan en esa calidad*”.

6) Principios fundantes de toda estructura de persecución penal.

Toda estructura de persecución penal, en que el Estado investiga, acusa y sanciona, debe **necesariamente** someterse a ciertos principios básicos en cuanto a los órganos que lo integran, en cuanto al procedimiento, en cuanto a las garantías de la investigación y en cuanto a la sentencia. Dado el carácter punitivo o penal del procedimiento de libre competencia, tales principios deben necesariamente respetarse.

Los principios son:

a) La Oficialidad de la investigación. Toda persecución penal, puede ser iniciada de oficio, o a requerimiento de parte. En materia de libre competencia, la investigación se inicia de **oficio** o bien a **petición de parte**. El artículo 39° letra a) del DL 211, *establece que* Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico: “a) *Instruir las investigaciones que estime*

procedentes para comprobar las infracciones a esta ley, dando noticia de su inicio al afectado”.

Por su parte, el artículo 41 establece la obligatoriedad de iniciar una investigación, cuando recibe una denuncia formulada por un particular, disponiendo al respecto lo siguiente: *“La Fiscalía deberá recibir e investigar, según corresponda, las denuncias que formulen particulares respecto de actos que puedan importar infracción a las normas de la presente ley, sin perjuicio de remitir a las autoridades competentes aquellas que deban ser conocidas por otros organismos en razón de su naturaleza.”*

b) La comunicación al investigado. Toda investigación que se realice en contra de una persona imputada de tener participación en hechos que revisten caracteres de ser punibles por el Estado, debe ser informado. Ese es el objetivo de la audiencia de formalización en materia criminal.

En materia de libre competencia, el principio lo indica la citada letra a) del artículo 39, que hace obligatorio a la Fiscalía Nacional Económica, dar aviso al afectado, del inicio de una investigación en su contra. Incluso, en caso que investigaciones que deban ser llevadas en silencio, sin comunicación previa al investigado, la FNE debe solicitar al TDLC la respectiva autorización, quien en este caso actúa como garante.

c) La independencia de los órganos y de las funciones. La investigación, la acusación y el conocimiento y fallo de las acusaciones y/o requerimientos, en materia penal, los realizan en forma separada y autónoma, dos órganos del Estado.

En materia de libre competencia, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) es autónoma e independiente, tanto para investigar como para acusar (requerir).

Lo anterior se desprende del artículo 33° que define a la FNE como *“un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, conforme al citado artículo”*. Por su parte, el artículo 39° establece que el Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, será independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Podrá, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones.

Asimismo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, es el órgano jurisdiccional encargado de conocer y resolver a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la libre competencia.

d) Legalidad y Oportunidad de la Investigación.

La investigación penal, es una función obligatoria del órgano investigador, así cuando el órgano tiene o ha tenido conocimiento de un hecho de aquellos que, dentro de la esfera de su competencia, está llamado a investigar, necesariamente debe dar inicio a la investigación y debe agotarla. Una vez agotada, tiene como alternativas el archivo o la obligación de formular la respectiva acusación o requerimiento.

LA FNE, conforme a lo expuesto, está obligada a dar inicio y agotar a una investigación, solo cuando le sea formulada una denuncia.

En todas las otras situaciones, rige para la FNE el principio de oportunidad reglado, que le permite dar inicio de oficio a una investigación, según su propio criterio, siguiendo las directrices de la Política de Competencia y lo que el propio Fiscal Nacional determine. Lo anterior

conforme a lo dispuesto en el artículo 39° de la ley que le otorga amplia autonomía al Fiscal Nacional Económico para *“defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones.”*

Una vez iniciada la investigación penal, sea de oficio o a petición de parte, en virtud del principio de oportunidad y en concordancia con la política de competencia, podrá decidir el archivo de investigaciones inconducentes o de aquellas, en las que no se haya acreditado la infracción o que no afecten gravemente el interés colectivo o bien que no existan antecedentes suficientes como para formular una acusación o requerimiento.

Finalmente, la FNE una vez agotada la investigación tiene la facultad de formular las acusaciones, o requerimientos al TDLC. Lo anterior se desprende textualmente de la parte final del artículo 39 letra b) del DL 211 *“Respecto de las investigaciones practicadas por los Fiscales Adjuntos y de los cargos formulados por éstos, el Fiscal Nacional Económico podrá hacerlos suyos, ejerciendo sus funciones acusadoras ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o desestimarlos, con informe fundado a esta misma”.*

7) Garantías de la persecución punitiva del Estado.

Toda persona que está siendo objeto de una persecución penal, goza de derechos y garantías de rango constitucional, que aseguran un justo y racional proceso. En tal sentido, ya la Constitución en su artículo 19 N°3, menciona estos principios en forma genérica al indicar que *“Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”*

Tales garantías y principios son:

a) Derecho al debido proceso. Este principio, consagrado en el artículo 19 N°3 de la Constitución, establece que *“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado.”*

El artículo 19 de la ley de libre competencia, establece que el conocimiento y fallo de las causas relacionadas con las infracciones a la libre competencia se someterá al procedimiento regulado en los artículos siguientes. Por su parte, el artículo 20, dispone los principios fundantes del procedimiento.

A ese respecto, las principales características del procedimiento, de acuerdo al artículo citado, son:

- (i) Es un procedimiento escrito, salvo la vista de la causa que es oral;
- (ii) Es un procedimiento público;
- (iii) El impulso procesal corresponde llevarlo de oficio al TDLC, hasta su resolución definitiva;
- (iv) Las partes deberán comparecer representadas en la forma prevista en el artículo 1° de la ley N.º 18.120, sobre comparecencia en juicio;
- (v) El procedimiento podrá iniciarse por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o por demanda de algún particular, la que deberá ser puesta en inmediato conocimiento de la Fiscalía

b) Derecho a defensa letrada. El citado artículo 19 N°3 de la Constitución, establece que *“Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir,*

restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida.”.

El artículo 20 del DL 211, hace obligatoria la comparecencia en juicio, patrocinada por abogado, en los términos expresados en la ley 18.120.

c) Derecho a un juez natural, independiente e imparcial. El artículo 73 de la Constitución establece el principio del juez natural, esto es que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino que por el tribunal que conforme a la ley está llamado para conocer del asunto y que éste se halle establecido con anterioridad al hecho.

Conforme a lo establecido en los artículos 5 y 18 al 32 del DL 211, la facultad de conocer y fallar los atentados a la libre competencia corresponde exclusivamente al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

La independencia del órgano jurisdiccional, de otros poderes del Estado, está consagrado en el artículo 73 de la CPR que la “facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia establecidos por ley”. El mismo principio se reitera en los artículos 1º, 8 y 108 del COT.

El artículo **del DL 211**, establece que “*El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia*”.

Asimismo, se asegura como garantía la imparcialidad de los jueces que integran el tribunal, estableciendo el Código Orgánico de Tribunales, las causales de recusación e implicancia establecida en los artículos 195 y 196 del COT, que hace propias el artículo 11 del DL 211 y, además, amplía la inhabilidad para conocer de un determinado causales, tales

como el ser representante legal, asesor o director, socio de las empresas intervinientes en el proceso.

d) La presunción de inocencia y derecho a no auto incriminarse. La presunción de inocencia en Chile, pese a no estar tratada en la CPR, si tiene el rango de garantía constitucional. Al respecto, Chile ha suscrito tratados internacionales que han sido ratificados en los cuales se consagra este principio como de la más alta jerarquía. En tal sentido, la única norma que lo trata es el Código Procesal Penal, que a este respecto tiene –por tanto- el rango de norma constitucional.

El principio, consagrado en el artículo 4° del CPP establece “***que ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme***”.

En materia de persecución penal, es un derecho del investigado a no declarar bajo juramento, conforme a lo establece el Artículo 3 de la CPR “**f) En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio**”.

Lo anterior, se corrobora además con un principio de rango constitucional, establecido en el Código Procesal Penal, y en el pacto de San Jose de Costa Rica, suscrito y ratificado por Chile que ha quedado plasmado en el artículo 430 del Código Procesal Penal “**No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración** y la persona acusada, tiene derecho a guardar silencio.

e) Sentencia, con estándar de convicción. El Tribunal sentenciador, debe llegar a un estándar de convicción para condenar al acusado, imputado o infractor que ha violentado el bien jurídico protegido. En materia penal el estándar es “más allá de toda razonable” y los jueces

llegan a ella mediante las reglas de la sana crítica, es decir; ya no existe la prueba legal o tasada.

En materia penal criminal el Código Procesal Penal, contiene este principio fundamental, que establece que “Nadie podrá ser condenado (...) sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda **duda razonable**, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”. Agrega el inciso segundo del artículo que “El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.” Finalmente, el inciso tercero establece que **“No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.”**

II.- La Confesión como medio de prueba en el procedimiento sobre libre competencia.

8) Principios de la prueba en materia penal.

Dado que, en materia penal, en que hay órganos del Estado dotados de potestades suficientes para investigar ampliamente y para aplicar graves sanciones a los afectados, existen como contrapartida a ese poder investigativo y jurisdiccional, principios de rango Constitucional en beneficio del imputado o infractor.

Entre ellos, el que no se puede condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración, y que no se puede obligar al inculcado a que declare bajo juramento el hecho propio, a que el imputado tiene el derecho a guardar silencio y, por sobre todas las cosas, el principio de inocencia, que establece que nadie puede ser considerado ni tratado como culpable sino hasta que se dicte una sentencia precisamente condenatoria y esta quede firme.

9) Estructura de la prueba en el procedimiento de libre competencia.

Pues bien, en materia de Libre Competencia, que hace aplicable los medios de prueba del Código de Procedimiento Civil, uno de ellos es la confesión o absolución de posiciones. Lo anterior se desprende del inciso segundo del artículo 22 del DL 211 que indica que ***“Serán admisibles los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil y todo indicio o antecedente que, en concepto del Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes.”***

Claramente en este artículo se confirma lo dicho anteriormente.

En la parte final del texto, se establece que es válido todo indicio o medio necesario para formar convicción respecto de los “hechos pertinentes”. Ello es de la esencia de la investigación y de la acreditación de los hechos. En efecto, en materia penal, no hay hechos sustanciales, ni menos controvertidos, solo hechos pertinentes. La investigación y la prueba está orientada a la acreditación de tales hechos pertinentes.

Aceptar en este procedimiento ante el TDLC; de carácter penal y sancionatorio, los medios de prueba civil - cuyo fin y objetivo es la acreditación de hechos controvertidos entre partes-, lleva al equívoco de permitir en la absolución de posiciones, que es la confesión forzada de parte.

10) La confesión o absolución de posiciones en materia punitiva.

La absolución de posiciones, es la declaración jurada y forzada que una parte –en presencia de juez- le hace a la otra en términos asertivos, precisamente respecto de hechos propios. En materia controversial, civil, si una parte requiere a la otra para absolver posiciones, esta debe concurrir, ya que se le ha apercibido previamente que si no concurre se le tendrá por confeso. En materia, penal ello es absolutamente improcedente e inconstitucional.

En libre competencia, en que existe un órgano del Estado Investigador y otro sancionador y en que no existe un conflicto privado, sino que se busca la sanción al que ha afectado un bien jurídico de interés colectivo como es la libre competencia, la absolución de posiciones o la confesión forzada, resulta abiertamente inconstitucional en cuanto a su procedencia y en cuanto a su validez como medio de prueba.

Sostener lo contrario, es vulnerar los principios y garantías que se otorgan a las personas que están siendo investigados y acusados por el Estado a través de la FNE o

bien acusados por un particular, como partícipes de atentados contra la libre competencia.

En materia civil, la confesión afirmativa o efectiva que una parte efectúe respecto de la ocurrencia de hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos libera la necesidad de prueba adicional respecto de tales puntos. Es decir, a “confesión de parte, relevo de prueba”.

En materia punitiva, la aplicación de lo anterior resulta obviamente inconstitucional. En materia penal, es un principio superior y fundamente que nadie puede ser condenado en base a su propia confesión y el tribunal, por tanto, jamás puede ni debe llegar a su convicción de condena en base a la confesión como único medio de prueba.

Por ello, en materia de libre competencia como parte integrante de la estructura del derecho punitivo del Estado, el acusado de afectar o de atentar contra el bien jurídico protegido goza de importantes garantías: la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio, el derecho a no declarar bajo juramento y obviamente del derecho a no ser objeto de una confesión forzada, como medio de prueba.

No hay que olvidar que el acusado en materia de libre competencia arriesga como condena o pena importantes y graves sanciones y multas, sin considerar las indemnizaciones de perjuicios a que se ve expuesto a pagar en juicio y tribunal diverso.

Por ello, de obtenerse una confesión en materia de libre competencia en los términos planteados por el Código de Procedimiento Civil, ésta no debiera considerarse, como único elemento para adquirir la convicción de condena, desde que aquello resulta inconstitucional e ilegítima.

III.- La Conciliación como forma de término del Juicio ante el TDLC.

11) Término del procedimiento contencioso ante el TDLC por equivalente jurisdiccional.

El procedimiento de libre competencia, en cuanto integrante de la estructura penal o punitiva del Estado, al igual que otros procedimientos de carácter penal pueden terminar por equivalentes jurisdiccionales; esto es, antes de la dictación de la sentencia, sin que el Tribunal tenga que llegar a la convicción para condenar o para absolver de los cargos formulados.

En materia de libre competencia, se acepta como salida alternativa al procedimiento la CONCILIACION la que es un equivalente jurisdiccional cuyo desarrollo reglamentario está precisamente en los artículos 262 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y como parte integrante del Libro I de dicho cuerpo legal, titulado “Reglas Comunes a Todo Procedimiento”.

Desde ya es menester hacer presente que de darse la conciliación en materia de libre competencia, aquella necesariamente debe considerar y respetar los principios penales que ilustran el procedimiento: principio de inocencia, de no autoinculpación, de convicción del tribunal para condenar en medios de prueba distintos que la sola confesión del imputado o acusado.

12) El único equivalente jurisdiccional contemplado por el DL 211: La Conciliación.

El artículo 22 del DL 211, establece que “terminado el período para la contestación de la demanda o el requerimiento, el TDLC podría llamar a las partes a

Conciliación”. Luego, el mismo artículo indica que la producida la conciliación, el Tribunal debe aprobarla. El término empleado clara y categóricamente por la ley es **Conciliación** y no **Avenimiento**, ni **transacción**.

La diferencia entre el conciliación y avenimiento, es quién tiene el impulso procesal en cada caso. Ambos, conciliación y avenimiento tienen como consecuencia final que las partes llegan a un arreglo dentro del juicio, a diferencia de la transacción que es extrajudicial.

Con todo, conciliación y avenimiento, aunque producen un mismo efecto tienen un origen distinto. La conciliación viene de un impulso del tribunal, quien llama a las partes y les propone unas bases de arreglo, las que las partes libremente pueden o no aceptar. En cambio, en el avenimiento son las partes las que llegan a un acuerdo, que someten a la aprobación del tribunal.

Por ello, en materia de Libre competencia, no es lo mismo conciliación que avenimiento, pese a que el resultado es el mismo.

En el procedimiento de libre competencia, por disposición expresa del artículo 20 del DL 211, el impulso procesal es exclusivo del TDLC. Así, el término CONCILIACION empleado en la ley es precisamente el adecuado y correcto.

Así quien está llamado a proponer bases de arreglo – solo si lo estima procedente- es única y exclusivamente el TDLC y no las partes por carecer éstas del impulso procesal. Es decir, se permite la conciliación y no el avenimiento.

Ello obedece primero a que no hay conflicto privado, sino que un interés colectivo afectado. Por ello es que – como en todo procedimiento penal o punitivo- si en definitiva, el TDLC condena ninguna parte obtiene algo en su beneficio propio. La sentencia condenatoria del TDLC aplica sanciones, más o menos drásticas al infractor.

De acuerdo a lo expresado, de acuerdo a la estructura actual del DL 211 las partes carecen de legitimación activa, de impulso procesal para formular bases de arreglo, ni para promover acuerdos.

13) La Conciliación, jamás puede ser contra la Constitución y las Leyes.

Dado que la conciliación, tiene el carácter de sentencia definitiva y pone término al juicio, respecto de las partes que concurren a ella, es importante considerar que este acuerdo anticipado no puede jamás vulnerar los principios básicos, de orden constitucional, que fundan el respectivo proceso.

Siendo el proceso seguido ante el TDLC, eminentemente punitivo, sancionatorio, por tanto, de orden penal, esta conciliación –al igual que lo que ocurre en materia criminal respecto de los acuerdos reparatorios y de la suspensión condicional del procedimiento- debe respetar lo siguiente:

- (a) La conciliación no puede importar una imputación de responsabilidad por parte del Tribunal al imputado que concurre y acepta los términos de la conciliación, ya que no ha existido un juicio, ni una presentación de medios de prueba, ni menos un proceso de formación de convicción de culpabilidad.
- (b) El principio de inocencia no puede verse jamás alterado y el imputado sigue siendo constitucionalmente inocente de todo hecho. Tan es así, que en otros procedimientos penales, las salidas alternativas al juicio, que obviamente no rompen la presunción de inocencia, declaran el sobreseimiento del imputado. El sobreseimiento es más fuerte y más poderoso que la absolución de cargos, ya que en el primero el principio de inocencia jamás ha aparecido cuestionado, y en cambio en el segundo caso, el

tribunal tuvo un proceso de convicción que no logró destruir la presunción de inocencia.

- (c) El reconocimiento expreso de hechos por parte del imputado o acusado, no faculta al tribunal a valorarlos o darlos por acreditados, ni menos a atribuir participación o responsabilidad.
- (d) En estos equivalentes jurisdiccionales, tal como el juez no se inhabilita para seguir conociendo del caso, en caso de no lograr un acuerdo entre las partes, toda declaración que las partes hagan no es vinculante procesalmente, ni menos puede ser considerada como medio de prueba o confesión para imputar responsabilidad. Tan efectivo es ello, que en otros procesos punitivos, que permiten salidas alternativas como acuerdos reparatorios y suspensión condicional del procedimiento, la declaración del imputado, no es confesión, ni permite imputarles responsabilidad penal por los hechos. Es simplemente una declaración extrajudicial, sin valor de convicción alguno.
- (e) Las condiciones que una o más de las partes acepten cumplir, jamás pueden tener el carácter de **pena, multa o sanción**, ya que no existe condena. Toda pena, multa o sanción penal necesariamente se expresa en la parte resolutive de una sentencia condenatoria, en que el tribunal ha llegado a la convicción de la ocurrencia de los hechos pertinentes y que en ellos el acusado ha tenido una participación punible. Por ello, no existe otra alternativa ni etapa jurisdiccional, distinta de la sentencia condenatoria, en que sea posible aplicar una sanción penal a una persona. Siendo la multa, una sanción o pena impuesta por el Estado como condena, una conciliación que no importa condena, ni

responsabilidad penal, jamás puede imponer una multa.

- (f) Asimismo, no puede obligarse al que acepta la conciliación, a formular declaraciones o acreditar hechos, respecto de investigaciones o procesos en curso, que pudieran eventualmente comprometer su responsabilidad penal.

Conclusión.

La libre competencia en los mercados es un bien jurídico tutelado, que tiene su origen en las libertades Constitucionales y cuya protección la asume el Estado, encargando tal función en especialmente al TDLC y a FNE.

Dicho cuerpo legal, en esencia establece conductas típicas y antijurídicas que afectan el bien jurídico protegido y que son sancionadas con las distintas penas establecidas en el artículo 26.

La FNE, tiene como función la investigación de los hechos que pudieren constituir atentados en contra de la libre competencia y de formular las acusaciones o requerimientos ante el TDLC, representando el interés general de la población, para que éste conozca y resuelva respecto de la aplicación de una o más de las sanciones que se solicitan.

Lo expresado, confirma que la estructura de protección y defensa de la libre competencia de los mercados, en caso de “atentados”, revistió los caracteres de investigación, juzgamiento y sanción penales.

Que, en cuanto estructura penal, existen importantes principios que integran el proceso y garantías que se consagran al imputado. Entre ellos, destacan el principio de inocencia, de no auto incriminación, el derecho a guardar silencio.

Son especialmente importante el derecho a no ser condenado en base a la propia confesión y la obligación del tribunal de llegar a la convicción para condenar, usando las reglas de la sana crítica y apreciando los distintos medios de prueba que se le han presentado para destruir la presunción de inocencia.

Al igual que otros procedimientos penales, este puede terminar antes de la exhibición o rendición de la prueba y de sentencia, mediante la conciliación que puede llamarla y proponerla solo el TDLC, como único y exclusivo titular del impulso procesal.

En la sentencia condenatoria, el TDLC debe explicar el camino lógico que siguió para llegar a la convicción de la ocurrencia de los hechos, que tales hechos constituyen o no un atentado a la libre competencia y de la participación que en ellos han tenido el o los acusados, sea absolviendo o condenando. Finalmente, en caso de condena, el TDLC debe necesariamente aplicar una o más de las penas que se establecen en el artículo 26.

Si el juicio termina anticipadamente, por la única salida alternativa permitida que es la conciliación llamada y aprobada finalmente por el TDLC, en que no se ha exhibido prueba alguna, necesariamente se pone fin al procedimiento. No puede entonces existir un pronunciamiento del TDLC en cuanto a la ocurrencia de los hechos, ni a la participación, ni menos dar lugar a la aplicación de sanciones.

De contener una cualquiera de los anteriores (hechos, participación o condena), la conciliación es una sentencia definitiva condenatoria, dictada antes de la prueba, sin que se haya llegado a la convicción mediante el procedimiento idóneo para ello.

Dicha sentencia definitiva condenatoria es a temporánea o extemporánea procesalmente, ya que condena sin que exista rendición previa y oportuna de prueba.