



¿QUIÉN VIGILA A LOS VIGILANTES? ANÁLISIS EMPÍRICO DEL USO, EFICACIA Y CONTROL DE LAS MEDIDAS INTRUSIVAS EN EL SISTEMA CHILENO DE LIBRE COMPETENCIA

Luis Eduardo Toro Bossay y José Luis Corvalán Pérez

¿Quién vigila a los vigilantes? Análisis empírico del uso, eficacia y control de las medidas intrusivas en el sistema chileno de libre competencia*

Septiembre 2021



Luis Eduardo Toro Bossay

Abogado de la Universidad de Concepción. Miembro del Centro de Arbitrajes y Mediaciones de la Cámara de Comercio de Santiago. Profesor del Diplomado Libre Competencia, Universidad de Chile hasta el año 2018. Socio del grupo judicial/libre competencia de Barros & Errázuriz.



José Luis Corvalán Pérez

Abogado por la Universidad de Chile y LLM por la Universidad de Harvard. Profesionalmente se desempeña como socio del estudio Barros & Errázuriz Abogados y árbitro joven del CAM Santiago. En el plano académico, es profesor instructor en el departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y ha sido profesor en diversos programas y cursos en materia de libre competencia.

Escucho siempre el reproche de mis amigos: «¡Enciérralas, contrólalas!» Pero ¿quién vigila a los vigilantes? ¡Los planes de las esposas comienzan con ellos! (Juvenal, Sátira VI 346-348)

I. INTRODUCCIÓN

Hace 12 años se publicó la Ley 20.361 que puso a nuestro país al día con las mejores prácticas internacionales en el combate contra los carteles al consagrar dos instituciones fundamentales para su detección, persecución y sanción: las medidas intrusivas y la delación compensada.

En este trabajo nos abocaremos fundamentalmente a analizar el uso, el control y la eficacia de las medidas intrusivas otorgadas a la Fiscalía Nacional Económica (FNE), a fin de aportar reflexiones acerca de la forma en que el sistema parece estar funcionando.

A pesar del tiempo transcurrido, no conocemos análisis que hayan abordado en forma sistemática estas materias. Sin duda, un elemento que dificulta esta clase de estudios es la necesaria confidencialidad que rodea la solicitud, autorización y ejecución de una medida intrusiva por parte de la FNE. En efecto, la única información de libre acceso al público disponible emana de los requerimientos formulados por la FNE ante el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) en que se da cuenta del ejercicio de medidas intrusivas durante la fase investigativa. Sin embargo, estos antecedentes por sí solos resultan insuficientes para realizar un diagnóstico acerca del uso, control y eficacia de esta herramienta.

Precisamente en vista de esta falta de información, para efectos de preparar este trabajo los autores solicitamos a la FNE, conforme a la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública (o Ley de Transparencia), una serie de antecedentes que no se encuentran disponibles en forma pública.

* Agradecemos el trabajo de investigación de Javiera Riquelme que sirvió de base a varias secciones de este trabajo.

La respuesta de la FNE a estas solicitudes será analizada más adelante en este trabajo, pero antes de ello nos referiremos brevemente a la regulación de las medidas intrusivas en el DL 211 y a la información pública disponible acerca de los requerimientos formulados por la FNE ante el TDLC que han tenido como antecedente la aplicación de medidas intrusivas en la fase de investigación administrativa.

II. LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS INTRUSIVAS EN EL DL 211

La referida Ley 20.361 incorporó un nuevo literal n) al artículo 39 del DL 211, facultando a la FNE para que, en casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3^o, pueda solicitar, mediante petición fundada y con la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda de acuerdo al turno, para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la FNE que indique la solicitud, proceda a:

- n.1) Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrarajar;
- n.2) Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción;
- n.3) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y
- n.4) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella (todas conjuntamente, las **“Medidas Intrusivas”**).

Como se observa, para efectos de aplicar una Medida Intrusiva, la FNE debe superar un sistema de *“doble filtro”*² judicial: su petición fundada debe ser aprobada previamente por el TDLC y luego autorizada por el Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda de acuerdo al turno, quien para efectos de conceder esta autorización *“deberá verificar la existencia de antecedentes precisos y graves acerca de la existencia de prácticas de colusión, reunidos por la Fiscalía con anterioridad a la solicitud de autorización para hacer uso de las facultades de esta letra”*.

Desde ya, llama la atención que el legislador de libre competencia sólo le impone al Ministro de Corte la carga procesal de verificar la existencia de antecedentes precisos y graves acerca de la existencia de prácticas de colusión, con lo cuál, cabe preguntarse si el TDLC hace el mismo control o, por el contrario, se limita a aprobar o rechazar la solicitud de la FNE.

En la autorización que debe otorgar el Ministro de Corte, se debe especificar con precisión la singularización de la o las Medidas Intrusivas, el tiempo por el cual podrán ejercerse y las personas a las que dichas medidas pueden afectar. Asimismo, el ejercicio de estas facultades debe sujetarse a los requisitos y formalidades establecidos en los artículos 205; 207; 208; 209, incisos primero, segundo y tercero –no siendo aplicable la remisión de los antecedentes al fiscal regional para los efectos previstos en este último inciso– 210; 212 a

1 Con arreglo a su redacción actual: *“Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”*.

2 Esta expresión tiene su fuente en la historia de la Ley 20.361: *“El Honorable Senador señor Vásquez compartió la aprehensión que, a este respecto, manifestó el Honorable Senador señor Novoa. Estimó que resultaría adecuado prescribir que, la autorización de estas medidas, debe estar sometida a un “doble filtro”, y en ese sentido, podría ser el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia quien calificara la pertinencia de las mismas”*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN), *Historia de la Ley 20.361*, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4696/>

214, y 216 a 225 –salvo el inciso tercero del artículo 222– del Código Procesal Penal.

III. REQUERIMIENTOS DE LA FNE QUE FUERON ANTECEDIDOS DE LA APLICACIÓN DE MEDIDAS INTRUSIVAS

La revisión de la información pública disponible permite constatar que, desde la entrada en vigencia de la Ley 20.361³, la FNE ha interpuesto un total 22 requerimientos fundados en conductas tipificadas en la letra a) del artículo 3º del DL N°211. De estos 22 requerimientos, 15⁴ fueron antecedidos de la aplicación una o más Medidas Intrusivas durante la fase de investigación.

De estos 15 requerimientos, 11 han sido objeto de sentencia definitiva del TDLC, en que se acogieron total o parcialmente, mientras 4⁵ siguen actualmente en tramitación. En ninguno de esos 11 casos la E. Corte Suprema –conociendo de recursos de reclamación– revirtió o revocó la decisión del TDLC en cuanto a tener por acreditada la existencia del acuerdo colusivo.

Cabe señalar además que en 5⁶ de los 15 casos que dieron lugar a requerimientos, además de aplicarse Medidas Intrusivas, hubo delación compensada por parte de uno o más de los investigados.

Los antecedentes públicos parecieran revelar, al menos *prima facie*, que las Medidas Intrusivas han sido una herramienta altamente efectiva en el combate contra los carteles, permitiendo a la FNE acreditar las conductas colusivas imputadas, satisfaciendo los estándares probatorios y los escrutinios del TDLC y de la E. Corte Suprema.

En efecto, los resultados de la FNE han mejorado sustancialmente si se comparan con los existentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.361, época en que, a falta de evidencia dura, la FNE debía recurrir

3 En lo que respecta a las Medidas Intrusivas, y con arreglo a lo dispuesto en su artículo primero transitorio, la Ley 20.361 entró en vigencia transcurridos 90 días desde su publicación, es decir, el 11 de octubre de 2009.

4 *Requerimiento de la FNE en contra de FAASA Chile Servicios Aéreos Ltda. y otra*, C-358-2018; *Requerimiento FNE contra Biomar Chile S.A. y otras*, C-386-2019; *Requerimiento de la FNE contra Inaer Helicopter Chile S.A. y otros*, C-393-2020 y *Requerimiento de la FNE contra Calquín Helicopters SpA y otros*, C-403-2020. *Requerimiento de la FNE contra Empresa de Transportes Rurales Ltda. y Otros*, C-223-2011, Sentencia TDLC N° 134/2014; *Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros*, C-224-2011, Sentencia TDLC N° 133/2014; *Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros*, C-234-2012, Sentencia TDLC N° 136/2014; *Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, C-236-2011, Sentencia TDLC N° 139/2014; *Requerimiento de la FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros*, C-244-2012, Sentencia TDLC N° 141/2014; *Requerimiento de la FNE contra Casther y otros*, C-248-2013, Sentencia TDLC N° 137/2014; *Requerimiento de la FNE contra Asfaltos Chilenos S.A. y otros*, C-280-2014, Sentencia TDLC N° 148/2015; *Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y Otra*, C-299-2015, Sentencia TDLC N° 160/2017; *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras*, C-304-2016, Sentencia TDLC N° 167/2019; *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Fresenius y Otros*, C-312-2016, Sentencia TDLC N° 165/2018; *Requerimiento de la FNE contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. y Otra*, C-321-2017, Sentencia TDLC N° 172/2020.

5 *Requerimiento de la FNE en contra de FAASA Chile Servicios Aéreos Ltda. y otra*, C-358-2018; *Requerimiento FNE contra Biomar Chile S.A. y otras*, C-386-2019; *Requerimiento de la FNE contra Inaer Helicopter Chile S.A. y otros*, C-393-2020 y *Requerimiento de la FNE contra Calquín Helicopters SpA y otros*, C-403-2020.

6 *Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros*, C-224-2011, Sentencia TDLC N° 133/2014; *Requerimiento de la FNE contra Asfaltos Chilenos S.A. y otros*, C-280-2014, Sentencia TDLC N° 148/2015; *Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y Otra*, C-299-2015, Sentencia TDLC N° 160/2017; *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Fresenius y Otros*, C-312-2016, Sentencia TDLC N° 165/2018 y *Requerimiento FNE contra Biomar Chile S.A. y otras*, C-386-2019.

a la prueba de indicios, la que en casos emblemáticos⁷ - sin perjuicio de alguna excepción⁸ - resultó ser insuficiente para persuadir al TDLC o a la E. Corte Suprema acerca de la existencia del cartel.

Sin embargo, la información pública disponible no resulta suficiente para formular un diagnóstico y evaluación fundado y global, acerca de la operatoria del sistema de Medidas Intrusivas, toda vez que existen datos relevantes para este análisis que no son de público conocimiento.

Así, por ejemplo, no existe información pública acerca del número total de solicitudes de aprobación de estas medidas que han sido formuladas por la FNE a los tribunales competentes, ya que las Medidas Intrusivas decretadas sólo son conocidas por las partes de la investigación objeto de las mismas y sólo se hacen públicas, como se anticipó, al momento de interponerse el requerimiento.

Tampoco existe información disponible sobre la forma en que el control de estos tribunales está operando y el grado de deferencia técnica hacia la FNE. Adicionalmente, tampoco es posible analizar si los criterios del TDLC son o no coincidentes con los del Ministro de Corte. Todos los anteriores son elementos relevantes si se tiene presente que un aspecto esencial considerado por el legislador para otorgar estas facultades a la FNE fue precisamente la existencia de este “*doble filtro*” judicial.

Finalmente, no sabemos cuantas de estas medidas han sido aplicadas una vez concedidas las autorizaciones correspondientes, a fin de comparar el nivel de actividad intrusiva de la FNE con el de agencias de competencia internacionales.

IV. LA INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR LA FNE

Precisamente con el objeto de recabar estos antecedentes faltantes, los autores de este trabajo solicitamos a la FNE, en el mes de julio de 2021, y conforme a la Ley N°20.285 sobre Transparencia, la siguiente información (la “**Solicitud**”).

1. *Número de solicitudes de aprobación formuladas por la Fiscalía Nacional Económica al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para efectos de proceder a llevar a cabo una o más de las medidas de las medidas intrusivas contempladas en los literales n.1), n.2), n.3) y n.4) de la letra n) del artículo 39 del DL 211.*
2. *Respecto de las solicitudes indicadas en el número 1) precedente, indicar (i) cuántas fueron aprobadas y (ii) cuántas fueron rechazadas, por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.*
3. *Respecto de las solicitudes que fueron aprobadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia según se indique en la respuesta al punto (i) del numeral 2) precedente, indicar (a) cuántas fueron luego autorizadas y (b) cuántas fueron luego rechazadas, por el Ministro de Turno de la I. Corte de Apelaciones de Santiago correspondiente.*
4. *Indicar el número de oportunidades en que la Fiscalía Nacional Económica, tras la obtención de la autorización correspondiente, ha ejercido la medida del n.1) de la letra n) del artículo 39 del DL 211, es decir, “Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar”.*

La información precedente se solicita desde la entrada en vigencia de la Ley 20.361 y hasta la presente fecha”.

7 *Investigación de oficio en denuncia de Asoex y requerimiento de la FNE contra Ultramar y otros, C-12-2004, Sentencia N° 38/2006 (Casos Navieras DUS); Requerimiento Del Fiscal Nacional Económico Contra Air Liquide Chile S.A. Y Otros, C-74-2005, Sentencia TDLC N°43/2006 (Caso Oxígenos) y Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Isapre ING S.A. y otros, C-77-2005, Sentencia N° 57/2007 (Caso Isapres).*

8 *Requerimiento de la FNE contra Almacenes Paris y Falabella, C-103-2006, Sentencia TDLC N° 63/2008 (Caso Plasmas).*

La FNE nos hizo llegar su respuesta por medio del Ordinario 1139, de fecha 30 de julio de 2021 (la **"Respuesta de la FNE"**).

En primer lugar, la Respuesta de la FNE precisa que *"La información entregada solo incluye solicitudes de aprobación de medidas intrusivas cuya tramitación ha sido finalizada, tanto en el TDLC como en la Corte de Apelaciones de Santiago. Se hace presente que no es posible proporcionar información acerca de diligencias que pudieran encontrarse en desarrollo y/o pendientes de resolución"*.

Es decir, pudieran existir Medidas Intrusivas cuya autorización se encuentra actualmente en proceso que no se encuentran reflejadas en las cifras que se analizarán a continuación.

En relación con el punto 1) de la Solicitud, la Respuesta de la FNE informa que desde la entrada en vigencia de la Ley 20.361 y hasta fecha de la Solicitud, la FNE ha presentado un total de **36** solicitudes de aprobación de Medidas Intrusivas al TDLC.

Con respecto al punto 2) de la Solicitud, la Respuesta de la FNE refiere que **33** de estas solicitudes fueron aprobadas por el TDLC, y que solo **3** fueron rechazadas.

En cuanto al punto 3) de la Solicitud, en el cual solicitamos indicar, respecto de las solicitudes aprobadas por el TLDC, *"(a) cuántas fueron luego autorizadas y (b) cuántas fueron luego rechazadas, por el Ministro de Turno de la I. Corte de Apelaciones de Santiago correspondiente"*, la Respuesta de la FNE proporciona el siguiente detalle:

- (i) Número de solicitudes autorizadas por el Ministro de Turno de la I. Corte de Apelaciones correspondiente: **31**.
- (ii) Número de solicitudes rechazadas por el Ministro de Turno de la I. Corte de Apelaciones correspondiente: **1**.
- (iii) Número de solicitudes que no fueron presentadas a aprobación del Ministro de Turno de la I. Corte de Apelaciones correspondiente, luego de contar con la aprobación del TDLC: **1**.

Finalmente, en relación con el punto 4) de la Solicitud, la Respuesta de la FNE precisa que, desde la entrada en vigencia de la Ley N°20.361, y tras la obtención de las autorizaciones correspondientes, la FNE ha ejercido en **16** oportunidades la medida del n.1) de la letra n) del artículo 39 del DL 211, es decir, *"Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar"*.

La Respuesta de la FNE proporciona la siguiente tabla a modo de resumen de la información entregada⁹:

Año	Presentadas TDLC	Aprobadas TDLC	Rechazadas TDLC	Presentadas CA	Aprobadas CA	Rechazadas CA
2010	5	5	0	4	4	0
2011	4	3	1	3	2	1
2012	5	4	1	4	4	0
2013	2	2	0	2	2	0
2014	3	2	1	2	2	0
2015	1	1	0	1	1	0
2016	1	1	0	1	1	0
2017	3	3	0	3	3	0
2018	2	2	0	2	2	0
2019	2	2	0	2	2	0
2020	6	6	0	6	6	0
2021	2	2	0	2	2	0
TOTAL	36	33	3	32	31	1

V. REFLEXIONES A PARTIR DE RESPUESTA DE LA FNE

a) Sobre la efectividad de las Medidas Intrusivas

La Respuesta de la FNE da cuenta que, desde la entrada en vigencia de la Ley N°20.361, la FNE ha recibido 31 autorizaciones por parte de los tribunales competentes a efectos de llevar a cabo Medidas Intrusivas. Asimismo, con arreglo a lo informado, estas autorizaciones han dado lugar a la práctica de 16 allanamientos.

Esta información parece corroborar la intuición preliminar respecto de la alta tasa de efectividad de las Medidas Intrusivas concedidas.

En efecto, asumiendo hipotéticamente que cada Medida Intrusiva corresponde a una investigación distinta –no tenemos certeza de esto– y teniendo presente lo ya señalado en el sentido que la FNE ha interpuesto 15 requerimientos basados en información recabada por medio de Medidas Intrusivas –11 de los cuáles ya se han traducido en sentencias firmes favorables a la FNE– la Respuesta de la FNE demostraría que las Medidas Intrusivas concedidas habrían cumplido su objetivo de proporcionar antecedentes suficientes para fundar un requerimiento ante el TDLC en aproximadamente un 50% de los casos.

Adicionalmente, en todos aquellos casos en que las Medidas Intrusivas permitieron un requerimiento y este se encuentra resuelto por sentencia definitiva, el resultado del litigio de colusión ha sido favorable a la FNE (condena) lo que demuestra una alta efectividad de estas medidas, no sólo para la detección de carteles, sino también para su persecución y condena.

Respecto de los casos que no fueron judicializados (o no lo han sido aún), cabe señalar que resulta esperable

⁹ La Respuesta de la FNE precisa que "Para efectos de orden de la información, se informa cada medida (incluida su tramitación completa) dentro del año en que fue presentada la respectiva solicitud al TDLC. Ello, sin distinguir si posteriormente la solicitud al Ministro de Turno de la I. Corte de Apelaciones o las resoluciones correspondientes, se realizaron u otorgaron en el año siguiente".

que no toda Medida Intrusiva se traduzca en un requerimiento, considerando que los hechos investigados pudieren (i) no ser constitutivos de un acuerdo colusivo, (ii) estar prescritos, o bien (iii) los antecedentes recabados por la Medida Intrusiva pudieren ser insuficientes para fundamentar una acusación.

Este último supuesto ratifica la importancia de la existencia de la delación compensada como mecanismo complementario a las Medidas Intrusivas, a fin de permitir que la FNE pueda recabar por esta vía los antecedentes adicionales necesarios para fundar un requerimiento con plausibles expectativas de éxito.

b) Sobre el control de los tribunales competentes

Por otra parte, la Respuesta de la FNE consigna que de un total de **36** solicitudes de aprobación de Medidas Intrusivas que fueron presentadas al TDLC, solo **3** fueron rechazadas por el referido Tribunal. Es decir, un **91,6%** de las solicitudes fueron aprobadas.

De igual forma, de un total de 32 solicitudes que fueron sometidas a la autorización del Ministro de Turno de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, sólo 1 fue rechazada. Es decir, un 96,8% de las autorizaciones fueron concedidas.

A partir de estas cifras, es posible concluir que si bien los tribunales a los que se ha encomendado el control judicial de esta potestad intrusiva han ejercido algún grado de escrutinio sobre su ejercicio, en la inmensa mayoría de los casos han allanado el camino a la FNE, concediendo la aprobación / autorización solicitada.

Este patrón podría tener más de una explicación posible, las cuáles no son necesariamente excluyentes.

Por una parte, podría existir en los tribunales una aversión a incurrir en errores del tipo II¹⁰ o “falsos negativos”, impidiendo el descubrimiento y la persecución de carteles reales que quedarían impunes. Desde esta perspectiva, podría existir en los tribunales una inclinación a conceder la autorización, en el entendido que ésta no constituye un juicio sobre el fondo del asunto, ya que solo habilita a la FNE para recabar evidencia con miras a interponer un requerimiento, cuyo mérito debe ser evaluado y juzgado por el TDLC, a quien corresponde la aplicación de las sanciones correspondientes.

Junto con lo anterior, no puede descartarse que la conducta de los tribunales se explique por deferencia técnica¹¹ a la labor de la FNE como órgano especializado a quien se ha encargado la persecución de los carteles y que ha sido investido como el representante del interés general económico de la colectividad. Esta misma deferencia técnica –esta vez hacia el TDLC– podría explicar el por qué en solo una oportunidad un Ministro de Corte ha rechazado una Medida Intrusiva previamente aprobada por el TDLC.

Finalmente, una tercera explicación que amerita ser evaluada podría vincularse con la cantidad y el tipo de casos respecto de los cuáles la FNE estaría solicitando Medidas Intrusivas. En efecto, si la FNE ha decidido ejercer esta potestad en forma conservadora, limitándola únicamente a casos “ganadores” que tienen

10 El error de tipo II es un concepto estadístico que se define como la incapacidad de rechazar una hipótesis nula falsa. También se conoce como falso negativo o error de segundo tipo. Por ejemplo, que se produzca un incendio y no suene la alarma de incendios. O un análisis de sangre no indica que un paciente tiene una determinada enfermedad. En los casos de defensa de la competencia, el error de tipo II representa un juicio falso en el que el tribunal no condena una conducta que es anticompetitiva. El error de tipo II refleja la falta de regulación o de *enforcement* por parte de los tribunales. Ver New York Law School, “Error Types”, *European Union Competition Law*, <https://www.eucomplaw.com/error-types/>.

11 Sobre el concepto de deferencia, ver Javier Tapia y Luis Cordero, “La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional”, *Estudios Públicos* 139 (invierno 2015), 7-65, 2015.

razonables prospectos de éxito, resulta esperable una alta tasa de concesión de autorizaciones judiciales, atendido el sesgo de selección que afecta a la muestra.

Mención aparte merece el hecho que el legislador parece haber limitado el control judicial de esta potestad a *"la existencia de antecedentes precisos y graves acerca de la existencia de prácticas de colusión"*, lo que, a nuestro juicio, podría subvaluar el que, en una medida de esta naturaleza, se produce una colisión de derechos, por una parte, el del Estado de perseguir los carteles, pero también el del particular que se verá privado, restringido o perturbado en el ejercicio de derechos asegurados por la constitución. Es por ello que en el proceso penal –el cual se tuvo a la vista por el legislador de libre competencia¹²– se establece un "Juez de Garantía", precisamente como contrapeso de las facultades del Ministerio Público y, en este caso, el análisis de éste no se limita al mero aspecto técnico, sino también a evaluar la necesidad, intensidad y proporcionalidad de una Medida Intrusiva a la luz de los derechos del imputado que afecta.

c) Sobre el nivel de actividad intrusiva de la FNE, en particular, el caso de los allanamientos

Nos referimos previamente a la hipótesis de que los altos niveles de efectividad que parecen tener las Medidas Intrusivas concedidas podría explicarse por una actividad intrusiva conservadora por parte de la FNE.

Para efectos de corroborar o descartar esta hipótesis, resulta ilustrativo recurrir a experiencias comparadas a fin de determinar que tan bajo (o alto) es el nivel de actividad intrusiva en Chile, tomando como base una de las medidas disponibles, el "allanamiento", respecto del cual tenemos información desagregada para hacer las comparaciones.

En este sentido, la información recopilada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)¹³, sobre la base de un análisis de 44 jurisdicciones, revela que el número promedio de casos de carteles en que se emplearon *"dawn raids"* (allanamientos) en los países de la OCDE aumentó en casi un 50% de 2015 a 2018, mientras que disminuyó en casi un 90% en las jurisdicciones no pertenecientes a dicha organización en el mismo periodo, alcanzando un promedio de **10** casos para los miembros de la OCDE y **2,4** casos para las jurisdicciones no pertenecientes a la OCDE en 2018.

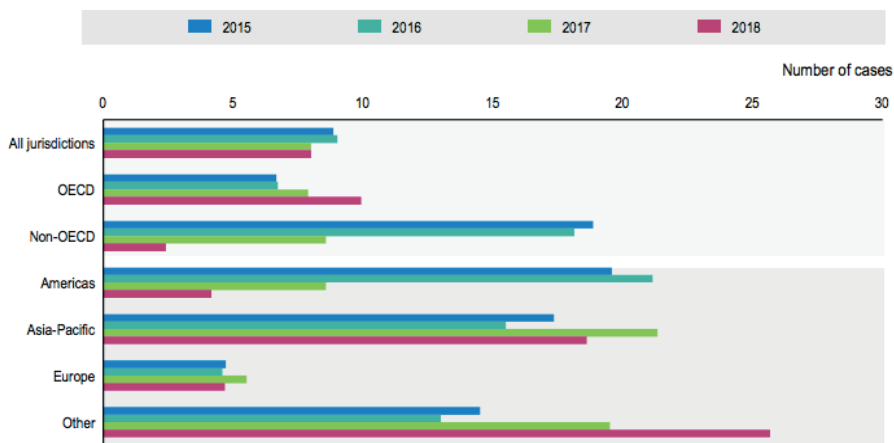
En términos regionales, y de acuerdo al mismo reporte, en el caso de las Américas el promedio de casos de carteles en que se han empleado allanamientos ha fluctuado entre **21** en 2016 y **4** en 2018. En Europa, en cambio, el número se ha mantenido estable a lo largo de los años revisados, en torno a un promedio de **5** casos anuales por agencia. Finalmente, en el Asia-Pacífico, el número de allanamientos fue en promedio mayor al de la muestra total, oscilando entre **15** y **20** casos anuales por jurisdicción.

12 En efecto, consta en la historia de la Ley 20.361 la opinión de la E. Corte Suprema, en el sentido que: *"Esta Corte estima que la autorización por parte de un tribunal contencioso económico y de composición mixta respecto de sus integrantes, en cuanto a su calidad profesional, no resulta adecuada para garantizar el respeto a los principios de un debido proceso. Ésta debiera ser otorgada por el Juez de Garantía, para lo cual habría que considerar una reforma de las normas pertinentes del Código Procesal Penal"*. BCN, Historia de la Ley 20.361, <https://www.bcn.cl/historiadelaey/nc/historia-de-la-ley/4696/>.

13 OECD, *Competition Trends 2020* (2020), <https://www.oecd.org/daf/competition/OECD-Competition-Trends-2020.pdf>.

Estas cifras se reflejan en el siguiente gráfico disponible en el informe de la OCDE¹⁴:

Figure 2.4. Average number of cartel cases in which dawn raids were used by jurisdiction and by region, 2015-2018



Note: Based on the 44 jurisdictions that provided data on dawn raids for cartel cases for all four years (excluding jurisdictions that did not split dawn raids into a type of investigation, i.e. cartels or abuse of dominance).
Source: OECD CompStats Database.

En el caso de Chile, y de acuerdo a la información proporcionada en la Respuesta de la FNE, en el periodo 2010 a 2021 la FNE habría realizado un total de 16 allanamientos, lo que arroja un promedio anual de **1,45** allanamientos al año.

Como resulta evidente, esta cifra resulta ser marcadamente inferior a los promedios anuales observados en las otras jurisdicciones de la OCDE (entre 5 y 10) e incluso resulta ser menor a los números registrados en promedio por las agencias de los países que no se encuentran afiliados a dicha entidad.

Parece posible concluir, en consecuencia, que el nivel de actividad intrusiva de allanamiento desplegado por la FNE ha sido relativamente bajo comparado con el generalmente observado a nivel internacional en años recientes.

Esta circunstancia puede obedecer a diversos factores.

Como ya adelantamos, podría existir una decisión deliberada de la FNE en orden a ejercer estas facultades en forma acotada y conservadora, con el objeto de minimizar errores del tipo I¹⁵ o “falsos positivos”, focalizando sus esfuerzos y recursos en casos ganadores que, al traducirse en éxitos judiciales, operaran como mecanismo disuasivo.

Esta hipótesis parece ser corroborada por el relato que efectúa el ex Fiscal Nacional Económico Felipe

14 OECD, *Competition Trends 2020*.

15 El error de tipo I se define en estadística como el rechazo incorrecto de una hipótesis nula verdadera. También se conoce como falso positivo o error de primer tipo. Por ejemplo, una alarma de incendio que se dispara indicando un incendio cuando en realidad no lo hay. O el resultado de un análisis de sangre que indica que un paciente tiene una determinada enfermedad cuando en realidad no la tiene. En los casos de defensa de la competencia, el error de tipo I representa un juicio falso en el que el tribunal condena una conducta que no era anticompetitiva. El error de tipo I refleja un exceso de *enforcement* o regulación. Ver New York Law School, “Error Types”.

delaciones compensadas durante la fase de investigación.

Sin embargo, si se analizan con detención estos 7 casos, se advierte que ellos pueden ser clasificados bajo 3 supuestos bien definidos:

- (i) delaciones en el contexto de carteles internacionales con aristas o efectos en Chile²⁰,
- (ii) delaciones en el contexto de la compra o toma del control del delator por parte de un tercero²¹, y
- (iii) delaciones en el contexto de mercados de menor impacto o significancia económica²².

Como se observa, la delación compensada parece no estar operando en mercados de significancia económica caracterizados por la presencia de agentes o grupos locales relevantes, como fueron los emblemáticos casos *Pollos*²³ y *Supermercados*²⁴, en que las Medidas Intrusivas jugaron un rol esencial en la detección del cartel. Este patrón no parece ser una peculiaridad única de la economía chilena. En efecto, la literatura especializada ha advertido que ciertas características propias de las economías de menor tamaño –como es el caso de la chilena– podrían restar eficacia a este mecanismo.

A este respecto, la profesora israelí Michal Gal, que se ha especializado en las particularidades del derecho de la competencia en las economías pequeñas, ha advertido que: *“las características socioeconómicas de una jurisdicción también deben tenerse en cuenta a la hora de diseñar los instrumentos de persecución. Esto puede ejemplificarse con la experiencia de los programas de delación compensada en las economías pequeñas. Dichos programas –incluso los que se estructuraron de forma eficiente, siguiendo la experiencia de otras jurisdicciones– no han tenido generalmente éxito. El hecho de que muchas economías pequeñas se caractericen por tener pocos actores con contactos continuos en varios mercados afecta a los incentivos de las empresas para revelar información sobre su conducta anticompetitiva conjunta en un mercado. De hecho, los modelos de teoría de juegos apoyan esta observación empírica. En tales situaciones, se debería dar menos importancia a las inversiones en delación compensada y se deberían buscar herramientas adicionales para aumentar la disuasión. Sin embargo, la delación compensada no debería descartarse por completo, ni siquiera en las jurisdicciones pequeñas. La razón es que, si se combina con otros esfuerzos de detección por parte de la autoridad, la solicitud de delación compensada podría llegar a ser muy racional para los agentes del mercado. Esto, a su vez, puede limitar las sanciones sociales impuestas a quienes utilizan el programa de delación compensada”*²⁵.

En el mismo sentido, la OCDE ha advertido que *“El auge de los programas de delación compensada en todo*

imiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Fresenius y Otros, C-312-2016, Sentencia TDLC N° 165/2018 y *Requerimiento FNE contra Biomar Chile S.A. y otras*, C-386-2019.

20 Por ejemplo, *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Tecumseh Do Brasil Ltda. y otro*, C-207-2010, Sentencia TDLC N° 122/2012 (Caso Compresores); *Requerimiento de la FNE contra CCNI S.A. y otras*, C-292-2015, Sentencia TDLC N° 171/2019 (Caso Navieras) y *Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y Otra*, C-299-2015, Sentencia TDLC N° 160/2017 (Caso Papeles).

21 Por ejemplo, *Requerimiento de la FNE contra Asfaltos Chilenos S.A. y otros*, C-280-2014, Sentencia TDLC N° 148/2015 (Caso Asfaltos) y *Requerimiento FNE contra Biomar Chile S.A. y otras*, C-386-2019 (Alimentos para Salmones).

22 Por ejemplo, *Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros*, C-224-2011, Sentencia TDLC N° 133/2014 (Casos Buses) y *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Fresenius y Otros*, C-312-2016, Sentencia TDLC N° 165/2018 (Medicamentos Inyectables).

23 *Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, C-236-2011, Sentencia TDLC N° 139/2014.

24 *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras*, C-304-2016, Sentencia TDLC N° 167/2019.

25 Michal S. Gal, “Institutional Challenges and Choices: Deterrence”, en *New Competition Jurisdictions: Shaping Policies and Building Institutions*, eds. Christopher Townley y Richard Whish, (Edward Elgar, 2012), 131-132.

*el mundo ha suscitado la preocupación de que las agencias de competencia puedan convertirse en víctimas de su propio éxito. El argumento es que las agencias de la competencia, impresionadas o inundadas por un número creciente de solicitudes de delación y de casos exitosos detectados a través de dichos programas, no están dedicando suficiente atención y recursos a la aplicación proactiva e independiente de la lucha contra los cárteles. Este exceso de confianza en los programas de delación compensada puede a largo plazo socavar la eficacia de la persecución de los cárteles. Los programas de delación compensada están diseñados para aprovecharse de la dinámica de los cárteles y emplean los incentivos de sus miembros, los intereses en conflicto y el miedo a ser detectados, con el fin de que se separen del cártel, denuncien a sus compañeros y se beneficien de un trato más indulgente. Pero si los organismos de competencia se basan únicamente en los programas de delación para detectar los cárteles, éstos pueden pasar desapercibidos si los incentivos para romper con el cártel son débiles. Este puede ser el caso, por ejemplo, de las economías pequeñas en las que los vínculos corporativos entre los competidores son más prominentes, o en las que muchas empresas siguen siendo de propiedad familiar. En estas circunstancias particulares, los incentivos para desviarse de un acuerdo de cártel pueden no ser tan fuertes y los instrumentos de detección reactiva, como la delación, pueden no ser tan eficaces. Complementarlos con un programa de detección proactiva de cárteles puede afectar a los incentivos de las empresas para entrar en el programa de delación compensada y reforzar la eficacia del propio programa*²⁶.

Ante estos hallazgos empíricos en la experiencia comparada, que parecen ser corroborados en Chile por los patrones específicos de casos que se estarían acogiendo al programa de delación compensada nacional, parece aconsejable aumentar la disuasión²⁷ y adoptar una política más proactiva de detección de cárteles, incluyendo un incremento en el nivel de actividad intrusiva, a fin de detectar eventuales prácticas o acuerdos colusivos que podrían estar desarrollándose en mercados en que no existen los incentivos adecuados para la delación.

VI. CONCLUSIONES

Por medio de este trabajo hemos intentado aportar a la discusión pública mayor información acerca del uso, el control y la eficacia de las Medidas Intrusivas conferidas a la Fiscalía Nacional Económica, exponiendo nuestras reflexiones e hipótesis acerca de la forma en que el sistema parece estar funcionando a la luz de los datos disponibles.

Nuevas investigaciones podrán profundizar en torno a estos temas y corroborar –o controvertir– las intuiciones expuestas en este trabajo.

En cualquier caso, parece conveniente aumentar, en alguna etapa, la transparencia del mecanismo de otorgamiento de estas Medidas Intrusivas, para poder someter al escrutinio público y de los especialistas en la materia, tanto el racional de la FNE para solicitar estas medidas, como el cumplimiento de la función de control y contrapeso en el ejercicio de estas facultades exorbitantes por parte del TDLC y Ministro de Corte.

26 OECD, *Ex-officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels* (julio 2014), 15-16, <https://www.oecd.org/daf/competition/exoficio-cartel-investigation-2013.pdf>.

27 En este sentido apunta la Ley 20.945, que aumenta las multas e incorpora el tipo penal de colusión en el artículo 62 del DL 211.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Luis Eduardo Toro Bossay y José Luis Corvalán Pérez, "¿Quién vigila a los vigilantes? Análisis empírico del uso, eficacia y control de las medidas intrusivas en el sistema chileno de libre competencia", *Investigaciones CeCo* (septiembre, 2021),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile