

## ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA FISCALÍA NACIONAL DE CHILE\*

Francisco FERNÁNDEZ FREDES\*\*  
Patricio BERNEDO\*\*\*

Al asumir como presidente de la República en marzo de 2000, Ricardo Lagos nombró en la Fiscalía Nacional Económica al abogado Francisco Fernández Fredes. De militancia socialista y antiguo amigo del presidente, el nuevo fiscal se había desempeñado en el gobierno anterior como director del SERNAC y exhibía una connotada trayectoria académica en el área de la protección jurídica del consumidor.

Gracias a la aprobación de la ley 19.610, Francisco Fernández recibió una fiscalía con mayores recursos presupuestarios y una importante cantidad de plazas que debían ser llenadas por nuevos profesionales. En tanto, la figura del fiscal, gracias a la proactividad con que se había desempeñado su antecesor, tenía ahora un papel de mayor protagonismo en los medios de comunicación y, especialmente, en la vista de casos relacionados con las figuras de integración vertical y horizontal, que habían generado importantes polémicas.

Pero no sólo la alta connotación de algunas causas había hecho surgir fricciones. Muchos críticos también habían hecho ver los peligros del desequilibrio en la institucionalidad antimonopolios que la nueva ley había permitido al no reformar la integración de las comisiones, sus grados de autonomía respecto del Poder Ejecutivo y la profesionalización de sus miembros. Como de alta complejidad se apreciaba el hecho de que las comisiones habían quedado en una situación desmedrada frente a la FNE, que contaba con una importante cuota de poder en su favor.

\* La Fiscalía Nacional de Chile es un organismo descentralizado cuyo objetivo es representar a la sociedad ante el Tribunal de la Libre Competencia.

Este documento forma parte de la obra colectiva *Historia de la libre competencia en Chile, 1990-2010*, editado por la Fiscalía Nacional Económica.

\*\* Ministro del Tribunal Constitucional de Chile

\*\*\* Decano de la Facultad de Historia y Geografía de la Universidad Católica de Chile.

Esta visión crítica era compartida por la inmensa mayoría de los actores involucrados directa e indirectamente con la institucionalidad de defensa de la libre competencia. Incluso, el nuevo fiscal, al asumir, declaró que una de las primeras tareas a las que se abocaría iba a ser la de promover el fortalecimiento de las comisiones Resolutiva y Preventivas.<sup>1</sup>

Recordemos que durante la tramitación anterior del proyecto de ley, en el ámbito político se había acordado que quedaba pendiente la reforma de las comisiones, que se había postergado debido a lo recargada que estaba la agenda legislativa con la discusión de la reforma procesal penal. Por ello, el fiscal Francisco Fernández no hizo más que respetar dicho acuerdo cuando otorgó su apoyo a un futuro perfeccionamiento institucional de las comisiones.

En el marco de un consenso claro acerca de la necesidad de una reforma, ésta, sin embargo, no tenía fecha de inicio ni de término para su desarrollo. De hecho, a poco más de un año del cambio de gobierno y de fiscal, todavía se seguía discutiendo acerca de los cambios que debían introducirse. Francisco Fernández informó que en el Ministerio de Economía existía un anteproyecto sobre este tema, pero que su avance estaba supeditado al resto del programa legislativo del gobierno. A ello agregó su preocupación sobre el doble papel que debía desempeñar la FNE, dado que “es a veces requerente, pero en otras ocasiones es también la instancia de apoyo técnico de las comisiones”.<sup>2</sup>

Para mitigar los efectos de esta doble función de la Fiscalía, Francisco Fernández optó por dividirse el trabajo con su subfiscal, Juan Pablo Lorenzini:<sup>3</sup>

La tesitura que yo adopté como política institucional, dada la estrecha relación entre la Fiscalía y las Comisiones, fue la de constituirme en un colaborador, en un asesor especializado respecto de la Comisión Resolutiva, cosa a la que contribuyó la estrecha relación que se estableció entre los integrantes de la Comisión y yo, en el sentido de que ellos me pedían mi opinión, no vinculante, sino como una apreciación sobre los temas que se ventilaban en la Comisión. Yo fungía como una especie de Fiscal asesor. Entonces las tareas de instar ante la Comisión las delegué en el Subfiscal Juan Pablo Lorenzini,

---

<sup>1</sup> “Fiscal promoverá fortalecimiento de Comisiones Resolutivas”, *El Mercurio*, Santiago, 14 de abril de 2000, p. B4.

<sup>2</sup> “Plantean cambios a entes antimonopolio”, *El Mercurio*, Santiago, 14 de mayo de 2001, p. B3.

<sup>3</sup> Abogado, de filiación demócratacristiana, que con anterioridad se había desempeñado como superintendente de la SEC.

quien era el que alegaba. Yo alegué poco, porque no me podía desdoblar entre ser litigante ante la Comisión y a la vez asesor de la misma. Las más de las veces mi opinión fue acogida.<sup>4</sup>

### CASOS RELEVANTES Y LAS PRESIONES AL FISCAL

Francisco Fernández comenzó su gestión retomando un cúmulo importante de casos, algunos de alta complejidad, que había heredado de su antecesor. Fue en ese contexto donde comenzó a tener los primeros problemas para desempeñar su cargo: “Me encontré con un panorama de gran dinamismo en la Fiscalía, con algunas causas en marcha, a las que dimos continuidad, y eso nos significó algunos roces con los sujetos afectados”.

Uno de estos casos fue el de la integración vertical del sector eléctrico, que en el intertanto había hecho noticia con la venta por parte de ENDESA de su compañía de transmisión (TRANSELEC) al grupo canadiense Hydro-Québec, iniciada en julio y concretada en octubre de 2000.

Ante este escenario, en el que ENDESA dejaba de participar en el segmento de la transmisión de electricidad, el fiscal Francisco Fernández recuerda que recibió presiones de autoridades de gobierno para desistirse del requerimiento que había presentado con anterioridad Rodrigo Asenjo:

Yo me rehusé a desistirme, no obstante que hubo presiones en el sentido de que habiendo cambiado la propiedad de Transelec, que la compraron los canadienses, ya no tenía sentido en opinión del Ejecutivo de esa época que perseveráramos en esa denuncia. Pero yo prefería que esto lo dijera el tribunal a través de una constatación objetiva y no a través de una decisión unilateral mía.<sup>5</sup>

Otro caso problemático para el fiscal, también heredado de su antecesor, tuvo relación con la telefónica CTC, en el contexto de la licitación de nuevos ámbitos en el espacio radioeléctrico para el desarrollo de la telefonía móvil, proceso que estaba en manos de la SUBTEL, dependiente del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones.

En ese marco, el 29 de octubre de 1999, la SUBTEL había resuelto fijar las normas técnicas para la concesión de bandas para la telefonía celular, expresando que esta nueva normativa apuntaba a introducir competencia

<sup>4</sup> Entrevista con Francisco Fernández.

<sup>5</sup> Entrevista con Francisco Fernández. Acerca del fallo de este caso, véase resolución 667 de la Comisión Resolutiva, del 30 de octubre de 2002.

en ese mercado, con el objetivo de que el usuario final no se viera limitado a utilizar los servicios de las concesionarias que en ese momento ofrecían sus servicios.<sup>6</sup>

Sin embargo, las bases de concesión presentadas por la SUBTEL fueron objeto de un requerimiento por parte del fiscal Rodrigo Asenjo, que fue continuado por su sucesor, Francisco Fernández. La Fiscalía apuntó a que las bases de concesión afectaban la libre competencia en los servicios ofrecidos, puesto que favorecían la participación de las compañías dominantes en el mercado, las cuales tenían cobertura nacional, lo que generaba una grave barrera de entrada a nuevos actores.

El 10 de abril de 2000, la Fiscalía solicitó a la SUBTEL que aclarara las razones por las cuales había decidido disponer la prórroga del concurso público y que informara acerca de la existencia de eventuales imperfecciones en las bases de dicho concurso que pudieran afectar la libre competencia. Su respuesta indicó que la prórroga había obedecido a razones de buen servicio, y que se encontraba inhibida de introducir modificaciones al concurso.<sup>7</sup>

En su informe a la Comisión Resolutiva, el fiscal señaló "...que tanto la norma técnica como las bases del concurso público... adolecen de imperfecciones cuyos efectos entorpecen o restringen la libre competencia".

También recomendó que se decretara la medida precautoria de suspender el concurso hasta que las bases no fueran corregidas.<sup>8</sup>

Aun cuando más tarde la Comisión Resolutiva acogió la posición de la Fiscalía,<sup>9</sup> mientras esta causa estaba siendo tramitada, el fiscal Francisco Fernández recuerda que, a propósito de este caso, también tuvo grandes diferencias con las autoridades de gobierno:

Ahí hubo presiones muy intensas, un fenómeno de lobby, que al no estar regulado daba pábulo para todo tipo de maniobras. Ahí tuve colisiones importantes con el entonces Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, Carlos Cruz, que jugó un papel de defensa de los intereses de Telefónica de España, bastante indisimulado, lo que me significó colisionar con él en más de una oportunidad y constatar con amargura que el Presidente de la República esta-

<sup>6</sup> Resolución 584 de la Comisión Resolutiva del 27 de septiembre de 2000, en Mont, Luis (coord.) y Huerta, José Miguel y Montt, Paulo, *Ley Antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva*, 2000, tomo XI, p. 122.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, p. 128.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 133.

<sup>9</sup> Resolución 584 de la Comisión Resolutiva..., *cit.*, pp. 121-139.

ba matriculado con la postura de su ministro, a expensas incluso de respaldar, como me había prometido, el desempeño que yo iba a tener en la Fiscalía.<sup>10</sup>

Una tercera causa que contribuyó poderosamente al creciente desaliento del fiscal, también iniciada en las postrimerías del periodo de Rodrigo Asenjo, se relacionó con la fusión de los bancos Santander y Santiago. Este caso se inició en el contexto de la compra del Banco de Santiago efectuada por el Banco Central Hispano, el que, a su vez, se había fusionado, en España, con el Banco Santander, dando origen al BSCH. En virtud de lo anterior, el Santander, que ya operaba en Chile, se integraba horizontalmente con el Santiago, lo que a juicio de los denunciantes, Ramón Briones y Hernán Bosselin, había provocado “...un grado de concentración lesivo para el desarrollo de un sistema bancario competitivo y racional”.<sup>11</sup>

A lo anterior se agregó que con esta fusión cerca de un tercio de la banca nacional quedaba bajo el control de una sola entidad, que al no tener contrapesos obligaría al resto de los bancos a sumarse a las políticas bancarias dictadas por el banco recién fusionado.

Los denunciantes, finalmente, solicitaron que se ordenara al BSCH vender a un tercero una de las instituciones que poseía en Chile, entre otras peticiones.

La FNE, por su parte, a instancias de la comisión resolutive, informó que en virtud de lo observado en informaciones de prensa, desde mediados de enero de 1999 había iniciado un proceso de seguimiento a la fusión de los bancos en España, dado que ésta tendría efectos en el mercado bancario chileno.

En su informe, la Fiscalía rechazó los contenidos de una declaración de intenciones que el BSCH había enviado a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en la que se comprometía a renunciar a la fusión del Banco Santander Chile y Banco Santiago, mantener una administración totalmente separada de ambas entidades y a disminuir en un 28% su participación de mercado.

Ante ello, la FNE expuso que resultaba difícil creer en la posibilidad de una administración independiente, porque, entre otros aspectos, existía un riesgo potencial de que se produjera un acuerdo horizontal “explícito” o “implícito” entre ambos bancos. A ello agregó que el compromiso del BSCH de reducir o mantener cuotas de mercado era contrario a la libre competencia.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Entrevista con Francisco Fernández, *op. cit.*

<sup>11</sup> Resolución 639 de la Comisión Resolutive del 23 de enero de 2002, p. 1.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 6.

La Fiscalía, en definitiva, se pronunció por rechazar las medidas solicitadas por los denunciantes y por iniciar una investigación sobre la materia.

En virtud de los antecedentes disponibles presentó, además, un requerimiento en contra de los bancos Santander Central Hispano, Santander Chile y Santiago, solicitando a la comisión resolutive que accediera a declarar que la situación generada era contraria a las normas sobre protección de la libre competencia; que dispusiera su término en un plazo no superior a dieciocho meses; y que la Superintendencia de Bancos fiscalizara la observancia de la administración separada de ambos bancos, mientras se resolvía la cuestión de fondo.<sup>13</sup>

En tanto, en la prensa de abril de 2000, el fiscal Francisco Fernández declaró que la fusión de ambas entidades bancarias afectaba la libre competencia, y que la administración independiente era sustentable sólo en forma transitoria.<sup>14</sup>

Según recuerda Francisco Fernández, la decisión de bloquear la fusión del Santander con el Santiago obedecía a que su equipo de economistas, después de estudiar durante meses el caso, había concluido que era lo más conveniente en consideración al alto grado de concentración de mercado que ésta generaba.

Pero más allá de los argumentos de la Fiscalía, Francisco Fernández relata que ante esta postura, los interesados en la operación comenzaron a golpear las puertas del Poder Ejecutivo:

tratando de ambientar una decisión adversa de la Comisión. Dado este panorama y la gravedad y trascendencia de esta situación, yo ausculté la opinión del Ejecutivo en torno a esto, porque ya soldado viejo, no iba a permitir ir a la guerra y sin fusil. Y me encontré con un ambiente muy adverso a que la Fiscalía pudiera cumplir ese rol de denuncia en este Caso. Entonces, cómo podía, por más que tuviera la determinación, perseverar en algo técnicamente sustentado, pero pobremente respaldado en el terreno de las decisiones políticas, porque en definitiva ésta era una decisión muy importante. La adquisición ya se había concretado; se trataba de darle marcha atrás. Entonces imagínese con esa composición del Tribunal [la Comisión Resolutiva], en donde dos de los cinco miembros eran digitados en su decisión por el Ejecutivo. Y que el requirente [el fiscal] en este caso debía hacerlo en contra de la voluntad de aquel por cuya designación estaba allí.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> *Op. cit.*, p. 8.

<sup>14</sup> “Preocupa que BSCH controle bancos Stgo. y Santander”, *El Mercurio*, Santiago, 14 de abril de 2000, p. B-1, y “Situación de BSCH en Chile debe resolverse antes de 18 meses”, *El Mercurio*, Santiago, 29 de abril de 2000, p. B-5.

<sup>15</sup> Entrevista con Francisco Fernández, *op. cit.*

Su posición también comenzó a ser criticada por diversos actores del mercado y por algunos académicos vinculados al tema de la libre competencia. De especial relevancia, en este sentido, fue cuando la FNE volvió a concentrar sus esfuerzos en el mercado aéreo nacional. En el contexto de la entrada de una nueva línea aérea, la peruana Aero Continente, la Fiscalía presentó un requerimiento en su contra por mantener durante un largo periodo tarifas promocionales que estaban por debajo de su estructura de costos. En un informe de carácter reservado que presentó ante la comisión resolutive, concluyó que a lo anterior había que agregar que la información entregada por la compañía aérea “...ha sido notoriamente parcial y contradictoria con la que han entregado los demás competidores” del mercado nacional. Con esta información, la comisión resolvió ponerle fecha de término a las promociones vigentes de Aero Continente y exigirle que presentara a la FNE estudios de costos, debidamente auditados por empresas externas y acreditadas ante la Superintendencia de Valores y Seguros, que justificaran dichas promociones, en un plazo de quince días. A lo anterior, agregó que las demás empresas aéreas debían establecer sus tarifas en función del valor de sus estructuras de costos, más allá de las promociones ocasionales que quisieran ofrecer.<sup>16</sup>

Ante las acusaciones de competencia desleal y de aplicar precios predatorios, el gerente general de Aero Continente, junto con declarar a la prensa que el modelo de negocios que estaban desarrollando contemplaba trabajar con pérdidas por un periodo de veinticuatro a treinta y seis meses, atacó directamente al fiscal Francisco Fernández al afirmar que sus acusaciones mostraban el “...desconocimiento que el funcionario tiene del negocio”, que “nunca ha manejado una empresa en su vida”.<sup>17</sup>

Al poco tiempo, la línea debió cerrar sus operaciones en Chile, mientras sus propietarios fueron acusados por el Consejo de Defensa del Estado de lavado de dinero y asociación ilícita. Sin embargo, la guerra de precios que se había desatado en el mercado aéreo nacional había llevado a la compañía Avant a abandonar el negocio, lo que de nuevo puso en el tapete el tema de la posición dominante de LAN-LADECO.

A los pocos días del cierre de Aero Continente, LAN Chile anunció un plan de reestructuración que, entre otros cambios, contemplaba integrar todas las empresas del grupo bajo la marca única de LAN. Ante esta situación, la FNE presentó un requerimiento ante la Comisión Resolutiva, solicitando que se investigaran de oficio las condiciones en que operaba el mercado

<sup>16</sup> Resolución 587 de la Comisión Resolutiva del 13 de diciembre de 2000, pp. 158-160.

<sup>17</sup> “Aero Continente dice poder trabajar a pérdida por 36 meses”.

aéreo nacional de pasajeros y que se ordenara suspender temporalmente la anunciada reestructuración, mientras no se diera a conocer con exactitud su alcance y efectos, así como si cumplía con lo ordenado en la resolución 445 de 1995.<sup>18</sup>

De acuerdo con lo expresado por el fiscal Francisco Fernández, el plan de reestructuración vulneraba el fallo de 1995, considerando que había autorizado a LAN Chile a tomar el control de LADECO con la condición de que ambas operaran en forma separada, para evitar una excesiva concentración.

---

<sup>18</sup> Resolución 618 de la Comisión Resolutiva del 1 de agosto de 2001.