Enforcement público y control de la teoría del caso de la FNE ante prácticas colusorias

Francisco Agüero Vargas*

1. Homenaje y comentario a un texto inédito sobre fiscalización

Fui alumno de Jorge Streeter en el curso de Derecho Económico, hace ya treinta años. Aunque tenía un interés por la relación entre Economía y Derecho, ese curso y profesor marcaron mi rumbo profesional y académico, que se orientó decididamente a la libre competencia y la regulación económica. Por lo mismo, hace dos décadas fue una sorpresa conocer un extenso estudio suyo sobre la libre competencia¹, poco antes de revelarse el diseño legal del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC)². En ese estudio, Streeter optó conscientemente por no tratar las cuestiones relativas a la Fiscalía Nacional Económica (FNE), pese a que había sido fortalecida pocos años antes, con la Ley 19.610³, inserta en el Decreto Ley N° 211, de 1973 (DL 211). Años después, por mi ejercicio profesional, una fiscalización de la FNE a un cliente me impulsó a abordar la cuestión de manera académica, junto con Luis Eduardo Toro⁴, ya que la doctrina nacional existente era nula. Por lo mismo, encontrar un texto inédito de hace veinte años, sobre la fiscalización de los reguladores económicos, es un hallazgo⁵. Incluso más, un estudio sobre la materia permite sostener que es el primero en abordar la cuestión en Chile⁶. Al poco tiempo, Streeter presentó otro texto, inédito, sobre la prueba de las prácticas concertadas⁷.

Ciertamente, una diferencia del texto de 2004 sobre fiscalización con el trabajo de 2001 sobre libre competencia es que el primero contiene una enjundiosa revisión bibliográfica, que convoca a una nutrida doctrina nacional y extranjera, con frescas citas a la jurisprudencia nacional, española, francesa e inglesa y referencias al Derecho Privado, Constitucional, Administrativo y de la Competencia. El texto tributa a autores como Ulpiano, Tomás Moro, Andrés Bello, Larenz, Alexy, García de Enterría y Taruffo, lo que devela una erudición escasamente vista en un “documento de trabajo” emanado de un despacho de abogados

* Abogado, M.Sc. en Regulación Económica y Competencia, Doctor en Derecho, Profesor Asistente, Departamento de Derecho Económico, Universidad de Chile. faguero@derecho.chile.cl Agradezco los comentarios de Nicole Nehme Z. y Ximena Insunza C.

¹ Jorge Streeter, *Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia* (Documento de Trabajo, Estudio Philippi, Yrarrazaval, Pulido & Brunner, Santiago, 2001)

² Patricio Bernedo, *Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010*, p. 162

³ Jorge Streeter, *Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia* (Documento de Trabajo, Estudio Philippi, Yrarrazaval, Pulido & Brunner, Santiago, 2001), p. 37.

⁴ Francisco Agüero y Luis Eduardo Toro, “Límites a la potestad inspectora de la administración: el caso de la Fiscalía Nacional Económica”, *Revista de Derecho Económico*, 2009, N° 75, pp. 16-59

⁵ Jorge Streeter, *La potestad para investigar de la Administración Económica* (Santiago, 2004)

⁶ María Paz Barriga, *Hacia una teoría general de fiscalización. Dudas y problemas para iniciar el debate* (Santiago, Ed. Hammurabi, 2023), p. 13.

⁷ Jorge Streeter, *Las prácticas concertadas en Derecho de la Competencia (Chile). Acerca de su prueba en juicio* (Santiago, 2007)

chileno⁸. El trabajo que comento es hijo de una época en la que, paulatinamente, el legislador comenzó a fortalecer las potestades de inspección y sanción de órganos estatales con competencia en la economía, como ocurrió con la Superintendencia de Servicios Sanitarios⁹, la de Electricidad y Combustibles¹⁰, y la FNE¹¹.

El documento alude a las técnicas del orden público económico, profundizando el análisis de Streeter vertido en sus apuntes de clases sobre las obligaciones de información de los sujetos fiscalizados¹². Es un documento que propone hipótesis, lo que, nuevamente, no se ajusta a la tradición forense nacional¹³. Aún más: preparando estas líneas se advierte que la fiscalización de órganos estatales en la economía pareciera recorrer la obra de Jorge Streeter, desde su primer trabajo, sobre interpretación de la ley por el inspector tributario¹⁴, hasta el más reciente, sobre la constitución económica¹⁵, más de cincuenta años después del primero.

El trabajo también importa para el ejercicio profesional que se enfrenta a un requerimiento de información de un servicio, o bien, se desempeña en uno. El texto no escabulle aplicaciones prácticas y novedosas de requerimientos de información de la administración, como es el acceso al disco duro de los computadores.

En términos de impacto, no se puede omitir que Jorge Streeter se desempeñó en el estudio jurídico en el que se formaron los últimos dos ex fiscales económicos, Felipe Irrázaval y

⁸ Otro ejemplo de la erudición se puede apreciar en las entrevistas que realizan Nicole Nehme, Lucas Sierra y Felipe Irrázaval a don Jorge Streeter, en este libro homenaje.

⁹ Ley 19.549, Modifica el régimen jurídico aplicable al sector de los servicios sanitarios

¹⁰ Ley 19.613, Modifica la ley N° 18.410, orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, y el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1982, de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos, con el objeto de fortalecer el régimen de fiscalización del sector

¹¹ Ley 19.610, Fortalece las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica

¹² Jorge Streeter, *Materiales de clase sobre el Orden Público Económico* (1999)

¹³ Jorge Streeter, *La potestad para investigar de la Administración Económica* (Santiago, 2004), p. 6.

¹⁴ Jorge Streeter, “La interpretación de la ley tributaria”, *Revista de Derecho Económico*, Núm. 21-22 (1968), p. 10 y pp. 59-67.

¹⁵ Jorge Streeter, “Elementos constitucionales del régimen económico”, *Diálogos CeCo* (abril, 2021), p. 18: “Las potestades de algunos órganos del Estado son amplias y de importancia crucial. Baste pensar en lo que el Banco Central y la Comisión del Mercado Financiero, en uso de atribuciones discrecionales conferidas por la ley, pueden hacer [...] fiscalizando, requiriendo información, controlando actos, etc. La legalidad de las potestades y de su ejercicio, la motivación de sus actos hasta satisfacer el principio de dar razón suficiente de ellos, la corrección de sus investigaciones, etc. son cuestiones que todo el ordenamiento jurídico ha de contemplar, no son temas de los que se ocupen sólo las reglas del régimen económico.”

Ricardo Riesco¹⁶. El primero participa activamente en este homenaje, y el segundo, califica a Jorge Streeter como su amigo y mentor¹⁷.

Y, como ocurre con algunos autores, sólo la riqueza de los comentarios y reflexiones de las notas al pie de página puede bastar para recomendar su lectura.

En este trabajo desarrollamos una cuestión que Streeter optó por no tratar en su texto de 2004, como es el control judicial de la potestad de fiscalización¹⁸. Para ese fin, primero, examinamos el *enforcement* de la FNE. Luego, abordamos la FNE como un órgano que está encargado de investigar infracciones a la competencia, con independencia de otros poderes públicos, incluidos los tribunales. Después, estudiamos la construcción de la teoría del caso de la FNE, para, finalmente, revisar cinco mecanismos de control judicial de ésta, tanto durante como después de la fiscalización que investiga casos de colusión.

2. La FNE es un investigador y persecutor público

La agencia administrativa en materia de libre competencia es la FNE, la que investiga y presenta casos ante el TDLC, mediante un “requerimiento”. El requerimiento equivale a una demanda, y en ella se acusa a un agente económico de infringir la libre competencia. Esta actividad es sin perjuicio de la posibilidad de que sean los particulares quienes demanden el incumplimiento de la normativa ante el TDLC, lo que se caracteriza como *enforcement* privado. Ahora bien, dicho *enforcement* no incluye potestades públicas y el futuro demandante sólo puede valerse de medidas prejudiciales para preparar su caso ante el TDLC¹⁹, como ocurre en acusaciones de colusión²⁰.

Las normas primitivas del rol acusador de la FNE están en la Ley 15.142, que incorporó el artículo 175 bis a la Ley 13.305. Ella creó el cargo de Fiscal de la Comisión Antimonopolios y dispuso que debía actuar como acusador público, recabando los antecedentes que probaran la existencia de infracciones a la ley. *Contrario sensu*, si no lograba reunir antecedentes que demostraban la infracción, no debía acusar a la Comisión Antimonopolios.

En términos de *enforcement*, sostiene Hovenkamp que deben perseguirse y sancionarse preferentemente las conductas anticompetitivas flagrantes, pues la eliminación total del

¹⁶ El documento alude al estudio Philippi, Irrarázaval, Pulido y Brunner, e indica que su propósito es “ofrecer algunos antecedentes y proponer hipótesis que faciliten al Estudio PHYP&B realizar un análisis acabado del tema y que le permitan adoptar criterios que orienten el consejo profesional que sus abogados dan a los clientes”, Jorge Streeter, *La potestad para investigar de la Administración Económica* (Santiago, 2004), p. 6.

¹⁷ Ricardo Riesco, “Sobre la aplicación de las atribuciones legales de un órgano público en épocas convulsas: Algunas reflexiones sobre la Fiscalía Nacional Económica entre 2018 y 2022”, *Diálogos CeCo* (noviembre, 2023), p. 51

¹⁸ Jorge Streeter, *La potestad para investigar de la Administración Económica* (Santiago, 2004), p. 6

¹⁹ El uso de las medidas prejudiciales está mediado por el TDLC, quien controla la legalidad de la solicitud, siguiendo las reglas del DL 211 sobre la materia y las supletorias del Código de Procedimiento Civil para el caso.

²⁰ TDLC, Resolución intermedia, *Medida prejudicial preparatoria solicitada por Solvtrans Chile S.A. respecto de Armasur A.G.*, rol C 356-18, 11 de julio de 2018

poder de mercado en la economía no es un objetivo alcanzable ni deseable por el Derecho de la Competencia²¹. Por lo demás, hay evidencia de que la FNE es un mejor litigante en casos complejos, como en casos de colusión²².

El éxito de dicha persecución es fruto de seleccionar el caso que se persigue, a quiénes se requiere, con cuáles medios de prueba se cuenta, y todo esto, con recursos escasos y focalizándose en la persecución que tiene mayor probabilidad de ser acogida por el TDLC. Son investigaciones y litigios de altísima complejidad, que exigen una preparación y recopilación de antecedentes para construir una robusta teoría del caso²³. Son juicios caros, no sólo por su extensión (años de investigación y años de litigación), sino por la presencia y apoyo permanente de funcionarios economistas y abogados, enfrentados a las mejores contrapartes posibles del foro chileno. Como mencionó Streeter, son litigios de un “variable grado de complejidad económica, comercial, técnica o jurídica”²⁴.

Debe tenerse en cuenta lo complejo de los casos de colusión. Son tal vez los más difíciles y complejos en materia de litigación económica. Por lo mismo, no es irrelevante la selección del caso que hace la FNE. Incluso el Tribunal Constitucional valora la *concentración de esfuerzos* que puede hacer la FNE como titular de la persecución administrativa: “*le es permitido concentrar los esfuerzos del sistema preferentemente en aquellos asuntos de mayor entidad, en que la afectada por prácticas que amenazan la libre competencia -más allá de un derecho subjetivo o interés particular lesionados- es toda la sociedad y que, por eso, desde sus inicios ya se avizoran como relevantes o muy graves*”²⁵.

Como expresó un ex fiscal “el valor de la selección permite que la FNE administre eficaz y eficientemente sus recursos, y que concentre su energía en los casos en donde realmente está comprometido el orden económico”²⁶. Dado el número reducido de casos que se presenta al TDLC, la FNE señala cuáles casos estima que deben perseguirse, y cuáles no. Lo mismo ocurre con aquellos que resuelve archivar o, en su caso, desestimar (Art. 41, DL 211). Las prioridades de persecución son explicitadas en los informes anuales de la FNE, en los discursos del fiscal nacional en el marco del “Día de la Competencia” o guías de la FNE.

La ley contempla potestades de la FNE, destinadas primordialmente para la investigación administrativa y acusación de infracciones ante el TDLC. En materia de investigaciones, la FNE puede solicitar al Tribunal la adopción de medidas preventivas respecto de pesquisas

²¹ Hervert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise, Principle and Execution* (Cambridge, MA y London, Harvard University Press, 2006), p. 95.

²² Diego Pardow, “El desempeño en juicio de la FNE: ¿es realmente un mejor litigante que los demandantes privados?”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 22, N° 2, 2015

²³ Claudio Lizana, “Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica y debido proceso”, *Investigaciones CeCo* (febrero, 2022), p. 10

²⁴ Jorge Streeter, “Litigios económicos”, *Revista de Derecho de la Empresa, Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 1, 2006, p. 143.

²⁵ Tribunal Constitucional, rol 2658-14-INA, sentencia de 9 de octubre de 2014, c. 5.

²⁶ Discurso, *Cuenta Pública FNE 2017*, 30 de noviembre de 2017, p. 14.

que esté realizando²⁷. También puede solicitar la colaboración de funcionarios y servicios públicos en sus investigaciones, así como de otros órganos estatales que están obligados a prestarla, entregando los antecedentes de que dispongan, incluso si ellos son secretos o reservados²⁸. La FNE puede requerir de esos órganos los antecedentes que estime necesarios para las investigaciones que lleve a cabo²⁹. Puede pedir apoyo a órganos estatales, solicitándoles informes técnicos³⁰ y celebrar convenios con servicios y organismos del Estado para la transferencia electrónica de información que facilite sus funciones³¹. Todas estas potestades permiten que la FNE recopile información y prepare su teoría del caso.

3. La independencia de la FNE para investigar

La FNE está facultada para iniciar investigaciones sobre toda clase de conductas que pudieren constituir un hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos.

La ley establece cuáles son las facultades que competen a la FNE. Así, en materia jurisdiccional *ex post* de infracciones (18 N° 1, DL 211), señala que ésta puede instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobarlas, esto es, para demostrar que se han realizado; lo que puede ejercer la FNE de oficio o por denuncia³² (Art. 39, a), DL 211).

El Fiscal Económico es independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Independiente de *todo organismo o servicio*, reza el artículo 39 de la ley. La independencia es no sólo de la Administración, sino que también, expresamente, de los tribunales ante los que actúa. Como veremos más abajo, esta independencia puede pugnar con el control judicial de su teoría del caso, tanto *ex ante* como *ex post* a la presentación del requerimiento ante el TDLC. La independencia es una de las manifestaciones de la autonomía de la FNE, donde ésta debe ejercerse en especial respecto de quienes son investigados y acusados. Además, implica que puede defender los intereses que le están encomendados “*en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones*”³³.

La independencia de la FNE ha aumentado con el tiempo. La ley 19.610 fortaleció sus atribuciones, especialmente en materia de potestades orientadas a la investigación de ilícitos. La independencia del Fiscal Nacional Económico se reforzó al disponer que le corresponde instruir las investigaciones que *estime procedentes* para comprobar las infracciones a la ley³⁴. Así es cómo resuelve cuáles conductas anticompetitivas investiga. El lenguaje utilizado por

²⁷ Art. 39, c), DL 211

²⁸ En dicho caso, se requiere la autorización previa del TDLC, Art. 39, f), DL 211.

²⁹ Art. 39, g), DL 211

³⁰ Art. 39, k), DL 211

³¹ Art. 39, m), DL 211

³² TDLC, *Acuerdo Extrajudicial entre FNE, Nestlé Chile S.A., Nestlé S.A., Pfizer Chile S.A. y Pfizer Inc.*, rol AE 07-13, 20 de marzo de 2013, C. 8

³³ Art. 39, DL 211

³⁴ Art. 39, a), DL 211

el legislador es indicativo de una potestad discrecional (“*propias apreciaciones*”), lo que evidencia cómo tendría libertad para construir su teoría del caso.

La discrecionalidad de la potestad de la FNE para investigar fue reforzada por la Corte Suprema en la *Conciliación FNE-FASA*, donde resolvió que, para cumplir con el mandato de la ley, se dotó a la FNE de atribuciones y deberes que le corresponde ejercer de manera discrecional. Aunque lo anterior no puede implicar arbitrariedad, porque sus actuaciones deben ser concordantes con el objetivo considerado por la normativa al otorgar tales atribuciones, a saber, la promoción y defensa de la competencia en los mercados³⁵. Al pronunciarse a favor de la conciliación aprobada por el TDLC en el caso *Farmacias*, la Corte Suprema examinó la decisión de la FNE de optar por una conciliación con una de las empresas coludidas, adoptada en ejercicio de las potestades discrecionales del Fiscal Nacional Económico, aunque recuerda que la conciliación sí se controla³⁶.

Tanto la investigación como la decisión de requerir ante el TDLC revelan el ejercicio de potestades públicas. Ellas deben someterse al principio de legalidad, por lo que toda acción singular del poder se encuentra justificada en una ley previa³⁷. Esto se vuelve relevante por la conexión entre investigación de la FNE y el posible ejercicio de la potestad sancionadora, que se inicia con el requerimiento ante el TDLC. Como decisión discrecional que es, en la decisión de la FNE después de una investigación, podría argüirse que esta no está obligada a seguir algún criterio o norma preexistente³⁸. Como veremos, no es así.

La ley contiene una regulación sobre el procedimiento de investigación de la FNE. Una investigación se puede iniciar por una denuncia de particulares. Estas denuncias pueden ser investigadas o desestimadas en un plazo de 60 días desde recibidas, para lo cual la Fiscalía puede solicitar antecedentes y llamar a declarar a cualquier persona que tuviere conocimiento del hecho³⁹. Ahora bien, la ley no prevé qué ocurre con investigaciones iniciadas de oficio. Para García, esa facultad muestra que la FNE puede determinar discrecionalmente si corresponde investigar o desestimar una investigación⁴⁰. También es una muestra del principio de oportunidad, llevado al ámbito de la libre competencia⁴¹. En otras palabras, la

³⁵ Corte Suprema, *FNE contra Farmacias Ahumada y otros*, rol 3344-2009, sentencia de 31 de agosto de 2009, c. 8.

³⁶ Corte Suprema, *Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada y otros*, rol 3344-2009, sentencia de 31 de agosto de 2009.

³⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Ed. La Ley, 2006), t. II, p. 110.

³⁸ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*. 11ª. Ed., (Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 2006), pp. 713 y ss.

³⁹ Art. 41, DL 211

⁴⁰ William García, *Manual de la libre competencia*, t. I, p. 127.

⁴¹ Francisco Agüero, *Nuevas potestades de la Fiscalía Nacional Económica en la etapa de investigación de infracciones al DL 211 (A propósito de la Ley 20361)*, Microjuris.com, ID MJ363, 2009; Eduardo Cordero, “Sobre las facultades de la FNE para poner término a una investigación sobre la base de compromisos y/o cambios de conducta por parte de los sujetos investigados”, en *Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 - 2017)* (Santiago, 2017), pp. 193-194. En sentido opuesto, Jaime Arancibia, “Potestad del Fiscal Nacional Económico para desestimar previamente o archivar una investigación respecto de posibles infracciones al D.L. 211 de 1973 y

FNE puede desechar denuncias infundadas si la información recabada en esta etapa no amerita la apertura de una investigación. De este modo, se investigarán las indagaciones que hayan superado la valla del mérito con sustento y con relación a la competencia en los mercados. Si una denuncia es desechada por la FNE, por archivo o al ser desestimada, al particular le queda la posibilidad de intentar por sí una acción ante el TDLC.

4. La construcción de la teoría del caso de la FNE

Se define la teoría del caso como el “*planteamiento metodológico que hacen la acusación y la defensa sobre los hechos penalmente relevantes, los elementos de prueba que los sustentan y su fundamento jurídico, que desarrollarán en el juicio*”⁴². Como se aprecia, es un concepto del sistema acusatorio penal⁴³, pero que se ha trasladado al Derecho de la Competencia. Influye en este traslado, naturalmente, el diseño institucional en el que coexisten la FNE y el TDLC. En nuestro conocimiento, el concepto es usado por la FNE, internamente, desde hace casi quince años⁴⁴. También refleja lo anterior el que el ex fiscal Vergara aluda a la teoría del caso de la FNE, especialmente en casos de colusión⁴⁵; o que Nicolás Carrasco señale que la FNE es “*el ente que presenta una teoría del caso ante el TDLC*”⁴⁶.

El TDLC también reconoce el concepto en algunas sentencias, especialmente respecto de la FNE y los requerimientos por colusión, en las que contrasta algunas de las proposiciones fácticas con la teoría del caso planteada, cuando esta se funda en declaraciones de un testigo⁴⁷ o cuando confronta el comportamiento de los proveedores en un cartel *hub-and-spoke*⁴⁸.

La Corte Suprema alude a la teoría del caso propuesta en el requerimiento de la FNE y su sustento en los hechos probados en el proceso del TDLC⁴⁹. De esto se advierte que la teoría del caso no sólo se manifiesta en el requerimiento fiscal, sino que en la evidencia. Es una confrontación de teorías, de la FNE y de los requeridos. Confirma lo anterior el que el actual Presidente del TDLC, Nicolás Rojas, advierta cómo el derecho a defensa del demandado o requerido contemple que las contrapartes “tengan acceso a la documentación necesaria para

para celebrar acuerdos extrajudiciales en materia de fusiones y adquisiciones”, en *Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 - 2017)* (Santiago, 2017), p. 169.

⁴² Real Academia Española, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2023

⁴³ Por ejemplo, Rafael Blanco, Mauricio Decap, Leonardo Moreno y Hugo Rojas, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal* (Santiago, Lexis Nexis, 2005), pp. 15-37; Rodrigo Alcaíno y Matías Cortés, *Curso Elemental de Litigación Oral* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2012), pp. 47-62

⁴⁴ En 2011, la FNE contrató una capacitación sobre “litigación estratégica” que incluyó, entre otros, un módulo sobre Teoría del Caso.

⁴⁵ Enrique Vergara, “Testimonio de los principales hitos de la Libre Competencia en Chile (2000-2022)”, *Diálogos CeCo* (abril, 2023), p. 51

⁴⁶ Nicolás Carrasco, “Análisis de los elementos jurisprudenciales de valoración de la delación compensada en Chile”, *Derecho glob. Estud. sobre derecho justicia* vol.8 no.23 Guadalajara mar. 2023, p. 259

⁴⁷ STDLC 136/2014, *FNE c. Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros*, C. 76

⁴⁸ STDLC 167/2019, *FNE c. Cencosud S.A. y otras*, C. 137

⁴⁹ Corte Suprema, rol 15.005-2019, 14 de agosto de 2020, C. 32

desarrollar adecuadamente su teoría del caso”⁵⁰. Es decir, la teoría debe probarse en el curso del proceso contencioso ante el TDLC.

El cuestionamiento a quién se persigue por la FNE y a quiénes no, y que pudieran ser parte de una práctica anticompetitiva, como un cartel, es antigua. La FNE escoge también a quiénes requerirá, como parte de su potestad persecutora⁵¹. Recordemos que hay costos de transacción altos en litigación con muchas partes, como en el caso *ACHAP*⁵², que la FNE ha buscado acotar, con distinto éxito, como ocurrió en el caso *Cirujanos de Viña del Mar*⁵³.

En el caso *Farmacias*, el TDLC abordó la cuestión, destacando la necesidad de que el persecutor público no variara las conductas denunciadas y su pretensión sancionatoria⁵⁴. Fue una de las excepciones perentorias argüida por una de las farmacias coludidas, sosteniendo que no se requirió a algunas personas. Es decir, alegó la omisión de requerir por la FNE. Se desechó la defensa porque, porque esa cuestión no era un obstáculo para el ejercicio del deber del Tribunal de juzgar las cuestiones que se someten a su conocimiento en el ámbito de su jurisdicción⁵⁵. En otro caso de colusión, en el que había intervenido una autoridad estatal, facilitándola, con reuniones organizadas por ésta, el TDLC recomendó que esas autoridades se abstuvieran de promover tales encuentros⁵⁶, pero no se sancionó al ente público porque no era legitimado pasivo del requerimiento⁵⁷. Pese a no ser un sujeto requerido por la FNE, la Corte Suprema estimó que la autoridad sí había intervenido en los hechos reprochados⁵⁸.

De esto fluye que la FNE presenta una teoría del caso ante el TDLC, la que construyó, naturalmente, durante la fiscalización. Por lo mismo, no parece razonable que se le pida al servicio fiscalizador indicar en la etapa investigativa cuál sería la teoría del caso que evalúa contra el sujeto investigado⁵⁹. Empero, sí se debe indicar si el sujeto requerido de información es investigado por infracciones a la legislación de competencia o si sólo se le pide información como tercero ajeno, como dispone el instructivo de investigaciones de la FNE⁶⁰.

⁵⁰ Cuenta pública Presidente del TDLC, 2023, p. 15 <https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2023/05/Cuenta-Publica-TDLC-2023.pdf>

⁵¹ Fernanda Juppet y Joaquín Morales, *La colusión en Chile. Análisis doctrinario y jurisprudencial* (Santiago, Thomson Reuters, 2018), p. 162.

⁵² TDLC, *Fiscalía Nacional Económica contra ACHAP A.G y otros.*, sentencia N° 128/2013

⁵³ TDLC, *Fiscalía Nacional Económica contra Asociación Gremial de Cirujanos de la V Región*, Resolución de 2 de agosto de 2017.

⁵⁴ TDLC, *Fiscalía Nacional Económica contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros*, sentencia N° 119/2012, c. 16.

⁵⁵ TDLC, *Fiscalía Nacional Económica contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros*, sentencia N° 119/2012, c. 17.

⁵⁶ STDLC 94/2010, *FNE c. Transportes Central Ltda. y otros*, C. 93.

⁵⁷ STDLC 94/2010, *FNE c. Transportes Central Ltda. y otros*, C. 92.

⁵⁸ SCS, *FNE c. Transportes Central Ltda. y otros*, rol 1746-2010, 29 de diciembre de 2010, C. 12.

⁵⁹ Benjamín Grebe, “El acceso al expediente en investigaciones de libre competencias”, *Investigaciones CeCo* (septiembre, 2022), p. 4.

⁶⁰ Fiscalía Nacional Económica, *Instructivo interno para el desarrollo de investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica* (2013)

Ahora bien, la posibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial entre la FNE y agentes económicos antes de que se requiera ante el TDLC plantea el dilema de difundir la teoría del caso antes de presentar la acusación fiscal (el requerimiento), y así, llegar a acuerdos con los investigados, incluso en casos de colusión⁶¹.

Dadas las potestades de la FNE, es dable suponer que la exigencia para la FNE respecto a la teoría del caso es más exigente que aquella que enfrenta un particular, especialmente en los casos en los que se necesita ejercer potestades inspectoras para construirlo, como en los casos de colusión, por lo que la ley previó potestades intrusivas y delación compensada.

Luego, de la definición de teoría del caso que usamos, se advierte que la impugnación de ésta conlleva incidir en la hipótesis planteada al TDLC por la FNE, acerca de cómo se subsumen ciertos hechos a las normas infraccionales del DL 211, respecto de los sujetos requeridos, todo lo cual será desarrollado en el juicio contencioso y debiera ser recogido o desechado, total o parcialmente, en la sentencia del Tribunal.

5. Los controles de la teoría del caso durante la investigación de la FNE

En lo que toca a la investigación fiscal, la ley contempla controles judiciales expresos. Primero, la FNE debe informar al presidente del TDLC que las investigaciones que se instruyan de oficio o en virtud de denuncias sean reservadas; así como que no se dé noticia del inicio de una investigación al afectado, con autorización judicial⁶². Segundo, hay un contencioso-administrativo especial de la potestad inspectora de la FNE, conocido por el TDLC, que hemos analizado⁶³. Tercero, la ley también considera la autorización del TDLC al otorgarse medidas intrusivas, las que dicen relación solamente con investigaciones de carteles, por el rol conservador de los tribunales⁶⁴.

Con esto, lo que hace el Tribunal debe inmiscuirse anticipadamente en cómo está investigando la FNE, en un caso específico, de los hechos de los que deberá eventualmente conocer y que tendrá que juzgar. Eventualmente, una decisión puede excluir *ex ante* prueba que impida acreditar una infracción al DL 211. En este examen, el TDLC no verifica el ajuste de lo requerido con la competencia, sino que entra a comprobar su mérito. Su necesidad, o no, respecto de la investigación específica y concreta. Si juzgar a la Administración puede ser administrar, en el control de esta potestad es investigar e involucrarse también en el potencial éxito de un posterior requerimiento de la FNE ante el TDLC.

⁶¹ TDLC, *Acuerdo extrajudicial entre FNE*, Juan Carlos Zúñiga Haro, Luis Américo Arias Muñoz, María Angélica Vidal Muñoz, Manuel Alejandro Chacano Montiel y Gustavo Eduard Farah Vera, Rol AE N° 25-22, 9 de enero de 2023, C. 5

⁶² Art. 39, a), DL 211

⁶³ Art. 39, h) y p), DL 211. Lo hemos analizado en Francisco Agüero, *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como un contencioso-administrativo. Una forma de control judicial de la intervención estatal en la economía* (Santiago, DER Ediciones, 2022), pp. 229-232.

⁶⁴ Art. 39, n), DL 211

La potestad inspectora como un procedimiento administrativo implica que hay un mecanismo de garantía, seguridad y resguardo para todos los sujetos, especialmente a la hora de ingresar a su esfera y soportar una intervención. De este modo, la inspección no puede vulnerar las normas del procedimiento administrativo general ni especial⁶⁵, contempladas en el DL 211.

Este planteo, ante el TDLC, fue paulatinamente recogido. Primero, se entendió que, como potestad, debía subordinarse a la ley de procedimiento administrativo en lo no dispuesto en el DL 211⁶⁶, y consideró que el procedimiento investigativo debía sujetarse a dicha ley en materia de plazos⁶⁷ y notificaciones⁶⁸. La falta de suficiente motivación del oficio de la FNE que requería información no impidió que este servicio diera posteriormente una explicación y justificara la investigación, sin que en su momento se restringiera ni limitara la pesquisa por parte del TDLC⁶⁹. Pero el Tribunal sí ordenó que, a futuro, la FNE explicara los motivos por los cuales estimaba necesaria la información solicitada al ejercer su potestad inspectora, indicando el *ámbito de la investigación* y si la empresa era objeto de la investigación⁷⁰. En fin, al controlar el ejercicio de la potestad inspectora, el TDLC reconoce que la información que se entregue a la FNE no debe suprimirse sin perjudicar el éxito de la investigación⁷¹.

De ese modo, la FNE construye su teoría del caso, tanto respecto de los hechos como del Derecho que planteará al TDLC en su requerimiento, si es que opta por requerir, o bien, si opta por alcanzar un acuerdo extrajudicial con un sujeto investigado, el que es controlado por el Tribunal⁷² al menos en la fundamentación y proporcionalidad de las medidas acordadas con el investigado y ajustadas a los hallazgos de la FNE⁷³.

6. El control de la teoría de caso después de requerir ante el TDLC

Presentado el requerimiento por la FNE, el primer control judicial de la teoría del caso ocurre en la etapa de la admisibilidad. El requerimiento, como la demanda, debe contener la exposición clara y determinada de los hechos, actos o convenciones que infringirían el DL 211 e indicar el o los mercados en que incidiría la presunta infracción. Si el requerimiento no contiene esas indicaciones o cualquiera otra de las exigidas por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil y demás reglas aplicables, el TDLC debe dar un plazo de tres días hábiles

⁶⁵ José Bermejo, “La Administración Inspectora”, *Revista de Administración Pública Madrid*, 147, 1998, p. 54.

⁶⁶ TDLC, *FNE c. Isapre ING S.A. y otros*, rol C 77/2005, 13 de abril de 2006, considerando 8°.

⁶⁷ TDLC, *Solicitud de SOQUIMICH Comercial S.A.*, 29 de mayo de 2008, considerandos 4° y 5°.

⁶⁸ TDLC, *Solicitud de Agencia de Viajes Turaviación Ltda.*, 3 de noviembre de 2010, considerando 4°.

⁶⁹ TDLC, *Solicitud de Consorcio Periodístico de Chile S.A. (COPESA)*, 3 de noviembre de 2009, considerando 5°.

⁷⁰ TDLC, *Solicitud de Consorcio Periodístico de Chile S.A. (COPESA)*, 3 de noviembre de 2009, resuelvo 2.3°.

⁷¹ TDLC, *Solicitud de Telefónica Móviles de Chile S.A.*, 7 de noviembre de 2006; TDLC, *Solicitud del Banco de Crédito e Inversiones (BCI)*, 21 de diciembre de 2010, considerando 4°.

⁷² Art. 39, ñ), DL 211.

⁷³ TDLC, *Acuerdo Extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y JJD Comunicaciones Limitada y Empresa de Transacciones Max Fácil S.A.*, rol AE 32-24, 14 de marzo de 2024, C. 8.

para que la FNE subsane las omisiones. Si no se subsanan, el Tribunal, fundadamente, puede no admitirlo a tramitación (Art. 20, DL 211).

La *praxis* del TDLC muestra que el control que ejerce el TDLC del requerimiento no es inane. Su ejercicio y posterior corrección da cuenta de un primer control. Este es un control que el TDLC ejerce de oficio, *in limine litis*. Precisamente, fue eficaz el control en un caso de colusión de médicos, que forzó a la FNE a cambiar su teoría del caso y quienes fueron requeridos. Primero, la FNE requirió solamente a una asociación gremial por colusión, lo que no fue aceptado por el TDLC⁷⁴. Diez meses después, la FNE tuvo que incluir en su requerimiento a los 151 médicos que la integraban, lo que sí cumplió la exigencia del Tribunal para la admisibilidad⁷⁵.

Un segundo mecanismo de control judicial de la teoría del caso de la FNE ocurre en la etapa de excepciones. Acá, usualmente alegando un libelo inepto, los requeridos por la FNE buscan que el servicio precise su reproche, y no sólo dilatar el inicio del juicio. La práctica es extensa y ha obligado a la FNE a precisar su caso, o bien, lo ha dejado incólume, en ese control.

Así, por ejemplo, en el caso *ACHAP* el TDLC ha resuelto que el hecho que la FNE no haya requerido a otras empresas que estarían en la misma situación (i.e., un cartel), o el hecho de que no hubiese solicitado una multa específica respecto de uno de los directores de una asociación gremial, no hacen al libelo inepto, porque ninguna de tales circunstancias configura un defecto formal que se refiera a la corrección del procedimiento⁷⁶. Del mismo modo, se ha entendido que el uso de la expresión “*requeridos*” por la FNE en el requerimiento incluye a todas y cada una de las personas en contra de las cuales se dirige el requerimiento y que se encuentran individualizados, por lo que, para el TDLC, es claro que los hechos en los que se basan las imputaciones se atribuyen a todos los requeridos, salvo las situaciones en las que se señala como sujeto activo particularmente a uno o varios de ellos⁷⁷. En *Camiones Blindados*, el TDLC razona que, para que el libelo sea suficientemente inteligible y no deje en la indefensión al requerido, no es imprescindible una enumeración o descripción taxativa de todos los hechos que en su conjunto puedan configurar la conducta imputada⁷⁸. De igual modo, entiende que la determinación del monto de la multa es una facultad privativa del Tribunal, por lo que el requerimiento no contenga las razones que motivan la suma específica que solicita la FNE a título de multa no impide el adecuado ejercicio del derecho a defensa del requerido, que puede discutir la procedencia y monto de la multa solicitada y rendir prueba al efecto⁷⁹. Poco antes, en *Helicópteros II*, el TDLC

⁷⁴ TDLC, *Requerimiento de la FNE contra Asociación Gremial de Cirujanos de la V Región*, rol C 322-17, 20 de julio de 2017

⁷⁵ TDLC, *Requerimiento de la FNE en contra de la Asociación Gremial de Cirujanos de V Región y Otros*, rol C 353-18, 31 de mayo de 2018

⁷⁶ TDLC, *Requerimiento de la FNE contra ACHAP A.G y Otros*, rol C 177-08, 5 de marzo de 2009, C. 3

⁷⁷ TDLC, *Requerimiento de la FNE contra ACHAP A.G y Otros*, rol C 177-08, 5 de marzo de 2009, C. 1

⁷⁸ TDLC, *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Brinks Chile S.A. y otras*, rol C 430-21, 10 de noviembre de 2022, C. 8

⁷⁹ TDLC, *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Brinks Chile S.A. y otras*, rol C 430-21, 10 de noviembre de 2022, C. 6

dispuso que la claridad y comprensión de un requerimiento no se afectaba por el hecho de ser dirigido contra ciertas personas naturales y, a la vez, contra las personas jurídicas en las que se habrían desempeñado como ejecutivos en el periodo de las conductas perseguidas, porque es natural que las personas jurídicas materialicen y ejecuten sus actos por medio de personas naturales, quienes adoptan las decisiones relevantes⁸⁰. Eso sí, acogió una excepción dilatoria contra la decisión de la FNE de requerir en un mismo libelo, dos acuerdos distintos, porque constituían dos acciones distintas⁸¹. Es decir, impugnó su teoría del caso, forzándola a requerir, desagregando su caso original en dos, distintos⁸². En ese caso, el Tribunal resolvió que la discrecionalidad para delimitar los alcances y contenido de una demanda o requerimiento se vincula con el marco de acción que el principio dispositivo otorga a las partes para determinadas actuaciones dentro del proceso⁸³. Ahora bien, agregó que dicho principio dispositivo no era absoluto, pues también se encuentra sujeto a las limitaciones impuestas por la ley. Así, señaló que la posibilidad de deducir diversas acciones en contra de distintos demandados tiene como limitante aquella dispuesta en el artículo 18 del Código de Procedimiento Civil, vale decir, que esas acciones emanen directa e inmediatamente de un mismo hecho⁸⁴, por la aplicación supletoria de las normas de dicho código al DL 211⁸⁵. Así las cosas, tras analizar el requerimiento, fue claro que contenía dos acciones distintas e independientes, porque sus causas de pedir, hechos y sujetos intervinientes eran distintos⁸⁶.

Naturalmente, es la sentencia del TDLC el acto jurisdiccional que juzga la teoría del caso de la FNE para el caso en concreto.

7. El contencioso anulatorio del acto fiscalizador de la FNE, por interpretación extensiva o abusiva de la ley

El ejercicio de la potestad inspectora, por su carácter preventivo, requiere de un margen de apreciación amplio, para no volverse en una potestad rígida, y que la haga perder eficacia. Pero la amplitud, que es necesaria, requiere de límites para asegurar la objetividad de la decisión⁸⁷. La potestad debe someterse también al principio de razonabilidad en los fines, que se aparten de las normas de habilitación o de los principios generales del derecho; so

⁸⁰ TDLC, *Requerimiento de la FNE contra Inaer Helicopter Chile S.A. y otros*, rol C 393-20, 8 de julio de 2020, C. 7.

⁸¹ TDLC, *Requerimiento de la FNE contra Inaer Helicopter Chile S.A. y otros*, rol C 393-20, 8 de julio de 2020, C. 14.

⁸² FNE, *Requerimiento de la FNE contra Calquín Helicopters SpA y otros*, 19 de agosto de 2020

⁸³ TDLC, *Requerimiento de la FNE contra Inaer Helicopter Chile S.A. y otros*, rol C 393-20, 8 de julio de 2020, C. 18

⁸⁴ TDLC, *Requerimiento de la FNE contra Inaer Helicopter Chile S.A. y otros*, rol C 393-20, 8 de julio de 2020, C. 20

⁸⁵ TDLC, *Requerimiento de la FNE contra Inaer Helicopter Chile S.A. y otros*, rol C 393-20, 8 de julio de 2020, C. 15.

⁸⁶ TDLC, *Requerimiento de la FNE contra Inaer Helicopter Chile S.A. y otros*, rol C 393-20, 8 de julio de 2020, C. 21.

⁸⁷ Ricardo Rivero. *El Estado Vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*. Madrid, Ed. Tecnos, 2000, p. 100.

pretexto de incurrir en *desvío de poder*⁸⁸, proporcionalidad entre el objeto y los fines perseguidos, exceso de limitación o punición, y violación al principio de igualdad, imponiéndose un acto que pueda ser ventajoso para unos respecto de otros⁸⁹. La potestad respecto de los particulares conlleva el deber de soportar la pesquisa de datos. Pero no puede haber un deber sin control, ilimitado. Streeter también se refiere al desvío de poder en el ejercicio de la potestad de fiscalización de la policía económica⁹⁰.

Como se expuso, a pesar del respeto que se debe tener al principio de legalidad, no es posible ni que el legislador ni que la Administración prevean todos los casos a los que se enfrentará, ni que se le señale exactamente cómo deben comportarse en todos y cada uno de los determinados momentos del control. Este principio debe ser entendido como una prohibición de exceso, proyectándose en tres dimensiones: idoneidad, necesidad y equilibrio. La medida debe ser adecuada para perseguir el fin, debe ser necesaria, escogiéndose de entre todos los medios para lograr objetivo el menos gravoso para el fiscalizado, y finalmente debe ser proporcional en sentido estricto. Esto último materializa la prohibición de exceso: la Administración debe atender a las condiciones y situación específica para determinar su actuar. Por lo mismo, la proporcionalidad es un parámetro delimitador que debe regir todo su actuar, cumpliendo una función de proteger a los particulares, puesto que el principio tiene importancia cuando se trate de violación a los derechos fundamentales (como, por ejemplo, respecto a la inviolabilidad del domicilio o la intimidad) y dar coherencia a sus decisiones.

El ejercicio de la potestad de la FNE debe enmarcarse en un procedimiento administrativo, el cual debe regirse supletoriamente por la LBPA. Entender la potestad inspectora como un procedimiento administrativo implica que haya un mecanismo de garantía de certeza, seguridad y resguardo para todos los sujetos, especialmente a la hora de ingresar a su esfera privada y soportar una intervención.

Sin perjuicio de las disposiciones especiales que desarrollan las respectivas potestades de organismos fiscalizadores, existe desde el año 2010, la única normativa de general aplicación en materia de fiscalización de nuestro ordenamiento, como es el artículo Sexto de la Ley N° 20.416, que regula el Estatuto de las Empresas de Menor Tamaño.

El inciso 1° del artículo Sexto establece un deber de transparencia respecto de los criterios utilizados por el servicio fiscalizador respecto de los criterios que guían su actuación en materia de “*actos de inspección*”, así como de aplicación de multas y sanciones. Pero en el inciso 2° del artículo Sexto de la Ley N° 20.416, prevé que el incumplimiento de las normas o criterios de fiscalización mencionados en el inciso 1° (manuales de fiscalización), conlleva una sanción: la nulidad de derecho público. Pero esta sanción civil es *también* procedente cuando haya una interpretación extensiva o abusiva de la ley por el funcionario, dando lugar igualmente a la nulidad de derecho público del acto fiscalizador. Naturalmente, esta sanción opera sin que sea necesario que haya un manual de fiscalización o que el afectado por el vicio de desviación o ilegalidad de la fiscalización no sea una empresa de menor tamaño.

⁸⁸ Rafael Entrena, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I. 13ª. Ed. (Madrid, Ed. Tecnos, 2003), p. 167.

⁸⁹ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Ed. LexisNexis, t. II, 7ª. Ed., 2000, p. 327.

⁹⁰ Jorge Streeter, *La potestad para investigar de la Administración Económica* (Santiago, 2004), p. 24 y p. 76

Se aprecia que el legislador expresamente ha entendido que la interpretación de normas de organismos fiscalizadores *no puede ser extensiva ni arbitraria*, cayendo en un vicio de nulidad. De igual forma, la interpretación abusiva de las normas legales que otorgan potestades de fiscalización también admite alegar la nulidad del acto de fiscalización. Así, el artículo Sexto de la Ley N° 20.416 contiene un mandato general de interdicción de interpretaciones excesivas o abusivas en materias de potestades de fiscalización, so pena de nulidad del acto administrativo en el que conste la fiscalización. Sin duda, la norma en análisis incluye a la FNE como órgano fiscalizador.

Aunque podría hacerse una lectura restrictiva de la aplicación de la disposición, acotada sólo a las “empresas de menor tamaño” caracterizadas en el artículo Segundo de la Ley N° 20.416, no creemos que esa sea una interpretación lícita. En efecto, parece absurdo limitar la nulidad del “acto fiscalizador” sólo a las inspecciones de las *empresas de menor tamaño*. Es más, la actuación del fiscalizador será igualmente abusiva de la ley que le otorga potestades o de las guías internas para la fiscalización (en este caso, el *Instructivo interno para el desarrollo de investigaciones de la FNE*) y no diferencia la fiscalización según tipo de empresa.

La temprana jurisprudencia del TDLC señaló que los eventuales vicios que pudiere tener la investigación administrativa seguida ante la FNE no constituían una causal de nulidad del procedimiento⁹¹. Pero, como vemos, la norma en comento, posterior, sí alude a la nulidad de derecho público del acto fiscalizador. Adelantamos que la misma conclusión llegó Streeter, varios años antes de la Ley 20.416⁹². No sólo eso, Streeter adopta una interpretación amplia del acto administrativo, respecto de la definición prevista en la LBPA, y huye de una “definición legal estricta [que] sustrajera muchas acciones administrativas del necesario respeto que deben al principio de juridicidad u otros igualmente importantes”⁹³.

Ahora bien, esta disposición, que puede tener una aplicación difícil, es la única en el ordenamiento jurídico nacional que expresamente alude a la nulidad de derecho público como consecuencia legal⁹⁴, lo que no puede leerse para hacer ineficaz la norma. Naturalmente, para aplicar la disposición se requiere de un procedimiento judicial que resuelva que la inspección fue desviada o ilegal, en el que se declare la nulidad de la actuación. La doctrina menciona que este contencioso carece de procedimiento especial, por lo que se intenta ante un tribunal civil, bajo las reglas del juicio ordinario⁹⁵.

⁹¹ TDLC, *Demanda de Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A.*, Resolución intermedia, rol C 79-05, 29 de noviembre de 2006, C. 2

⁹² Jorge Streeter, *La potestad para investigar de la Administración Económica* (Santiago, 2004), p. 45

⁹³ Jorge Streeter, *La potestad para investigar de la Administración Económica* (Santiago, 2004), pp. 6-7

⁹⁴ José Miguel Valdivia, *Manual de Derecho Administrativo* (Tirant lo Blanch, 2018), p. 238

⁹⁵ Sandra Ponce de León, *Jurisdicción contencioso-administrativa. El control de la administración por los tribunales ordinarios y especiales* (Santiago, DER Ediciones, 2018), p. 72; Juan Carlos Ferrada, *Justicia Administrativa* (Santiago, DER Ediciones, 2020), p. 93; José Miguel Valdivia, “Sobre la nulidad en Derecho Público”, *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss* (Santiago, Legal Publishing, 2009), p. 869. Una salvedad que advertimos es que persigue sólo la nulidad del acto fiscalizador y no la indemnización de perjuicios, por lo que no sería necesario seguir las reglas del juicio de hacienda.

8. El reclamo judicial para excluir prueba ilícita de potestades intrusivas

Otra instancia de control judicial de la teoría del caso de la FNE se refiere a la exclusión de prueba ilícita en materia de potestades intrusivas. Como se sabe, estas sólo corresponden en investigaciones por las colusiones previstas taxativamente en el artículo 3, a) del DL 211.

En este caso, tras la Ley 20.945 se han subsanado algunos problemas de la redacción original del procedimiento judicial para su exclusión⁹⁶. Esta exclusión de prueba recoge causales más restrictivas que las previstas en la Ley 20.416, así como un procedimiento *ad hoc*, y recoge una discusión sobre prueba obtenida con vulneración de garantías fundamentales⁹⁷.

Al respecto, el artículo 39, n) del DL 211 dispone que si la FNE no cumple con alguno de los requisitos o formalidades indicados en el párrafo cuarto de ese literal, los afectados pueden reclamar ante el Ministro de Corte de Apelaciones respectivo, el que resuelve de forma inmediata, en una sola audiencia, sin forma de juicio y oyendo a las partes. Acogido a tramitación el reclamo, se cita a la audiencia respectiva en la que deberán comparecer los afectados y la FNE, con todos los antecedentes o medios de prueba con los que cuenten para fundar sus respectivas posiciones. El reclamo debe ser interpuesto dentro del plazo de diez días corridos, *“desde que aparezca o se acredite que quien deba reclamar tuvo o debió tener conocimiento del vicio o defecto que funda el reclamo”*. Los afectados deben reclamar en un único acto de todos los incumplimientos relativos a una misma diligencia investigativa o actuación. Como medida para mejor resolver, el Ministro de Corte de Apelaciones puede decretar, de oficio o a petición de parte, todas las medidas que estime convenientes. De la decisión del Ministro puede apelarse ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que conoce con preferencia a otros asuntos. En contra de la sentencia que resuelva la apelación, no procede recurso alguno.

Como se advierte, tanto este reclamo como el contencioso anterior, buscan excluir ciertas pruebas del proceso, pero no debieran alterar la hipótesis que plantea la FNE en su teoría del caso. Este reclamo, a diferencia del anterior, contempla un plazo para su interposición. Ahora bien, en ambos no es requisito que la FNE haya presentado el requerimiento para su ejercicio.

9. La reclamación ante la Corte Suprema como control de la teoría del caso fiscal

Finalmente, el último control judicial de la teoría del caso es el que efectúa la Corte Suprema en la sentencia de la reclamación. Ya hemos expuesto alguna práctica, pero el caso que más nos llama la atención, también de un requerimiento por colusión, es la sentencia *Supermercados*, que concluye con una orden inusual. Instruye la Corte Suprema que *“vuelvan los antecedentes administrativos a la FNE, a fin de que se indague la existencia de conductas contrarias a la libre competencia y, en su caso, la necesidad de adoptar medidas correctivas o prohibitivas, respecto de otros mercados u otros productos, conforme a los antecedentes*

⁹⁶ Ignacio Oltra, “La prueba ilícita en materia de libre competencia”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXVIII - N° 2, pp. 183-189.

⁹⁷ Francisco Agüero y Luis Eduardo Toro, *Límites a la potestad inspectora de la administración: el caso de la Fiscalía Nacional Económica*, *Revista de Derecho Económico*, 2009, N° 75, pp. 46-47.

que obran en la investigación administrativa”⁹⁸. La conclusión se funda en una consideración –la última– que examinó “el mérito de la investigación desplegada por la FNE”⁹⁹. De la revisión fluye que para la FNE no habría profundizado la investigación respecto de proveedores de productos distintos a la carne de pollo fresca¹⁰⁰.

Lo resuelto hace suyo lo afirmado por dos asociaciones de consumidores en sus reclamaciones y tiene por antecedente una prevención análoga del ministro de la Corte Suprema, Sergio Muñoz, vertida en la sentencia *Farmacias*¹⁰¹. Ahora bien, recordemos que el requerimiento fiscal advertía que disponía de antecedentes de una conducta análoga en otros mercados.

Pues bien, en lo resuelto por la Corte en *Supermercados* observamos una revisión del expediente de la FNE para que dicho servicio vuelva a revisar si correspondió investigar otros mercados. Lo instruido implica una decisión respecto de la investigación de la FNE que parece exceder el ámbito de la reclamación contra la sentencia del TDLC. Sin perjuicio de lo inoportuno de la petición, la orden parece, *a priori*, que no se aviene con la ley ni con el carácter discrecional de la potestad. Es una forma de control judicial de la decisión de la FNE de requerir, y, en definitiva, del caso que escoge llevar al TDLC. Luego, en el caso la FNE pudo, pero no lo hizo, haber optado por incluir en el requerimiento a las empresas que eran el *hub* en esta colusión *hub and spoke*, o incluir productos distintos al mercado del requerimiento (i.e., pollos). No lo hizo. Por lo mismo, la decisión de la FNE de requerir no parece controlable judicialmente. Puede ser criticada académica o políticamente, puede ser observada en el foro, pero no parece ser materia de control judicial.

El control propuesto por la Corte Suprema es complejo, no solo por la selección del caso que hace la FNE, sino también porque implica revisar decisiones administrativas que no satisfagan el estándar de la Corte en materia de justicia económica. Por ejemplo, las guías de investigaciones de la FNE establecen que este servicio puede resolver no investigar cuando los hechos se encuentren prescritos¹⁰², y esa institución presenta gran complejidad en su aplicación en conductas anticompetitivas, por la duración de éstas. Por lo mismo, sería posible la revisión de esa decisión con un fallo de la Corte Suprema, como ocurrió en el caso de colusión en el caso *Pañales*, donde la FNE declaró prescrita la conducta¹⁰³.

⁹⁸ Corte Suprema, *Fiscalía Nacional Económica contra Cencosud S.A. y otras*, rol 9361–2019, sentencia de 8 de abril de 2020, c. 53.

⁹⁹ Corte Suprema, *Fiscalía Nacional Económica contra Cencosud S.A. y otras*, rol 9361–2019, sentencia de 8 de abril de 2020, c. 53.

¹⁰⁰ Corte Suprema, *Fiscalía Nacional Económica contra Cencosud S.A. y otras*, rol 9361–2019, sentencia de 8 de abril de 2020, c. 53.

¹⁰¹ Corte Suprema, *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y Otras.*, rol 2578-2012, sentencia de 7 de septiembre de 2012.

¹⁰² Fiscalía Nacional Económica, *Instructivo interno para el desarrollo de investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica* (2013)

¹⁰³ Fiscalía Nacional Económica, Resolución 2362-15, 30 de diciembre de 2016

No es una cuestión menor. Lo resuelto obliga a preguntarnos si puede controlarse la investigación de la FNE y cómo se puso término a ésta. Más aún, si la sentencia del tribunal *ad quem* puede inmiscuirse en cómo decidió el Fiscal el fin de la investigación, optando por requerir respecto de ciertos hechos en un mercado particular, dejando otros hechos fuera de la acusación. Por lo visto, vemos que la Corte abraza la posibilidad de instruir que dicho servicio indague otros mercados y hechos. Es un control no tradicional del *enforcement* fiscal.

Pero este control final de la teoría del caso de la FNE responde a una cuestión principal, cómo es la gravedad de la conducta de colusión. Es una gravedad que la Corte Suprema recogió tempranamente, así como el legislador, y que motivó el restablecimiento de la sanción penal en el año 2016. Pero también debe tenerse en cuenta que la prescripción de la acción para perseguir la colusión, de cinco años, no inicia su cómputo “*mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción*” (Art. 20, DL 211).

De lo anterior fluye que la Corte Suprema está ordenando que no haya descuidos u omisiones en perseguir teorías del caso por la FNE, en los que los efectos en el mercado se estén manteniendo, lo que parece requerir una declaración judicial y no una de la FNE, como ocurrió en *Pañales*. Además, sí se busca una revisión sustancial de la teoría del caso, ya sea de los mercados afectados o los posibles requeridos.

10. Conclusiones

A modo de cierre, en el presente trabajo expusimos cinco mecanismos de control de la teoría del caso que propone la FNE, desde una etapa primigenia, como es la investigación, hasta que requiere ante el TDLC, cuando acusa a sujetos que previamente fueron investigados y, finalmente, el control de la Corte Suprema. Lo anterior, para investigaciones y acusaciones de colusión. Las diversas formas de control judicial se resumen en la siguiente tabla:

Tabla: Controles de la teoría del caso de la FNE en investigaciones de colusión

Aspecto controlado	Tribunal competente	Norma aplicable
Potestad inspectora FNE	TDLC	<i>Solicitud</i> Art. 39, h), DL 211
Prueba ilícita	Ministro Corte de Apelaciones	<i>Reclamo</i> Art. 39, n), DL
Admisibilidad requerimiento	TDLC	Art. 20, DL 211
Excepciones dilatorias	TDLC	Normas supletorias C.P.C.
Nulidad actos inspección	Tribunales civiles	Art. Sexto, Ley 20.416
Teoría del caso FNE	Corte Suprema	<i>Reclamación</i> Art. 27, DL 211

Fuente: elaboración propia

La tabla de arriba busca sintetizar la discusión que esperamos abrir con este trabajo, que sabemos no es fácil, por la cual, cual unimos una cuestión práctica y forense, con la investigación de la FNE y la litigación de estos complejos litigios económicos, todas cuestiones valoradas por el profesor y abogado que acá homenajeamos, Jorge Streeter Prieto.