

INFORMATIVO JURÍDICO

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

www.editorialjuridica.cl

SUMARIO

- Presentación 2

PUBLICACIONES

- Extinción no convencional de las obligaciones 2
- El mandato civil 2
- Tratado de derecho constitucional. Tomo XII 3
- Lecciones de derecho civil chileno. Teoría de las obligaciones. Tomo III 3
- Lecciones de derecho civil chileno. De los bienes. Tomo IV 3
- Sucesión por causa de muerte 4

LEGISLACIÓN

- Ley Nº 20.253, conocida como "Ley de agenda corta antidelin- cuencia" 5
- Ley de transparencia de la función pública y de acceso a la infor- mación de la Administración del Estado (LAI) 8

JURISPRUDENCIA

- Recurso de reclamación, rechazado. Prácticas atentatorias contra la libre competencia, colusión de Isapres 14

RESEÑAS

- Chile y su desarrollo económico en el siglo XX 20
- Análisis de estados financieros. Textos y casos 20

Nº 44

Junio - 2008

Presentación

Recientemente Editorial Jurídica de Chile ha dado inicio a una nueva línea de publicaciones que, bajo el sello Andrés Bello, se ha titulado “Colección Economía y Administración”.

Los libros de esta colección tienen como objetivo abastecer a la comunidad nacional, en particular a las universidades, con libros referidos a las distintas materias que comprende el quehacer económico y empresarial en general escritos por destacados autores latinoamericanos, preferentemente chilenos, e idealmente contextualizados en nuestra realidad regional.

Con esta iniciativa se pretende generar una oferta de publicaciones locales, al alcance de un amplio mercado de estudiantes y profesionales, la que además despierte el interés de algunos por formar sus propias bibliotecas, así como de otros por contribuir a enriquecer esta colección con el resultado de sus propias investigaciones.



PUBLICACIONES

Reseñas de libros publicados recientemente por esta Editorial.

Todas las obras publicadas por Editorial Jurídica de Chile son previamente sometidas a un proceso de evaluación profesional y anónima realizada por académicos pares de los autores.

EXTINCIÓN NO CONVENCIONAL DE LAS OBLIGACIONES

Volumen 2

Pablo Rodríguez Grez

Primera edición 2008
333 páginas

Este es el segundo volumen que el autor dedica al tratamiento de la extinción de las obligaciones. En el primero, publicado el año 2006, abordó los modos convencionales de extinción tales como la resciliación, el pago, la novación, etc. En este segundo volumen estudia los “modos de extinguir no convencionales”, en los cuales es la ley la que establece y reglamenta los hechos que ponen fin al vínculo obligacional.

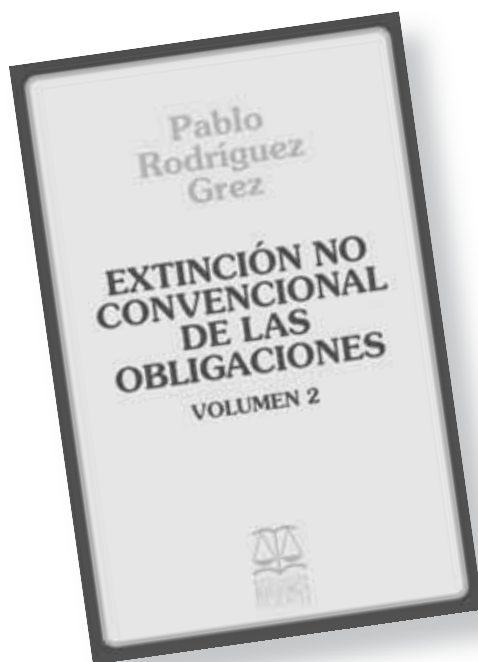
Comienza con un interesante examen sobre la *caducidad* y la relación que existe entre ésta y la *prescripción*, así como su comparación con la *preclusión* y la *nulidad*.

Luego analiza la *muerte* como modo de extinguir las obligaciones y así aborda, sucesivamente, otros modos no convencionales como la *revocación*, la *confusión* y la *imposibilidad de ejecución*. En relación con este último instituto examina la llamada

“teoría del riesgo”, cuestión que ha sido objeto de múltiples controversias y divergentes interpretaciones.

A continuación el autor explica su tesis sobre la *nulidad* como modo de extinción y el *evento de la condición resolutoria*, tanto ordinaria como tácita, para concluir con el estudio de la *prescripción extintiva*.

Es una obra que desarrolla temas que suscitan preocupación entre académicos, jueces y litigantes, aportando interesantes argumentos que enriquecen la doctrina civilista nacional.



EL MANDATO CIVIL

David Stitchkin Branover

Quinta edición 2008
Actualizada por
Gonzalo Figueroa Yáñez
534 páginas

Esta obra constituye un verdadero clásico en la bibliografía civilista na-



cional. Es por ello que hoy se presenta la quinta edición actualizada y complementada a la luz de las modificaciones legales dictadas desde la edición anterior; las nuevas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales.

Partiendo de la esencia jurídica del mandato, el autor analiza diversas tesis sobre la materia para detenerse en su naturaleza dentro del derecho chileno. Estudia luego los caracteres del mandato; las personas que intervienen en él; las obligaciones del mandatario y del mandante; los efectos del mandato de terceros, y por último su terminación, a través de diferentes causas que puedan motivarla.

La publicación actualizada de esta obra contribuye a mantener vigentes las sabias lecciones del profesor Stitchkin.

TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. TOMO XII

De los derechos y deberes constitucionales

Alejandro Silva Bascuñán

Primera edición 2008
413 páginas

Este tomo XII analiza los numerales 7º a 12º del art. 19 de la Carta Fundamental, esto es la libertad personal y seguridad individual; el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; el derecho de protección de la salud; el derecho a la educación y la libertad de en-

señanza, y la libertad de opinión y de información.

El análisis y la reflexión respecto de cada uno de estos derechos se funda no sólo en la historia de las disposiciones constitucionales y en las reflexiones propias del autor, sino también en lo prescrito por los tratados internacionales sobre derechos humanos y en la doctrina de los autores. Fundamental importancia se otorga en esta obra al examen de la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dictada durante los últimos años, respecto de los referidos derechos fundamentales.



Finaliza con una completa bibliografía e índices que facilitan la investigación y la consulta. Este tratado es, sin duda alguna, la obra más completa existente en nuestro medio sobre la materia. Contribuye en forma erudita al enriquecimiento del derecho constitucional y a la divulgación de los postulados esenciales del Estado de Derecho.

LECCIONES DE DERECHO CIVIL CHILENO

Teoría de las obligaciones.
Tomo III

De los bienes. Tomo IV

Rodrigo Barcia Lehmann

Colección Manuales N°s 118 y 119
Primera edición 2008
Tomo III: 242 páginas
Tomo IV: 214 páginas

Estos tomos III y IV completan la colección de las *Lecciones de derecho*

civil chileno, la que consta de cuatro volúmenes y cuyos tomos I y II fueron publicados el año 2007.

En su totalidad, la obra cubre la mayoría de las materias comprendidas en las asignaturas de derecho civil y está dirigida a servir de consulta preferentemente a los estudiantes de Derecho de las distintas universidades del país.

El tomo III, destinado a la teoría de las obligaciones, consta de dos secciones. La primera desarrolla el concepto de obligaciones y las diversas formas de clasificación; los efectos de las obligaciones desde la perspectiva del acreedor, y los modos de extinguir las obligaciones o sus efectos desde la perspectiva del deudor. La segunda sección examina la prueba de las obligaciones. Finaliza con útiles índices analítico y onomástico.



El tomo IV, destinado al estudio de los bienes, se desarrolla en seis capítulos que abordan las siguientes materias: De las cosas y su clasificación; el derecho de dominio o propiedad; la posesión; los modos de adquirir el dominio; el sistema registral chileno; y, las limitaciones al dominio. Concluye con índices analítico y onomástico que facilitan la consulta.

SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

René Ramos Pazos

Colección Manuales Jurídicos N° 122
Primera edición 2008
212 páginas

Este manual ha sido preparado como texto de estudio para que sirva de

guía a los alumnos de Derecho y a los abogados, preferentemente a aquellos que inician su vida profesional.

La versación del autor y su experiencia tanto docente como civilista le ha permitido exponer en esta obra todas las materias relativas a la sucesión por causa de muerte en forma simple pero muy completa, cubriendo integralmente los diversos temas fundamentales. Sus reflexiones personales han sido complementadas con la bibliografía de grandes autores como son Luis Claro Solar, Manuel Somarriva Undurraga, Ramón Meza Barros, Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Águila y Pablo Rodríguez Grez, todos ellos autores de obras especializadas publicadas por Editorial Jurídica de Chile.

El libro se enriquece con abundante jurisprudencia que permite conocer la forma como nuestros



tribunales han ido resolviendo los distintos problemas en materia sucesoria.

NUEVA PÁGINA WEB DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Desde el 3 de marzo pasado, el Tribunal Constitucional cuenta con una nueva página web. En ella, la comunidad jurídica y el público en general podrán, de un modo sencillo, ágil y amigable, acceder a los fallos, tablas e información general agrupada en diferentes secciones, incluyendo las atribuciones y las normas reguladoras del quehacer del Tribunal.

Destaca, especialmente, de esta nueva página web la incorporación de un sistema de búsqueda avanzada de sentencias conforme a diferentes criterios, tales como materia, año, rol y a través de palabras contenidas en ellas. La base, que se actualiza diariamente, incluye todas las sentencias definitivas y una mayoría de las de inadmisibilidad de los requerimientos de inaplicabilidad.



Invitamos a usar esta herramienta de acceso a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en www.tribunalconstitucional.cl

LEGISLACIÓN

Recogemos aquí el material legislativo más relevante publicado desde el Informativo Nº 43 de marzo de 2008 a esta fecha, así como otros temas de actualidad e interés.

LA LEY Nº 20.253, CONOCIDA COMO “LEY DE AGENDA CORTA ANTIDELINCUENCIA”

La Ley Nº 20.253, de 14 de marzo de 2008, modifica el Código Procesal Penal y el Código Penal en materia de seguridad ciudadana y refuerza las atribuciones preventivas de las policías. Esta Ley, conocida como Ley de agenda corta antidelincuencia, endurece la mano de la nueva justicia penal con el objeto de hacer más efectiva la persecución penal en contra de los autores de delitos graves y de los reincidentes. Establece además nuevos criterios para aplicar la prisión preventiva; la apelación de la declaración de ilegalidad de la detención; la detención del imputado en casos en que se deniega la prisión preventiva en delitos graves, hasta que la Corte se pronuncie. Dispone a su vez mayores facultades para las policías en relación con el control de identidad y el registro de personas y vehículos. Fortalece además el Ministerio Público con 95 nuevos abogados asistentes de fiscales, a los que se les aplicarán, en lo pertinente, las normas de responsabilidad de los fiscales.

Comentario del ex Fiscal Nacional del Ministerio Público don
Guillermo Piedrabuena Richard,
Profesor de Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica de Chile

Con fecha 14 de marzo de este año se publicó la Ley Nº 20.253, que ha sido conocida como una ley que contiene una agenda corta antidelincuencia.

En verdad, el nuevo cuerpo legal trae reformas bastante específicas del Código Penal y del Código Procesal Penal, sin perjuicio de una reforma menor a la Ley Nº 19.640, orgánica del Ministerio Público, y el establecimiento de un banco de datos unificado de las policías para los efectos de las órdenes de detención pendientes.

Es decir, esta ley no representa ni contiene un programa de política general contra la delincuencia, en términos de prevenirla o de introducir medidas para la efec-

tiva reinserción de aquellos que han delinquido por primera vez, materias que en concepto del Ejecutivo serán abordadas por la ley que crea el Ministerio de Seguridad Pública y otras reformas legales en estudio.

La Ley Nº 20.253 fue objeto de duras críticas durante su tramitación por aquellos que sostienen que para el debido funcionamiento del nuevo sistema procesal penal no se requieren modificaciones legales sino que más bien mejoramientos de orden administrativo en las instituciones que participan del nuevo proceso, en especial las policías, los jueces y los fiscales.

Sin embargo, tanto el Gobierno como la mayoría de los legisladores estimaron que era indispensable introducir algunas modificaciones inmediatas al sistema procesal penal para combatir la sensación de impunidad e inseguridad que se genera en la sociedad por obra de aquellos que reinciden en el delito y también por las resoluciones de algunos jueces de

garantía que no son comprendidas por la ciudadanía.

La reforma ya tiene casi ocho años en algunos lugares del país y casi tres años desde que se implementó la quinta y última etapa, con la vigencia del nuevo proceso penal en la Región Metropolitana.

Este tiempo ha permitido detectar vacíos y problemas en la aplicación de instituciones que son fundamentales como la flagrancia, el control de identidad, la ilegalidad de las detenciones, las prisiones preventivas, las medidas cautelares, las salidas alternativas, la mejor protección y defensa de las víctimas, la ejecución de las medidas de seguridad, las dotaciones que se necesitan en materia de jueces y fiscales, etc.

Por lo anterior, el legislador, casi por unanimidad, ha dictado numerosas leyes durante estos ocho años para modificar los cuerpos legales fundamentales de la reforma, esto es, el Código Orgánico de Tribunales, el Código Procesal Penal y la Ley Orgánica del Ministerio Público. Sin

entrar en detalle, podemos mencionar que el Código Orgánico ha tenido alrededor de veinte modificaciones, el Código Procesal Penal alrededor de ocho y la Ley del Ministerio Público más o menos cuatro.

Lo que más interesa son las modificaciones al Código Procesal Penal, que mejoraron sustancialmente algunos aspectos legales del funcionamiento de la reforma. Así por ejemplo, entre otras, la Ley Nº 19.789 del año 2002 se preocupó del procedimiento de persecución de los delitos menores, del control de identidad y de las órdenes urgentes y/o verbales que podían impartir los jueces. También se dictó la Ley Nº 19.806 del 2002, adecuación del sistema legal chileno, que se preocupó de armonizar y coordinar el nuevo sistema procesal penal y su Código con el resto de la legislación, incluyendo varios Códigos. Por último, la Ley Nº 20.074 del 2005 se preocupó de introducir cambios importantes en la flagrancia, prisión preventiva, facultades limitadas a los abogados asistentes, etc.

La gradualidad en la aplicación de la reforma ha tenido la virtud de permitir que se detecten y se puedan corregir los defectos que se han observado en la aplicación práctica del sistema.

A nuestro juicio, estos cambios legales no alteraron los principios generales de la reforma, pero hay que reconocer que fueron bastante resistidos y criticados en los círculos académicos y doctrinarios de la reforma.

La tesis de quienes están en desacuerdo con las modificaciones parciales ocurridas durante estos últimos años, la que se volvió a repetir durante la tramitación de la Ley Nº 20.253, es que el nuevo sistema no requiere de modificaciones legales por un tiempo más o menos prolongado y que los problemas que se han detectado pueden solucionarse con la mejora de la gestión de las instituciones intervinientes o con la mejor capacitación de las policías o, por último, con la mejor coordinación entre éstas y el Ministerio Público.

De otra parte, lo que se estima implícitamente por estos círculos es que el primitivo Código Procesal Penal

fue muy estudiado por muchos años por los expertos, siendo apresurado introducir modificaciones legales que desnaturalicen el sentido primitivo que tenía el Código Procesal Penal, según los juristas que trabajaron en su redacción. Además, en concepto de los críticos, lo prudente era esperar que la sociedad se acostumbrara y evolucionara hacia conceptos culturales más desarrollados que importan una mayor comprensión hacia las garantías del debido y justo proceso a que tiene derecho todo imputado.

Este pensamiento teórico y académico no es compartido por los legisladores y por el Gobierno, porque en la realidad diaria se advierten incongruencias y grandes contradicciones en la praxis del sistema. Hay algunas resoluciones judiciales que pugnan con el sentido común de la gente y son rechazadas por la inmensa mayoría de los ciudadanos en materia de ilegalidades de la detención, prisiones preventivas y medidas cautelares. También hay criterios dispares, especialmente en los jueces de garantía, en la interpretación de instituciones fundamentales, especialmente en cuanto a la flagrancia, control de identidad y declaraciones de ilegalidad de la detención.

Debe reconocerse además que en las encuestas de opinión hay una fuerte tendencia que propugna el fortalecimiento de las atribuciones de las policías, quienes son mejor evaluadas que los jueces y los fiscales.

Ahora bien, no es que estimemos que no son útiles ciertas mejoras administrativas y de gestión en todas las instituciones, incluyendo obviamente mejoras en las fiscalías y en las capacitaciones permanentes que deben hacerse para la formación de los nuevos jueces y fiscales o para la constante actualización de sus conocimientos. Por supuesto que ello es absolutamente imprescindible, pero no son incompatibles con las necesarias modificaciones legales que se advierten en la aplicación práctica del nuevo proceso.

Otro elemento a considerar en la praxis del sistema es que los mayores recursos de la reforma se dimensionaron considerando casi

exclusivamente las dotaciones de jueces, fiscales, defensores y los edificios donde funcionan los principales intervinientes, pero no se consideró ni calculó el impacto de la reforma en los servicios auxiliares, algunos tan importantes como las Policías, Gendarmería, Servicio Médico Legal, Instituto de Salud Pública, etc. Esto explica que no obstante la aspiración de un proceso rápido que requiere el sistema, se vea frustrada en parte por las limitaciones económicas de los servicios auxiliares. Este es un tema que bien puede solucionarse gradualmente, sin necesidad de modificaciones legales.

Sin embargo, el tema de los recursos económicos y de su adecuada gestión como de la necesaria capacitación constante de los actores, no impide ni es incompatible con la consideración de que con la nueva ley, así como las anteriores leyes, se procure evitar fallos contradictorios en distintos tribunales y a veces entre jueces del mismo tribunal. Hoy en día y en especial con el nuevo sistema procesal, los actos son públicos, los ciudadanos pueden asistir a las audiencias y se pueden formar un concepto de la actuación de los intervinientes, incluyendo los jueces. De otra parte, se ha formado una convicción social claramente exagerada, y esto hay que reconocerlo, de que el nuevo sistema se preocupa más bien de los intereses de los imputados que de las víctimas. Esto preocupa al legislador y ello es legítimo desde el punto de vista de los intereses generales de la sociedad.

Por lo tanto, se puede y se debe avanzar tanto en lo que se refiere a la mejor administración y gestión de los recursos como en el perfeccionamiento de normas legales que se prestan a interpretaciones que resultan difíciles de entender en la sociedad en que se aplican.

La Ley Nº 20.253 está inserta en la problemática que se ha descrito y muchos podrán discutir o criticar que sus normas constituyan una solución definitiva al problema de la delincuencia.

Hay que advertir además que casi todas sus normas importantes fueron discutidas y/o impugnadas por vulnerar los derechos fundamentales

de los ciudadanos, en especial de los imputados. También los argumentos dados por los detractores, con ligeras variaciones, apuntaron a posibles inconstitucionalidades o infracción de convenios internacionales que protegían a los imputados.

Si bien el Tribunal Constitucional zanjó varios de estos temas en el fallo que dictó a propósito del control preventivo de las normas orgánicas constitucionales del proyecto, muchas cuestiones serán llevadas nuevamente al conocimiento de este tribunal en la medida de que se trate de asuntos nuevos que no hayan sido resueltos por dicho fallo.

Si bien esta discusión constitucional se había dado con motivo de la Ley Nº 20.074 del año 2005, no es menos cierto que en la nueva Ley Nº 20.253 se dio con mayor fuerza e insistencia, al extremo que esto repercutió en la pronta tramitación de la ley que duró casi dos años en el Congreso Nacional, incluyendo el largo trámite de más de dos meses en el Tribunal Constitucional.

A pesar de los puntos de vista opuestos surgidos en la discusión, por una parte la Defensoría Penal Pública, los Profesores de Derecho Penal y Procesal, la Fundación Paz Ciudadana y algunos parlamentarios de Gobierno y por la otra el Ministerio Público, las Policías y los Ministerios del Interior y de Justicia

y la mayoría de los parlamentarios, tanto de gobierno como de oposición, el buen sentido de los legisladores de todos los sectores permitió llegar a fórmulas de consenso para lograr el despacho de esta iniciativa.

Este último propósito, si bien es muy valioso, tuvo el defecto de que no todas las soluciones consensuadas son lo suficientemente claras como para resolver los problemas jurisprudenciales de la reforma procesal penal.

Habrà que confiar que en la aplicación de la nueva ley, otra vez existan criterios equilibrados de parte de jueces, fiscales y defensores para colaborar en la solución de algunos problemas de la nueva reforma, sin que sean necesarios otros cambios legales en los próximos años.

También debemos advertir que hay temas fundamentales pendientes que deben ser abordados tanto administrativamente como desde el punto de vista legal. Estos son los que se relacionan con la mejor protección y defensa de las víctimas y el cumplimiento efectivo de las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva y de las condiciones de las salidas alternativas que procuran la reinserción social de aquellos que incurrir en hechos de menor gravedad o que delinquen por primera vez. Aquí hay claras falencias en la actualidad que constituyen tareas o desafíos del futuro para el Gobierno,

los legisladores y los juristas que se preocupan del buen funcionamiento del sistema penal y la efectiva rehabilitación del imputado para impedir que reincida.

La reforma de la Ley Nº 20.253 omite estos temas porque seguramente no han sido estudiados debidamente por los organismos pertinentes o porque requieren de ingentes recursos para mejorar la red social y de seguridad a favor de las personas que han delinquido, pero que merecen mejores oportunidades para reinserirse socialmente y alejarse del delito.

El peligro está en que exista cierto conformismo por la aprobación de la Ley Nº 20.253, sin advertir que existen problemas complementarios de la reforma, algunos de los cuales se han mencionado, que deben ser solucionados de manera urgente.

Ciertamente, estos temas son muy preocupantes y su no solución perjudica y afecta gravemente el desarrollo de una reforma procesal penal que ha sido la más exitosa de América Latina y que es tomada como ejemplo por otros países americanos.

En conclusión, la ley que hoy se comenta es un importante eslabón para perfeccionar el nuevo sistema acusatorio, sin perjuicio de las reformas administrativas urgentes y todas las legales que se necesiten derivadas de la experiencia de la aplicación de la reforma en todo el país.

PRÓXIMAMENTE

“LA NULIDAD Y LA RESCISIÓN EN EL DERECHO CIVIL CHILENO”

ARTURO ALESSANDRI BESA

Nueva edición actualizada, 2008



LEY DE TRANSPARENCIA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y DE ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO (LAI)

La ley de transparencia y acceso a la información pública es la primera disposición legal que consagra el deber de los órganos de la Administración del Estado de mantener a disposición permanente del público un conjunto de información relevante para la fiscalización pública de su gestión, información que debe publicarse en forma sistemática y actualizada en los sitios electrónicos de los órganos del Estado.

Este artículo es un aporte del Profesor Davor Harasic y del Departamento de Estudios de Chile Transparente, Capítulo Chileno de Transparencia Internacional

I. INTRODUCCIÓN

En el marco del reconocimiento constitucional del principio de transparencia, recientemente recogido por nuestra Constitución Política, en virtud del cual se consagra a nivel de derecho interno el derecho fundamental de acceso a la información, y del cumplimiento de lo establecido en la condena impuesta a nuestro país por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”,¹ en enero de este año el Congreso aprobó la primera ley de acceso a la información pública, lo que constituye un hecho

¹ En septiembre del año 2006, la Corte condenó al Estado de Chile a “adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, de acuerdo al deber general de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el art. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (párrafo 7 de su parte resolutive).

relevante en el proceso de avanzar hacia una mayor transparencia en la gestión de la Administración del Estado y de rendición de cuentas de la función pública.

Al respecto, la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a Información de la Administración del Estado (LAI) establece que la información debe ser pública, señala las excepciones que justifican su reserva, identifica los procedimientos de acceso a la información y las sanciones aplicables en el caso de su denegación injustificada. Además, crea –y este es el aspecto más destacable– el Consejo para la Transparencia, como un órgano autónomo, especializado y dotado de capacidad sancionatoria para la fiscalización de la observancia de la ley.

Asimismo, esta normativa consagra el principio de transparencia señalando que este “consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley” y en su virtud, “los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del

Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos”. Ampliando, correctamente a nuestro juicio, el concepto de información pública, al punto de que toda información “elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento” es pública, a menos que esté sujeta a las excepciones establecidas por esta ley o por ley de quórum calificado (L.Q.C.).²

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

Las disposiciones de esta ley son aplicables a los ministerios, intendencias, gobernaciones, gobiernos regionales, municipalidades, Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y a los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

No obstante la amplitud de su cobertura, en sus disposiciones tran-

² Arts. 4 y 5 de la LAI.



“EL PATRIMONIO” GONZALO FIGUEROA YÁÑEZ Tercera edición, 2008

Actualizada con las leyes N°s 19.585 sobre filiación; 19.620 sobre adopción; 19.857 sobre empresas individuales de responsabilidad limitada, y 19.947 sobre matrimonio civil.

sitorias la LAI, distinguiendo según el caso, restringe su ámbito de aplicación para la Contraloría General de la República, Banco Central, Ministerio Público, Tribunal Constitucional y Justicia Electoral, respecto del carácter excepcional del secreto y la reserva en el acceso a la información, el principio de transparencia activa y los principios del derecho de acceso a la información, y establece un procedimiento especial de reclamo por la denegación de acceso a información ante la Corte de Apelaciones, excluyendo la competencia del Consejo para la Transparencia.

Respecto de las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, estas también se registrarán por el principio de transparencia, estableciendo un régimen especial de transparencia activa y obligándoseles a entregar a la Superintendencia, a cuya fiscalización se encuentran sometidas, la misma información a que están obligadas las sociedades anónimas abiertas.³

III. TRANSPARENCIA ACTIVA: UN GRAN AVANCE

Reconociendo las asimetrías de información existentes entre el Estado y los ciudadanos, el legislador ha consagrado el deber de los órganos de la Administración del Estado de mantener a disposición permanente del público un conjunto de información relevante para la fiscalización pública de su gestión. La información debe publicarse de manera sistematizada en sus sitios electrónicos y deberá ser actualizada mensualmente.

Entre la múltiple información que el art. 7 de esta ley obliga a ser publicada, cabe destacar las nóminas de personal y sus remuneraciones; la información sobre el presupuesto

³ Respecto de los tribunales que forman parte del Poder Judicial, demás tribunales especiales y el Congreso Nacional, sólo se aplican ciertas obligaciones en materia de transparencia activa sin establecer procedimientos o mecanismos de solicitud de información ni de reclamo en caso de denegación.

asignado; los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestario; las contrataciones para el suministro de bienes muebles, prestación de servicios, ejecución de acciones de apoyo y de obras, las contrataciones de estudios, asesorías y consultorías relacionadas con proyectos de inversión; las transferencias de fondos públicos a personas jurídicas o naturales; el diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios y otros beneficios que entregue el respectivo órgano y las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en ejecución, y todas las entidades en que tengan participación, representación e intervención.

El principio de transparencia activa que deben observar los órganos de la Administración debería permitir a los interesados "cruzar" la información entregada por la autoridad con otras fuentes de información que se puedan obtener a partir de la institucionalidad normativa que se vaya desarrollando en materia de transparencia y probidad. Esto posibilitaría a los interesados contar con un conjunto de instrumentos normativos que permitan a la ciudadanía llevar a cabo una real fiscalización de la gestión pública a partir de la información obtenida.

Para asegurar el cumplimiento de esta obligación el legislador ha establecido dos métodos: 1) Encomienda a las reparticiones encargadas del control interno de cada órgano el velar por su observancia; 2) Dispone que el Consejo para la Transparencia resolverá los reclamos por su incumplimiento y aplicará las sanciones respectivas, junto con fiscalizar su obediencia.⁴

IV. EL EJE RECTOR: PRINCIPIOS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

El legislador, en el art. 10 de la ley, consagra once principios rectores del acceso a la información pública, los que junto a los arts. 8 y 19 N° 12 de la Constitución Política, constituyen para el Consejo de la Transparencia y las Cortes de Apelaciones la princi-

⁴ Arts. 8, 47 y 49 de la LAI.

pal fuente de interpretación de estas normas al momento de resolver los requerimientos por denegación de información.

Al respecto, cabe destacar algunos principios de especial importancia:

1) *Principio de la relevancia.* Por el cual se "presume relevante" toda información que posean los órganos de la Administración del Estado;

2) *Principio de apertura o transparencia.* Toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado "se presume pública", a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas. Por tanto, se invierte la carga de la prueba en favor del requirente de información, correspondiendo al órgano que deniegue su acceso acreditar la causal legal de secreto o reserva en que se funda;

3) *Principio de máxima divulgación.* La información debe proporcionarse "en los términos más amplios posibles";

4) *Principio de la divisibilidad.* Si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se mantendrá en reserva sólo aquella parte que se considera reservada pero no el acto en su totalidad;

5) *Principio de la oportunidad.* La respuesta a las solicitudes de información debe proporcionarse dentro de los plazos legales, "con la máxima celeridad posible y evitando todo tipo de trámites dilatorios". Por tanto, constituirá una infracción a las normas de transparencia que el órgano requerido de información, poseyendo la información solicitada, retrase la entrega hasta el límite del plazo legal.⁵

6) *Principio de facilitación.* Conforme al cual los mecanismos y procedimientos de acceso a la información deben facilitar el ejercicio del derecho "excluyendo exigencias o requisitos que puedan obstruirlo o impedirlo";

7) *Principio de la responsabilidad.* El incumplimiento de las obligaciones que esta ley impone origina responsabilidades y da lugar a las sanciones que establece esta ley;

⁵ Art. 7, letra h) en relación a los arts. 45 y 46 de la LAI.

8) *Principio de gratuidad.* El acceso a la información es gratuito. Sin perjuicio de ello, el art. 18 de la LAI permite exigir como condición de la entrega de información el pago de los “costos directos de reproducción” y demás valores “que una ley expresamente autorice”. Merece ser objeto de crítica la imposición de estos costos a través de esta “tarifa de acceso a la información” por no diferenciar escalas de costos donde la escala inferior sea cubierta por el patrimonio público, ya que –en buena parte de los casos– la colisión entre el derecho fundamental y el resguardo del patrimonio público no constituirá un “riesgo efectivo” de este último; por lo tanto, lo que constituye un ahorro para el Estado en el peor de los casos generará una barrera de entrada para el ciudadano y, en general, un desincentivo al requerimiento de información. Bajo estas consideraciones, interpretado este artículo desde el principio de gratuidad habrá que concluir que el *telos* de esta norma es impedir la formación de barreras de acceso a la información; por tanto, es dable interpretar que los costos “directos” de reproducción corresponden, según el caso, al costo material de fotocopia y del papel necesario para reproducir dicha documentación,⁶

⁶ En ese sentido se han reglamentado los costos de reproducción o “cuotas de acceso” en el derecho mexicano. En efecto, en su Reglamento la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, art. 51 inciso segundo, señala que “salvo en el caso de las copias certificadas, los costos (de reproducción) no podrán re-

toda vez que agregar otro criterio de evaluación que eleve la “tarifa por información” contravendría el principio de facilitación y de gratuidad y requeriría de una ley que expresamente lo autorice.

V. EXCEPCIONES AL ACCESO A LA INFORMACIÓN

Sin perjuicio de la posibilidad de establecer por L.Q.C. otras excepciones a la publicidad de la información de los órganos de la Administración, la LAI establece como únicas excepciones las siguientes:

i) *Cuando la información requerida pueda afectar los derechos de terceros (art. 20).* En este caso, la autoridad del órgano de la Administración deberá, dentro de los dos días hábiles siguientes a la fecha de la solicitud, informar mediante carta certificada al o los afectados. El tercero afectado tendrá tres días hábiles para ejercer su derecho de oposición contados desde la fecha de notificación, oposición que debe ser presentada por escrito y “requerirá de expresión de causa”.⁷ Deducida la oposición señalada, el órgano requerido estará impedido de proporcionar la

basar el de los materiales utilizados para la reproducción de la información”. Agregando que “estos costos deberán publicarse en los sitios de internet de las dependencias y entidades”.

⁷ Estos requisitos constituyen un avance respecto de la Ley Nº 19.653, de Probidad Administrativa, la que en su art. 11 bis permitía la oposición sin expresión de causa.

información solicitada, salvo resolución en contrario del Consejo. De no deducir oposición en plazo legal, se entenderá que accede a la publicación de la información.

ii) *Causales de reserva o secreto (art. 21).* En virtud de ellas se podrá denegar total o parcialmente el acceso a información cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte:

1) El debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente: a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales; b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas; c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.

2) Los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

3) La seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

4) El interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o

P R Ó X I M A M E N T E

“DERECHO ADMINISTRATIVO”
120 años de cátedra
Obra colectiva coordinada por
el Profesor ROLANDO PANTOJA BAUZÁ
Primera edición, 2008

las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

5) Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8º de la Constitución Política.⁸

Las causales por las cuales puede mantenerse la reserva de la información definidas en la ley son razonables y están dentro de los estándares internacionales. Sin embargo, la comprensible utilización de “conceptos jurídicos indeterminados” en la configuración de estas causales obligará el protagonismo del Consejo de Transparencia y –de ser necesario– el de las Cortes de Apelaciones, en la delimitación de su contenido. La interpretación de estos conceptos deberá ser restrictiva por colisionar los mismos con el ejercicio de un derecho fundamental y guiada por los principios ya enunciados, en especial los de máxima divulgación y divisibilidad.

La causal Nº 1, letra c) del art. 21 resulta particularmente vaga y potencial fuente de arbitrariedades, dado que rechaza el acceso a la información cuando la atención del requerimiento “distrae indebidamente a los funcionarios”. Esta fórmula es reprochable no sólo por carecer de precisión, sino porque se funda en la errada concepción de que la protección de la eficiencia administrativa constituye un interés superior a la protección de un derecho fundamental.⁹

⁸ Cabe mencionar que el art. 22 inciso sexto, clasifica los resultados de las encuestas o de sondeos de opinión encargados por los órganos de la Administración del Estado, como información reservada hasta que finalice el período presidencial durante el cual fueron efectuados.

⁹ Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos, pronunciándose sobre la admisibilidad de las excepciones a la libertad de expresión y acceso a la información, entrega un estricto *test* de tres requisitos, que esperamos sean considerados por el Consejo y las Cortes: primero, toda restricción debe establecerse por ley y “en forma precisa”, lo que asegura el conocimiento del ciudadano, disminuye los errores en los requerimientos de información y restringe la arbitrariedad administrativa; segundo, deben responder a un fin legítimo, y en tercer lugar, la restricción debe ser “necesaria” para asegurar esos fines,

El legislador ha establecido un plazo de reserva que será de cinco años, prorrogables de oficio o a petición de parte, por una sola vez, por otros cinco años. Excepcionalmente, el plazo será indefinido en los casos que señala la ley, los que se refieren a materias ligadas a la defensa, integridad territorial y límites fronterizos del Estado.

VI. EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

El Consejo es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyo objeto es promover la transparencia en la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas de esta ley y garantizar el derecho de acceso a la información. Su dirección y administración corresponde a un Consejo Directivo que estará integrado por cuatro consejeros quienes durarán en su cargo seis años y serán designados por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, debiendo el Presidente proponerlos en un solo acto y pronunciarse el Senado como unidad.

Este sistema de nombramiento tiende al equilibrio entre los poderes políticos en la composición del Consejo y su legitimación democrática. Sin embargo, la sola aplicación de este sistema no es garantía suficiente de independencia y tampoco de experiencia y capacidad técnica, cuestiones esenciales al momento de sentar jurisprudencia sobre vacíos normativos y la delimitación de los “conceptos jurídicos indeterminados” que puedan observarse con motivo de la aplicación de la ley. De allí la importancia y responsabilidad que le cabe, tanto al Poder Ejecutivo como al Legislativo, en la selección de los miembros del Consejo, de manera de poder contar con integrantes que

es decir, que el acceso a la información dañe sustancialmente o perjudique seriamente un interés protegido. Por tanto, cuando en la revelación exista un interés superior al de su reserva, deberá primar el carácter público de la información (Lingens vs. Austria, 8 de julio de 1986, solicitud Nº 9815/82, EHRR 407, párrafos 39-40).

garanticen autonomía en el ejercicio de sus funciones y una capacidad técnica de excelencia que permitan el cumplimiento de los objetivos de esta ley.

Entre las principales funciones y atribuciones del Consejo se encuentran las siguientes: 1) Fiscalizar el cumplimiento de la LAI y aplicar sus sanciones en caso de infracción; 2) Resolver los reclamos por denegación de acceso a la información; 3) Dictar instrucciones generales para el cumplimiento de esta ley y requerir a los órganos de la Administración para que ajusten sus procedimientos y sistemas de atención a público; 4) Formular recomendaciones para perfeccionar la transparencia en su gestión; 5) Proponer al Presidente de la República y al Congreso Nacional normas, instructivos y demás perfeccionamientos normativos; 6) Realizar capacitaciones a funcionarios públicos; 7) Efectuar estadísticas y reportes de cumplimiento de esta ley; 8) Difundir e informar al público las materias de su competencia.

Estas funciones manifiestan la relevancia del Consejo, pues lo erigen no sólo como un órgano de fiscalización de la ley sino también como una entidad dotada de potestades normativas y resolutivas, todas las cuales deben destinarse a la protección del derecho de acceso a la información.

VII. DEL PROCEDIMIENTO PARA REQUERIR INFORMACIÓN ANTE LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO¹⁰

Toda solicitud de información a los órganos de la Administración del Estado debe ser formulada por escrito o por sitios electrónicos. Una vez requerida, la autoridad del órgano administrativo deberá, en el plazo de veinte días hábiles, prorrogables excepcionalmente por otros diez días, pronunciarse sobre la solicitud, accediendo a ella o denegándola. En caso de ser incompetente para ocuparse de la solicitud derivará ésta a

¹⁰ Arts. 12 a 19 de la LAI.

la autoridad competente e informará al peticionario.

De acceder a la solicitud, la información se entregará en la forma establecida por el requirente y deberá certificarse su entrega, no pudiendo imponer condiciones de uso o restricciones a su empleo, salvo las que estipule la ley. En caso de denegar su acceso, sólo podrá hacerlo por causa legal, por escrito, fundadamente y especificando la causal invocada.

VIII. DEL AMPARO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ANTE EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA¹¹

Vencido el plazo que dispone el órgano de la administración para pronunciarse sobre el requerimiento o denegada la petición de información, el requirente, dentro de los quince días siguientes a la notificación de la resolución denegatoria o al término del plazo antes referido, tendrá derecho a reclamar directamente ante el Consejo para la Transparencia por el amparo de su derecho de acceso a la información, señalando la infracción cometida, los hechos que la configuran y acompañando los medios de prueba que la acreditan. Si el requirente tuviere su domicilio fuera de la ciudad asiento del Consejo, podrá presentar su reclamo en la respectiva gobernación. El mismo procedimiento de reclamación se seguirá en los casos de incumplimiento de los deberes de transparencia activa.

El Consejo notificará a la autoridad reclamada y al tercero afectado, si lo hubiere, mediante carta certificada, los que en el plazo de 10 días hábiles deberán presentar sus descargos adjuntando los antecedentes y medios de prueba de que dispusieren.¹² El Consejo deberá resolver el reclamo dentro de quinto día hábil de vencido el plazo para presentar descargos o de la fecha de la audiencia de prueba, si la hubiere,

¹¹ Arts. 24 a 27 de la LAI.

¹² El Consejo, facultativamente, podrá fijar audiencia para recibir antecedentes y exponer las pruebas.

pudiendo: a) Ordenar se otorgue la información, fijando un plazo prudencial para su entrega y, de estimarlo pertinente, señalar la necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario por incurrir en alguna de las infracciones establecidas por esta ley y aplicar sus sanciones; b) Declarar el carácter secreto o reservado de la información.

IX. DEL RECLAMO DE ILEGALIDAD ANTE LA CORTE DE APELACIONES¹³

Contra la resolución del Consejo y dentro de los quince días siguientes a su notificación, el peticionario, el tercero afectado que entabló oposición o el órgano de la administración, podrá presentar un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, solicitando se revoque o modifique su resolución, señalando los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que formula. Excepcionalmente, los órganos de la Administración del Estado no podrán recurrir ante la Corte en aquellos casos en que el Consejo ordene el acceso a la información al órgano que la haya denegado fundado en la causal de que la publicidad de la información afecta “el debido cumplimiento de las funciones del órgano”.

No procederá recurso alguno en contra de la sentencia dictada por la Corte. De acoger el reclamo de ilegalidad por la denegación del acceso a la información fijará un plazo prudencial para su entrega, pudiendo señalar la necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario por incurrir en alguna de las infracciones establecidas por esta ley.

X. INFRACCIONES Y SANCIONES

El legislador, acorde con el principio de responsabilidad, ha tipificado, en el Título VI de esta ley, las siguientes conductas de la autoridad, jefatura o jefe superior del órgano de la Administración como constitutivas de

¹³ Arts. 28 a 30 de la LAI.

una infracción a las normas de transparencia, sancionándolas con una multa a beneficio fiscal de 20% a 50% de su remuneración: la denegación infundada del acceso a la información; la no entrega oportuna de la información en la forma decretada, una vez que ha sido ordenada por resolución firme; además, en caso que el requerido persistiere en su actitud se duplicará su sanción y se le suspenderá del cargo por un lapso de cinco días; el incumplimiento injustificado de las normas de transparencia activa.

El Consejo será el órgano encargado de aplicar las sanciones, previa instrucción de una investigación sumaria o sumario administrativo, ajustándose a las normas del Estatuto Administrativo. Sin embargo, el Consejo podrá incoar a la Contraloría General de la República iniciar el sumario señalado y establecer las sanciones que correspondan.

XI. CONCLUSIONES

La incorporación de esta ley en nuestro sistema jurídico constituye un paso importante hacia el establecimiento de una institucionalidad normativa en materia de transparencia y probidad. La existencia de un organismo de carácter autónomo y técnico, como el Consejo para la Transparencia, llamado a garantizar el derecho de acceso a la información a través de la fiscalización del cumplimiento de las normas de esta ley, la promoción del principio de transparencia y publicidad que deben observar los órganos de la Administración, debería reducir las asimetrías en el acceso de la información, fortalecer el empoderamiento del ciudadano sobre la gestión de sus gobernantes y, consecuentemente, fortalecer la democracia.

Los desafíos futuros para el Consejo requerirán de la mirada aguda de la sociedad civil. Su conformación y autonomía especialmente presupuestaria serán determinantes para su futuro desempeño, aportando la base técnica sobre la cual se deberá diseñar e implementar políticas públicas que faciliten al ciudadano el acceso a la información.

DISPOSICIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS DE INTERÉS GENERAL PUBLICADAS DURANTE EL PERÍODO MARZO A MAYO DE 2008

- **Ley Nº 20.251** (Publicada en el Diario Oficial el día 4 de marzo de 2008). Establece un procedimiento simplificado para los permisos de edificación de viviendas sociales.
- **Ley Nº 20.253** (Publicada en el Diario Oficial el día 14 de marzo de 2008). Modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de los policías.
- **Ley Nº 20.255** (Publicada en el Diario Oficial el día 17 de marzo de 2008). Establece Reforma Previsional.
- **Ley Nº 20.259** (Publicada en el Diario Oficial el día 25 de marzo de 2008). Establece rebaja transitoria del impuesto a las gasolineras automotrices y modifica otros cuerpos legales.
- **Ley Nº 20.258** (Publicada en el Diario Oficial el día 29 de marzo de 2008). Establece un mecanismo transitorio de devolución del impuesto específico al petróleo diesel a favor de las empresas generadoras eléctricas.
- **Ley Nº 20.260** (Publicada en el Diario Oficial el día 29 de marzo de 2008). Modifica el Libro V del Código del Trabajo y la Ley Nº 20.087, que establece un nuevo procedimiento laboral.
- **Ley Nº 20.257** (Publicada en el Diario Oficial el día 1 de abril de 2008). Introduce modificaciones a la Ley General de Servicios Eléctricos respecto de la generación de energía eléctrica con fuentes de energías renovables no convencionales.
- **Ley Nº 20.256** (Publicada en el Diario Oficial el día 12 de abril de 2008). Establece normas sobre pesca recreativa.
- **Ley Nº 20.254** (Publicada en el Diario Oficial el día 14 de abril de 2008). Crea el Instituto Nacional de Propiedad Industrial.
- **Ley Nº 20.261** (Publicada en el Diario Oficial el día 19 de abril de 2008). Crea examen único nacional de conocimientos de medicina, incorpora cargos que indica al sistema de alta dirección pública y modifica la Ley Nº 19.664.
- **Ley Nº 20.262** (Publicada en el Diario Oficial el día 23 de abril de 2008). Otorga bono especial para los sectores de menores ingresos.
- **Ley Nº 20.263** (Publicada en el Diario Oficial el día 2 de mayo de 2008). Perfecciona la administración tributaria y aduanera para facilitar el cumplimiento tributario de los contribuyentes.
- **Ley Nº 20.265** (Publicada en el Diario Oficial el día 23 de mayo de 2008). Elimina el componente fijo del impuesto específico que grava la utilización de los combustibles, gas natural comprimido y gas licuado de petróleo.

TRATADOS INTERNACIONALES. MARZO A MAYO 2008

- Decreto Nº 25 RR.EE. (Publicado en el Diario Oficial de 7 de marzo de 2008). Promulga el Tratado de Libre Comercio con la República de Panamá y los Acuerdos de Cooperación Ambiental y Laboral.
- Decreto Nº 26 RR.EE. (Publicado en el Diario Oficial de 27 de marzo de 2008). Promulga el Protocolo de Integración Educativa y Reconocimiento de Certificados, Títulos y Estudios de Nivel Primario y Medio no Técnico entre los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile.
- Decreto Nº 27 RR.EE. (Publicado en el Diario Oficial de 27 de marzo de 2008). Promulga la Decisión Número 12 adoptada por la Comisión de Libre Comercio del Tratado de Libre Comercio con Centroamérica, constituida entre Chile y Costa Rica.
- Decreto Nº 28 RR.EE. (Publicado en el Diario Oficial de 27 de marzo de 2008). Acuerdo que enmienda el Anexo 4.1 del Tratado de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos de América.
- Decreto Nº 29 RR.EE. (Publicado en el Diario Oficial de 27 de marzo de 2008). Promulga el Acuerdo entre la República de Chile y la República Argentina, sobre Cooperación entre las Academias Diplomáticas de ambos países y su Protocolo Adicional.
- Decreto Nº 49 RR.EE. (Publicado en el Diario Oficial de 27 de marzo de 2008). Promulga el Acuerdo sobre la creación de una Comisión Mixta de Cooperación Bilateral con Kenia.
- Decreto Nº 50 RR.EE. (Publicado en el Diario Oficial de 27 de marzo de 2008). Promulga el Memorándum de Entendimiento en Materia de Cooperación Turística entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Costa Rica.
- Decreto Nº 51 RR.EE. (Publicado en el Diario Oficial de 27 de marzo de 2008). Promulga el Memorándum de Entendimiento en Materia de Pequeña y Mediana Empresa entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Costa Rica.
- Decreto Nº 173 RR.EE. (Publicado en el Diario Oficial de 27 de marzo de 2008). Promulga el Protocolo sobre Cooperación, Preparación y lucha contra los sucesos de contaminación por sustancias nocivas y potencialmente peligrosas y su anexo.
- Decreto Nº 174 RR.EE. (Publicado en el Diario Oficial de 27 de marzo de 2008). Promulga el Protocolo de 1997 que enmienda el Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los Buques, 1973, modificado por el Protocolo de 1978, y las Enmiendas al Anexo del Protocolo de 1978 relativo al aludido convenio.
- Decreto Nº 175 RR.EE. (Publicado en el Diario Oficial de 27 de marzo de 2008). Promulga directrices sobre el Programa Mejorado de Inspecciones durante los Reconocimientos de Graneleros y Petroleros y sus enmiendas y las enmiendas al Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (Solas 1974) y a su Protocolo (1988).
- Decreto Nº 38 RR.EE. (Publicado en el Diario Oficial de 8 de abril de 2008). Promulga el Protocolo Adicional Específico al Tratado sobre Integración y Complementación Minera con la República Argentina para la Etapa de Prospección y/o Exploración del Proyecto Minero "Las Flechas" y el Protocolo de Enmienda al artículo 8 del Protocolo Adicional Específico al Tratado sobre Integración y Complementación minera con la República Argentina para la Etapa de Prospección y/o Exploración del Proyecto Minero "Vicuña".
- Decreto Nº 73 RR.EE. (Publicado en el Diario Oficial de 30 de abril de 2008). Promulga la Decisión Nº 16 adoptada por la Comisión de Libre Comercio del Tratado de Libre Comercio con Centroamérica constituida entre Chile y Costa Rica.
- Decreto Nº 129 RR.EE. (Publicado en el Diario Oficial de 22 de mayo de 2008). Promulga el Acuerdo sobre Reconocimiento mutuo de Licencias de Conductor entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Corea.
- Decreto Nº 96 RR.EE. (Publicado en el Diario Oficial de 23 de mayo de 2008). Promulga el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo al Programa Beca Igualdad de Oportunidades.
- Decreto Nº 102 RR.EE. (Publicado en el Diario Oficial de 23 de mayo de 2008). Acuerdo por el cual se adopta un texto revisado del Anexo 4, sobre Reglas de origen específicas, del Tratado de Libre Comercio suscrito entre el Gobierno de la República de Chile y el de la República de Corea.

JURISPRUDENCIA

En esta sección ofrecemos un anticipo de interesantes fallos, algunos de los cuales se podrán encontrar *in extenso* en los próximos números de la Revista de Derecho y Jurisprudencia

RECURSO DE RECLAMACIÓN, RECHAZADO. PRÁCTICAS ATENTATORIAS CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA, COLUSIÓN DE ISAPRES

La coincidencia temporal habida tanto en relación al inicio en la venta de los planes de salud con cobertura 100/80 como en lo referido a la simultaneidad en la gradualidad con que se llevó a cabo, puede ser explicada sea por una eventual concertación entre las Isapres requeridas, sea por la competitividad y características propias del mercado en examen.

El Fiscal Nacional Económico dedujo recurso de reclamación, en conformidad con lo establecido en el inciso 2º del art. 27 del DFL Nº 1 de Economía, del año 2005, que fija el texto actualizado de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, contra la sentencia Nº 57/2007 pronunciada por el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que rechazó el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de Isapre ING S.A., Isapre Vida Tres S.A., Isapre Colmena Golden Cross S.A., Isapre Banmédica S.A. e Isapre Consalud, sin costas.

Dicho requerimiento contra las Isapres mencionadas fue presentado por haber incurrido éstas en diversas prácticas atentatorias contra la libre competencia, que habrían tenido por objeto reducir los niveles de cobertura de los planes de salud ofrecidos por ellas, para lo cual se habrían coludido mediante la negativa a proporcionar otros con cobertura máxima 100/80.

En el requerimiento se expone que las Isapres, desde el año 2002, han coincidido en ofrecer planes de salud que cubren el 90% de las prestaciones hospitalarias y el 70% de las ambulatorias, pese a que hasta abril de ese año el 96,7% de los planes vendidos por ellas correspondía a

la cobertura 100/80. Se expone que, desde mayo de 2002, se produjo una escalada de cambios simultáneos y uniformes que condujeron a que en marzo de 2003 estos últimos planes representasen el 7,5% de la venta total, lo que se explicaría en el contexto de una concertación que requiere de cierto monitoreo recíproco. El Sr. Fiscal sostuvo que, con antelación al retiro de los planes 100/80, las requeridas obtenían utilidades sobre el patrimonio del orden del 30% anual, de lo que deduce que tal estrategia sólo se explica como una colusión destinada a incrementar sus beneficios. Sobre el particular manifiesta que, en el período 2002-2004, las utilidades de las Isapres abiertas se incrementaron en veintinueve mil millones de pesos, lo que se explicaría por el importante aumento del llamado margen de explotación (correspondiente a la diferencia entre ingresos de operación y costos de operación), en el que tiene directa influencia la calidad de los planes de salud. Así, indica que los ingresos de operación aumentaron en el mismo período en setenta y siete mil millones de pesos, lo que se explica íntegramente por el aumento en el valor promedio de los planes de salud, pues el número de cotizantes disminuyó en treinta mil personas. Finalmente, afirma que

los hechos descritos configuran un atentado contra la libre competencia, de acuerdo a lo prescrito en el art. 3º letra a) del Decreto Ley Nº 211, pues tal conducta supone reemplazar un producto por otro de igual precio pero de inferior calidad, estrategia que no resulta viable en un marco competitivo, a menos que acuerde con todos sus rivales seguir una misma fórmula. Termina solicitando que en definitiva se prevenga a las requeridas que deben poner término a las prácticas concertadas referidas, y que se sancione a cada una de ellas con una multa de diez mil Unidades Tributarias Mensuales, con costas.

El diputado don Patricio Walker Prieto y el abogado don Sergio Espejo Yaksic comparecieron en autos como terceros coadyuvantes de la requirente, por tener interés actual en los resultados del proceso dada su calidad de cotizantes de dos de las instituciones requeridas, solicitando que se disponga el fin de cualquier acuerdo que exista entre las requeridas para fijar precios u ofrecer condiciones de comercialización; que se les ordene modificar los contratos suscritos con sus cotizantes, desde la fecha del cambio de cobertura de los planes, sea retornando a una de 100/80 o bien rebajando proporcionalmente su precio; que

se las sancione con el máximo de la multa permitida, y que se propongan a la Sra. Presidenta de la República las modificaciones legales o reglamentarias necesarias para impedir que las Isapres puedan modificar unilateralmente los planes de salud de sus afiliados, con costas.

Contestando el requerimiento, ING solicitó su rechazo, con costas, fundada en que se basa en una incorrecta percepción del funcionamiento del mercado de los seguros de salud. Asegura que la introducción del copago para las prestaciones hospitalarias es una forma de eliminar el problema del “riesgo moral”, pues el beneficiario de los planes sin copago no tiene incentivos para discriminar entre los gastos de salud que son necesarios, de aquellos que no lo son; comportamiento que condujo a un uso abusivo del sistema de salud y, consiguientemente, al borde de la insolvencia al conjunto de las Isapres. Argumenta que antes del lanzamiento de los planes 90/70 éstas enfrentaban una recesión generalizada, una importante migración del sistema público al privado, un aumento de la siniestralidad (entendido como los gastos que estas instituciones deben realizar por licencias médicas y prestaciones de salud) y un margen operacional decreciente. Arguye que, desde julio de 2000, incorporó en todos los contratos la llamada “Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas”, que en el año 2001 inició la comercialización de “Planes Médicos de Cabecera”, y que desde el 2002 potenció los planes con prestadores preferentes y los de copago fijo, factores que propiciaron que los de cobertura 100/80 fueran perdiendo importancia relativa; niega que la introducción del sistema de copago perjudique al consumidor; añade que mantuvo los planes de salud con cobertura 100/80 a sus afiliados que así lo desearan y que continuó ofreciendo esta clase de planes hasta fines de 2002; asevera que es falso que las Isapres hayan tenido rentabilidades excesivas; que el análisis efectuado por la Fiscalía en esta materia es errado, pues su cálculo en base al patrimonio es inadecuado para una industria como la suya, tan poco intensiva en capital, y que, por el contrario, un índice idóneo para

este fin es uno de margen. Aduce que el mercado relevante en la especie es el de los seguros de salud en general, que se otorgan a cambio del pago de cotizaciones de salud que los trabajadores deben efectuar obligatoriamente, en el que se distingue un segmento público (conformado por Fonasa) y otro privado (integrado por las Isapres), del que su parte sólo tiene un 3,7%, por lo que no detenta poder de mercado. Sobre este particular alega que Fonasa constituye el actor dominante del mercado, circunstancia que lo lleva a concluir que no es posible sustentar un acuerdo colusorio como el imputado que no involucre a dicho fondo. Indica que durante el período cuestionado existió una fuerte competencia entre las requeridas, lo que se demuestra por la variación que habrían experimentado sus participaciones de mercado; que el aumento del ingreso operacional de las mismas se debe a diversos factores que detalla y, por último, alega que en la especie no se configura el tipo establecido en el art. 3° letra a) del Decreto Ley N° 211, pues no se ha acreditado la concurrencia de los elementos que lo configuran y que existe más de una explicación razonable para la conducta que se reprocha.

A su vez, contestando el requerimiento, Banmédica solicitó su rechazo y, en subsidio, que se reduzca prudencialmente la sanción solicitada, fundada en que no se ha coludido y que no concurren en la especie los requisitos copulativos previstos en el art. 3° letra a) del Decreto Ley N° 211 sobre la materia. Manifiesta que el mercado relevante en este proceso es el de la salud en Chile, que incluye tanto el segmento privado como el público, precisando que Fonasa es el principal competidor en él. Sostiene que el producto “plan de salud” es complejo y su principal diferenciación residiría en los topes máximos de bonificación y no en las coberturas de carátula. Afirmar que la Fiscalía plantea su denuncia de colusión sobre la base de uno solo de los siete elementos que comprende el plan de salud: concertación, que en ese supuesto no tendría efectos sobre la competencia; explica que en 2001 comenzó a ofrecer los planes “VidaÍntegra”

(que no pueden calificarse ni como 100/80 ni como 90/70), que durante 2002 inició la comercialización de los planes 90/70 en Santiago y luego en regiones, y que entre los años 2002 y 2003 descontinuó los de cobertura 100/80, en tanto que Colmena Golden Cross vendía planes 90/70 desde 2001 y Consalud sólo comenzó a hacerlo en 2003. Aduce que en este sector no existen secretos industriales puesto que se produce una constante observación mutua entre los competidores, destacando que las conductas paralelas no son contrarias a la libre competencia por sí mismas; agrega que la mejoría en la rentabilidad de las Isapres no se debió al empeoramiento de las prestaciones de salud, que la rentabilidad de su parte es normal para la industria del seguro y que su cálculo no debe hacerse sobre el patrimonio contable y que, de utilizarlo, debe incorporarse a él la cartera de afiliados, concluyendo que en este evento su rentabilidad asciende (para el año 2004) a un 11%.

Respondiendo el requerimiento de la Fiscalía, Vida Tres expuso que existe una alta movilidad en la población que cotiza en el sistema de salud privado, así como un importante flujo entre Isapres y Fonasa, debido al alto grado de sustitución entre las prestaciones de unas y otras, lo que a su juicio inhibe cualquier maniobra monopólica por parte de las Isapres. Añade que el de marras es un mercado desconcentrado, donde su representada participa con un 1,0%, en el que todos los productos son fácilmente imitables y que en él no hay barreras a la entrada. Manifiesta que el cambio en la cobertura de los planes de salud se trató de un proceso paulatino que duró más de dos años, reconociendo que su parte y Banmédica comenzaron a vender planes de cobertura 90/70 en mayo de 2002, y que Colmena ya los comercializaba desde el año 2001. Afirmar que el crecimiento y decrecimiento de la participación de mercado de las requeridas, la variación del mismo índice relativo a Isapres Más Vida, Promepart y Normédica (que no fueron requeridas), así como el hecho de que la movilidad de cotizantes entre las requeridas y la tasa de rotación de afiliados no hayan mostrado varia-

ciones importantes desde 2002, son indicios incompatibles, a su juicio, con la existencia del acuerdo colusorio imputado. Arguye que entre 1997 y 2001 el resultado operacional de la industria de que se trata y sus utilidades eran negativos o muy bajos, derivado de un incremento en el gasto en salud, por lo que, asegura, el cambio de cobertura de los planes fue parte de una estrategia para hacer viable a la industria. Alega, al igual que en las anteriores contestaciones, que no resulta idóneo utilizar el patrimonio contable como factor para calcular la rentabilidad de las Isapres. Expone que en el período 2002-2004 aumentaron los ingresos de las requeridas, pese a que el gasto en salud por afiliado aumentó en un 9,7%, lo que se explica por diversos factores distintos del que es objeto de autos, entre otros por la disminución en los gastos en subsidio por incapacidad laboral y en administración. Alega que el copago no significa necesariamente una reducción de la cobertura real de un plan de salud, y que nunca ha existido en el sistema de salud privado nacional un plan que reembolse la totalidad de las prestaciones médicas hospitalarias. Señala que la modificación de la cobertura tantas veces citada redujo el crecimiento del gasto en salud, aunque las coberturas reales tuvieron sólo un ajuste marginal, y que, además, se detuvo la migración de afiliados al subsistema público. Aduce finalmente que ninguno de los elementos de la norma infraccional en que se funda el requerimiento concurre en la especie y solicita, en consecuencia, que se rechace el requerimiento o, en subsidio, que se rebaje sustancialmente el valor de la multa solicitada.

Al contestar, Consalud expuso que el mercado relevante, en relación a lo discutido en autos, corresponde al de los seguros de salud en que operan las Isapres y Fonasa, así como otras entidades previsionales del sector público y compañías de seguros privadas que no son Isapres, que otorgan cobertura de salud por la parte de las prestaciones no cubiertas por estas últimas. Añade que los planes de salud constituyen un tipo especial de contrato de seguro, cuya prima debe calcularse con los

principios técnicos del seguro. Indica que las reglas propias de esta clase de contratos y las fuerzas del mercado condujeron a las Isapres a elevar el precio al que estaban dispuestas a dar cobertura 100/80, y que los afiliados demandaron paralelamente un producto similar con un menor precio y un mayor copago, cual fue el plan 90/70, hallándose su parte imposibilitada de mantener indefinidamente para nuevos afiliados la oferta de planes 100/80, por restricciones en la masa crítica de clientes. Explica que los planes con cobertura 100/80 generan incentivos perversos de sobreutilización de servicios de salud, lo que motivó la introducción de copagos. Agrega que durante seis meses observó que mantener su política de comercialización de planes 100/80 no le significó aumentar sus ventas de nuevos planes y que, por el contrario, frente al aumento de precio de los planes 100/80 un grupo importante de sus afiliados emigró a Fonasa o solicitó planes con mayor copago y menor precio. Manifiesta que los incentivos para coludirse en el mercado en examen son muy pequeños, que en él no hay barreras jurídicas a la entrada de nuevos competidores y que se observa una tendencia a la concentración de las Isapres, lo que demostraría que se está llegando a un equilibrio. Expone que la Fiscalía calcula la rentabilidad de un modo erróneo y que no se ha acreditado la existencia de utilidades sobre las normales en la industria. Asegura que nuestra legislación no sanciona las conductas conscientemente paralelas, pues exige la existencia de un acuerdo, y precisa que en un mercado oligopólico, como el analizado, se producen frecuentemente y de manera natural conductas imitativas, que nada tienen de ilegales. Afirma que si un hecho es compatible tanto con la colusión como con la competencia, no existe una presunción grave y precisa de colusión, que las conductas en que se funda el requerimiento son compatibles con un mercado en competencia y que el paralelismo invocado no es suficiente para acreditar la concertación. Finalmente, pide rechazar el requerimiento, con costas.

Por su parte, evacuando el traslado conferido, Colmena Golden Cross

expuso que son falsos los hechos en que se funda. Explica que los planes con cobertura 100/80 provocan una sobreutilización de los beneficios, motivo por el cual ya en abril de 2000 volvió a introducir planes con una cobertura inferior. Explica que, por las diversas razones que señala, su parte optó por modificar los beneficios en lugar de incrementar el precio base de los planes de salud, de lo que deduce que la modificación de la cobertura de carátula de sus planes corresponde a una respuesta racional y justificada frente a las condiciones del mercado. Niega formar parte de un acuerdo colusorio. Sostiene que la similitud en la tendencia de la oferta de los planes 90/70 se explica por la existencia de conductas imitativas en este mercado, y añade que, después de iniciado el supuesto acuerdo, su parte introdujo nuevos planes 100/80, lo que descarta su existencia. Añade que sus utilidades se incrementaron en el período 2002-2004 por razones ajenas al retiro de los planes 100/80, en tanto que, asevera, se ha producido un aumento constante de los egresos por gastos médicos. Niega que las requeridas ostenten una posición de dominio en el mercado relevante, por lo que, sostiene, no concurre la exigencia legal de abuso de la posición de dominio. Termina pidiendo el rechazo del requerimiento, con costas.

El Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia rechazó el requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica y lo solicitado por sus terceros coadyuvantes.

La Fiscalía Nacional Económica dedujo reclamación en contra de esta sentencia y pidió que este tribunal la enmiende, haga lugar al requerimiento, condene a cada una de las demandadas al pago de una multa ascendente a diez mil unidades tributarias mensuales, o a la que se regule, y se les prevenga que deben poner término a los acuerdos en materia de cobertura de planes de salud, con costas.

La Corte Suprema tuvo en consideración:

1°. Que la reclamación deducida por la Fiscalía Nacional Económica se basó en que, como lo resaltó el voto de minoría de la sentencia reclamada,

para sancionar los ilícitos colusivos basta la concurrencia de dos exigencias, cuales son la existencia de un acuerdo y el efecto negativo actual o potencial respecto de la competencia, en relación a los cuales se encuentra indudablemente acreditada la existencia de diversos hechos que detalla. Así, respecto de las condiciones habilitantes de la colusión, manifiesta que está probado que el mercado relevante es el de la oferta de planes privados de salud por parte de Isapres abiertas; que en este mercado la demanda está cautiva; que existen significativas barreras a la entrada de nuevos competidores; que hay un reducido número de competidores; que entre las requeridas se producen frecuentes y formalizados intercambios de información por medio de su asociación gremial; y que existe información de fácil acceso para el conjunto de las Isapres requeridas. Asimismo, destaca que se demostró una serie de hechos reveladores de la conducta colusoria, a partir de los que se infiere, a su juicio, la existencia del acuerdo denunciado entre las requeridas. Así, se refiere a la simultaneidad en el inicio de la sustitución de los planes, al notorio paralelismo en el ritmo de sustitución aludido y a la aguda disminución en la intensidad de competencia, revelada por la disminución coincidente de los gastos de publicidad y de fuerza de ventas y de los topes o límites efectivos de cobertura. El reclamante expresa que tales hechos sólo pueden ser explicados por la existencia de un acuerdo entre las demandadas, sin que los sentenciadores hayan podido presentar una exclusiva explicación alternativa a la colusión, que se haga cargo de todos esos elementos y los explique en un ambiente de competencia. Añade, además, que de ser efectiva la explicación sostenida por las requeridas, en cuanto a que la rebaja en la cobertura de carátula correspondería a un sinceramiento de la cobertura efectiva, tal actuación conjunta revela por sí misma la existencia de una colusión. Asevera que los falladores, después de aplicar en su razonamiento los parámetros propios de la prueba apreciada según la sana crítica, no hicieron coincidir dicho análisis, sin embargo, con la única conclusión que del mismo emana,

cual es la de dar por establecida la existencia de la colusión denunciada. Añade que cualquiera sea el sistema de prueba que se emplee, los sentenciadores siempre han de llevar sobre sí cierto grado de incertidumbre acerca de si la realidad constatada en un proceso corresponde o no a la verdad real, lo que en modo alguno puede inhabilitarlos para dictar la sentencia que corresponda, como debió ocurrir en la especie.

2°. Que la Fiscalía Nacional Económica formuló requerimiento en contra de Isapre ING S.A., Isapre Vida Tres S.A., Isapre Colmena Golden Cross S.A., Isapre Banmédica S.A. e Isapre Consalud fundada en que éstas habrían incurrido en diversas prácticas atentatorias contra la libre competencia, que habrían tenido por objeto reducir los niveles de cobertura de los planes de salud ofrecidos por ellas, para lo cual se habrían coludido mediante la negativa a proporcionar otros con cobertura máxima 100/80;

3°. Que el art. 3° del D.F.L. N° 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, estatuye que “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 art. 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:...

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”;

4°. Que en sus motivaciones la sentencia objetada fija acertadamente, a juicio de esta Corte, las condiciones que deben concurrir para sancionar una conducta como la denunciada, al indicar que debe acreditarse la

existencia de un acuerdo entre competidores, su incidencia en algún elemento relevante de competencia; y que él permita a sus participantes abusar del poder de mercado que por su intermedio puedan alcanzar, mantener o incrementar, precisando que si bien la cobertura de carátula es sólo uno de los elementos que componen un plan de salud, nada obsta a que las requeridas hubieren podido coludirse en sólo uno de tales elementos y que de acreditarse su existencia, dicha conducta sería contraria a la libre competencia;

5°. Que, a continuación, el fallo impugnado comienza su análisis definiendo como mercado relevante para los efectos de este proceso, aquel conformado por los segmentos de cotizantes que perciben una nula o suficientemente baja sustitución entre la oferta de planes de salud de las Isapres abiertas y la oferta de Fonasa, de forma tal que, en relación a este grupo, podría ser rentable para un colectivo de Isapres abiertas aumentar en forma no despreciable ni transitoria el precio, o bajar la calidad de los planes de salud ofrecidos por ellas, sin que tal actuación suponga un éxodo de cotizantes hacia Fonasa, lo que incluiría, con elevada probabilidad, a segmentos mayoritarios de cotizantes con ingresos imponibles mensuales superiores a \$ 400.000, quienes no percibirían a Fonasa como un sustituto relevante de los seguros de salud ofrecidos por las Isapres abiertas. Precisa que el análisis que efectuará en lo sucesivo considerará, sin embargo, al total de cotizantes en el sistema de Isapres abiertas;

6°. Que la sentencia reclamada indaga en la existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores, concluyendo correctamente que ellas existen, que constituyen elementos estructurales del mercado relevante y que, en el hecho, han inhibido o retardado la entrada oportuna y en escala importante de nuevos competidores;

7°. Que, sin embargo, el análisis que en lo sucesivo efectúa el fallo que se revisa está constituido por una serie de hipótesis y suposiciones marcadas por la incertidumbre de los razonamientos y por una constante fluctuación de los pareceres. Así, se señala que tales barreras de

entrada otorgaron a los competidores actuales una ventaja competitiva que “*permitiría*” establecer como una hipótesis plausible la existencia de la colusión reprochada; que “*sería*” posible atribuir a las requeridas una posición dominante conjunta en el mercado; que en éste se aprecia una serie de factores que “*podrían*” ser compatibles con un acuerdo colusorio, añadiendo “*que concurren otros factores que podrían descartar*” la existencia de la concertación aludida (así, las diferentes participaciones de mercado de las requeridas en los distintos tramos de ingresos de cotizantes, que “*podrían*” desincentivar su participación en el mentado acuerdo, y la existencia de información de fácil acceso para el conjunto de las requeridas, que “*haría*” posible un paralelismo como el descrito). Enseguida, expresa que la cobertura de carátula “*podría*” ser un elemento muy importante al momento de elegir un plan de salud, lo que “*hace posible que pueda existir*” un acuerdo solo a su respecto, no obstante lo cual la existencia de numerosos planes y de diversos elementos que determinan la cobertura efectiva, “*indudablemente dificultan la implementabilidad y monitoreo*” de su cumplimiento, pese a lo cual añade que un acuerdo relativo a solo un atributo del plan de salud puede ser mutuamente beneficioso para las requeridas, precisando que de referirse él a la cobertura de carátula, se “*favorecería el monitoreo*” de su cumplimiento;

8º. Que dichas prevenciones continúan más adelante, pudiendo destacar sobre el particular lo que expone al sostener que la transparencia del mercado “*permitiría el monitoreo*” de un acuerdo, pero que a la vez ello es compatible con la hipótesis de que un nuevo equilibrio de mercado pueda lograrse “*sin que necesariamente sea consecuencia de un acuerdo*”; luego, expresa, examinando la primera defensa de las requeridas relativa a las razones que motivaron la modificación de la estructura de comercialización de los planes de salud (consistente en una respuesta natural a un período de crisis de la industria), que si bien existen antecedentes que “*atenúan parcialmente su validez, tampoco ha sido acreditado lo contrario*”; expresa a continuación

que, en opinión del tribunal, “*no existen antecedentes suficientes que permitan descartar la posibilidad*” que el término de los planes 100/80 pueda haber estado motivado por la intención de las requeridas de disminuir los problemas asociados al denominado “*riesgo moral*”, “*selección adversa*” y “*demanda inducida*”; enseguida expone que en el período que media entre mayo de 2002 y febrero de 2003 se implementó “*en forma intensiva el proceso de sustitución entre los planes 100/80 y 90/70*”, pese a lo cual, y en opinión del tribunal, la “*aparente sincronía observada no permite descartar la posibilidad*” de que ella pudo haber sido resultado de un proceso de competencia estratégica y no necesariamente fruto de un acuerdo colusorio entre las requeridas. Añade que “*tal sincronía pudo obedecer a un proceso sustantivo de ajuste, el que probablemente involucraba, a su juicio, expectativas de efectos financieros relevantes; sin embargo, en el juicio siguiente expresa que si bien la coincidencia en la decisión inicial de ofrecer planes 90/70 “podría ser el resultado” de la interdependencia oligopolística de las Isapres, “no puede descartarse” que la correspondencia manifiesta en la intensidad y en las variaciones de intensidad con que fueron sustituidos los planes, “podría ser consecuencia de un acuerdo” entre las requeridas;*

9º. Que el fallo expresa que en autos “*no hay prueba de que lo que ocurrió haya sido consecuencia de una interdependencia oligopolística, pero que tampoco la hay suficiente de que haya ocurrido la hipótesis contraria*”, esto es, que las Isapres se hayan coludido y que, “*pese a estimar posible que las requeridas se hayan coludido*”, no se ha formado convicción suficiente sobre este punto;

10º. Que más adelante señala que los antecedentes mencionados en los fundamentos precedentes (vinculados al comportamiento del gasto real en publicidad y en remuneraciones del personal de ventas) “*podrían ser, en principio, compatibles*” con una hipótesis de concertación, especialmente durante el año 2002; sin embargo, también es posible pensar en un conjunto de “*otros factores relevantes que podrían adicionalmente condicionar los niveles óptimos de estos gastos y sobre*

los cuales no existe información alguna en autos”. Por lo mismo, añade que “*no es posible concluir en forma categórica*” que las similitudes de comportamiento observadas en los gastos de publicidad y personal de ventas “*sean necesariamente una consecuencia del alegado acuerdo colusorio*”; seguidamente expone que en las intermediaciones del año 2003 las requeridas muestran un comportamiento disímil respecto del grupo de las no requeridas (en cuanto al gasto en personal de ventas), “*asimetría que podría ser consistente*” con una reducción en la intensidad de competencia e incluso compatible con la hipótesis de colusión, “*pese a lo cual estima*” que lo anterior “*no permite concluir que tal comportamiento se deba necesariamente*” a un acuerdo entre las requeridas; y, finalmente, expone que los indicios de falta de competitividad en las dimensiones que menciona “*podrían deberse*” a un acuerdo colusorio, “*pero que también podría explicarse*” por un paralelismo que no sea fruto de la colusión o por un aumento del costo de salud;

11º. Que las disquisiciones citadas en los cuatro fundamentos que anteceden, aparecen revestidas de una imprecisión y de una falta de certeza impropia de los razonamientos que deben fundar las resoluciones que adopten jueces de la República. En efecto, tales declaraciones resultan vagas, equívocas, contradictorias y poco esclarecedoras al momento de definir si, efectivamente, existe el acuerdo colusorio denunciado en autos. No basta con mencionar la concurrencia de elementos que, eventualmente, podrían servir para establecer ese punto de hecho, sino que es preciso determinar certeramente si ellos acreditan o no dicha circunstancia.

12º. Que dicha convicción se echa de menos en el fallo que se examina, el que, por el contrario, discurre en torno a potencialidades inciertas que podrían conducir en un sentido o en otro, lo que obliga a desestimar sus fundamentos y lleva a esta Corte a dejar establecido, con claridad y certeza, que los medios de prueba agregados al proceso son insuficientes para demostrar la existencia de la colusión imputada por la Fiscalía Nacional Económica a las Isapres requeridas;

13°. Que, en efecto, de los diversos antecedentes que constan en autos se desprende que la coincidencia temporal habida tanto en relación al inicio en la venta de los planes de salud con cobertura 100/80 como en lo referido a la simultaneidad en la gradualidad con que se llevó a cabo, puede ser explicada sea por una eventual concertación entre las Isapres requeridas, sea por la competitividad y características propias del mercado en examen.

Es así que, en un mercado como el de autos, los participantes se encuentran sometidos a una intensa y permanente vigilancia recíproca, que se realiza con el fin de minimizar las ventajas que alguno de ellos pudiere obtener en perjuicio de los otros, conducta que resulta incompatible con la colusión denunciada, a la vez que congruente con los hechos de que se trata;

14°. Que, de este modo, no existe una justificación única que explique la existencia de la conducta paralela que se dio por establecida, sino que, por el contrario, cualquiera de las razones anotadas precedentemente permite, por sí misma, comprender su mecanismo y explicar las razones por las que se produjo dicha simultaneidad;

15°. Que, de esta manera, aparece con nitidez que la prueba de presunciones con que se pretende demostrar la existencia de la colusión de que se trata, no es directa puesto que el hecho a que se refiere puede ser explicado por diversas razones.

Sin embargo, para que la probanza en cuestión pueda producir pleno valor probatorio, es menester que reúna la indicada exigencia de ser directa, y como ello no sucede en la especie, forzoso es concluir que resulta inhábil para demostrar la mentada concertación;

16°. Que, en estas condiciones, sólo cabe afirmar que la concurrencia de más de una hipótesis para explicar la conducta reprochada impide a esta Corte arribar a una conclusión indubitada en cuanto a la colusión que, se dice, habría regido la sustitución de la cobertura de carátula de los planes de salud; motivo por el cual, al no haberse adquirido la plena convicción de que tal situación legalmente reprochable se produjo,

el recurso de reclamación no puede prosperar y debe ser rechazado.

En conformidad, asimismo, con lo que disponen los arts. 1, 2, 3, 18, 19, 22, 26 y 27 del D.F.L. Nº 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley Nº 211, de 1973, publicado en el Diario Oficial con fecha 07 de marzo de 2005, la Corte rechaza el recurso de reclamación interpuesto por la parte requirente de la Fiscalía Nacional Económica, contra la sentencia del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de doce de julio de 2007.

Esta sentencia fue acordada contra el voto de los ministros señores Oyarzún y Pierry, quienes estuvieron por acoger el recurso de reclamación interpuesto en contra de la sentencia del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y acoger el requerimiento formulado por el señor Fiscal Nacional Económico, sancionando a ISAPRE ING S.A.; ISAPRE VIDA TRES S.A.; ISAPRE COLMENA GOLDEN CROSS S.A. e ISAPRE BANMÉDICA S.A., en atención a las siguientes consideraciones:

PRIMERO. Que, a juicio de los disidentes, existió entre cuatro de las instituciones requeridas práctica concertada para restringir la competencia y poder disminuir los beneficios otorgados en sus planes de salud, reduciendo los porcentajes de cobertura de los planes y sus tope máximos;

SEGUNDO. Que en su opinión, se encuentra acreditado en autos que se trata de un mercado con una demanda cautiva con importantes barreras de entrada a nuevos competidores, y con un reducido número de actores, todo lo cual se consigna en la sentencia recurrida;

TERCERO. Que, para ellos, consta asimismo que entre las requeridas existe frecuente intercambio de información, la que es además de fácil acceso para ellas;

CUARTO. Que estiman comprobado que se produjo entre Isapre ING S.A.; Isapre Vida Tres S.A.; Isapre Colmena Golden Cross S.A. e Isapre Banmédica S.A. una simultaneidad en el comienzo de la sustitución de planes, con un evidente paralelismo en el ritmo del reemplazo de dichos planes, unido a una notoria disminu-

ción en la intensidad de la competencia entre los actores, reflejado en la reducción de los gastos de publicidad y fuerza de ventas; hechos que considerados en conjunto sólo pueden ser explicados por la existencia de un acuerdo entre las cuatro Isapres requeridas mencionadas;

QUINTO. Que, al parecer de la minoría, la sustitución de los planes de salud de 100/80 por 90/70 y la disminución de los tope máximos de cobertura, no pueden explicarse por un paralelismo que no sea fruto de colusión o por un aumento del costo de salud enfrentado disminuyendo la calidad del plan, ni por un descenso de la rentabilidad por un incremento de la tasa de siniestralidad;

SEXTO. Que tampoco aparece para los disidentes como justificada la conducta de las requeridas basada en la incertidumbre regulatoria, ya que los costos que tendrían para cada Isapre las reformas propuestas para el sistema de salud se presentaban en ese momento como inciertos tanto para el conjunto como para cada una de las instituciones en particular, por lo que no resulta justificable la extrema coincidencia de las medidas tomadas;

SÉPTIMO. Que, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 3º inciso primero del Decreto Ley Nº 211, basta para configurar el ilícito allí sancionado el ejecutar actos que tiendan a producir como efecto el impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, sin que sea necesario que hayan producido efectivamente dicho resultado, ni tampoco que el abuso de posición que el acuerdo entre los agentes económicos permita alcanzar, mantener o incrementar sea requisito para que exista la colusión que la ley sanciona;

OCTAVO. Que el requisito de acuerdo o prácticas concertadas entre agentes económicos puede ser acreditado por prueba directa o indirecta conforme lo establece el art. 22 inciso segundo del Decreto Ley Nº 211, todo lo cual guarda relación con la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica establecida en el inciso final del artículo mencionado.

CORTE SUPREMA
Rol Nº 4052-2007
28 de enero de 2008

RESEÑAS

En este espacio hacemos mención de dos obras que forman parte de la nueva Colección Economía y Administración y que si bien no son jurídicas pueden interesar, de algún modo, a los profesionales de esta área.



CHILE Y SU DESARROLLO ECONÓMICO EN EL SIGLO XX

Erik Haindl R.

208 páginas

Este libro reconstruye los principales agregados de las cuentas nacionales de Chile, desde 1900 hasta 2000, con el fin de comparar sobre bases firmes y cuantitativas los principales acontecimientos económicos del siglo XX. Se analizan las principales políticas económicas y de desarrollo llevadas a cabo por los diferentes gobiernos durante esos cien años y sus efectos sobre la economía. Se revisan los principales patrones de desarrollo de Chile a la luz de los patrones internacionales, para verificar si se trata de un caso normal de desarrollo o de un caso “frustrado”.



ANÁLISIS DE ESTADOS FINANCIEROS: TEXTO Y CASOS

Fernando Bravo H.

168 páginas

Esta es una obra destinada a aquellas personas que deben tomar decisiones financieras informadas en relación con una empresa, sean ejecutivos, inversionistas o acreedores de ésta.

Por cierto, siendo un material amigable y didáctico, está pensado fundamentalmente para estudiantes de pregrado, postgrado y cursos para ejecutivos, como también para el público en general.

Se incluye como material de apoyo un minidisc con 35 casos reales de empresas latinoamericanas, fundamentalmente chilenas.



PATRICIO ROJAS OLMEDO
Representante Legal

ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO
Directora Responsable

PILAR DE IRUARRIZAGA S.
Editora

Pedidos y sugerencias a:

EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE

Ahumada 131, 4° piso
Teléfono 461 9500
Fax 461 9501

Mail de contacto
amgarcia@editorialjuridica.cl
pilar.iruarrizaga@editorialjuridica.cl