



PATRICIO BERNEDO

Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010



HISTORIA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE,
1959-2010

Santiago de Chile
2013

© FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA
2013

Inscripción N° 234.483

ISBN 978-956-8408-03-9

Derechos exclusivos reservados para todos los países

Fiscal Nacional Económico
Sr. Felipe Irarrázabal Ph.

Coordinadora
Sra. Kareen Calcagno G.

Editor
Sr. Marcelo Rojas V.

Diseño de Portada
Sra. Caterina di Girolamo

Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica
Agustinas N° 853 Piso 12
Teléfono: 27535601
Santiago, Chile.

IMPRESO EN CHILE/PRINTED IN CHILE

PATRICIO BERNEDO

HISTORIA
DE LA
LIBRE COMPETENCIA EN CHILE,
1959-2010

ÍNDICE

PRÓLOGO

11

INTRODUCCIÓN

13

PARTE I:

LOS INICIOS DE LA LEGISLACIÓN E INSTITUCIONALIDAD ANTIMONOPOLIOS,
1959-1973

Consideraciones iniciales

23

El camino hacia el Estado dirigista

29

La misión Klein-Saks

34

La propuesta de la misión Klein-Saks que perduró:
la legislación antimonopolios

38

La ley antimonopolios, la Comisión y el fiscal

40

Casos relevantes durante los primeros años

46

La ley antimonopolios en un contexto crecientemente adverso

51

La Comisión Antimonopolios, el fiscal y la estatización de los bancos durante la UP	53
--	----

PARTE II:

LA ECONOMÍA DE MERCADO, EL DL N° 211 Y LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 1973-1990
--

Hacia una nueva economía	59
La gestación del DL N° 211	64
Buscando el apoyo de los consumidores	66
El reforzamiento de la legislación y la institucionalidad	68
La estructura institucional del DL N° 211	70
Los inicios y los casos relevantes de la Fiscalía de la Defensa de la Libre Competencia, 1973-1980	75
La actualización del DL N° 211	85
La cuestión de la autonomía en la institucionalidad de defensa de la libre competencia	89
La protección de los consumidores	92
Casos relevantes en la década de 1980	93
El epílogo del decenio 1980	98

PARTE III:
LA ECONOMÍA DE MERCADO, LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA
Y EL FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 1990-2010

Sección A

La economía de mercado durante los gobiernos de la Concertación, 1990-2010

113

Principales aspectos económicos durante la presidencia
de Patricio Aylwin, 1990-1994

113

Principales aspectos económicos durante la presidencia
de Eduardo Frei Ruiz-Tagle, 1994-2000

118

Principales aspectos económicos durante la presidencia
de Ricardo Lagos, 2000-2006

121

Principales aspectos económicos durante la presidencia
de Michelle Bachelet, 2006-2010

123

Sociedad de mercado y de consumidores, 1990-2010

125

Sección B:

*La Fiscalía Nacional Económica y el fortalecimiento del sistema
de defensa de la libre competencia, 1990-2010*

126

El período del fiscal Gilberto Villablanca, 1990-1994

126

Casos relevantes

127

El período del fiscal Rodrigo Asenjo, 1994-2000

135

Casos relevantes

136

El fortalecimiento de la Fiscalía Nacional Económica

144

El período del fiscal Francisco Fernández, 2000-2001

149

Casos relevantes y las presiones al fiscal	150
La renuncia del fiscal Francisco Fernández	155
El período del fiscal Pedro Mattar, 2001-2006	158
La creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y las atribuciones de la Fiscalía	161
Cambios internos para los nuevos desafíos de la Fiscalía	167
Casos relevantes	170
El período del fiscal Enrique Vergara, 2006-2010	176
Casos relevantes	178
Buscando el equilibrio: nuevas facultades para la Fiscalía Nacional Económica	187

CONSIDERACIONES FINALES	193
-------------------------	-----

ANEXO

Anexo I: Presupuestos anuales de la FNE 1975-2010 y dotación autorizada de personal 1975-2010	201
---	-----

ABREVIATURAS Y SIGLAS	203
-----------------------	-----

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA	207
------------------------	-----

PRÓLOGO

Cuando decidí aceptar el cargo de Fiscal Nacional Económico, en 2010, ya llevaba más de diez años asesorando profesionalmente a clientes en temas de libre competencia, y por la misma razón conocía a la FNE.

A partir de mi posición de fiscal, poco a poco he podido ir entendiendo la lógica y la cultura de la FNE, y el complejo escenario en que se mueve para cumplir su misión.

La complejidad viene dada por su misión, de por sí vasta y ambiciosa: defender y promocionar la libre competencia en los mercados. Todos los mercados, sin restricción ni capturas. Cualquiera que sean los actores dominantes, incluso funcionarios públicos. En un esquema institucional exigente, donde hay que vencer en procesos controversiales al TDLC y a la Corte Suprema del mérito de lo pedido. Con poderosos contendores y con medios de comunicación ávidos de noticias, y habitualmente despojadas de tanto tecnicismo.

La complejidad también se expresa en el mandato que la ley le impone a la FNE, de representar el interés general de la colectividad en el orden económico, y en la responsabilidad de que el resultado de sus actuaciones derive en fortalecer la economía de mercado, y no en desmejorarla o distorsionarla, debiendo distinguir entre abusos a la libre competencia y crueldad natural del mercado.

Las preguntas básicas que se hacen giran en torno a los criterios para iniciar un caso o una acción de promoción, los pasos a seguir en las investigaciones, el nivel de profundidad requerido –que impacta en los tiempos involucrados– y los instrumentos idóneos para corregir el problema –desde la interposición de un requerimiento hasta la exigencia de cambios de comportamiento, pasando por posibles acuerdos que aprueba el TDLC y que evitan los enormes costos de la litigación.

No es fácil.

En las discusiones complejas que se tienen al interior de la FNE, cada cierto tiempo surgen preguntas tales como: ¿y cómo lo hicieron antes?, ¿qué casos parecidos se vieron en el pasado?, ¿cuál fue el resultado de una acción concreta?

En esas discusiones los funcionarios de la FNE nos sentimos libres y responsables. Libres y autónomos de cualquier influencia indebida venga de donde venga,

distinta de la defensa de los mercados. No se esquivo a los poderosos; por el contrario, se les busca. Pero responsables de entender que lo que hacemos es importante, tiene efectos, y debe hacerse con información apropiada y utilizando asentados conceptos jurídicos y modernas técnicas económicas. Exentos de influencias político-partidistas. Con la conciencia institucional de formar parte del Estado, y no como meros voceros del gobierno de turno.

Estas preguntas, preocupaciones y discusiones motivaron el encargo que le hicimos al historiador Patricio Bernedo para que investigara con total libertad y autonomía académica, los orígenes de nuestro sistema, en conexión con la realidad económica y política imperante y, en especial, el desenvolvimiento de la FNE. Queríamos saber qué opinaban los creadores de la ley, los fiscales anteriores, qué nos decían los casos pasados y cómo éstos eran recogidos por los medios de comunicación.

El libro *Historia de la libre competencia en Chile, 1959-2010*, del historiador Bernedo responde, a nuestro juicio, de manera notable las inquietudes anteriores, aclarando cómo se llega a la lógica y la cultura de la FNE, con sus desafíos y sobresaltos, tanto respecto a la autonomía como al actual diseño institucional FNE/TDLC/Corte Suprema, desde sus orígenes hace ya cincuenta años. Y, de paso, este texto es, también, una contribución al conocimiento de un período de nuestra historia económica reciente, que sirve de contexto al devenir de la institucionalidad defensora de la libre competencia.

Con esta publicación se quiere abrir un poco la puerta de esta institución, y a través de esta historia, explicitar algo de la lógica y la cultura que infunde a la FNE, y que de alguna forma explica sus actuaciones presentes y también ilumina las futuras.

FELIPE IRARRÁZABAL PH.
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

INTRODUCCIÓN

Este libro se publica en el contexto de un doble aniversario: a cincuenta años de la instauración del cargo de fiscal, que en 1963 se creó como ente colaborador para la denominada Comisión Antimonopolios, establecida en 1959 al interior de un paquete de medidas destinado a estabilizar la economía chilena, propuesto por la misión estadounidense Klein-Saks; y a cuarenta años de la creación de la Fiscalía de Defensa de la Libre Competencia, que a fines de 1973 comenzó a desarrollar su misión de asegurar el correcto funcionamiento de la economía de mercado, que en ese momento comenzaba a instaurarse en nuestro país.

Cabe aclarar que no se trata de una historia institucional, en el sentido de una historia que represente la visión oficial que la Fiscalía Nacional Económica o el propio Fiscal Nacional Económico tienen acerca de su pasado mediato e inmediato. Sí se trata de la visión que como historiador fui estructurando a partir de un trabajo de investigación y reflexión que intenté desarrollar con honestidad y celo profesional, cuyo resultado es de mi personal y entera responsabilidad.

En función de lo anterior, este texto no pretende ser la historia –única y definitiva– de la figura del fiscal, de la Fiscalía, ni del sistema de defensa de la libre competencia en Chile. Se sabe que la historia se escribe desde el presente, con preguntas que surgen desde nuestro propio tiempo, pero también desde nuestras experiencias personales y de los conocimientos que hemos ido adquiriendo. Por lo tanto, y sus contenidos podrán y deberán ser controvertidos a partir de nuevos trabajos históricos que planteen nuevas preguntas e hipótesis, que aporten nuevos datos y metodologías, y que arriben a nuevas conclusiones y visiones, los cuales permitirán ir enriqueciendo esta interesante y poco abordada área de investigación historiográfica.

Esta historia, que cubre el período que va desde 1959 hasta 2010; es decir, entre la promulgación de la primera ley antimonopolios en Chile y el término del ejercicio en el cargo del fiscal nacional económico Enrique Vergara, que cierra el ciclo de los fiscales nombrados directamente por el Presidente de la República, también aborda el contexto político y sobre todo económico que se fue desa-

rollando durante esas cinco décadas. Esa contextualización, abreviada, permite situar históricamente el desarrollo y funcionamiento de la institucionalidad de defensa de la libre competencia, y explicar tanto las permanencias como los cambios que la fueron definiendo en el tiempo.

Este libro no trata sólo de leyes, instituciones y principios económicos destinados a defender la libre competencia en el mercado sino, también, de personas, que en distintos momentos asumieron responsabilidades institucionales, unipersonales o colegiadas, técnicas o políticas, en coyunturas críticas o estables, con momentos difíciles o propicios, que con sus convicciones y actuaciones fueron modelando en la teoría, y sobre todo en la práctica, la actual arquitectura del sistema de defensa de la libre competencia en Chile. En su inmensa mayoría estas personas, los actores de esta historia, están vivas –situación que no es frecuente en el trabajo de un historiador–, lo que permitió entrevistarlos extensa y exhaustivamente, y por esa vía tratar de conocer, reconstruir e interpretar lo mejor posible sus particulares visiones acerca de diversos tópicos personales e institucionales, así como políticos y económicos.

En este texto, también aparecen otros actores muy relevantes, las empresas, sobre todo privadas, pero del mismo modo algunas públicas, cuyos propietarios o ejecutivos, aplicando diversas estrategias buscan que se desenvuelvan en el mercado con el objetivo principal de generar valor y rentabilidad, y que en ese legítimo afán, que los puede llevar a incurrir en prácticas anticompetitivas, son supervisados por la institucionalidad de defensa de la libre competencia.

Es en este particular punto de intersección entre la institucionalidad, sus autoridades y equipos profesionales, por una parte, con las empresas, sus directivos y asesores legales, por la otra, donde he puesto parte del foco del análisis que viene a continuación. Con idéntico énfasis intenté explicar la evolución de dicha institucionalidad, los contextos económicos y políticos en que se fue desarrollando, los objetivos que persiguió, y los logros y problemas que se fueron generando. A través de una revisión cronológica de los principales casos¹ que los actores del sistema de defensa de la libre competencia fueron conociendo y resolviendo durante este período de cincuenta años, traté de caracterizar su desarrollo histórico en el ámbito general y, en particular, el papel desempeñado por las instancias colegiadas y unipersonales de este sistema.

Entre las primeras, opté por concentrarme sucesivamente en la Comisión Antimonopolios, la Comisión Resolutiva y el actual TDLC².

¹ Como casos principales he considerado a los que generaron un alto impacto tanto público, económico y político, como en el ámbito de la jurisprudencia e institucionalidad. Asimismo, se incluyeron a los que los propios fiscales caracterizaron como tales en sus apariciones públicas y en las respectivas entrevistas que me concedieron.

² Las denominadas Comisiones Preventivas Provinciales o Regionales, dependiendo del período tratado, y la Comisión Preventiva Central, las analicé tangencialmente, tanto por el papel más bien secundario que cumplieron como por la existencia de trabajos académicos que han dado cuenta de sus principales actuaciones y dictámenes, que citaré en su debido momento.

En cuanto a las autoridades unipersonales, entendiendo como tales a los fiscales, que para los efectos del análisis de este libro constituyen su actor principal, busqué caracterizar sus respectivos desempeños, los principales casos que debieron o decidieron investigar, las presiones tanto públicas y privadas como políticas y empresariales que enfrentaron, las definiciones y prioridades personales e institucionales que adoptaron, y el tipo de relaciones e interacciones que fueron articulando con las instancias colegiadas recién mencionadas, entre otros aspectos³.

La tesis central que intentaré desarrollar en este trabajo parte de la base que la figura del Fiscal Económico, que fue sufriendo cambios importantes en sus atribuciones legales a lo largo de sus cincuenta años de existencia, no sólo estuvo en condiciones de ejercerlas plenamente en función de los poderes que la ley le otorgaba sino, también, del celo personal y profesional que cada uno de los fiscales le fue imprimiendo al ejercicio del cargo. Expresado de otra manera, intentaré demostrar que el fundamento principal de la figura del fiscal, que es el principio de la autonomía personal e institucional, fue generando un espacio clave de independencia que los distintos fiscales tuvieron a su disposición y que su uso dependió de las ideas, convicciones y principios, y de manera muy importante de la personalidad de cada uno de ellos. Sin embargo, cabe adelantar que el uso de ese espacio de autonomía por parte del fiscal también estuvo sujeto a la voluntad política del Poder Ejecutivo y al grado de desarrollo y madurez del sistema económico de libre mercado en el país.

Es a partir de esta propuesta que analizaré el desarrollo de este espacio de autonomía tanto institucional como personal de la figura del fiscal, cuyo crecimiento no siempre fue lineal, y las características de las diversas relaciones que se fueron dando con los otros actores del sistema que engloba e incumbe al sistema de la defensa de la libre competencia.

En este marco, intentaré mostrar cómo la figura y el poder del fiscal fueron variando en función de los cambios en las atribuciones que se le incorporaron o restaron, dependiendo del momento, a las instituciones colegiadas con las que el fiscal debía interactuar.

También iré mostrando los cambios en la definición de lo que se denomina el bien jurídico cautelado por la legislación y la institucionalidad de defensa de la libre competencia, que durante mucho tiempo incluyó, explícita e implícitamente, el interés de los consumidores, aspecto que fue zanjado recién hacia el final del período estudiado.

Para llevar adelante esta investigación consulté un abanico amplio de fuentes, que serán citadas más adelante, entre las que cabe destacar las diversas leyes que conciernen al tema de la defensa de la libre competencia, algunas memorias de título universitarias, y una amplia gama de artículos y libros nacionales y extranje-

³ Cabe señalar que aun cuando la Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia, específicamente ha sido y es la última instancia en conocer y resolver algunos casos claramente definidos, opté por incorporar sus fallos cuando una o más de una de las partes involucradas recurrieron a dicho tribunal en los casos analizados.

ros que, desde ópticas distintas, fueron de gran utilidad tanto para comprender el a veces complejo ámbito de cruce interdisciplinario entre el Derecho y la Economía, como la historia económica y política reciente de nuestro país.

La revisión de un número importante de los textos de las resoluciones emitidas tanto por la Comisión Antimonopolios como por la Comisión Resolutiva, así como de algunos dictámenes de las Comisiones Preventivas Provinciales y Regionales, y de la Comisión Preventiva Central, más algunos fallos de la Corte Suprema, permitió conocer los criterios jurídicos y económicos que se fueron aplicando en el ámbito de la defensa de la libre competencia, y cómo fueron variando en el tiempo. Por esta vía pude también acceder a los planteamientos exhibidos por el fiscal y los equipos profesionales bajo su dependencia.

De particular importancia resultó la utilización de la herramienta de la entrevista personal, así como la revisión de la prensa diaria, que me permitió detectar no sólo los principales casos que debieron conocer los fiscales y las demás instancias institucionales sino, también, la existencia de conflictos abiertos y soterrados, la manifestación de opiniones técnicas y políticas, y la formación de diversos climas tanto en el ámbito de la opinión pública en general como de cada uno de los actores involucrados en particular.

Este libro está organizado en tres partes, que en orden cronológico van dando cuenta de períodos amplios y claramente definidos, tanto en el entorno de la historia económica y política de Chile, cuyo objetivo es el de entregar a grandes trazos un contexto al lector, como del desarrollo de la legislación e institucionalidad de defensa de la libre competencia, que constituye el espacio en el que los distintos actores de este sistema actuaron e interactuaron, entre los años 1959 y 2010.

Con el objetivo de lograr una exposición que permita comprender el devenir en el tiempo de la economía chilena y de la legislación e institucionalidad procompetencia, cada una de las partes de este texto está ordenada con una estructura temática similar, aun cuando en algunas ocasiones, en función de una mayor claridad, se analizan con mayor profundidad algunos tópicos particulares.

La primera parte, que abarca el período entre 1959 y 1973, se inicia con algunas consideraciones iniciales, que buscan situar históricamente la problemática de la economía de mercado y de la necesidad de instaurar una institucionalidad que vigile y asegure su correcto funcionamiento, sobre todo en materia de libre competencia. Partiendo de algunas preocupaciones expresadas por el propio Adam Smith en torno a esta cuestión, busqué caracterizar brevemente los comportamientos anticompetitivos que algunos de los grandes empresarios estaounidenses fueron exhibiendo a lo largo del siglo XIX, los que, en gran medida, sirvieron de base para la dictación de una trascendente legislación e institucionalidad antimonopolios en Estados Unidos. Asimismo, en esta sección intenté mostrar cómo esas convicciones procompetencia de las autoridades estadounidenses, que en las primeras décadas del siglo XX se tradujeron en la estructuración de un complejo sistema institucional, después del término de la Segunda Guerra Mundial fueron impulsadas en el ámbito internacional. Y fue precisamente en ese contexto, que el gobierno de Chile invitó a un grupo de economistas estadounidenses –conocido como la misión Klein-Saks– a presentar

un paquete de medidas para estabilizar la economía nacional que, entre otras disposiciones, proponía la adopción de una legislación antimonopolios para Chile que, inspirada en la experiencia *antitrust* de Estados Unidos, fue aprobada en 1959.

Tras caracterizar la trayectoria que exhibió el país en su camino hacia la construcción de un Estado cada vez más dirigista y evaluar los, en general, magros resultados económicos de las medidas propuestas por esta misión, me aboqué a la dictación de la ley N° 13.305, cuyo título v, denominado “Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial”, se constituyó en la base del desarrollo institucional chileno en estas materias, a partir de 1959. En esta ley se consagró la creación de la Comisión Antimonopolios, cuyo funcionamiento fue al cabo de un tiempo complementado y perfeccionado con la instauración de la figura de un fiscal, al que a través de la ley N° 15.142, de enero de 1963, se le otorgó una serie de facultades que, entre otras, lo definieron como acusador público representando el interés general de la colectividad y el de llevar adelante las investigaciones de posibles infracciones a la ley, ordenadas por la Comisión Antimonopolios.

A continuación, y después de describir las funciones y atribuciones tanto de la Comisión Antimonopolios como del fiscal, examino las fortalezas y, especialmente, las debilidades de ambas instancias, que se reflejaron en su funcionamiento e interacción, y que se vieron, además, obstaculizados por un contexto económico-político cada vez más adverso a la defensa de la libre competencia.

Después de analizar los principales casos que se investigaron y resolvieron en el marco de la nueva ley antimonopolios, sobre todo en los primeros años de la década de 1960, esta primera parte finaliza con una revisión pormenorizada del caso de la estatización de los bancos emprendida por el gobierno de la UP, que marcó de manera importante a la institucionalidad que cautelaba los principios de la libre competencia.

La segunda parte, que aborda el período 1973-1990, se inicia con un examen de las políticas económicas que se comenzaron a aplicar inmediatamente después del golpe militar del 11 de septiembre, que junto con ir estructurando la instauración de una economía de mercado, sentó las bases legales de una nueva y también más robusta arquitectura institucional promotora y defensora de la libre competencia en el país.

La plataforma fundamental de esta institucionalidad fue –y en muchos aspectos aún lo es– el DL N° 211, de diciembre de 1973, que llevó el título de Normas para la Defensa de la Libre Competencia. Partiendo de las ideas que sus principales redactores buscaron plasmar en este texto y de las consideraciones económicas, políticas y sociales que ellos debieron tomar en cuenta para su aprobación por la Junta de Gobierno, en este acápite busqué mostrar la lógica de funcionamiento de las distintas comisiones que se crearon, poniendo el foco en la Comisión Resolutiva, que como su nombre lo indica, fue el cuerpo colegiado encargado de resolver las posibles infracciones al DL N° 211. De igual forma, examiné y caractericé las nuevas atribuciones que recibió la recién creada Fiscalía de la Defensa de la Libre Competencia y su jefe superior, el fiscal, que no sólo vio incrementadas sus facultades sino, también, sus grados de autonomía, entre otros aspectos.

Luego, revisé los principales casos que la nueva institucionalidad debió conocer y resolver, analizando las interacciones que entre sus partes integrantes se fueron dando, y en particular cómo el fiscal fue organizando y dotando con funcionarios a la Fiscalía.

A continuación, procuré dar cuenta de las modificaciones que en 1979 se le introdujeron a algunos preceptos del DL N° 211 y el contexto económico y político en que éstas se efectuaron, entre las cuales cabe destacar una muy trascendental: el nombramiento del fiscal pasó a ser de libre designación del Presidente de la República. En función de este cambio, realicé, enseguida, un análisis de la cuestión de la autonomía del fiscal en el ejercicio de sus atribuciones.

En el acápite siguiente revisé la temática relacionada con la protección de los consumidores, que aun cuando no siempre se la ha entendido de manera unánime como uno de los bienes jurídicos protegidos por las leyes antimonopolio, en el caso chileno aparece mencionada de manera reiterada en la legislación, la institucionalidad, la jurisprudencia y en algunas intervenciones públicas de diversas autoridades, a lo largo de una extensa parte del período que aborda este trabajo.

Al final de la segunda parte, analicé los casos más relevantes que fueron vistos por la institucionalidad pro libre competencia en la década de 1980, que cierra con una suerte de epílogo que busca establecer un balance económico y político hacia 1988. El plebiscito de ese año marcó el retorno a la democracia, la continuidad del modelo económico, la introducción de importantes políticas sociales y también el nombramiento de un nuevo fiscal.

La tercera y última parte que cierra este libro, en su primera sección aborda específicamente las continuidades y los cambios en el modelo económico de libre mercado durante los gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia (1990-2010), que concluye con un intento de caracterizar la transformación del país en una sociedad de mercado y de consumidores en este período.

En la segunda sección, se analizan los períodos en que consecutivamente ejercieron cinco fiscales, los distintos énfasis institucionales que fueron desarrollando, los principales casos que desarrollaron, las diversas presiones que varios de ellos debieron administrar, las críticas públicas y privadas de que fueron objeto, también los cambios que algunos impulsaron en el entorno de la institucionalidad en general, como de la Fiscalía en particular.

Especial importancia le otorgué a las reformas aplicadas en 1999, que en lo fundamental aumentaron las capacidades investigativas de la Fiscalía; a la crisis de la institucionalidad que se reflejó en la renuncia de uno de los fiscales y a la consecuente introducción de cambios institucionales de carácter estructural, que dieron pie al reemplazo de la Comisión Resolutiva y demás comisiones por el actual Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a fines del año 2003.

En esta misma línea, esta segunda sección –y la tercera parte del libro– cierra con el análisis de una nueva reforma, aprobada a mediados de 2009, que implicó sobre todo aumentar las capacidades investigativas de la Fiscalía, que buscó y logró poner en equilibrio las atribuciones y capacidades de la Fiscalía con las del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y que dejó establecida una

modalidad distinta para la designación y eventual remoción del Fiscal Nacional Económico.

En suma, a lo largo de las tres partes de este libro intenté ir explicando y vinculando los principales elementos históricos de continuidad y cambio que el país exhibió en su desarrollo económico entre los años 1959 y 2010, y, en ese contexto, analicé el desenvolvimiento de la legislación e institucionalidad encargada de velar por la libre competencia en Chile.

Cabe aclarar que en este trabajo he optado por no abordar el análisis del ámbito internacional de la legislación antimonopolios, que habría permitido conectar y comparar nuestra legislación con la experiencia de otros países relevantes en esta materia. Esta decisión se fundamentó en que el desarrollo de dicha faceta, que constituye un área de estudio en sí misma, con todo lo interesante que podría resultar, habría extendido esta investigación más allá de los tiempos razonables.

Otro aspecto que no trataré en este texto se refiere a una instancia de trabajo a la que el Fiscal Nacional Económico debe concurrir desde el año 1985 y presidir desde 1990: la comisión nacional encargada de investigar la existencia de distorsiones en el precio de las mercaderías importadas. Este organismo cuenta entre sus funciones la de proponerle al Presidente de la República la aplicación de sobretasas arancelarias, derechos antidumping y derechos compensatorios, especialmente en el caso de ingreso de mercaderías importadas a precios distorsionados, que puedan causar daños a la producción nacional. Aun cuando este ámbito de incumbencia de la Fiscalía Nacional Económica tiene un grado efectivo de relación con temas de libre competencia, opté por no abordarlo por razones similares al caso anterior. Por los mismos motivos excluí del análisis la participación del fiscal nacional en la Junta General de Aduanas.

No quiero concluir esta introducción sin agradecer a todos quienes hicieron posible en diversos momentos y desde posiciones distintas el desarrollo de la investigación y la redacción de este libro.

A Daniel Cano, licenciado en Historia de la UC y actual doctorando en Estados Unidos, quien me ayudó diligentemente en la búsqueda y organización de diversos datos históricos relacionados con la legislación y estructura de la Fiscalía Nacional Económica.

A Ricardo Jungmann, profesor de la Facultad de Derecho de la UC e integrante del Centro de Libre Competencia de esa Facultad, quien con mucha generosidad me facilitó el acceso a un valioso conjunto de documentos, leyes y bibliografía, que me fue de gran utilidad para esta investigación.

Al abogado Óscar Illanes, autor de una importante memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, que se publicó en 1965, y secretario relator de la Comisión Antimonopolios, entre los años 1960 y 1968, quien me concedió una entrevista que resultó fundamental para entender las precariedades de la institucionalidad antimonopolios en sus inicios.

A la abogada Olga Feliú, quien en una extensa entrevista compartió conmigo sus recuerdos personales y profesionales tanto acerca del trabajo desarrollado por

su marido, Waldo Ortúzar, quien fuera el primer fiscal nombrado en 1963 y que se mantuvo en el cargo hasta comienzos de 1990, como de los diversos momentos en que fueron redactados los distintos artículos del DL N° 211.

Al abogado Óscar Aitken Lavanchy, quien me relató pormenorizadamente los contextos y momentos que rodearon su participación en la redacción del DL N° 211, los que resultaron fundamentales para la comprensión de los alcances, objetivos y de las lógicas interna y externa de ese fundamental cuerpo legal.

Al economista Sergio de Castro, quien me introdujo en los contextos e intersticios económicos, políticos y personales de los meses posteriores al golpe militar –pronunciamiento dirá él–, en los que se comenzaron a tomar decisiones determinantes para el futuro de la economía del país, período en el que él fue un actor central.

Al ingeniero Fernando Léniz, quien me relató cómo se fue estructurando un ambiente favorable a las ideas de libre mercado entre algunos empresarios antes y después del 11 de septiembre de 1973, y el papel que le correspondió desempeñar al momento de asumir la cartera de Economía.

A los ex fiscales Rodrigo Asenjo, Francisco Fernández, Pedro Mattar y Enrique Vergara y al ex subfiscal Juan Pablo Lorenzini, quienes rememoraron sus respectivos períodos en la Fiscalía Nacional Económica, y con mucha franqueza me detallaron momentos reconfortantes y también muy difíciles, en lo institucional y personal, que les correspondió vivir. Las entrevistas que ellos me concedieron fueron de gran utilidad para esta investigación, sobre todo en lo relacionado con la importancia de la figura del Fiscal Nacional Económico y la relevancia que tienen la autonomía de ese cargo, el compromiso y valores de quien lo ejerce y el papel fundamental que cumple al interior del sistema de defensa de la libre competencia.

Al abogado Iván Seguel, funcionario de la Fiscalía desde el año 1976, quien desde distintas posiciones y responsabilidades al interior de esa institución, ha visto y sido parte de su historia, en la medida que conoció a todos los fiscales, compartió con ellos y fue parte de sus equipos de trabajo hasta hoy.

A mis colegas académicos Juan Pablo Couyoumdjian (Facultad de Gobierno, Ciencia Política y Políticas Públicas de la Universidad del Desarrollo) y José Díaz (Instituto de Economía de la UC) y al abogado UC, Eugenio García-Huidobro Herrera, quienes con gran paciencia, interés, rigor y generosidad leyeron el manuscrito de este libro. Sus acertados comentarios, correcciones y sugerencias, efectuados desde la Economía, la Historia y el Derecho, me permitieron darle la forma final a este texto. En gran medida debo a ellos los aciertos que éste pueda contener; sin embargo, es un deber aclarar que los errores, omisiones y faltas que contiene son de mi total y absoluta responsabilidad.

A la periodista Kareen Calcagno, encargada de prensa de la Fiscalía Nacional Económica, quien con mucha paciencia y profesionalismo actuó como un eficaz nexo en la coordinación de varias entrevistas, y gestionó el acceso a parte importante de la información histórica institucional y periodística utilizada en este libro. Este agradecimiento es también extensivo a María Soledad Riqué, bibliotecaria de

la Fiscalía Nacional Económica, quien me facilitó el acceso a diversos materiales bibliográficos y documentales.

Al actual Fiscal Nacional Económico, Felipe Irrázabal, quien desde el momento en que inicié la investigación, me brindó las más amplias garantías de respeto a la libertad académica para interpretar la historia de la Fiscalía y de la institucionalidad de defensa de la libre competencia. Como aclaré al iniciar esta introducción, este libro no representa la visión oficial que la Fiscalía Nacional Económica o el propio Fiscal Nacional Económico tienen acerca de su historia. Por lo tanto, su contenido es de mi entera responsabilidad y ello se lo debo y agradezco a la seriedad con que el fiscal Felipe Irrázabal mantuvo siempre su compromiso inicial.

Al director del Instituto de Historia, Fernando Purcell, y al entonces decano de la Facultad de Historia, Geografía y Ciencia Política de la UC, José Ignacio González, quienes me otorgaron todas las facilidades necesarias para dedicar parte importante de mi jornada académica a la conclusión de este texto.

Finalmente, quiero dedicar este libro a mis padres, Tito y María Eugenia, y de manera muy especial a Carolina y a nuestros hijos Santiago, Tomás, Antonio y Vicente, que con mucha comprensión y paciencia me acompañaron durante los exigentes períodos de investigación y redacción de este libro.

PARTE I:
LOS INICIOS DE LA LEGISLACIÓN
E INSTITUCIONALIDAD ANTIMONOPOLIOS,
1959-1973

CONSIDERACIONES INICIALES

Adam Smith, en su *Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones* (1776), popularmente conocida como *La riqueza de las naciones*, expuso con absoluta claridad que es la tendencia natural de los hombres al intercambio y a la búsqueda de satisfacer sus propios intereses lo que los mueve a ofrecer bienes y servicios en el mercado. Esta idea la sintetizó planteando:

“No es de la benevolencia del carnicero, del viñatero, del panadero, sino de sus miras al interés propio es de quien esperamos y debemos esperar nuestro alimento”⁴.

Para el funcionamiento de una sociedad basada en estos principios, se necesita básicamente de un buen sistema de administración de justicia que garantice dos condiciones básicas del mercado: respeto a la propiedad privada y a la validez de los contratos. A lo anterior, Adam Smith agregó que el Estado también debía asegurar la defensa de la nación ante agresiones extranjeras; construir y mantener ciertas obras e instituciones públicas de interés general y poco atractivas para la inversión privada, destacando que no le competía coordinar los distintos intereses presentes en la sociedad⁵.

A lo largo de su obra, el economista escocés insistió en varias ocasiones que el Estado debía evitar controles y regulaciones en el sistema económico, absteniéndose de establecer subvenciones, derechos de aduana y monopolios legales, entre

⁴ Adam Smith, *La riqueza de las naciones*, libro 1, cap. 2, p. 14.

⁵ Cfr. Germán Gutiérrez Rodríguez, *Ética y economía en Adam Smith y Friedrich Hayek*, pp. 173-174.

otros aspectos, todo ello con el objetivo de ampliar el mercado, fortalecer la división del trabajo y lograr la prosperidad de todos a través de la libre competencia⁶.

Eso sí, vio con preocupación que tanto comerciantes como algunos fabricantes –en el marco de las políticas económico-mercantilistas imperantes en su época– habían ido obteniendo, precisamente de parte de las autoridades, diversos privilegios –monopolios– que atentaban contra la libre competencia que según él debía imperar en el mercado:

“Los intereses de los que comercian en ciertos negocios particulares o manufacturas no sólo son diferentes, sino enteramente opuestos al beneficio común. Ampliar la venta de sus productos y restringir la competencia es siempre interés de los comerciantes, en tanto el ampliar el mercado es muy conforme al interés público; pero el limitar la competencia no puede menos que ser siempre contrario al beneficio común y sólo es capaz de producir el efecto de habilitar al comerciante para que, aumentando sus ganancias a más de lo que deberían ser, impongan, en beneficio particular suyo, una especie de contribución o carga sobre el resto de sus conciudadanos”⁷.

Esta inclinación de los comerciantes y fabricantes a restringir la competencia la graficó de la siguiente manera:

“Rara vez se verán juntarse los de una misma profesión u oficio, aunque sea con motivo de diversión o de otro accidente extraordinario, que no concluyan sus juntas y sus conversaciones en alguna combinación o concierto contra el beneficio común, conviniéndose en levantar los precios de sus artefactos o mercaderías”⁸.

Estas aseveraciones de Adam Smith, acerca de la tendencia de los empresarios a restringir la competencia y a coludirse para favorecer aumentos artificiales de precios, quedaron demostradas en el contexto del proceso de industrialización (revolución industrial), que se desarrolló primero en Gran Bretaña y después en las regiones noroccidentales de Europa y en Estados Unidos, especialmente durante el siglo XIX.

A partir de la consolidación del denominado capitalismo industrial, es posible observar el desarrollo de una serie de comportamientos entre algunos de los grandes empresarios estadounidenses –en la línea de las inclinaciones ya advertidas por Adam Smith–, que fueron construyendo sus imperios económicos sobre la base de acciones monopólicas en un contexto desregulado en esa época, pero que

⁶ Cabe señalar que Adam Smith justificó para algunos casos la creación de monopolios temporales. Por ejemplo, cuando una compañía emprendía por su propia cuenta y riesgo el tráfico comercial con una “nación bárbara y remota”, la autoridad debía compensar los riesgos asumidos concediéndole un monopolio por cierto número de años. Smith, *op. cit.*, libro V, cap. 1, parte III, p. 361.

⁷ *Op. cit.*, libro I, cap. 11, p. 279.

⁸ *Op. cit.*, libro I, cap. 10, p. 142. No obstante estas duras críticas, también tenía claro que existían comerciantes y fabricantes que velaban por el interés general, afirmando que ellos: “(...) amantes de la patria y del beneficio común, manejan sus negocios con utilidad propia y sin perjuicio del público interés”, *op. cit.*, libro I, cap. 11, p. 279.

más tarde darían pie a la instauración de leyes e instituciones cuyo objetivo central sería el de proteger y garantizar la libre competencia en el mercado⁹.

Entre los empresarios más destacados de Estados Unidos, que forjarían las denominadas *giant corporations*, sobresalieron los nombres de: Cornelius Vanderbilt (navieras y ferrocarriles), John D. Rockefeller (petróleo), Andrew Carnegie (acero) y John Pierpont Morgan (banca y finanzas). El poder económico y la influencia política que ellos fueron adquiriendo tras la Guerra de Secesión (1861-1865), ha llevado a algunos autores a plantear que los presidentes de Estados Unidos que sucedieron a Abraham Lincoln, como: Andrew Johnson, Rutherford B. Hayes o Chester A. Arthur, pasaron desapercibidos para la opinión pública y la historia, más que todo debido a la preeminencia de los grandes empresarios¹⁰.

A través de compras hostiles de sus competidores, el cobro de tarifas depredatorias, la negociación de acuerdos colusivos (carteles), megafusiones, operaciones de integración vertical y horizontal, reparticiones de mercados, la concentración de empresas en los denominados *trust*, entre otras acciones, estos empresarios lograron llevar sus compañías a posiciones dominantes en el mercado a fines del siglo XIX.

La situación comenzó a cambiar cuando empezaron a surgir fuertes críticas a la fórmula del *trust* en la opinión pública, cuestionando sobre todo el gran poder que estaban adquiriendo¹¹. Políticamente sensibles ante estas acusaciones, diecisiete estados promulgaron leyes antimonopolios en los últimos años de la década de 1880, mientras en el ámbito federal se creó en 1887 la Interstate Commerce Commission, organismo federal a cargo de regular el tráfico ferroviario entre los estados.

Las discusiones sobre los monopolios llegaron muy rápido al Congreso en Washington, donde el debate se desarrolló apasionadamente. Uno de los más destacados críticos de los monopolios fue el senador John Sherman, quien justificó su posición planteando que tal como no se estaba dispuesto a tolerar a un rey en el poder político, tampoco se podía permitir la existencia de un rey en la producción, el transporte y la venta de bienes. Agregando que no se debía quedar sometido a los autócratas del mundo de los negocios, cuyo poder les facilitaba obstaculizar la libre competencia y fijar los precios de los distintos productos¹².

Tras intensos debates, en 1890 se promulgó la primera ley federal antimonopolios, conocida como la Sherman Act, inaugurando con ella lo que se iría transformando en una política de dimensiones nacionales y luego internacionales¹³.

En lo esencial, esta ley declaró ilegales todo contrato, intriga en forma de consorcio u otra, o conspiración que pretenda restringir el comercio entre los

⁹ Acerca de los complejos inicios de la legislación e institucionalidad *antitrust* en Estados Unidos, véase, entre otros, Daniel A. Crane, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, chapter 1.

¹⁰ Werner Kurzlechner, *Fusionen, Kartelle, Skandale. Das Bundeskartellamt als Wettbewerbschützer und Verbraucheranwalt*, p. 15.

¹¹ John Milton Cooper, Jr., *Pivotal decades. The United States, 1900-1920*, p. 11 and ss.

¹² Kurzlechner, *op. cit.*, pp. 21-22.

¹³ Aun cuando suele afirmarse que esta ley fue la primera en que se dictó en el ámbito nacional en materia antimonopolios, cabe precisar que en 1889 Canadá ya había legislado en este sentido (Competition Act).

diferentes estados o con otras naciones. También, estipuló que toda persona que monopolice o intente monopolizar, o se combine o conspire con otra y otras para monopolizar una parte cualquiera del comercio entre los diferentes estados o con otras naciones, será considerada culpable¹⁴.

Sin embargo, las disposiciones de esta ley resultaron ser muy vagas, careciendo, además, de claridad al no definir con precisión conceptos centrales como “monopolio”, “tentativa de monopolio” o “restricción del comercio”, que como acabo de señalar fueron declarados ilegales.

Las penas establecidas podían ser multas en dinero con un máximo de cinco mil dólares y, en casos específicos, podían llevar a los infractores a la cárcel, con una condena máxima de un año.

Debido a que el contenido de esta ley resultó muy impreciso y en muchos casos muy difícil de aplicar, al Ministerio de Justicia, ente que asumió la responsabilidad de velar por la libre competencia –función que mantiene en la actualidad– se le hizo extremadamente complejo cumplir con este nuevo mandato, pues contaba con sólo ochenta empleados, dieciocho de los cuales eran fiscales, que muy pronto se vieron sobrepasados por la carga de trabajo.

No obstante que en 1903 el Congreso autorizó la creación de una división antimonopolios especializada dentro del ministerio, con nueve funcionarios y un mayor presupuesto, durante la primera década de vigencia de la ley Sherman, se presentó un promedio de 1,5 causas por año ante los tribunales, que en la década de 1920 subió a doce. Aun cuando los jueces fallaron la mayoría de las veces a favor de los fiscales, los montos de las multas en dinero se consideraron relativamente bajos: en un período de cuarenta años desde la promulgación de esta ley, las multas sumaron US\$2.170.000.000, en más de trescientos casos fallados; en tanto, las penas de cárcel no sumaron más de cinco años en total y rara vez afectaron a los propietarios y a los altos ejecutivos¹⁵.

Ante la prohibición expresa de los *trusts* y los carteles, las empresas reaccionaron aplicando la modalidad de las fusiones, legalmente aceptadas, dando origen a nuevos grandes consorcios. De hecho, se estima que entre 1894 y 1904 se habrían producido ciento treinta y una fusiones, en las que participaron mil ochocientas empresas.

Un hito relevante en la vigencia inicial de la ley Sherman se produjo el año 1904, cuando la Corte Suprema interpretó que este cuerpo legal permitía desarticular los grandes consorcios, a través de su subdivisión en unidades independientes. El argumento central fue cualquier inclinación a aumentar su poder de mercado por parte de una empresa sería considerado como una prueba de intento de formar un monopolio.

Una de las compañías que debió sufrir de manera directa los efectos de esta nueva interpretación fue Standard Oil, que en esa época controlaba ya el 90% de la refinación de petróleo en Estados Unidos. En 1911, el Ministerio de Justicia acusó a esta empresa de sostener conversaciones secretas sobre tarifas ferroviarias.

¹⁴ Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus, *Economía*, p. 338.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 23.

La Corte Suprema determinó que la empresa de John D. Rockefeller había efectivamente violado la ley Sherman, fundamentando su fallo en la denominada “regla de la razón”, que analizando caso a caso, requiere no sólo la existencia concreta de poder de monopolio sino, también, la hipótesis de intencionalidad de restringir el comercio y la existencia de una repercusión importante en el mercado.

Consecuencia de lo anterior fue la decisión de la Corte de ordenar la subdivisión de Standard Oil en más de treinta sociedades, entre las cuales sobresalieron ESSO, con sede en New Jersey; Mobil Oil, en New York y Chevron, en California.

Ese mismo año fueron subdivididas, también, American Tobacco, líder en el mercado de cigarrillos y el consorcio químico Du Pont.

Pero esta dura línea interpretativa de la Corte Suprema fue muy pronto abandonada, lo que volvió a generar una oleada de fusiones, que involucró a más de cinco mil empresas entre 1916 y 1929¹⁶.

Ante la desigualdad de criterios para interpretar la ley Sherman, se concluyó que era necesario introducirle modificaciones aclaratorias buscando, al mismo tiempo, reforzar su capacidad para garantizar la libre competencia. El debate se agudizó en medio de la campaña presidencial de 1912, que enfrentó al Presidente en ejercicio, el republicano Teodoro Roosevelt, con el candidato demócrata Thomas Woodrow Wilson. Mientras el primero consideraba que los grandes consorcios posibilitaban la generación de importantes eficiencias, especialmente si se los comparaba con las empresas más pequeñas, también era consciente de que las primeras ponían en riesgo la libre competencia. En función de lo anterior, planteó la necesidad de crear una nueva institución, que siguiendo el modelo de la ya mencionada Interstate Commerce Commission, se preocupara de vigilar el comportamiento de las grandes empresas. Thomas W. Wilson, por su parte, se pronunció a favor de cambios más estructurales, planteando que los grandes consorcios no traían mayores eficiencias a los negocios, sino que las generaban a partir de acciones codiciosas que atentaban contra la libre competencia.

Aun cuando la elección fue ganada por Thomas W. Wilson, la discusión en este ámbito fue zanjada a través de una combinación de ambas posturas. En 1914 se promulgó la Clayton Act que, entre otros aspectos, declaró ilegales los denominados contratos vinculantes, por los cuales un cliente se ve obligado a comprar un determinado producto, en circunstancias que prefiere uno distinto; prohibió la discriminación de precios y los contratos exclusivos y declaró ilegales los consejos de administración integrados por personas que tenían participación en otras empresas de la misma industria. También se estableció la obligatoriedad de la aprobación previa en los casos de fusiones generadas a partir de la adquisición de acciones de compañías de la competencia. Todas estas prácticas no fueron definidas como ilegales *per se* –es decir, siempre–, sino sólo cuando tenían el potencial de reducir significativamente la competencia¹⁷. Cabe señalar que esta ley aclaró que no tenía jurisdicción en el ámbito del trabajo humano, definiendo que no era

¹⁶ Kurzlechner, *op. cit.*, p. 25.

¹⁷ Samuelson y Nordhaus, *op. cit.*, p. 338.

una mercancía, y que, por ende, no servía para declarar como atentatorias contra la libre competencia las huelgas de trabajadores, lo que sí sucedía bajo la ley Sherman¹⁸.

Ese mismo año, se creó la Federal Trade Commission, que se constituyó como una comisión de expertos, cuyos integrantes eran nombrados por el Presidente por un período de siete años. Este grupo debía vigilar el correcto funcionamiento de la economía y, al mismo tiempo, perseguir cualquier infracción a la legislación antimonopolios. En 1938, fue autorizada para investigar y prohibir la publicidad falsa y engañosa.

Debido a que los ámbitos de atribuciones entre la Federal Trade Commission y el Ministerio de Justicia no quedaron determinados de forma clara desde un inicio, lo que produjo algunos roces entre ambas instituciones, en 1948 se les definieron sus campos de acción en función de sectores económicos determinados y del tipo de infracción a la ley antimonopolios que debían vigilar¹⁹.

Si intentamos interpretar estos últimos ajustes a las instituciones de defensa de la libre competencia en Estados Unidos, y las vinculamos con el escenario internacional que se fue configurando después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, veremos que este país se había transformado en la primera potencia militar, política y económica de todo el orbe. Promoviendo la creación de las Naciones Unidas, que debían garantizar la paz entre los países; impulsando la reconstrucción política de Europa por la vía de fortalecer su sistema democrático y de posibilitar su recuperación económica, en especial de Alemania, a través del Plan Marshall; Estados Unidos también se transformó en el principal promotor de la libertad de comercio y de legislación e institucionalidad antimonopolios en todo el mundo.

De hecho, a fines de 1947 el gobierno estadounidense promovió con mucha energía y convicción estos dos temas en una conferencia internacional celebrada en Cuba. La denominada Carta de La Habana fue inicialmente firmada por cuarenta y cinco países, aun cuando más tarde el Congreso de Estados Unidos se negó a ratificarla debido a que consideró que sus cláusulas de resguardo y las excepciones a la no discriminación la transformaban en un instrumento que no favorecería la liberalización²⁰.

Donde sí resultó ser muy exitosa y trascendente la política estadounidense de favorecer la libertad económica y la libre competencia, fue en la Alemania de la posguerra.

Apoyándose en el canciller Konrad Adenauer y su ministro federal de Economía, Ludwig Erhard, Estados Unidos impulsó un profundo programa de desconcentración empresarial y de prohibición de carteles, venciendo la presión ejercida por sectores políticos conservadores y de izquierda, y por los representantes de

¹⁸ Cooper, *op. cit.*, p. 199.

¹⁹ Acerca de la dualidad del sistema institucional estadounidense en el ámbito de la libre competencia, véase, entre otros, Crane, *op. cit.*, chapter 2.

²⁰ La no ratificación por parte de Estados Unidos llevó al fracaso de la Carta de la Habana, aun cuando parte de sus normas fueron incluidas más tarde en el GATT.

los grandes conglomerados, sobre todo de los gremios que los unificaban y representaban. Tras muchas negociaciones se aprobó la llamada ley de la competencia (*Wettbewerbsgesetz*) en 1957, que al entrar en vigencia a comienzos de 1958, dio inicio a la organización del organismo federal encargado de velar por la libre competencia: el *Bundeskartellamt*²¹.

De manera prácticamente paralela en el tiempo a estos hechos, entre los años 1955 y 1958, un grupo de economistas estadounidenses, con estrechos vínculos con el gobierno de Estados Unidos y el Fondo Monetario Internacional, conocido como la misión Klein-Saks, fue contratado en Chile por el gobierno de Carlos Ibáñez del Campo, con el objetivo de generar un plan antiinflacionario y de sentar nuevas bases para el crecimiento económico en el país. Entre el cúmulo de medidas propuestas, apareció el primer proyecto de ley antimonopolios en nuestro país, que en 1959 se transformaría en ley de la república.

EL CAMINO HACIA EL ESTADO DIRIGISTA

Al observar las principales tendencias que exhibieron las economías latinoamericanas, en general, y la chilena, en particular, a partir de la década de 1930, es posible constatar que una de ellas fue el constante crecimiento de la intervención estatal en ámbitos muy diversos. Incluso, ya antes de la crisis de la bolsa de New York en octubre de 1929 y de la posterior Gran Depresión, el gobierno de Carlos Ibáñez (1927-1931) había dado importantes pasos en esa dirección.

Una de las razones que ayudan a entender los orígenes de este proceso es el cambio de paradigma impulsado por los militares chilenos y apoyado por los emergentes sectores mesocráticos, que definieron al Estado como un agente activo en el desarrollo económico del país. Los fundamentos de esta idea los encontramos en sus demandas al poder político (golpe militar de 1924), las cuales se tradujeron en una serie de leyes de avanzado reformismo político, social, laboral y económico. En términos generales, las exigencias de los uniformados representaron una ácida crítica a los partidos políticos tradicionales y a sus principales representantes por el deficiente manejo político y económico que habían dado al país hasta el año 1924.

La “república parlamentaria” chilena llegaba a su fin, y para reemplazarla se dictó la Constitución de 1925, que en lo político estructuraba un sistema de gobierno presidencialista, con un Ejecutivo fuerte e independiente del “excesivo” poder parlamentario. En lo económico, con la asesoría de economistas estadounidenses (misión Kemmerer, 1925), se dio paso a la creación de una serie de nuevas instituciones. En la práctica, se pretendía estabilizar el valor del cambio interna-

²¹ Kurzlechner, *op. cit.*, pp. 69-81. Acerca de la política estadounidense a favor de la implementación de legislaciones antimonopolio en Alemania y Japón después de la Segunda Guerra Mundial, véase, entre otros, Tony A. Freyer, *Antitrust and Global Capitalism, 1930-2004*, chapters 2, 4, 5; Wyatt Wells, *Antitrust and the Formation of the Postwar World*, chapters 4, 5.

cional, combatir la creciente espiral inflacionaria, controlar la correcta inversión y utilización de los dineros fiscales y crear entidades públicas específicas destinadas a vigilar el logro de estos objetivos. Ejemplo de lo anterior fue la creación del Banco Central de Chile (1925), de la Contraloría General de la República y de la Tesorería General de la República (ambas en 1927). También se creó la Superintendencia de Bancos (1925), la de Compañías de Seguros (1927) y la Inspección General de Sociedades Anónimas y Operaciones Bursátiles (1928).

Nuevos organismos estatales fueron instituidos para otorgar facilidades crediticias a distintas ramas de la producción. Para cumplir este objetivo se creó: la Caja de Crédito Agrario (1926), la Caja de Crédito Minero (1927) y el Instituto de Crédito Industrial (1928). Para incentivar la producción nacional, se alzaron las tarifas aduaneras a través de la dictación de un nuevo Arancel Aduanero de corte proteccionista (1928).

Si bien en el siglo XIX lo había hecho reiteradamente, bajo el gobierno de Carlos Ibáñez el Estado retomó un fuerte y activo rol empresarial, ya fuera en sociedades mixtas, como la COSACH²² (1930) o creando empresas estatales como la LAN Chile (1929).

Para el gobierno de Carlos Ibáñez, el problema central que vivía el país era de orden económico y su solución radicaba en darle un contenido económico al Estado; es decir, un Estado que se preocupara de la economía, que la planificara, regulara, incentivara e interviniera. El trasfondo explicativo de lo anterior radicaba en que tras la Primera Guerra Mundial, la economía chilena había comenzado a evidenciar serios problemas por la pérdida del monopolio mundial del salitre natural. La competencia del cada vez más barato salitre sintético, estaba significando una paulatina, pero fuerte disminución del ingreso nacional, y un progresivo déficit fiscal²³.

Mientras entre 1927 y 1929 la economía chilena vivió un período de bonanza, impulsado por la expansión de la economía mundial, el acceso cuantioso al crédito internacional y el desarrollo de un ambicioso plan de obras públicas, el *crash* de la bolsa de New York y la Gran Depresión (1931-1935) golpearon profundamente los cimientos económicos del país.

La crisis se extendió a gran velocidad de Estados Unidos a Europa, y luego al resto del mundo. Se paralizaron los préstamos e inversiones tan prolíficos en los años anteriores y se deterioraron sustancialmente los términos de intercambio comercial. Debido a la caída de los precios de las materias primas, América Latina en general, y Chile en particular, disminuyeron de manera brusca su poder de compra.

Con las exportaciones salitreras en extremo deterioradas, una deuda externa cuyo pago debió primero suspenderse y luego renegociarse, una tasa de cesantía que creció a niveles en extremo preocupantes, que sólo en el sector minero generó

²² Una sociedad anónima con 50% de participación de estatal, que agrupó a las compañías salitreras privadas con el objetivo de centralizar la elaboración y comercialización del salitre.

²³ Patricio Bernedo, "Prosperidad económica bajo Carlos Ibáñez del Campo, 1927-1929", pp. 5-105.

más de sesenta mil desocupados, entre diciembre de 1929 y diciembre de 1931, y en medio de una profunda inestabilidad política, los gobiernos que se sucedieron tras la caída de Carlos Ibáñez no fueron capaces de crear programas orgánicos para enfrentar la situación, sino que se limitaron a aplicar medidas aisladas para intentar solucionar los problemas más agudos. Ejemplo de ello fue la creación, durante el breve período de la República Socialista, del denominado Comisariato General de Subsistencias y Precios (1932), cuya función era defender a los consumidores por la vía del control y aseguramiento de la oferta de productos y de sus precios.

Recién a partir de fines de 1932, durante el segundo gobierno de Arturo Alessandri Palma, la situación comenzó a mejorar a través de la aplicación de políticas contra cíclicas, que se justificaron pragmáticamente con la finalidad de salir de la crisis, pero no aspirando a un cambio de modelo²⁴.

Con el triunfo del Frente Popular en la elección de 1938, la intervención del Estado y los afanes de planificar la economía comenzaron a organizarse de manera más sistemática, lo que llevaría, a la postre, al abandono del modelo de crecimiento hacia afuera y a la estructuración de una economía sustitutiva de importaciones. Ésta fue la base fundacional del denominado Estado desarrollista, que puso un fuerte acento en el desarrollo de la industrial nacional.

Con esa finalidad, a partir del gobierno de Pedro Aguirre Cerda y los dos gobiernos encabezados por el Partido Radical que le sucedieron (la denominada “era radical”, 1938-1952), el Estado fue adquiriendo una creciente influencia en el mercado crediticio, organizando instituciones y estableciendo normas legales para regular dichas operaciones. Se reglamentó el comercio internacional, estableciendo listas de importaciones permitidas y aranceles diferenciados de acuerdo con criterios no siempre muy claros. También se adoptaron medidas tendientes a regular los precios de modo de proteger supuestamente a los sectores más débiles y limitar los perjuicios socioeconómicos producidos por la inflación que, como veremos, se iría transformando en el principal problema del modelo de sustitución de importaciones o de desarrollo hacia adentro, como también se le conoce.

Se estimuló la creación de empresas mixtas, en las que el Estado se asoció con empresarios particulares para desarrollar determinadas áreas productivas. Pero el Estado también asumió directamente un papel empresarial. En este contexto, un primer paso en esta dirección fue la decisión de crear la CORFO.

Con el objetivo de aprovechar los recursos naturales con que contaba el país y de estructurar un desarrollo industrial planificado, el gobierno de Pedro Aguirre Cerda obtuvo en el Congreso Nacional la aprobación de la ley que creó la CORFO. A pesar de las reticencias iniciales planteadas por los sectores de la derecha política, que no vieron con buenos ojos la institucionalización del papel económico del Estado, al final accedieron tras llegar a un acuerdo que estipuló que la composición del Consejo de la CORFO integraría a representantes del empresariado y que su financiamiento se obtendría con créditos externos (esta-

²⁴ Manuel Gárate, *La revolución capitalista de Chile (1973-2003)*, p. 96 y Joaquín Fermandois, *Abismo y cimienta. Gustavo Ross y las relaciones entre Chile y Estados Unidos 1932-1938*, capítulo II.

dounidenses) y no con aumentos tributarios. De este modo, el 29 de abril de 1939 fue promulgada la ley que creó la CORFO.

Entre sus logros más importantes destacó el “Plan de electrificación del país”, que se comenzó a concretar a través de ENDESA, fundada en 1944, y cuyo objetivo fue proveer de energía barata y abundante a la industria. Aprovechando los enormes recursos hídricos disponibles en vastas zonas del país, se construyeron numerosas plantas hidroeléctricas, apoyadas por plantas térmicas, que fueron interconectadas a través de un avanzado sistema de distribución que abarcó parte importante del territorio nacional. Con el mismo objetivo de lograr autonomía en el campo de la energía, aunque con menos éxito, el Servicio de Petróleo de la CORFO dio origen a la ENAP en 1950, que estaría a cargo de la prospección y explotación de yacimientos petrolíferos.

Tras concretar una serie de estudios técnicos y comerciales, y con la finalidad de aportar el acero necesario para la gran industria, la CORFO aprobó la instalación de una gran planta siderúrgica en la zona de Concepción. Así nació en 1946 la CAP, creada con financiamiento estatal, pero que desde el inicio otorgó participación mayoritaria al capital privado. En 1950 la usina de Huachipato dio inicio a sus actividades de producción de acero.

En el ámbito de la agroindustria, a mediados de la década de 1940, la CORFO realizó estudios para la producción de azúcar de remolacha, que derivaron en la creación de la empresa IANSA, en 1952.

En el sector bancario, durante el segundo gobierno de Carlos Ibáñez, se agrupó a las Cajas Nacionales de Ahorros, de Crédito Hipotecario y de Crédito Agrario, y al Instituto de Crédito Industrial, en una sola institución, dando origen al Banco del Estado (1953). Su creación, entre otros aspectos, permitió centralizar los créditos sectoriales y la administración de las cuentas fiscales y semifiscales en esta nueva entidad, que antes eran manejadas por la banca privada.

En suma, a partir de 1939, el Estado de Chile se distinguió por un consistente esfuerzo que apuntaba a la elaboración de planes de desarrollo sectorial y a la creación de empresas estatales y mixtas, que debían desempeñar un papel fundamental en el desarrollo económico nacional. Sobre esta base se puede afirmar que el modelo de economía mixta, basado en la sustitución de importaciones, que el país comenzó a estructurar a fines de la década de 1930, fue relativamente exitoso en materia de crecimiento, logrando, incluso, sortear los negativos efectos económicos de la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo, muy pronto fue quedando en evidencia que este modelo de desarrollo estaba siendo afectado en sus cimientos por una creciente inflación, que ya al final del gobierno del radical Gabriel González Videla se tornó preocupante, pues se situó por sobre el 20%²⁵. Aunque no viene al caso analizar aquí las causas profundas del fenómeno inflacionario de este período, sí cabe señalar que uno de los factores que lo tornaron un problema de difícil solución radicó en la creciente

²⁵ Para la inflación de este período, véase, entre otros, José Díaz, Rolf Lüders y Gert Wagner, “La República en Cifras, 2010”.

pérdida de autonomía que afectó al Banco Central. Inicialmente concebido para cautelar la estabilidad de los precios, el ente emisor comenzó a ser presionado desde el Poder Ejecutivo para que fuera adquiriendo el papel de una institución de fomento económico²⁶. Las fuertes presiones de los gobiernos radicales para financiar su déficit fiscal y sus planes de desarrollo llevaron a un aumento sostenido de las emisiones y, en consecuencia, de la inflación, la que registró un promedio anual de 17,1% entre 1939 y 1952.

Para el Banco Central, según señaló en sus distintas memorias, los aumentos de precios se debían sobre todo a causas ajenas a su política monetaria, sindicándose la responsabilidad de la inflación al alza general de precios en el extranjero y al incremento excesivo de los salarios. Sin duda, este último punto era el más relevante, porque la alianza gobernante, frente al fenómeno inflacionario en ascenso, respondió apoyando una legislación que elevaba los salarios, como un medio de defender a los trabajadores de la inflación y, al mismo tiempo, para aumentar la demanda agregada²⁷.

En diciembre de 1946 se promulgó la ley N° 8.707, que modificó la composición del directorio del Banco Central, mediante la inclusión de dos representantes de la Cámara de Diputados y dos del Senado, lo que introdujo consideraciones políticas en las determinaciones de la institución. De hecho, a partir de ese año se observó un aumento sostenido de las emisiones y, por ende, de la inflación. Prueba de lo anterior, es que entre fines de 1945 y 1951 la emisión aumentó de \$3.573.000.000 a \$10.918.000.000; es decir, más que se triplicó en un lapso de seis años, y la inflación alcanzó un promedio del 20%, durante ese período.

Cabe señalar que estos dineros, con la modalidad de créditos directos e indirectos, fueron utilizados por los gobiernos para financiar los permanentes déficits fiscales o para capitalizar entidades públicas.

A la inestabilidad económica con que culminaba la gestión de Gabriel González Videla, se sumó la división política caracterizada por la efímera duración de los gabinetes ministeriales y el predominio de políticos populistas en el Congreso Nacional. La ciudadanía chilena, cansada de las malas administraciones, la corrupción y falsas promesas, apoyó la candidatura del ex presidente Carlos Ibáñez del Campo en las elecciones presidenciales de 1952, quien obtuvo el 46,8% de los votos. El nuevo Mandatario representaba la esperanza de un gobierno fuerte que estuviera por sobre los partidos políticos y resolviera los problemas nacionales.

En sus primeros años de gobierno, Carlos Ibáñez profundizó una política económica de corte populista, pero los niveles superlativos que registró la inflación le obligaron a enmendar el rumbo. En los dos primeros años de su gestión (1953 y 1954) ésta se elevó a 56 y a 71%. Ya en el tercer año (1955) la tasa de inflación alcanzaba un 84%. Esta última tasa era la más alta registrada hasta ese momento en Chile.

²⁶ Camilo Carrasco, *Banco Central de Chile 1925-1964. Una historia institucional*, p. 385 y ss.

²⁷ *Op. cit.*, p. 304 y ss.

LA MISIÓN KLEIN-SAKS

Para enfrentar la profunda crisis inflacionaria, el gobierno de Carlos Ibáñez, apoyado por los partidos de derecha, decidió contratar los servicios de una consultora económica estadounidense, la firma Klein-Saks. Esta asesoría, al igual que la misión Kemmerer en la década de 1920, sólo vino a dirimir, sistematizar y darle credibilidad un conjunto de proposiciones ya ampliamente analizadas en el país²⁸.

Dentro del diagnóstico elaborado por la misión, vale la pena destacar que parte importante del tema inflacionario era atribuido a la denominada “búsqueda de rentas” por parte de diversos actores sociales en pugna, lo que “degeneró en una verdadera guerra civil económica entre los grupos y clases en que el país estaba dividido”²⁹. Este conflicto de intereses sectoriales³⁰, mediado e incentivado por los partidos políticos, parlamentarios y funcionarios de gobierno, consistía en el afán de distintos grupos de interés –comerciantes, agricultores, exportadores, importadores, industriales, profesionales colegiados, obreros, empleados públicos y particulares– de capturar para sí beneficios económicos que el Estado podía otorgarles, sin tomar conciencia –o a pesar de ello– que esas rentas estaban generando severos obstáculos al desarrollo económico y democrático del país³¹.

Excluidos de este “concierto de intereses sectoriales” quedaron los pequeños empresarios, los empleados que trabajaban para ellos, artesanos y personas que en general trabajaban por cuenta propia. Es decir, quienes tenían una mínima capacidad de organizarse corporativa o sectorialmente³².

En lo medular, la propuesta de estabilización de Klein-Saks apuntaba a reducir la cantidad de dinero circulante; disminuir el gasto y el déficit fiscal; reorganizar y racionalizar la administración pública; crear nuevos impuestos; simplificar la política cambiaria; fomentar las exportaciones; limitar los reajustes salariales y eliminar subsidios y controles de precios. Como se verá más adelante con mayor detención, también incluyó el combate a los monopolios³³.

²⁸ Cabe precisar que ya el gobierno de Gabriel González Videla, en 1949, había solicitado al secretario general de las Naciones Unidas los servicios de un grupo de expertos para enfrentar los problemas económicos del país. Un poco más tarde, se hizo idéntica invitación a un equipo de expertos del FMI. Sin embargo, las recomendaciones de ambos grupos no lograron ser implementadas por la falta de apoyo político. Al respecto véase Juan Pablo Couyoumdjian, *¿Por qué la Misión Klein-Saks? Los orígenes de un programa de estabilización económica para Chile*, pp. 66-67.

²⁹ Citado por Rolf Lüders, “La Misión Klein-Saks, los Chicago Boys y la política económica”, p. 217. Cabe recordar que la idea de la inflación estructural como un sustituto social de la guerra civil en América Latina fue expuesta por el economista estadounidense de origen alemán Albert O. Hirschmann, *Journeys Toward Progress: Studies of Economic Policy-Making in Latin America*.

³⁰ Al respecto véase Adolfo Ibáñez Santa María, *Herido en el ala. Estado, oligarquías y subdesarrollo. Chile 1924-1960*, p. 354.

³¹ En Lüders, *op. cit.*, p. 218.

³² Ibáñez, *op. cit.*, p. 366.

³³ Al respecto véase, entre otros, Ricardo Ffrench-Davis, *Políticas económicas en Chile, 1952-1970*, pp. 26-29 y Couyoumdjian, *op. cit.*, p. 77.

Con la aplicación de estas recomendaciones se esperaba que en 1956 y 1957 la tasa de inflación se redujera en un 50% respecto del año anterior, para a continuación alcanzar la tan ansiada estabilidad³⁴.

Más allá de la consistencia técnica de las medidas de corte liberal impulsadas por la misión y del apoyo inicial que les brindó el gobierno, su implementación fue muy desequilibrada debido a los diversos intereses que se veían perjudicados. Ejemplo de lo anterior fue que mientras las medidas que afectaban a los asalariados fueron puestas en marcha de acuerdo con lo recomendado, las que lesionaban los intereses de los grupos vinculados a los partidos de derecha, como el aumento de los impuestos, fueron reiteradamente postergadas³⁵. Muy pronto, los sectores empresariales comenzaron a mostrar su descontento con el encarecimiento del crédito y los trabajadores, agrupados en torno a la recién creada CUT, se manifestaron con marchas y huelgas en contra de la política salarial y la cesantía, que había pasado de un 4,6% en 1952 a un 9% en 1958³⁶.

Si bien la inflación bajó apreciablemente, ubicándose en 17,3% en 1957, la debilidad política y la falta de convicción del gobierno al finalizar su período, llevaron a que los desajustes y las prácticas de satisfacer las demandas de los grupos de presión retornaran con nuevos bríos. De hecho, los déficits fiscales continuaron, al igual que el otorgamiento de exenciones tributarias y franquicias aduaneras a determinados sectores, entre otros problemas³⁷.

A pesar del naufragio de la política de estabilización de la misión Klein-Saks, conservadores y liberales lograron triunfar en las elecciones presidenciales de 1958. El gobierno de Jorge Alessandri se propuso modernizar la industria nacional, dando facilidades para importar bienes de capital y así aumentar la competitividad de la industria chilena en los mercados externos. En 1959 se inició un vasto plan de inversiones que se concentró sobre todo en viviendas y obras públicas. Por otra parte, se reajustaron las remuneraciones casi en un ciento por ciento de la inflación registrada en 1958. La tasa de desocupación también bajó. Ese mismo año se aprobó una medida que tuvo importantes efectos psicológicos: se trataba del cambio de la unidad monetaria. El escudo (E°) reemplazó al peso (\$), quedando prácticamente a la par con el dólar, lo que fue interpretado por algunos como el reflejo de la buena situación económica de Chile³⁸.

Pero el plan de largo plazo de progresiva apertura al exterior con una industria moderna fracasó debido a la acción misma de los sectores empresariales, que en un escenario de baja credibilidad ante las medidas implementadas por el gobierno, prefirieron no invertir y maximizar sus ganancias a corto plazo. De este modo, con

³⁴ Ffrench-Davis, *op. cit.*, p. 27.

³⁵ *Op. cit.*, pp. 33-35.

³⁶ Cristián Garay, "La larga marcha del estatismo. La resistencia a la Misión Klein-Saks 1955-1958", pp. 165-205.

³⁷ Ffrench-Davis, *op. cit.*, pp. 37-40.

³⁸ El establecimiento de la nueva unidad monetaria se realizó a través de la promulgación de la ley N° 13.305, del 6 de abril de 1959, que en su título VI, De la Unidad Monetaria, reemplazó al peso por el escudo.

un fuerte aumento de importaciones principalmente suntuarias, a fines de 1961 la situación tuvo su desenlace en una crisis de la balanza de pagos que obligó a tres semanas de suspensión de las operaciones del mercado de divisas, a una drástica devaluación del tipo de cambio, a la reposición de los depósitos de importación, a la creación de dos mercados cambiarios en lugar de uno, a una moratoria de los pagos de importaciones superior a noventa días y a la reimplantación de controles burocráticos. La inflación no tardó en reactivarse, mientras el déficit fiscal, que alcanzó al cinco por ciento del producto geográfico bruto, debió ser financiado con préstamos externos.

El fracaso de las dos soluciones de corte liberal (Klein-Saks y Alessandri) trajo al primer plano los planteamientos de los economistas estructuralistas, que se expresaron través de la CEPAL, organismo creado por la ONU. A su juicio, la causa básica de la inflación estaba en los desequilibrios estructurales³⁹. La CEPAL hizo un diagnóstico de la crisis latinoamericana según el cual las zonas productoras de materias primas, como Chile (periferia), estaban condenadas a sucumbir ante las zonas productoras de manufacturas (centro industrial), porque éstas controlaban tanto el ritmo de producción como los mecanismos financieros y de comercialización internacionales. La CEPAL también consideraba que al interior de cada país se producía el mismo fenómeno centro-periferia; es decir, que los centros de desarrollo industrial (grandes ciudades) se enriquecían a costa de las zonas rurales. Como solución se propusieron transformaciones globales para crear un equilibrio entre agricultura e industria, comparable al de los países desarrollados.

Hacia esa época también surgieron fuertes críticas al desempeño de la CORFO y al desgaste del impulso del Estado en el desarrollo de la economía. Una de las principales provino del economista cepaliano Aníbal Pinto Santa Cruz, quien algunos años después de publicar su libro más conocido, *Chile, un caso de desarrollo frustrado* (1959), editó *Chile: una economía difícil*. En esta obra, diagnosticó que la CORFO después de realizar “grandes inversiones pioneras” en diversas e importantes industrias en la década de 1940, en el decenio de 1950:

“cesó prácticamente toda actividad en esas líneas, tornándose la institución progresivamente en una agencia de créditos y de estímulos”.

Para salir de esta situación, Aníbal Pinto propuso que el Estado debía ejercer con mayor resolución tanto su papel de promotor y planificador de la economía como su papel empresarial, lo que implicaba “colocar en manos del poder público el control de una parte sustancial de los recursos nacionales”⁴⁰.

En Chile, las tesis estructuralistas cepalianas fueron recogidas en parte por el programa presidencial de Eduardo Frei Montalva, que triunfó ampliamente en las elecciones de 1964. El proyecto de transformaciones emprendido por la Democracia Cristiana aspiraba a largo plazo a crear una vía diferente de desarrollo, una alternativa al socialismo y al liberalismo denominada “comunitarismo”. Bajo

³⁹ Al respecto, véase, entre otros, Gárate, *op. cit.*, p. 129.

⁴⁰ Aníbal Pinto Santa Cruz, *Chile: una economía difícil*, pp. 142 y 152 y ss.

esa premisa se aplicó una política económica que pretendía, por un lado, lograr una tasa de crecimiento mayor y, al mismo tiempo, efectuar cambios estructurales que implicaban redistribuir la riqueza en beneficio de las mayorías. También se planteó el objetivo de lograr una mayor autonomía nacional reduciendo el endeudamiento externo y controlando las riquezas básicas, en especial el cobre.

Todo este proceso de reformas profundas, que apuntaba más allá del ámbito económico y abarcaba a la sociedad como un todo, sería dirigido centralizadamente desde el Estado. En lo referente a la economía y con el objetivo de conciliar estabilidad, crecimiento y redistribución, se creó ODEPLAN –que inició sus actividades en 1965 y cuya creación se formalizó en 1967–, organismo que quedó encargado de generar un plan de desarrollo económico integral⁴¹.

El gobierno de Eduardo Frei M. usó los ingresos provenientes del alza del precio del cobre para aumentar el gasto público, financiar las reformas emprendidas y hacer crecer el gasto social, especialmente en vivienda y educación, y en infraestructura.

Alineado en muchos aspectos con las propuestas de la Alianza para el Progreso impulsadas por Estados Unidos, el gobierno de Eduardo Frei M. contó con un acceso privilegiado a las fuentes de crédito de ese país.

En paralelo, se dio inicio a un profundo proceso de reforma agraria y se acrecentó la inversión pública en sectores como: la petroquímica, el acero y la celulosa.

Pero esta política económica se enfrentó con serias dificultades al cabo de unos pocos años. La deuda externa había aumentado considerablemente y las reservas internacionales eran bajas. La falta de capitalización interna y la inestabilidad política también conspiraron contra el plan económico. Todo ello hizo imposible mantener el buen comportamiento económico observado en los primeros años de gobierno. Así, la economía repitió el comportamiento pendular característico de las últimas décadas. Hasta 1966 se activó el crecimiento económico y disminuyó la inflación; luego cayeron las tasas de crecimiento y, en la medida en que las presiones sociales fueron mayores que la capacidad productiva del sistema económico, rebrotó la inflación. La alternativa estructuralista y el proyecto comunitario aparecieron como fracasados.

En la elección de 1970 triunfó con un 36,3% de los votos la UP, encabezada por el socialista Salvador Allende. Con una propuesta económica basada en una redistribución profunda del ingreso, se procedió a elevar drásticamente el gasto público, que durante 1971 fue un 66% más alto que en 1970, y a subir los sueldos en un 55%. La premisa era que al aumentar los ingresos de la población aumentaría la demanda, lo que a su vez permitiría utilizar la capacidad ociosa del aparato productivo chileno y generar un clima de prosperidad. De esta forma, también se pretendía consolidar el apoyo político al gobierno y permitirle avanzar en su programa revolucionario. Se trataba de una apuesta de corto plazo, pues en 1972

⁴¹ Ffrench-Davis, *op. cit.*, p. 53. De acuerdo con Mario Góngora, con el gobierno de Eduardo Frei M. se inició lo que él llamó la época de las “planificaciones globales” en Chile. Al respecto, véase Mario Góngora, *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*, pp. 280-305.

habría de detenerse el proceso de aumentos salariales a riesgo de provocar, una vez copada la capacidad ociosa mencionada, un proceso de inflación desbocado, lo que al final sí ocurrió. Pero para entonces la UP confiaba en tener el control político del país y manejar la situación, lo que no se logró.

Los desequilibrios se hicieron evidentes al año siguiente, lo que se tradujo en un severo déficit fiscal y en la balanza comercial. La inversión privada cayó bruscamente y el alejamiento de las fuentes tradicionales de préstamos internacionales no logró ser reemplazado por las provenientes del mundo socialista. Hacia fines de 1971 la escasez de divisas ya se hacía dramática.

Más allá del éxito político que representó la nacionalización de la gran minería del cobre, en 1971, que fue apoyada por todo el espectro político nacional, la profundización de la Reforma Agraria, que implicó que durante el primer año del gobierno de Salvador Allende se expropiaran tantos predios como durante toda la administración Frei Montalva, le acarreó una fuerte oposición. En especial se criticó la creciente anarquía que se fue instalando en el campo, donde se hicieron frecuentes las ocupaciones espontáneas y a menudo violentas.

La política de estatización de un número importante de industrias y del sistema bancario, áreas consideradas estratégicas para la economía nacional, también contribuyó a radicalizar a los movimientos y partidos de oposición al gobierno, que en todo caso hacia 1972 ya controlaba más del 60% de la economía nacional.

Los controles ejercidos por el gobierno tanto en el ámbito de producción como distribución, especialmente en el área de artículos de primera necesidad, generalizó la aparición del mercado negro, que hacia mediados de 1972 se tornó incontrolable. Ese año el crecimiento del producto fue negativo (-1,2) y la inflación alcanzó un 163%⁴².

Aunque que se intentó moderar el proceso de expropiaciones y equilibrar las cifras macroeconómicas, la economía ya había entrado en un proceso de recesión, hiperinflación y desabastecimiento generalizado. Durante 1973, la situación económica no hizo más que empeorar, en medio de una polarización política y una creciente desafección con el sistema democrático, que culminaría con el golpe militar del 11 de septiembre⁴³.

LA PROPUESTA DE LA MISIÓN KLEIN-SAKS QUE PERDURÓ: LA LEGISLACIÓN ANTIMONOPOLIOS

Como vimos, la realidad del país hacia fines de la década de 1950 se caracterizaba por la presencia de un Estado con altos grados de intervención en la vida económica, con una fuerte voluntad de planificación, controlador de empresas monopólicas,

⁴² Cristián Gazmuri, *Historia de Chile, 1891-1994*, pp. 332-334.

⁴³ Sobre la crisis y quiebre del sistema democrático, véase, entre otros, Cristián Gazmuri: "Algunos antecedentes acerca de la gestación de la crisis chilena 1970-1973" y Arturo Valenzuela, *El quiebre de la democracia en Chile*.

provisto de una institucionalidad que le permitía otorgar aumentos salariales, créditos y subsidios, manejar las tasas de interés y el tipo de cambio, y regular los precios de una vasta canasta de productos, entre otros muchos aspectos. En virtud de ello, es posible afirmar que el contexto político, económico y el modelo de desarrollo, claramente, no favorecían la adopción de medidas que apuntaran a defender los principios de la libre competencia y a crear una institucionalidad antimonopolios.

Sin embargo, desde el 6 de abril del año 1959 –y hasta el 22 de diciembre de 1973– estuvo vigente el título V de la ley N° 13.305, que consagraba una amplia legislación antimonopolios⁴⁴ y sancionaba las prácticas restrictivas que pudieran afectar la libre competencia⁴⁵. Este cuerpo legal era producto de las propuestas antiinflacionarias que se habían aprobado a instancias de la misión Klein-Saks.

Con anterioridad a la aprobación de esta ley, se habían presentado dos proyectos cuyo objetivo era definir y sancionar los delitos económicos. Ello implicaba que la especulación ilícita, el ocultamiento de mercaderías, la negación de venta, la venta condicionada, el acaparamiento, alzas de precios injustificadas, entre otros, debían contemplar sanciones penales efectivas⁴⁶. En todo caso, ambos proyectos, presentados al Congreso Nacional por el Poder Ejecutivo en mayo de 1951 y en julio de 1953, respectivamente, no prosperaron en su tramitación⁴⁷.

En el ámbito teórico, quien se mostró favorable a controlar los monopolios en el país, fue el economista cepalino Jorge Ahumada. En su libro *En vez de la miseria*⁴⁸, publicado en 1958, planteó que Chile vivía una crisis integral y que la situación de subdesarrollo era posible de superar redefiniendo el papel del Estado, reformando la educación en sus diversos niveles, descentralizando el país, implementando una reforma agraria y disminuyendo el proteccionismo arancelario excesivo. Lo anterior permitiría sacar a la agricultura de su estancamiento, disminuir la inflación endémica, el centralismo y la desigual distribución del ingreso, dinamizar la industria y las exportaciones, entre otros aspectos⁴⁹.

⁴⁴ Cabe aclarar que esta ley se refería a diversas materias de legislación económica (ley miscelánea) y que sólo su título V, entre los artículos 172 y 183, aborda la temática de los monopolios. Entre otras materias, esta ley contenía el cambio de la unidad monetaria, de peso a escudo, ya mencionado.

⁴⁵ Al respecto véase Ernesto Opazo Brull, *La Comisión Antimonopolios y estudio del título V de la ley N° 13.305*, pp. 39-40.

⁴⁶ Al respecto, véase Óscar Illanes, *Comisión antimonopolios y su jurisprudencia*, pp. 29-30.

⁴⁷ Un antecedente más lejano en materia de legislación que definiera y sancionara delitos económicos en el ámbito de los productores y consumidores, por la vía de asegurar la oferta de productos y controlar los precios, es posible de encontrar en el Comisariato General de Subsistencias y Precios (1932), aprobado durante el breve período de la República Socialista. Al respecto, véase Rolf Lüders, "Sistemas económicos, tecnología y acción oficial en defensa de la libre competencia: Chile 1810-2010", p. 11.

⁴⁸ Jorge Ahumada era ingeniero agrónomo y máster en Economía por la Universidad de Harvard. A inicios de la década de 1950 había sido contratado por la CEPAL y en marzo de 1956 terminó de redactar el manuscrito del libro. Fue amigo y consejero de Eduardo Frei Montalva, y uno de los redactores de su programa de gobierno. Tras el triunfo del candidato demócrata cristiano, se le sindicó como el más probable ministro de Hacienda del nuevo gobierno. Pero su enfermedad y muerte en 1965, antes de cumplir cincuenta años de edad, truncaron dicha posibilidad.

⁴⁹ Jorge Ahumada, *En vez de la miseria*.

Dentro de un amplio abanico de medidas específicas para acelerar el desarrollo industrial, Jorge Ahumada propuso que había que “eliminar los vicios actuales de la industria chilena”, entre los que incluía los monopolios:

“Hemos hecho referencia en numerosas oportunidades a la naturaleza monopolística de la economía chilena. Quien no quiera convencerse de nuestra afirmación no tiene más que mirar a su alrededor: hay monopolio u oligopolio en las siguientes actividades: papeles y cartones, vidrios planos, envases de vidrio, cemento, hierro, maderas, gas, molinos de trigo, hilados de algodón y de rayón, cigarrillos, fósforos, calzado y cerveza”⁵⁰.

Defendiendo el principio que donde no impera la competencia, los productores no tienen que preocuparse de introducir mejoras y reducir sus costos, aseveró: “(...) no constituye proeza alguna ganar dinero si se tiene un monopolio”. Según él, ésa era una de las razones que explicaban los altos precios y la baja calidad de los productos industriales chilenos⁵¹.

En virtud de lo anterior, aun cuando reconoció que la pequeñez del mercado chileno provocaba una tendencia a los monopolios naturales, afirmó que era necesario implementar una “intervención antimonopolística” en los sectores donde pudiera existir competencia, a través de una “ley antitrust”, que obligara a su disolución. También tenía claro que la mera legislación no podría acabar por sí sola con los monopolios, pues para ello se requería complementarla, entre otros aspectos, con una mayor competencia extranjera. Para lograrla, propuso disminuir la protección arancelaria, que permitiría a una economía de reducidas dimensiones como la chilena incentivar la competencia y bajar los precios por la vía de ampliar el mercado a través de la importación de productos extranjeros.

Otra medida complementaria era la de implementar una defensa organizada del consumidor que, como en Escandinavia, podría tomar la forma de cooperativas de consumidores⁵². Este punto lo justificó como fundamental al criticar lo que definió como:

“la explotación que sufre el consumidor chileno en las manos de los monopolios industriales, que alcanza niveles que son, en algunos casos, francamente inconcebibles”⁵³.

LA LEY ANTIMONOPOLIOS, LA COMISIÓN Y EL FISCAL

Inspirado en la vasta legislación antimonopolios de Estados Unidos, el título v de la ley N° 13.305 de 1959, denominado “Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial”, que incluía desde el artículo 172 al 182, fue definido como parte fundamental del paquete de medidas para combatir la inflación, que había propuesto el equipo de asesores estadounidenses.

⁵⁰ Ahumada, *op. cit.*, p. 173.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 174.

⁵² *Op. cit.*, pp. 176-177.

⁵³ *Op. cit.*, p. 174.

En carta fechada en Santiago el 19 de enero de 1956, dirigida al ministro de Hacienda, Oscar Herrera, el economista Prescott Carter, integrante de la misión Klein-Saks, le presentó el borrador del proyecto y explicó las razones que hacían “indispensable el recrear una atmósfera de libre competencia” en el país. Apuntando directamente a la eliminación de los monopolios que afectaban a la industria y comercio chilenos desde hacía tiempo, planteó que el paquete de medidas anti-inflacionarias ya aprobado en el Congreso no tendría mayor efecto si en virtud de los monopolios existentes –muchos de ellos amparados por leyes o reglamentos– se suscitaba una oferta limitada de productos, generando así un aumento de los precios.

Bajo la explícita premisa que la libre competencia era el medio fundamental para impulsar la prosperidad, aumentar la producción y elevar el nivel de vida de los habitantes de un país, la misión propuso la eliminación de los privilegios y monopolios en Chile, “para así crear un mercado sin trabas en que el libre juego de la competencia coloque los precios en sus límites reales”. En ese contexto, se esperaba que tanto las grandes como las pequeñas empresas buscaran prosperar no sobre la base de los privilegios o los altos precios fijados por la autoridad, o por los convenios “limitativos” entre los propios productores, sino que en la “eficacia y abaratamiento de su producción y en la extensión de sus mercados, todo en beneficio de los consumidores del país”⁵⁴.

En virtud de lo anterior, se estipuló que todo acuerdo que restringiera la producción, dividiera los mercados o reuniera en un fondo común las ganancias, sería considerado como un obstáculo a la libre empresa y contrario al interés público. Idéntica consideración se aplicaría a cualquier práctica que tendiera a disminuir la competencia y a formar monopolios⁵⁵. Asimismo, se afirmó que la esencia de la libre competencia radicaba en la libertad que debía existir para emprender nuevos negocios, rechazando la premisa de algunos, que radicaban dicha responsabilidad en las autoridades de gobierno central o municipal⁵⁶.

De acuerdo con el diagnóstico de la misión, el otorgamiento de privilegios monopólicos era finalmente “pagado por el consumidor”, evitando que las empresas más eficientes fueran las que le ofrecieran sus productos a precios mucho más convenientes. En tanto, los beneficiarios de los monopolios lograban por esa vía utilidades “injustificadas”, a costa del consumidor⁵⁷.

En el mensaje que acompañó al proyecto de ley cuando fue enviada al Congreso se insistió en que:

“la política errada seguida por muchos años de tratar de proteger los intereses del consumidor mediante la mera aplicación de controles de precios, ha contribuido a crear en el país acuerdos entre productores que se traducen en un encarecimiento artificial de los precios. En efecto, bajo el amparo de los precios oficiales ha sido

⁵⁴ Carta de Prescott Carter al ministro de Hacienda, Oscar Herrera, del 19 de enero de 1956, p. 1.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 2.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

posible llegar a entendimientos entre los productores y los comerciantes del mismo rubro, de manera que los precios quedan fijados por los productores de mayor costo. Para que la empresa privada defienda efectivamente el interés del consumidor es indispensable que los productores y distribuidores estén preocupados de reducir sus costos impulsados constantemente por una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados”⁵⁸.

En lo fundamental, la ley N° 13.305 eliminó toda forma considerada como un monopolio, prohibiendo expresamente (artículo 172) el otorgamiento a los particulares de algún monopolio para el ejercicio de actividades industriales o comerciales. Al mismo tiempo derogó las normas legales que los amparaban y posibilitaban, aun cuando introdujo una serie de excepciones. Entre éstas cabe mencionar el otorgamiento de monopolios industriales y comerciales, sólo por ley, a instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de administración autónoma o municipal (artículo 181). Sin embargo, de acuerdo a Oscar Illanes, esta ley no se refirió de manera expresa a los monopolios que a la fecha de su promulgación “gozaban los particulares, como las instituciones mencionadas, por lo que deben considerarse vigentes sus privilegios”. Es más, nada impedía al Estado otorgar un monopolio a particulares, pero debía ser a través de la dictación de una ley⁵⁹. Más allá de que el texto legal introdujo limitaciones al otorgamiento de monopolios a las autoridades administrativas, que ahora debían consagrarse a través de una ley, la intención original del proyecto de la Misión Klein-Saks –modificada en la discusión del Senado- fue que se prohibiera conceder monopolios comerciales e industriales a particulares, instituciones públicas, semipúblicas y municipales; y que se declararan caducos los existentes⁶⁰.

Este aspecto fue justificado sobre la base de la existencia de monopolios naturales y a la posibilidad de concedérselos a privados, bajo la condición (artículo 173) que a quienes los ejercían les estaba prohibido emplear prácticas que impidieran el acceso de otras empresas a ese mercado.

Lo que la ley estipuló claramente (artículo 182) fue que los actos, contratos, sistemas o acuerdos de carácter monopólico celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley y de modo transitorio hasta tres meses después de esa fecha, no serían juzgados como tales. Idéntico plazo se otorgó para que cualquier persona pudiera someter al conocimiento de la Comisión Antimonopolios contratos o acuerdos vigentes, pero celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, para que ésta resolviera si se ajustaban a la nueva legislación. De esta manera, se evitó sancionar los actos monopólicos realizados antes de la entrada en vigencia de la nueva ley, pero sí se dejó en claro que su mantenimiento o continuación sería objeto de sanción. Para tales efectos, se estipuló que la Comisión señalaría un plazo prudencial y las condiciones en que debían ponerse término o modificar dichas situaciones consideradas monopólicas.

⁵⁸ En Illanes, *op. cit.*, p. 31.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 32.

⁶⁰ Opazo, *op. cit.*, pp. 47-48.

Un aspecto interesante de esta ley (artículo 173) es que tipificó los actos, cometidos dentro del país, que atentaban contra la libre competencia:

“(…) convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o de distribución, o de zonas de mercados; sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o paralizaciones de producción; sea mediante la distribución exclusiva, hecha por una sola persona o sociedad, de varios productores del mismo artículo específico, o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la libre competencia (...)”.

Con un enfoque que muchos especialistas nacionales y extranjeros comparten hasta nuestros días, Óscar Illanes plantea lo difícil o materialmente imposible que resulta tipificar o catalogar todas las prácticas y métodos monopólicos debido a su variedad y diferencia:

“No bien se sanciona alguna o algunas, cuando la inventiva del que precisa el poder monopolístico ha creado otra más sutil, y por tanto, difícil de pesquisar”⁶¹.

En el entendido que por lo anterior es siempre necesario revisar y actualizar de modo constante este tipo de legislaciones, la ley instituyó la creación de un organismo especializado, la Comisión Antimonopolios (artículo 173), que quedó con la facultad de decidir en conciencia los asuntos puestos en su conocimiento (artículo 175). Basándose en la doctrina establecida por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, que definió la doctrina de la llamada “norma de razón”⁶², la Comisión chilena aplicó este criterio para declarar como ilícitos actos que no estuvieran expresamente mencionados en la ley⁶³.

Cabe hacer notar que no estaba contemplada en el proyecto de ley original, que indicaba que las denuncias debían presentarse a los tribunales ordinarios de justicia, que estaban facultados para solicitar al respecto un informe al Ministerio de Economía. Fue en la discusión parlamentaria donde se introdujo la idea de que la investigación previa de los actos denunciados debía ser realizada por un organismo creado para tales fines: la Comisión Antimonopolios⁶⁴. La razón de este cambio fue que se estimó que el Ministerio de Economía, por razones políticas, no daba las garantías de seriedad e imparcialidad requeridas, ni tampoco contaba con las capacidades para resolver expeditamente asuntos de por sí engorrosos⁶⁵.

⁶¹ Illanes, *op. cit.*, p. 35.

⁶² Conocida también como “regla de la razón” (*rule of reason*). De acuerdo con dicha regla: “el demandante debe probar que existe un efecto anticompetitivo en un mercado relevante. Al mismo tiempo, una compañía no puede ser condenada si es que la conducta cuestionada es explicable desde una perspectiva de bienestar (esto es, ‘razón’ en ‘regla de la razón’ se refiere a defensas de eficiencia y no de interés público en general). En esencia, la regla de la razón supone el examen de las circunstancias económicas que rodean la práctica empresarial, debiendo el sentenciador analizar la totalidad de factores y circunstancias del caso concreto”. Cfr. en Jorge Grunberg y Santiago Montt, *Informe en Derecho. Prueba de Colusión*, p. 20.

⁶³ Illanes, *op. cit.*, p. 39.

⁶⁴ Aunque en el texto de la ley se la denomina “comisión”, el uso corriente llevó a llamarla “Comisión Antimonopolios”.

⁶⁵ Illanes, *op. cit.*, pp. 40-41 y Opazo, *op. cit.*, pp. 80-81.

En tanto organismo de carácter colegiado (artículo 175), quedó integrada por un ministro de la Corte Suprema, que la presidía, el superintendente de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio, y por el superintendente de Bancos. Mientras el primero de estos integrantes debía ser designado por la propia Corte Suprema, los superintendentes la integraban en su calidad de funcionarios nombrados de forma directa por el Presidente de la República.

Su principal tarea fue la de estudiar y resolver, por mayoría de votos, todas las situaciones o hechos contemplados en la ley, y acoger las denuncias, reclamaciones, solicitudes o consultas que le formularan las autoridades, entidades públicas o privadas, y los particulares al respecto.

Tenía carácter nacional (funcionaba en Santiago) y era una sola para todo el país. Sus integrantes trabajaban *ad honorem* e inicialmente no contó con personal administrativo propio.

Debido a la complejidad y cantidad de asuntos que al comienzo debió atender, se consideró necesario ampliarle sus facultades y crear el cargo de fiscal. Para estos efectos se aprobó la ley N° 15.142 publicada en el *Diario Oficial* el 22 de enero de 1963.

Al fiscal, que actuaría bajo la dependencia de la Comisión, se le definieron los siguientes deberes y atribuciones (artículo 13):

- a) Actuar como acusador público representando el interés general de la colectividad, reuniendo, para este efecto, los antecedentes que demostraren la existencia de infracciones sancionadas por esta ley⁶⁶.
- b) Instruir las investigaciones ordenadas por la Comisión, de conformidad a esta ley. La Dirección General de Investigaciones [policía civil] deberá poner a disposición de este funcionario el personal de servicio que fuere necesario para realizarlas.
- c) Evacuar los informes que solicite la Comisión.
- d) Velar por el total y fiel cumplimiento de los fallos que dicte la Comisión, pudiendo ejercitar las acciones judiciales que sean procedentes.
- e) Actuar ante la Corte Suprema en defensa de los fallos pronunciados por la Comisión”.

No obstante la creación de este nuevo cargo de fiscal y las mayores atribuciones que se le otorgaron a la Comisión en temas vinculados a la persecución de infracciones cometidas y a las sanciones que podían aplicarse a los infractores, Óscar Illanes consideró que no contaba con las atribuciones necesarias para tutelar los principios de la libre competencia, establecer controles a las prácticas que limitaban la competencia, ni para prevenir infracciones y elaborar informes generales sobre la situación del mercado.

También planteó que no contaba con las condiciones mínimas que le dieran independencia económico-administrativa para su correcto funcionamiento. Por

⁶⁶ Cabe precisar que entre las atribuciones del fiscal, no se contemplaba que éste actuara de oficio (iniciativa propia). Esta facultad le estaba entregada a la Comisión Antimonopolios (artículo 175.a de la ley N° 13.305).

ello criticó sobre todo la escasez de personal propio, pues, además, de los tres integrantes establecidos por la ley, formaban parte de este organismo un secretario, que de acuerdo con el Reglamento Orgánico de la Comisión debía ser un funcionario de la Superintendencia de Compañías de Seguros, y un fiscal, que era el único que podía ser calificado como funcionario propiamente tal de la Comisión⁶⁷.

Enfatizando sus críticas, planteó que la Comisión no contaba con un local propio y que sesionaba, mediodía una vez a la semana, en las oficinas de la Superintendencia de Compañías de Seguros, pudiendo hacer uso, en ciertos casos para oír alegatos, del palacio de los Tribunales de Justicia.

Tampoco disponía de presupuesto propio, debido a que todos los gastos eran financiados por la Superintendencia de Compañías de Seguros. En tanto, las remuneraciones del fiscal, que era el único funcionario rentado, eran solventadas por el presupuesto del Ministerio de Justicia. Estos aspectos llevaron a Óscar Illanes a afirmar que la Comisión, “prácticamente, viva de lo prestado por otros Servicios, ya sean fondos o personal”⁶⁸.

Su precariedad también se reflejó en el día a día del trabajo del nuevo fiscal, que, como vimos, al ser un cargo sin servicio, no contaba con oficina ni personal propio. Por lo anterior, el recién nombrado fiscal, el abogado Waldo Ortúzar, debía trabajar en su estudio particular⁶⁹.

Cuidando sus palabras, el tesista Óscar Illanes fue muy crítico de la composición y grado de independencia de sus integrantes debido a que con la excepción del ministro de la Corte Suprema, los otros dos miembros eran:

“funcionarios de la Administración Pública central dependiente, por lo que pese a la independencia moral que poseen en la actualidad los que desempeñan tales funciones, no pueden dejar de estar sujetos, en su calidad de funcionarios públicos, designados por el Presidente de la República a circunstancias de carácter político, que hasta el momento no se ha presentado, pero que en materias de tanto alcance político como los que debe conocer la Comisión pueden darse y plantear una situación inconfortable a estos miembros, coartando, en último término, la independencia de dos de los integrantes de la Comisión”⁷⁰.

⁶⁷ Illanes, *op. cit.*, p. 44.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 45.

⁶⁹ Waldo Ortúzar Latapiat nació en 1929 y falleció en 2001. Fue elegido fiscal por los integrantes de la Comisión, tras una serie de entrevistas a diversos postulantes. Se mantuvo en el cargo hasta el año 1990, tras ser confirmado como fiscal tras la aprobación de la nueva institucionalidad antimonopolios en diciembre de 1973. Casado con la abogada Olga Feliú, que en esa época iniciaba la que sería una larga y destacada carrera funcionaria en la Contraloría General de la República, al momento de asumir como fiscal, este abogado de la Universidad de Chile tenía treinta y tres años de edad. A la sazón era profesor en la Facultad de Derecho de esa misma universidad y ejercía privadamente su profesión con su socio Julio Sagüés Herman en un estudio fundado por ambos. Entrevistas con Olga Feliú, 30 de marzo de 2012 y con Óscar Illanes, 2 de agosto de 2012.

⁷⁰ Illanes, *op. cit.*, pp. 44-45.

En materia de sanciones, la ley estipuló que los infractores recibirían una pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y una multa equivalente al 1 y hasta el 10% del capital de giro de los autores del delito. Los cómplices o encubridores recibirían idénticas penas (artículo 173). En caso de reincidencia, se podía aplicar, como pena accesoria, la cancelación de la personalidad jurídica, y la revocación de la autorización de existencia si se trataba de una sociedad anónima o de una agencia extranjera.

El hecho que la ley contemplara sanciones penales a los delitos contra la libre competencia fue considerado como un aspecto “avanzado” de la legislación chilena, considerando que no era la regla general en la legislación de la mayoría de los países⁷¹.

CASOS RELEVANTES DURANTE LOS PRIMEROS AÑOS

No obstante la connotación represiva (penal) de la ley N° 13.305, durante el período que estuvo vigente sólo dos casos fueron llevados a la justicia en lo criminal, pero no generaron condena alguna. El primero que determinó el ejercicio de una acción penal fue aplicado por la Comisión Antimonopolios. En tanto el segundo fue dispuesto por la Corte Suprema⁷².

Respecto a este último caso, que afectó a los miembros del Colegio Químico Farmacéutico de Chile, es importante destacar que el fallo del tribunal superior, del 6 de octubre de 1961, estableció que la Comisión Antimonopolios sí tenía competencia para conocer una causa que involucrara a un colegio profesional en el ámbito regulado por el título v de la ley N° 13.305, y que la sentencia de esa Comisión se ajustaba a derecho. En ésta se había demostrado que dicho Colegio se había apartado de sus funciones de carácter técnico de control profesional, al intervenir directamente en ámbitos comerciales relacionados con la venta de determinados medicamentos. El comportamiento cuestionado se centraba en que había intentado impedir que algunas farmacias vendieran esos productos a un precio inferior al máximo señalado por esa entidad y que publicitaran esos precios al público. Por ello, en el fallo se señaló que vender medicamentos a precios rebajados era legal y beneficioso para la comunidad⁷³.

En todo caso, la ausencia total de represión penal se habría debido a que los delitos cometidos durante la vigencia de esta ley fueron corregidos y sancionados a través de otros medios contenidos en dicho cuerpo legal. Es decir, mientras estuvo en funcionamiento entre 1959 y fines de 1973, la Comisión:

“(…) absolvió más de un centenar de consultas de autoridades y particulares; revisó numerosos contratos de carácter comercial, ordenó modificaciones de sistemas o acuerdos de distribución; dejó sin efecto, por sí misma, diversos contratos, aun

⁷¹ Opazo, *op. cit.*, p. 55.

⁷² Waldo Ortúzar L., “Ley Antimonopolios”, p. 128.

⁷³ En *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales*, tomo LVIII, 2ª parte, 1ª, pp. 383-385.

civiles, como de compraventa de bienes raíces, que perseguían paralizaciones de producción; canceló personalidades jurídicas de asociaciones contrarias a la libre competencia; y conoció de numerosas denuncias de ‘dumping’, de acuerdos de precios, de limitaciones o trabas a la libertad de comercio y de trabajo”⁷⁴.

En términos doctrinarios, la Comisión estableció tempranamente en un fallo su visión acerca de cómo interpretaba y, en consecuencia, aplicaría, los preceptos del título V de la ley N° 13.305, afirmando que éstos:

“(…) descansan en el principio que hay conveniencia pública en que el precio de los productos se fije por la libre competencia, y que, por tanto, es contrario al interés nacional y debe sancionarse como delictuoso todo acto que impida el funcionamiento de esa competencia. Dentro de este concepto el legislador, el interés público exige que por medio de la competencia se produzca la disminución de los precios al nivel del productor de más bajo costo, quedando eliminados aquellos productores que no puedan vender sus productos a esos niveles. Se defienden de esta manera los intereses del consumidor ya que los productores de bajo costo pueden desarrollar toda su capacidad de producción quedando eliminados aquellos que no pueden ofrecer sus productos a esos precios”⁷⁵.

Más allá de esta claridad de principios, hubo un fallo de la Comisión –dictado diecisiete días antes de la mencionada visión doctrinaria– que llamó mucho la atención, pues estableció que los convenios de fijación de precios constituían un acto monopólico cuando tendían a provocar alzas de precios, pero no cuando su objetivo era bajarlos. En esa misma línea, se precisó que no sería considerado delito un acuerdo de rebaja de precios que estipulara un precio máximo de venta para un determinado artículo, con la condición de que dejara en libertad a los pactantes para rebajar libremente el precio⁷⁶. La crítica a este fallo se centró en que el criterio aplicado por la Comisión no contempló la figura del precio predatorio, que sí afecta la libre competencia con la fijación de precios bajo el nivel del costo de producción. Un intento de explicar lo anterior apuntó a que:

“al parecer la Comisión Antimonopolios ha interpretado la voluntad del legislador y ha supuesto que el espíritu de la ley ha sido el de evitar las especulaciones y los acuerdos destinados al aumento artificial de los precios”⁷⁷.

En defensa de este fallo de la Comisión se interpretó que había considerado que un acuerdo para fijar un precio máximo de venta beneficiaba directamente al consumidor⁷⁸.

Este criterio fue confirmado años más tarde, cuando la Comisión dictaminó que no era contrario a la ley que la Compañía de Cervecerías Unidas fijara

⁷⁴ Ortúzar, “Ley...”, *op. cit.*, pp. 127-128.

⁷⁵ Resolución s/n del 23 de mayo de 1960, pp. 139-140.

⁷⁶ Resolución de la Comisión Antimonopolios N° 9, de 6 de abril de 1960, p. 59.

⁷⁷ Opazo, *op. cit.*, p. 59.

⁷⁸ Illanes, *op. cit.*, p. 146.

precios máximos a sus productos, ya que los distribuidores “pueden rebajarlos según su voluntad, disminuyendo sus entradas (...) lo que tiende a beneficiar al consumidor”⁷⁹.

Otra resolución que mereció reparos se refirió al caso de una sociedad de dueños de carnicerías que, de acuerdo con la investigación realizada, efectivamente había fijado precios a la carne en la localidad donde actuaba. Sin embargo, considerando que en el intertanto esa sociedad había dejado de operar, y sus antiguos socios vendían ahora la carne individualmente a precios de mercado, la Comisión había resuelto no denunciar el caso a los tribunales y archivarlo. La crítica a esta resolución apuntó a que no se ajustaba a derecho, pues al haberse comprobado la existencia de un delito, aun cuando no continuara perpetrándose, de todos modos habría correspondido aplicar las sanciones penales correspondientes⁸⁰.

Bien evaluado resultó, en cambio, el fallo de la Comisión que ordenó disolver una sociedad cuyos estatutos la facultaban a fijar los precios del pan en Santiago y otras comunas, con la expresa finalidad de evitar la competencia. Para asegurar el cumplimiento de este objetivo, los socios se comprometían a una serie de obligaciones, como la de permanecer un mínimo de años en la sociedad; no vender o transferir sus establecimientos sin que el nuevo dueño se obligara a seguir perteneciendo a la sociedad, y a pagar multas pecuniarias en caso de incumplir estos compromisos. Si bien controlaba doscientas sesenta y una panaderías de las trescientas veintiuna existentes, se estableció que para ser considerado delito un acuerdo como el descrito, no era condición que a éste concurrieran “todos” los productores de un rubro, sino que bastaba que lo hicieran “varios”⁸¹.

Los repartos de cuotas de producción, cuyo objetivo es limitarla y con ello evitar disminuciones en los precios, también fueron motivo de sanción y afectó a los matarifes del Matadero Municipal de Santiago y a los industriales que beneficiaban sus animales en ese establecimiento. De acuerdo con un contrato firmado por ambas partes, los matarifes se comprometieron a no beneficiar los vacunos de quienes no lo hubieran suscrito, ni a nuevos industriales que quisieran hacerlo, a cambio del pago de una suma de dinero. Así, los industriales firmantes podían determinar el número de animales a beneficiar por la vía de asignarse cuotas de común acuerdo. Por lo anterior, resolvió que los matarifes del Matadero Municipal de Santiago debían beneficiar los animales de cualquier industrial que lo solicitara, considerando que el trabajo que ellos realizaban era un servicio de utilidad pública⁸².

También estableció criterios para determinar la existencia de repartos de cuotas de distribución, que tienden a regular la cantidad de bienes que llegan al mercado, afectando así los precios. Ante el reclamo del propietario de una agencia de viajes, que acusó a un grupo de líneas aéreas de limitar o suprimir la libre competencia al no encargarle la venta de pasajes a su agencia, resolvió que las compañías

⁷⁹ Resolución de la Comisión Antimonopolios s/Nº, del 14 de diciembre de 1962, pp. 146-147.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 59.

⁸¹ *Op. cit.*, Nº 3, de 28 de julio de 1959, p. 60.

⁸² *Op. cit.*, Nº 6, de 6 de abril de 1960, pp. 61-63.

aéreas no estaban obligadas a tal encargo, pues podían elegir libremente a las agencias que les dieran mayores garantías y confianza⁸³.

Una denuncia presentada por un pequeño transportista le planteó que desde el año 1962 el Gremio de Transportes Motorizados Portuarios de San Antonio le venía exigiendo estar afiliado a dicha institución y someterse al régimen de cargas dictado por sus dirigentes. Que al negarse a aceptar esas condiciones, le estaban impidiendo trabajar por cuenta propia, pues cuando había logrado recibir un encargo por parte de la firma Carbonífera Lota-Schwager, el gremio había amenazado a esa empresa con paralizarle el transporte de carbón, si continuaba otorgándole fletes al transportista no afiliado al gremio. Idéntica situación se había producido en distintos años con otras empresas de diversos rubros, que también habían cedido ante amenazas similares.

La Comisión acogió la denuncia y ordenó al fiscal realizar la investigación correspondiente. En su informe, señaló que la mayoría de los hechos denunciados eran efectivos y que infringían el artículo 173 de la ley antimonopolios. En su resolución, la Comisión señaló que el accionar del gremio atentaba contra la libertad de comercio, pues trababa y coartaba la libre competencia de los dueños de camiones no afiliados al gremio, y la limitaba al punto de eliminarla. Que lo obrado por el gremio era una práctica destinada a eliminar competidores del mercado.

Los dos dirigentes responsables del gremio fueron sancionados con sendas multas y con la inhabilidad para ocupar cargos directivos en colegios profesionales o instituciones gremiales⁸⁴.

En tanto, en el caso de una sociedad anónima que controlaba cerca del 80 % de la distribución de harina que se consumía en las provincias de Santiago y Valparaíso, la Comisión determinó que este nivel de concentración en una sola firma atentaba contra la libre competencia. Este fallo prohibió a los productores de harina continuar con esta práctica y ordenó la disolución de esa sociedad distribuidora⁸⁵.

Pero las diferencias con los molineros no pararon allí, pues plantearon que al estar los precios de la harina bajo el régimen de precios fijado por el Estado, el hecho de contar con convenios que impidieran la libre competencia y crearan monopolios no debían ser considerados ilícitos. Aun cuando este argumento podría parecer, en un primer momento bastante sensato, la Comisión lo rechazó. La explicación se basó en que la ley sancionaba sin distinción alguna todo convenio que obstaculizara la libre competencia, y que se debía tomar en consideración el hecho que si el Estado fijaba los precios de algunos productos, ello se debía a que existían obstáculos para el funcionamiento de la libre competencia:

“(…) por consiguiente, la fijación de precios no es un justificativo para mantener tales obstáculos, sino que por el contrario demuestra la necesidad de removerlos”⁸⁶.

⁸³ Resolución de la Comisión Antimonopolios, N° 11, del 6 de abril de 1960, p. 62.

⁸⁴ *Op. cit.*, N° 62, del 15 de febrero de 1968.

⁸⁵ *Op. cit.*, s/N°, del 23 de marzo de 1960, p. 67.

⁸⁶ *Op. cit.*, p. 141.

También actuó cuando tomó conocimiento de un contrato en virtud del cual una sociedad obligaba a otra del mismo rubro a paralizar el funcionamiento de una planta durante diez años. Considerando que dicho acuerdo tenía como objetivo subir los precios, ordenó que debía ponerse término en un determinado plazo⁸⁷.

Ante una consulta presentada por la Asociación de Productores de Ajo de Chile, sentó jurisprudencia al dictaminar que dado que las disposiciones del artículo 173 de la Ley Antimonopolios castigaban sólo los delitos cometidos dentro del país, aquellas organizaciones que tuvieran como objetivo exportar concertadamente sus productos no serían sancionadas, siempre y cuando no afectaran el libre comercio de los mismos productos en el mercado interno⁸⁸.

Como se acaba de ver, había establecido cierta jurisprudencia en distintos ámbitos: por ejemplo, con el fallo que sancionó el reparto de cuotas de producción (caso de los matarifes municipales de Santiago, 6 de abril 1960) y con el que determinó que la fijación de precios por parte del Estado no impedía sancionar acuerdos de precios entre las empresas de un mismo rubro (caso de los molineros, 23 de marzo 1960).

A pesar de la claridad de ambos fallos, forzó su propia doctrina cuando le correspondió absolver una consulta de las tres empresas que operaban en el mercado de la distribución de petróleo y sus derivados. Se trataba de COPEC; ESSO Chile y SHELL Chile Limited, que el 7 de septiembre de 1956 habían suscrito un convenio privado que establecía cuotas de mercado a cada una y la venta de sus productos a precios similares. En virtud de ello, COPEC se quedaba con un 50% y las dos restantes con un 25% cada una. El acuerdo tenía la finalidad expresa de “obtener el máximo de eficiencia y economía para las tres partes con el fin de colocar sus productos en manos del consumidor al costo más bajo posible”⁸⁹.

En su resolución del 9 de agosto de 1960, dictaminó que el convenio firmado por las tres compañías podía legalmente continuar en vigencia. Entre otras consideraciones que justificaron esta decisión, se planteó que la libre competencia no regía para los productos derivados del petróleo debido a que sus precios se encontraban regulados por el Estado y que el convenio había sido aprobado por el mismo Estado. Se agregó que al existir en ese mercado sólo tres empresas distribuidoras, aunque no estaba prohibido el establecimiento de nuevas compañías, el convenio firmado aseguraba la existencia de una empresa nacional, a la cual el Estado –no obstante ser privada– había apoyado decididamente desde su creación. Se afirmó que COPEC era útil al interés nacional y que las dos empresas extranjeras, “(...) mediante sus grandes capitales, podrían haberla eliminado del mercado rebajando el precios de sus productos transitoriamente”. Sin embargo, Shell y ESSO le habían reservado a COPEC el 50% del mercado “(...) movidas por un sentimiento de comprensión al interés público” y para “colaborar en la reducción

⁸⁷ Resolución de la Comisión Antimonopolios, N° 2, del 14 de julio de 1959, p. 64.

⁸⁸ *Op. cit.*, del 1 de junio de 1960, citada en Illanes, *op. cit.*, p. 143-144.

⁸⁹ Illanes, *op. cit.*, p. 150.

de los precios de dichos productos esenciales”. Al final, en la resolución se afirmó que se había tomado la decisión:

“(…) en conciencia y dentro del carácter especial que tiene la importación y distribución de los derivados del petróleo, que se encuentran bajo control público”.

Al no estar de acuerdo los tres integrantes de la Comisión con el tenor de este fallo, la decisión fue acordada por votos de mayoría. El de minoría, suscrito por el Intendente de Bancos, en calidad de miembro subrogante⁹⁰, planteó que el convenio de las petroleras contravenía las disposiciones del artículo 173 de la Ley Antimonopolios. Entre otras razones, planteó que se entrababa la libre competencia en la venta de combustibles; que se privaba a las empresas de la posibilidad de determinar sus precios por sí mismas, atendiendo a sus costos de explotación; y que no cabía el argumento de que los precios de los derivados del petróleo eran fijados por el Estado⁹¹.

El contenido de este fallo de la Comisión sirvió de base para autorizar la existencia legal de otro convenio que también tensionaba la legislación antimonopolios vigente. Se trataba de un acuerdo firmado en octubre de 1958 entre la ENAP y las tres empresas petroleras recién mencionadas, mediante el cual la primera se obligaba a suministrar la totalidad de su producción de combustibles a las tres distribuidoras.

En su fallo, argumentó que mientras existieran tres compañías en el mercado de la distribución, ENAP quedaba autorizada para repartir toda su producción entre éstas. En el caso de constituirse una nueva empresa distribuidora, ENAP estaría obligada a suministrarle combustibles bajo las mismas condiciones que a las otras.

De esta manera, zanjó este asunto, asumiendo que mientras no entrara un nuevo actor al mercado de la distribución de combustibles, el convenio con ENAP seguiría vigente, pero que para evitar el establecimiento de un cartel o monopolio para esas tres empresas, el acuerdo suscrito no debía entenderse como de carácter indefinido, quedando abierto a la entrada de una nueva compañía distribuidora⁹².

LA LEY ANTIMONOPOLIOS EN UN CONTEXTO CRECIENTEMENTE ADVERSO

Como se ha podido apreciar, durante sus tres primeros años de funcionamiento la Comisión debió pronunciarse sobre diversos temas, que más allá de ciertas in-

⁹⁰ El Superintendente de Bancos se había excusado de integrar la Comisión con ocasión de esta consulta, debido a que poseía acciones de COPEC y que en virtud de ello podía ser eventualmente recusado de acuerdo con lo estipulado en el artículo 196, N° 18, del *Código Orgánico de Tribunales*. Al respecto, véase Illanes, *op. cit.*, p. 106.

⁹¹ Resolución de la Comisión Antimonopolios s/N°, del 9 de agosto de 1960, pp. 150-154.

⁹² *Op. cit.* s/N°, del 7 de diciembre de 1961, pp. 156-158.

consistencias en sus fallos, esperables por lo demás en una materia que estaba en sus inicios, comenzaron a sentar una suerte de jurisprudencia en materia de legislación antimonopolios.

Sin embargo, de acuerdo con las fuentes disponibles, su trabajo y el del fiscal entre los años 1959 y 1972, habría sido bastante escaso⁹³. Acerca de la cantidad de casos vistos por ella existen apreciaciones muy dispares, que van desde un mínimo de siete causas⁹⁴ hasta un máximo que las sitúa sobre las ciento veinte⁹⁵ o en “más de un centenar”⁹⁶. Determinar la cantidad exacta de casos ha resultado en extremo complejo, debido a que, por una parte, no se conservan todas las resoluciones en los distintos archivos públicos⁹⁷ y, por la otra, a que no todas las resoluciones llevan un número que las identifique. De hecho, existen varias resoluciones de los primeros años que no están numeradas. En todo caso, a la luz del material tenido a la vista, es posible confirmar que la cantidad de resoluciones absueltas por la Comisión se ubicó en torno a las ciento veinte.

La mayoría de estas resoluciones se concentró en sus primeros tres años de funcionamiento, pues al aprobarse esta nueva ley, se estableció un período de tres meses de consultas para que cualquier persona pudiera someter a su conocimiento contratos o acuerdos celebrados con anterioridad a su entrada en vigencia, para que resolviera si se ajustaban a la nueva legislación.

A lo anterior se debe agregar que durante el gobierno de Jorge Alessandri hubo probablemente un mejor ambiente y una mayor voluntad política para aplicar la ley y favorecer en cierta medida la libre competencia en algunos mercados. Esto queda de manifiesto en las denuncias recibidas, provenientes de particulares o de algunos ministerios, como el de Economía y el de Justicia, como fueron los casos del Matadero Municipal de Santiago, los molineros, los panaderos y el del Colegio Químico Farmacéutico de Chile, ya mencionados.

Como he afirmado con anterioridad, la Ley Antimonopolios se desarrolló en un ambiente político que favorecía mayormente los controles y la participación estatal en amplios sectores de la economía. Incluso, en los casos ya vistos de las petroleras y el de éstas con ENAP, el gobierno había avalado sus acuerdos con el argumento del interés público. Con el advenimiento de los gobiernos de Eduardo

⁹³ De acuerdo con Óscar Illanes, en entrevista realizada el 2 de agosto de 2012, a lo menos durante el período en que él fue secretario relator de la Comisión Antimonopolios, entre los años 1960 y 1968, el trabajo que debía realizar no era muy demandante, aunque en los primeros años se concentró la mayoría de las consultas.

⁹⁴ Esta afirmación se encuentra en el informe preparado por el asesor de la OCDE Terry Winslow, *Política y ley de competencia en Chile. Examen inter-pares*, p. 17.

⁹⁵ Dale B. Furnish, “Chilean Antitrust Law”, pp. 470-471. La cantidad de causas señalada por este autor corresponde al período 1959-1970. Agradezco a Mario Ybar, jefe de la División de Fusiones y Estudios de la FNE, el haberme sugerido la lectura de este artículo.

⁹⁶ Ortúzar, “Ley...”, *op. cit.*, p. 127.

⁹⁷ Es interesante destacar que en 1970 un investigador estadounidense reveló problemas similares de acceso a las resoluciones y las consiguientes dificultades para cuantificarlas. Al respecto, véase Furnish, *op. cit.*, p. 470, n. 19.

Frei Montalva y de Salvador Allende, esta voluntad política de aplicar la ley en favor de la libre competencia tendió al mínimo.

En este contexto, también cabe señalar que la legislación antimonopolios recibió desde muy temprano fuertes críticas, no sólo en términos de sus debilidades intrínsecas sino, también, acerca de su sentido y verdadera utilidad. Tal fue el argumento de una tesis de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile publicada en 1961: *La concentración del poder económico en Chile*. Su autor era el joven Ricardo Lagos Escobar, quien en su investigación llegó a la conclusión de que la economía chilena era controlada por once grupos económicos, y que si se consideraban sus vinculaciones societarias, bancarias y a nivel de integración de sus directorios, se reducían a sólo tres. Estos grupos llegaban a dominar el 70,6% de los capitales nacionales constituidos en sociedades anónimas⁹⁸.

En particular, Ricardo Lagos criticó la falta de alcance, profundidad y eficacia de la legislación antimonopolios vigente en el país:

“Y la verdad es que la gran concentración que existe en Chile, este verdadero monopolio que alcanza a todas las actividades, no podrá ser destruido con reformas superficiales y aparentes, o con leyes ‘antimonopólicas’ como la que en la actualidad conocemos y que se aplica a los panaderos, a los dueños de verdulerías, a los matarifes, etc. Allí no está el poder económico que abusa del consumidor y de la sociedad: el verdadero poder está en el aparato financiero (los bancos), en el gran campo industrial y en el latifundio. Hacia allá debe dirigirse el poder regulador del Estado”⁹⁹.

Para Ricardo Lagos, el problema de fondo era que las grandes empresas estaban en manos del sector privado, el que a través de la concentración se beneficiaba económicamente y aumentaba su poder en la sociedad. Con una radicalidad, que sería característica de gran parte de los partidos de izquierda con el correr de la década de 1960 y, sobre todo, a inicios del decenio de 1970, propuso:

“La única y verdadera solución es, entonces, la abolición de la propiedad privada sobre los medios de producción, los cuales deben pasar al Estado. En la medida que dicha propiedad subsista, todas las leyes que se dicten sólo serán paliativos que jamás conseguirán la eliminación definitiva de las diversas formas de concentración”¹⁰⁰.

LA COMISIÓN ANTIMONOPOLIOS, EL FISCAL Y LA ESTATIZACIÓN DE LOS BANCOS DURANTE LA UP

Aun cuando a partir de 1963, tal como se señaló, la Comisión y el fiscal no tuvieron muchas causas que atender, sí hubo una que marcaría la historia de la institucionalidad antimonopolios y que tendría efectos legales y políticos, incluso, después del golpe militar del 11 de septiembre de 1973.

⁹⁸ Ricardo Lagos Escobar, *La concentración del poder económico en Chile*, p. 165.

⁹⁹ *Op. cit.*, pp. 171-172.

¹⁰⁰ *Op. cit.*, p. 172.

En el plano económico, dentro de las metas programáticas proyectadas por el gobierno de la UP ocupaba un lugar preponderante la construcción de un nuevo sistema, que contemplaba la existencia de tres áreas económicas: social, privada y mixta. El área de propiedad social sería la dominante y quedaría integrada mediante la nacionalización o expropiación de todas aquellas actividades que, según se afirmaba, condicionaban el desarrollo económico y social del país. Entre esas actividades se contaban los bancos. Tal era la importancia de este objetivo, que fue el propio presidente Salvador Allende quien públicamente anunció la estatización de la banca, el 30 de diciembre de 1970; es decir, antes de cumplir dos meses de gobierno.

En esa misma alocución puntualizó que junto con enviar un proyecto de ley para tales efectos, también el gobierno iniciaría un proceso de compra de acciones de los bancos en poder de particulares, medida que buscaba acelerar el traspaso de la propiedad¹⁰¹. Esta alternativa fue adoptada debido a que el gobierno no contaba con el apoyo suficiente en el Congreso Nacional para aprobar una ley de estatización de la banca.

Para iniciar el proceso de compra, el 11 de enero de 1971 la CORFO autorizó al Banco del Estado a abrir un poder comprador de acciones y tramitó un crédito con el Banco Central para financiar los costos de la operación. El mecanismo que se utilizó fue hacer una oferta general y pública de compra, que incluía el precio y la forma de pago. En tanto, con los grandes accionistas y los representantes de los bancos extranjeros se negoció de manera directa.

La adquisición de títulos accionarios fue bastante exitosa, pues a mediados de 1971 se había logrado tomar el control del 53,2% de las acciones de la banca privada. Un año más tarde se anunciaba el control de todos los bancos pequeños y medianos, y un 71,5% de participación estatal en el segundo banco privado más grande del país, el Sudamericano. Por esa misma fecha, el 46% de la propiedad de la mayor institución bancaria nacional, el Banco de Chile, estaba ya en poder de la CORFO¹⁰².

La proclive actitud de los tenedores de acciones a vendérselas al gobierno se explica por el temor que tuvieron ante la posibilidad de que éste finalmente lograra hacer aprobar una ley de expropiación de la banca, la que, según se dijo, generaría indemnizaciones inferiores al precio que estaba ofreciendo CORFO para comprarlas¹⁰³. Cabe señalar que este proyecto nunca se envió al Congreso, pero la sola expectativa de que se enviara representó una suerte de amenaza para los dueños de acciones. Además, el valor de esas acciones en la Bolsa de Comercio estaba bajando velozmente, lo que acrecentó la sensación de pérdida económica para ellos¹⁰⁴.

¹⁰¹ Eduardo Novoa Monreal, "Derecho, juristas y cambio económico", p. 186.

¹⁰² Novoa, *op. cit.*, p. 187 y Antecedentes registrados en la resolución N° 14 de la Comisión Resolutiva, del 28 de mayo de 1975, considerando 2.f.

¹⁰³ Novoa, *op. cit.*, p. 187 y Antecedentes registrados en la resolución N° 14..., *op. cit.*, considerando 4.b.

¹⁰⁴ *Ibid.* y *op. cit.*, considerando 4.d.

Los partidos de oposición, con el objetivo de paralizar la estatización de la banca, comenzaron a objetar la legalidad de toda la operación, por lo cual el 26 de enero de 1971 la Cámara de Diputados designó una comisión especial para que investigara los procedimientos que se estaban utilizando.

La comisión investigadora invitó a exponer sus puntos de vista a prácticamente a todos los actores vinculados al caso, entre los cuales estuvo el fiscal Waldo Ortúzar, quien fue uno de los primeros en presentarse a dicha instancia, el 10 de febrero de 1971. Ante la consulta específica de un diputado, de si acaso la Ley Antimonopolios también abarcaba a las instituciones fiscales, si bien ese monopolio fuera del Estado, el fiscal respondió que sí. Enseguida, un diputado afirmó que ello era un contrasentido, pues “el Estado tiene facultades ilimitadas”. La respuesta del fiscal fue: “Pero si el Estado lo hace sin ley, contraviene la norma vigente”. Para reforzar su afirmación, explicó latamente los contenidos de los artículos 172 y 174 de la ley N° 13.305, aclarando, además, que la Comisión Antimonopolios tenía atribuciones para conocer causas que involucraran al Estado¹⁰⁵.

Finalmente, la comisión investigadora concluyó –con once votos a favor y dos en contra– que los hechos denunciados contravenían la legislación antimonopolio vigente.

A través de un oficio del 10 de marzo de 1971, la Cámara de Diputados le solicitó a la Comisión Antimonopolios analizar este caso, con la finalidad de que determinara si la estatización de la banca, al formar un monopolio estatal en este sector, contravenía los preceptos del título v de la ley N° 13.305. El mencionado oficio venía acompañado de un memorándum explicativo del diputado Gustavo Alessandri, que concluía que la compra de acciones bancarias efectuadas por la CORFO, el Banco Central y el Banco del Estado infringía las normas antimonopolios vigentes¹⁰⁶.

La Comisión acogió la solicitud de la Cámara de Diputados, y ordenó al fiscal Waldo Ortúzar que indagara si la compra de acciones por parte de Estado tenía el propósito de constituir un monopolio bancario a favor del Estado.

Esta larga y enconada batalla legal y política que se iniciaba no hacía más que reflejar dos visiones de sociedad radicalmente contrapuestas, donde unos defendían la idea de que el Estado tenía límites legales en su accionar, en tanto los otros planteaban que éste tenía “facultades ilimitadas”. Ambos fundamentaron sus respectivas posiciones en la interpretación particular que hacían de los preceptos del título v de la ley N° 13.305. Mientras la oposición planteaba que esta ley era aplicable al Estado y que en virtud de ello la Comisión Antimonopolios tenía competencia para participar y pronunciarse en la disputa; los defensores del gobierno respaldaban la legalidad de la estatización de la banca y rechazaban que se la juzgara a través de la ley antimonopolios.

¹⁰⁵ “Informe de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados”, en *Boletín de Sesiones Ordinarias*, sesión 29, del 7 de abril de 1971, pp. 1949-1950.

¹⁰⁶ Antecedentes registrados en la resolución N° 14..., *op. cit.*

En la disputa también entraron los privados, que en su calidad de accionistas del Banco de Chile y representados por el abogado Eduardo Vial recurrieron a la Comisión Antimonopolios para que, a la luz de los mismos fundamentos entregados por el diputado Gustavo Alessandri, declarara ilegales los hechos denunciados, dejara sin efecto las compras de acciones efectuadas por la CORFO, aplicara las multas correspondientes e iniciara los procesos criminales correspondientes¹⁰⁷.

En su informe el fiscal concluyó –tal como lo había manifestado ante la comisión investigadora de la Cámara de Diputados– que la operación era ilegal, pues la compra de acciones realizada por CORFO tendía a constituir un monopolio estatal en su favor, lo que contravenía las disposiciones del título v de la ley N° 13.305, y que, por lo tanto, debían ser acogidas las denuncias del diputado Gustavo Alessandri y del abogado Eduardo Vial.

La CORFO, el Banco Central y el Banco del Estado se defendieron en conjunto argumentando, entre otros aspectos, que la Comisión Antimonopolios no tenía competencia para conocer el asunto, pues la CORFO era una institución estatal, lo que la exceptuaba del ámbito de dicha Comisión¹⁰⁸.

El gobierno, por su parte, considerando que los preceptos de la legislación antimonopolios no eran aplicables al Estado, pues a su entender sólo lo eran a los particulares, en junio de 1971 recurrió en consulta al Consejo de Defensa del Estado, que en su calidad de organismo colegiado a cargo de defender los intereses patrimoniales del Estado y de asesorar jurídicamente al gobierno, debía pronunciarse en esta contienda. El 21 de julio dio a conocer su informe que le dio la razón al accionar del gobierno, reconociendo que los funcionarios públicos de la CORFO no habían vulnerado la ley N° 13.305 al configurar el poder comprador de acciones de los bancos y que, por lo tanto, no se les podía sancionar penalmente en virtud de ello. También afirmó que la Comisión Antimonopolios no tenía facultades para juzgar las atribuciones legales de la CORFO y que tampoco las tenía para dejar sin efecto esas compras accionarias. En el ámbito general, se planteó que los preceptos de la ley N° 13.305 no debían ser extendidos al accionar del Estado, ni específicamente al de la CORFO ni al de sus funcionarios. Al respecto se afirmó que el espíritu de esa ley era el de:

“ensanchar las atribuciones gubernativas en defensa de los consumidores y distribuidores particulares a fin de que no resulte perjudicado el interés de aquellos consumidores”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ “Informe de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados”, *op. cit.*, pp. 1950-1952; Antecedentes registrados en la Resolución de la Comisión Resolutiva Antimonopolios, N° 14..., *op. cit.* y Novoa, *op. cit.*, p. 196.

¹⁰⁸ Antecedentes registrados en la Resolución de la Comisión Resolutiva Antimonopolios, N° 14..., *op. cit.*

¹⁰⁹ Novoa, *op. cit.*, pp. 191-195 y Antecedentes registrados en la Resolución de la Comisión Resolutiva Antimonopolios, N° 14..., *op. cit.*

En sentencia del 26 de agosto de 1971, la Comisión Antimonopolios, por mayoría de votos¹¹⁰, rechazó los argumentos presentados por el fiscal y acogió la tesis de la falta de jurisdicción para conocer la materia debatida presentada por la CORFO y los bancos Central y del Estado. En consecuencia, determinó que no le correspondía emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Este fallo fue reclamado ante la Corte Suprema por el abogado representante de los accionistas del Banco de Chile, la que en sentencia del 30 de agosto de 1972 lo revocó, declarando que la Comisión debía conocer y fallar la cuestión objeto de las denuncias¹¹¹.

El caso volvió a la Comisión Antimonopolios el 6 de junio de 1973. Sin embargo, no logró pronunciarse debido a una serie de incidencias procesales que la retrasaron, y a que tres meses más tarde ocurrió el golpe militar del 11 de septiembre.

El epílogo de toda esta situación procesal, que fue parte de los tantos enfrentamientos político-institucionales que se desarrollaron con gran vehemencia entre la oposición y el gobierno de la UP, se resolvió casi dos años más tarde en la resolución número 14 de la Comisión Resolutiva, del 28 de mayo de 1975.

Aunque se verá más adelante con mayor profundidad, cabe aclarar que tras el golpe de Estado, la Junta de Gobierno tramitó de forma acelerada una nueva legislación antimonopolios, que inspirada en muchos aspectos en el título V de la ley N° 13.305, se institucionalizó a través del DL N° 211, del 22 de diciembre de 1973, que fijó las denominadas “Normas para la defensa de la libre competencia”. La celeridad con que se aprobó este nuevo cuerpo legal se debió a que entre las medidas que se estaban adoptando para intentar bajar los niveles de hiperinflación que vivía el país, estaba la liberalización de los precios, aspecto por lo demás central en la visión libremercadista que tempranamente se fue instalando en el nuevo gobierno.

Entre otros aspectos que tendieron a darle mayor poder de fiscalización, control y prevención a esta nueva institucionalidad, se creó una comisión preventiva central, para la ciudad de Santiago, y las comisiones preventivas provinciales, con asiento en las capitales de provincia del país, todas de carácter consultivo. Como un organismo público independiente se creó la Fiscalía de la Defensa de la Libre Competencia, encabezada por un fiscal (continuó en el cargo Waldo Ortúzar), cuyas atribuciones básicamente se concentraban en investigar y acusar. Por último, como el organismo superior de este andamiaje institucional, se creó la Comisión Resolutiva, con asiento en Santiago, que era la instancia encargada de resolver y sancionar¹¹².

¹¹⁰ El Ministro de la Corte Suprema se manifestó a favor de los argumentos del fiscal. En tanto los dos superintendentes votaron a favor de las instituciones estatales.

¹¹¹ Antecedentes registrados en la Resolución de la Comisión Resolutiva Antimonopolios, N° 14..., *op. cit.*

¹¹² Ortúzar, “Ley...”, *op. cit.*, p. 128.

Fue entonces, en este contexto, que la nueva Comisión Resolutiva, el 3 de enero de 1974, ordenó retomar y proseguir la causa relacionada con la estatización de la banca que desde junio del año anterior estaba en manos de la Comisión Antimonopolios¹¹³.

Tras analizar el caso, la Comisión Resolutiva emitió su resolución número 14 del 28 de mayo de 1975, que en lo medular indicó que el gobierno de la UP, al:

“(…) adquirir la mayor parte de las acciones bancarias chilenas y los activos y pasivos de los bancos extranjeros, buscaba concentrar en su exclusivo poder toda la actividad empresarial de la Banca y en forma definitiva”.

En función de ello planteó que lo anterior, al excluir toda posibilidad de competencia en ese rubro, debía ser considerado como un monopolio a favor del Estado, lo que vulneraba diversas disposiciones del título v de la ley N° 13.305 y del DL N° 211, que establecían que la constitución de un monopolio estatal requería lo que no había sucedido:

“la concurrencia de dos requisitos adicionales, a saber: que existiera un informe favorable de la Comisión Antimonopolios y que el Presidente de la República los autorizara en virtud de un decreto Supremo”.

Este fallo condenatorio implicó que los funcionarios de la CORFO, del Banco Central y del Banco del Estado, que directamente habían participado en la operación, debían ser procesados en la justicia del crimen, declarados reos y puestos en prisión preventiva. Sin embargo, al decretarse estas medidas de primera instancia, los funcionarios querellados ya se encontraban exiliados en el extranjero. En abril de 1976, la Corte de Apelaciones de Santiago revocó las medidas adoptadas contra los funcionarios, aduciendo que la Junta Militar había derogado la ley N° 13.305¹¹⁴.

De esta manera no sólo se cerró un ciclo político y económico en el país sino, también, en el ámbito de la institucionalidad de la legislación antimonopolios.

Más allá de la relevancia de algunos casos que le correspondió atender en sus primeros años de funcionamiento, el trabajo de la Comisión Antimonopolios y del fiscal tendió a ser progresivamente exiguo y poco relevante. Pero la ley antimonopolios, la Comisión y la figura del fiscal adquirieron un papel muy protagónico en el marco del plan de estatización de la banca impulsado por la UP.

Fue así como esta institucionalidad antimonopolios se transformó, coyunturalmente, en un instrumento eficaz para limitar o neutralizar las acciones de intervención económica del Estado, y sirvió –como se verá– de inspiración para la estructuración de la nueva legislación de defensa de la libre competencia, iniciada inmediatamente después del golpe militar del 11 de septiembre de 1973.

¹¹³ Cabe aclarar que en el artículo 1° de las disposiciones transitorias del DL N° 211 se indicó que las causas que en ese momento estuvieran siendo tramitadas por la Comisión Antimonopolios seguirían siendo substanciadas por la Comisión Resolutiva, de acuerdo con los preceptos del mismo DL.

¹¹⁴ Novoa, *op. cit.*, pp. 196-197.

PARTE II:
LA ECONOMÍA DE MERCADO, EL DL N° 211
Y LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA,
1973-1990

HACIA UNA NUEVA ECONOMÍA

Tras el 11 de septiembre de 1973 se inició en Chile una profunda y rápida transformación del sistema económico, que implicó dejar atrás los fundamentos del Estado dirigista que se había iniciado hacia fines de la década de 1920, consolidado en los decenios 1940 y 1950, y profundizado al extremo a inicios de la década de 1970.

La nueva visión estructurante de la economía buscó establecer un sistema económico de mercado integrado al mundo, que permitiera en el corto plazo estabilizar los críticos desequilibrios heredados de la UP y, en el largo plazo, sentar las bases para lograr mayores y sostenidas tasas de crecimiento de la economía.

Lo anterior implicó la definición de nuevos objetivos que buscaron garantizar el crecimiento económico, entre los que se contaban: el respeto a la propiedad privada, el fomento de las exportaciones, el equilibrio de las cuentas fiscales, el control de la inflación, la apertura comercial y financiera, la disminución del tamaño y del grado de intervención del Estado y el impulso a la libre iniciativa privada.

De forma explícita fueron dejados de lado los objetivos que tradicionalmente habían priorizado los gobiernos anteriores, tales como: la industrialización nacional, la sustitución de importaciones, la protección arancelaria, la redistribución del ingreso y, en general, la intervención del Estado como principal impulsor, controlador y garante del crecimiento económico.

El nuevo eje ordenador sería de ahora en adelante el mercado, lo que implicó la pronta adopción de medidas liberalizadoras en diversas áreas de la economía.

Como es sabido, al momento de efectuar el golpe de Estado, las Fuerzas Armadas no contaban con un programa económico que guiara las decisiones en este ámbito. De hecho, el Ejército, la Fuerza Aérea y Carabineros, por formación y doc-

trina, tendían más bien a sostener planteamientos nacionalistas y corporativistas que favorecían una visión estatista, siguiendo los planteamientos tradicionales que se habían aplicado en el país hasta ese momento, pero dentro de un marco capitalista. Por lo tanto, el derrocamiento de Salvador Allende habría obedecido, desde el punto de vista económico, al objetivo de terminar con el estatismo de cuño marxista aplicado por la UP, para, enseguida, retomar una senda de crecimiento a través de una política económica de corte desarrollista¹¹⁵.

La excepción en este escenario la constituyó la Armada, cuyo Comandante en Jefe, el almirante José Toribio Merino, había encargado que se le entregara un programa económico de gobierno algunos meses antes del golpe.

Este programa, conocido como *El ladrillo*, inspirado en el pensamiento económico neoliberal de los académicos del departamento de Economía de la Universidad de Chicago, se fue abriendo paso y conquistando adhesiones dentro de las autoridades militares, hasta transformarse, ideológicamente, en la piedra angular del proceso de revolución económica que se puso en marcha.

El camino que llevó a la redacción de este documento tuvo una serie de características, que incluyeron elementos de mediano y corto plazo, algunos fortuitos y otros deliberados, que a la postre redundaron en que la visión económica neoliberal llegara a ser considerada una alternativa real y viable para el país.

En retrospectiva de mediano plazo, la firma de un convenio académico entre el departamento de Economía de la Universidad de Chicago y el Instituto de Economía de la UC en marzo de 1956, fue el momento clave para que sucesivos grupos de egresados chilenos de Economía realizaran estudios de posgrado en esa universidad estadounidense, conocida por su enfoque monetarista y defensa de las ideas de libre mercado¹¹⁶. De allí saldrían los denominados *Chicago Boys*, que muy pronto tomarían la conducción de la política económica desde ministerios claves y cargos ejecutivos de alto nivel, liderados por Sergio de Castro: "La UC fue nuestra cantera para tener intelectuales a disposición del gobierno"¹¹⁷.

Los vínculos iniciales que permitirían más tarde a este grupo de economistas relacionarse directamente con las autoridades del régimen militar se comenzaron a establecer en 1967 y 1968, cuando profesores del Instituto de Economía de la UC dictaron un curso sobre elementos básicos de economía a un grupo de importantes empresarios y altos ejecutivos. Hasta ese momento no existía mayor relación entre académicos y empresarios, y la idea de hacer el curso, en las oficinas de la SOFOFA, surgió de las conversaciones iniciadas entre Sergio de Castro y

¹¹⁵ Gárate, *op. cit.*, p. 182 y ss.

¹¹⁶ Acerca de este convenio y sus repercusiones véase, entre otros, Francisco Rosende (ed.), *La Escuela de Chicago. Una mirada histórica a 50 años del convenio Chicago / Universidad Católica. Ensayos en honor a Arnold C. Harberger*; Gárate, *op. cit.*, capítulo II y Juan Gabriel Valdés, *La Escuela de Chicago: operación Chile*.

¹¹⁷ Afirmación efectuada por Sergio de Castro, entonces profesor del Instituto de Economía de la UC, doctor en Economía por la Universidad de Chicago, quien inmediatamente después del 11 de septiembre se transformaría en el principal asesor económico de la Junta Militar de Gobierno. Entrevista realizada el 8 de mayo de 2012.

su amigo y compañero de universidad, Juan Ramón Samaniego, quien era en ese entonces gerente de la SOFOFA.

Entre los asistentes estaba el ingeniero civil de la Universidad de Chile, Fernando Léniz, en ese momento gerente del diario *El Mercurio*. En la CMPC había conocido a Jorge Alessandri, quien al poco tiempo sería elegido Presidente de la República (1958-1964). Para Fernando Léniz, que en octubre de 1973 asumió como ministro de Economía, su participación en el curso dictado por los *Chicago Boys* marcó un punto de quiebre en su forma de entender la economía: “Ahí me convencieron por completo”¹¹⁸.

Los contenidos teóricos del curso, fundamentalmente sobre teoría de precios, también fueron convenciendo a muchos de los otros asistentes. En ese contexto, en 1969 algunos empresarios propusieron a los profesores de la UC que participaran en la redacción del programa económico de gobierno del candidato Jorge Alessandri, quien representaría a la derecha en la elección presidencial del año siguiente.

Las reuniones de trabajo se realizaron en las oficinas del CESEC, dirigido por el sociólogo UC y máster en Economía en la Universidad de Chicago, Emilio Sanfuentes Vergara. Entre otros, los participantes fueron, además de Emilio Sanfuentes, Sergio de Castro, Pablo Baraona, Sergio de la Cuadra, Adelio Pipino y Juan Carlos Méndez.

La propuesta de programa se centró en: la apertura de la economía, el respeto al derecho de propiedad, la liberalización de los precios, la reforma del sistema tributario, la creación de un mercado de capitales y la eliminación de los monopolios, entre otros puntos¹¹⁹.

El propio Sergio de Castro fue el encargado de presentar entre abril y junio de 1970 los contenidos del programa al equipo de empresarios que asesoraba al candidato Jorge Alessandri. Aunque ellos estuvieron de acuerdo con las propuestas, las discrepancias surgieron en torno a la velocidad de implementación de las mismas. Mientras los empresarios plantearon que debían ser aplicadas gradualmente, los *Chicago Boys* sostuvieron que la gradualidad llevaría al fracaso de las medidas y a su pronto abandono. En tanto, Jorge Alessandri intentó zanjar la discusión planteando que las discrepancias eran de carácter semántico, para a continuación conminar a sus seguidores a seguir trabajando en la campaña presidencial¹²⁰.

Sin embargo, la disputa en torno a la gradualidad no había sido sólo semántica, pues dado que la visión de los economistas de la UC apuntaba con nitidez a que las medidas debían adoptarse con celeridad y visión de conjunto, éstos decidieron retirarse de la campaña, con mucha discreción, para no afectar al candidato:

“Los empresarios eran de la idea que el programa era correcto, pero debía implementarse lentamente. Nosotros, en cambio, éramos de la idea que debía hacerse

¹¹⁸ Entrevista con Fernando Léniz.

¹¹⁹ Sergio de Castro, “Prólogo”, p. 8.

¹²⁰ *Op. cit.*, p. 9.

rápido, porque las medidas económicas, aunque uno las tome todas ahora, toman mucho tiempo en hacer efecto. Si uno parte despacio, no llega nunca, pues la gente se cansa de esperar y se pierde el efecto deseado. Pero el candidato no se convenció mucho con nuestras ideas (...) Nosotros, sencillamente al final decidimos retirarnos de la campaña, pero sin hacer ruido, para no poner en riesgo las posibilidades de que fuera elegido Alessandri. Pero quedó una semilla”¹²¹.

Esa semilla comenzó a dar sus frutos tras la elección de Salvador Allende, cuando el grupo de economistas retomó el trabajo de análisis de la problemática de la economía chilena hacia 1972, en un contexto en que la economía nacional comenzaba a mostrar signos de un grave deterioro. Al año siguiente la cantidad de integrantes aumentó con la incorporación de más de una decena de profesionales y de algunos políticos, tanto de derecha como demócratacristianos.

Aunque no es del caso desarrollar aquí el detalle del trabajo, vínculos y contactos desarrollados por este grupo¹²², el punto que me interesa destacar es que aquí se gestó el denominado “Programa de desarrollo económico”, que se hizo conocido como *El Ladrillo*.

Según recuerda Sergio de Castro:

“Empezamos a analizar y lo primero que debatimos fue que toda influencia política debía quedar fuera, pues no sabíamos qué tipo de gobierno iba a venir”.

Tras acordar que la discusión y las propuestas debían ser ciento por ciento técnicas, se abocaron a estudiar la evolución de la economía chilena en el largo plazo, llegando a la conclusión de que los problemas económicos de Chile venían desde la década de 1930. Para salir del estancamiento de largo plazo y de la crisis que se vivía en ese momento, se concluyó que la solución pasaba por aplicar globalmente la teoría de precios, que, en definitiva, permitiría lograr una asignación eficiente de los recursos en la economía¹²³. Según ellos, esta carencia de carácter histórico se había configurado como el principal obstáculo para el crecimiento de la economía chilena¹²⁴.

La redacción de este programa debió apurarse cuando uno de los integrantes del grupo, el ex marino Roberto Kelly, sostuvo conversaciones con el almirante José T. Merino acerca de la necesidad y posibilidad de que los militares dieran un golpe de Estado. El Comandante en Jefe de la Armada, junto con afirmar que los uniformados no sabían nada de economía, le solicitó un plan económico para actuar.

¹²¹ Entrevista con Sergio de Castro.

¹²² Al respecto, véase, entre otros: Arturo Fontaine, *La historia no contada de los economistas y el presidente Pinochet* y Patricia Arancibia, *Conversando con Roberto Kelly V.*

¹²³ A pesar de que no ha sido posible establecer un vínculo factual directo entre las propuestas efectuadas por la misión Klein-Saks en la segunda mitad de la década de 1950 y las contenidas en *El Ladrillo* de los *Chicago Boys*, un estudio que compara ambas visiones concluye que hay amplias coincidencias, tanto en aspectos generales como específicos. Al respecto, véase Lüders, “La Misión...”, *op. cit.*, pp. 230-231.

¹²⁴ Entrevista con Sergio de Castro, *op. cit.*

Según relata Sergio de Castro, para el golpe no estaba listo el documento:

“(…) pero Kelly lo copió y se lo entregó al almirante Merino. Él le hizo sacar más copias y las distribuyó entre algunos oficiales de las fuerzas armadas, y de ahí nos empezaron a llamar para que nos fuéramos incorporando al gobierno. Y prácticamente todos terminamos en alguna labor de gobierno”.

Sergio de Castro entró como asesor económico del gabinete del almirante José T. Merino el 14 de septiembre, desde donde fue inmediatamente asignado como asesor del ministro de Economía, cargo que había asumido el general de ejército Rolando González. Se reunían todos los días, pero como el nuevo Ministro entendía poco o nada de economía, menos de un mes después, el 11 de octubre, Fernando Léniz fue nombrado como nuevo secretario de esa cartera.

Tanto el nuevo Ministro como su amigo y asesor Sergio de Castro estaban de acuerdo en que la creciente intervención del Estado había conspirado contra una eficiente asignación de los recursos desde la década de 1930, problema que se había exacerbado durante la UP. Muy compleja resultaba la fijación de precios y la intervención en el comercio exterior a través de la aplicación de aranceles extremadamente altos:

“Entonces lo que había que hacer era desarmar. Pero si uno decreta la libertad de precios y hay poca competencia, vienen los acuerdos [tanto entre productores como comerciantes] y suben todos los precios. Nuestra preocupación era cómo junto con decretar la libertad de precios hacíamos que el sistema funcionara con competencia. Una herramienta fue abrir el comercio exterior, que al favorecer el ingreso de productos extranjeros va a favorecer la competencia interna. Entonces, hubo que comenzar a bajar los aranceles y eliminar la gran cantidad de prohibiciones, pues así el productor que quería explotar su poder monopólico se iba a ver enfrentado a la competencia externa. Pero esas medidas iban a tardar un poco en hacer efecto. En el corto plazo, lo que había que hacer era intervenir directamente y penar el abuso de la posición monopólica. Y eso explica la rapidez con que se hizo todo”¹²⁵.

Pero esa rapidez, al inicio, chocó con la visión de muchos militares y empresarios, que preferían una cierta gradualidad en la aplicación de las medidas. Según relata Sergio de Castro, hubo muchas y fuertes discusiones en el seno de la Junta Militar y de su Comité Asesor Económico, donde participaban uniformados de alto rango. Fernando Léniz, por su parte, recuerda:

“Hicimos una labor pedagógica con los militares y sobre todo con el Comité Asesor, dirigido por el entonces coronel Canessa. Ellos tenían una visión más estatista, especialmente en materia de fijación de precios”¹²⁶.

De todos modos, se comenzaron a tomar decisiones claves para conseguir bajar la inflación, que a esas alturas sobrepasaba la cifra record de 600% anual. Se re-

¹²⁵ Entrevista con Sergio de Castro, *op. cit.*

¹²⁶ Entrevista con Fernando Léniz, *op. cit.*

bajaron los aranceles de manera drástica, se devaluó el tipo de cambio y se decretó la libertad de precios. Esta última política se aplicó con un criterio que definió un grado de libertad absoluta en los ámbitos donde se pensó que había posibilidades reales de competencia; cuando había dudas al respecto, se aplicó la política del precio informado, donde el productor y el comerciante tenían libertad para fijar el precio de su producto, pero debían informarlo a la autoridad competente, que era la DIRINCO. Un tercer grupo, donde por el momento se decidió que era conveniente que la autoridad siguiera momentáneamente fijando los precios, se aplicó a los productos más “sensibles” para la población, como el pan y la leche.

La libertad de precios, mirada en retrospectiva, resultó ser el inicio de un verdadero cambio cultural tanto para los productores como para los consumidores. Sergio de Castro recuerda cómo al inicio algunas agrupaciones de productores, de diversos rubros, se quejaban con amargura de que si sus productos no quedaban exceptuados de esta política, muchos irían a la quiebra, lo que en muchos casos sí sucedió.

En tanto, en 1974, Fernando Léniz asumió la tarea de explicar didácticamente a través de un programa semanal de televisión, la nueva lógica económica que se estaba instalando en el país, enfatizando que los empresarios debían aprender a competir y los consumidores a comparar precios, antes de comprar. El programa, emitido por Televisión Nacional de Chile, se llamó “Las cartas sobre la mesa” y era una suerte de “pedagogía popular”, que con el apoyo de los dibujos de Jorge Dahm buscaba que los nuevos conceptos económicos que se estaban aplicando fueran entendidos “hasta por un cabro chico”¹²⁷.

En este contexto de liberalización económica y para impulsar y garantizar la libre competencia en el mercado, desde el Ministerio de Economía se puso en marcha la redacción de un texto legal que la regulara y le diera un marco institucional.

LA GESTACIÓN DEL DL N° 211

El sistema de defensa de la libre competencia que se comenzó a instituir desde fines de 1973 se estructuró sobre dos pilares, siendo el primero el programático, cuyos contenidos habían sido previamente delineados por los *Chicago Boys*, en *El Ladrillo*. El segundo, era el pilar normativo, cuyos fundamentos fueron en gran medida herederos de los preceptos estipulados en el título v de la ley 13.305 de 1959.

Respecto del primer pilar, en *El Ladrillo* se estableció que el modelo de desarrollo basado en la sustitución de importaciones y en el proteccionismo, era el responsable de que la estructura productiva del país se hubiese caracterizado por tener “un grado importante de actividades monopólicas”¹²⁸. Este rasgo distintivo había

¹²⁷ Entrevista con Fernando Léniz, *op. cit.*

¹²⁸ Sergio de Castro Spikula, Juan Carlos Méndez G., “*El Ladrillo*”: bases de la política económica del gobierno militar chileno, p. 33.

provocado que la economía, como un todo, fuera muy poco competitiva y que en torno a ella se hubieran formado grupos de poder cuyas acciones atentaban contra el interés general:

“La apertura al comercio exterior, el aumento de la competencia y una decidida política antimonopolios son fundamentales para evitar o eliminar estas tendencias en el campo empresarial”¹²⁹.

El combate a los monopolios se entendió como un aspecto central para lograr, entre otros objetivos, que al momento de aplicar una liberalización de precios, los productores no pudieran seguir haciendo uso de sus posiciones monopólicas y que, por lo tanto, efectivamente rebajaran los precios de sus productos.

También se entendió que el conjunto de acciones antimonopolio que emprendiera el gobierno al momento de liberalizar los precios tendría un efecto psicológico importante en el país y sobre todo entre los empresarios:

“(…) ya que constituirá una prueba fehaciente de la voluntad del Gobierno de combatir el monopolio y creará un precedente que los empresarios deberán tomar seriamente en cuenta antes de pretender limitar la competencia”¹³⁰.

En función de lo anterior, en este documento se planteó la necesidad de:

“agilizar la ley antimonopolios, de modo que cualquier entendimiento entre productores para disminuir la competencia entre sí sea drásticamente sancionado”¹³¹.

En ese marco, se especificó que debía sancionarse a quienes que con sus acuerdos para disminuir la competencia buscaran “subir sus precios y explotar a los consumidores”¹³².

El primer pilar, el programático, para la instauración de un sistema de defensa de la libre competencia estaba claro y de él se desprendió que para garantizarla era fundamental contar con una ley que sancionara drásticamente las prácticas monopólicas. En función de ese requisito se comenzó a trabajar en la construcción del segundo pilar de este sistema: el normativo.

Como se afirmara con anterioridad, una de las primeras medidas que se adoptaron en el Ministerio de Economía después del 11 de septiembre fue la de liberalizar los precios. Ello, a su vez, le introdujo urgencia absoluta a la dictación de una normativa antimonopolios. Para ello se recurrió a la “infraestructura que ya existía”, vale decir, al título V de la ley N° 13.305 y a quien más sabía sobre estos temas en esa época: el fiscal Waldo Ortúzar¹³³.

El asesor legal del ministro Fernando Léniz, el abogado Óscar Aitken Lavanchy, recuerda que en ese momento era de suma urgencia redactar un decreto

¹²⁹ De Castro, Méndez, *op. cit.*, p. 47.

¹³⁰ *Op. cit.*, p. 90.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Op. cit.*, p. 161.

¹³³ Entrevista con Sergio de Castro, *op. cit.*

que evitara dejar el mercado “en manos de quienes inescrupulosamente quisieran manejar la base del libre mercado: los precios”¹³⁴.

Según Sergio de Castro, conversaron con el fiscal:

“y nos dimos cuenta que era una persona que tenía un bagaje enorme en estas materias y que había pensado el tema [libre competencia] en términos jurídicos. Waldo era un tipo muy profundo, bastante retraído, pero que escuchaba y entendía el problema perfectamente. No creo que él haya tenido que aprender muchas cosas de los economistas, porque las había pensado, entendía nuestras ideas y lo que se quería: aumentar la competencia e impedir que hubieran colusiones”¹³⁵.

Bajo la consigna de Sergio De Castro de que el decreto debía estar listo “para ayer”, Óscar Aitken y Waldo Ortúzar comenzaron a redactar el nuevo texto legal. Con la ayuda de la esposa de este último, la abogada Olga Feliú, quien en ese entonces era coordinadora jurídica de la Controlaría General de la República, estudiaron *El Ladrillo* y el título v de la ley N° 13.305. La experiencia de Waldo Ortúzar como fiscal también fue fundamental, pues sirvió para evaluar la operatividad de la legislación existente. Óscar Aitken recuerda que el encargo se les hizo a comienzos de noviembre y que en cerca de una semana lo tuvieron listo para iniciar el trámite de aprobación. El trabajo, desarrollado especialmente en la casa de Óscar Aitken y también en la de los Ortúzar-Feliú fue *express*, hasta altas horas de la noche e incluyó un fin de semana. De vez en cuando consultaron a otros asesores en cuestiones específicas y los avances los fueron discutiendo con Sergio de Castro y Fernando Léniz. Óscar Aitken aclara que no obstante la urgencia con la que se redactó el decreto, el trabajo realizado “no fue liviano”, pues se contó con la opinión y el conocimiento de los mejores expertos –que no eran muchos–, que entendían muy bien de qué se trataba el nuevo texto legal¹³⁶.

Una vez finalizada la redacción, llegó el momento de presentar el proyecto a los integrantes de la Junta de Gobierno, quienes, según recuerdan Sergio de Castro y Óscar Aitken, lo aprobaron sin cambios.

Producto de este trabajo, el 22 de diciembre de 1973 se promulgó el DL N° 211, que llevó por título: “Normas para la defensa de la libre competencia”.

BUSCANDO EL APOYO DE LOS CONSUMIDORES

Se ha sostenido que la política de drásticas y profundas transformaciones económicas que se comenzaron a aplicar en Chile después del 11 de septiembre de 1973, fueron posibles de implementar debido a que la mayoría de los chilenos subordinó sus intereses particulares al interés colectivo y a que, como tenían poco que perder, “(...) estuvieron dispuestos a pagar el costo de la transformación económica (...)”¹³⁷.

¹³⁴ Entrevista con Óscar Aitken.

¹³⁵ Entrevista con Sergio de Castro, *op. cit.*

¹³⁶ Entrevista con Óscar Aitken, *op. cit.*

¹³⁷ Lüders, “La Misión...”, *op. cit.*, p. 234.

Sin embargo, esta afirmación evita pronunciarse sobre el carácter dictatorial que asumió el régimen político a partir del golpe de Estado, que le permitió a las nuevas autoridades gobernar sin mayores restricciones políticas. Ello fue lo que hizo posible desactivar el conflicto redistributivo o el concierto de intereses que había caracterizado la economía chilena, como se vio, con especial fuerza a partir de la década de 1950.

Para efectos del tema que aquí me ocupa, lo anterior implicó que la nueva legislación de defensa de la competencia se dictó y operó en un contexto en el que las autoridades, no obstante concentrar el poder en sus manos, sí debieron considerar que la mantención del inicial apoyo ciudadano al golpe de Estado se jugaba fundamentalmente en los resultados de la nueva política económica. Por extensión, esta lógica es también aplicable a los economistas neoliberales que comenzaban a trabajar para el nuevo gobierno.

Por ello, es entendible que el DL N° 211 fuera una parte importante para la estructuración del nuevo sistema económico, que tenía como una de sus partes constitutivas fundamentales la libre competencia. Esta verdadera convicción se reflejó, en las primeras líneas de este DL, que llevó como título: “Fija normas para la defensa de la libre competencia”. La atención, por lo tanto, se fijó en la “defensa” de este sistema, cuya nueva normativa se ponía ahora en funcionamiento. Al contrastar este encabezado con el del título v de la ley N° 13.305: “Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial”, es posible apreciar que en éste el énfasis fue menos ambicioso, si centramos la mirada en el término ‘fomentar’. Asimismo, mientras en el primero la libre competencia era entendida como un concepto global, en el segundo era definida para ser aplicada específicamente a los ámbitos industrial y comercial.

También debe destacarse que en el texto del DL N° 211 hubo un claro énfasis en cautelar los intereses de los consumidores, que, como se vio, también aparecieron mencionados con claridad en el documento *El Ladrillo*.

Óscar Aitken aclara que la idea de explicitar la búsqueda del bienestar de los consumidores obedeció, entre otros aspectos, a “una política de hacer partícipe a la ciudadanía; de decirle, mire, esto es para su beneficio”¹³⁸.

Por lo anterior, en la Exposición de Motivos (N° 1) de este DL, se afirmó:

“el monopolio y las prácticas monopólicas son contrarias a una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados ya que mediante el control de la oferta o demanda es posible fijar precios artificiales y lesivos al interés del consumidor”.

Este énfasis quedó corroborado en las recién creadas Comisiones Preventivas Provinciales y en la Comisión Preventiva Central fueron incorporados como integrantes sendos representantes de los consumidores¹³⁹.

¹³⁸ Entrevista con Óscar Aitken, *op. cit.*

¹³⁹ DL N° 211, artículos 7.f y 10.g.

Si bien en el texto del título v de la ley N° 13.305 los intereses de los consumidores no fueron explícitamente mencionados, los integrantes de la misión Klein-Saks y las autoridades de gobierno sí los identificaron como uno de los bienes jurídicos que esta ley debía cautelar¹⁴⁰.

Como se verá más adelante, el precepto de la defensa del interés del consumidor se tendió a mantener en las sucesivas modificaciones e interpretaciones jurídicas del DL N° 211, a lo menos hasta inicios del decenio 2000.

Para efectos del contenido del presente capítulo, es preciso reiterar que el énfasis en la protección al consumidor que se le dio al DL N° 211 desde su dictación, obedeció al deseo del gobierno de darle una clara señal a los consumidores de que sus intereses en el marco de la política de libre competencia que se estaba comenzando a aplicar, serían protegidos de modo explícito por este nuevo cuerpo legal.

EL REFORZAMIENTO DE LA LEGISLACIÓN Y LA INSTITUCIONALIDAD

En 1973, el fiscal Waldo Ortúzar llevaba ya un poco más de diez años en el cargo. Conocía muy bien la legislación e institucionalidad antimonopolios que estuvo vigente hasta diciembre de ese año, y valoraba positivamente lo logrado bajo el imperio del título v de la ley N° 13.305:

“(…) Dicha primera ley antimonopolios estuvo bien concebida y tiene gran mérito conceptual. (...) La Comisión Antimonopolios desarrolló una importante labor y dictó una jurisprudencia valiosa, no inferior a la que han conocido otros países en sus primeras experiencias”¹⁴¹.

Este reconocimiento al mérito conceptual de esta ley, también quedó refrendado en la Exposición de Motivos (N° 5) del DL N° 211.

Aun cuando el fiscal no aludió a su coautoría en la redacción del DL N° 211, sí reconoció que “el esquema del Decreto Ley N° 211, de 1973, es, en lo sustancial, semejante al del Título V de la Ley número 13.305 (...)”¹⁴².

A este respecto, un interesante análisis comparativo entre ambos textos legales realizado recientemente, concluyó:

“Se puede afirmar con toda razón que la legislación antitrust en nuestro país tiene su origen como tal en la ley 13.305 del año 1959, dado que muchas de las disposiciones sustantivas del D.L. 211 de 1973 tienen como fuente directa a dicha ley”¹⁴³.

¹⁴⁰ Al respecto, véase Carta de Prescott Carter al ministro de Hacienda, Oscar Herrera, del 19 de enero de 1956, pp. 1-2 y Mensaje del gobierno que acompañó el envío de este proyecto de ley al Congreso.

¹⁴¹ Ortúzar, “Ley...”, *op .cit.*, p. 127.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ Juan Pablo Celis M., “El título v de la Ley 13.305 y su influencia en el D.L 211”, p. 24.

Pero más allá de esta clara influencia de la ley N° 13.305 en el DL N° 211, los redactores de este último consideraron imprescindible reforzar diversos ámbitos para su mejor funcionamiento¹⁴⁴.

Básicamente lo que se buscó fue que la nueva institucionalidad antimonopolios fuera eficaz y para ello debía contar con una cobertura geográfica más amplia; un mayor poder de fiscalización, control y prevención; y más medios administrativos para desarrollar sus tareas.

Entre los aspectos fundamentales del DL N° 211, se debe destacar que al igual que en la ley N° 13.305, se establecieron penas privativas de libertad a los infractores e, incluso, se las aumentó a quienes cometieran delito en el ámbito de los bienes o servicios de primera necesidad.

Así, en su artículo primero se estableció:

“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención, que tienda a impedir la libre competencia en la producción o en el comercio interno o externo, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Con todo, cuando este delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicinas o salud, la pena se aumentará en un grado”.

Para efectos de las multas, que fueron definidas en el artículo 17, que se refiere a las atribuciones de la Comisión Resolutiva, se estableció que se podrían aplicar:

“hasta por una suma equivalente a ciento cincuenta sueldos vitales anuales, escala A) del departamento de Santiago (...). Las multas se regularán discrecionalmente según sea el capital en giro de los autores de la infracción y la gravedad de ella, atendiendo principalmente al perjuicio causado a la colectividad”.

En tanto, en el artículo segundo, se entregó una tipificación –no taxativa– de los delitos atentatorios contra la libre competencia, cuidándose, en todo caso, de dejar abierta la posibilidad de perseguir otras figuras delictivas:

“Para los efectos previstos en el artículo anterior se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, los siguientes:

- a) Los que se refieran a la producción, tales como el reparto de cuotas, reducciones o paralizaciones de ellas;
- b) Los que se refieran al transporte;
- c) Los que se refieran al comercio o distribución, sea mayorista o al detalle, tales como el reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o de distribución exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productores;
- d) Los que se refieran a la determinación de los precios de bienes y servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros, y
- e) En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia”.

¹⁴⁴ Waldo Ortúzar, “Defensa de la libre competencia”, p. 2.

Este último aspecto resulta muy interesante, pues al texto original contenido en la ley N° 13.305, que utilizaba la figura de *eliminar*, aquí se le incorporó las de *restringir o entorpecer* la libre competencia, lo que obedeció al objetivo de conseguir una mayor precisión y ampliación de las causales de delito¹⁴⁵.

Asimismo y siguiendo los preceptos de la ley N° 13.305, al establecerse en el artículo 1° del DL N° 211 que sería penalizado todo acto que “tienda a impedir la libre competencia”, se entendió que su aplicación no requería como:

“antecedente necesario la existencia de un delito penal propiamente tal de monopolio, y ni siquiera, a veces, la afirmación de tal existencia. Basta (...) la mera afirmación de un hecho que revista los caracteres de tal delito y aun la posibilidad de su comisión u ocurrencia, (...) para justificar el ejercicio de las atribuciones y potestades legales”.

Dicho de otro modo, bastaba que un hecho o acto tuviese la intención de eliminar o entorpecer la libre competencia para proceder a castigarlo, sin que fuera una condición necesaria la verificación de un resultado concreto¹⁴⁶.

En lo referente a otro aspecto importante de la nueva legislación, la prohibición de conceder monopolios a privados (artículo 4°), la fuente inspiradora también estuvo en los preceptos de la ley de 1959. No obstante, se introdujeron algunas modificaciones que ampliaron los tipos de actividades afectas a esta prohibición incorporándose a las comerciales e industriales, las extractivas y los servicios.

En ese mismo sentido, aun cuando se mantuvo la facultad del Presidente de la República para autorizar excepcionalmente este tipo de monopolios, se estableció que primero se debía contar con la opinión favorable de la nueva Comisión Resolutiva, que para estos efectos reemplazó a la Comisión Antimonopolios¹⁴⁷.

En tanto, se señaló que la concesión de monopolios a instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de administración autónoma o municipales, sólo podría efectuarse por decreto supremo fundado y previo informe favorable de la Comisión Resolutiva, y siempre que el interés nacional así lo exigiera.

LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL DEL DL N° 211

Como instancia superior del nuevo andamiaje institucional, se creó la denominada Comisión Resolutiva, con asiento en Santiago. Su misión era la de supervigilar la adecuada aplicación de las normas del DL N° 211 y el correcto desempeño de los organismos de su dependencia (artículo 17). Era un tribunal administrativo encargado de resolver y sancionar con autoridad propia. Sus resoluciones no necesitaban ser ratificadas por otro organismo, ni complementadas ni aprobadas por

¹⁴⁵ Al respecto véase Celis, *op. cit.*, p. 20.

¹⁴⁶ Ortúzar, “Ley...”, *op. cit.*, p. 132.

¹⁴⁷ Celis, *op. cit.*, pp. 18-19.

otro tribunal. No obstante, se consideró un recurso de reclamación de última instancia, en casos especiales, ante la Corte Suprema (artículo 19).

Sus integrantes (artículo 16) eran los siguientes: un ministro de la Corte Suprema, designado por este tribunal, que la presidía; el director nacional de Industria y Comercio; el superintendente de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio; el superintendente de Bancos; el director nacional de Impuestos Internos y el Síndico General de Quiebras.

También se crearon las Comisiones Preventivas Provinciales (artículo 8), con asiento en las capitales de provincia del país. Su finalidad no era sancionar, sino principalmente atender consultas y prevenir situaciones que pudieran atentar contra la libre competencia o que ya estuvieran atentando contra ella. En tanto, para la provincia de Santiago, con idénticas atribuciones que las Provinciales, pero también con carácter nacional, se creó la Comisión Preventiva Central. En este ámbito, le correspondía resolver las reclamaciones interpuestas en contra de las resoluciones emitidas por las Comisiones Preventivas Provinciales (artículo 11).

Como integrantes de las Comisiones Preventivas Provinciales (artículo 7) se nominó:

- a) El Intendente de la provincia o el delegado suyo, funcionario público, que la presidirá;
- b) El jefe de la Oficina Provincial de la Dirección de Industria y Comercio;
- c) El Síndico de Quiebras en la capital de provincia que hubiere o a falta de éste, el abogado que designe el Intendente;
- d) El ingeniero agrónomo de los organismos del Estado con asiento en la provincia de mayor jerarquía, o en igualdad de condiciones, el más antiguo;
- e) El presidente del Consejo Provincial del Registro Nacional de Comerciantes, Pequeños Industriales y Artesanos de Chile y
- f) Un representante de los consumidores designado por los presidentes de las Uniones Comunales de Juntas de Vecinos de la provincia, de entre ellos y por mayoría de votos, que durará dos años en este cargo.

A su vez, la Comisión Preventiva Central (artículo 10) quedó integrada por:

- a) El fiscal de la Dirección de Industria y Comercio, quien la presidirá;
- b) Un profesor universitario de la cátedra de Derecho Económico, designado por el Consejo de Rectores;
- c) Un delegado del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción;
- d) Un representante del Ministerio de Agricultura;
- e) Un representante de la Confederación de la Producción y del Comercio, designado por ésta;
- f) Un representante designado por el ministro de Economía, a propuesta de la Confederación del Comercio Detallista y de la Pequeña Industria de Chile, y de la Confederación Única de la Pequeña Industria y Artesanado;
y
- g) Un representante de los consumidores designado por los presidentes de las Uniones Comunales de Juntas de Vecinos de la provincia de Santiago, de entre ellos y por mayoría de votos, que durarán dos años en su cargo.

Todos los integrantes de las Comisiones Preventivas y de la Resolutiva (artículo 30), no tenían derecho a remuneración por el ejercicio de sus labores.

Cabe señalar que de lo inmediatamente anterior se desprenderían dos ejes temáticos de alta complejidad, que hacia comienzos de la década de 1990 –como veremos más adelante– se manifestarían como una fuente de conflictos y discusión para el adecuado funcionamiento de la institucionalidad defensora de la libre competencia.

Mientras el primero se refiere a los grados de autonomía de los integrantes de las distintas comisiones, el segundo tiene relación con la ausencia del pago de remuneraciones a sus integrantes.

Al revisar las nóminas de integrantes tanto de la Comisión Resolutiva como de las Comisiones Preventivas, es posible afirmar que su grado de dependencia respecto del Poder Ejecutivo era, a lo menos, bastante alto. De un total de diecinueve miembros (considerando para estos efectos a las Preventivas como una sola), exceptuando al ministro de la Corte Suprema, al profesor universitario de la cátedra de Derecho Económico y a los dos representantes gremiales, nos encontramos con que los otros quince integrantes de esta institucionalidad debían sus cargos, directa o indirectamente, a las máximas autoridades de gobierno o a las autoridades locales delegadas.

En tanto, el hecho de que el trabajo de los distintos comisionados fuera establecido *ad honorem* obedeció, según Óscar Aitken, a que en ese momento –fines de 1973– el contexto de política general imperante en el país hacía necesario “achicar” el aparato del Estado y disminuir sus gastos.

Mientras estos dos aspectos tendieron a ir generando una cierta debilidad operativa en el trabajo de las distintas comisiones, los redactores del DL N° 211 fortalecieron el poder y la autonomía del fiscal: “El Fiscal debía llevar la batuta. Era él el que realmente debía llevar el poder”. La razón de esta decisión radicó en que en esa época en Chile habían muy pocas personas con conocimientos sólidos que combinaran aspectos legales y económicos en materia de defensa de la libre competencia: “El que aportaba este *know how* era Waldo Ortúzar. Él reunía todos los requisitos”¹⁴⁸.

En función de lo anterior se creó, como un organismo público independiente, la Fiscalía de la Defensa de la Libre Competencia, encabezada por un fiscal¹⁴⁹, cuyo objetivo era el de asistir a las comisiones, apoyarlas administrativamente, servir de organismo ejecutor de lo que éstas acordaran y, sobre todo, investigar y acusar.

Entre otras disposiciones, en el artículo 21 del DL N° 211 se estableció que la Fiscalía tendría su sede en Santiago y que sería independiente de todo organismo o servicio. Su jefe superior, el fiscal, que debía ser un abogado, sería nombrado por la Comisión Resolutiva, sin definir un período específico de duración en el

¹⁴⁸ Entrevista con Óscar Aitken, *op. cit.*

¹⁴⁹ En el artículo 3° de las disposiciones transitorias del DL N° 211 se confirmó en su cargo al fiscal Waldo Ortúzar.

cargo. Sólo podía ser removido de su función y sancionado por esta Comisión, de acuerdo con las normas del Estatuto Administrativo, previo sumario instruido por la Contraloría General de la República.

También se estableció (artículo 22) que en cada capital de provincia habría un fiscal delegado, dependiente directamente del Fiscal Nacional, cargo que sería desempeñado por el jefe provincial de la Dirección de Industria y Comercio. Este cargo no tendría derecho a remuneración adicional por esta labor.

Al Fiscal Nacional se le dotó de una planta de personal, que sería nombrada por él con toda independencia, además de tener la facultad de efectuar contrataciones a honorarios. En concreto, a la Fiscalía se le fijó la siguiente planta (artículo 23): fiscal, secretario general (abogado), dos abogados y tres oficiales administrativos. Es decir, un total de siete funcionarios.

Los fondos para su funcionamiento provendrían del presupuesto del Ministerio de Economía.

Un aspecto fundamental para el ejercicio de las funciones del fiscal, que otorgó a quienes desempeñaran este cargo la posibilidad de ejercerlo con toda independencia, quedó fijado en el artículo 24. Allí se estableció:

“El Fiscal, en el ejercicio de sus funciones, es independiente de todas las autoridades o tribunales ante los cuales es llamado a ejercerlas. Puede en consecuencia defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones”.

Como se verá más adelante, este artículo se transformó en el verdadero fundamento de la autonomía y poder de los fiscales económicos que, dependiendo de los rasgos de personalidad del fiscal en ejercicio, sirvió para resistir todo tipo de presiones.

En función de este alto grado de autonomía disponible, el fiscal fue legalmente investido con las siguientes atribuciones y deberes:

- a) Instruir las investigaciones que estime procedentes para verificar las infracciones al presente decreto ley, de oficio o a requerimiento de cualquier autoridad o persona.

La Dirección General de Investigaciones deberá poner a disposición del Fiscal el personal de ese Servicio que éste requiera para el cumplimiento del cometido indicado en esta letra;

- b) Actuar como parte, representando el interés general de la colectividad, ante la Comisión Resolutiva y los Tribunales de Justicia, con todos los deberes y atribuciones que le correspondan como tal parte.

Ante la Corte Suprema, el Fiscal podrá defender los fallos de la Comisión Resolutiva o impugnarlos.

Respecto de las investigaciones practicadas por los Fiscales delegados y de los cargos formulados por éstos, el Fiscal podrá hacerlos suyos, ejerciendo sus funciones acusadoras ante la Comisión Resolutiva o desestimarlos con informe fundado a esta misma;

- c) Requerir de la Comisión Resolutiva y de las Comisiones Preventivas el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones;

- d) Velar por el total y fiel cumplimiento de los fallos e instrucciones que dicte la Comisión Resolutiva o los Tribunales de Justicia en las materias a que se refiere este decreto ley;
- e) Solicitar de las Comisiones Provinciales la adopción de medidas preventivas con motivo de las investigaciones que la Fiscalía se encuentre practicando;
- f) Evacuar los informes que soliciten las comisiones preventivas provinciales, central y resolutive;
- g) Solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos o servicios públicos o de las empresas, entidades o sociedades en que el Estado o sus empresas, entidades o sociedades tengan aporte, representación o participación, o de las Municipalidades;
- h) Exigir de cualquiera oficina o servicios referidos en la letra g) que pongan a su disposición los antecedentes que estime necesario para las investigaciones, denuncias o querellas que se encuentre practicando o en que le corresponda intervenir.

El Fiscal podrá también exigir, por intermedio de los funcionarios que corresponda, el examen de toda documentación y elementos contables y otros que estime necesarios.

El Fiscal y los funcionarios encargados de estas revisiones sólo podrán dar a conocer los datos de que se impongan a la Comisión Resolutiva, a las Comisiones Preventivas y a los Tribunales de Justicia.

Las personas que entorpezcan las investigaciones a que se refiere la presente disposición podrán ser apremiadas con arrestos hasta por quince días. Si el entorpecimiento se mantuviere, su autor será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Si se tratare de un funcionario público será además penado con la pérdida del empleo.

La orden de arresto y el proceso criminal, en su caso, se dará e instruirá, respectivamente, por el Juez Letrado con jurisdicción en lo criminal que sea competente según las reglas generales, a requerimiento del Fiscal;

- i) Solicitar a los particulares las informaciones y los antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique, y
- j) Ejercitar la acción penal, por sí o por delegado, cuando se lo ordene la Comisión Resolutiva (...)

En términos comparativos con la ley N° 15.142 del 22 de enero de 1963, que originalmente creó el cargo de fiscal, resulta evidente que el DL N° 211 le otorgó a este funcionario público una enorme fortaleza en lo referente a atribuciones y autonomía. Es más, de acuerdo con el ex fiscal, Rodrigo Asenjo, quien ejercería este cargo entre los años 1994 y 2000, en estas materias: “El DL 211 es de una gran fuerza (...), pues le dio enormes atribuciones a un modesto funcionario público”¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Entrevista con Rodrigo Asenjo.

LOS INICIOS Y LOS CASOS RELEVANTES
DE LA FISCALÍA DE LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA,
1973-1980

Como se acaba de ver, la Fiscalía contaba con siete funcionarios, incluyendo al fiscal, para cumplir con todo su cometido. Al respecto Iván Seguel, abogado que llegó a la Fiscalía a comienzos de 1976, recuerda que el fiscal fue poco a poco armando su equipo¹⁵¹. Él, al igual que casi todos los funcionarios que allí trabajaban, provenía de la Contraloría General República. Esta peculiaridad se explica porque en esta última institución se desempeñaba la abogada Olga Feliú, casada con el fiscal Waldo Ortúzar. Considerando que él había sido un fiscal que había trabajado sin personal a su cargo entre 1963 y 1973, no conocía mucha gente que pudiera ocupar los nuevos puestos en la recién creada Fiscalía. Ahí fue entonces que surgió –natural e informalmente– este vínculo inicial entre ambas instituciones, que le permitió a Waldo Ortúzar contar con funcionarios de reconocida confianza, con criterio jurídico y experiencia profesional en la administración pública.

Iván Seguel afirma que Waldo Ortúzar:

“tenía mucha calidad humana. En distintos momentos trajo a la Fiscalía a gente que no era partidaria del gobierno militar, porque le importaba lo técnico. Incluso nunca obligó a ningún funcionario a asistir a las marchas en La Moneda. Respetó mucho a toda la gente”.

También recuerda que al principio el fiscal se hacía cargo de todas las tareas. Además de alegar en los tribunales, redactaba los informes, requerimientos y demandas. En esa época, los documentos de la Fiscalía tenían un claro sello jurídico. El enfoque que se aplicaba para fiscalizar era casi exclusivamente jurídico. Todos eran abogados y no había ningún economista: “la Fiscalía era como un estudio de abogados”¹⁵².

No obstante las estrecheces iniciales en la cantidad de personal, que se reflejaban en que por ese entonces la Fiscalía funcionaba en una oficina del edificio del Ministerio de Economía¹⁵³, la labor del fiscal y de su equipo fue adquiriendo un papel cada vez más relevante en la defensa de la libre competencia.

Lo anterior se reflejó, entre otros aspectos, en que la Fiscalía intervino, ya fuera en calidad de requeriente, tanto investigando como emitiendo informes, en la dictación de un total de ochenta y nueve resoluciones de la Comisión Resolutiva, entre 1974 y 1980¹⁵⁴. Al respecto, debemos recordar que de acuerdo con el DL N° 211, a

¹⁵¹ Entrevista con Iván Seguel.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ En marzo de 1982, la Fiscalía Nacional Económica trasladó sus operaciones al piso 12 del edificio ubicado en la calle Agustinas N° 853.

¹⁵⁴ A pesar de que el registro indica ochenta y ocho resoluciones de la Comisión para este período, cabe precisar que se detectó una resolución sin número, correspondiente al 14 de diciembre de 1977. Al respecto véase Waldo Ortúzar y Jorge Arriagada, *Ley Antimonopolios. Jurisprudencia de la Comisión Resolutiva, 1974-1977*, p. 432.

la Fiscalía no sólo le correspondía investigar y acusar sino, también, servir de apoyo administrativo a las comisiones, las que al no contar con personal propio, debían recurrir al de la Fiscalía para todos los efectos.

Durante el periodo señalado, la institucionalidad de defensa de la libre competencia se pronunció sobre una gran diversidad de temas, entre los cuales referiré algunos que pueden ser considerados relevantes¹⁵⁵.

Entre otras, la Comisión Resolutiva debió atender causas que se relacionaban con algunos resabios de los años anteriores al 11 de septiembre de 1973. Una de éstas tuvo relación con un convenio que la ANP había firmado con la Federación Nacional de Suplementeros el 28 de junio de 1971. Allí se había estipulado que la venta de diarios y revistas quedaba reservada de modo exclusivo a quienes tuvieran la calidad de suplementeros. En primera instancia esta causa fue vista por la Comisión Preventiva Provincial de Concepción, que estimó que algunas cláusulas de dicho convenio propendían a la eliminación como vendedores de diarios y revistas a los comerciantes establecidos, al reservar su comercialización sólo a los suplementeros. Enseguida, a solicitud de la Comisión Preventiva Central, el fiscal requirió a la Comisión Resolutiva para que declarara que esas cláusulas eran contrarias a las disposiciones del DL N° 211, debido a que éstas tendían a impedir la libre competencia en el comercio de diarios y revistas.

A lo anterior, el fiscal agregó que, además, se estaba atentando:

“contra los principios de la libre circulación y venta de diarios y revistas, que la Asociación Nacional de la Prensa proclama en su Declaración de Principios, en la que condena todo intento, tanto de parte de las autoridades como de los distribuidores y organizaciones para impedir aquella libre circulación y venta”.

En virtud de todo lo anterior, la Comisión Resolutiva acogió los argumentos de la Fiscalía y ordenó el reemplazo de las cláusulas del convenio que tendían “a impedir o entorpecer la libre competencia en el comercio de diarios y revistas”¹⁵⁶.

Sin embargo, las facultades de la Comisión Resolutiva iban aún más allá de la posibilidad de modificar o anular contratos entre privados que atentaran contra la libre competencia. De hecho, de acuerdo con el artículo 5 del DL N° 211, esta Comisión podía solicitarle al gobierno la modificación o derogación de leyes que infringieran la normativa vigente:

“La Comisión Resolutiva podrá solicitar la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios, incluso los señalados en este artículo, en cuanto limitando o eliminando la libre competencia, los estime perjudiciales para el interés común”.

¹⁵⁵ Para una reproducción detallada de los casos entre 1974 y 1980, véase Ortúzar y Arriagada, *op. cit.* Para un análisis de los principales casos entre 1974 y 1993, véase Ricardo Paredes, “Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolios en Chile”, pp. 227-320. Cabe señalar que a instancias del fiscal Waldo Ortúzar, a partir de 1981, la *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, comenzó a publicar las sentencias más importantes de la Comisión Resolutiva.

¹⁵⁶ Resolución N° 4 de la Comisión Resolutiva, pp. 39-40.

Bajo este precepto, la Comisión Resolutiva encomendó al fiscal el estudio de diversas disposiciones legales y reglamentarias contenidas en diversos artículos de la ley N° 9.588 de 1950, que reservaban la actividad de vendedor o agente viajero a quienes tuviesen el título de tal (Viajante), otorgado por una institución educacional reconocida por el Estado, y que estuviesen debidamente inscritos en el Registro Nacional de Viajantes, entre otras exigencias. En su informe, el fiscal solicitó a la Comisión que requiriera al gobierno la modificación de la ley N° 9.588, con la finalidad de eliminar esas condiciones para el ejercicio de la actividad de vendedor o agente viajero. La Comisión acogió esta recomendación considerando que el contenido discriminatorio de dicha ley:

“no resiste el menor análisis y es, a simple vista, un grave e injustificado obstáculo que impide a una gran mayoría ejercer la actividad de viajante, no obstante contar con la preparación que tal oficio, en términos generales, requiere”.

A través de este fallo, la Comisión buscó proteger la garantía constitucional referida a la libertad de trabajo¹⁵⁷.

Otro ámbito que la institucionalidad defensora de la libre competencia debió comenzar a conocer muy temprano tuvo relación con la conducta denominada discriminación de precios.

Uno de estos casos se inició cuando la Comisión Preventiva Central debió atender una consulta efectuada por la empresa embotelladora CCU, en agosto de 1974. Allí se dio a conocer que pretendía otorgar descuentos diferenciados a los distribuidores de sus productos. El criterio de aplicación de esta política de precios se basaba en que los descuentos serían mayores en la medida que los distribuidores tuvieran instalaciones que facilitaran la distribución y mantención de los productos.

La Comisión falló en contra de esta política, planteando que era discriminatoria y que, por lo tanto, atentaba contra la normativa vigente. Partiendo de la base que los elementos que facilitaban la distribución debían estar siempre presentes entre los distribuidores, pues de lo contrario los productos no se podrían vender, dictaminó que sí se podían efectuar descuentos diferenciados, pero atendiendo al criterio del volumen de compra de cada distribuidor¹⁵⁸.

En línea con el dictamen anterior, acogió la denuncia de un distribuidor minorista que acusó a la empresa de confites LQL de discriminación, pues ésta no le otorgaba los mismos descuentos que a otros minoristas, que además tenían relaciones familiares con los dueños de LQL. Tras estudiar el caso, dictaminó:

“Son aceptadas las políticas de descuento en el proceso de comercialización, según condiciones de pago y volumen de ventas, si y solo si se aplican a todos por igual. No se permiten diferencias de precios debido a razones que no sean de este tipo”¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Resolución N° 22 de la Comisión Resolutiva, del 3 de diciembre de 1975, en Ortúzar y Arriagada, *op. cit.*, pp. 204-211.

¹⁵⁸ Dictamen N° 70 de la Comisión Preventiva Central, del 10 de enero de 1975, en Paredes, *op. cit.*, p. 267.

¹⁵⁹ Dictamen N° 87 de la Comisión Preventiva Central, del 15 de abril de 1975, en Paredes, *op. cit.*, pp. 267-268.

Enfatizando el criterio de que las diferencias de precios sólo debían considerar antecedentes objetivos e impersonales, rechazó las condiciones de los contratos establecidas por las compañías petroleras ESSO y Shell, con sus respectivos distribuidores de lubricantes. Estas consultas, que fueron efectuadas por estas empresas con una diferencia de tres meses en el segundo semestre de 1976, argumentaban que otorgarían un descuento preferencial a los dueños de estaciones de servicio (distribuidores autorizados) en virtud de que éstos tenían mayor capacidad económica, habían efectuado una mayor inversión en sus instalaciones y tenían mayores costos operativos, respecto de otros distribuidores minoristas. El rechazo a estas explicaciones planteó:

“(…) no es atendible imponer a los revendedores precios diferentes por un mismo producto, cualquiera que sea la situación en que éstos se encuentran respecto de la Compañía, de su capacidad económica, o magnitud de sus inversiones o gastos de operación”.

Junto con exigir las modificaciones de los contratos, planteó que las diferencias de precios debían establecerse de acuerdo con pautas razonables, generales y objetivas¹⁶⁰.

En agosto de 1977, COPEC fue acusada por la Fiscalía de las mismas prácticas discriminatorias en la venta de lubricantes. Al igual que sus competidoras, esta petrolera fue condenada por la Comisión Resolutiva al pago de una multa¹⁶¹.

El criterio de no discriminación en los descuentos también fue aplicado a empresas como MASISA (fabricante de productos de madera) y a la estatal CORFO INSA (productora de neumáticos). En el primero, la Comisión Resolutiva estableció una multa por discriminación de precios a MASISA por no haber aplicado el nivel de descuentos que otorgaba a los distribuidores autorizados a un distribuidor independiente, bajo la premisa que deseaba evitar una saturación de mercado. En el segundo, la Comisión Preventiva Central ordenó modificar un contrato a CORFO INSA debido a que aplicaba descuentos diferenciados a los distribuidores que ofrecían servicios técnicos adicionales a los compradores de neumáticos¹⁶².

El caso de CCU, descrito anteriormente, no se detuvo con el dictamen de la Comisión Preventiva, sino que continuó generando consecuencias para el mercado. Una de éstas tuvo lugar en el ámbito conocido como el de las “ventas atadas”, que en lo básico condicionan la venta de un producto a la adquisición adicional de uno u otros más. Ante la queja de un comerciante de que esta empresa lo obligaba a comprarle la línea completa de productos (cerveza, más bebidas de fantasía) para acceder a los respectivos descuentos, planteando “que no quería comprar un determinado artículo del cual tenía un stock más que suficiente”, la Comisión

¹⁶⁰ Dictámenes N° 139 y N° 143 de la Comisión Preventiva Central, del 18 de noviembre de 1976 y del 17 de enero de 1977, en Paredes, *op. cit.*, pp. 268-269.

¹⁶¹ Resolución N° 35 de la Comisión Resolutiva, del 3 de agosto de 1977, en Ortúzar y Arriagada, *op. cit.*, pp. 361-365.

¹⁶² Resolución N° 140 de la Comisión Resolutiva, del 16 de diciembre de 1976, en Paredes, *op. cit.* y dictamen N° 155 de la Comisión Preventiva Central, del 1 de septiembre de 1977, en Paredes, *op. cit.*, pp. 268-270.

Preventiva Central acogió el caso. Considerando que ese comerciante perdía parte de los descuentos al no comprar la línea completa, se planteó que era una condición ilegítima y que, por ende, CCU ni ningún otro distribuidor podía imponer la compra de toda una línea para acceder a determinados descuentos¹⁶³.

Otro tipo de delito atentatorio contra las normas de la libre competencia fue el de la “fijación de precios de reventa”. Entre otros, un buen ejemplo lo constituyó el caso que se desarrolló ante la consulta que recibió la Comisión Preventiva Central de parte de la sociedad de cosméticos Avon, en enero de 1978. Esta última transparentó que a las vendedoras de sus productos, que lo hacían directamente a público, les sugería los precios de venta de los mismos con la finalidad de facilitar el cálculo del pago del IVA. Ante ello, la Comisión ordenó a Avon modificar su sistema de comercialización, estableciendo que:

“Toda sugerencia o recomendación de precio al público hecha por el productor o proveedor al comerciante que compra sus bienes, para revenderlos, es objetiva y formalmente contraria a las normas sobre libre competencia (...), Aun cuando los propósitos perseguidos por quien formula la injerencia no contemplan la uniformidad en los precios”¹⁶⁴.

Idéntico criterio aplicó la Comisión Resolutiva al año siguiente, que incluyó una multa, ante la denuncia de un distribuidor de cosméticos de la marca Revlon, que acusó a la distribuidora mayorista ANCOM, de sugerirle precios de venta al público:

“Según reiteradamente ha establecido esta Comisión y constituye un principio en materia de defensa de la competencia, es ilícita toda maniobra o conducta que tiende a fijar los precios de reventa”¹⁶⁵.

En materia de colusión para fijar “acuerdos horizontales de precios”, hubo diversos casos que fueron revisados por las distintas Comisiones, en distintos momentos.

Un ejemplo relevante al respecto tuvo lugar en 1974. En éste es posible observar a la institucionalidad de defensa de la libre competencia operando en sus diversas instancias. En concreto, el asunto se refirió a la investigación, estudio y resolución de un caso de acuerdo de precios, verificado por la DIRINCO, entre veintidós dueños de carnicerías del Mercado Municipal de Concepción, que sumaban veinticuatro puestos de venta, de un total de treinta. Resulta interesante constatar que en esta investigación se utilizó como herramienta de prueba de comisión de delito el método de encuestas de precios en terreno. Por esta vía, la DIRINCO detectó que en estos puestos había una “absoluta uniformidad de precios en los cortes de filete y lomo”, la que contravenía lo establecido en la letra d) del artículo 2° del DL N° 211, referido a los acuerdos de precios¹⁶⁶.

¹⁶³ Ortúzar, “Defensa...”, *op. cit.*, pp. 25-26.

¹⁶⁴ Dictamen de la Comisión Preventiva Central N° 171, del 5 de mayo de 1978, en Paredes, *op. cit.*, pp. 286-287.

¹⁶⁵ Resolución de la Comisión Resolutiva, N° 61, del 16 de mayo de 1979, en Paredes, *op. cit.*, p. 293.

¹⁶⁶ Resolución N° 5 de la Comisión Resolutiva, del 11 de octubre de 1974, en Ortúzar y Arriagada, *op. cit.*, p. 42.

La Comisión Preventiva Provincial de Concepción tomó conocimiento de estos hechos a través de un informe remitido por el fiscal delegado de esa ciudad, donde denunciaba este acuerdo de precios. Con la finalidad de escuchar las explicaciones de los denunciados, en enero citó a declarar al representante del Sindicato de Dueños de Carnicerías, quien argumentó que él había advertido a sus asociados que evitaran dicha práctica, pues incumplía los objetivos de la libre competencia. Según él:

“la uniformidad de precios se debía a que todas se abastecían en los mismos lugares y que muchos comerciantes se inclinaban a copiar los precios que se exhibían en las carnicerías más importantes”¹⁶⁷.

Sin embargo, otorgó a los dueños de estos puestos el plazo de un mes –febrero– para regularizar esta conducta.

Finalizado este período y tras la aplicación de una nueva encuesta de precios en mayo, por parte de DIRINCO, se constató que se mantenía la uniformidad de precios en los cortes de filete en veintiuna carnicerías, y en veinte de ellas en los de lomo. En virtud de ello, acordó formular los cargos respectivos, de manera individual, a los veintidós denunciados.

En sus descargos, cada uno de ellos se defendió planteando que no había acuerdo de precios entre ellos y que la uniformidad se debía a que los precios de los insumos y los costos de operación eran los mismos para todos¹⁶⁸.

En junio, la Comisión Preventiva Provincial de Concepción desestimó estos descargos, aduciendo que aun cuando se admitiera la supuesta igualdad de costos, ésta no debía conducir necesariamente a la uniformidad de márgenes de comercialización o de utilidades. Enseguida, el fiscal delegado envió los antecedentes a la Fiscalía en Santiago, solicitándole que requiriera a la Comisión Resolutiva la aplicación de sanciones.

Tras estudiar el caso, el fiscal para la Defensa de la Libre Competencia acogió la solicitud y en julio requirió a la Comisión Resolutiva que aplicará una multa a los denunciados y ordenará el ejercicio de una acción penal.

En su fallo, consideró:

“(…) apreciando en conciencia los antecedentes expuestos y teniendo especialmente en cuenta que, si bien ciertos costos o insumos pueden ser básicamente iguales para todos los comerciantes de un ramo o sector, no es posible que sus gastos fijos y variables resulten, en concreto, respectivamente idénticos, tiene por acreditada la conducta contraria a la libre competencia, prevista por el artículo 2°, letra d) del Decreto Ley N° 211, de 1973”¹⁶⁹.

Tomando en cuenta que a la luz de los resultados de una nueva encuesta de precios efectuada por la DIRINCO en Concepción, en septiembre, los veintidós

¹⁶⁷ Resolución N° 5 de la Comisión Resolutiva, del 11 de octubre de 1974, en Ortúzar y Arriagada, *op. cit.*, p. 43.

¹⁶⁸ *Op. cit.*, pp. 43-44.

¹⁶⁹ *Op. cit.*, p. 45.

denunciados habían rectificado su conducta, la Comisión resolvió acoger la imposición de multas requerida por el fiscal, pero rechazó el ejercicio de la acción penal, “por esta vez”¹⁷⁰.

En última instancia, los afectados recurrieron en contra de este fallo ante la Corte Suprema, la cual, por unanimidad, confirmó la condena.

No obstante la claridad de la argumentación utilizada para sancionar el acuerdo de precios recién descrito, un caso en alguna medida similar, aunque de una complejidad mucho mayor, fue abordado y resuelto –en la resolución que siguió a la anterior–, con un criterio distinto. Me refiero al que se comenzó a desarrollar en enero de 1974, cuando por requerimiento del ministro de Hacienda la Comisión Preventiva Central debió pronunciarse sobre la obligación de respetar los aranceles de los honorarios profesionales fijados para los miembros de los colegios profesionales y, en particular, también para los del Colegio de Ingenieros. Según la Confederación de Colegios Profesionales de Chile, estas entidades tenían la facultad de fijar el valor de los aranceles profesionales en sus respectivos códigos de ética. La Comisión determinó que estos valores sólo podían regir en caso de que no estuviesen estipulados expresamente por ambas partes en la contratación de un determinado servicio profesional.

Tras ser notificados de este dictamen todos los colegios profesionales, el Colegio de Ingenieros, haciendo caso omiso del tenor de esta decisión, publicó un aviso en la prensa, señalando los aranceles que sus colegiados debían cobrar por sus servicios. Ante ello, la Comisión ordenó a este colegio rectificar el aviso y atenerse al dictamen.

La Confederación de Colegios Profesionales de Chile y el Colegio de Ingenieros presentaron el caso a la Comisión Resolutiva, insistiendo en las facultades que decían tener para fijar los aranceles y planteando que la Comisión Preventiva Central carecía de competencia para ordenar la rectificación de los aranceles publicados.

En el informe que se le solicitó al fiscal al respecto, éste sostuvo que la Comisión Resolutiva no tenía competencia para conocer este caso. Ante ello, la Comisión Preventiva Central informó que sí tenía competencia para conocer este asunto, señalando, además, que la ley no otorgaba recurso alguno ante ninguna autoridad u organismo para revisar o derogar sus dictámenes.

Ante este escenario, la Comisión Resolutiva decidió conocer el caso y solicitar el pronunciamiento del fiscal. En su requerimiento, solicitó la aplicación de una multa y la inhabilidad para la directiva del Colegio de Ingenieros, por la rebeldía en el cumplimiento de lo ordenado por la Comisión Preventiva.

A la defensa del Colegio de Ingenieros adhirieron diversos colegios profesionales, incluyendo al de Abogados, que solicitó que se escuchara el informe oral de uno de sus representantes, a lo que se accedió.

Dada la complejidad jurídica que fue adquiriendo el caso, la Comisión Resolutiva optó por intentar definir el alcance de la expresión ‘servicios’, utilizada en

¹⁷⁰ Resolución N° 5 de la Comisión Resolutiva, del 11 de octubre de 1974, en Ortúzar y Arriagada, *op. cit.*, p. 47.

la letra d) del artículo 2° del DL N° 211, que como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, señalaba: “Los que se refieran a la determinación de los precios de bienes y servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros”.

De acuerdo con su interpretación, se planteó que debía distinguirse entre los servicios en general y los servicios profesionales, que tenían características muy propias. Con un cúmulo apreciable de citas de textos jurídicos, se fundamentó tal aseveración en que el contenido de la palabra ‘servicios’ utilizada en el DL N° 211 se refería a aquéllos que tenían un:

“(…) contenido económico mercantil, especialmente en el ámbito de la comercialización, transporte y distribución; con lo cual deben entenderse excluidos los servicios profesionales”.

A ello, agregó que el texto legal al utilizar la expresión ‘precios’, excluía los servicios profesionales, los cuales, de acuerdo con el *Código Civil*, eran solventados a través de una retribución, remuneración o un honorario.

Esta conclusión de carácter jurídico, según se explicó, coincidía:

“(…) con el criterio doctrinario de que una actividad humana –como la prestación de un servicio profesional– no tiene ni puede tener precio de mercado, pues el trabajo no es una mercancía”¹⁷¹.

También se consideró relevante, entre otros aspectos, que la facultad de los colegios profesionales para fijar aranceles mínimos obligatorios estaba reconocida legalmente y que estas entidades tenían un carácter “paraestatal”, de servicio público, que les permitía determinar:

“(…) la mínima valoración del trabajo humano de los agremiados, compatible con el decoro con que han de vivir y la posición que les corresponde en la sociedad”.

Al final, la Comisión resolvió que la fijación de honorarios mínimos efectuada por los colegios profesionales no era un acto comprendido dentro del ámbito de aplicación del DL N° 211, y que, por ende, no procedía aplicar sanciones al respecto.

Sin embargo, esta resolución no fue unánime, pues el magistrado de la Corte Suprema que presidía la Comisión votó en contra. Entre los fundamentos que entregó para su negativa, no sólo aportó criterios jurídicos sino, también, políticos y económicos.

En lo jurídico, argumentó que las disposiciones del DL N° 211 sí incluían los servicios intelectuales, entre los que cabían los de índole profesional. Agregó que aun cuando los colegios profesionales tuvieran facultades legales para fijar honorarios obligatorios, ello no obstaba para que fueran considerados como precios mo-

¹⁷¹ Resolución N° 6 de la Comisión Resolutiva, del 23 de octubre de 1974, en Ortúzar y Arriagada, *op. cit.*, p. 52.

nopólicos y atentatorios contra la libre competencia. Finalmente, consideró que lo dictaminado por la Comisión Preventiva Central se ajustaba a derecho y que la solicitud de sanciones efectuada por el fiscal era justificada.

En el ámbito de los argumentos políticos, manifestó que debía considerarse que en la Declaración de Principios de la Junta de Gobierno se enfatizaba que el fin del Estado era el bien común:

“(…) que debe llevar a que todos los chilenos alcancen la plenitud de su realización personal; y, dentro del aspecto que se analiza en el presente fallo, es la protección de los consumidores y la garantía para el ejercicio y desarrollo del trabajo, los derechos que merecen protección, mediante el resguardo de unos y de otros, a fin de que el juego de la Libre Competencia permita que el mejor servicio o producción llegue hasta el usuario en la forma más ventajosa posible”.

Reforzando lo anterior, observó que el “supremo gobierno”, había dictado el DL N° 211 para generar un ambiente de libertad económica, “desbaratar” los privilegios económicos e “impedir” acuerdos que perjudicaran a los consumidores, entre otros aspectos.

En el plano económico, en tanto, justificó su negativa planteando que todas las personas estaban de alguna manera impelidas a realizar algún tipo de trabajo, ya fuera físico o intelectual, destinado a generar riqueza, que se intercambia por otros bienes, con la finalidad de satisfacer distintas necesidades. A ello agregó que dentro de los trabajos donde predomina el intelecto estaban los servicios prestados por quienes ejercen profesiones liberales, “trabajos que son productivos”, que generan “beneficios, al igual que toda actividad productora de riqueza”. Enseguida, afirmó que estos trabajos no se realizan “sólo por el honor profesional”, sino, también, para satisfacer necesidades. Más adelante, planteó que este esfuerzo era remunerado, independientemente de que se llamara honorario o estipendio, que equivalían en todo caso a un salario o una renta, en otros trabajos. Esta equivalencia la justificó constatando que los profesionales colegiados pagaban sus impuestos al erario nacional como titulares de rentas. Finalmente expuso:

“la remuneración de los servicios profesionales que no puede desentenderse de un *mínimum* determinado, atenta contra la libertad de mercado, porque impide que los usuarios puedan convenir con el profesional un honorario que altere ese *mínimum* en beneficio del cliente”.

En consecuencia, el magistrado de la Corte Suprema declaró que en este caso había un deterioro de los principios de la oferta y la demanda, lo que en su opinión atentaba contra la libre competencia¹⁷².

Me he extendido en el análisis del desarrollo de este caso, debido a que sus contenidos reflejaron una serie de aspectos que, mirados con perspectiva histórica, resultan muy interesantes de destacar. Uno de ellos se refiere a las dificultades que existieron para ir desmontando legalmente ciertos bolsones tradicionales de poder

¹⁷² Resolución N° 6 de la Comisión Resolutiva, del 23 de octubre de 1974, en Ortúzar y Arriagada, *op. cit.*, pp. 61-65.

monopólico, como los colegios profesionales. Como ya se vio, a otras organizaciones de tipo gremial, como el Registro Nacional de Viajantes, se les habían aplicado con éxito los preceptos del DL N° 211, planteando, incluso, que con ello se estaba protegiendo la garantía constitucional de la libertad de trabajo. Sin embargo, en el caso de los colegios profesionales, la situación había sido radicalmente distinta. Entre otras razones, ello se debió a que estas organizaciones contaban con un gran poder político que había quedado en evidencia al aglutinar a uno de los principales y más eficaces grupos de oposición al gobierno de la UP¹⁷³. En esta misma línea, estas agrupaciones, donde destacaban las de los ingenieros, abogados y médicos, contaban con un alto prestigio social y una poderosa red de influencia entre los diversos grupos de la elite chilena, que tornaban muy complejo cualquier intento de acotar sus amplios ámbitos de competencia en materias gremiales, con las herramientas que entregaba el DL N° 211.

No obstante, la argumentación del voto de minoría expuesto en el fallo de la Comisión Resolutiva recién analizado, terminaría imponiéndose en la legislación, pues reflejó de manera bastante precisa el pensamiento liberal, que en el plano económico estaban impulsando las autoridades del régimen militar. Es más, los fundamentos aquí expresados pueden encontrarse representados en el DL N° 2.757 del 4 de julio de 1979, que dictó las normas que comenzaron a regular la creación y funcionamiento de las denominadas “asociaciones gremiales”, y de manera muy significativa, en el DL N° 3.621, del 7 de febrero de 1981, que fijó las normas de funcionamiento de los colegios profesionales. En este último DL, que fue una suerte de sentencia definitiva a los privilegios de los colegios profesionales, se manifestó que estas organizaciones se habían transformado en una excepción a la libertad de trabajo imperante en el país, dado que tendían a mantener las condiciones de un sistema monopólico en diversos sectores laborales. Bajo esta premisa, se les suprimió la personalidad jurídica de derecho público que tenían hasta ese momento; se los transformó en asociaciones gremiales; se les derogaron sus atribuciones para conocer y sancionar las infracciones a la ética profesional, y también para fijar aranceles de honorarios. Respecto de este punto, se señaló explícitamente que todo acto que contraviniera esta prohibición sería sancionado de conformidad con las disposiciones del DL N° 211.

Resulta pertinente destacar que el fiscal Waldo Ortúzar, en una entrevista concedida a Raquel Correa, el 16 de mayo de 1982, se refirió al tema del profundo cambio que habían sufrido los colegios profesionales con mucha transparencia. Allí, la periodista le trajo a colación unas declaraciones suyas de 1978, donde había afirmado que estos colegios eran una forma legítima de asociarse y que, según él, éstos sí tenían un papel que cumplir en la fijación de aranceles a sus asociados. Enseguida, le hizo ver que muy poco después de sus dichos, los colegios habían dejado de existir por considerárseles monopólicos. Ante esta suerte de cuestionamiento, el fiscal admitió “hidalgamente”:

¹⁷³ Gazmuri, *Historia...*, *op. cit.*, pp. 320-321.

“En ese tiempo yo no me atrevía siquiera a pensar en la posibilidad de que los Colegios Profesionales dejaran de existir porque uno nació y se crió con ellos. Pero ahora estoy sinceramente convencido de que la transformación de los Colegios Profesionales en Asociaciones Gremiales era algo que se caía de maduro”.

Ante esta respuesta, la periodista le preguntó: “¿ahora encuentra fantástico que no existan los aranceles profesionales y que un abogado, por ejemplo, tenga que pleitear por cincuenta pesos?”.

El fiscal respondió:

“Claro. Fantástico. El profesional puede vender su trabajo en el precio que quiera y el cliente verá qué le conviene. Porque, en realidad, la libertad es lo mejor que puede haber”¹⁷⁴.

En las respuestas del fiscal puede observarse el peso social e identitario que los colegios profesionales habían tenido en el país, aspecto que tornaba casi inimaginable su disolución, incluso para el fiscal defensor de la libre competencia; asimismo, también quedó aquí en evidencia cómo la tesis de la mayoría de los integrantes de la Comisión, que había planteado que el trabajo humano profesional no debía tener un precio de mercado ni ser considerado una mercancía, ya no era entendido como un argumento diferenciador entre los diversos tipos de trabajo.

LA ACTUALIZACIÓN DEL DL N° 211

Entre el fallo de la Comisión Resolutiva que garantizó la libertad de trabajo a los vendedores viajeros (1974) y la dictación del DL N° 2.757, sobre la creación de las asociaciones gremiales (1979) habían pasado cinco años. Ambos hitos me permiten ejemplificar de manera concreta la profundidad con la que el concepto de libertad de trabajo en una economía de mercado se había logrado ampliar y consolidar en el país.

Lo anterior también me permite graficar la creciente influencia que los impulsores de las políticas neoliberales habían alcanzado en las esferas de gobierno. Algunos de ellos venían cumpliendo funciones desde inmediatamente después del golpe militar de 1973; otros desde hacía menos tiempo. Entre los primeros se contaban: el economista Sergio de Castro y el ex marino Roberto Kelly; entre los segundos: los economistas Miguel Kast y José Piñera. De hecho, entre los firmantes del DL sobre las asociaciones gremiales estaban José Piñera, como ministro del Trabajo, y Roberto Kelly, como ministro de Economía. Del mismo modo, en el DL de 1981, que fijó las normas de funcionamiento de los colegios profesionales, figuraron Sergio de Castro, como ministro de Hacienda, Miguel Kast, como ministro del Trabajo y el propio José Piñera, esta vez como ministro de Minería.

¹⁷⁴ “El ‘linesman’ de la libre competencia”, entrevista de Raquel Correa al fiscal Waldo Ortúzar, en *El Mercurio*, Santiago, 16 de mayo de 1982, cuerpo D, p. 4.

Siguiendo los lineamientos de política económica diseñados por Sergio de Castro, desde el gobierno se inició una fase de explícita profundización del régimen neoliberal, cuyo objetivo de largo plazo era el de lograr el asentamiento institucional de esta visión, que privilegió la libertad individual como la regla general y la intervención estatal como la excepción¹⁷⁵. Para ello se articularon las denominadas “siete modernizaciones” que, entre otros aspectos fundamentales, buscaban liberar a los individuos de los “indebidos monopolios gremiales y profesionales amparados por ley”¹⁷⁶.

Toda esta fase correspondió al denominado “neoliberalismo de primera generación”, que se desarrolló entre 1974 y la crisis económica de 1982, período que se caracterizó por el “esfuerzo más sistemático y radical que se haya hecho en Chile por modificar las estructuras básicas de funcionamiento de la economía”¹⁷⁷, y que, como recién se vio, comenzó a consolidarse a partir de 1979.

Entre las medidas modernizadoras aplicadas es preciso destacar la denominada reforma laboral, que a través de la dictación de diversos decretos ley reinstauró, con restricciones, algunas libertades sindicales, reconoció el derecho a huelga y fijó las condiciones para la negociación colectiva (DL N^{os} 2.756, 2.757, 2.758 y 2.759, de 1979).

En el diseño de toda esta nueva política laboral, se estimó necesario modificar algunos aspectos del DL N^o 211 de 1973, lo que quedó plasmado en el DL N^o 2.760, del 5 de julio de 1979. Entre sus considerandos se justificó el contenido de este DL por “la necesidad de fortalecer la acción antimonopólica en resguardo del interés de los consumidores” y también por la conveniencia de hacerla extensiva a la nueva institucionalidad laboral.

En virtud de ello, se procedió a modificar el artículo 2^o del DL N^o 211, al que se le agregó una nueva modalidad de actos atentatorios contra la libre competencia, que quedó establecida en su letra e):

“Los que se refieran a la libertad de trabajo o a la libertad de los trabajadores para organizarse, reunirse, o negociar colectivamente, como los acuerdos o actos de empresarios, sindicatos u otros grupos o asociaciones, tendientes a limitar o entorpecer el libre curso de negociaciones colectivas dentro de cada empresa o los que impidan o entraben el legítimo acceso a una actividad o trabajo”.

Pero la modificación fue aún más allá. Por una parte, se aprovechó la oportunidad para ajustar la institucionalidad de defensa de la libre competencia a la nueva organización geográfico-administrativa imperante en el país, que en 1974 había sustituido la división provincial del país por una regional. De este modo, toda la estructura de Comisiones Preventivas Provinciales y de fiscales delegados provinciales fue reemplazada por las nuevas Comisiones Preventivas Regionales y los fiscales regionales.

¹⁷⁵ Vergara, *op. cit.*, p. 217, n. 127.

¹⁷⁶ *Op. cit.*, p. 217.

¹⁷⁷ Carlos Hurtado, *De Balmaceda a Pinochet*, pp. 78-79.

Por la otra, también se procedió a modificar el cuerpo de integrantes de las Comisiones Preventivas Regionales, de la Comisión Preventiva Central y de la Resolutiva.

A las primeras se les rebajó la cantidad de miembros de seis a cuatro, quedando integradas por:

- a) El secretario regional ministerial de Economía, que la presidía;
- b) Un miembro designado por el Intendente Regional;
- c) Un profesional universitario designado por el Consejo de Desarrollo Regional y
- d) Un representante de las juntas de vecinos, elegido por los presidentes de juntas de vecinos de la ciudad capital de la región, en reunión especialmente convocada al efecto por el correspondiente fiscal regional.

En tanto, a la Comisión Preventiva Central también se le modificó su integración, que significó una disminución de siete a cinco:

- a) Un representante del ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, que la presidirá;
- b) Un representante del Ministerio de Hacienda;
- c) Dos profesores universitarios, abogado e ingeniero comercial, respectivamente, designados por el Consejo de Rectores y
- d) Un representante de las juntas de vecinos, elegido por los presidentes de Uniones Comunales de Junta de Vecinos de la Región Metropolitana en reunión especialmente convocada al efecto por el Fiscal Nacional.

A la Comisión Resolutiva, por su parte, se le disminuyeron los miembros de seis a cinco, quedando integrada por:

- a) Un ministro de la Corte Suprema, designado por ese tribunal, que la presidía;
- b) Un jefe de servicio designado por el ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción.
- c) Un jefe de servicio designado por el ministro de Hacienda;
- d) Un decano de una facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de una universidad con sede en Santiago y
- e) Un decano de una facultad de Ciencias Económicas de una universidad, también con sede en Santiago.

Dentro de las modificaciones introducidas al DL N° 211, se fortalecieron las atribuciones de la Comisión Resolutiva, sobre todo en lo referente a que ahora podía conocer de oficio las situaciones que pudieran atentar contra la libre competencia o, también, a solicitud del fiscal, como debía acontecer antes de ampliar esta facultad (modificación al artículo 17). Asimismo, se le autorizó a investigar estas situaciones:

“con las más amplias atribuciones, incluida la de requerir el auxilio de la fuerza pública, incluso con facultad de allanamiento y descerrajamiento, la que será concedida sin más trámite”.

En el ámbito laboral, se le incorporó la facultad –ya fuera a petición de parte o de oficio, y previo informe del Ministerio del Trabajo–, de fijar fechas distintas de negociación colectiva a empresas de una misma rama de actividad, todo ello con la finalidad de evitar que negociaciones en una misma fecha pudieran conducir a situaciones monopólicas.

En materia de multas, fueron aumentadas hasta un máximo de 10.000 UTA¹⁷⁸, las que debían ser reguladas “prudencialmente, según sea el capital en giro o la capacidad económica del infractor y la gravedad de la infracción”.

A la Fiscalía, por su parte, se le cambió su antiguo nombre de Fiscalía de Defensa de la Libre Competencia por el de Fiscalía Nacional Económica. En tanto, el fiscal pasó a denominarse Fiscal Nacional.

Aunque se mantuvo el carácter independiente de la Fiscalía y del fiscal de “todo organismo o servicio” de gobierno, sí se modificó la modalidad de nombramiento de este último, en el sentido de que ahora este cargo fue consignado como “de libre designación del Presidente de la República”. Cabe recordar que antes de estos cambios, el fiscal era nombrado por los integrantes de la Comisión Resolutiva. Para efectos de su remoción, se mantuvo que ello sería posible a proposición de la Contraloría General de la República, previo sumario instruido por ésta.

También se mantuvo la potestad del fiscal para nombrar a los funcionarios a su cargo y mantenerlos en sus funciones mientras contaran con su confianza, además de la posibilidad de contratar personal a honorarios.

En cuanto a la planta de Fiscalía, que al momento de crearse ascendió a siete funcionarios, ahora quedó fijada en cincuenta, que incluyó, además del fiscal y del cargo de subfiscal, a doce fiscales regionales, doce abogados procuradores regionales, tres ingenieros y un jefe de presupuesto. Entre los cargos superiores, se crearon tres nuevas funciones: la de abogado jefe de la División Antimonopolios; abogado jefe de la División de Delito Económico y abogado jefe de la División Regionales.

A la luz de estos nuevos cargos es posible establecer que junto con aumentar de manera considerable su planta de funcionarios, aun cuando la mitad de ellos operaba en regiones, la Fiscalía fue adquiriendo una estructura más clara en lo referente a la definición de sus funciones específicas, especialmente con la división que se estableció entre los delitos antimonopolio y los delitos económicos. Esta nueva realidad implicó que también fueran incorporados a la planta tres ingenieros de diversas especialidades.

Otra modificación consistió en señalar que el fiscal representaba el interés general de la colectividad, pero precisando que ahora lo hacía “en el orden económico”. En función de ello, se le incorporaron nuevas atribuciones, como la de:

“instruir las investigaciones que estime procedentes para fiscalizar las infracciones a este decreto ley y al decreto ley N° 280, de 1974 (...) [y] la de ejercitar la

¹⁷⁸ No obstante que en el texto original del artículo 21, número 4, letra b, del DL N° 2.760 no se indicó expresamente si la unidad tributaria era anual o mensual, en lo sucesivo los textos legales precisaron que se trataba de UTA.

acción penal pública, por los delitos que establece el decreto ley N° 280, de 1974. Respecto de las infracciones podrá hacerlo cuando, a su juicio, sea necesaria la intervención de la Fiscalía Nacional”.

Para entender estas nuevas atribuciones del fiscal, que en la práctica le otorgaron un mayor poder al cargo, es preciso señalar que en la versión original del DL N° 211, era la Comisión Resolutiva la que le ordenaba el ejercicio de la acción penal respecto de los delitos referidos en sus disposiciones. También cabe destacar que a través de esta modificación se le amplió el ámbito de sus facultades, pues también se le encomendó hacerse cargo de la investigación y persecución penal de los delitos establecidos en el DL N° 280, del 24 de enero de 1974.

Este cuerpo legal, que establecía las normas para el “resguardo de la actividad económica nacional”, se había diseñado con el objetivo de sancionar a quienes trataran de “obtener beneficio (...) en perjuicio de la gran masa de consumidores”, de promover que fueran los propios consumidores los que supervigilaran el cumplimiento de las disposiciones de este DL y de permitir “una sana competencia de mercado, que conduzca al país a un verdadero bienestar económico”.

Para posibilitar todo lo anterior, se tipificaron como delitos una serie de actos, tales como: la defraudación en la venta de productos, ya fuera en “calidad, sustancia, procedencia, cantidad, peso o medida; el cobro de precios superiores a los fijados o autorizados por organismos competentes o a los exhibidos públicamente; la negación de venta de un producto o servicio del Estado de acuerdo a las condiciones ofrecidas; el acaparamiento, ocultamiento, destrucción o eliminación de artículos esenciales para obtener ventaja comercial, ocasionando además daños graves al mercado, entre otros. Las penas establecidas podían ir desde presidio menor a mayor, en cualquiera de sus grados, dependiendo de la gravedad del delito cometido¹⁷⁹.

Para ejercer esta nueva función, que en la práctica implicaba instruir investigaciones cuando lo estimara procedente, la Fiscalía debía coordinarse con la DIRINCO, que entre otros aspectos, debía velar por el interés de los consumidores.

LA CUESTIÓN DE LA AUTONOMÍA EN LA INSTITUCIONALIDAD DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

La necesidad de que los integrantes de las diversas comisiones y el propio Fiscal Nacional Económico contaran con un grado alto de autonomía para ejercer sus funciones respecto de las autoridades de gobierno fue –y sigue siendo– un aspecto fundamental para el buen funcionamiento de la institucionalidad que vela por la libre competencia.

¹⁷⁹ Cabe señalar que a través de una modificación del artículo 285 del *Código Penal* (DL N° 2.059 de 1977), se habían endurecido las penas de reclusión y multas específicamente a quienes alteraran los precios del trabajo o de las mercaderías por medios fraudulentos.

Al analizar desde esta perspectiva los cambios que se introdujeron al DL N° 211 a través del DL N° 2.760, es posible observar que a pesar de que se mantuvo el énfasis en la independencia de la Fiscalía, el nombramiento del fiscal pasó a ser una decisión exclusiva del Presidente de la República, lo que lo transformó en un cargo de confianza política. Este cambio no fue menor, pues desde la creación del cargo de fiscal, en 1963, y hasta 1979, su nombramiento había dependido primero de la Comisión Antimonopolios y después de la Comisión Resolutiva. Asimismo, para que la respectiva comisión pudiera removerlo se había puesto la condición de que previamente debía ser sometido a sumario por la Contraloría General de la República. En palabras del fiscal Waldo Ortúzar:

“Tenía que hacer una embarrada muy grande para que me removieran. La ley quería que este cargo fuera absolutamente independiente. Eso hizo que yo pudiera actuar incluso contra CORFO y el Banco del Estado, en pleno gobierno de la Unidad Popular. Y no me echaron porque no pudieron. Después, cuando se dictó la actual Ley Antimonopolio (DL N° 211) el propio decreto ley me mantuvo en el cargo en las mismas condiciones de antes”¹⁸⁰.

Pero más allá de su visión positiva sobre esta suerte de cuasi inamovilidad que caracterizaba al cargo de fiscal, el propio Waldo Ortúzar reconoció que con el cambio que se había introducido, éste adquiriría ahora otro carácter, pues el Presidente podía pedirle en cualquier momento la renuncia. Enfatizando que desde el año 1979 el fiscal había pasado a ser un funcionario de carácter político y ante la pregunta hipotética de si podían echarlo en mismo instante, afirmó: “No creo. En primer lugar, porque me siento absolutamente identificado con el actual gobierno. Comparto ciento por ciento el modelo económico”. No obstante esta afirmación, se encargó de aclarar que él en su cargo actuaba de manera “independiente, en el sentido de objetividad, de no aceptar presiones de ninguna especie”¹⁸¹.

La dictación del DL N° 2.760 también implicó que se definiera que la Fiscalía Nacional Económica era un servicio público descentralizado, con patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, que se relacionaría con el gobierno a través del Ministerio de Economía.

En cuanto a los integrantes de las tres comisiones, antes descritos, de igual modo es posible detectar que aquí se buscó aumentar en cierta forma la presencia del Poder Ejecutivo en su conformación, pues de un total de catorce miembros (considerando para estos efectos a las Preventivas Regionales como una sola), seis eran nombrados directa o indirectamente por ministros de Estado o autoridades delegadas del poder central. Aún más claro quedó este objetivo al establecerse que las Comisiones Preventivas Regionales serían presididas por el secretario regional ministerial de Economía y la Comisión Preventiva Central por un representante del ministro de Economía. Este aspecto puede interpretarse como un intento de

¹⁸⁰ “Waldo Ortúzar: el Fiscal inamovible”, entrevista de Lilian Olivares al fiscal Waldo Ortúzar, en *La Segunda*, Santiago, 16 de julio de 1982, pp. 19-21.

¹⁸¹ *Ibid.*

generar un cierto control en el accionar de estas comisiones, pues la conexión con el Ministerio de Economía era directa.

Al contextualizar esta característica que tendía a darle una mayor vinculación con el Poder Ejecutivo y en especial con el Ministerio de Economía tanto al fiscal como a los integrantes de las comisiones, aparece como una explicación posible el hecho de que uno de los lineamientos de las “siete modernizaciones” planteados por los economistas del gobierno, fue definido como “valorar la voz de los expertos en las decisiones eminentemente técnicas (...)” del gobierno¹⁸². Para efectos de la política económica en general y de la política de defensa y promoción de la libre competencia en particular, resulta bastante plausible que los *Chicago Boys* buscaran generar instancias directas e indirectas de control sobre la institucionalidad y los funcionarios a cargo de estas tareas¹⁸³.

En esta misma línea de priorizar a los técnicos, es posible entender que en las nóminas de los nuevos integrantes de las comisiones se aumentara el cupo de los académicos especialistas en materias jurídicas y se generaran espacios para los académicos del ámbito de la economía. Aun cuando, como se vio, ya existía el antecedente del profesor universitario de Derecho en la antigua Comisión Preventiva Central, en esta ocasión fue incorporado un profesor universitario, sin mención de especialidad, en las Comisiones Preventivas Regionales; dos profesores universitarios, uno abogado y el otro ingeniero comercial, en la Comisión Preventiva Central; y dos decanos de universidades con sede en Santiago, provenientes de una facultad de Ciencias Jurídicas y de una facultad de Ciencias Económicas, respectivamente, en la Comisión Resolutiva.

Es preciso aclarar que con lo recién expuesto no estoy afirmando que hayan habido presiones indebidas sobre algunos integrantes de la institucionalidad anti-monopolios, pues no he encontrado ninguna evidencia o signo en esta dirección, al menos durante este periodo. En este sentido, concuerdo con Ricardo Paredes cuando afirma que en esta época existía:

“(...) un grado de intervención por parte del poder político que hace que, eventualmente, el manejo de las comisiones y de los casos pudiera ser manipulado por parte del poder ejecutivo”,

y que ello era una “preocupación legítima”¹⁸⁴.

En todo caso, como se verá más adelante, esta arquitectura organizacional sí dio pie para que desde el Poder Ejecutivo se presionara y se dieran “orientaciones” a algunos de los miembros de esta institucionalidad, en especial a quienes detenían cargos vinculados directamente con el gobierno.

¹⁸² Vergara, *op. cit.*, p. 217, n. 127.

¹⁸³ Cabe señalar que entre los firmantes del DL N° 2.760 estaban: Sergio de Castro, ministro de Hacienda; Roberto Kelly, ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción y José Piñera, ministro del Trabajo y Previsión Social.

¹⁸⁴ Paredes, *op. cit.*, p. 232.

LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

A pesar de que no siempre el bienestar de los consumidores haya sido entendido de manera unánime como uno de los bienes jurídicos protegidos por las leyes antimonopolio¹⁸⁵, no deja de llamar la atención que de manera reiterada apareciera mencionado en la legislación, la institucionalidad, la jurisprudencia y en algunas intervenciones públicas de diversas autoridades, a lo largo del período revisado hasta ahora¹⁸⁶.

Como ya se vio, los consumidores aparecieron nombrados en *El Ladrillo* y en el DL N° 211, donde sus representantes fueron incorporados en las Comisiones Preventivas Provinciales y en la Comisión Preventiva Central. Incluso, con anterioridad los integrantes de la misión Klein-Saks y las autoridades del gobierno de la época también los identificaron como uno de los beneficiarios directos de la ley N° 13.305, aun cuando este cuerpo legal no los mencionó explícitamente.

También dije que este énfasis que se le dio al consumidor en el DL N° 211 había obedecido al deseo del gobierno de darle una señal positiva a los ciudadanos/consumidores, de que sus intereses en el marco de la política de libre competencia que se estaba comenzando a aplicar, serían protegidos por este nuevo cuerpo legal.

Probablemente ésta sea una parte de la explicación. Otra parte puede radicar en que, tal como se indicara con anterioridad, la ley N° 13.305 de 1959 tuvo como modelo inspirador las leyes *antitrust* estadounidenses, que sobre todo a partir de la Clayton Act (1914) tendieron a proteger tanto los derechos de los consumidores como el derecho de la libre competencia¹⁸⁷. Como también ya tuve oportunidad de analizar, la ley N° 13.305 sirvió en gran medida de base para la redacción del DL N° 211, que en su primer considerando menciona los intereses de los consumidores como los directamente afectados por los monopolios. Es más, también en el considerando número uno del DL N° 2.760, de 1979, que reformó el DL N° 211, se justificó esa reforma aduciendo "(...) la necesidad de fortalecer la acción antimonopolística en resguardo del interés de los consumidores". Cabe también recordar que dentro de las disposiciones de esta normativa, se había dispuesto que el Fiscal Nacional Económico se hiciera cargo de ejercitar la acción penal pública, por los delitos establecidos en el DL N° 280, de 1974, entre cuyas finalidades, como se vio, estaba la de proteger a los consumidores de distintos actos abusivos.

¹⁸⁵ Un ejemplo clásico que sirve para distinguir esta suerte de controversia entre la defensa de la libre competencia y los intereses de los consumidores, es el que se relaciona con los llamados precios predatorios. Así, cuando una empresa determinada ofrece productos a precios bajo el costo, lo que inicialmente podría entenderse como un beneficio para el consumidor, a la larga podría perjudicarlo, pues con esa política podría estar eventualmente eliminando a sus competidores del mercado, lo que después lo transformaría en un oferente único, situación que le permitiría aumentar los precios. Por lo tanto, los precios predatorios pueden considerarse como una conducta anticompetitiva.

¹⁸⁶ Sobre esta temática véase, entre otros, Mario Ybar, "¿De qué hablamos cuando hablamos de competencia?".

¹⁸⁷ Esta suerte de tensión se refleja con claridad en las disposiciones que rigen el accionar de la Federal Trade Commission de Estados Unidos.

En la década de 1980, los consumidores siguieron expresamente presentes en el ámbito de la defensa de la libre competencia. Ello se vio reflejado en las memorias de los Organismos de la Defensa de la Libre Competencia, cuando se afirmó:

“(…) los objetivos de fomento de la producción, del comercio, del empleo y de la protección del consumidor, son consustanciales a toda acción antimonopólica y de defensa de la libre competencia”¹⁸⁸.

No obstante esta evidente inclusión de los intereses de los consumidores en el ámbito de la institucionalidad de la defensa de la libre competencia, en estas mismas memorias se puede apreciar con claridad que dentro de los proyectos de las autoridades de gobierno estaba el de generar las condiciones para crear una institución que se encargara en lo específico de la protección de los derechos de los consumidores, cuyos primeros pasos serían los de “materializar el Fondo de Defensa del Consumidor, que está contemplado en el proyecto de Ley Orgánica del Servicio Nacional del Consumidor”¹⁸⁹.

Como se sabe, este servicio, conocido por su sigla SERNAC, fue creado oficialmente el 24 de febrero de 1990, que en parte heredó las atribuciones de la DIRINCO, entre las cuales estaban las dispuestas en la ley N° 18.223, de junio de 1983, que dictó normas de protección al consumidor y derogó el DL N° 280¹⁹⁰.

Como tendré oportunidad de analizar más adelante, con la creación del SERNAC se fueron separando efectivamente los ámbitos de protección del consumidor y de defensa de la libre competencia, aun cuando en la década de 1990 el paradigma de volver a unirlos fue defendido a lo menos por un fiscal nacional económico.

CASOS RELEVANTES EN LA DÉCADA DE 1980

Al analizar el número de casos que anualmente debió tratar la Comisión Resolutiva entre 1980 y 1989; es decir, entre la puesta en marcha del fortalecimiento de la institucionalidad antimonopolio y el término del periodo del fiscal Waldo Ortúzar, que fue reemplazado en abril de 1990, es posible observar un aumento relativamente importante respecto de los años anteriores. Es así como mientras el número anual de casos nunca sobrepasó la quincena entre 1974 y 1979; en 1980 se acercó a la veintena y de ahí en adelante tendió a situarse en torno a los veinticinco casos anuales, con la excepción de 1984, que exhibió una caída a dieciséis casos, y de 1986, que aumentó hasta treinta y cinco (véase cuadro N° I).

¹⁸⁸ *Memoria de los Organismos de la Defensa de la Libre Competencia*, septiembre 1984-agosto 1985, p. 16. Idénticos párrafos se pueden encontrar en las memorias correspondientes al año 1986, p. 16.

¹⁸⁹ *Memoria de los Organismos de la Defensa de la Libre Competencia*, 1986, p. 17.

¹⁹⁰ Al respecto, consúltese: www.sernac.cl/sernac2011/sernac/historia.php

CUADRO N° I
NÚMERO DE CASOS VISTOS POR LA COMISIÓN RESOLUTIVA, 1974-1989

AÑO	N° DE CASOS
1974	7
1975	15
1976	5
1977	13
1978	15
1979	15
1980	19
1981	26
1982	21
1983	30
1984	16
1985	29
1986	35
1987	25
1988	28
1989	26

Fuente: Paredes, *op. cit.*, p. 235.

De acuerdo con lo analizado por Ricardo Paredes, entre los tipos de casos vistos por la Comisión Resolutiva, entre 1974 y 1992, predominó la categoría de los genéricamente denominados monopolios, entre los cuales se incluye una amplia gama de conductas vinculadas a la protección del consumidor, como: los engaños en la calidad y cantidad de productos, falta de cumplimiento de garantías, discriminación de precios, barreras de entrada y ventas atadas¹⁹¹. Esta característica es posible de ser corroborada en las memorias disponibles de la Fiscalía Nacional Económica entre los años 1984 y 1987, que establecen como programa para esos años, entre otros objetivos:

“evitar el establecimiento de barreras de entrada y remover las existentes para permitir el acceso a todas las actividades económicas al mayor número de personas”;
(...) “evitar los abusos de posición monopólica”

en aquellos mercados regulados donde no existe libre competencia, como el agua potable y alcantarillado, el gas, la energía eléctrica y los teléfonos, que “entorpecen la actividad de pequeños empresarios y que suelen activar reclamaciones que reflejan el malestar de la opinión pública”; y evitar privilegios, acuerdos de precios y toda discriminación en el libre acceso a la producción, distribución y consumo o utilización de bienes y servicios.

Como otro objetivo destacado, se planteó el de “estudiar el comportamiento de distintos mercados para observar imperfecciones y proponer las correcciones

¹⁹¹ Paredes, *op. cit.*, pp. 235 y 237, cuadro 2.

que procedan”. Para estos efectos, se mencionaron el de los combustibles, farmacéutico, de la carne y del arroz¹⁹².

Tal como se mencionó más atrás, a la Fiscalía Nacional Económica le preocupaba “el malestar de la opinión pública”. Ello lo reflejó también el fiscal en una entrevista que concedió a mediados de 1982, cuando expresó:

“para no estar sujetos a la crítica permanente de que no se hace nada frente a denuncias reiteradas [en la prensa], la Fiscalía, por sí misma está haciendo un estudio completo de todo el mercado del trigo, de la harina y el pan”.

También indicó que se estaban investigando los mercados de la carne y del arroz, así como también el de los productos farmacéuticos¹⁹³.

Respecto de este último mercado, por ejemplo, a raíz de una investigación efectuada por la Fiscalía, se concluyó la existencia de irregularidades cometidas por la empresa Laboratorios Recalcine. Éstas se referían al otorgamiento de descuentos diferenciados a distintos clientes, sin una razón específica para ello. La Comisión Resolutiva dio la razón al fiscal, al resolver que esta política de descuentos no poseía una base económica y:

“que, incluso se puede observar un criterio de discriminación hacia los compradores de menor tamaño, pues los descuentos que favorecen a quienes compran en mayores volúmenes no se justifican en economías de escala de la empresa”.

Recalcine fue condenado a pagar una multa y a terminar con esta política, decisión que reclamó ante la Corte Suprema. Este tribunal confirmó el fallo y le impuso una multa de 366,89 UF a la empresa y de 91,72 UF a su representante legal¹⁹⁴. Poco tiempo después, se aplicaron multas a varios laboratorios y a sus ejecutivos por idénticos procedimientos que los anteriores, con el agravante que habían proporcionado información falsa a las autoridades y a los consumidores¹⁹⁵.

En el ámbito de los combustibles, ante una denuncia efectuada por el fiscal regional económico de la IX Región, el Fiscal Nacional inició un requerimiento contra las compañías COPEC, Shell y ESSO por haberse concertado para aumentar los precios. La Comisión Resolutiva condenó a las empresas denunciadas debido a que:

“la simultaneidad, uniformidad y generalidad del alza de precios permite concluir la existencia de acuerdo de precios entre esos distribuidores, quienes no compiten pues los aumentos concertados de precios impiden la acción del mercado”.

Las petroleras reclamaron el fallo ante la Corte Suprema, la que ratificó la sentencia y estableció el pago de una multa de 34,75 UF para cada una¹⁹⁶.

¹⁹² *Memoria de la Fiscalía Nacional Económica*, 1984, p. 17. Este programa fue reproducido literalmente hasta el año 1987, en las diversas memorias de los Organismos de la Libre Competencia.

¹⁹³ “Waldo Ortúzar: el Fiscal inamovible” y “Hoy más que nunca se debe proteger la libre competencia”, entrevista a Waldo Ortúzar, *El Mercurio*, Santiago, 16 de julio de 1984, pp. B1-B2.

¹⁹⁴ Resolución 202 de la Comisión Resolutiva, del 21 de octubre de 1985, en Paredes, *op. cit.*, p. 280.

¹⁹⁵ *Memoria Fiscalía Nacional Económica*, 1986, p. 18

¹⁹⁶ Resolución 221 de la Comisión Resolutiva, del 29 de abril de 1986, en Paredes, *op. cit.*, pp. 316-317.

Por el mismo motivo que en el caso anterior y ante una denuncia de la Fiscalía por acuerdo para alzar el precio del pan, se sancionó con una multa a un grupo de panificadores industriales¹⁹⁷. En tanto, a una empresa concesionaria de servicios de agua potable y alcantarillado, se la investigó y multó por abuso de posición monopólica en el cobro de tarifas por diversos servicios¹⁹⁸.

En el ámbito de lo laboral, debió pronunciarse, por ejemplo, sobre el caso de un conductor de taxibus, que fue suspendido indefinida e injustificadamente de su trabajo por la Asociación Gremial de Dueños de Taxibuses. Tras analizar los antecedentes, la Comisión resolvió multar con cien unidades tributarias a la asociación gremial, con veinticinco unidades tributarias a sus directivos y con la pena de inhabilidad para ocupar cargos directivos en instituciones gremiales, por un año, para ellos¹⁹⁹.

La tendencia al aumento del número de casos vistos por la Comisión Resolutiva y la Fiscalía, en parte, puede explicarse por la considerable ampliación de la planta funcionaria que esta última obtuvo a través del DL N° 2.760, que nominalmente la fijó en cincuenta personas. Sin embargo, en términos reales, entre 1983 y 1999 la planta efectiva se situó en torno a cuarenta funcionarios²⁰⁰. A la luz de la documentación disponible es posible explicar esta diferencia a través de las leyes presupuestarias anuales para la Fiscalía, que fijó la planta máxima en precisamente cuarenta funcionarios²⁰¹ (véase cuadro N° II y anexo I). Esta disminución efectiva de la dotación, probablemente tuvo una directa relación con la profunda crisis que la economía del país vivió, en especial, entre 1982 y 1985, y cuyos efectos golpearon de manera prolongada al presupuesto de la nación.

CUADRO N° II
DOTACIÓN DE PERSONAL DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, 1979-1989

AÑO	DOTACIÓN
1979	14
1980	50
1981	50
1982	50
1983	38
1984	40
1985	40
1986	40
1987	39
1988	39
1989	39

Fuente: Ley de Presupuestos del sector público, Ministerio de Economía, Fiscalía Nacional Económica, años correspondientes.

¹⁹⁷ *Memoria de los Organismos de la Libre Competencia* 1985, p. 19.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ Resolución N° 290 de la Comisión Resolutiva, del 16 de agosto de 1988, en *Memoria Fiscalía Nacional Económica*, 1988, p. 23.

²⁰⁰ Datos obtenidos de las memorias de los organismos de la Defensa de la Libre Competencia y de la Fiscalía Nacional Económica, 1981-1988.

²⁰¹ Ley de Presupuestos del sector público, Ministerio de Economía, Fiscalía de Defensa de la Libre Competencia/Fiscalía Nacional Económica, años correspondientes.

En materia de financiamiento de la Fiscalía, es interesante observar que su presupuesto anual (véase cuadro III y anexo I), sufrió un incremento muy importante entre los años 1977 y 1981 al pasar –en moneda del mismo valor– de \$17.000.000 a \$841.000.000. Estos aumentos presupuestarios se destinaron fundamentalmente a financiar el crecimiento de la dotación de personal, que entre 1979 y 1982 pasó de catorce a cincuenta funcionarios (véase cuadro N° II y anexo I).

CUADRO N° III
PRESUPUESTO ANUAL DE LA FNE 1977-1983
(VALORES NOMINALES Y REALES)

AÑO	MILES DE PESOS CORRIENTES	MILLONES DE PESOS 2012*
1977	341	17
1978	605	22
1979	4.145	111
1980	35.292	717
1981	45.317	841
1982	51.162	786
1983	50.419	630

* Valores reales obtenidos deflactando con IPC base 1996.

Fuente: Ley de Presupuestos del sector público, Ministerio de Economía, Fiscalía Nacional Económica, años correspondientes.

Los incrementos en el presupuesto de la Fiscalía se explican fundamentalmente por la política de fortalecer la institucionalidad y en especial a la Fiscalía, que como viéramos se realizó a través del DL N° 2.760 de 1979.

En función de todo lo anterior, la Fiscalía pudo a partir de ese año no sólo contar con una mayor dotación en general sino que, como se vio, reclutar profesionales del ámbito de la ingeniería, que se sumaron a los abogados. Estos “ingenieros”, como los llamaba el fiscal Waldo Ortúzar, eran los encargados de efectuar los estudios de mercado “de acuerdo a métodos científicos y abarcando todas las variables o materias que inciden en estos mercados”²⁰².

La complejidad y variedad de estos estudios técnicos era enorme. Ello puede verse reflejado al revisar la nómina de investigaciones realizadas por la Fiscalía, que fue posible detectar para los años 1984/1985 y 1987:

- 1984/1985: Actualización y seguimiento del mercado de los combustibles líquidos derivados del petróleo a nivel minorista en el ámbito nacional.
- Mercado del azúcar producida por IANSA a nivel mayorista.
 - Mercado de los productos de papel tissue.
 - Mercado del pan en la Región Metropolitana.
 - Sistema de comercialización del transporte aéreo de pasajeros, especialmente el sistema de ofertas.

²⁰² Waldo Ortúzar: el Fiscal inamovible”, *op. cit.*

- Actualización y seguimiento de los mercados de trigo y harina, y productos farmacéuticos²⁰³.
- 1987: Estudio sobre los aportes que exigen las empresas de agua potable y alcantarillado para dotar de estos servicios a nuevas construcciones.
- Estudio sobre el mercado del cartón corrugado y proyecto Papeles Sudamérica.
- Estudio sobre el mercado de los plastificantes derivados de los ésteres ftálicos.
- Diferentes estudios sobre comercialización de productos farmacéuticos.
- Estudio sobre el mercado del cloruro de calcio.
- Estudio sobre el mercado de pinturas, referido al caso de la adquisición de una empresa por otra.
- Estudio sobre autorización y registro de productos farmacéuticos para su venta en el país.
- Diversos estudios sobre comercialización de combustibles líquidos derivados del petróleo en Santiago y Regiones²⁰⁴.

Esta complejidad temática, así como las reformas legales que modificaron la institucionalidad de la defensa de la libre competencia, impulsaron al fiscal Waldo Ortúzar a realizar las denominadas “labores de difusión”, en Santiago y, sobre todo, en regiones. Así, durante el período 1984/1985, junto con dictar clases y charlas sobre la legislación antimonopolios en las facultades de Derecho y de Economía y Administración en la Universidad de Chile, el fiscal participó en seminarios sobre estos mismos temas en La Serena, Copiapó y Chañaral. De un carácter más técnico y específico fueron las asesorías legales y judiciales a las secretarías regionales ministeriales de Economía y a las oficinas regionales de la DIRINCO, que él y los fiscales regionales realizaron en distintas ciudades del país. En éstas se abordaron temas como la aplicación del DL N° 2.757 sobre asociaciones gremiales; la ley N° 18.223 sobre Protección al Consumidor; y la tramitación de causas ante los juzgados de Policía Local en materia de comercialización de combustibles e infracciones a la ley de pesca²⁰⁵. Programas prácticamente idénticos se desarrollaron en 1986 y 1987, incluyendo este último año conferencias en la Asociación Gremial de Publicidad y Marketing, y en la empresa SODIMAC²⁰⁶.

EL EPÍLOGO DEL DECENIO 1980

La década de 1980 llegó a su fin con un escenario económico positivo. Sin embargo, la profunda crisis que se había iniciado en 1982, que implicó la quiebra en serie de diversas empresas y del sistema bancario; una caída del PIB del 14,1% en 1982,

²⁰³ *Memoria de los Organismos de la Defensa de la Libre Competencia 1984-1985*, pp. 39-40.

²⁰⁴ *Memoria de la Fiscalía Nacional Económica 1987*, pp. 36-37.

²⁰⁵ *Memoria de los Organismos de la Defensa de la Libre Competencia 1984-1985*, pp. 38-39.

²⁰⁶ *Memorias de la Fiscalía Nacional Económica 1986*, pp. 30-31 y 1987, p. 35.

una cesantía que se ubicó en torno al 24%, el rescate de la banca por parte del Estado –que costó mil millones de dólares–, y la devaluación del tipo de cambio, entre otros aspectos, marcó el fin del *boom* económico y también del predominio del neoliberalismo de primera generación²⁰⁷.

Bajo la conducción económica del neoliberalismo de segunda generación, aplicado por el ministro de Hacienda Hernán Büchi, se comenzaron a aplicar estrategias más pragmáticas para salir de la crisis. Ello implicó el control de la tasa de interés, el manejo del tipo de cambio para fomentar las exportaciones, la estatización de la deuda externa privada y su renegociación, entre otras medidas. Hacia 1985, la recuperación comenzó a reflejarse en la mayoría de los sectores económicos del país y también en las finanzas públicas²⁰⁸.

En el plano político, el triunfo de la opción “No” en el plebiscito realizado en octubre de 1988 implicó el retorno a la democracia y el fin del régimen conducido por Augusto Pinochet. Al año siguiente, en elecciones abiertas, asumió como Presidente de la República el demócratacristiano, Patricio Aylwin, encabezando a la Concertación de Partidos por la Democracia, que agrupaba a los principales partidos políticos opositores al gobierno militar.

En lo referente a la Fiscalía Nacional Económica, dado que el cargo de fiscal era desde 1979 de exclusiva confianza del Presidente de la República, Patricio Aylwin nombró en ese cargo a Gilberto Villablanca, quien asumió esta función el 1 de abril de 1990.

Llegaba así a su fin el período de Waldo Ortúzar, quien había completado casi veintisiete años en el cargo de fiscal²⁰⁹. En sus primeras declaraciones a la prensa, el nuevo fiscal Gilberto Villablanca, junto con alabar públicamente el cometido de su antecesor, manifestó “que el DL N° 211 se seguirá aplicando con su actual normativa”²¹⁰.

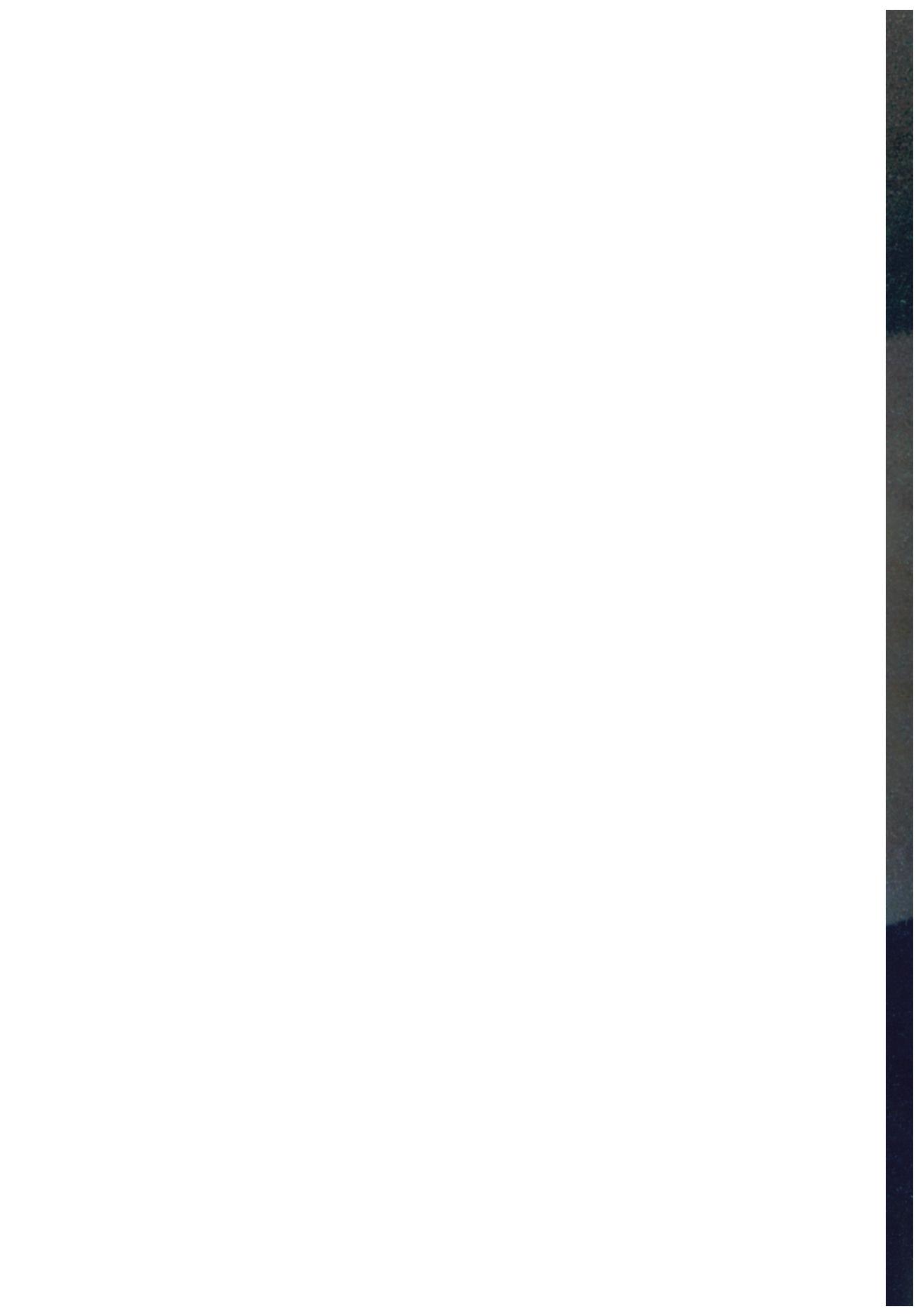
Como se verá en el siguiente capítulo, durante los sucesivos gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia no sólo se siguió aplicando el DL N° 211 sino que en lo fundamental, también se continuó e, incluso, se acentuó la profundización del modelo económico de libre mercado que se había iniciado después del 11 de septiembre de 1973.

²⁰⁷ Gazmuri, *Historia...*, *op. cit.*, pp. 474-475 y Hurtado, *op. cit.*, pp. 85-87.

²⁰⁸ Hurtado, *op. cit.*, pp. 87-88.

²⁰⁹ Cabe señalar que algunos años antes de dejar su cargo, el fiscal Waldo Ortúzar fue elegido vicepresidente de la Conferencia de Naciones Unidas que reunía al Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas. “Designan a Waldo Ortúzar en alto cargo internacional”, en *El Mercurio*, Santiago, 17 de noviembre de 1987, p. B3.

²¹⁰ “Fiscalía Nacional Económica mantendrá transparencia en el mercado”, en *El Mercurio*, Santiago, 4 de abril de 1990, pp. B1 y B12.





Waldo Ortúzar
Fiscal Nacional Económico
1963-1990



Gilberto Villablanca
Fiscal Nacional Económico
1990-1994



Rodrigo Asenjo
Fiscal Nacional Económico
1994-2000



Francisco Fernández
Fiscal Nacional Económico
2000-2001



Pedro Mattar
Fiscal Nacional Económico
2001-2006



Enrique Vergara
Fiscal Nacional Económico
2006-2010

PARTE III:
LA ECONOMÍA DE MERCADO,
LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA
Y EL FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA
DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA,
1990-2010

SECCIÓN A
LA ECONOMÍA DE MERCADO DURANTE LOS GOBIERNOS DE LA CONCERTACIÓN,
1990-2010

*Principales aspectos económicos durante la presidencia,
de Patricio Aylwin 1990-1994*

Al asumir el gobierno de Patricio Aylwin, en marzo de 1990, el país iniciaba su retorno al régimen democrático en medio de una serie de incertidumbres políticas y económicas.

Entre las primeras destacaba la relación con el mundo militar, sobre todo con el general Augusto Pinochet, quien se mantuvo en la comandancia en jefe del Ejército. En este ámbito, tempranamente surgieron problemas que, aun cuando no llegaron a poner en riesgo el proceso de transición a la democracia, pusieron en evidencia una cierta fragilidad política del mismo. Prueba de lo anterior fueron las dos demostraciones de fuerza que realizó el Ejército, conocidas como “el ejercicio de enlace” (1990) y el “boinazo” (1993), cuyos orígenes se encontraban en los numerosos juicios a oficiales por violaciones a los derechos humanos y por el caso de los cheques del hijo mayor de Augusto Pinochet, conocido popularmente como los “pinocheques”.

En el plano económico, el reto era enorme. Tras la severa crisis del período 1982-1985, la economía había mostrado signos claros de recuperación. Sin embargo, este panorama de crecimiento se veía ensombrecido por la pesada carga de desigualdad en los ingresos y las cifras de pobres e indigentes.

Por lo anterior, el nuevo gobierno se vio enfrentado al doble desafío de mantener e incrementar el dinamismo de la economía y, al mismo tiempo, iniciar un proceso tendiente a aminorar las enormes desigualdades sociales heredadas del régimen militar.

Entre los actores relevantes del proceso de reconstrucción democrática destacaba el mundo empresarial, que se erguía como el motor del crecimiento y del desarrollo económico y, en definitiva, en una suerte de garante de la estabilidad política y social del país.

La razón fundamental de la importancia del empresariado radicaba en que el proceso de participación del sector privado en la economía chilena, iniciado después del golpe de 1973 y reforzado a partir de 1985, era una realidad consolidada en 1989. Dicho de otro modo, durante ese período la importancia relativa del Estado en los distintos sectores de la producción había disminuido sustancialmente (véase cuadro N° IV), en tanto la de la empresa privada –y de los empresarios– había aumentado de igual modo.

CUADRO N° IV
PARTICIPACIÓN DE EMPRESAS ESTATALES EN LA PRODUCCIÓN, 1973 Y 1989 (%)

SECTOR	1973	1989
Minería	85	60
Industria	40	3
Servicios públicos	100	25
Transporte	70	10
Comunicaciones	70	0
Financiero	85	10

Fuente: cuadro adaptado de Dominique Hachette, "Privatizaciones: reforma estructural, pero inconclusa", cuadro 2, p. 115.

Representado a través de la influyente Confederación de la Producción y del Comercio, organismo integrado por diversas asociaciones de carácter gremial, el empresariado mostró signos claros de desconfianza sobre la capacidad de conducción económica y política de las autoridades del nuevo gobierno, y especialmente ante la figura del nuevo ministro de Hacienda, Alejandro Foxley, hasta entonces un conocido crítico del modelo neoliberal²¹¹.

La desconfianza que este Ministro generaba entre el empresariado era pública y explícita. Entre otras señales de lo anterior, ello se había visto reflejado en el 11° ENADE, celebrado en noviembre de 1989, en el hotel Sheraton, que fue el último al que asistió el general Augusto Pinochet y que contó con la asistencia récord de mil empresarios. A menos de un mes de la elección presidencial, el

²¹¹ Alejandro Foxley, al igual que varios economistas que asumieron cargos claves en el nuevo gobierno, provenía de CIEPLAN, fundada en 1976, que en la década de 1980 se había caracterizado por sus críticas al modelo económico vigente. Al respecto véase, entre otros, José Pablo Arellano, René Cortázar, Ramón Downey *et al.*, *Modelo económico chileno. Trayectoria de una crítica*.

discurso del candidato oficialista, el ex ministro de Hacienda Hernán Büchi, fue vitoreado con gran entusiasmo por la concurrencia. En tanto, el del economista Alejandro Foxley, considerado el próximo ministro de Hacienda, en el caso de que triunfara el candidato Patricio Aylwin, fue interrumpido reiteradamente con fuertes imprecaciones y con frases del siguiente tenor: “Sabe, no le creo nada de lo que está diciendo”²¹². Para los empresarios más ortodoxos, Alejandro Foxley era considerado como el “jefe de una horda que iba a arrasar la pirámide económica que habían levantado ladrillo a ladrillo durante el gobierno militar”²¹³.

Según relató Carlos Ominami, quien asumió la cartera de Economía durante el primer gobierno de la Concertación, las aprensiones del empresariado y de una parte importante de la ciudadanía, se relacionaban con las:

“(…) serias dudas respecto a la gestión económica del gobierno democrático. Eran muchos los que pensaban que sucedería lo mismo que en otros procesos de características similares, citando en forma recurrente la mala experiencia de Argentina en el periodo del Presidente Alfonsín, electo en 1983 luego del casi desplome del régimen militar”²¹⁴.

Pero en el gobierno y especialmente en la mente de Alejandro Foxley, existía la íntima convicción de que para salir adelante era necesario construir sobre lo que ya se había avanzado:

“Yo siempre dije que nosotros no íbamos a partir de cero. (...) Yo siempre estuve en desacuerdo con el gobierno del general Pinochet. Hice una oposición dura, pero yo tengo que reconocer que ellos hicieron una obra en lo económico que vamos a respetar”²¹⁵.

En esa línea, las autoridades de gobierno partieron de la base que era necesario generar señales claras a la sociedad en el sentido de que se respetarían las reglas del juego en lo político, económico y social. De particular importancia era convencer a los empresarios, nacionales y extranjeros, de que el modelo económico no sería alterado en lo sustancial, de manera que se sintieran confiados para invertir, generar empleo y crecimiento²¹⁶.

Con una clara mirada histórica, se planteó que el gobierno de Patricio Aylwin debía ser capaz de romper el clásico ciclo económico-político, característico de Chile y de América Latina, que mostraba que cada nuevo gobierno exhibía un primer año “brillante”, para pasar, a continuación, a una etapa en la que se cedía a la presión social, a costa de profundos desequilibrios e inestabilidad económica para los años siguientes. Según Alejandro Foxley: “El gobierno de la Concertación debía pasar el test de la estabilidad económica, logrando mantener el equilibrio fiscal”²¹⁷.

²¹² Rafael Otano, *Nueva crónica de la transición*, p. 157.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ Carlos Ominami, “Chile: una transición paradójica. Notas para un examen crítico”, tomo II, p. 28.

²¹⁵ Garate, *op. cit.*, p. 403.

²¹⁶ Alejandro Foxley, “Los objetivos económicos y sociales en la transición a la democracia”, pp. 11-12.

²¹⁷ *Op. cit.*, p. 13.

Un papel central en esta nueva etapa lo desempeñó la denominada política de los acuerdos estratégicos que, impulsada por el gobierno, permitió sentar en la misma mesa a trabajadores y empresarios para discutir y acordar políticas sociales y laborales. Con la misma finalidad se forjaron acuerdos políticos con los partidos de la oposición y del oficialismo²¹⁸.

Bajo el lema de “crecimiento con equidad”, pero siempre bajo la premisa de mantener los equilibrios macroeconómicos, el gobierno logró que en julio de 1990 el Congreso aprobara una reforma tributaria que, entre otros aspectos, implicó aumentar la tasa del IVA desde un 16% a un 18%; la del impuesto a las utilidades de las empresas desde un 10% a un 15%; y la del impuesto a las personas, cuya tasa marginal quedó en 45%. Esta reforma, en general, implicó un aumento en la recaudación tributaria equivalente a ochocientos millones de dólares, que fue destinada en lo sustancial a gasto social.

Asimismo, en el ámbito laboral y con el acuerdo de dirigentes empresariales y sindicales, en un primer momento se logró aumentar el salario mínimo para, posteriormente, introducirle cambios a la negociación colectiva, que buscaron otorgarle un mayor poder de negociación a los trabajadores sindicalizados, y ampliar el tope de la indemnización por despido de cinco a once meses, entre otras reformas que se fueron negociando.

En materia económica en el ámbito internacional, bajo el gobierno de Patricio Aylwin se dio inicio a una política que hacia fines de la década de 1990 llevaría a la firma de sucesivos tratados de libre comercio, que comenzó en 1991 con la suscripción de un acuerdo de complementación económica con México. Con esta agenda se ratificó, en el entorno global, la voluntad del gobierno de proseguir y profundizar la política de promoción de las exportaciones y de la inversión extranjera directa en el país.

Cabe señalar que en la época de la campaña presidencial, tanto Patricio Aylwin, como sus futuros ministros Alejandro Foxley y Carlos Ominami, de gira por Europa, había recibido claros indicios de desconfianza respecto al eventual manejo económico de una coalición de centro-izquierda por parte de algunos gobiernos e inversionistas extranjeros. Para remediar la situación, se insistió en la continuidad de la política económica, asegurando, además, que el sistema democrático garantizaba la necesaria estabilidad a la inversión extranjera²¹⁹.

Pero también había otro aspecto fundamental en este punto, pues las autoridades consideraron que al conseguir que los inversionistas extranjeros confiaran desde un principio en la mantención de los lineamientos básicos del modelo económico, éstos servirían de una suerte de competencia a los empresarios nacionales

²¹⁸ Un modelo paradigmático para los actores políticos y sociales que intervinieron en esta política de los acuerdos fueron los denominados Pactos de la Moncloa, firmados en los inicios de la transición española, en octubre de 1977. Estos acuerdos, ratificados por los partidos políticos, los gremios empresariales y los sindicatos, otorgaron estabilidad política y económica a la transición a la democracia en España, tras la muerte de Francisco Franco.

²¹⁹ Ascanio Cavallo, *La historia oculta de la transición. Memoria de una época 1990-1998*, p. 57.

que, como se vio, desconfiaban enormemente de la capacidad de conducción económica de las nuevas autoridades:

“La estrategia del gobierno fue exitosa en cuanto a garantizar condiciones favorables para que el sector privado continuara invirtiendo a una alta tasa, haciéndole ver que si las oportunidades que se creaban no eran aprovechadas, ahí estaban los inversionistas extranjeros para materializarlas”²²⁰.

Otro problema candente de la transición se relacionó con el de las privatizaciones de empresas estatales realizadas durante el régimen militar, muchas de las cuales habían sido cuestionadas en sus procesos por la oposición de ese entonces²²¹.

Especialmente complejo resultó el paquete de privatizaciones ejecutado a partir de 1985, que no sólo tuvo el objetivo de mejorar la eficiencia en el uso de los recursos nacionales sino, también, el de buscar “(...) un mayor apoyo al sistema económico y al gobierno mediante la mayor difusión de la propiedad (...)”²²².

Aun cuando esta ola privatizadora no afectó a un número considerable de empresas, sí involucró a treinta y tres de las consideradas más grandes, que participaban en los sectores de servicios públicos (electricidad, gas, agua, telecomunicaciones) y en la producción de acero (CAP) y azúcar (IANSa), entre otros. Si bien no todas fueron totalmente privatizadas, pues en varios casos se optó por una privatización gradual, en 1989, por ejemplo, empresas estatales otrora consideradas emblemáticas, como ENDESA, ENTEL, CTC y LAN Chile, estaban ya muy cerca de una total privatización, proceso que se completaría en los años venideros²²³.

A las privatizaciones se les criticó, entre otros aspectos, una importante falta de transparencia, que se reflejó en que en muchas ocasiones la propiedad de las empresas que estaban en poder del Estado pasó directamente y a precios de transferencia a lo menos discutibles, a manos de quienes habían sido sus principales ejecutivos, antes de la privatización²²⁴.

Pero más allá de los cuestionamientos legales y, sobre todo, éticos que podían formularse, la evaluación de las autoridades económicas del gobierno de Patricio Aylwin apuntó a que si se intentaba dar marcha atrás a las privatizaciones, se pondría en discusión el derecho constitucional de propiedad, dado que se habían vendido paquetes accionarios a un gran número de pequeños accionistas, entre los que destacaban los trabajadores de muchas de las empresas privatizadas²²⁵.

La estrategia gubernamental de no abrir grandes focos de conflictos, de irse ganando la confianza del empresariado, tanto nacional como extranjero, de asegurar

²²⁰ Ominami, *op. cit.*, p. 29.

²²¹ Sobre el proceso de privatizaciones véase, entre otros, Dominique Hachette & Rolf Lüders, *Privatization in Chile: an economic appraisal* y María Olivia Mönckeberg, *El saqueo de los grupos económicos al Estado chileno*.

²²² Hachette, *op. cit.*, p. 121.

²²³ *Ibid.* y Cavallo, *op. cit.*, p. 61.

²²⁴ Mönckeberg, *op. cit.*, capítulo I.

²²⁵ Sobre los denominados “capitalismo popular” y “capitalismo laboral” consúltese, entre otros, Hachette, *op. cit.*, pp. 120-121.

un grado alto de continuidad y conducción económica responsable, de combatir los problemas de desigualdad a través de diversas políticas sociales y de generar grandes acuerdos económicos, laborales y políticos, entre otros aspectos, permitió que la transición a la democracia en Chile se hiciera en medio de un clima caracterizado por la paz social y el crecimiento de la economía.

Una incidencia importante en el éxito de esta estrategia tuvo también el hecho de que la dirigencia de gran parte de la izquierda chilena, durante sus largos años en el exilio, hubiese generado un profundo proceso de autocrítica, especialmente de su experiencia del período de la UP, que la condujeron a "(...) una renovación importante en materia de pensamiento político y económico". En el ámbito internacional, el derrumbe de los denominados socialismos reales y el predominio de los principios de la economía de mercado en un contexto democrático, condujeron a una moderación política entre los militantes de izquierda, en Chile y en América Latina²²⁶.

Los resultados de la política económica del primer gobierno de la Concertación fueron muy positivos, pues entre otras cifras, el crecimiento del PIB entre 1990 y 1993 promedió un 6,9%; la inflación bajó de 27,2 en 1990 a 17,3% en 1994; el desempleo registró una tasa anual promedio de 5,5% entre 1990 y 1993, y la inversión alcanzó una tasa de participación del 28,8% del producto a fines de 1993. Asimismo, las exportaciones aumentaron su participación sobre el producto desde 32 a 35%, entre 1989 y 1993.

En materia social, el porcentaje de personas indigentes²²⁷, que en 1990 alcanzaba a un 13,8% de la población, retrocedió a un 9% en 1992; en tanto el de personas pobres²²⁸ bajó de 26,3 a 23,7, durante el mismo período²²⁹.

Todo lo anterior fue reconocido no sólo en el país sino, también, en el exterior, donde Chile fue el primero de la región en ser clasificado entre los países emergentes de bajo riesgo²³⁰.

Principales aspectos económicos durante la presidencia de Eduardo Frei Ruiz Tagle, 1994-2000

El triunfo del abanderado de la Concertación de Partidos por la Democracia, Eduardo Frei Ruiz Tagle, en la elección presidencial del 11 de diciembre 1993, con un 58% de los votos, garantizó la continuidad de las principales políticas aplicadas por el gobierno de Patricio Aylwin.

Especial énfasis se le otorgó a los ámbitos del desarrollo económico y social, sobre todo en lo relacionado con la superación de la pobreza. En el ámbito po-

²²⁶ Ominami, *op. cit.*, p. 28 y Anselmo Flores Andrade, "Una inevitable (y exitosa) convivencia política: empresarios y gobiernos socialistas de Chile y España", p. 728.

²²⁷ Se refiere a las personas cuyos ingresos son inferiores al valor de una canasta básica de alimentos.

²²⁸ Se refiere a las personas cuyos ingresos les permiten una alimentación básica, pero que son insuficientes para cubrir otras necesidades mínimas.

²²⁹ Foxley, *op. cit.*, p. 10, cuadro 1.

²³⁰ *Op. cit.*, p. 22.

lítico, se buscó evitar las grandes confrontaciones, en particular en materia de reformas constitucionales y derechos humanos. No obstante, en 1995, la decisión de la Corte Suprema de encarcelar al ex jefe de la DINA, el general (r) Manuel Contreras, por su responsabilidad en el asesinato de Orlando Letelier en Washington, la detención de Augusto Pinochet en Londres en 1998 y la discusión sobre los alcances de la ley de amnistía, entre otros temas, obligaron al gobierno a retomar estos asuntos candentes²³¹.

En materia social, uno de los ámbitos centrales del programa de gobierno, junto con un importante aumento de la inversión en los sectores de educación, vivienda y salud, se prosiguió la política del gasto social focalizado, lo que redundó en una nueva reducción de las cifras de pobreza e indigencia, que entre 1994 y 1998 disminuyeron de un 27,5 a un 21,7% y de un 7,6 a un 5,6%, respectivamente²³².

Por otra parte, se promovió una histórica reforma al sistema procesal penal.

En el plano económico, se buscó perfeccionar el modelo de desarrollo a través de diversas iniciativas que tenían como objetivo la modernización de la gestión del Estado. Entre otros aspectos, este proceso se orientó a ir introduciendo criterios de gestión por resultados, de acuerdo con planes y compromisos de desempeño por repartición; sanción a la ineficiencia y retribución al buen desempeño; capacitación y aumento de remuneraciones para los funcionarios; utilización de tecnologías; y énfasis en el liderazgo organizacional y el trabajo en equipo.

Para concretar estas metas se creó el denominado Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública, cuya finalidad era proponerle al Presidente de la República un plan de acciones coherente, que permitiera articular la modernización del aparato público nacional²³³. En 1997 se conocieron y se comenzaron a poner en marcha muchas de las propuestas del Comité, las que, como se verá más adelante, tuvieron una incidencia directa en el fortalecimiento de la Fiscalía Nacional Económica.

En el plano internacional, se continuó con la política de rebaja unilateral de la tasa arancelaria, que bajó de 11 a 6%, y con las negociaciones de diversos tratados, por ejemplo, con Argentina (Integración y Complementación Minera), el MERCOSUR (Acuerdo de Complementación Económica), una serie de países de América Latina en el área de libre comercio, y la Unión Europea. Asimismo, Chile ingresó a APEC²³⁴.

La profundización de la política de apertura al exterior, con reglas claras, un mercado interno en expansión y una democracia estable, significó un fuerte aumento de la inversión extranjera. Así, mientras en el período 1986-1990, ésta

²³¹ Claudio Fuentes, "Partidos y coaliciones en el Chile de los 90. Entre pactos y proyectos", pp. 209-210.

²³² Gobierno de Chile, *Balance programático del presidente Eduardo Frei Ruiz Tagle*, p. 2.

²³³ Álvaro Vicente Ramírez Alujas, "Reforma del Estado y modernización de la gestión pública. Lecciones y aprendizajes de la experiencia chilena" y Fuentes, *op. cit.*, p. 208.

²³⁴ Gobierno de Chile, *Balance... Frei Ruiz Tagle, op. cit.*. Sobre los alcances más profundos de esta política véase, entre otros, Joaquín Fernando, *Mundo y fin de mundo. Chile en la política mundial 1900-2004*, p. 515 y ss.

alcanzó los US\$3.900.000.000, entre 1991 y 1995 ascendió a US\$9.300.000.000, y en el quinquenio 1996-2000 sobrepasó los US\$28.000.000.000²³⁵.

En tanto, la inversión chilena directa en el extranjero, superó los US\$20.000.000.000 entre los años 1996 y 2000, alcanzando la cifra récord de US\$6.354.000.000 en 1997²³⁶. Aun cuando las cifras son evidentemente relevantes, el sólo hecho de que el empresariado chileno fuera capaz de materializar inversiones en el exterior, demostraba que este sector, en el pasado reciente, había alcanzado un importante grado de capitalización y desarrollo de capacidades de gestión, que le estaban permitiendo exportar sus habilidades competitivas a países como: Argentina, Perú y Brasil.

En otras palabras, por esta vía los empresarios chilenos estaban demostrando que lo que hacían bien en Chile, podían exportarlo a otros países de la región.

Las fortalezas exhibidas por el empresariado, tanto nacional como extranjero, permitieron que uno de los ejes modernizadores del gobierno de Eduardo Frei R-T., el desarrollo de la infraestructura, fuera entregado al sector privado a través de un inédito sistema de concesiones, que permitió modernizar carreteras, puertos y el aeropuerto de Santiago.

En materia de privatizaciones de empresas públicas y de paquetes accionarios en poder del Estado, tanto los gobiernos de Patricio Aylwin como de Eduardo Frei R-T. continuaron con este proceso, aunque con intensidades distintas. Entre los años 1990 y 1993, por ejemplo, se completó la privatización de ENDESA, ENTEL y CTC. En tanto, entre 1994 y 2000, junto con concluirse la privatización del 27% de LAN Chile, pasaron a manos privadas, en su totalidad o parcialmente, empresas como EMPREMAR (naviera), el puerto de Lota, FERRONOR (ferrocarril del norte), y varias vinculadas a la transmisión y generación de electricidad, como EDELAYSÉN, Colbún-Machicura, EDELNOR y Tocopilla S.A.

También el sector de las empresas sanitarias, cuya privatización había sido planificada a fines del decenio 1980, comenzó a ser parcial o completamente transferido al sector privado a escalas crecientes, donde destacaron EMOS y una serie de empresas situadas en regiones, como ESVAL. Estas privatizaciones fueron condicionadas a la ejecución de ambiciosos programas de extensión del servicio de agua potable, en especial en regiones, y de tratamiento de aguas servidas; a la implementación de un sistema tarifario transparente; y a una mayor supervisión de la Superintendencia de Servicios Sanitarios²³⁷.

En general, la gestión del presidente Eduardo Frei R-T. fue de un importante dinamismo económico, lo que se reflejó, como ya vimos, no sólo en las altas tasas de inversión extranjera directa, materializada en Chile y en el exterior, sino, también, en las cifras de crecimiento, que durante su período de gobierno (1994-1999) exhi-

²³⁵ Daisy Kohan, "Estadísticas de Inversión Extranjera en Chile", Comité de Inversiones Extranjeras, s.f., cuadro Evolución de la Inversión Extranjera materializada D.L. 600.

²³⁶ Inversión chilena directa materializada en el exterior. Período 1990-diciembre 2011.

²³⁷ Hachette, *op. cit.*, pp. 124-126.

bieron una tasa promedio anual de 5,7%²³⁸, si bien por los efectos de contagio de la denominada “crisis asiática”, que afectó a Chile desde el segundo semestre de 1998, el crecimiento del producto en 1999 fue negativo (-1,1). Con una política macroeconómica equilibrada, la tasa de inflación promedió 6,1% anual durante su período; el desempleo anual promedio se ubicó en 7,3%, no obstante que al dejar el gobierno, este indicador alcanzó un 8,9%, resultado que en gran medida se explica por la severa contracción de la demanda interna que afectó el crecimiento y el empleo²³⁹. La tasa de expansión de las exportaciones de bienes y servicios alcanzó un promedio cercano al 9,5% anual, a pesar de que la crisis internacional deterioró bruscamente los términos de intercambio y disminuyó la demanda por exportaciones²⁴⁰.

*Principales aspectos económicos durante la presidencia
de Ricardo Lagos, 2000-2006*

En el contexto de los efectos negativos de la crisis asiática, el candidato presidencial de la Concertación de Partidos por la Democracia, Ricardo Lagos, superó estrechamente al representante de la oposición, Joaquín Lavín, en la segunda vuelta electoral celebrada el 16 de enero de 2000.

El tercer mandato de la Concertación, en general, también se caracterizó por la continuidad de las políticas de sus antecesores. Entre otras acciones, durante este gobierno terminó su trabajo la denominada Mesa de Diálogo, iniciada bajo la presidencia de Eduardo Frei R-T., que permitió ciertos avances en materia de esclarecimiento de las violaciones a los derechos humanos durante el régimen militar y, sobre todo, sirvió de base para un significativo acercamiento entre el Ejército, el gobierno y parte importante del mundo de la Concertación. Asimismo, a partir del trabajo desarrollado por la Comisión Nacional sobre Presión Política y Tortura, se implementó una serie de medidas de reparación para los exonerados políticos y las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

A través de un paquete de reformas constitucionales aprobado mayoritariamente por el Congreso Nacional, se eliminaron las figuras de los senadores designados y vitalicios, se redujo el período presidencial de seis a cuatro años (sin reelección inmediata) y se restituyó al Jefe de Estado la facultad de remover a los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas, entre otros aspectos.

En el plano internacional, en 2003 se alcanzó la tan esperada firma del tratado de libre comercio con Estados Unidos, que se sumó al Acuerdo de Asociación Económica con la Unión Europea (2002), entre muchos otros más.

La suma de logros nacionales e internacionales, entre los cuales cabe agregar la negativa del presidente Ricardo Lagos, en virtud de la calidad de miembro no permanente del Consejo de Seguridad de la ONU que Chile ostentaba en ese momen-

²³⁸ Guillermo Le Fort, “Los resultados macroeconómicos del gobierno de Eduardo Frei RT: una evaluación comparativa”, cuadro 3, p. 8.

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ *Op. cit.*, p. 11.

to, a apoyar la solicitud de respaldar la invasión a Irak que le hiciera telefónicamente el presidente George W. Bush, se vieron, sin embargo, bastante ensombrecidos por varios escándalos de corrupción. Mientras unos afectaron directamente a integrantes de su gabinete, como fue el caso conocido como el de los “sobresueldos”, que condujo al procesamiento y posterior condena de su ministro de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones²⁴¹; otros llevaron a que la Corte Suprema desaforara a cinco diputados de la Concertación por sospechas fundadas de cohecho y soborno en plantas de revisión técnica de vehículos. También hubo otros casos que dañaron en alguna medida la imagen del Presidente, debido a que entre los eventuales implicados había familiares suyos, entre los cuales destacó el conocido como CORFO-Inverlink, que implicó el reconocimiento de una millonaria estafa por parte de CORFO, a manos de un funcionario subalterno de esa entidad, cuyo vicepresidente ejecutivo, yerno del Presidente de la República, debió renunciar.

En materia de crecimiento, los seis años del gobierno del presidente Ricardo Lagos exhibieron un comportamiento similar al de una U, en el sentido que durante el primer año (2000), el PIB creció un 4,5%, para enseguida bajar a 3,4 (2001) y a 2,2% (2002); a continuación se entró en una fase de franca recuperación con tasas de crecimiento que llegaron a 3,9 (2003), 6,2 (2004) y 6,3 (2005)²⁴².

Esta trayectoria del crecimiento debe entenderse, en su fase descendente, especialmente por los negativos efectos que la crisis económica internacional generó en Chile, caracterizada por una importante desaceleración de las economías más desarrolladas, el alza del precio del petróleo, la baja de la cotización del cobre y la caída de los niveles de inversión. Durante este período, en el país cayó fuertemente la demanda interna, el déficit fiscal aumentó a 0,8% del PIB y el desempleo (2002-2003) marcó tasas en torno al 9%²⁴³. La inflación, que alcanzó un punto máximo de 3,7% en el año 2005, se logró mantener bajo control gracias a un férreo control del gasto fiscal²⁴⁴.

La fase de recuperación económica comenzó el año 2003 debido, principalmente, a un mejoramiento sustancial en el escenario internacional y a la entrada en vigencia de los tratados de libre comercio, que dinamizaron sobre todo al sector exportador. Para compensar la caída de los ingresos fiscales generada por la baja de aranceles, se aumentó el IVA a 19%.

Hacia fines del gobierno de Ricardo Lagos, la mayoría de los indicadores económicos eran positivos, lo que se reflejó también en una fuerte caída del desempleo, que en el año 2006 se ubicó en 6%.

En materia de políticas sociales, junto con establecer un seguro de desempleo, se generaron avances, entre otros sectores, en el área de educación (jornada escolar completa y escolaridad obligatoria hasta los doce años) y especialmente en salud,

²⁴¹ Cabe aclarar que entre los años 2000 y 2006 este ministerio se denominaba oficialmente como Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones.

²⁴² CEPAL, *Anuario Estadístico de América Latina y El Caribe*, p. 85.

²⁴³ INE, *Tasa de desocupación, según periodo*.

²⁴⁴ Gobierno de Chile, *Balance programático Chile 2000-2006. Gobierno del presidente Ricardo Lagos Escobar*, p. 79.

donde se puso en marcha el denominado Plan AUGE, que otorgó gratuidad a la atención de más de una veintena de enfermedades, tanto a beneficiarios del sistema de salud público como privado²⁴⁵.

También hubo progresos en el ámbito de la disminución de la pobreza y la indigencia, donde la primera cayó al 13,7% de la población y la segunda a 3,2%, en el año 2006.

En el plano de la infraestructura, los avances gestados en el gobierno anterior fueron completados y se iniciaron otros tantos que, por la vía de concesiones a privados, cuyas inversiones desempeñaron un papel central, pusieron al país en la vanguardia regional en materia de carreteras urbanas e interurbanas, puertos y aeropuertos²⁴⁶.

La inversión extranjera materializada durante este período, que alcanzó los US\$16.000.000.000 entre los años 2001-2005²⁴⁷, se orientó fundamentalmente a los sectores comunicaciones, minería, electricidad y agua²⁴⁸.

En tanto, la inversión chilena en el extranjero, una vez superada la crisis internacional, retomó su dinamismo, pasando de US\$385.000.000 en 2001 a más de 3.000.000.000 en 2005²⁴⁹.

Las relaciones del presidente Ricardo Lagos con el mundo empresarial habían alcanzado destacados grados de sintonía al finalizar su gobierno. Ello no sólo quedó expresado en los altos niveles de confianza desarrollados con el máximo directivo de la CPC, Hernán Somerville sino, también, en el último discurso que el Presidente de la República pronunció en ENADE en 2005, donde entre otros aspectos elogió el entendimiento con el mundo empresarial²⁵⁰.

El buen clima existente con los empresarios había decidido al gobierno a lanzar la iniciativa denominada Agenda Pro Crecimiento en 2002, cuyos contenidos fueron debatidos y acordados con ellos, especialmente a través del presidente de la SOFOFA, Juan Claro.

Entre los diversos puntos que ésta contenía, estaban la introducción de cambios regulatorios a los sectores pesquero y eléctrico; la reforma al mercado de capitales y, como veremos más adelante, una profunda reforma a la legislación e institucionalidad de la libre competencia que, entre otros aspectos, crearía el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia²⁵¹.

Principales aspectos económicos durante la presidencia de Michelle Bachelet, 2006-2010

En medio de una alta popularidad del presidente Ricardo Lagos y con la economía creciendo a una tasa que superaba el 6%, en diciembre de 2005 se celebraron las

²⁴⁵ Gobierno de Chile, *Balance... Lagos Escobar, op. cit.*, p. 363.

²⁴⁶ *Op. cit.*, pp. 324-325.

²⁴⁷ Kohan, *op. cit.*

²⁴⁸ Gobierno de Chile, *Balance... Lagos Escobar, op. cit.*, p. 217.

²⁴⁹ Inversión chilena directa materializada en el exterior. Período 1990-diciembre 2011, *op. cit.*

²⁵⁰ *El Mercurio*, Santiago, 29 de noviembre de 2005.

²⁵¹ SOFOFA, *Memoria Anual 2003-2004, Agenda Pro Crecimiento*, pp. 18-19.

elecciones presidenciales, saliendo elegida la candidata de la Concertación de Partidos por la Democracia, Michelle Bachelet.

Durante su gobierno, de cuatro años, puso un fuerte acento en materia social, especialmente en el ámbito de la salud, donde, entre otros aspectos, se otorgó gratuidad de la atención a los mayores de sesenta años en el sistema público. También se avanzó en materia previsional (pensiones solidarias y cobertura previsional) y de protección a la infancia con la ampliación en el ámbito nacional de las redes de salas cuna y jardines infantiles.

También debió enfrentar un serio y masivo descontento ciudadano en materia educacional (“revolución de los pingüinos”) y las protestas de los usuarios del transporte público de la ciudad de Santiago, por los desastrosos desajustes provocados por la implementación del nuevo sistema denominado Transantiago.

Su período de gobierno no destacó en particular por las cifras de crecimiento económico, pues en los años 2006 y 2007, el PIB no pasó de 5% anual, respectivamente; en 2008 se situó en 3,7%, para caer de manera importante a -1,7% en 2009, debido a los efectos de la crisis internacional, conocida como “subprime” que se originó en Estados Unidos, y que fue la mayor desde la Gran Depresión de la década de 1930²⁵².

En función de la crítica situación externa, la tasa de desocupación superó el 10% en 2009, en tanto la inflación pasó de 7,1 en 2008 a -1,4% en 2009²⁵³. Esta tasa de inflación negativa, que no se registraba desde la década de 1930 en el país, fue acompañada de una caída del 6% en la demanda interna.

Para contrarrestar la situación y gracias a las reservas acumuladas en los anteriores períodos de bonanza, se expandió la política fiscal y el gasto público aumentó 17% en 2009, lo que generó un déficit presupuestario del 4,4% del PIB para ese mismo año. En tanto, el Banco Central aplicó sustanciales rebajas a la tasa de interés que, junto con otras medidas, como el acuerdo proempleo suscrito entre el gobierno, los trabajadores y los empresarios, permitieron ir sorteando los efectos de la crisis e iniciar una fase de recuperación económica, que de manera transitoria sería afectada por el gran terremoto y maremoto de febrero de 2010²⁵⁴.

En medio de la crisis internacional, los niveles de confianza, solidez y madurez alcanzados por la economía chilena se reflejaron, entre otros indicadores, en la inversión extranjera, que durante el gobierno de Michelle Bachelet se empinó a US\$17.000.000.000²⁵⁵, mientras los flujos de inversión chilena al exterior superaron los 14.000.000.000²⁵⁶.

²⁵² Banco Central de Chile, *Síntesis Estadística de Chile, 2006-2010, indicadores económico-sociales*, p. 14 y Rodrigo Vergara, “Política monetaria después de la Crisis: Algunas reflexiones sobre objetivos e instrumentos”, p. 2. Acerca de la crisis “subprime”, consúltese Carlos Marichal, *Nueva Historia de las Grandes Crisis Financieras. Una perspectiva global, 1873-2008*, capítulo 6.

²⁵³ Banco Central de Chile, *Síntesis Estadística de Chile, 2005-2009, indicadores económico-sociales*, p. 14.

²⁵⁴ Vergara, *op. cit.*, pp. 3-5 y Gobierno de Chile, *Resumen balance programático del gobierno de Michelle Bachelet*, p. 65.

²⁵⁵ Kohan, *op. cit.*

²⁵⁶ Inversión chilena directa materializada en el exterior. Período 1990-diciembre 2011, *op. cit.*

Sociedad de mercado y de consumidores, 1990-2010

Al finalizar esta resumida visión del comportamiento que vivió la economía chilena entre los años 1990 y 2010, que es positiva en cifras macroeconómicas, resulta interesante constatar que, más allá de la importante deuda que aún existe en los niveles de pobreza y especialmente de desigualdad del ingreso, una gran mayoría de la población ha ido accediendo, ya sea a través de ingresos presentes o endeudamiento, a mayores niveles de consumo de diversos tipos de bienes y servicios.

Con el objetivo de caracterizar esta afirmación y sin pretender agotar este ámbito de la historia reciente de nuestro país, veamos a continuación algunos datos, a modo de ejemplo.

En lo que se refiere a servicios básicos en los hogares, entre 1992 y 2002, la disponibilidad de alumbrado eléctrico y de acceso a las redes de agua potable se incrementó en 27,8%²⁵⁷.

En tanto, la cantidad de hogares que contaba con vehículos motorizados para uso particular aumentó también de manera significativa entre 1992 y 2002: moto o motoneta 71,3%; automóvil o *station* 76,3%, y camioneta, van o *jeep* 136,1%²⁵⁸.

En materia de transporte aéreo, el número de pasajeros que utilizó la denominada red principal de aeropuertos de Chile, pasó de prácticamente seis millones de pasajeros en 1995 a nueve millones en 2001²⁵⁹.

A nivel de lo que se denomina “equipamiento de hogares”, entre los años 1992 y 2001, la disponibilidad de bienes evidenció incrementos sustantivos (véase cuadro N° v).

CUADRO N° V
EQUIPAMIENTO DE HOGARES, 1992 Y 2002 (%)

EQUIPAMIENTO HOGARES	CENSO 1992	CENSO 2002
TV color	52,6	87
Videogradora, pasapeliculas	17,9	35,7
Minicomponente/equipo alta fidelidad	30,3	66,4
Lavadora programable	48,2	78,8
Refrigerador	54,6	82,1
Horno microonda	4,2	30
Teléfono celular	1	51
Teléfono red fija	23,6	51,5
Computador	n/d	20,5
Conexión a Internet	n/d	10,2
Conexión TV cable/satélite	n/d	23,9

Fuente: INE, Censo de Población y Vivienda 2002, *Síntesis de Resultado*, p. 49.

²⁵⁷ INE, Censo Nacional de Población y Vivienda 2002, *Síntesis...*, op. cit., p. 40.

²⁵⁸ Op. cit., p. 50.

²⁵⁹ Datos citados en Gobierno de Chile, *Resumen... Michelle Bachelet*, op. cit., p. 47.

A la luz de estos datos, que lamentablemente no fueron incluidos en los resultados del Censo de Población y Vivienda de 2012, es posible afirmar que en el período que medió entre 1992 y 2002, el país transitó en forma creciente hacia lo que podría denominarse una sociedad de consumo que, a lo menos en su aspecto material, ha conducido a mayores niveles de bienestar de la población del país²⁶⁰.

Estos claros aumentos de los consumidores en el acceso a los bienes y servicios ofertados en el mercado, se ha desarrollado en un contexto general de bajas regulaciones, en el cual existen instituciones públicas, cuya misión es velar por el bienestar de esos consumidores (SERNAC) y, de manera más amplia, por el funcionamiento de la libre competencia, que se encarga de que ésta se desenvuelva –idealmente– sin trabas que la obstaculicen o distorsionen, protegiendo así al sistema económico de mercado como un todo y, por esa vía, también al consumidor (FNE e institucionalidad de defensa de la libre competencia).

Mirado en perspectiva histórica, el profundo cambio económico que se comenzó a gestar después del golpe militar, que implicó ir dejando rápidamente de lado el protagonismo del Estado en la vida económica, para ir acentuando el del libre mercado en la segunda mitad del decenio 1970 y en especial en el de 1980, tuvo como actor central a la empresa privada, pero desde la década 1990 en adelante, el mundo empresarial comenzó a compartir su protagonismo en el mercado con un universo masivo de consumidores²⁶¹.

Así, en el contexto de un mercado cada vez más amplio, sólido, dinámico y también más complejo, la institucionalidad defensora del principio fundante del sistema de mercado, la libre competencia, para estar en condiciones de cumplir su misión, debió necesariamente iniciar un proceso de fortalecimiento y perfeccionamiento al comenzar el nuevo siglo.

SECCIÓN B:

LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Y EL FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 1990-2010

*El período del fiscal Gilberto Villablanca,
1990-1994*

Al instalarse el gobierno de Patricio Aylwin, el Presidente de la República nombró en el cargo de Fiscal Nacional Económico al abogado Gilberto Villablanca Collado, de filiación radical, quien con anterioridad, además de integrar durante cuatro períodos el Consejo General del Colegio de Abogados, se había desempeñado

²⁶⁰ Acerca de la discusión sobre la constitución de una sociedad de consumo en Chile véase, entre otros, Eugenio Tironi, *La irrupción de las masas y el malestar de las élites* y Tomás Moulian, *El consumo me consume*.

²⁶¹ Tironi, *op. cit.*, p. 227.

como asesor de empresas, y entre 1971 y 1973 había sido presidente del Banco del Trabajo²⁶².

En afinidad con la estrategia del gobierno de dar señales de continuidad en la política económica, al presentarse a la prensa el día 3 de abril declaró:

“(...) el país entero está empeñado en mantener la línea de progreso y agresividad en un mercado abierto al exterior, para lo cual se necesitan normas claras en competitividad de las empresas, que no sean distorsionadas por ningún elemento extraño a una política sana sobre esta materia”.

A ello agregó que mantendría la transparencia en el mercado, defendería a los consumidores y evitaría la creación de monopolios.

Junto con alabar el desempeño de su antecesor, Waldo Ortúzar, a quien le reconoció su aporte en el desarrollo de las normas sobre libre competencia, anunció que el DL N° 211 seguiría siendo aplicado con su normativa vigente debido a los positivos efectos que había generado, “(...) puesto que si no fuera por la intervención de esta Fiscalía, se habría distorsionado el mercado”²⁶³.

Finalizó relatando que se había reunido con el subsecretario de Economía, Jorge Marshall, para analizar los lineamientos generales de las políticas de ese ministerio, especificando que se le había solicitado ejercer una mayor influencia en la transparencia del mercado²⁶⁴.

Para llevar adelante su tarea, heredó básicamente la planta funcionaria de su antecesor y mantuvo en el cargo de subfiscal a Eliana Carrasco, estrecha colaboradora del fiscal Waldo Ortúzar.

Aun cuando su gestión es recordada por antiguos funcionarios de la Fiscalía como de “bajo perfil”, durante el período que le correspondió encabezar la FNE, la institución participó activamente en una serie de casos que apuntaron a empresas y sectores de alta relevancia.

Casos relevantes

Entre los casos más relevantes y a la vez complejos, en especial por sus características técnicas y legales, y también por los actores involucrados y su extensión en el tiempo, estuvo el que afectó al sector eléctrico, que fue conocido desde el inicio como “caso Enersis”.

En el marco de la privatización de ENDESA, que había dado origen a varias compañías eléctricas, que desarrollaban actividades de generación, transporte y distribución de electricidad, y que no obstante ser controladas muchas de ellas por los mismos dueños, la denominada ley eléctrica de 1990 las había obligado a separar la administración de cada una de estas fases del negocio, incluyendo cobros recíprocos entre ellas.

²⁶² “Fiscalía Nacional Económica mantendrá transparencia en el mercado”, en *El Mercurio*, Santiago, 4 de abril de 1990, pp. B1 y B12.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ *Ibid.*

En abril de 1990, al celebrarse la junta de accionista de ENDESA S.A., y de acuerdo con una denuncia efectuada por el abogado Ramón Briones ante la FNE, la sociedad Enersis y sus filiales, dedicadas a la distribución de electricidad (CHILECTRA), se habrían coludido con un grupo de AFP para elegir de común acuerdo a cuatro directores de ENDESA, con el objetivo de tomar el control de su directorio y, por esa vía, formar un monopolio que integraría verticalmente las actividades de generación, transporte y distribución de electricidad en el país, pues ENDESA concentraba las dos primeras fases de este mercado.

Según el denunciante, esa situación atentaba contra las normas del DL N° 211 debido a que al integrarse dos empresas distintas bajo el control de un mismo grupo económico, que en principio debían competir entre sí y tener intereses antagónicos en el mercado, ello “influiría negativamente en la fijación de políticas tarifarias y otros aspectos de comercialización, en perjuicio de los consumidores de energía eléctrica”²⁶⁵.

Tras acoger la denuncia y dar curso a la respectiva investigación, la Fiscalía presentó un requerimiento a la Comisión Resolutiva en el que solicitó, entre otros, que se prohibiera a Enersis y sus filiales aumentar su capital accionario en ENDESA; lo que atentaría contra la transparencia y la libre competencia en el mercado de la energía eléctrica, considerando que Enersis tiene como giro principal la distribución y ENDESA es la principal generadora y la única transmisora de electricidad en el país. Finalmente, planteó que esta integración vertical “crearía de hecho un poder monopólico que podría originar discriminaciones o abusos en perjuicio de los usuarios y de terceros competidores”²⁶⁶.

Vistos los antecedentes presentados por la Fiscalía, los abogados defensores de los acusados y de una serie de entes públicos vinculados al ámbito de la energía eléctrica, entre otros, la Comisión resolvió rechazar el requerimiento del Fiscal Nacional Económico considerando, en lo fundamental, que al estar la actividad del sector eléctrico sometida a diversas regulaciones y que los precios en las distintas fases, con algunas excepciones, eran fijados por la autoridad de acuerdo con criterios técnico-económicos definidos por ley, contaba con resguardos suficientes para su adecuado funcionamiento.

Por otra parte, tras analizar las normas relacionadas con el control de sociedades anónimas y las distintas figuras para su administración, estableció que el porcentaje de propiedad que Enersis ostentaba a la fecha en ENDESA (12,15%) no la transformaba en controladora y que de acuerdo con la legislación vigente, nada impedía que pudiera aumentar esa participación hasta un 20%.

Asimismo, también determinó que no se había acreditado colusión alguna entre los accionistas de Enersis y otros de ENDESA para pactar una administración conjunta de la empresa²⁶⁷.

²⁶⁵ Resolución N° 372 del 2 de junio de 1992, en Luis Montt (coord.) y Felipe Irrázabal, *Ley antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1991-1992*, tomo VII, pp. 93-94.

²⁶⁶ *Op. cit.*, pp. 99-100.

²⁶⁷ *Op. cit.*, pp. 103-104.

Sin embargo, el fallo de la Comisión no fue unánime. Dos de sus cinco integrantes, el Superintendente de Valores y Seguros, y el de quien subrogaba al director del Instituto Nacional de Estadísticas –ambos nombrados por el Poder Ejecutivo–, respaldaron el requerimiento del fiscal, aduciendo que en el mercado eléctrico se observaba un elevado grado de concentración de la propiedad accionaria de ENDESA en poder de los grupos económicos representados en Enersis; que era contrario a una debida transparencia y a la libre competencia en ese mercado que Enersis aumentara su participación accionaria en ENDESA; y que la integración vertical en ese sector:

“podría crear un poder monopólico que eventualmente pudiese dar origen a discriminaciones o abusos en perjuicio de los usuarios y de terceros competidores”²⁶⁸.

Tras conocerse la resolución adversa, el fiscal Gilberto Villablanca apareció en la prensa con un titular destacado: “Fiscal Económico pidió congelar participación de Enersis en ENDESA”²⁶⁹. Planteando que el fallo de la Comisión Resolutiva que permitía aumentar la participación de Enersis en ENDESA era “inconveniente y contrario a la transparencia del mercado eléctrico”, informó a la opinión pública que había presentado un recurso de queja contra ese dictamen ante la Corte Suprema, solicitando que mientras no hubiera pronunciamiento definitivo al respecto, se limitara la participación de Enersis en la generadora al 12,5% con que contaba en ese momento. Agregó que ya se estaban recibiendo denuncias de “discriminación monopólica” en el cobro de peajes en la transmisión de energía por parte de otras generadoras, como Colbún, que habían denunciado precios abusivos y discriminación a favor de empresas relacionadas o controladas por Enersis.

También manifestó que las regulaciones e intervenciones de las autoridades en este sector no eran suficientes en sí mismas para garantizar la protección de la transparencia y competencia en el sector eléctrico, ni de los consumidores en general.

Remató afirmando que lo ideal era que la presencia de Enersis se hubiese restringido a la distribución, pero dado que ello no ocurría y que no se la podía obligar a vender su participación en ENDESA, la solución pasaba por limitar su presencia en esta última²⁷⁰.

En septiembre se conoció la decisión de la Corte Suprema sobre el recurso presentado por la Fiscalía. Aunque ésta fue adversa en lo referente a limitar el aumento de la participación de Enersis en ENDESA, el fiscal Gilberto Villablanca interpretó positivamente aquella parte del fallo que exhortaba a los organismos antimonopolios a ejercer una mayor fiscalización sobre ambas empresas para garantizar la transparencia del sector, considerando “las vinculaciones del presidente de ENDESA con Enersis”. Siguiendo la línea establecida en el fallo, manifestó:

²⁶⁸ Resolución N° 372 del 2 de junio de 1992, en Luis Montt (coord.) y Felipe Irrázabal, *Ley antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1991-1992*, tomo VII, pp. 104-105.

²⁶⁹ *El Mercurio*, Santiago, 12 de junio de 1992, pp. B1 y B18.

²⁷⁰ *Ibid.*

“se desprende del dictamen que [la Corte] no es partidaria de la integración vertical que se produce entre Enersis y ENDESA en el nombre de la persona²⁷¹ que preside esta última empresa y de ahí que solicite una fiscalización de la misma”.

Tras afirmar que con este fallo de la Corte Suprema se cerraba el caso, advirtió que la Fiscalía mantendría en observación a ambas empresas²⁷².

En cuanto a la otra arista de este caso, que apuntaba a que siete AFP se habrían coludido para elegir directores en las elecciones de directorio de diversas sociedades anónimas, entre las que figuraba ENDESA, con la finalidad de “controlar e influir decisivamente” en su administración, la Comisión Resolutiva rechazó el requerimiento de la Fiscalía en orden a que se requiriera al gobierno modificar la legislación vigente en esa materia para evitar los acuerdos de accionistas. Sin embargo, la Corte Suprema acogió un recurso del fiscal Gilberto Villablanca contra lo resuelto por la Comisión en este caso, dictaminando:

“no resulta procedente que exista concierto, en forma alguna, entre ellas [AFP] y/o con otros accionistas de las empresas en que efectúan sus inversiones para elegir a determinadas personas...”.

A lo anterior, la Corte agregó que los hechos denunciados aparecían como ciertos y constituían un atentado contra la libre competencia y un abuso de la posición económica que tienen las AFP, los cuales, por lo tanto, no podían seguir ejecutándose sin afectar gravemente el orden público económico²⁷³.

Pero el caso Enersis-ENDESA, a propósito de la integración vertical, fue nuevamente abordado por la FNE a comienzos de 1994, cuando el fiscal Gilberto Villablanca presentó un requerimiento a la Comisión Resolutiva solicitando la desconcentración y descentralización del sector en el SIC, y la creación de empresas con patrimonios independientes y administración separada, que afectaba a ENDESA (generación), TRANSELEC (transmisión) y CHILECTRA (distribución)²⁷⁴. Según la FNE, estas tres actividades eran desarrolladas por “entidades filiales, coligadas o relacionadas entre sí”, lo que se evidenciaba en que ENDESA y su filial Pehuenche representaban en torno a un 65% de la capacidad de generación en el sistema; y que ENDESA, a su vez, era propietaria de la totalidad del sistema de transmisión. En la distribución, las principales empresas eran CHILECTRA Metropolitana y Chilquinta, donde la primera cubría el 40% de la demanda del sistema. De acuerdo con el escrito presentado por el fiscal, CHILECTRA era filial de Enersis y, a su vez, era propietaria del 14% de ENDESA,

²⁷¹ La persona aludida era José Yuraszeck, quien había asumido la presidencia de ENDESA en mayo de 1992, cargo que mantendría hasta octubre de 1997.

²⁷² “Fiscalía Económica mantendrá en observación a ENDESA y Enersis”, en *El Mercurio*, Santiago, 17 de septiembre de 1992, p. B3.

²⁷³ Resolución N° 374 del 7 de julio de 1992, en Luis Montt (coord.) y Felipe Irrarázabal, *Ley antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1991-1992*, tomo VII, pp. 110-117.

²⁷⁴ “Piden desconcentrar actividades eléctricas”, en *El Mercurio*, Santiago, 26 de enero de 1994, pp. B1-B3.

lo que la transformaba en una de sus principales accionistas. De lo anterior, era posible establecer un grado importante de integración vertical en el sector²⁷⁵.

El caso se extendió por varios años hasta que finalmente, en junio de 1997, la Comisión Resolutiva dictaminó no acoger el requerimiento de la Fiscalía en orden a disponer:

“la desconcentración y descentralización de las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Central (SIC), mediante la creación de empresas con patrimonios independientes y administración separada”,

considerando que la integración vertical de estas tres actividades y la integración horizontal entre las plantas generadoras representaba una organización industrial eficiente. A lo anterior, agregó que no se habían acreditado conductas de abuso de poder de mercado.

Sin embargo, la Comisión decidió, de acuerdo con las atribuciones que le confería el DL N° 211, formular “instrucciones de carácter general en el mercado eléctrico, destinadas a aumentar su competencia y transparencia”. Además de determinar que la autoridad promulgara un reglamento para el sector eléctrico y que promoviera modificaciones legales que aclararan ambigüedades e impulsaran la competencia en el mercado eléctrico, dictaminó que la empresa de transmisión TRANSELEC se transformara en dueña de los activos que administraba, se constituyera en sociedad anónima abierta de giro exclusivo y que se abriera a la participación accionaria de terceros.

Asimismo, la Comisión también resolvió que las empresas distribuidoras licitaran públicamente sus abastecimientos de energía y potencia²⁷⁶.

Otro ámbito relevante que el fiscal Gilberto Villablanca abordó durante su gestión fue el de las ISAPRES, a las que denunció en enero de 1993 por falta de transparencia en los contratos con los cotizantes y cambios unilaterales en las cláusulas de los mismos, entre otras faltas²⁷⁷.

Tras una acuciosa investigación que fue abordada por la Unidad de Ingeniería Económica de la FNE, el fiscal estimó “que en las actuales condiciones en que operan las Isapres, hay una serie de características que limitan la libre competencia”. Entre éstas se aludió al hecho de que la información recibida por el mercado, en general, y el cotizante, en particular, era insuficiente para seleccionar la mejor alternativa existente, pues no se le entregaban al beneficiario referencias que le permitieran seleccionar objetivamente planes de salud alternativos. También concluyó que existían diversas barreras para que el cotizante pudiera optar libremen-

²⁷⁵ “Piden desconcentrar actividades eléctricas”, en *El Mercurio*, Santiago, 26 de enero de 1994, pp. B1-B3.

²⁷⁶ Resolución N° 488 del 11 de junio de 1997, en Luis Montt (coord.) y Felipe Irrázabal, *Ley antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1991-1992*, tomo IX., pp. 224-256.

²⁷⁷ “Investigaran falta de transparencia en Isapres”, en *El Mercurio*, Santiago, 14 de enero de 1993, p. B2.

te para cambiarse de ISAPRE, debido al amplio abanico de carencias, exclusiones, plazos, edad del cotizante y sus cargas, estado de salud, entre otras características, establecidas en la legislación vigente, lo que permitía que una ISAPRE pudiera modificar a su arbitrio, dada su posición dominante con respecto a sus afiliados, los precios, prestaciones, monto de los beneficios, y que pudiera eliminar unilateralmente planes de salud ya contratados, ofreciendo nuevos planes con beneficios no solicitados ni convenidos de forma original, a pretexto de readecuar tales contratos a costos que hacen imposible perseverar en ellos, obligando a quienes no pueden asumirlo a desafiarse de la ISAPRE, haciendo absolutamente ilusoria la característica de duración indefinida del contrato.

También cuestionó lo que, desde la perspectiva de la FNE, constituía un caso de integración vertical, en tanto existían ISAPRES vinculadas en su propiedad a instituciones prestadoras de salud, lo que perjudicaba la transparencia del mercado al producir eventuales discriminaciones entre los afiliados a la ISAPRE vinculada a dichos prestadores con respecto de aquellos afiliados a cualquier otra ISAPRE y que requirieran de los mismos servicios.

Presentados estos antecedentes ante la Comisión Preventiva Central, dictaminó que no obstante que las relaciones de propiedad entre las ISAPRES y determinados prestadores de servicios de salud podían dar lugar a una integración vertical, esta característica no constituía en sí misma una práctica restrictiva que pudiera representar riesgos de abuso en contra de los cotizantes:

“ya que el factor más importante de competencia en este mercado está relacionado con el servicio que ofrecen las distintas Isapres, es decir, los planes de Salud, entre los cuales se encuentra una gran variedad según la cotización que cada afiliado pueda y esté dispuesto a pagar”.

En cambio, sí consideró fundamental garantizar la transparencia del mercado homogeneizando algunas variables para que el beneficiario pudiera seleccionar de manera objetiva la ISAPRE que más le conviniera. Entre éstas incluyó las unidades de pago (peso/UF) utilizadas como referencia para los valores en las prestaciones de salud, que debían coincidir con la unidad de pago con que el cotizante paga mensualmente su plan de salud, lo que se hacía extensivo a los montos de los topes máximos y de los beneficios por diversos conceptos, tales como: hospitalización, consulta médica, exámenes de laboratorio y honorarios quirúrgicos.

En lo referente a los contratos, desde la perspectiva de la legislación antimopolios, dictaminó que las ISAPRES no podían adecuar los contratos de salud a prestaciones no convenidas previamente con los afiliados, pues ello no correspondía a una revisión del mismo, sino al reemplazo de una cláusula.

Finalmente, acogió la petición del fiscal de prevenir a todas las ISAPRES y agentes prestadores de servicios de salud que las condiciones de comercialización de sus planes de salud y servicios debían ser “transparentes, generales y objetivas y de público conocimiento”, de acuerdo con la jurisprudencia de los organismos antimonopolio y las normas del DL N° 211. La tarea de observar con atención los

comportamientos de las ISAPRES y el cumplimiento del dictamen le fue encomendada a la FNE²⁷⁸.

Otro mercado que fue investigado por la Fiscalía durante el período de Gilberto Villablanca fue el farmacéutico. Aun cuando los fallos de este caso vendrían más tarde, y con nuevos y contundentes antecedentes aportados por los fiscales que le sucedieron en el cargo, cabe dejar establecido que este ámbito ya venía siendo investigado desde la época de Waldo Ortúzar.

Específicamente, en julio de 1984 y en virtud de la liberalización que se había decretado para los precios de venta de los medicamentos en 1980 y de una denuncia recibida en 1982 de parte del abogado Pablo Rodríguez Grez, la Fiscalía entregó un extenso informe sobre el mercado de los productos farmacéuticos, cuyo explícito objetivo fue el de “analizar las condiciones de venta de los laboratorios y el efecto que estas condiciones generan en el mercado minorista”²⁷⁹. En lo medular, el estudio concluyó que en este mercado se podían apreciar “una serie de irregularidades que atentan contra una sana competencia”²⁸⁰ y que los laboratorios no competían por precios, sino que lo hacían estableciendo condiciones de venta discriminatorias, que incluían descuentos por plazo de pago, volumen, oferta, monto y plazo de los créditos, entre otras.

En virtud de lo anterior, la FNE efectuó una serie de recomendaciones para el correcto funcionamiento de este mercado, entre las que se incluyó la obligación de los laboratorios de informar por escrito las condiciones de venta de sus productos, de modo que sus clientes pudieran programar sus compras y exigir y verificar el cumplimiento de esas condiciones; que las escalas de descuento por plazo de pago y volumen debían ser objetivas y no discriminatorias; que la diferencia entre el descuento máximo y el mínimo no fuera excesiva a fin de permitir que actores grandes y pequeños pudieran competir adecuadamente en el mercado minorista; y que los sistemas de descuentos debían ser claros y simples con la finalidad de simplificar su manejo por parte de los clientes²⁸¹.

El estudio fue remitido por el oficio 572 de la FNE a la Comisión Preventiva Central, la que tras estudiarlo emitió el dictamen número 436/811, que estableció que efectivamente existían variadas prácticas discriminatorias por parte de los laboratorios. En su fallo y acogiendo las recomendaciones del fiscal Waldo Ortúzar, la Comisión estableció una serie de medidas para normalizar la situación, que tuvieron como común denominador el obligar a los laboratorios a confeccionar listas únicas y públicas de precios base y de condiciones de descuentos para todas las farmacias, independientemente de su tamaño; la eliminación de ofertas com-

²⁷⁸ Dictamen N° 893/072 de la Comisión Preventiva Central del 20 de enero de 1994, en www.fne.gob.cl y “Falta transparencia en mercado de las Isapres”, en *El Mercurio*, Santiago, 21 de enero de 1994, p. B3.

²⁷⁹ “Informe sobre el mercado de los productos farmacéuticos”.

²⁸⁰ “Denuncian imperfecciones en mercado farmacéutico”, en *El Mercurio*, Santiago, 5 de septiembre de 1984, p. B2.

²⁸¹ “Informe sobre el mercado...”, *op. cit.*, pp. 34-35.

binadas y de ventas atadas de medicamentos; y la obligación a las farmacias de exhibir los precios reales de venta al público de cada uno de sus productos. Para finalizar, el dictamen indicó la necesidad de que la FNE continuara vigilando el mercado de los medicamentos y la observancia del contenido del dictamen por parte de los laboratorios y las farmacias²⁸².

Sobre la base de esta jurisprudencia, y a una queja que la UNFACH le hiciera al Ministerio de Economía, el cual, a su vez, le encargó a la FNE que estudiara el mercado de los medicamentos, el recién asumido Gilberto Villablanca dio curso a una nueva investigación. Entre sus resultados, se determinó que el 73% de los laboratorios encuestados estaba respetando en la comercialización de sus productos las condiciones fijadas anteriormente por la Comisión Preventiva Central, en tanto el resto, que fue considerado como un número significativo en el informe, no lo estaba haciendo²⁸³. En virtud de esta situación anómala, la FNE recomendó que esos laboratorios debían justificar ante esa Comisión las razones que tenían para comercializar sus productos fuera del marco fijado para esos efectos²⁸⁴. En el informe se concluyó que entre las anomalías observadas estaba el hecho de que un alto porcentaje de los productos se encontraba en ofertas; que éstas estaban siempre vigentes y que las rebajas podían llegar hasta el 63% del precio base del producto en oferta. Por lo anterior, la Fiscalía concluyó que en la gran mayoría de los casos, los precios de lista eran irreales o artificiales y que ninguna farmacia o distribuidor los pagaba en la realidad²⁸⁵.

El informe concluyó recomendando la corrección de las “imperfecciones” detectadas de acuerdo con los dictámenes anteriores, para así evitar que éstas repercutieran fuertemente en los precios que debían pagar los consumidores por esos productos²⁸⁶.

Durante los años siguientes la FNE continuó monitoreando los precios de los medicamentos, hasta que el 14 de diciembre de 1993 inició una investigación en ese mercado “para determinar la existencia de posibles conductas que pudieran resultar contrarias a las normas sobre libre competencia”, contenidas en el DL N° 211, la que dio pie a la presentación de un requerimiento por parte del fiscal en contra de las cadenas de farmacias Ahumada, Salco, Cruz Verde y Brand, por acuerdo de precios de venta a público²⁸⁷.

Como se verá más adelante, el caso fue continuado por el fiscal Rodrigo Asenjo, quien lograría un pronunciamiento condenatorio por parte de la Comisión Resolutiva.

Más allá de los distintos casos que le correspondió desarrollar durante su pe-

²⁸² Dictamen N° 436/811 de la Comisión Preventiva Central del 31 de octubre de 1984, en http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/multimedia/farmacias/farmacias_far.html.

²⁸³ Informe de la Fiscalía Nacional Económica a la Comisión Preventiva Central, “Mercado de los productos farmacéuticos: actualización del mercado”, del 16 de agosto de 1990, p. 5.

²⁸⁴ *Op. cit.*, pp. 6-7.

²⁸⁵ *Op. cit.*, p. 11.

²⁸⁶ *Op. cit.*, p. 12.

²⁸⁷ Resolución N° 432 del 16 de mayo de 1995, en Luis Montt (coord.) y Nicolás Stitckin, *Ley antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1995-1997*, tomo IX, pp. 7-9.

riodo de cuatro años como fiscal (abril 1990-marzo 1994), que junto con los ya descritos también incluyeron a mercados tan relevantes como el de la telefonía de larga distancia, las AFP y las compañías aéreas (LAN y LADECO), entre otros, la gestión de Gilberto Villablanca se caracterizó por lo que se podría denominar un perfil bajo. Aunque sí convocó a numerosas conferencias de prensa para dar a conocer los casos que la Fiscalía llevaba adelante y los mercados que se estaban observando, o también para dar a conocer su opinión personal sobre determinados fallos de la Comisión Resolutiva, como en el caso de Enersis, en general dio muy pocas entrevistas exclusivas a los medios de prensa. De una personalidad más bien reservada, evitó las grandes polémicas y los conflictos en el ámbito público.

Aunque no propició cambios institucionales, Gilberto Villablanca sí consiguió sacar adelante el trabajo de la Fiscalía con el personal, los recursos económicos y herramientas legales que estaban a su disposición, y tuvo el mérito de poner en la mira indagadora, preventiva y sancionadora de la institucionalidad de la libre competencia en general y de la Fiscalía en particular, a varios sectores de alta relevancia económica por vulnerar o ser sospechosos de transgredir la legislación antimonopolios vigente²⁸⁸.

El periodo del fiscal Rodrigo Asenjo, 1994-2000

Al asumir Eduardo Frei Ruiz-Tagle como Presidente de la República en marzo de 1994 le correspondió nombrar, entre otros cargos de confianza, al nuevo Fiscal Nacional Económico. La persona elegida fue Rodrigo Asenjo Zegers, militante del Partido Demócrata Cristiano, quien con anterioridad se había desempeñado como abogado jefe de la División Jurídica del Ministerio del Interior (marzo 1990-junio 1993) y como jefe de gabinete del ministro del Interior, Enrique Krauss²⁸⁹.

Bajo su dirección, la FNE fue adquiriendo un nuevo sello de agilidad, proactividad, protagonismo y connotación pública, cuyo principal impulsor fue el propio fiscal. De carácter fuerte –apasionado, según sus críticos–, gran seguridad en sí mismo y un sentido de la ética a toda prueba, su gestión la orientó, por una parte, a lograr cambios legislativos que tendieran a fortalecer la institucionalidad de defensa de la libre competencia y sobre todo las atribuciones de la FNE y, por la otra, a utilizar todas las potestades legales que le confería su cargo para combatir sin tregua a los eventuales transgresores de la normativa vigente.

Sin embargo, al momento de asumir, todavía no tenía muy claro cuáles serían los lineamientos principales que desarrollaría como Fiscal Nacional Económico:

“No tenía una idea preconcebida de lo que quería hacer. Me concentré en estudiar durante dos meses lo que este servicio había hecho y lo que debía hacer. Concluí que la Fiscalía tenía sentido en la medida que el Fiscal, al ser un servicio muy

²⁸⁸ Gilberto Villablanca falleció el 5 de marzo de 2002.

²⁸⁹ “Los guardianes de la libre competencia”, en *El Mercurio*, Santiago, 11 de junio de 1995, p. B1.

personalizado, radicado en la personalidad del Fiscal, utilizara muy intensamente sus atribuciones, especialmente la que permite la iniciativa para actuar de oficio. Recibí muchas críticas por ello. Pero así debe ser una institución investigadora: esa es su utilidad y su sentido. La libre competencia es muy importante para la economía en su conjunto y también para las personas, y eso me impulsó a ser tan proactivo”²⁹⁰.

También recuerda que se encontró con una planta funcionaria muy poco motivada con sus quehaceres, donde las relaciones entre los abogados y los economistas e ingenieros era bastante compleja, en el sentido de que no se trabajaba en equipo. Era una planta antigua, con predominio de ex funcionarios de la Contraloría General de la República y con restricciones presupuestarias “atroces”. Reconoce que le fue muy difícil armar equipos de trabajo y que por ello debió recurrir a la contratación de expertos profesionales externos, cuyas asesorías eran canceladas por el ítem de honorarios, que consiguió financiar con algunos aumentos presupuestarios específicos:

“Eso me permitió hacer más fuerte la actuación del servicio en algunos temas y, en general, contratar profesionales de las Universidades de Chile y Católica, de muy buen nivel, que me ayudaron muchísimo. Trabajé con dos o tres personas, que no eran de la planta, para sacar adelante los temas, con una cuota personal enorme de sacrificio, porque con la planta del servicio era complejo hacerlo”²⁹¹.

Casos relevantes

El fiscal Rodrigo Asenjo organizó su metodología de trabajo encargando la gran mayoría de las investigaciones a un abogado y a un economista o un ingeniero, según fuera el tema tratado, y en los casos más complejos él mismo encabezaba los equipos de investigación.

Este sistema le permitió llevar adelante un número importante de investigaciones de oficio, entre las cuales su “caballo de batalla”, como él mismo lo define, fue el caso que lo enfrentó a la empresa de telefonía celular Startel, filial de la poderosa CTC.

Rodrigo Asenjo recuerda que esta investigación se inició de manera casi anecdótica, el 1 de febrero de 1998, cuando estando en Maitencillo leyó un aviso de dos páginas de Startel en el cuerpo de Reportajes de *El Mercurio*, que anunciaba que a partir de ese momento implementaría para sus suscriptores el sistema “calling party pays plus”. Cabe aclarar que hasta ese momento en Chile, cuando se generaba una llamada a un celular, tanto desde la red fija como de la móvil, el dueño de ese celular también debía pagar una tarifa por la llamada entrante²⁹². Pero esa situación debía terminarse muy pronto, pues las autoridades del sector

²⁹⁰ Entrevista con Rodrigo Asenjo, *op. cit.*

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² Esta modalidad de cobro llevaba, en la práctica, a que una gran mayoría de los usuarios de telefonía celular mantuviera sus teléfonos temporalmente apagados, para evitar pagar por llamados entrantes “indeseados”.

estaban estudiando la aplicación del sistema conocido como “calling party pays” (el que llama paga). Fue entonces en ese contexto cuando Startel anunció su promoción de implementar el “calling party pays plus”, lo que implicaba que la empresa dejaría de cobrar a los usuarios que recibieran un llamado. Ese costo sería ahora absorbido por Startel.

El ex fiscal relata:

“Partí inmediatamente a Santiago y contacté al presidente de la Comisión Resolutiva para solicitarle la habilitación del feriado [judicial] y que la Comisión se reuniera para permitirme sacar una medida precautoria que paralizara a Startel en esta maniobra. Me demoré 5 días hábiles en paralizarla”,

lo que implicó que la principal compañía competidora, Bellsouth, perdiera en ese lapso cerca de ciento treinta mil abonados. Desde su perspectiva, afirma que la modalidad de pago anunciada por Startel era una “maniobra anticompetitiva grosera”, porque Startel podía permitirse renunciar al 50% de sus ingresos, según se pudo precisar posteriormente, debido a que tenía subsidios cruzados desde la telefonía fija (CTC).

La agilidad con que actuó Rodrigo Asenjo, valió que la prensa calificara el caso de “remezón” al mercado chileno de telefonía móvil y que el fiscal explicara públicamente los motivos que lo habían llevado a despachar catorce oficios de investigación y cuestionarios tanto a Startel como a otras compañías, incluyendo a CTC, y a solicitar que la Comisión Resolutiva paralizara la promoción anunciada por Startel.

Ante la pregunta de si el caso era tan delicado como para interrumpir el receso veraniego de las comisiones antimonopolio, Rodrigo Asenjo respondió que ante sus aprensiones, el ministro de la Corte Suprema, Mario Garrido, quien presidía la Comisión Resolutiva:

“estimó que la situación podía tener características de extraordinaria gravedad, ya que también había visto la publicidad en los medios de comunicación”²⁹³.

La gravedad, según Rodrigo Asenjo, se debía a que Startel estaba renunciando a una parte importante de sus ingresos, que correspondían a las llamadas de ingreso a la red móvil, y a que esa renuncia no tenía justificación económica alguna. Pero esta medida la podía tomar:

“una compañía cuya matriz es una gigantesca empresa, con muy importantes utilidades [CTC] y que, según mi concepto, lo que le importa es el balance consolidado de todas las empresas que tienen en el mercado chileno. Esto les permite perder utilidades a sus filiales, porque éstas se recuperan en parte con el aumento del tráfico de llamadas locales a teléfonos móviles. En otras palabras, la CTC iba a recaudar más SLM (servicio local medido) por la mayor cantidad de llamadas de la red fija, en la que no olvidemos que tiene más del 90 por ciento

²⁹³ “No todo lo que brilla es oro”, en *El Mercurio*, Santiago, 13 de febrero de 1998, p. B22.

del mercado nacional. Pero estrictamente, en lo que se refiere a Startel, se iban a producir pérdidas, pero esta empresa las podría recuperar una vez que eliminara a la competencia, lo que a mi juicio era el objetivo del *calling party pays plus*²⁹⁴.

Pero Rodrigo Asenjo no sólo logró que la Comisión Resolutiva paralizara de forma temporal el servicio ofrecido por Startel sino que, además, solicitó que se le multara con el máximo permitido por la ley, que ascendía a 10.000 UTM²⁹⁵, equivalentes a aproximadamente \$400.000.000 en la actualidad y que se le encomendara el ejercicio de la acción penal en contra de su representante legal y en contra de todos aquéllos que pudieran resultar responsables del delito de monopolio, de acuerdo con el DL N° 211.

En el informe que la FNE presentó a la Comisión Resolutiva se planteó de manera directa que Startel buscaba destruir a las empresas de la competencia, entregando para ello los que serían beneficios de corto plazo a sus suscriptores, que después podrían ser cambiados de modo unilateral. Con esta práctica anti-competitiva, Startel se adueñaría del mercado, pues a las otras compañías no les quedaría más remedio que igualar la oferta, lo que les generaría enormes pérdidas económicas, que eventualmente las sacaría del mercado. También, se aseveró que Startel, a través de subsidios cruzados otorgados por su matriz CTC, lograría absorber esas pérdidas²⁹⁶.

La respuesta de Startel-CTC no fue sólo a través de sus abogados sino, también, de los medios de comunicación. En una carta pública dirigida al fiscal, Startel manifestó su asombro por las afirmaciones de Rodrigo Asenjo, en el sentido de que la empresa estaba incurriendo en prácticas monopólicas y lo acusó de estar efectuando un “esfuerzo imaginativo” al visualizar que a futuro ésta quedaría como dominador absoluto de la telefonía móvil. Enseguida, le solicitó que rectificara públicamente sus declaraciones. Por esos mismos días, Startel publicó un inserto en los diarios en el que aseveró que las medidas adoptadas en su contra obedecían a actitudes proteccionistas del fiscal. La respuesta de Rodrigo Asenjo fue:

“(…) Como lo he señalado públicamente, no me voy a referir a las declaraciones de Startel, desde el momento que yo he actuado ante los tribunales de justicia y los abogados litigamos en papel proceso y no en papel de diario”²⁹⁷.

El caso siguió su curso legal y finalmente la Comisión Resolutiva falló dando la razón al fiscal en lo referente a que el sistema “*calling party pays plus*” era contrario a las normas sobre libre competencia, entre otras razones, porque la gratuidad ofrecida en el servicio entre telefonía fija y móvil incrementaría el tráfico de llamadas de este tipo sobre:

²⁹⁴ “No todo lo que brilla es oro”, en *El Mercurio*, Santiago, 13 de febrero de 1998, p. B22.

²⁹⁵ En el DL N° 2.760 de 1979 no se indicó explícitamente que las multas debían expresarse en UTA, pero más adelante los textos legales precisaron que se trataba de UTA. Sin embargo, es muy frecuente encontrar fallos donde las multas están expresadas en UTM.

²⁹⁶ “Startel versus Asenjo”, en *El Mercurio*, Santiago, 15 de febrero de 1998, p. D3.

²⁹⁷ “No todo lo que brilla es oro”, en *El Mercurio*, Santiago, 13 de febrero de 1998, p. B22.

“(…) la situación de equilibrio de mercado en condiciones de competencia, al no incluirse en la tarifa de dichas comunicaciones el costo del servicio móvil”.

Reconoció también la Comisión que en este escenario Startel dejaría de percibir ingresos por ese concepto, lo cual no sólo iba a deteriorar sus resultados sino que, además, la tornaría inviable. A ello agregó que esas pérdidas serían:

“suplidas por utilidades extranormales que el aumento de tráfico generaría en su matriz, la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., al tarifificar ésta el servicio local por concepto de comunicaciones fijo-móvil por sobre su costo directo”.

Finalmente reconoció que el sistema Plus de Startel tendería a consolidar la posición dominante de su empresa matriz. En virtud de lo anterior y de un cúmulo importante de otros antecedentes, la Comisión Resolutiva acogió el requerimiento del fiscal en orden a declarar que la conducta de Startel-CTC tendía a restringir, entorpecer y disminuir de manera sustancial la competencia en el mercado telefónico y por ello ordenó poner término definitivo al sistema de “calling party pays plus”. En el fallo también accedió a lo solicitado por el fiscal en términos de aplicar una fuerte multa, por lo que la condenó a pagar la suma equivalente a 10.000 UTM, pero no se dio lugar a la acción penal en contra del representante legal de Startel²⁹⁸.

Ante esta decisión adversa en lo económico, Startel-CTC interpuso un recurso de reclamación ante la Corte Suprema en contra del fallo de la Comisión Resolutiva, el que fue rechazado en todas sus partes, salvo en lo referente al monto de la multa, que fue rebajada a 5.000 UTM en consideración a que las conductas condenadas no habían alcanzado a concretar perjuicios por competencia desleal²⁹⁹.

Para Rodrigo Asenjo, sin embargo, éste no era su primer caso de alta connotación pública. Al iniciar su período había proseguido el requerimiento presentado por su antecesor sobre la posible colusión de precios entre las grandes cadenas de farmacias, anteriormente revisado. Aportando nuevos antecedentes a la causa, que confirmaron la existencia de un acuerdo de precios entre las farmacias Ahumada, Salco, Cruz Verde y Brand, y el reconocimiento explícito por parte de ejecutivos de Cruz Verde de haber participado en el acuerdo para alzar concertadamente los precios³⁰⁰, la FNE solicitó la aplicación de multas por el valor máximo permitido de 10.000 UTM y el ejercicio de la acción penal para sancionar criminalmente a los acusados³⁰¹.

A la postre, la Comisión Resolutiva condenó a las farmacias Ahumada, Salco y Brand a pagar una multa individual de 2.000 UTM por infringir el artículo 2°, letra d) del DL N° 211, en lo concerniente a “artículos declarados esenciales rela-

²⁹⁸ Resolución N° 547 de la Comisión Resolutiva del 11 de agosto de 1999, en Luis Montt (coord.) y Felipe Irrázabal, *Ley antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1991-1992*, tomo VII, pp. 222-275.

²⁹⁹ Recurso de reclamación contra resolución N° 547 ante la Corte Suprema, 19 de enero de 2000, pp. 314-317.

³⁰⁰ Resolución N° 432 del 16 de mayo de 1995, en Luis Montt (coord.) y Nicolás Stitchkin, *Ley antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1995-1997*, tomo IX, p. 25.

³⁰¹ *Op. cit.*, p. 27.

cionados con la medicina o la salud”. Por la misma infracción se condenó a Cruz Verde a pagar una multa de 1.000 UTM, rebaja que fue justificada “por haber reconocido, en parte, la verdadera situación que dio lugar al alza de precios”.

Pero resolvió no dar lugar a la solicitud del fiscal de ejercer la acción penal en contra de los condenados, aspecto que contó con el voto en contra de un integrante de la Comisión³⁰².

Tras conocerse el fallo, el fiscal Rodrigo Asenjo se mostró satisfecho con la labor realizada, destacando que la FNE estaba presente en casos de trascendencia nacional y enfatizando que su actuación se había desarrollado a una velocidad superior a la acostumbrada en el organismo³⁰³.

Otro caso trascendente fue el de la fusión entre las aerolíneas LAN y LADECO, que se originó en una consulta que la primera formuló a la Comisión Preventiva Central acerca de la pertinencia de comprar un paquete de acciones mayoritario de LADECO. El fallo, emitido en septiembre de 1994, rechazó la compra y ante una solicitud de reconsideración de LAN, la Comisión lo ratificó, aduciendo que no existían nuevos antecedentes que justificaran cambiar su dictamen anterior. Si bien LAN había presentado la posibilidad de que las tarifas aéreas fueran fijadas por la autoridad en los tramos en los que ambas líneas no tuvieran competencia de terceros, estimó que los parámetros propuestos por LAN no eran suficientes para garantizar una adecuada transparencia en la fijación tarifaria³⁰⁴.

Ante ello, LAN presentó un recurso de reclamación ante la Comisión Resolutiva, la cual acogió el caso y ordenó al fiscal efectuar la investigación correspondiente. En ésta se concluyó, con argumentos muy similares a los presentados por la Comisión Preventiva Central, que de aprobarse la fusión de LAN y LADECO, quedarían sólo dos actores en el mercado aéreo doméstico, donde ésta sumaría cerca del 85% del mercado y la otra, National, un 15%. Según la Fiscalía, esta situación generaría una disminución de la competencia, un aumento en el grado de concentración en ese mercado y, por ende, condiciones monopólicas en el transporte aéreo nacional, con los consiguientes riesgos de aumento de las tarifas³⁰⁵.

Sin embargo, la Comisión Resolutiva falló a favor de la compra de acciones de LADECO por parte de LAN, ordenando que se dejaran sin efecto los dictámenes de la Comisión Preventiva Central que no la autorizaban. Entre otras consideraciones expuestas en la resolución, se planteó que los antecedentes expuestos no permitían presumir fundadamente que la integración de esas dos líneas aéreas constituía:

³⁰² Resolución N° 432 del 16 de mayo de 1995, en Luis Montt (coord.) y Nicolás Stitckin, *Ley antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1995-1997*, tomo IX, p. 27.

³⁰³ “Los guardianes de la libre competencia”, en *El Mercurio*, Santiago, 11 de junio de 1995, p. B1.

³⁰⁴ Resolución N° 445 de la Comisión Resolutiva del 10 de agosto de 1995, en Luis Montt (coord.) y Nicolás Stitckin, *Ley antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1995-1997*, tomo IX, pp. 35-60 y “Los guardianes de la libre competencia”, en *El Mercurio*, Santiago, 11 de junio de 1995, p. B1.

³⁰⁵ Resolución N° 445 de la Comisión Resolutiva del 10 de agosto de 1995, en Luis Montt (coord.) y Nicolás Stitckin, *Ley antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1995-1997*, tomo IX, p. 40.

“en sí misma una limitación o restricción de la competencia en el mercado aéreo nacional, o conduzca necesariamente a la creación de una empresa que pueda ejercer un determinado poder de mercado con efectos contrarios a la competencia”³⁰⁶.

En otros términos, la Comisión entendió que no habían riesgos presentes ni futuros de que la fusión de estas aerolíneas pudiera provocar una eventual eliminación de las empresas competidoras en el mercado aéreo nacional. A ello agregó que si lo anterior llegaba a producirse, los organismos antimonopolios iban a poder juzgar esas posibles infracciones a la ley y aplicar las correcciones y sanciones correspondientes.

Para complementar lo anterior, la Comisión formuló una serie de instrucciones de carácter general, que tuvieron el objetivo de “otorgar el máximo de transparencia en el mercado aéreo nacional”. Entre otras, se ordenó que LAN y LADECO debían presentar ante la Comisión Preventiva Central un régimen de autorregulación tarifaria e informar a las autoridades competentes las alzas de tarifas en las rutas no competitivas.

Esta resolución contó con un voto en contra que, entre sus consideraciones para rechazar el recurso de reclamación de LAN y mantener los dictámenes de la Comisión Preventiva Central, planteó que la asociación de ambas compañías podría comprometer la capacidad competitiva segura del mercado aéreo nacional³⁰⁷.

Ante la demora de LAN en la presentación del proyecto de autorregulación tarifaria, el fiscal Rodrigo Asenjo logró que la Comisión Resolutiva apercebiera a la compañía a presentar dicho plan en un plazo de quince días hábiles y que de no hacerlo, la Comisión decretara sanciones en su contra³⁰⁸.

Más allá de esta resolución, LAN no presentó el proyecto de autorregulación en consideración a que el directorio de la compañía había decidido vender un paquete mayoritario de acciones de LADECO, lo que dio pie a la creación de nuevas sociedades, en las cuales “participan las mismas sociedades que son accionistas de LAN Chile”. En virtud de que más allá de estos movimientos accionarios y societarios, los principales accionistas de LAN seguían controlando LADECO, la Comisión Resolutiva debió emitir un nuevo fallo ordenando el cumplimiento de la entrega del proyecto de autorregulación tarifaria³⁰⁹.

Unos días después de esta resolución, LAN y LADECO presentaron finalmente el proyecto de autorregulación tarifaria a la Comisión Preventiva Central, el que, sin embargo, fue rechazado por no cumplir las exigencias de la resolución

³⁰⁶ Resolución N° 445 de la Comisión Resolutiva del 10 de agosto de 1995, en Luis Montt (coord.) y Nicolás Stitckin, *Ley antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1995-1997*, tomo IX, p. 54.

³⁰⁷ *Op. cit.*, p. 57.

³⁰⁸ Resolución N° 451 de la Comisión Resolutiva del 12 de diciembre de 1995, en Luis Montt (coord.) y Nicolás Stitckin, *Ley antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1995-1997*, tomo IX, pp. 95-96.

³⁰⁹ Resolución N° 459 de la Comisión Resolutiva del 19 de marzo de 1996, en Luis Montt (coord.) y Nicolás Stitckin, *Ley antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1995-1997*, tomo IX, pp. 110-112.

Nº 445. Tras presentar un segundo proyecto y obtener de nuevo una respuesta negativa, LAN y LADECO recurrieron a la Comisión Resolutiva para que acogiera el proyecto de autorregulación tarifaria. Tras estudiar los antecedentes, estableció que el mentado proyecto cumplía las condiciones de la resolución Nº 445 y le otorgó su aprobación³¹⁰.

Como se verá más adelante, el tema del mercado aéreo resurgió con mucha fuerza durante el mandato del fiscal Francisco Fernández, sucesor en el cargo de Rodrigo Asenjo.

Entre los numerosos casos que el fiscal debió enfrentar, uno que lo ocupó particularmente y que lo expuso a fuertes críticas fue cuando presentó un requerimiento ante la Comisión Resolutiva solicitando la paralización de una OPA a través de la cual Enersis, controlada por ENDESA-España, tomaría el control de ENDESA-Chile.

Esta cuestión comenzó a desarrollarse el 20 de abril de 1999, cuando el fiscal presentó un informe ante la Comisión Resolutiva previniendo que un posible aumento del capital accionario de Enersis en ENDESA-Chile, ya fuera a través de personas naturales o sociedades con distintos tipos de vinculación con ésta, podría constituir un atentado a la libre competencia. Idéntica prevención hizo la Fiscalía ante la eventual compra de acciones de ENDESA-Chile por parte de la empresa Duke Energy International. Conforme a los antecedentes presentados, la Comisión resolvió de oficio que el caso fuera investigado por la Fiscalía³¹¹.

De manera casi inmediata, el fiscal presentó un requerimiento contra Enersis por lo anteriormente señalado –excluyendo del mismo a Duke Energy International por haber revocado su oferta de compra–, solicitando a la Comisión Resolutiva que suspendiera el remate de acciones que estaba anunciado para unos pocos días más. Acogió la medida precautoria solicitada, indicando que lo hacía “para cautelar el interés común nacional”. En lo específico ordenó tanto la suspensión del remate bursátil mientras durara la tramitación de la causa como el aumento de la participación de Enersis en ENDESA-Chile por cualquier vía, que le permitiera exceder el 25,8% de la propiedad que tenía en ésta hasta ese momento³¹².

La Comisión Resolutiva, finalmente, determinó ordenar una nueva medida precautoria que, sustituyendo a la anterior, permitió a Enersis comprar las acciones de ENDESA-Chile, prohibiendo, eso sí, que éstas fueran enajenadas por Enersis después de realizada la operación. Asimismo, ordenó que los cargos de directores de ambas empresas deberían ser desempeñados por personas distintas e independientes:

³¹⁰ Resolución Nº 496 de la Comisión Resolutiva del 28 de octubre de 1997, en Luis Montt (coord.) y Nicolás Stitchkin, *Ley antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1995-1997*, tomo IX, pp. 265-273.

³¹¹ Resolución Nº 540 de la Comisión Resolutiva del 21 de abril de 1999, en Luis Montt (coord.) y José Miguel Huerta y Paulo Montt, *Ley antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1998-1999*, tomo X, pp. 170-171.

³¹² Resolución Nº 541 de la Comisión Resolutiva del 28 de abril de 1999, en Luis Montt (coord.) y José Miguel Huerta y Paulo Montt, *Ley antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1998-1999*, tomo X, pp. 171-173.

“siendo incompatibles el nombramiento del cargo de director de Enersis S.A. con el de director de ENDESA Chile; y que las auditorías externas de ambas empresas deberían ser efectuadas por empresas auditoras independientes”³¹³.

La autorización otorgada por la Comisión Resolutiva, que permitió que ENDESA-España, a través de Enersis, pasara a controlar prácticamente el 60% de ENDESA-Chile, se materializó enseguida con una transacción que en total alcanzó US\$2.100.000.000. La operación, que acaparó titulares de portada en la prensa, se transformó en ese momento en el negocio de mayor envergadura en la historia de la Bolsa de Comercio de Santiago³¹⁴.

Mientras la Comisión Resolutiva deliberaba el caso, a Rodrigo Asenjo le llovieron las críticas por haber suspendido el remate de acciones. Entre otras acusaciones, se dijo que su accionar había transformado a Chile en un “país bananero”. El fiscal respondió que, por el contrario, la paralización de la oferta de Enersis sobre ENDESA-Chile era un signo de que las instituciones en el país estaban funcionando correctamente, que la autonomía existía y que había que operar con los mismos estándares que había en los países desarrollados, “donde las instituciones antimonopolios siempre tienen la última palabra en materia de fusiones o adquisiciones”.

Otro de los cuestionamientos que recibió Rodrigo Asenjo fue que este caso ya había sido resuelto con los fallos de la Comisión Resolutiva –vistos más atrás– de los años 1992 y 1997, que no había acogido los reparos al aumento de la participación de Enersis en ENDESA Chile. Ante ello, el fiscal respondió:

“Los pronunciamientos de la Comisión se refirieron en ambas oportunidades a temas distintos. Y jurídicamente hay que ser muy precisos para analizar ese aspecto, toda vez que aquí se cruza una institución muy conocida en el derecho, que se denomina la cosa juzgada. Naturalmente hemos tenido presente esta institución al redactar un requerimiento que, estamos convencidos, no es afectado por la cosa juzgada; aquí hay una situación nueva de mercado, con distintos niveles de concentración que hacen necesario revisarla”.

Un tercer tipo de cuestionamiento provino de parte de muchos accionistas minoritarios –que según la prensa veían a Rodrigo Asenjo como un enemigo público–, que se habían dispuesto favorablemente a vender sus acciones de ENDESA-Chile a Enersis a un precio muy atractivo, negocio que se había visto paralizado por el requerimiento del fiscal. La respuesta del titular de la FNE fue muy clara:

“Ellos tienen derecho a ejercer todas las acciones legales que les parezca. El Fiscal Nacional Económico se ha limitado a cumplir su obligación de acuerdo al DL

³¹³ Resolución N° 542 de la Comisión Resolutiva del 10 de mayo de 1999, en Luis Montt (coord.) y José Miguel Huerta y Paulo Montt, *Ley antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1998-1999*, tomo x, pp. 173-176.

³¹⁴ “Enersis asume hoy control de 60% de Endesa”, en *El Mercurio*, Santiago, 11 de mayo de 1999, p. A1 y “Enersis tomó el control absoluto de Endesa Chile”, en *El Mercurio*, Santiago, 12 de mayo de 1999, p. A1.

211. No tiene sentido la existencia de este cargo si no se pueden ejercer sus atribuciones: defender la competencia. Entiendo que muchas personas se hicieron una gran expectativa de vender sus acciones a un precio tan desmesuradamente alto [\$360]. Lo lamento, pero mi deber es proteger la competencia en los mercados y no el bolsillo de los particulares”³¹⁵.

El fortalecimiento de la Fiscalía Nacional Económica

En paralelo a sus esfuerzos por sacar adelante los diversos y complejos casos que llevaba al mando de la FNE, Rodrigo Asenjo destinó parte importante de su gestión a lograr el objetivo de conseguir el aumento de la planta y del presupuesto anual. Lo anterior, desde su perspectiva, era muy necesario para fortalecer la capacidad de trabajo de la entidad y, con ello, el cumplimiento de la misión institucional que ésta tenía. Esta idea se enmarcaba al interior de una política más amplia del gobierno de Eduardo Frei R-T, impulsada por la denominada Comisión Jadresic, que apuntaba a perfeccionar la institucionalidad reguladora del Estado, entre las cuales se encontraba la de la defensa de la libre competencia. Para este caso específico, se diagnosticó que los principales problemas que enfrentaban las tres instancias que la integraban (Comisiones Preventivas, Comisión Resolutiva y FNE) se referían a su “debilidad técnica y presupuestaria”³¹⁶.

Para efectos de la institucionalidad de defensa de la libre competencia, ya en 1989, durante el último año del período del fiscal Waldo Ortúzar, había adelantado la existencia de un proyecto de ley –que en todo caso no prosperó– que apuntaba a introducirle modificaciones al DL N° 211, en especial en lo referente a hacer más rápida y eficiente la labor de los organismos antimonopolios, y a definir con mayor exactitud los hechos considerados monopólicos. También había indicado que lo anterior era necesario debido a la mayor atención que estaban requiriendo mercados como el de las farmacias y de los combustibles, que, a su juicio, presentaban con mayor frecuencia conductas relacionadas con los monopolios. Al finalizar, había precisado que la demora de los procesos se debía al carácter más complejo de los problemas que las distintas comisiones analizaban, lo que hacía necesario introducir el pago de una dieta a sus integrantes, que colaboraban gratuitamente, “para que así se sientan más comprometidos en el cumplimiento de sus deberes”³¹⁷.

Hacia 1996, no obstante los lineamientos planteados y los compromisos adquiridos por las autoridades del gobierno de Eduardo Frei R-T, de perfeccionar la institucionalidad de defensa de la libre competencia, no se habían registrado mayores avances en esa dirección. Ante ello, el fiscal Rodrigo Asenjo hizo pública

³¹⁵ “No es mi deber proteger el bolsillo de particulares”, en *El Mercurio*, Santiago, 2 de mayo de 1999, p. B7.

³¹⁶ Óscar Muñoz G. y Carolina Stefoni E. (coordinadores), *El periodo del presidente Frei Ruiz-Tagle: reflexiones sobre el segundo gobierno concertacionista*, p. 288.

³¹⁷ “Nueva ley antimonopolios perfeccionará la defensa de la libre competencia”, en *El Mercurio*, Santiago, 17 de mayo de 1989, p. B16.

su queja acerca de la insuficiencia de recursos con que contaba para investigar las irregularidades en los mercados, enfatizando que la Fiscalía sólo disponía de treinta y dos funcionarios a lo largo de todo el territorio, de los cuales catorce estaban en regiones. A lo anterior, agregó la falta de profesionales con conocimientos en algunos mercados específicos, lo que redundaba en una baja capacidad de inspección³¹⁸.

En mayo de 1997, el gobierno dio a conocer su decisión de reformar la institucionalidad de defensa de la libre competencia, aclarando que lo haría de manera gradual. En la práctica, la reforma se concentraría en la Fiscalía Nacional Económica, en consideración a lo exiguo de sus recursos, dejando para otro momento el tema de las comisiones y la posible creación de un tribunal económico. Entre las explicaciones que se dieron para la gradualidad, la más recurrente fue que la agenda legislativa del gobierno estaba sumamente recargada en los temas judiciales por la reforma de procedimiento penal³¹⁹.

Sin embargo, en la decisión política de concentrar la reforma en la Fiscalía también habría influido directa y personalmente el fiscal Rodrigo Asenjo, quien junto con presentar un preproyecto en 1996, habría “insistido” en mejorar el presupuesto de su entidad y aumentarle sus atribuciones³²⁰. Al respecto, Rodrigo Asenjo recuerda muchas reuniones con distintos expertos, entre los que estaban los de Libertad y Desarrollo. No obstante que desde este Instituto se proponía una reforma integral al sistema de defensa de la libre competencia³²¹, la gradualidad de la reforma y el hecho que ésta se concentrara en la FNE, Rodrigo Asenjo la explica en función de que no se quería “revolucionar el DL 211, porque corríamos el riesgo de perder la fuerza de ese decreto”, especialmente en lo que refería a las atribuciones del fiscal³²².

Más allá de la velocidad y amplitud de la reforma al sistema, hubo un consenso muy extendido en torno a la necesidad de llevarla a cabo. Entre otros aspectos, se criticó con fuerza el hecho de que los integrantes de todas las comisiones trabajaran sin ningún tipo de remuneración. Según explicó el ex fiscal Waldo Ortúzar, la decisión de que los miembros de las comisiones ejercieran sus cargos *ad honorem* se había adoptado originalmente al momento de crearlas en el DL N° 211 de 1973, debido a que en ese momento “el Estado buscaba reducir sus gastos (...) y evitar la burocracia”³²³. A pesar de que se reconocía que el trabajo de los comisionados era de alto nivel, se veía con preocupación que no le pudieran dedicar más tiempo a esa labor y que en general se reunieran una vez a la semana, lo que iba en desmedro de la eficiencia de su trabajo.

³¹⁸ “Piden más recursos para garantizar la libre competencia”, en *El Mercurio*, Santiago, 6 de septiembre de 1996, p. B1.

³¹⁹ “Tiempos de reforma”, en *El Mercurio*, Santiago, 11 de mayo de 1997, p. B9.

³²⁰ *Ibid.* y “El poder incontrarrestable”, en *El Mercurio*, Santiago, 5 de diciembre de 1999, p. B1.

³²¹ Incluso, desde Libertad y Desarrollo se propuso la creación de un tribunal de la competencia. Al respecto, véase María de la Luz Domper, “Defensa de la libre competencia en Chile: reformas pendientes”, pp. 20-22 y “Reformas a la Ley Antimonopolios: una Tarea Pendiente”.

³²² Entrevista con Rodrigo Asenjo, *op. cit.*

³²³ “Tiempos de reforma”, en *El Mercurio*, Santiago, 11 de mayo de 1997, p. B9.

También fue objeto de cuestionamientos el hecho de que el fiscal fuera nombrado directamente por el Presidente de la República y, sobre todo, el alto riesgo de posibles “interferencias políticas” que podían generar en las decisiones los funcionarios gubernamentales que integraban las comisiones.

Como muy delicado se observaba el caso de la Comisión Resolutiva, donde el único integrante que generaba consenso era el ministro de la Corte Suprema. De los otros cuatro miembros, los dos jefes de servicio designados respectivamente por los ministros de Hacienda y Economía, eran cuestionados en su independencia. En tanto, en el caso de los dos decanos de facultades de Derecho y Economía de universidades de Santiago, se criticó que fueran elegidos por sorteo (tómbola), pues ello no aseguraba experiencia ni conocimientos específicos en materias de libre competencia³²⁴.

Incluso, en tono casi anecdótico, se relataban las “jugadas” que el azar le había hecho a este sistema de elección, cuando en el momento que correspondía cambiar al decano de Economía, el sorteo dio como elegida a la misma persona que ocupaba en ese momento el cargo. En otra ocasión, un decano de Derecho, tras ser sorteado en dos ocasiones consecutivas, optó por “descansar” un período, pero salió elegido de nuevo en el sorteo siguiente³²⁵.

El proyecto de ley, en lo esencial, apuntó: a aplicar en la FNE remuneraciones equivalentes a las de las superintendencias; a contar con recursos para contratar estudios externos, a fortalecer la capacidad investigadora del fiscal y a aumentar la dotación y el presupuesto anual de la entidad. Su trámite en el Congreso tardó prácticamente dos años y el fiscal Rodrigo Asenjo asistió con frecuencia a las sesiones en las que se discutió el proyecto.

En tanto, en la prensa comenzaron a surgir críticas a la labor desarrollada por el fiscal, en el momento preciso en que Rodrigo Asenjo se enfrentaba, entre otros, a ENDESA-España por el tema de la toma de control de ENDESA-Chile y a Startel-CTC por el caso del “calling party pays plus”, y en el Congreso se estaba tramitando el proyecto de ley que reforzaba con mayores recursos a la FNE.

Los dardos apuntaron a que al otorgarle mayores capacidades de investigación a la Fiscalía, se corría el riesgo de acentuar lo que se entendía como un desequilibrio entre ésta y las comisiones, que carecían de presupuesto y funcionarios pagados y a tiempo completo, y que dependían en muchos aspectos del apoyo que les otorgara la Fiscalía. Por lo anterior, se adujo que con la reforma el fiscal podría quedar en condiciones de decidir los casos, puesto que la Comisión Resolutiva no tendría capacidad para contrarrestar sus acusaciones³²⁶.

No obstante que Rodrigo Asenjo, en distintos momentos, se encargó de aclarar que la reforma no le otorgaba más atribuciones a la Fiscalía, lo que en realidad algunos sectores temían era que al aumentar su presupuesto y dotación, también

³²⁴ “Tiempos de reforma”, en *El Mercurio*, Santiago, 11 de mayo de 1997, p. B9 y “Revisión del sistema protector del libre mercado”, en *El Mercurio*, Santiago, 5 de abril de 1998, p. B2.

³²⁵ “Los guardianes de la libre competencia”, en *El Mercurio*, Santiago, 11 de junio de 1995, p. B1.

³²⁶ “Revisión del sistema protector del libre mercado”, en *El Mercurio*, Santiago, 5 de abril de 1998, p. B2.

aumentaría su capacidad de vigilar los mercados, de investigar y acusar de oficio. Esa realidad, que se sumaba a la extrema proactividad que el fiscal mostraba en todos los casos, había llevado a algunos a decir: “¡Sálvese quien pueda!”³²⁷.

Mientras sus detractores apuntaban a que se obsesionaba con ciertas empresas, a las que supuestamente perseguía, y a que sus argumentos eran más pasionales que jurídicos, sus defensores manifestaron admiración por sus “elevados parámetros éticos”, su entrega al trabajo y la seriedad para abordar los casos, y también “por la pasión con que alega las causas”³²⁸.

El tenor de esta discusión pone en evidencia que no sólo las atribuciones legales de la Fiscalía eran importantes sino que, también, lo era la personalidad del abogado a cargo, en el sentido de que de él dependía la intensidad, oportunidad, eficiencia y el celo con que éstas debían aplicarse.

Así, en un contexto en el que la actividad empresarial se había vuelto más compleja y competitiva, no resultaba extraño que la Fiscalía adquiriera más protagonismo y exposición, y que la personalidad del fiscal concentrara las miradas de la prensa y la opinión pública.

La ley, que lleva el número 19.610, fue finalmente promulgada el 19 de mayo de 1999, un poco menos de un año antes de que Rodrigo Asenjo dejara el cargo, al asumir un nuevo gobierno.

Entre otros aspectos, este cuerpo legal definió a la Fiscalía como un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio; aumentó el presupuesto de remuneraciones del personal, definió los cargos de planta, incrementó de treinta y ocho a sesenta el número de sus funcionarios e introdujo bonificaciones de estímulo por desempeño funcionario. También facultó al fiscal para declarar reservada una investigación, con la exigencia de que esta decisión fuera informada al presidente de la Comisión Resolutiva.

La ley otorgó facultades al fiscal para efectuar un proceso denominado reencasillamiento de la planta, que en la práctica le permitió hacer una calificación de los funcionarios y despedir a los que fueron mal evaluados. Este ejercicio generó una importante cantidad de vacantes, que el sucesor de Rodrigo Asenjo fue llenando más tarde.

Pero las críticas al contenido de la ley y al fiscal Rodrigo Asenjo no cesaron. Los cuestionamientos reiteraron el asunto del desequilibrio institucional que se producía entre una fiscalía ahora más poderosa en su capacidad operativa para investigar y las comisiones, que no sufrieron ningún cambio. Como especialmente complejo se entendió que la Comisión Resolutiva siguiera con sus integrantes trabajando *ad honorem*, sin un apoyo técnico propio y reuniéndose una vez a la semana.

Ante esta realidad, algunos académicos y ex integrantes de Comisiones Preventivas y de la Comisión Resolutiva, como: Ricardo Paredes, Guillermo Patillo y Arturo Yrarrázaval, plantearon la idea de crear un tribunal económico especia-

³²⁷ “Este servicio no persigue empresas”, en *El Mercurio*, Santiago, 17 de enero de 1999, p. B12.

³²⁸ *Ibid.*

lizado en asuntos de libre competencia. El ex fiscal Waldo Ortúzar, por su parte, planteó la necesidad de separar el trabajo de las Comisiones y de la Fiscalía³²⁹.

Pero la personalidad del fiscal seguía molestando a algunos, que sin dar sus nombres, planteaban que se había “convertido en el terror de muchas empresas”. Para equilibrar ese calificativo, en su defensa se reiteraba que tenía “una ética a toda prueba”³³⁰.

Este último rasgo Rodrigo Asenjo lo entiende de la siguiente manera:

“El punto es que el Fiscal representa el interés general de la colectividad y con anterioridad, muchas veces, los temas o las dificultades vinculados a la competencia se transaban en el escritorio del Fiscal, y se llegaba a avenimientos. Eso lo encuentro inconcebible. Porque cuando uno defiende el interés general de la colectividad, yo no veo quién le puede dar a uno la autoridad para transar en estos temas. A mi juicio, las investigaciones que hace el Fiscal Nacional Económico son intransables. Hay que llegar a un pronunciamiento jurisdiccional, que diga si la conducta es sancionable o no es sancionable. Y si lo es, aplicar la sanción correspondiente. Éticamente uno no puede transar su mandato”.

Esa mirada ética sobre el quehacer del fiscal, le permitió a Rodrigo Asenjo resistir las presiones asociadas al cargo. Al respecto, se extiende con mucho énfasis en cada una de sus palabras:

“Quiero dejar constancia que en 6 años, jamás recibí un llamado del Presidente de la República. Tampoco recibí un mensaje del Presidente vía algún ministro de Estado, pero sí recibí muchas llamadas de diversos personeros, a los cuales había que darles lectura del artículo 24 del DL 211, que establecía la autonomía absoluta del servicio y del Fiscal. Ahí se dice que el Fiscal actúa según sus propias convicciones. Reconozco que eso lo hice en muchas ocasiones, con muchos funcionarios, parlamentarios, jefes de otros servicios y empresarios. Ahora, el tema de las presiones opera, en la medida que uno sea presionable. Y yo, –me siento muy orgulloso de lo que voy a decir–, no me considero un tipo presionable. Podría hablar un día entero respecto de las presiones, pues de verdad tuve muchas, pero bueno, esto va con la personalidad de cada uno y con la estructura de pensamiento que uno tiene, y la trayectoria que uno tiene. Este cargo se puede ejercer con independencia, siempre y cuando se quiera ejercerlo así, pues tiene las atribuciones para hacerlo, pero debe quererlo. Y yo creo que eso es suficiente. Eso está en la persona”³³¹.

Criticado y admirado, Rodrigo Asenjo había logrado perfilar el cargo de fiscal gracias al apoyo irrestricto que tuvo del presidente Eduardo Frei R-T., quien le permitió ejercerlo con la autonomía que la legislación le entregaba. Asimismo, con la nueva ley que había impulsado, la Fiscalía entró en una fase de profesionalización, que le permitiría utilizar con mayor propiedad las facultades que se le

³²⁹ “El poder incontrarrestable”, en *El Mercurio*, Santiago, 5 de diciembre de 1999, p. B1.

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ Entrevista con Rodrigo Asenjo, *op. cit.*

incorporaron. Sin embargo, el otorgamiento de un mayor poder fiscalizador al organismo, muy pronto pondría en evidencia que las comisiones, especialmente la Resolutiva, habían quedado en una situación de desequilibrio tal, que se haría necesario introducirle nuevas modificaciones a la institucionalidad.

Pero la asunción de un nuevo equipo de gobierno y de un nuevo fiscal, también evidenciaría que el ejercicio de las atribuciones de este cargo no sólo dependía de la voluntad del Fiscal Nacional Económico.

El período del fiscal Francisco Fernández, 2000-2001

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 N° 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.

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 Preventivas³³².

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

³³² "Fiscal promoverá fortalecimiento de Comisiones Resolutiva y Preventivas", en *El Mercurio*, Santiago, 14 de abril de 2000, p. B4.

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 requirente, pero en otras ocasiones es también la instancia de apoyo técnico de las comisiones”³³³.

Para mitigar los efectos de esta doble función de la Fiscalía, Francisco Fernández optó por dividirse el trabajo con su subfiscal, Juan Pablo Lorenzini³³⁴:

“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, quien era el que alegaba. Yo alegué poco, porque no me podía desdoblarse entre ser litigante ante la Comisión y a la vez asesor de la misma. Las más de las veces mi opinión fue acogida”³³⁵.

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 que 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 re-

³³³ “Plantean cambios a entes antimonopolio”, en *El Mercurio*, Santiago, 14 de mayo de 2001, p. B3.

³³⁴ Abogado, de filiación demócratacristiana, que con anterioridad se había desempeñado como superintendente de la SEC.

³³⁵ Entrevista con Francisco Fernández.

cibió 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”³³⁶.

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 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 servicios³³⁷.

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 concurso³³⁸.

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 corregidas³³⁹.

³³⁶ Entrevista con Francisco Fernández. Acerca del fallo de este caso, véase resolución N° 667 de la Comisión Resolutiva, del 30 de octubre de 2002.

³³⁷ Resolución N° 584 de la Comisión Resolutiva del 27 de septiembre de 2000, en Luis Montt (coord.) y José Miguel Huerta y Paulo Montt, *Ley antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 2000*, tomo XI, p. 122.

³³⁸ *Op. cit.*, p. 128.

³³⁹ *Op. cit.*, p. 133.

Aun cuando más tarde la Comisión Resolutiva acogió la posición de la Fiscalía³⁴⁰, 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 estaba 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”³⁴¹.

Una tercera causa que contribuyó poderosamente al creciente desaliento del fiscal, también iniciada en las postrimerías del período 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”³⁴².

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 Resolutiva, 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.

³⁴⁰ Resolución N° 584 de la Comisión Resolutiva del 27 de septiembre de 2000, en Luis Montt (coord.) y José Miguel Huerta y Paulo Montt, *Ley antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 2000*, tomo XI, pp. 121-139.

³⁴¹ Entrevista con Francisco Fernández, *op. cit.*

³⁴² Resolución N° 639 de la Comisión Resolutiva del 23 de enero de 2002, p. 1

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 competencia³⁴³.

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 Resolutiva 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 fondo³⁴⁴.

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 transitoria³⁴⁵.

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”³⁴⁶.

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

³⁴³ Resolución N° 639 de la Comisión Resolutiva del 23 de enero de 2002, p. 6.

³⁴⁴ *Op. cit.*, p. 8.

³⁴⁵ “Preocupa que BSCH controle bancos Stgo. y Santander”, en *El Mercurio*, Santiago, 14 de abril de 2000, p. B1 y “Situación de BSCH en Chile debe resolverse antes de 18 meses”, en *El Mercurio*, Santiago, 29 de abril de 2000, p. B5.

³⁴⁶ Entrevista con Francisco Fernández, *op. cit.*

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 período tarifas promocionales que estaban por debajo de su estructura de costos. En un informe de carácter reservado que presentó ante la Comisión Resolutiva, 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 ofrecer³⁴⁷.

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 período 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"³⁴⁸.

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 investigara de oficio las condiciones en que operaba el mercado 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 N° 445 de 1995³⁴⁹.

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 operasen en forma separada, para evitar una excesiva concentración.

³⁴⁷ Resolución N° 587 de la Comisión Resolutiva del 13 de diciembre de 2000, pp. 158-160.

³⁴⁸ "Aero Continente dice poder trabajar a pérdida por 36 meses"

³⁴⁹ Resolución N° 618 de la Comisión Resolutiva del 1 de agosto de 2001.

LAN se defendió planteando que entregaría todos los antecedentes solicitados por la Comisión, asegurando que el plan de reestructuración obedecía a razones estratégicas que buscaban concentrar el negocio de carga y de pasajeros en el ámbito internacional y nacional. Asimismo, el presidente de la compañía aseguró que el modelo de negocio de LAN era "(...) un ejemplo de competitividad y, por lo tanto, hablar de monopolio es inapropiado y una falta de medida, dada la apertura del mercado aéreo"³⁵⁰.

Respecto de este caso, Francisco Fernández recuerda que a todas las fusiones se les hacía un seguimiento, pero que nada garantizaba que, por ejemplo, las medidas de mitigación fueran cabalmente cumplidas a posteriori:

"En el caso de la absorción de Ladeco por LAN, las restricciones no se cumplieron. Me acuerdo que nosotros las comentábamos en la Fiscalía, en el sentido de que debía reprochársele a LAN el incumplimiento de algunas de esas medidas de compromiso. Pero del comentario no pasamos, la verdad. Porque se van creando las dinámicas propias de los hechos consumados. Por ejemplo, se suponía que se iba a mantener la diferenciación entre los vuelos de ambas líneas. Y después, ya al poco andar de la fusión, desapareció el logo Ladeco y todo se operó como LAN"³⁵¹.

La renuncia del fiscal Francisco Fernández

Las críticas al funcionamiento de la institucionalidad de defensa de la libre competencia y, especialmente, a las acciones de la Fiscalía y del fiscal fueron adquiriendo un tono cada vez más directo y beligerante. En enero de 2001, *El Mercurio* publicó un artículo con el título "Los vigías bajo la mira", que hacía referencia a la Comisión Resolutiva y al fiscal. Planteando que en el Ministerio de Economía había nerviosismo debido a que en los próximos meses debían elegirse por sorteo dos nuevos decanos integrantes de la Comisión Resolutiva, distintas voces –no siempre identificadas– reiteraron que ese sistema de elección no garantizaba que los sorteados fueran expertos en el tema y que la ley N° 19.610 de 1999 había generado un gran desequilibrio de capacidades y recursos entre la Fiscalía y la Comisión Resolutiva.

Pero los cargos más ásperos apuntaron al fiscal. Entre otros, sus detractores insinuaron que su nombramiento se había hecho aplicando el cuoteo político y no un criterio técnico, y que los análisis de la Fiscalía no eran de óptima calidad, lo que se debía a que los cupos de la planta de la Fiscalía los había ido llenando con gente poco apta para los distintos puestos, lo que impedía "(...) abordar áreas complejas como los mercados bancario, aéreo o telecomunicaciones". También, se le reprochó que entre los cargos de su confianza hubiese nombrado a funcionarios que habían trabajado con él en el SERNAC y que bajo su dirección la FNE había desarrollando una inclinación en contra de las grandes empresas. Al respecto, se indicó que sus acciones contra Aero Continente y BSCH dejaban en

³⁵⁰ "Lan Chile rechazó acusaciones de monopolio", 6 de agosto de 2001.

³⁵¹ Entrevista con Francisco Fernández, *op. cit.*

evidencia que se estaban “(...) desempolvando teorías económicas muy antiguas y ya superadas”³⁵².

Todas estas críticas fueron enmarcadas desde el prisma de que Chile, al contar con una economía pequeña, requería de una institucionalidad antimonopolios altamente profesional:

“(...) que vele por mantener la libre competencia entre las empresas, pero sin pasarse de la raya e inhibir la inversión. Esto también adquiere importancia en un momento en que están llegando al país compañías extranjeras importantes, que requieren de reglas del juego claras para moverse”³⁵³.

En mayo de 2001, aparecieron nuevas críticas al funcionamiento de la institucionalidad antimonopolios. Acompañadas de una serie de propuestas que apuntaban a mejorarla, para limitar el riesgo de arbitrariedades, el entonces decano de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile, Ricardo Paredes, se refirió a la figura y al desempeño del fiscal, planteando que tenía la impresión de que era una “(...) persona correcta y bien intencionada, pero equivocada en su foco”. Según él, este foco debía ser la legislación antimonopolio y los problemas

relacionados con prácticas monopólicas, y no la eventual salida de actores chicos del mercado o el analizar los casos desde la perspectiva del consumidor³⁵⁴.

Consultado acerca de los efectos de la reforma legal de 1999, que había fortalecido a la FNE, respondió:

“Se le dieron importantes recursos a la Fiscalía para que hiciera mejor las cosas. Ha transcurrido un tiempo bastante prudente y todavía estamos esperando. La idea era agilizar y tratar más profundamente los casos, para hacerlos más técnicos. Yo creo que en eso está en deuda la Fiscalía”.

Con una mirada más general, dejó claro que lo que complicaba a los inversionistas era que no hubiera una línea definida en la institucionalidad, lo que atentaba en contra de la necesidad de contar con una certeza jurídica mayor, que no dependiera del perfil blando o duro del fiscal o de si le gustaban o no determinadas empresas. Por ello, afirmó que era necesario tener reglas más claras para la designación del fiscal y de los integrantes de las comisiones y acotar sus ámbitos de acción. En suma, se trataba de obtener “(...) una certidumbre de que los criterios y los conceptos están claros y que las designaciones no serán movidas ni manejadas políticamente”³⁵⁵.

Mirado en perspectiva, es posible afirmar que uno de los problemas principales que existía en ese momento radicaba en las distintas apreciaciones que había acerca del bien jurídico que la institucionalidad debía cautelar. Mientras algunos apuntaban a que debía ser la existencia de una mejor competencia, otros es-

³⁵² “Los vigías bajo la mira”, en *El Mercurio*, Santiago, 7 de enero de 2001, p. B3.

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ “Más independencia para la Fiscalía”, en *El Mercurio*, Santiago, 16 de mayo de 2001, p. B28.

³⁵⁵ *Ibid.*

timaban que debía ser el bien del consumidor. Entre estos últimos estaba el fiscal Francisco Fernández, quien al respecto reconoce que la mayoría piensa que el bien a defender debe ser la competencia en el mercado, no obstante que él se inscribe en la línea de los que preconizan como objetivo prioritario de la regulación de la libre competencia la protección del consumidor:

“Yo vengo de ese mundo además. Mi especialidad es el derecho del consumidor, por eso Ricardo Lagos pensó en mí para este cargo. Yo soy miembro de una organización de consumidores. Soy un militante de la causa de los consumidores, para mí ese es el objetivo primordial. Admito que no es el único, pero no debe sacrificarse el interés de los consumidores en aras, por ejemplo, de favorecer concentraciones, que en definitiva los perjudican, por aquello de que habría economías de escala o economías de ámbito. Eso yo no lo comparto. La protección del consumidor es la proyección económica del sujeto ciudadano”³⁵⁶.

Hacia mediados del año 2001, la posición del fiscal Francisco Fernández era en extremo compleja, pues mientras se veían, entre otros, los casos de las líneas aéreas, los bancos y las telefónicas, desde el gobierno recibía señales adversas. Esto último fue para él lo determinante para presentar su renuncia al cargo:

“Cuando asumí, se me prometió un apoyo político que no terminó dándose en los hechos. Dada la naturaleza de ente descentralizado de la Fiscalía, era muy importante contar con un respaldo del Ejecutivo para disponer de libertad de juicio. Era un apoyo en términos de no interferir y eso no se dio como yo hubiera deseado y como se me dijo por el presidente Lagos cuando me pidió asumir esta tarea en su gobierno. Las presiones eran múltiples, yo fui testigo de algunas francamente inaceptables y yo preferí entonces dar un paso al lado. Las presiones se ejercían también sobre los miembros del Tribunal [Comisión Resolutiva]. En el caso de los directores de servicio, yo fui testigo de instrucciones perentorias dadas para que votaran en un sentido determinado. Cuando se decía que las instituciones funcionaban, uno se preguntaba, bueno ésta también debería funcionar”³⁵⁷.

Aun cuando el 5 de agosto, el ministro Secretario General de Gobierno, Claudio Huepe, entre otras declaraciones desmintió la salida del Francisco Fernández, que era atribuida a la presión que estaban ejerciendo en ese sentido “algunos miembros del gabinete del Presidente Ricardo Lagos”³⁵⁸, al día siguiente se confirmó la renuncia y el nombramiento de un nuevo Fiscal Nacional Económico.

En la prensa se indicó que la renuncia del fiscal no había provocado sorpresa debido a que en los últimos meses:

“había tenido conflictos con varias reparticiones estatales que consideraban excesivo su rol fiscalizador dentro de una economía abierta como es la chilena y donde se busca dar señales claras de competencia al sector privado”.

³⁵⁶ Entrevista con Francisco Fernández, *op. cit.*

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ “Huepe dijo que renuncia del interventor de Aero Continente compete al Poder Judicial”.

Se agregó que entre las reparticiones que se sentían afectadas estaban el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones, y específicamente la SUBTEL, que se había considerado pasada a llevar por los requerimientos del fiscal en materia de concesiones para la telefonía celular³⁵⁹.

A poco más de una década de los hechos que lo llevaron a renunciar, Francisco Fernández cierra el amargo capítulo afirmando:

“Yo no le vi mucho sentido a convertirme en un *yes man*, a expensas del sentido mismo de la función encomendada. Uno responde a la nación y en alguna medida a la historia misma”³⁶⁰.

El período del fiscal Pedro Mattar, 2001-2006

El nuevo Fiscal Nacional Económico designado por el presidente Ricardo Lagos, el abogado Pedro Mattar Porcile, militante del PPD, dejaba atrás una carrera de casi veintidós años en la SVS, donde se desempeñaba como fiscal de valores de la entidad al momento de asumir la conducción de la FNE.

La prensa lo describió como el hombre de confianza de los titulares de la SVS en los últimos años y un experto en la ley de mercado de capitales, que había ayudado a elaborar y poner en marcha a fines de la década de 1970.

Los temas de defensa de la libre competencia tampoco le eran ajenos. En 1972, en su calidad de abogado de la entonces Superintendencia de Sociedades Anónimas, Compañías de Seguros y Bolsas de Comercio, le correspondió desempeñarse como secretario de la antigua Comisión Antimonopolios. Más tarde, entre 1994 y 1996, fue miembro de la Comisión Resolutiva.

Su nombramiento fue interpretado como el deseo del gobierno de “darle un perfil más ejecutivo al cargo antes que político, considerando que el nuevo Fiscal no es hombre de partidos”³⁶¹.

Entre las tareas que debía enfrentar, se indicó que las principales eran: la modernización de la institucionalidad; la transparencia de sus dictámenes y fallos; y una serie de casos vinculados a los sectores eléctrico y bancario, entre otros³⁶².

Desde el Ministerio de Economía, su titular, Jorge Rodríguez Grossi, confirmó que uno de los desafíos fundamentales de Pedro Mattar era el de potenciar la Comisión Resolutiva, precisando que debía resolverse el problema de que sus integrantes no tenían dedicación exclusiva³⁶³.

³⁵⁹ “Pedro Mattar, nuevo Fiscal Antimonopolios”, en *El Mercurio*, Santiago, 7 de agosto de 2001, p. B3.

³⁶⁰ Entrevista con Francisco Fernández, *op. cit.*

³⁶¹ Esta afirmación, efectuada en agosto, fue más tarde desautorizada por el propio Pedro Mattar, quien aclaró que hasta hacía unos meses había sido integrante del tribunal supremo del PPD. Véase “Un nuevo árbitro a la cancha”, en *El Mercurio*, Santiago, 10 de noviembre de 2001, p. B12.

³⁶² “Pedro Mattar, nuevo Fiscal Antimonopolios”, en *El Mercurio*, Santiago, 7 de agosto de 2001, p. B3.

³⁶³ “Los cambios que vienen en la Fiscalía Nacional Económica”, en *El Mercurio*, Santiago, 8 de agosto de 2001, p. B5.

En tanto, en sus primeras conferencias de prensa y entrevistas, explicó los criterios y objetivos que guiarían su accionar en la Fiscalía. Entre éstos, destacó que se encargaría de acelerar el trámite de los casos que llegaran a la entidad, para “evitar que la incertidumbre se prolongue por tiempo indefinido”; y reforzar la capacidad técnica de los equipos de trabajo, a través de una mayor capacitación y diversidad profesional, sobre todo en el área económica. A lo anterior, agregó el anuncio de que crearía un departamento de estudios, que permitiera mantener actualizados los análisis de mercados y el seguimiento de los actores económicos, y un departamento de asuntos internacionales, para reforzar la presencia de la FNE en foros en el exterior sobre competencia e intensificar las relaciones con organismos extranjeros mediante pasantías e intercambios de especialistas. Asimismo, planteó la necesidad de mejorar la difusión del trabajo de la FNE, para diferenciarlo del que realizaban las comisiones³⁶⁴.

Aunque sin mencionarlo, marcó con claridad algunas diferencias con sus antecesores, al plantear que evitaría “en lo posible la solicitud de medidas cautelares que puedan entorpecer la marcha de los negocios” y dejando sentada su opinión sobre el tema de los “peligros” de la concentración económica, que había caracterizado en gran medida las gestiones de Rodrigo Asenjo y Francisco Fernández, respectivamente. En ese sentido, planteó:

“Las concentraciones en sí mismas no son perniciosas; por lo tanto mal se puede hablar de peligro. Se debe revisar cada caso en particular. Dentro de este esquema pueden haber concentraciones inocuas, concentraciones deseables (por ser beneficiosas a las economías de escala o de ámbito) y, por último, las potencialmente peligrosas. Es sólo en estos casos, que se debe buscar algún tipo de corrección a las distorsiones que para la libre competencia pueda significar dicha concentración”³⁶⁵.

Agregó que Chile, al estar abierto al intercambio comercial y por ello no tener barreras de entrada, permitía que cualquiera que lo deseara entrara a competir. Partiendo de la base que el país contaba con mercados competitivos, reconoció que había algunos que exhibían un mayor grado de concentración, entre los que se contaban el aéreo, el bancario y el eléctrico³⁶⁶.

Consultado acerca de la situación en el mercado bancario –en el que además de la posible fusión entre los bancos Santander y Santiago, estaba la del Chile con el Edwards–, respondió que allí había varios elementos que tendían a atenuar la concentración, pues la disminución de las barreras de entrada había permitido que en el último año y medio entraran cuatro nuevos bancos al mercado. Recalcando que los bancos estaban sujetos al control de la respectiva superintendencia, afirmó

³⁶⁴ “Un nuevo árbitro a la cancha”, en *El Mercurio*, Santiago, 10 de noviembre de 2001, p. B12.

³⁶⁵ Acerca de esta temática, se puede consultar, entre otros, Claudio Sapelli, “Concentración y grupos económicos en Chile”, pp. 67-95.

³⁶⁶ “Un nuevo árbitro a la cancha”, en *El Mercurio*, Santiago, 10 de noviembre de 2001, p. B12 y “Ochenta casos estudia el nuevo titular de la Fiscalía Económica”, en *El Diario*, Santiago, 12 de noviembre de 2001, p. 8.

que la existencia de un número pequeño de entidades en un mercado no significa *per se* que en éste no haya competencia, pues: “los bancos grandes se hacen el peso entre sí. (...) Las fusiones bancarias deben verse caso a caso, analizando dónde pueden estar los eventuales problemas”³⁶⁷.

Sobre el mercado eléctrico, afirmó que no había causas pendientes relacionadas con la integración vertical, sino específicamente sobre la participación de Enersis en ENDESA. Sí valoró en términos positivos la desintegración vertical que se había dado con la venta de TRANSELEC por parte de ENDESA, separación que la FNE había solicitado con anterioridad.

Pero su visión y convicción acerca del fenómeno de la concentración que estaba dándose en la economía chilena llevó a que su relación con el subfiscal, Juan Pablo Lorenzini, entrara en una fase de progresivo deterioro.

Juan Pablo Lorenzini, quien había sido nombrado en el cargo al asumir Francisco Fernández, tenía una visión más crítica acerca de las concentraciones, en el sentido de que no siendo negativas en sí mismas, sí aumentan el riesgo de que se produzcan acuerdos atentatorios contra la libre competencia al haber menos actores en el mercado³⁶⁸.

Pero el asunto iba más allá de una disparidad de visiones, pues al cambiar el fiscal, también cambió el enfoque institucional acerca del tema de las concentraciones, lo que fue introduciendo una profunda cuña entre el accionar que se venía dando desde antes de la renuncia de Francisco Fernández, que prosiguió en los casos que estaban en desarrollo, y la visión que tenía el nuevo fiscal Pedro Mattar.

Por ello, cuando declaró públicamente que no consideraba peligrosas las concentraciones *per se*, Juan Pablo Lorenzini sintió que le estaban quitando el piso y sobre todo los argumentos jurídicos para llevar adelante con éxito las causas, que en su mayoría él mismo debía alegar ante la Comisión Resolutiva³⁶⁹.

Aun cuando en el momento de la renuncia de Francisco Fernández, el ministro de Economía, Jorge Rodríguez Grossi, había insinuado la posible salida del subfiscal Juan Pablo Lorenzini³⁷⁰, este último recuerda que optó por no renunciar debido a que con el descabezamiento que había sufrido la FNE, que además renunciara el subfiscal, habría complicado en exceso la vida institucional.

Su permanencia en el cargo se extendió por un poco más de un año hasta los primeros días de enero de 2003, cuando la prensa divulgó la salida de Juan Pablo Lorenzini y del encargado del departamento legal, Tomás Monsalve.

Más allá de algunas versiones que pueden calificarse de mal intencionadas, que desde el mundo político intentaron enlodar a Juan Pablo Lorenzini y Tomás Monsalve, y que fueron desmentidas por el propio Pedro Mattar y también por

³⁶⁷ “Un nuevo árbitro a la cancha”, en *El Mercurio*, Santiago, 10 de noviembre de 2001, p. B12 y “Ochenta casos estudia el nuevo titular de la Fiscalía Económica”, en *El Diario*, Santiago, 12 de noviembre de 2001, p. 8.

³⁶⁸ Entrevista con Juan Pablo Lorenzini.

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ “Los cambios que vienen en la Fiscalía Nacional Económica”, en *El Mercurio*, Santiago, 8 de agosto de 2001, p. B5.

Juan Pablo Lorenzini, las versiones de las renuncias de ambos directivos, que ocupaban el segundo y tercer lugar en la jerarquía institucional, se centraron en las diferencias de visiones que tenían con el fiscal.

En el ámbito general se planteó que el problema de fondo radicaba en que ambos “mantenían una línea que se distanciaba de la orientación que el Fiscal daba a la institución”.

También se especificó que los renunciados tenían una visión distinta acerca de la forma en que la FNE debía abordar las investigaciones, pues éstos “mantenían una posición más dura, la que chocaba con la actitud conservadora de Mattar”. También se afirmó que: “(...) Lorenzini tenía una actitud fiscalizadora más atrevida”.

Si bien el fiscal desmintió que hubiese habido diferencias con Juan P. Lorenzini y Tomás Monsalve, explicando que ambos habían renunciado para ejercer la profesión en el ámbito privado, el subfiscal saliente reconoció que sí había tenido diferencias de opinión con Pedro Mattar³⁷¹.

Tras la renuncia de Juan Pablo Lorenzini, en el cargo de subfiscal fue nombrado el abogado Enrique Vergara.

Cabe señalar que algunos meses después de este episodio, al interior de la Comisión Resolutiva se vivió una situación que pondría el tema de la autonomía de los integrantes designados desde el Poder Ejecutivo en tela de juicio. Según informaciones de prensa, el entonces integrante de dicha Comisión, Sergio Espejo, a la sazón Superintendente de Electricidad y Combustibles, había renunciado por las presiones recibidas desde el gobierno y la Compañía de Teléfonos en medio de la decisión de otorgarle a esa empresa la libertad tarifaria. Su voto negativo inclinó la balanza en contra de las aspiraciones de Telefónica CTC y de las autoridades del Ministerio de Economía. Aunque Sergio Espejo desmintió con fuerza que su renuncia se hubiese debido a las supuestas presiones, las críticas se instalaron con especial fuerza en el Congreso Nacional y entre los ejecutivos de las empresas competidoras de Telefónica CTC³⁷².

La creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y las atribuciones de la Fiscalía

La principal preocupación del fiscal Pedro Mattar era la reforma de la institucionalidad de defensa de la libre competencia. En este ámbito aseveró que en el gobierno se estaba estudiando el sistema de elección, duración y selección de los

³⁷¹ “Versiones encontradas en salida de ejecutivos de la Fiscalía Económica”, en *El Mercurio*, Santiago, 9 de enero de 2003, p. B6 y “Salida de ejecutivos de FNE enciende polémica”, en *El Mercurio*, Santiago, 10 de enero de 2003, p. B1.

³⁷² “Gobierno presionó a favor de telefónica CTC”, en *El Mercurio*, Santiago, 24 de mayo de 2003, p. B.1; “Fallo contra CTC genera salida de Sergio Espejo”, en *El Mercurio*, Santiago, 4 de septiembre de 2003, p. B6; “Nueva ofensiva de CTC desata lluvia de críticas”, en *El Mercurio*, Santiago, 5 de septiembre de 2003, p. B5; “Espejo asegura que renuncia a resolutive no fue por presiones”, en *El Mercurio*, Santiago, 26 de septiembre de 2003, p. B6 y “Recrudece batalla legal entre VTR y Telefónica CTC por cargos de acceso”, en *Diario Financiero*, Santiago, 13 de octubre de 2003, p. 4.

integrantes de las comisiones. También adelantó la posibilidad de establecer un tribunal especial, el TDLC, cuyos miembros serían elegidos por concurso, por un período de tres años, reelegibles y con una serie de inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de sus cargos³⁷³.

Pedro Mattar relata que cuando asumió como Fiscal Nacional Económico había una cierta confusión en los ámbitos de trabajo y de atribuciones de las comisiones y del fiscal, donde este último debía acusar (prosecutor) y, al mismo tiempo, debía entregar todo el apoyo necesario a las comisiones para juzgar, y sentarse en la misma mesa que los juzgadores. Por ello, prefirió delegar la facultad que tenía para alegar ante la Comisión Resolutiva en otros abogados de la Fiscalía³⁷⁴.

Al solicitarle el gobierno que participara en la redacción del proyecto de ley para reformar la institucionalidad, vio allí una gran oportunidad para mejorar todo el sistema. Al respecto, recuerda que buscó hacer una modificación sustancial de la ley, que pasaba por separar las facultades del fiscal, de las del juzgador. Asevera que le habían dicho que modificara las funciones de la Comisión Resolutiva, pero que prefirió proponer derechamente la creación de un tribunal de defensa de la libre competencia.

Sin embargo, existía la complejidad de que el nuevo tribunal especial, integrado por abogados y economistas, se salía de la lógica de funcionamiento de un tribunal ordinario. Desde el punto de vista presupuestario, también era complicado que su financiamiento proviniera desde el Ministerio de Hacienda y no desde los tribunales de justicia. Asimismo, su creación contemplaba que contara con economistas que lo ayudaran a preparar la vista y resolución de las causas.

Pero más allá de las complejidades, el trámite del proyecto de ley avanzó bastante rápido, gracias al apoyo que le brindaron los distintos partidos políticos, apoyados por sus respectivos centros de estudios³⁷⁵.

También fue muy relevante que en la denominada Agenda Pro Crecimiento –descrita más atrás– que en 2002 habían suscrito el gobierno y los empresarios, estuviera incluido el acuerdo de impulsar una profunda reforma a la legislación e institucionalidad de la libre competencia.

Ya a fines de abril de 2003, el fiscal Pedro Mattar daba cuenta en la prensa de que la tramitación del proyecto de reforma se desarrollaba sin contratiempos en el Congreso Nacional y anunciaba su pronta aprobación³⁷⁶.

Finalmente, el 14 de noviembre de 2003, se publicó la ley N° 19.911, que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Considerada la modificación más importante que se le ha realizado a la institucionalidad de libre competencia chilena, basada en el DL N° 211 de 1973, esta ley permitió estructurar un sistema dual, en el que las Comisiones Preventivas

³⁷³ “Un nuevo árbitro a la cancha”, en *El Mercurio*, Santiago, 10 de noviembre de 2001, p. B12.

³⁷⁴ Entrevista con Pedro Mattar.

³⁷⁵ La necesidad de la modificación legal fue discutida en diversos ámbitos, incluso antes de conocerse a cabalidad el proyecto definitivo. Sobre esta discusión véase, entre otros, Arturo Yrarrázaval C., “Análisis crítico de la ley de competencia”, pp. 4-18 y Jorge Streeter P., “Documento de trabajo sobre la enmienda del Decreto Ley N° 211 (1973)”, pp. 19-77.

³⁷⁶ “El año de Mattar”, en *El Mercurio*, Santiago, 27 de abril de 2003, p. B12.

Regionales, Preventiva Central y Resolutiva fueron reemplazadas por el TDLC. En tanto, a la Fiscalía Nacional Económica se le redefinieron sus funciones y atribuciones.

En lo fundamental, el TDLC quedó establecido como un órgano independiente, fiscalizado por la Corte Suprema, con facultades jurisdiccionales, encargado de prevenir, corregir y sancionar los atentados contra la libre competencia. La Fiscalía, por su parte, quedó a cargo de fiscalizar e investigar, y de presentar los requerimientos (acusaciones) ante el Tribunal.

Respecto de este último punto, es importante señalar que este nuevo texto legal permitió reasignar una atribución que desde las leyes N° 13.305 de 1959, que creó la Comisión Antimonopolios y N° 15.142 de 1963, que creó el cargo de Fiscal Económico, estaba radicada en ambas instancias: la defensa y representación del interés público en materias de libre competencia. Esta dualidad se mantuvo con la dictación del DL N° 211 de 1973, pues la representación del interés de la colectividad en el ordenamiento económico que se le conservó a la Fiscalía Nacional Económica también le fue traspasada a las Comisiones Preventivas Provinciales y Preventiva Central como a la Comisión Resolutiva, por la vía de autorizarlas a actuar de oficio.

Con el objetivo de clarificar esta superposición, en la ley N° 19.911 la representación del interés público en el ordenamiento económico y, por ende, la actuación de oficio quedó radicada en la FNE; en tanto, el TDLC quedó facultado para actuar solamente a través de la presentación de un requerimiento de la FNE o de la demanda de un particular, lo que le otorgó el carácter de un tribunal jurisdiccional³⁷⁷.

Otro aspecto que esta ley solucionó tuvo relación con la ambigüedad que la legislación tenía desde 1959 respecto del bien jurídico que protegía: la libre competencia o el bienestar del consumidor. Tal como se ha señalado con anterioridad, este tema no era menor, pues había provocado problemas serios en el funcionamiento institucional y en la aplicación de sus disposiciones legales.

En virtud de lo anterior, en el artículo 1° de la ley N° 19.911 se dejó explícitamente establecido que ésta tenía por objetivo “promover y defender la libre competencia en los mercados”³⁷⁸.

Por esta vía se dejó en claro que la nueva legislación e institucionalidad debía encargarse de asegurar el derecho de toda persona a competir o participar en el desarrollo de las actividades económicas, y de toda empresa a desarrollar sus estrategias competitivas libremente. Así, sólo en el caso de que algún actor económico vulnerara o intentara quebrantar la ley, la institucionalidad de defensa de la libre competencia debía intervenir.

En este sentido, resulta muy clarificadora la siguiente afirmación:

“(…) Hay que tener presente que la competencia no la hacen los consumidores, sino los productores y comerciantes. Son éstos los que compiten y rivalizan, los

³⁷⁷ Pedro Mattar, Discurso de Celebración Día de la Competencia 2004.

³⁷⁸ Ley N° 19.911, del 14 de noviembre de 2003.

que deben enfrentarse libremente para satisfacer las demandas del consumidor, permitiendo más y mejores alternativas de bienes y servicios al consumidor, en calidad, cantidad y precio”³⁷⁹.

En suma, es posible afirmar que el bien protegido es el derecho de competir libremente que tienen todos los agentes económicos que operan en los mercados.

También se cambió la descripción de las conductas anticompetitivas, que en el DL N° 211 se representaban y ejemplificaban de manera general, por una tipificación de conductas anticompetitivas concretas, que se focalizaron en los acuerdos colusorios, abusos de posición dominante, prácticas predatorias y competencia desleal, realizadas con el objetivo de alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio.

Otro aspecto fundamental que cambió con la nueva legislación fue el relacionado con las sanciones. Considerando que las de tipo criminal no se habían utilizado, sobre todo debido a que los estándares probatorios necesarios para aplicar una pena privativa de libertad son altamente exigentes, en la ley N° 19.911 se optó por eliminarlas y dejar las infracciones en el ámbito administrativo. En función de lo anterior, se incrementaron de modo sustancial los montos máximos de las multas desde diez mil hasta veinte mil unidades tributarias anuales.

Respecto del punto anterior, en la historia de esta ley se justificó la eliminación de las sanciones penales y el aumento de las multas de la siguiente manera:

“El proyecto opta por eliminar la descripción de las conductas que constituyen tipos penales, por estimar que resultan incompatibles actualmente con el complejo escenario en que se desenvuelven los agentes económicos, y que la experiencia internacional sobre la materia aconseja que cada caso debe ser estudiado en su propio mérito, de acuerdo con sus particularidades y complejidades, por lo que estima procedente establecer una norma amplia con ejemplos básicos, para que los integrantes del tribunal decidan en cada caso qué conducta constituye un atentado a la libre competencia. Se propone al respecto aumentar sustancialmente las multas y hacer solidariamente responsables de su pago a los directores, gerentes o administradores de las empresas infractoras, lo que, estima el proyecto, va a disuadir en forma más eficaz a los potenciales infractores”³⁸⁰.

Como criterios para la determinación del monto de las multas se establecieron, entre otras, las siguientes circunstancias: “el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor”³⁸¹.

Lo que sí se mantuvo fue la posibilidad de interponer un recurso de reclamación ante la Corte Suprema, a través del cual el máximo tribunal puede revisar una sentencia o resolución del TDLC.

³⁷⁹ Pedro Mattar, Discurso de Celebración Día de la Competencia 2004.

³⁸⁰ Historia de la ley N° 19.911, Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 14 de noviembre, 2003, p. 32.

³⁸¹ Ley N° 19.911, art. 17 K.

En términos de funcionamiento de la Fiscalía, con la ley N° 19.911 se eliminaron los fiscales regionales económicos. En su reemplazo se le otorgó al Fiscal Nacional Económico la prerrogativa de designar fiscales adjuntos, facultados para desenvolverse en cualquier parte del país, con las atribuciones que el Fiscal Nacional estimara necesario delegarles.

La supresión de los funcionarios en regiones, según recuerda Pedro Mattar, se originó en el momento en que asumió como fiscal, pues allí se dio cuenta de que los fiscales regionales “estaban becados”, que no se justificaban, pues tenían muy poco trabajo. Afirma que la Quinta Región, que era la que más casos aportaba, en general no pasaba de tres o cuatro al año. Por ello, antes de que se cambiara la ley, tomó la decisión de no ir proveyendo esos cargos cuando quedaban vacantes o no renovar los contratos, que eran de carácter anual³⁸².

En lo referente a su composición, se estableció que el TDLC quedaría integrado por cinco profesionales, de los cuales tres debían ser abogados, especializados en materias de libre competencia, y dos licenciados o posgraduados en Ciencias Económicas.

El presidente del nuevo tribunal debía ser un abogado, elegido por el Presidente de la República de una nómina de cinco postulantes confeccionada por la Corte Suprema. Para ser nominado se debía participar en un concurso, público y transparente, y cumplir con una serie de requisitos académicos y experiencia profesional.

En tanto, dos de los otros cuatro miembros, un abogado y un licenciado o posgraduado en Ciencias Económicas, serían designados por el Presidente de la República, a partir de dos nóminas de tres postulantes, separadas de acuerdo con el ámbito profesional, confeccionadas por el Consejo del Banco Central, mediante concurso público de antecedentes.

Finalmente, los otros dos integrantes, uno por cada área profesional, serían designados por el Consejo del Banco Central, previo concurso público de antecedentes.

Para la elección de los cuatro miembros suplentes se pusieron idénticos requisitos y su designación, dos cada uno, quedó en manos del Presidente de la República y del Consejo del Banco Central.

A los miembros titulares del TDLC se les estableció una serie de incompatibilidades laborales y profesionales, tanto en el sector público como privado, con la excepción de desempeñarse como docentes universitarios.

En materia de dedicación de sus miembros, se indicó que el TDLC debía funcionar de forma permanente, quedando facultado para fijar sus días y horarios de sesión, cumpliendo un mínimo de dos días a la semana.

El quórum para sesionar se fijó en tres integrantes y las decisiones se debían adoptar por mayoría simple. En caso de empate dirimiría el presidente del tribunal. Junto con establecer la dedicación de sus integrantes, también se les otorgó una remuneración mensual base de 80 UTM, a la que se agregaron 10 UTM más por cada sesión a la que asistieran, adicional a las obligatorias. Como máximo de remuneración se fijó la cantidad de 120 UTM.

³⁸² Entrevista con Pedro Mattar, *op. cit.*

Para hacer realidad su independencia operativa, se le asignó una planta propia, de nueve funcionarios, entre los cuales tres debían ser abogados y dos profesionales universitarios del ámbito económico.

Para efectos de garantizar la continuidad institucional mientras se procedía a instalar y ponerlo en funcionamiento, se estableció como norma transitoria que los casos que estuvieran siendo conocidos por las distintas comisiones se seguirían tramitando después en el tribunal, de acuerdo con las disposiciones vigentes al momento de su inicio³⁸³.

Para que comenzara a operar era necesario proceder al nombramiento de sus integrantes. A fines de abril de 2004 la nómina fue dada a conocer por la prensa. El Presidente de la República designó como presidente del Tribunal al abogado Eduardo Jara, y como ministros titulares a la economista Andrea Butelmann y al abogado Radoslav Depolo. En tanto, el Banco Central nombró al abogado Tomás Menchaca y al economista Pablo Serra.

Aun cuando los expertos reconocieron la calidad profesional y académica de los integrantes recién elegidos, muchos cuestionaron que sus nombramientos se hubiesen efectuado de acuerdo a criterios políticos. Según los críticos, cuatro de sus cinco miembros eran afines a la Concertación y sólo uno a la oposición³⁸⁴.

El TDLC quedó instalado el 13 de mayo de 2004. Mientras no contó con un local propio, funcionó en las dependencias de la Fiscalía Nacional Económica, en la calle Agustinas. Según recuerda Pedro Mattar, no obstante compartir el espacio físico, comenzó a operar de inmediato con total independencia, tanto así que a él nunca lo invitaron a una reunión ni le consultaron nada³⁸⁵.

El profundo cambio que implicó su creación y la modificación de las funciones de la FNE fue celebrado por diversos actores. Desde el mundo empresarial, el secretario general de la SOFOFA, Andrés Concha, junto con recordar que la reforma del DL N° 211 había sido contemplada en la Agenda Pro Crecimiento que se había acordado con el gobierno, destacó el consenso que había en torno a introducir nuevos conceptos, separando las atribuciones de la Fiscalía y del Tribunal, y dándole a los integrantes de este último la posibilidad de dedicarse exclusivamente a sus tareas³⁸⁶.

En tanto, el ministro de Economía, Jorge Rodríguez Grossi, al intervenir en el Día de la Competencia de 2004, se mostró muy satisfecho con la nueva institucionalidad, pero también crítico con algunos aspectos de la antigua. Comenzó su discurso manifestando que al tener Chile una economía de mercado, lo que correspondía era que las empresas compitieran entre sí, y que los organismos de defensa de la competencia fiscalizaran, pero no administraran esa competencia.

³⁸³ Ley N° 19.911, del 14 de noviembre de 2003.

³⁸⁴ "Tribunal de defensa de la libre competencia. Para consolidar la economía de mercado", en *El Mercurio*, Santiago, 29 de abril de 2004, p. C3.

³⁸⁵ Entrevista con Pedro Mattar, *op. cit.*

³⁸⁶ "Tribunal de defensa de la libre competencia. Para consolidar la economía de mercado", en *El Mercurio*, Santiago, 29 de abril de 2004, p. C3.

Agregó que se debía evitar que se estereotiparan algunas dinámicas del funcionamiento de los mercados, poniendo como ejemplo las fusiones, que al ser calificadas como necesariamente anticompetitivas, desalentaban la inversión y afectaban el crecimiento.

También aprovechó la oportunidad para destacar algunos logros registrados por los organismos de defensa de la libre competencia antes de la reforma, entre los que mencionó los cambios pro competencia impulsados sobre todo en el sector de la telefonía³⁸⁷.

También explicó que la obligación vigente que tenían las empresas de distribución de energía eléctrica, de licitar la compra de electricidad a las distintas generadoras, se había originado en la resolución N° 488 del año 1997.

De esta forma, reconoció que la institucionalidad que en parte comenzaba a desaparecer había contribuido de manera importante al desarrollo de mercados más competitivos en el país.

Finalmente, aseguró que ahora Chile contaba con un buen sistema de defensa de la libre competencia, con instituciones fuertes para aplicar la normativa de la manera lo más técnica posible, que en la medida que fueran consolidándose, otorgarían “mayor predictibilidad y certeza a los agentes del mercado, tanto respecto de aquello que no pueden hacer, como respecto de aquello que sí pueden llevar adelante”³⁸⁸.

Para Pedro Mattar, el haber contribuido a la reforma del DL N° 211 a través de la promulgación de la ley N° 19.911 y, en consecuencia, a la creación del TDLC, constituye el principal logro de su período a la cabeza de la Fiscalía³⁸⁹.

Cambios internos para los nuevos desafíos de la Fiscalía

Según recuerda Iván Seguel, antiguo funcionario de la Fiscalía, hasta el año 2001, en general, la FNE funcionaba con un enfoque fiscalizador en el que predominaba el análisis jurídico por sobre el económico. La mayoría de sus profesionales eran abogados. De hecho, antes de la aprobación de la ley N° 19.610 de 1999, que aumentó sus recursos y dotación, había diez abogados y cinco profesionales vinculados a la economía, situación que comenzó a cambiar con la contratación de más profesionales de esta última disciplina, que prácticamente equilibró la balanza a fines de 1999, cuando los primeros se situaron en doce y los segundos en once.

Afirma que cuando llegó el fiscal Pedro Mattar comenzó a cambiar la idea tradicional que había en la FNE, en el sentido de que se la consideraba casi como un estudio de abogados, donde la economía era considerada como un insumo

³⁸⁷ Acerca de este tema ver, entre otros, Óscar Cabello, “Promoviendo la libre competencia: el rol de los organismos antimonopolios en las telecomunicaciones chilenas”, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *La libre competencia en el Chile del Bicentenario*, pp. 399-430.

³⁸⁸ Discurso Ministro de Economía, Jorge Rodríguez G., Celebración Día de la Competencia 2004.

³⁸⁹ Entrevista con Pedro Mattar, *op. ci.*

para los abogados, que era el sello que le había desde los inicios el fiscal Waldo Ortúzar³⁹⁰.

La tendencia a mantener un equilibrio entre los abogados y los profesionales de la economía, muchos de ellos ingenieros industriales o de otras especialidades, pero normalmente con especialización en materia económica, continuó en el tiempo, y ya hacia el año 2008 se contaban diecisiete abogados y dieciséis “economistas”.

Este cambio de enfoque fue resaltado por el fiscal Pedro Mattar en 2004, cuando definió que para el cumplimiento de sus funciones básicas de cautelar la libre competencia, la Fiscalía se había estructurado “(...) como un equipo de profesionales interdisciplinarios, que incluye especialmente, abogados, ingenieros y economistas”³⁹¹.

La contratación de los nuevos profesionales privilegió la excelencia de los antecedentes académicos y laborales de los postulantes, los que fueron seleccionados a través de concursos públicos.

A la diversidad disciplinaria que se comenzó a dar en la FNE se le agregó una mayor capacitación, lo que se reflejó en una asistencia creciente de sus profesionales a diversas pasantías en el extranjero, que buscaron dotar con mayores capacidades técnicas al servicio. Un buen ejemplo de esta política de perfeccionamiento se dio en el año 2005, cuando se detectó la necesidad de mejorar los conocimientos disponibles en el tema de fusiones e integraciones de empresas –que habían aumentado en esa época–, por lo que se envió a una pasantía a un abogado y a un economista a estudiar en terreno esta compleja materia. Así, estos dos profesionales pudieron visitar agencias de defensa de la libre competencia en México, Estados Unidos, Canadá y España, donde estudiaron las legislaciones respectivas, la organización interna de cada agencia y los procedimientos existentes para el tratamiento de este tipo de casos. A su vez, los conocimientos adquiridos en el extranjero fueron difundidos internamente a través de informes y la organización de talleres de capacitación interna, a los que asistieron los profesionales de la Fiscalía³⁹².

Ya en el año 2004, la FNE comenzó a relacionarse activamente con la Escuela Iberoamericana de Competencia con asiento en Madrid, que con el fin de capacitarlos, una vez al año reunía a funcionarios de las agencias regionales. La Fiscalía chilena, según recuerda Pedro Mattar, enviaba en su época a varios funcionarios al año a esa instancia a perfeccionarse³⁹³.

Pero los vínculos con el extranjero no se desarrollaron sólo a través de esta política de perfeccionamiento profesional, sino que fueron parte de una estrategia de internacionalización muy activa que propició el fiscal.

Esta nueva línea de desarrollo comenzó con la creación del departamento de Estudios y Relaciones Internacionales en 2002, cuyo objetivo fue fortalecer su

³⁹⁰ Entrevista con Iván Seguel, *op. cit.*

³⁹¹ Balance de Gestión Integral 2004, Fiscalía Nacional Económica, p. 12.

³⁹² *Op. cit.*, p. 24.

³⁹³ Entrevista con Pedro Mattar, *op. cit.*

posicionamiento internacional, para enfrentar de mejor manera los desafíos de la globalización. En ese sentido, la FNE no sólo apoyó técnicamente a los equipos negociadores de los ministerios encargados de llevar adelante los tratados económicos internacionales sino que, además, comenzó a establecer convenios de cooperación con las agencias de competencia de diversos países³⁹⁴.

Pero uno de los grandes hitos del proceso de internacionalización fue cuando se sometió de modo voluntario al examen de la OCDE.

Este hecho se dio en el marco del proceso de participación de Chile en la OCDE, que se había iniciado en 1993 en categoría de país no miembro. En 2007, Chile fue invitado formalmente a iniciar el proceso de acceso, lo que se logró a plenitud a comienzos de 2010. Sin embargo, para adquirir el estatus de país invitado, se debió rendir una serie de exámenes que permitieron ir demostrando que Chile tenía o podía alcanzar los estándares OCDE.

El examen voluntario al que se sometió, radicó en una evaluación acerca del estado y funcionamiento de las políticas y organismos de la competencia en Chile, realizada por un par evaluador designado por la OCDE, que finalizó en abril de 2003. Las conclusiones del informe fueron presentadas en el Foro Latinoamericano de Competencia, organizado por la OCDE y el BID, celebrado en París. El fiscal Pedro Mattar asistió a ese foro en el que debió responder a una serie de preguntas originadas a partir del informe, el cual fue unánimemente aprobado, destacando el buen nivel en el que se encontraba Chile en materia de competencia³⁹⁵.

Este reconocimiento internacional permitió, entre otros aspectos, que Chile fuera sede del Foro Iberoamericano de la Competencia en 2004, que contó con una veintena de asistentes internacionales de doce países, y al que asistieron también representantes de la Comunidad Andina y la OCDE³⁹⁶.

Otra línea estratégica de desarrollo aplicada a partir de 2002 fue la de la difusión de la normativa de defensa de la competencia a un público más amplio, que dio origen a una serie de iniciativas como: el lanzamiento de la página web institucional, publicación de diversos libros y foros en regiones, pero cuyo logro principal fue la instauración del Día de la Competencia. Organizado anualmente desde 2003³⁹⁷, este evento se instituyó como un foro ampliado, con invitados chilenos y extranjeros, dedicado al análisis de diversos temas específicos vinculados a la libre competencia. Según el fiscal Pedro Mattar, este encuentro serviría para:

“(...) profundizar opiniones y compartir experiencias entre los diversos expertos en materias de competencia, y abrir un espacio de debate público ciudadano, so-

³⁹⁴ Balance de Gestión Integral 2003, Fiscalía Nacional Económica, p. 14.

³⁹⁵ El contenido ampliado y actualizado de este informe, preparado por el asesor de la OCDE Terry Winslow, se puede consultar en su libro ya citado.

³⁹⁶ Balance de Gestión Integral 2004, *op. cit.*, p. 17.

³⁹⁷ “Tribunal de la Libre Competencia operará a contar de marzo del próximo año”, en *Diario Financiero*, Santiago, 30 de octubre de 2003, p. 3.

bre la importancia que reviste para las economías emergentes de nuestros países fomentar lo que se denomina la cultura de la competencia”³⁹⁸.

Como se verá más adelante, el Día de la Competencia, en la medida que se fue consolidando, se transformó en una suerte de tradición, que convoca a debatir acerca de tópicos particulares a autoridades, académicos, empresarios, periodistas y especialistas de los más diversos ámbitos.

Finalmente, con la meta de contar con una estructura interna más acorde a los desafíos que estaba enfrentando en los diversos mercados en 2002 Pedro Mattar creó, además del ya mencionado departamento de Estudios y Relaciones Internacionales, el departamento de Análisis Técnico y de Mercados Regulados, y el Comité de Prevención de Atentados a la Libre Competencia, cuyo principal objetivo fue el de mantener en permanente observación los mercados. Al año siguiente, se creó la Unidad de Análisis de Integraciones y Fusiones de Empresas, con el objetivo de analizar:

“de oficio los principales procesos de concentración, para prever las posibles consecuencias que dichos procesos puedan tener para la libre competencia”³⁹⁹.

Así, con esta nueva estructura, una dotación de personal que había aumentado después de la reforma legal de 1999 y que durante su período se mantuvo estable en torno a cincuenta y tres personas, se consideró que estaba en condiciones para responder adecuadamente a las necesidades de investigación, análisis y seguimiento de los distintos sectores económicos.

Casos relevantes

Como se vio, los antecesores inmediatos de Pedro Mattar, en el marco de algunas causas polémicas vinculadas a temas de concentración vertical y horizontal, habían sido objeto de presiones de diversa índole, tanto desde el mundo privado como político. Aunque en el caso del fiscal Rodrigo Asenjo, él afirmó que contó siempre con el apoyo del Presidente de la República; el fiscal Francisco Fernández planteó que al no contar con ese apoyo, las presiones se hicieron insostenibles para continuar en el cargo.

Respecto a este tema, Pedro Mattar afirma que en este tipo de cargos siempre existen presiones, pero que para canalizarlas le abrió “las puertas a todo el mundo, eso sí que con agenda abierta”. Recuerda que le interesaban esas conversaciones, pues así podía enterarse de lo que pensaba la contraparte. Aclara que en estas reuniones lo acompañaba un funcionario de la FNE como testigo, para que no le inventaran nada. Y agrega “que el tema de las presiones uno debe saber manejarlo”.

³⁹⁸ Pedro Mattar, Discurso de Inauguración Día de la Competencia 2003.

³⁹⁹ Balance de Gestión Integral 2003, *op. cit.*, p. 3.

En cuanto a las provenientes del ámbito gubernamental, enfatiza:

“desde el punto de vista político, nunca, jamás recibí ni una directriz, ni del ministro con el cual yo me relacionaba, ni menos del Presidente de la República. Nunca jamás hubo siquiera una insinuación”⁴⁰⁰.

Los principales casos llevados adelante por la FNE en esta época se orientaron a detectar y sancionar acuerdos o colusiones tendientes a distorsionar u obstaculizar la competencia de distintos mercados. Entre éstos, uno que cruzó gran parte del período del fiscal Pedro Mattar fue el de los precios de venta de combustibles en el ámbito de estaciones de servicio.

A fines de octubre de 2001, ante la acusación que el diputado del PPD, Antonio Leal, le hiciera llegar personalmente en su oficina planteándole que contaba con antecedentes acerca de un supuesto acuerdo de las distribuidoras de combustibles para no traspasar a los consumidores las rebajas de precios entregadas por ENAP, y para sí hacerlo apenas se anunciaba un alza, el recién asumido fiscal declaró que aceleraría al máximo los trámites de investigación⁴⁰¹.

Dos semanas más tarde se informó que el fiscal citaría a los actores de ese mercado para recabar antecedentes⁴⁰². En tanto, en una entrevista publicada ese mismo día, aclaró que los precios entregados por ENAP semanalmente eran de referencia para las distribuidoras, las que no estaban obligadas a traspasar a público las variaciones determinadas por la empresa estatal⁴⁰³.

Un año más tarde, el 5 de noviembre de 2002, la FNE informó los resultados de su investigación sobre este mercado y formuló ante el TDLC un requerimiento contra las distribuidoras COPEC, ESSO, Shell e YPF, por presentar:

“(…) un comportamiento y prácticas de comercialización que distorsionarían o entorpecerían la competencia en el mercado de la distribución y venta de combustibles líquidos en la Región Metropolitana”⁴⁰⁴.

Entre los respectivos antecedentes aportados por la Fiscalía y las defensas de las partes, el Tribunal se abocó a buscar aspectos que pudieran resultar indicativos de la existencia o no de una colusión entre las acusadas. Tras concluir el análisis, el Tribunal determinó que sólo era posible considerar la existencia de un acuerdo a nivel de hipótesis, pero que no había evidencia que permitiera confirmarla de manera definitiva. Cuando más, afirmó, se podía afirmar la existencia de una

⁴⁰⁰ Entrevista con Pedro Mattar, *op. cit.*

⁴⁰¹ “Fiscalía acelerará procesos”, en *El Mercurio*, Santiago, 25 de octubre de 2001, p. B4.

⁴⁰² “80 causas hay en la Fiscalía Económica”, en *El Mercurio*, Santiago, 10 de noviembre de 2001, p. B5.

⁴⁰³ “Un nuevo árbitro a la cancha”, en *El Mercurio*, Santiago, 10 de noviembre de 2001, p. B12.

⁴⁰⁴ Sentencia N° 18/2005 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 10 de junio de 2005, p. 1.

colusión tácita para “no traspasar totalmente a público las caídas en los precios de Enap”⁴⁰⁵.

En virtud de lo anterior, el Tribunal rechazó el requerimiento de la FNE y dispuso varias medidas, entre las que se contaron la recomendación a las empresas COPEC, ESSO y Shell, accionistas de la sociedad de nacional de oleoductos SONACOL S.A., que la transformaran en una sociedad anónima abierta o sujeta a las normas de ese tipo de sociedades, lo que contribuiría a promover la competencia en el mercado de los combustibles líquidos. Asimismo, ordenó a la Fiscalía que supervigilara en este mercado las relaciones comerciales entre sus actores mayoristas y minoristas⁴⁰⁶.

Otro caso importante que llevó adelante en este período estuvo relacionado con el mercado del oxígeno medicinal y el abastecimiento de este producto a los hospitales del sistema de salud público.

Hasta el año 2004, cada establecimiento hospitalario público había contratado el suministro de oxígeno de manera independiente, modalidad que había producido una gran dispersión de precios en los servicios contratados. Ante ello, ese año CENABAST optó por consolidar la demanda de oxígeno generada por los hospitales públicos y llamar a una licitación pública para su provisión a largo plazo.

En agosto de 2005 la FNE acusó a las cuatro empresas proveedoras de oxígeno existentes en el país –Air Liquide, Indura, Aga y Praxair– de incurrir en conducta anticompetitiva, actuando de modo concertado “para eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia en este mercado del oxígeno, por la vía del reparto de mercado”; que sobre la base de ese acuerdo, estas empresas habían abusado de su poder de mercado “mediante la determinación anticompetitiva de precios excesivos y la discriminación por precios”⁴⁰⁷, en especial en perjuicio de los hospitales públicos; y que habían actuado concertadamente para hacer fracasar la licitación pública mencionada más atrás⁴⁰⁸.

En virtud de lo anterior, solicitó que se condenara a pagar una multa de 3.300 UTA a Air Liquide, Indura y Aga, y de 2.000 UTA a Praxair (multas que en la actualidad equivalen a cerca de a \$1.584.000.000 y a \$960.000.000, respectivamente).

En septiembre de 2006, el TDLC, en fallo dividido (cuatro contra uno), acogió sólo la imputación de que las empresas requeridas se habían coludido para hacer fracasar la licitación pública, dado que les convenía que ésta fuera declarada desierta⁴⁰⁹.

Tanto las empresas afectadas como la FNE reclamaron la sentencia ante la Corte Suprema, cuya Tercera Sala, en un fallo unánime, dejó sin efecto la sentencia del TDLC, absolviendo a las acusadas.

⁴⁰⁵ Sentencia N° 18/2005 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 10 de junio de 2005, p. 76.

⁴⁰⁶ *Op. cit.*, p. 88.

⁴⁰⁷ “Empresas de oxígeno cuestionan datos sobre colusión en Argentina”, en *Diario Financiero*, Santiago, 1 de diciembre de 2005, p. 9.

⁴⁰⁸ Sentencia N° 43/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 7 de septiembre de 2006, p. 7.

⁴⁰⁹ *Op. cit.*, p. 125.

El desarrollo y desenlace de este caso, cuyas características lo sitúan entre los denominados “carteles duros”, considerado entre los delitos más graves en materia de libre competencia, marcó un hito importante en la jurisprudencia que existía hasta ese momento⁴¹⁰.

Muy relevante en este fallo fue que la Corte Suprema considerara que no había evidencia suficiente para configurar indicios que permitieran concluir inequívocamente que las empresas acusadas se habían coludido. No obstante afirmar que podía parecer plausible que en teoría ello pudiera haber sucedido, lo central de su decisión fue que ello no era suficiente como para probar fehacientemente su existencia:

“En efecto, los indicios o presunciones requieren de la existencia cierta de hechos en base a los cuales es posible luego deducir otros. En este caso no existen hechos probados que sirvan de indicios suficientes para acreditar que las requeridas actuaron concertadamente”⁴¹¹.

Otro sector que el fiscal Pedro Mattar puso en la mira de la FNE fue el de las ISAPRES. Primero, en octubre de 2004 anunció que éstas estaban siendo monitoreadas, junto a otros rubros, en consideración a que era un mercado muy sensible para la población⁴¹². Finalmente, el 26 de septiembre de 2005, ante una denuncia del entonces diputado del PPD, Guido Girardi, la FNE presentó un requerimiento ante el TDLC en contra de las ISAPRES: ING, Banmédica, Colmena, Vida Tres y Consalud por haber coincidido desde abril del año 2002 en el ofrecimiento de planes de salud de similares características:

“(…) uniformando, de este modo, las condiciones de contratación con aquellos que se afilien al sistema, y concertándose para limitar su competencia dentro de un marco preestablecido, mediante la negativa de ofrecer los planes con cobertura (...) máxima”⁴¹³.

En otros términos, según la FNE, durante un largo tiempo las ISAPRES se habían coludido para bajar la cobertura máxima que le ofrecían a sus afiliados, pero manteniendo los mismos precios. En un ámbito más específico, la acusación indicaba que hasta abril de 2002, las ISAPRES habían ofrecido mayoritariamente (97%) planes con cobertura máxima de 100-80, que equivalía a bonificar el 100% del valor de las prestaciones hospitalarias y el 80% de las ambulatorias. En tanto, a partir del mes indicado, la cobertura máxima ofrecida también de forma mayoritaria (91%) había descendido a 90-70, sin disminuir por ello los precios de esos planes.

⁴¹⁰ Al respecto véase, Juan José Romero G., “Colusión de Empresas de Oxígeno: cuánta evidencia es suficiente”, pp. 351-411.

⁴¹¹ Sentencia de la Corte Suprema, del 22 de enero de 2007, foja 23.

⁴¹² “Sistemas de salud y de pensiones en la mira de la Fiscalía Nacional Económica”, en el *Diario Financiero*, Santiago, 25 de octubre de 2004, p. 4.

⁴¹³ Fiscalía Nacional Económica, Requerimiento contra Isapres, del 26 de septiembre de 2005, p. 2.

Planteando que por el solo hecho de que las ISAPRES acusadas generaban en ese momento utilidades sobre patrimonio del orden del 30% anual, mal se podía explicar la modificación a la baja de las condiciones de los planes, como una respuesta a una posible situación de rentabilidad negativa en el sector. Por el contrario, la FNE apuntó el foco de su acusación a “(...) que el cambio en la estrategia de ventas sólo puede ser explicado como una colusión destinada a aumentar esos beneficios”⁴¹⁴. Al respecto, se agregó el dato de que las ISAPRES requeridas, con la excepción de una de ellas, habían aumentando su rentabilidad en el año 2004 a un 45%⁴¹⁵.

De acuerdo con la Fiscalía, la práctica concertada de las ISAPRES había dañado la competencia en el sector debido, entre otros, a que con ello había impedido el ejercicio de la libertad de contratación inherente a los planes de salud, generando un efecto de restricción a la competencia y un daño evidente al interés económico general.

Finalmente, la FNE solicitó al TDLC que aplicara una multa ascendente a 10.000 UTM a cada una de las ISAPRES acusadas⁴¹⁶.

En fallo dividido (3 a 2), pronunciado el 12 de julio de 2007, el TDLC no dio lugar a la acusación de la FNE, fundamentando su decisión en los siguientes aspectos:

“Que ponderados en conjunto todos los antecedentes analizados precedentemente de acuerdo a las reglas de la sana crítica, este Tribunal, si bien pudo establecer que se produjo un paralelismo en el actuar de cuatro de las requeridas, las Isapres Colmena, ING, y Banmédica+Vida Tres, que podría ser fruto de un acuerdo entre ellas, no ha logrado formarse convicción a este respecto, por lo que concluirá que no existen en autos antecedentes suficientes que permitan tener por acreditado dicho acuerdo”⁴¹⁷.

En tanto, el fallo de minoría, entre otros aspectos que fundamentó extensamente, precisó que desde su perspectiva:

“(...) la existencia de un acuerdo o práctica concertada entre agentes económicos puede ser acreditada tanto por prueba directa como indirecta, e incluso, sólo por prueba indirecta. En efecto, en la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia”⁴¹⁸.

Así, mientras el fallo de mayoría, no obstante avalar la hipótesis de que podría haber habido colusión entre las ISAPRES, dado el paralelismo con que se había producido la disminución de la cobertura de los planes, rechazó el requerimiento

⁴¹⁴ Fiscalía Nacional Económica, Requerimiento contra Isapres, del 26 de septiembre de 2005, pp. 2-3.

⁴¹⁵ *Op. cit.*, p. 11.

⁴¹⁶ *Op. cit.*, p. 16.

⁴¹⁷ Sentencia N° 57/2007 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 12 de julio de 2007, p. 99.

⁴¹⁸ *Op. cit.*, p. 101.

en consideración a que las pruebas presentadas no eran suficientes para acreditar dicha colusión; el fallo de minoría la suscribió aplicando el principio de que la existencia de acuerdos podía acreditarse a partir de indicios y coincidencias.

Ante esta decisión adversa, la FNE presentó un recurso de reclamación ante la Corte Suprema, apoyando, además, sus argumentos en los considerandos del voto de minoría del TDLC. Tras un largo análisis, la Corte Suprema rechazó el recurso con fundamentos que fueron en la misma línea del voto de mayoría del TDLC:

“(…) De esta manera, aparece con nitidez que la prueba de presunciones con que se pretende demostrar la existencia de la colusión de que se trata, no es directa puesto que el hecho a que se refiere puede ser explicado por diversas razones. Sin embargo, para que la probanza en cuestión pueda producir pleno valor probatorio, es menester que reúna la indicada exigencia de ser directa, y como ello no sucede en la especie, forzoso es concluir que resulta inhábil para demostrar la mentada concertación”⁴¹⁹.

Sin embargo, tal como había acontecido con la decisión del TDLC, el fallo de la Corte Suprema también fue dividido (tres a dos). Entre sus diversos planteamientos, el voto minoritario coincidió en muchos aspectos con los fundamentos expresados entre los firmantes minoritarios del TDLC⁴²⁰.

En los tres casos de posible cartelización revisados –combustibles, oxígeno e ISAPRES–, los antecedentes entregados por las respectivas investigaciones que había iniciado la FNE no fueron considerados suficientemente sólidos por las instancias superiores que los fallaron con posterioridad, hecho que comenzó a dejar en evidencia el surgimiento de un serio problema: ya no bastaban los indicios o las pruebas indirectas. Ahora era necesario contar con evidencia dura.

Tal como lo manifestaría más tarde un profesional de la Fiscalía en una conferencia pública, la FNE estaba en ese momento en “el peor de los mundos”, pues se le estaban exigiendo altos estándares probatorios, pero sin contar “con facultades duras de investigación”⁴²¹.

En el mismo sentido, una publicación académica de septiembre de 2007, tras analizar el fallo de las ISAPRES, concluyó que para que la FNE estuviera en condiciones de perseguir carteles y entregar evidencias duras de actos colusivos, ésta debía contar con las atribuciones que se lo permitieran, tales como “(…) grabación de conversaciones, e-mails, faxes o archivos en los discos duros de los ejecutivos de las empresas, entre otros”⁴²².

Incluso, el propio fiscal Pedro Mattar, un poco antes de dejar el cargo, recomendó modificar la ley que regía a la FNE para por esa vía entregarle:

“(…) instrumentos más potentes que permitan a esta Fiscalía cumplir de mejor manera su tarea principal de investigar las conductas anticompetitivas, cuya detec-

⁴¹⁹ Sentencia de la Corte Suprema, del 28 de enero de 2008, considerando 15°.

⁴²⁰ *Op. cit.*, considerandos primero al octavo (no indica N° de fojas).

⁴²¹ Francisco Caravia, “Evolución en la lucha contra los carteles en Chile”.

⁴²² Claudio Agostini, Eduardo Saavedra y Manuel Willington, “Las fallas del fallo Isapres”, p. 8

ción y comprobación es de una complejidad mayor, especialmente los carteles, principal figura que atenta contra la libre competencia (...)⁴²³.

Al término de su período, podía exhibir importantes logros en su gestión, y sobre todo en lo relacionado con la creación y puesta en marcha del TDLC. Sin embargo, paradójicamente, la nueva institucionalidad que él había ayudado a forjar estaba generando un nuevo problema de desequilibrio: ahora la FNE estaba en una posición muy desmejorada frente a los estándares probatorios que había comenzado a exigir el Tribunal. Por lo tanto, el nuevo desafío para su sucesor sería el de intentar lograr poner la balanza institucional en equilibrio.

El período del fiscal Enrique Vergara, 2006-2010

Al asumir como Presidenta de la República en marzo de 2006, Michelle Bachelet designó como Fiscal Nacional Económico a Enrique Vergara Vial, primero en calidad de subrogante, hasta que en julio fue confirmado en el cargo.

Al momento de asumir esta nueva función, este abogado, cercano a la Democracia Cristiana, con estudios de posgrado en el extranjero en materia de libre competencia, llevaba ya seis años trabajando en el sector público. En el año 2000, el entonces recién nombrado ministro de Economía, José de Gregorio, lo nombró como asesor de esa cartera en temas legales y económicos. Además, lo designó como presidente suplente de la Comisión Preventiva Central entre 2000 y 2002, a cuyas sesiones asistió regularmente, no obstante ser suplente, lo que le sirvió para ir ganando experiencia en este ámbito.

A principios de 2003, mientras se desempeñaba como jefe de gabinete del ministro de Economía Jorge Rodríguez Grossi, el fiscal Pedro Mattar, a quien había conocido en el contexto de la redacción del proyecto de ley que creó el TDLC, lo nombró en el cargo de subfiscal, tras la renuncia de Juan Pablo Lorenzini.

Su experiencia en este cargo fue fundamental para irse formando una visión de conjunto de las fortalezas y debilidades que tenía la FNE, y también para ir adoptando un estilo de gestión muy proactivo al momento de asumir como Fiscal Nacional Económico.

Desde su perspectiva, antes de que el TDLC entrara en plena operación, el sistema de defensa de la libre competencia se basaba fundamentalmente en el trabajo de la FNE, en el que se apoyaban las distintas comisiones. Recuerda que era una época en que su labor no tenía el nivel de profundidad que tiene hoy, en el sentido de que no se le daba tanto énfasis a los aspectos económicos⁴²⁴.

Sin embargo, al entrar en funcionamiento el TDLC en mayo de 2004, recuerda que se produjo “un fuerte remezón para el trabajo de la Fiscalía”, que había estado acostumbrada durante treinta años a trabajar a su propio ritmo, sin tener grandes desafíos de parte de las comisiones. Pero ahora tuvo que comenzar a lle-

⁴²³ Balance de Gestión Integral 2005, *op. cit.*, p. 31.

⁴²⁴ Entrevista con Enrique Vergara.

var los casos al nuevo tribunal, que además de contar con recursos propios y una planta de apoyo, estaba integrado por especialistas en libre competencia, con una alta dedicación a esa función. Por ello:

“el estándar de exigencia subió brutalmente y nosotros en la Fiscalía no estábamos acostumbrados a las grandes ligas de tener que exponer nuestro trabajo para que fuera valorado por gente experta”.

Enrique Vergara asevera que fue un período de ajuste muy fuerte para la FNE. Así, cuando asumió como fiscal en 2006, el escenario indicaba que todavía había que ajustarse a las nuevas exigencias y necesidades que:

“demandaba tener un Tribunal de excelencia, al cual había que llevarle los casos y ante el cual había que litigar, además, con los mejores estudios de abogados del país”⁴²⁵.

Para ir paliando en parte el desequilibrio de capacidades que se fue produciendo entre la FNE y el TDLC, en un contexto caracterizado por las restricciones económicas propias del sector público que tenía la Fiscalía, hubo que contratar asesores externos expertos en materias de libre competencia; hacer uso de todas las posibilidades de perfeccionamiento de los funcionarios de la FNE, especialmente a través de la OCDE; y aumentar las exigencias curriculares a los nuevos profesionales contratados por concurso.

El desafío, recuerda Enrique Vergara, fue el de elevar la calidad de las investigaciones de oficio de la Fiscalía, para “ser mucho más certeros en las pesquisas, sobre todo en la conducta más grave que es la de los carteles”. Agrega que fue ahí también cuando entraron en una etapa en la que se decidió:

“llevar pocos casos, pero buenos, de gran entidad, que afectan a muchas personas, que a veces no tienen idea de que están siendo afectadas por una conducta ilegítima”.

El énfasis puesto en la persecución de los carteles, que por lo demás había sido recomendado por la OCDE en su informe inter pares, fue explicado públicamente por el fiscal Enrique Vergara en una entrevista, en la que vinculó las mayores posibilidades de organizar un cartel en el contexto de una economía que, como la chilena, exhibía mayores grados de concentración:

“En Chile, la concentración es un tema en sí mismo, pero crea otro problema que para nosotros es esencial, y que son los posibles grados de coordinación que hay en mercados concentrados. En mercados más pequeños, como Chile, las posibilidades de colusión crecen, son más altas. Esto porque las empresas tienen menos costos para ponerse de acuerdo”⁴²⁶.

⁴²⁵ Entrevista con Enrique Vergara.

⁴²⁶ “En mercados pequeños como Chile crece el riesgo de colusión”, en *El Mercurio*, Santiago, 14 de mayo de 2007, p. B7.

Era entonces en ese contexto que para la FNE resultaba fundamental contar con las herramientas y atribuciones necesarias para luchar contra los carteles de manera eficaz. Si ello no ocurría, se iba a ver obligada a seguir construyendo casos basados meramente en indicios, lo que a esas alturas se había mostrado como insuficiente ante los integrantes del TDLC y también de la Corte Suprema.

Todas estas razones llevaron a que el fiscal Enrique Vergara impulsara en 2006 la presentación de un proyecto de ley al Congreso que, modificando el DL N° 211, en lo fundamental, entregaba mayores facultades a la Fiscalía para investigar casos de colusión, aumentando las multas de 20.000 a 30.000 UTA⁴²⁷; autorizándola a allanar, descerrajar, incautar información e interceptar comunicaciones.

Si estas facultades fueron calificadas de exageradas por políticos de la oposición y algunos representantes empresariales, mayores críticas generó que el proyecto contemplara la introducción de la figura de la delación compensada. El fiscal la explicó y justificó de la siguiente manera:

“(…) que a cambio de una rebaja sustancial de la pena o incluso la exención, se crean incentivos para que los participantes de una colusión aporten antecedentes verídicos a la Fiscalía. Se ha probado en todas partes del mundo. En EE.UU partió el año 1992 o 1993, y de un caso al año pasaron a 20. En Europa, sólo Turquía no tiene delación compensada”⁴²⁸.

Aun cuando más adelante volveré sobre este tema, cabe señalar que ya a mediados de mayo de 2007, el proyecto de ley estaba siendo analizado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados.

Casos relevantes

A poco más de un mes de haber sido nombrado como fiscal, Enrique Vergara hizo noticia a propósito de la publicación de la denominada *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración*. Su objetivo fue detallar los estándares con los que la Fiscalía analizaba si las operaciones de concentración –fusiones y adquisiciones– llevadas a cabo por actores privados tenían o no efectos importantes sobre la competencia en los mercados.

Entregada a conocimiento público a través del sitio web institucional en el marco de la política de transparencia y difusión que venía desarrollando la FNE⁴²⁹, la publicación de la *Guía* generó reacciones contrapuestas.

Si bien buscaba entregar certezas a los actores económicos, algunos expertos la criticaron bajo la premisa de que con ella se estaba estableciendo un sistema encubierto que obligaba a las empresas a consultar las operaciones de fusión a la FNE. Asimismo, otros pretendieron ver allí la resurrección de la preocupación por el tema de la concentración, que tantos problemas había generado años atrás.

⁴²⁷ En la actualidad, esos montos equivalen a \$9.600.000.000 y a \$14.400.000.000, respectivamente.

⁴²⁸ “En mercados pequeños como Chile crece el riesgo de colusión”, en *El Mercurio*, Santiago, 14 de mayo de 2007, p. B7.

⁴²⁹ “Informe Anual 2007”, Fiscalía Nacional Económica, p. 4.

Pero también hubo quienes la miraron como un avance, pues aportaba criterios técnicos a un tema de alta complejidad. Por su parte, el fiscal se encargó de aclarar que el documento había sido creado por recomendación de la OCDE y, además, existía un plazo determinado para que cualquier interesado le hiciera comentarios, antes de llegar a su versión definitiva⁴³⁰.

Mayor aún fue la polémica cuando el 20 de julio, el titular de la FNE presentó un requerimiento ante el TDLC en contra de las empresas de supermercados D&S y Cencosud “por restricciones a la competencia”, en el marco de sus agresivas estrategias de crecimiento, que contemplaban la toma de control de competidores y la adquisición de terrenos aptos para instalar supermercados⁴³¹.

De acuerdo con la FNE, ambas empresas, dueñas en esa época de los supermercados Jumbo y Santa Isabel (CENCOSUD), y de los supermercados Líder (D&S), que respectivamente se encontraban en avanzadas negociaciones para adquirir varios supermercados en especial en regiones, con su accionar estaban levantando:

“una barrera estratégica de entrada al mercado, generando para sí un enorme poder de mercado, con el consiguiente riesgo de abuso –concertado y unilateral– respecto de los consumidores, competidores y proveedores”⁴³².

El TDLC acogió el requerimiento y aplicó la medida cautelar solicitada por la FNE, que prohibió a esas empresas, por un plazo de cuarenta y cinco días renovables:

“la celebración de actos o contratos que tuvieran por objeto o efecto la adquisición o toma de control, directa o indirecta, de cualquier supermercado o cadena de supermercados que opere en el país”⁴³³.

Ante el inmediato anuncio de parte de D&S que debido al requerimiento del fiscal había decidido echar pie atrás al acuerdo de entendimiento que había firmado para la adquisición de casi una veintena de supermercados de una cadena regional, las reacciones ante el accionar del fiscal Enrique Vergara no se hicieron esperar.

Las críticas apuntaron a que se estaba poniendo en evidencia un “mayor celo” de la Fiscalía en los temas vinculados a la concentración económica y que la “mano dura” del fiscal estaba introduciendo altos grados de incertidumbre en el mercado, además de pérdidas económicas cuantiosas para los afectados.

El “mayor celo” del fiscal ante las concentraciones fue asociado, en el mundo privado, a supuestas directrices provenientes desde el palacio de La Moneda. En virtud de ello, aparecieron voces que apuntaron a la autonomía del fiscal y propu-

⁴³⁰ “Futuro papel de Fiscalía en fusiones de empresas genera polémica”, en *El Mercurio*, Santiago, 27 de mayo de 2006, p. B3.

⁴³¹ “Requerimiento en contra de D&S y Cencosud por restricciones a la competencia”.

⁴³² *Op. cit.*, pp. 11-25.

⁴³³ Sentencia N° 65/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 8 de mayo de 2008, p. 1.

sieron que en su nombramiento debía intervenir el Banco Central “(...) para evitar todo atisbo de permeabilidades políticas, que hoy por hoy es uno de los asuntos que preocupan a las empresas”⁴³⁴.

Unos días más tarde, se publicó un perfil personal de Enrique Vergara, en el que se hizo un contrapunto entre quienes lo criticaban y lo defendían. Por el lado del sector de los supermercados, se le volvió a reprochar las pérdidas económicas que se habían generado con su requerimiento y a insinuar que era políticamente permeable, a lo que se agregó el cuestionamiento de que esa medida estaba mal enfocada, pues con las adquisiciones que se iban a realizar la concentración iba a aumentar de manera marginal.

En tanto, sus defensores aseveraron que el fiscal sólo estaba haciendo su trabajo y que era un “hombre serio, técnicamente preparado y transparente”, y con gran experiencia en estas materias⁴³⁵.

El caso fue fallado por el TDLC en mayo de 2008, pero no incluyó a D&S, puesto que con anterioridad esta empresa había llegado a avenimiento con la FNE. Pero el TDLC acogió parcialmente el requerimiento de la Fiscalía, en el sentido que determinó que Cencosud debía consultar ante este tribunal cualquier operación de concentración en la industria supermercadista en que interviniera, directa o indirectamente, de manera previa a su materialización. En tanto, rechazó que la empresa quedara sujeta a las condiciones de un contrato marco que regulara las relaciones con sus proveedores⁴³⁶.

La sentencia fue reclamada tanto por la FNE como por CENCOSUD ante la Corte Suprema, la que logró que ambas partes alcanzaran un acuerdo en torno a las condiciones contractuales y de pago con las empresas proveedoras de menor tamaño⁴³⁷.

Sin embargo, el tema de la concentración económica siguió en el tapete. Y, aunque al fiscal sólo le correspondió pronunciarse a través de un informe, sus argumentos le valieron nuevas y fuertes críticas. El caso se originó en una consulta voluntaria presentada ante el TDLC, en junio de 2007, por las empresas Falabella (venta al detalle) y D&S (supermercados), que habían llegado a un acuerdo para fusionarse. Esta operación, de concretarse, daría origen a la segunda empresa más grande cotizando en bolsa en el país, cuyo nivel de ventas anuales, calculado en ocho mil millones de dólares, la transformaría en el segundo vendedor al detalle más grande de Latinoamérica⁴³⁸.

El denominado por la prensa como el “negocio de la década”⁴³⁹, tras la presentación de numerosos informes y la consulta a diversos expertos y actores interesa-

⁴³⁴ “Polémica por ‘mano dura’ de autoridad frente a concentración en los mercados”, en *El Mercurio*, Santiago, 9 de agosto de 2006, p. B5.

⁴³⁵ “La prueba de Vergara”, en *El Mercurio*, Santiago, 13 de agosto de 2006, p. B9.

⁴³⁶ Sentencia N° 65/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *op. cit.*, pp. 32-33 y 63-64.

⁴³⁷ Balance Cuatrienio 2006-2010, Fiscalía Nacional Económica, p. 18.

⁴³⁸ Felipe Irrarázabal, *El sistema chileno de defensa de la libre competencia*, p. 10.

⁴³⁹ “Los grandes gestores del negocio de la década”, en *El Mercurio*, Santiago, 19 de mayo de 2007, p. B3.

dos⁴⁴⁰, entre los que estaba la FNE, fue desaprobado por el TDLC a fines de enero de 2008. El papel desempeñado por la Fiscalía en este caso fue relevante, debido a que detectó serios riesgos para la competencia en los mercados afectados⁴⁴¹.

Pero antes de que el Tribunal se pronunciara acerca de la consulta, en el marco de la primera audiencia pública que se desarrolló en el TDLC, los abogados de las empresas criticaron con dureza al fiscal Enrique Vergara, cuestionándole los datos entregados y los conceptos utilizados en el informe. Dado que estas críticas fueron ampliamente reproducidas en la prensa⁴⁴², el caso se transformó en una suerte de contienda entre el fiscal y las empresas, y sus respectivos abogados. Ello quedó en evidencia cuando se dio a conocer la decisión negativa del Tribunal, pues el propio fiscal, ante una pregunta periodística, declaró que la resolución del TDLC era:

“un triunfo porque recoge muchas cosas que fueron muy discutidas durante todo este proceso. Estoy contento también porque considero que generaba serios riesgos para la competencia, que fue lo que dijimos nosotros”⁴⁴³.

Enrique Vergara recuerda que este caso fue muy duro, con fuertes descalificaciones y muchas presiones⁴⁴⁴. En parte por lo anterior, pero sobre todo para aumentar los grados de transparencia institucional, en marzo de 2008 se comenzó a publicar en el sitio web de la FNE la Agenda del Fiscal Nacional Económico, con acceso libre a cualquier ciudadano:

“De esta manera, se transparentan las reuniones y actividades del jefe del servicio permitiendo generar confianza ciudadana sobre la imparcialidad y no discriminación en el trato con los distintos agentes económicos y particulares en general”⁴⁴⁵.

El caso Falabella-D&S, al igual que muchos otros, acrecentó la fama de “duro” y “antiempresarial” del fiscal que, según se llegó a afirmar, con sus actuaciones despertaba “temor, e incluso la oposición, de importantes grupos y asesores económicos en el país”⁴⁴⁶.

La proactividad que estaba desplegando Enrique Vergara, a menos de un año y medio de haber asumido el cargo, fue muy destacada por la prensa, pues en ese

⁴⁴⁰ “Falabella y D&S preparan argumentos ante FNE”, en *Diario Financiero*, Santiago, 28 de agosto de 2007, p. 11.

⁴⁴¹ Los fundamentos de la decisión del TDLC y los argumentos de las partes que intervinieron en este caso, se pueden consultar en la resolución N° 24 /2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 31 de enero de 2008.

⁴⁴² “Falabella acusa a FNE de no tener una política de competencia y D&S de dar datos erróneos”, en *El Mercurio*, Santiago, 22 de noviembre de 2007, p. B8.

⁴⁴³ “Resolución que impide la fusión D&S - Falabella es un triunfo para la Fiscalía”, en *El Mercurio*, Santiago, 2 de marzo de 2008, p. B1.

⁴⁴⁴ Entrevista con Enrique Vergara, *op. cit.*

⁴⁴⁵ “Memoria Anual 2008” Fiscalía Nacional Económica, p. 25 y “FNE: ¿Una agenda abierta?”, en *El Mercurio*, Santiago, 23 de marzo de 2008, p. B2.

⁴⁴⁶ “El activo rol del Fiscal Económico y el resquemor que causa en las empresas”, en *El Mercurio*, Santiago, 2 de septiembre de 2007, p. B7.

breve plazo la Fiscalía estaba llevando cerca de ciento cuarenta casos, en circunstancias que el nivel habitual se situaba entre noventa y cien⁴⁴⁷.

Junto a los casos de concentración económica, el fiscal Enrique Vergara, tal como lo había anunciado, orientó también sus esfuerzos a sancionar los relacionados con los acuerdos colusorios. El más importante de ellos, cuya sentencia definitiva fue calificada por la propia Fiscalía como “un hito en la investigación de conductas colusivas, ya que en ella se fijó la multa más alta de la historia del sistema de competencia”⁴⁴⁸, fue el conocido como “la guerra del plasma”.

Este caso comenzó a desarrollarse a partir de una feria tecnológica que el Banco de Chile estaba organizando para abril de 2006 entre los días 6 y 9, la que con un gran despliegue publicitario ofrecía a los titulares de sus tarjetas de crédito distintos productos electrónicos y tecnológicos, con atractivos descuentos y pago a plazo⁴⁴⁹.

En ese contexto, los distintos proveedores de los productos denominados en conjunto como electrohogar, que incluían televisores de plasma⁴⁵⁰, computadores y electrodomésticos diversos, comenzaron a recibir llamadas telefónicas en las que se les amenazaba de manera directa con eliminarlos como proveedores de algunas multitiendas, en caso de que participaran en la Feria organizada por el Banco de Chile. Producto de estas amenazas, los proveedores se vieron obligados a ceder y renunciaron a participar, la que debió cancelarse.

Según se pudo acreditar más tarde, los llamados fueron realizados por distintos gerentes de las áreas de electrónica, computación, línea blanca y electrodomésticos de las multitiendas Almacenes París y Falabella, y habían sido realizados en los días inmediatamente previos al inicio de la Feria.

En virtud de lo anterior y tras recibir una solicitud de parte del Banco de Chile para que iniciara una investigación, el 9 de agosto la Fiscalía presentó un requerimiento ante el TDLC en contra de Falabella y Almacenes París. En lo medular, se las acusó de atentar contra la libre competencia al haber ejercido presiones a sus proveedores para no participar en la Feria organizada por el Banco de Chile, haciéndola fracasar⁴⁵¹.

Entre otras, le imputó a ambas multitiendas que, participando tanto en el negocio de la venta al detalle como en el de las tarjetas de crédito:

“(…) en lugar de realizar sus mejores esfuerzos para competir y replicar o mejorar promociones atractivas para los consumidores, optaron en cambio por abusar del

⁴⁴⁷ “El activo rol del Fiscal Económico y el resquemor que causa en las empresas”, en *El Mercurio*, en 2 de septiembre de 2007, p. B7.

⁴⁴⁸ Balance Cuatrienio 2006 – 2010, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁴⁹ La organización de la Feria estuvo a cargo de la empresa de fidelización Duty Free y Travel Club, que ofrecía los productos a los titulares de las tarjetas del Banco de Chile.

⁴⁵⁰ Un incentivo para la comercialización de este tipo de televisores fue el hecho que entre el 9 de junio y el 9 de julio se iba a jugar el Mundial de Fútbol en Alemania.

⁴⁵¹ Requerimiento C 103 06 de la Fiscalía Nacional Económica contra Falabella y Almacenes París, presentado ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el 9 de agosto de 2006, p. 7.

poder de mercado que ostentan en el mercado de la distribución y venta de artículos electrónicos, para bloquear una promoción, atractiva para los consumidores, que surtiría efectos, además de en el retail, en el mercado relacionado de las tarjetas de crédito⁴⁵².

En esta causa representó un papel fundamental el hecho de que las partes acusadoras lograron aportar un importante cúmulo de pruebas documentales, que inclinaron de manera determinante la decisión de los integrantes del TDLC.

Entre otras pruebas, se presentaron diversos registros del flujo de las llamadas entre las empresas acusadas y entre éstas y los proveedores⁴⁵³. Esta información permitió demostrar que la frecuencia y duración de las llamadas telefónicas había aumentado de manera ostensible sobre el promedio en los días previos a la proyectada realización de la Feria Tecnológica⁴⁵⁴.

A lo anterior, se agregaron algunos correos electrónicos y los testimonios de una cantidad importante de proveedores que de manera directa habían sido amenazados por algunos ejecutivos de ambas multitiendas, y también de esos mismos ejecutivos que reprodujeron sus propias palabras:

“(…) Les señalé a los proveedores que a nosotros no nos convenía [las condiciones de la Feria], que si otro podía vender más barato yo los sacaba de las góndolas por el período en que otros venden más barato. Ellos me señalaron que si nos molestaba tanto, preferían no asistir a la Feria⁴⁵⁵.”

La contundencia de estas pruebas quedó de manifiesto en la sentencia del TDLC, que al respecto afirmó:

“Que, en síntesis, con las pruebas e indicios establecidos acerca de las comunicaciones y su contenido respecto de cada uno de los proveedores antes indicados, en la forma expuesta, este Tribunal tiene por acreditado que tanto Falabella, a través de sus ejecutivos Fernando Casado, Gerente de Línea Electrohogar, y Cristián Caravia, *Product Manager*, como París, a través de sus ejecutivos Héctor Rodríguez, Gerente de la División Comercial, Pablo Méndez, Gerente de División Electro, Pablo Toledo y Ana María Castillo, *Product Managers*, se comunicaron los días 3 y 4 de abril de 2006 con los proveedores de las marcas Packard Bell, Sony, Bosch, Black&Decker, Oster, General Electric, LG, Philips, HP-Compaq y Apple, y con la empresa Intcomex, actuando coordinadamente con el objeto de presionarlos para que se desistieran de participar en la Feria, circunstancia que finalmente ocurrió⁴⁵⁶.”

El 10 de abril de 2008 el TDLC emitió su sentencia número 63, en la cual condenó a Falabella y París por abuso de poder de mercado y colusión, y sancio-

⁴⁵² Requerimiento C 103 06 de la Fiscalía Nacional Económica contra Falabella y Almacenes París, presentado ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el 9 de agosto de 2006, p. 17.

⁴⁵³ “Guerra del plasma: Banco de Chile acusa a París de dar teléfonos erróneos”, en *Diario Financiero*, Santiago, 8 de agosto de 2007, p. 11.

⁴⁵⁴ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 63/2008, 10 de abril de 2008, p. 45 y ss.

⁴⁵⁵ *Op. cit.*, p. 63.

⁴⁵⁶ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 63/2008, *op. cit.*, p. 68.

nó con el pago de una multa de 8.000 UTA a Falabella y de 5.000 UTA a París, que hasta ese momento constituían los montos más altos aplicados por multa en Chile⁴⁵⁷.

La Corte Suprema, atendiendo el recurso de reclamación interpuesto por ambas empresas, confirmó completamente el fallo del TDLC. Sin embargo, resolvió disminuir en un 25% el monto de las multas, que quedaron en cerca de cinco millones de dólares para Falabella y US\$3.100.000 para París. Esta rebaja se otorgó en atención a que el acto atentatorio contra la libre competencia había sido acotado en el tiempo⁴⁵⁸.

Hacia fines del año 2008, el fiscal Enrique Vergara podía exhibir cómo la institución había tomado el rumbo de concentrar sus esfuerzos en la vigilancia de sectores económicos con una concentración económica horizontal relativamente alta, lo que daba pie a conductas que propiciaban la configuración de acuerdos colusivos y de abusos de posición dominante.

Según una estadística de la propia Fiscalía, en 2008, estos dos tipos de conducta concentraban el 83% de las investigaciones iniciadas. En tanto, en 2006 y 2007, ambas conductas habían representado el 65 y el 57%, respectivamente. Aun cuando en 2009 se ubicarían en 74%⁴⁵⁹, la tendencia mostraba que la disposición a dirigir las investigaciones a la detección de ese tipo de conductas, que Enrique Vergara había anunciado al poco tiempo de ser confirmado en el cargo, se estaba cumpliendo.

Acerca de cómo se organizaba una investigación en la época en que él estuvo a la cabeza de la FNE, Enrique Vergara relata que una vez que se accedía a abrir un caso, se conformaba un equipo compuesto al menos por un abogado y un economista, que le proponían a sus jefaturas un plan de investigación, tipo carta Gantt, para cuyo diseño se daba un plazo de dos o tres semanas. Eso lo tenía que aprobar la jefatura. Ahí se proponían las diligencias atingentes al caso. Acerca de los casos de carteles o acuerdos colusivos, por ejemplo, afirma:

“que requerían y requieren el ejercicio de facultades más complicadas, pues ahí las pruebas pueden desaparecer con mucha rapidez y por ello requiere de una actuación sorpresa”.

Explica:

“para armar un caso, entre otros muchos aspectos, se necesita construir y recolectar datos de mercado, que es un proceso complejo y difícil, para así poder entender cada mercado y construir el modelo de negocio que éste tiene. A continuación se debe entender también cuáles son las barreras para entrar y salir de ese mercado particular, si es fácil o difícil. Luego analizas las conductas de los actores que pueden servirte para acreditar o no si las conductas que estás investigando afectan la

⁴⁵⁷ La diferencia en el monto de las respectivas multas se fundamentó a partir de la participación de mercado y del beneficio económico esperado a partir de los ilícitos.

⁴⁵⁸ Fallo de la Corte Suprema del 13 de agosto de 2008.

⁴⁵⁹ Balance Cuatrienio 2006-2010, *op. cit.*, p. 14.

libre competencia. Los casos terminaban, dependiendo de la situación, pues en mi época había una jefatura de mercados regulados y otra de no regulados, con una reunión de consejo, integrado por el Fiscal, el Subfiscal, el economista jefe de la sección estudios, el economista jefe de la sección investigaciones y el abogado jefe de la sección investigación. En total éramos 5 miembros, 3 abogados y dos economistas, lo que reproducía la conformación del TLDC, donde nosotros hacíamos de abogado del diablo por el caso. Cuando había dudas, pedíamos más investigaciones y cuando ya estábamos más o menos contestes con el caso investigado presentábamos un requerimiento al TDLC o de lo contrario lo archivábamos⁴⁶⁰.

El tema de mejorar la organización y eficiencia de las investigaciones apuntando a “lograr un mayor impacto en mercados relevantes”, fue uno de los objetivos estratégicos que el fiscal Enrique Vergara logró sacar adelante a partir de 2008. Los procedimientos de investigación fueron condensados en un documento titulado *Guía de investigaciones y actuaciones judiciales de la FNE*, cuya finalidad fue la de instruir a sus funcionarios y, mediante su publicación en el sitio web institucional, se buscó:

“informar a las personas, empresas interesadas y a la comunidad en general, sobre los fundamentos, principales aspectos y el procedimiento que utiliza esta Fiscalía para el desarrollo de sus investigaciones”⁴⁶¹.

En este contexto de reformulación y mejoramiento de los procesos de investigación, la FNE presentó un requerimiento que haría historia: el 9 de diciembre de 2008 acusó a las cadenas de farmacia Salco Brand, Cruz Verde y FASA, que concentraban el 92% del mercado, de concertarse para alzar los precios de más de doscientos medicamentos, durante el período de noviembre de 2007 a marzo de 2008⁴⁶².

Conocido como el “caso farmacias”, su tramitación fue relativamente larga, compleja y de alto impacto comunicacional, tanto en la opinión pública en general como en el mundo político en particular.

En mayo de 2008, es decir, seis meses antes de la presentación del requerimiento, trascendió en la prensa que a fines de abril la Fiscalía había enviado un oficio a diversos laboratorios farmacéuticos solicitando que se le enviara “copia íntegra de todas las comunicaciones mantenidas directa o indirectamente” con representantes o ejecutivos de las cadenas de farmacias Cruz Verde, Salcobrand y Ahumada, que incluyó cartas, correos y memos. Similar solicitud de información se hizo a estas cadenas, que incluyó estados de resultados y listas de precios de los medicamentos tanto de compra (de las cadenas a los laboratorios), como de venta (a clientes finales) a partir de 2006. Asimismo, la información de prensa aseve-

⁴⁶⁰ Entrevista con Enrique Vergara, *op. cit.*

⁴⁶¹ “Informe Anual 2008”, Fiscalía Nacional Económica, p. 7.

⁴⁶² “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Farmacias Ahumada, Cruz Verde y Salcobrand”.

ró que la investigación de la FNE apuntaba a comprobar la existencia de algún acuerdo para subir los precios de los medicamentos⁴⁶³.

En su investigación, la Fiscalía se centró en la búsqueda del mecanismo de comunicación y la forma de implementación del alza de precio en la mayoría de los medicamentos definidos como éticos-crónicos⁴⁶⁴.

Entre otras diligencias, tomó declaraciones a los gerentes comerciales de los laboratorios y de las cadenas farmacéuticas.

Finalmente se logró descubrir que los laboratorios eran el lugar desde el cual las tres cadenas se coordinaban para alzar los precios y monitorear su aplicación.

En el requerimiento se planteó que la conducta en que habían incurrido las farmacias era la de colusión anticompetitiva, considerada la más grave en el derecho de la libre competencia, situación que se agravaba por el hecho de que esta colusión se había organizado para aumentar los precios de medicamentos de primera necesidad⁴⁶⁵.

En virtud de lo anterior, la FNE solicitó al TDLC que aplicara el monto máximo de multa contemplado en la ley a cada una de las cadenas, ascendente a 20.000 UTA⁴⁶⁶.

El 13 de marzo de 2009, la FNE y FASA firmaron un acuerdo (conciliación), en el que la empresa reconoció la participación de sus ejecutivos en los hechos denunciados y se comprometió a colaborar en el proceso, pagar una multa de un millón de dólares y, posteriormente, a estudiar un sistema de compensación para los consumidores que se hubieran visto perjudicados con su conducta ilícita. Este acuerdo posibilitó que esta cadena quedara fuera de la causa⁴⁶⁷.

Como se sabe, el 31 de enero de 2012, el TDLC falló el caso, acogiendo el requerimiento de la FNE, que acusaba de colusión de precios a las cadenas farmacéuticas Salcobrand y Cruz Verde, y condenando a cada una al pago de la multa máxima de 20.000 UTA, equivalente aproximadamente a diecinueve millones de dólares. Este fallo, fue ratificado por la Corte Suprema, el 7 de septiembre de 2012⁴⁶⁸.

Cabe señalar que en el fallo del TDLC se valoró, para efectos de acreditar la sentencia, los contenidos de correos electrónicos, las pruebas de movimientos de pre-

⁴⁶³ “El oficio de Fiscalía que desató inquietud en la industria farmacéutica”, en *El Mercurio*, Santiago, 25 de mayo de 2008, p. B12 y “Fiscalía acusa de colusión de precios a farmacias y cadenas rechazan imputaciones”, en *Diario Financiero*, Santiago, 11 de diciembre de 2008, p. 6.

⁴⁶⁴ Estos medicamentos son aquéllos cuya venta se realiza por prescripción médica, característica que reduce casi por completo la posibilidad de que el comprador pueda sustituirlo al subir fuertemente su precio. En tanto, el subconjunto de los medicamentos considerados crónicos, se caracteriza por su utilización para el tratamiento de enfermedades que requieren su consumo por un largo período o por toda la vida de una persona. Al respecto, véase “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Farmacias Ahumada, Cruz Verde y Salcobrand”, *op. cit.*, p. 3, n. 4.

⁴⁶⁵ *Op. cit.*, p. 17.

⁴⁶⁶ *Op. cit.*, p. 38.

⁴⁶⁷ “Los 10 remezones que deberá enfrentar FASA tras el acuerdo con la Fiscalía”, en *Diario Financiero*, Santiago, 3 de abril de 2009, p. 34.

⁴⁶⁸ El texto completo de la sentencia de la Corte Suprema está en www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_119_Corte_Suprema.pdf.

cios, y la confesión y cooperación de Farmacias Ahumada, que fueron fundamentales para establecer la existencia del acuerdo colusivo de las cadenas farmacéuticas⁴⁶⁹.

Buscando el equilibrio: nuevas facultades para la Fiscalía Nacional Económica

El “caso farmacias” no fue sólo en sí mismo muy importante. Su desarrollo y sus características, además, influyeron poderosamente en la aprobación del proyecto de ley, presentado en 2006, que incrementaría de modo sustancial las facultades investigativas de la FNE e introdujo mejoras en el TDLC.

Mirado con cierta distancia, resulta interesante constatar la manera en cómo una serie de factores de distinta índole se fueron ordenando de una manera tal, que lograron configurar un escenario propicio para que la Fiscalía viera aumentado su poder dentro del sistema de defensa de la libre competencia.

Recordemos que en 2006 el fiscal Enrique Vergara había impulsado al interior del gobierno la presentación de un proyecto de ley al Congreso para modificar el DL N° 211, cuyo objetivo central era dotar con nuevas y mejores herramientas a la Fiscalía para investigar casos de colusión, autorizándola a allanar, descerrajar, incautar información e interceptar comunicaciones. También se incorporaba la figura de la delación compensada y un aumento del valor máximo de las multas de 20.000 a 30.000 UTA.

Como se vio, el otorgamiento de estas facultades “duras” de investigación obedecía a que la FNE, tras la creación del TDLC en 2003, había entrado en un escenario en el que se le exigía cumplir con un estándar probatorio más alto para respaldar sus requerimientos, lo que había redundado en que varios casos de relevancia se perdieran fundamentalmente por esta carencia.

Durante el trámite del proyecto en el Congreso, el tema de la delación compensada generó bastante controversia, en el sentido de que algunos parlamentarios vieron allí, entre otros aspectos, la introducción de una institución “tan extraña al sistema [jurídico] chileno” y el riesgo de que si esa facultad era usada discrecionalmente, podía “llegar a entorpecer y a enrarecer el ambiente de negocios y, por consiguiente, a disminuir la confianza de emprender e invertir en el país”⁴⁷⁰. También se la cuestionó desde el punto de vista moral y jurídico, porque implicaba “una forma de dejar sin pena a quien infringe la ley, por el solo hecho que actúe en contra de los demás culpables e, incluso, antes que ellos”. Por su parte, quienes la apoyaron, resaltaron sobre todo los excelentes resultados que la delación compensada había generado en los países que se utilizaba, especialmente en Estados Unidos.

Mientras el proyecto de ley seguía su tramitación parlamentaria en 2007, el fiscal comenzó a poner en marcha una serie de acciones tendientes a fortalecer la labor institucional. Ese año, por ejemplo, fue clave en materia presupuestaria para

⁴⁶⁹ Sentencia N° 199/2012 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 31 de enero de 2012, pp. 95-96.

⁴⁷⁰ Juan Pablo Celis, “Historia de la ley 20.361”, p. 3.

la Fiscalía, pues el gobierno accedió a la solicitud del fiscal de otorgarle recursos adicionales al organismo, los que fueron incorporados en el presupuesto público del año siguiente.

La disponibilidad de mayores recursos se reflejó, entre otros, en un claro aumento de su dotación, que incluyendo personal de planta y a contrata, en 2006 contaba con cincuenta y nueve funcionarios; 2007 con sesenta y tres; 2008 con ochenta y uno; y en 2009 con ochenta y cinco⁴⁷¹.

Asimismo, el fiscal orientó estratégicamente muchas actividades al perfeccionamiento de sus profesionales en materias vinculadas a la figura de la delación compensada y a la utilización de herramientas de investigación para el combate de carteles. Entre otras, en 2007, la FNE participó en un taller especializado sobre técnicas de investigación e interrogación, organizado por la ICN, en tanto el tema abordado en el Día de la Competencia de ese año fue el de los carteles⁴⁷².

Durante 2008, el énfasis en la capacitación en estos temas siguió desarrollándose, tanto en el ámbito nacional como internacional, como fue el caso, entre otros, de la participación del Subfiscal Nacional Económico, Jaime Barahona, en el denominado Programa OCDE/FNE anticolsión entre oferentes en licitaciones de abastecimiento público.

Al inaugurar el Día de la Competencia, el fiscal Enrique Vergara hizo ver públicamente la necesidad de que se aprobara el proyecto de ley que le otorgaba mayores facultades a la FNE:

“Estamos en un país con una economía pequeña, en la que los mercados son más concentrados y, por lo tanto, existen más posibilidades que este tipo de conductas [carteles] ocurran. Por ello es muy importante que se aprueben las facultades contempladas en el proyecto de ley para este objetivo. La experiencia comparada demuestra en forma clara que sin posibilidad de allanar, interceptar comunicaciones, sin programa de inmunidad y clemencia [delación compensada], es muy difícil erradicar este tipo de prácticas”⁴⁷³.

En cuanto a la capacitación, tras describir las distintas actividades en que había participado, señaló que el perfeccionamiento profesional que se estaba desarrollando en la institución obedecía a que cuando se aprobara el proyecto de ley, la Fiscalía debía estar “preparada para ejercer las nuevas facultades de la manera más eficiente posible”⁴⁷⁴.

En paralelo a estas actividades, que además, como se vio, estaba trabajando en el perfeccionamiento de su sistema de investigación, focalizado en el ámbito de los carteles, el desarrollo del “caso farmacias”, seguía generando gran impacto en la opinión pública, al calor de los antecedentes que se iban conociendo. En el

⁴⁷¹ *Memoria Anual 2006*, Fiscalía Nacional Económica, p. 3 y Balance Cuatrienio 2006-2010, *op. cit.*, pp. 27-28.

⁴⁷² *Memoria Anual 2007*, Fiscalía Nacional Económica, pp. 8, 10-11 y Caravia, *op. cit.*, lámina 23.

⁴⁷³ Discurso Enrique Vergara.

⁴⁷⁴ *Ibid.*

entorno político, diversos parlamentarios sostuvieron la necesidad de endurecer las penas para los responsables en casos de colusión e, incluso, la Presidente de la República, durante el discurso de la cuenta anual del 21 de mayo de 2009 en el Congreso Nacional, manifestó su indignación con los ribetes de este caso y anunció el envío de un proyecto de ley para penar con cárcel los delitos de colusión de precios⁴⁷⁵.

El “caso farmacias”, desde su inicio, contribuyó a fortalecer enormemente la imagen y posicionamiento de la Fiscalía. También, el hecho que FASA hubiese llegado a acuerdo con la FNE, para colaborar en el desarrollo de la investigación, reconociendo que había participado en la colusión de precios, a cambio del pago de una multa, mostró los efectos positivos que la delación compensada podía traer al país, lo que además contribuyó a legitimar ante la opinión pública la utilización de esta figura jurídica.

El efecto político del acuerdo firmado por FASA en el tema de la delación fue reconocido por el propio ministro de Economía de la época, Hugo Lavados, quien al intervenir en la discusión en que se estaba llevando en la Cámara de Diputados planteó que ese acuerdo de conciliación no reflejaba un problema del sistema de delación compensada, sino que, por el contrario, demostraba la necesidad de su implementación⁴⁷⁶.

A mediados de abril, se llegó a un entendimiento en la redacción del inciso que excluyó de los beneficios de la delación compensada a quien, además de ser organizador de una conducta ilícita, hubiese coaccionado a otros a participar en ella⁴⁷⁷.

Fue entonces, en este contexto, fuertemente influido por el “caso farmacias” al final de su tramitación, que se aprobó en su totalidad el proyecto de ley que perfeccionó el funcionamiento del TDLC, otorgó nuevas atribuciones a la FNE y reforzó los procedimientos para investigar y sancionar los atentados contra la libre competencia.

Publicada el 13 de julio de 2009, la ley N° 20.361 fortaleció la independencia de los miembros del TDLC y actualizó sus normas de funcionamiento, aumentando las incompatibilidades, prohibiciones e inhabilidades de sus integrantes. Así, por ejemplo, prohibió que se integraran al Tribunal a quienes se hubiesen desempeñado como fiscal o en cualquier otro cargo directivo en la FNE, en el año anterior al inicio del concurso público. También declaró incompatible el ejercicio del cargo de ministro del TDLC con la condición de empleado público; administrador, gerente o trabajador de sociedades anónimas abiertas, de sus matrices, filiales y coligadas.

En cuanto a la FNE, fortaleció sobre todo sus atribuciones en relación con sus facultades para detectar acuerdos colusorios. De esta manera, el fiscal, con la apro-

⁴⁷⁵ Información de prensa, en www.emol.com/especiales/2009/cobertura_especiales/21mayo/despliegue.asp?idnoticia=359165.

⁴⁷⁶ Celis, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁷⁷ *Op. cit.*, p. 10.

bación del TDLC, podrá solicitar autorización a la Corte de Apelaciones para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección de un funcionario de la Fiscalía, proceda a entrar, allanar y descerrajar recintos públicos o privados; registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de una infracción; así como interceptar toda clase de comunicaciones.

También se modificó la duración en el cargo y la modalidad de nombramiento del fiscal. Al respecto, se recordará que hasta ese momento era nombrado directamente por el Presidente de la República y duraba en el puesto mientras contara con su confianza para el ejercicio del cargo. Ahora, la nueva ley fijó en cuatro años su período, pudiendo renovarse su nombramiento por una sola vez. Se estableció que su designación sería hecha por el Presidente de la República, pero a través del proceso de selección de la Alta Dirección Pública⁴⁷⁸.

Para su remoción anticipada se estableció, además del término del período legal de su designación y la renuncia voluntaria aceptada por el Presidente de la República, la destitución por negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones y la incapacidad. En estos dos últimos casos, se exige que sea dispuesta por el Presidente de la República, con un informe favorable de la Corte Suprema, a requerimiento del ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción. El informe favorable deberá ser emitido por el pleno de la Corte Suprema, especialmente convocado al efecto, y deberá reunir el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio.

Este último aspecto fortaleció su autonomía, pues endureció la posibilidad de obligarlo a renunciar.

En cuanto a las multas, se estableció que en casos de acuerdos colusivos, éstas podrían elevarse hasta un máximo de 30.000 UTA.

Como ya mencioné, la ley introdujo la figura de la delación compensada, que sin mencionarse como tal en su texto, fue añadida junto con la facultad del fiscal de suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, en el sentido que quien aportara a la FNE antecedentes que condujeran a la acreditación de conductas relacionadas con acuerdos colusivos y a la determinación de los responsables, podría acceder a una reducción o exención de la multa⁴⁷⁹.

Tras la creación del TDLC, la FNE había quedado “en el peor de los mundos”, pues se le habían comenzado a exigir altos estándares probatorios, pero sin contar con facultades duras de investigación. Ahora, con la aprobación de la nueva ley, al dejar su cargo a fines de marzo de 2010, el fiscal Enrique Vergara entregó una fiscalía que contaba con mayores atribuciones y herramientas para enfrentar

⁴⁷⁸ Esta nueva modalidad de nombramiento comenzó a operar en agosto de 2010, cuando asumió como nuevo Fiscal Nacional Económico Felipe Irrázabal Philippi, abogado de la Universidad de Chile y master en Derecho de la Universidad de Yale. Cabe señalar que entre abril y agosto de ese año se había desempeñado como Fiscal Nacional Económico provisorio.

⁴⁷⁹ Estos acuerdos extrajudiciales deben ser aprobados por el TDLC en un plazo máximo de quince días hábiles, luego de escuchar alegatos de las partes comparecientes al acuerdo.

las investigaciones y sostener con una mayor solidez probatoria los casos ante el TDLC y, de ser necesario, ante la Tercera Sala de la Corte Suprema.

De esta manera, el balance de las atribuciones y capacidades de las dos instituciones que constituyen el corazón del sistema de defensa de la libre competencia chileno, el Tribunal y la FNE, pudo ser situado en una posición de relativo equilibrio.

Este avance se pudo concretar después de que el peso favoreció durante veinte años a la Fiscalía por sobre las antiguas comisiones, y después al TDLC por sobre la FNE, durante un poco más de un quinquenio.

Durante su gestión, Enrique Vergara logró, entre otros aspectos, incorporar altos niveles de profesionalización al interior de la planta del organismo y afianzar una visión interdisciplinaria en la preparación y desarrollo de los casos. Lo anterior sirvió de base para que la Fiscalía Nacional Económica se transformara no sólo en un polo de atracción para profesionales de excelencia sino, sobre todo, en una institución con altos niveles de credibilidad ante la opinión pública y los actores económicos.

CONSIDERACIONES FINALES

Al finalizar este recorrido entre los años 1959 y 2010, que intentó contextualizar y analizar el origen y desarrollo de la legislación e institucionalidad antimonopolios, que más tarde sería denominada de defensa de la libre competencia, ha sido posible establecer algunos aspectos generales y etapas que permiten conocer con un cierto grado de profundidad su devenir histórico particular y sus conexiones con la historia económica y política de Chile, y en parte del mundo desarrollado, especialmente de Estados Unidos.

Entre estos aspectos cabe mencionar el alto grado de continuidad que se dio entre los contenidos de la primera ley antimonopolios de 1959 (título v de la ley N° 13.305) y el DL N° 211 (1973), sobre todo en lo que se refiere a la tipificación genérica y amplia de las infracciones, y también a la mantención del criterio que los integrantes de las comisiones debían decidir, en conciencia, los casos puestos en su conocimiento. Esta característica, por lo demás, fue extendida al TDLC.

En materia del poder disuasivo que los distintos cuerpos legales le fueron otorgando a la institucionalidad defensora de la libre competencia, fue posible establecer que no obstante que la ley N° 13.305 contemplaba sanciones penales (presidio menor en cualquiera de sus grados), que dichas penas se mantuvieron vigentes tras la entrada en vigencia del DL N° 211 e, incluso, fueron aumentadas en un grado a quienes cometieran un delito que afectara a bienes o servicios de primera necesidad, mientras estuvieron vigentes (1959-2003) no fueron utilizadas. Esto se debió a que los estándares probatorios necesarios para aplicar una pena privativa de libertad resultaban altamente exigentes. En virtud de ello, en la reforma que se aprobó en 2003 (ley N° 19.911) se optó por eliminarlas.

En lo referido a las multas, sus montos fueron fijados al inicio en función del capital de giro de los infractores (entre el 1 y el 10%), criterio que se mantuvo en el DL N° 211 y al que se le agregó el de la gravedad del perjuicio causado a la colectividad. Asimismo, se fijó como monto máximo el de ciento cincuenta sueldos vitales del departamento de Santiago. En 1979, el DL N° 2.760 determinó nuevos y mayores montos a las multas, estableciéndose un máximo de 10.000 UTA, que

debían ser prudencialmente reguladas en función del capital de giro o la capacidad económica del infractor, y la gravedad de la infracción.

En consideración a que las penas privativas de libertad fueron eliminadas el año 2003, en la ley 19.911 se procedió a duplicar el monto máximo de las multas, que pasaron de 10.000 a 20.000 Unidades Tributarias Anuales. El año 2009 (ley 20.361), se volvió a incrementar el valor máximo de las multas, que fue fijado en 30.000 UTA. Esta medida buscó aumentar de manera sustancial el poder disuasivo de las sanciones pecuniarias.

La eficacia de su labor fiscalizadora también fue siempre a la par con sus capacidades efectivas de investigación, otorgadas tanto por las herramientas que para esos efectos fueron otorgándole los distintos cuerpos legales como por los incrementos presupuestarios, que le permitieron sobre todo ir aumentando su planta de funcionarios, que entre los años 1974 y 2010 pasó de once a noventa y seis personas.

Otra continuidad que fue posible establecer y que se proyecta en parte hasta hoy, se refiere a algunos preceptos fundantes del DL N° 211, especialmente en lo concerniente a los espacios de autonomía del fiscal, que en gran medida le otorgó la capacidad de decidir y gestionar las orientaciones y énfasis del accionar de la Fiscalía en casos concretos, manejar los tiempos institucionales y los tipos de casos a los que se les atribuye una mayor entidad, y promover cambios en la institucionalidad, entre otros aspectos.

No obstante el riesgo de simplificar en extremo, un buen modo de ejemplificar lo anterior, resulta al intentar caracterizar el sello que cada uno de los fiscales le otorgó a su gestión entre 1973 y 2010. Así, es posible afirmar que:

- Waldo Ortúzar se orientó preferentemente a temas de colusión e impulsó cambios a la legislación e institucionalidad;
- Gilberto Villablanca se orientó a los temas de concentración y no impulsó cambios legislativos e institucionales;
- Rodrigo Asenjo se inclinó hacia la concentración e impulsó cambios a la legislación e institucionalidad;
- Francisco Fernández se orientó a casos de concentración y no propició cambios legislativos e institucionales;
- Pedro Mattar se inclinó a temas vinculados a colusión e impulsó cambios en el ámbito legal e institucional y
- Enrique Vergara se orientó a temas de colusión y concentración, y también propició reformas legales e institucionales.

Sin embargo, esta continuidad vinculada a la autonomía debe entenderse en función de un proceso que incluyó una serie de tensiones y quiebres, en el que la figura del fiscal –y la personalidad de quien detentaba el cargo– fue criticada por contar con atribuciones que en distintos momentos fueron consideradas excesivas por algunos integrantes del mundo de la política, la academia y también de la empresa. Especialmente interesante resultó poder detectar las relaciones de equilibrio y desequilibrio entre las atribuciones y las capacidades legales y profesionales que se fueron desarrollando entre los organismos colegiados del sistema

de defensa de la libre competencia (las distintas comisiones y en los últimos años el TDLC), por una parte, y el fiscal y la Fiscalía, por la otra. Estos desequilibrios, que favorecieron al fiscal entre 1973 y 1999, incluso se incrementaron a partir de este último año y hasta la creación del TDLC en 2003. Durante un breve lapso la balanza se inclinó hacia el Tribunal, situación que fue enmendada con una reforma legal que en 2009 otorgó mayores capacidades de investigación al fiscal y un mayor grado de profesionalización de su equipo en la Fiscalía, generando una situación de equilibrio entre ambas instituciones.

Un avance determinante en esta lógica de los equilibrios en la interacción del fiscal con la institucionalidad colegiada, fue la separación clara y profunda que se estableció entre los respectivos ámbitos de acción del fiscal y del TDLC en 2003.

El antecedente de este aspecto se encontraba en que el fiscal, hasta ese año, había tenido la facultad de actuar de acusador y, de manera superpuesta, debía apoyar a las distintas comisiones en su atribución de juzgar los casos. En términos simples, ello implicaba que el fiscal debía alegar a favor de una causa ante los integrantes de la Comisión Resolutiva y, enseguida, sentarse al lado de los jueces y entregarles criterios y pruebas para que cumplieran con su cometido. Aun cuando esta situación fue subsanada en parte por algunos fiscales, que optaron por delegar a un subalterno los alegatos ante la Comisión Resolutiva, la superposición de atribuciones tendía a minar el accionar de la Comisión.

Para superar esta situación, la ley N° 19.911 de 2003 estructuró un sistema dual, en el que, por un lado, al TDLC se le entregaron las facultades jurisdiccionales para prevenir, corregir y sancionar los atentados contra la libre competencia. En tanto, la Fiscalía quedó a cargo de fiscalizar e investigar y de presentar los requerimientos (acusaciones) ante este Tribunal.

En esta misma línea, también se reasignó la atribución de la defensa y representación del interés público en el ámbito de la defensa de la libre competencia de manera exclusiva al fiscal, aspecto fundamental que hasta ese momento había estado radicado también en las distintas comisiones. En tanto, la función de actuar de oficio, antes compartida por el fiscal y las comisiones, quedó radicada en la Fiscalía. En virtud de lo anterior, el TDLC quedó facultado para actuar solamente a través de la presentación de un requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica o de la demanda de un particular, lo que le otorgó el carácter de un tribunal jurisdiccional.

Asimismo, se pudo establecer que entre los años 1979 y 2009, período en el que el cargo de fiscal fue definido como de confianza y nombrado directamente por el Presidente de la República, la autonomía quedó a merced del Poder Ejecutivo, que aun cuando en general fue respetada, en un caso particular las diferencias de criterio, en materia de concentración de mercados y defensa de los consumidores, llevaron a la renuncia del fiscal Francisco Fernández en 2001.

Un proceso de cambio profundo en el ámbito de las distintas comisiones, asociado a variables como el grado de autonomía de sus integrantes, su profesionalismo, tiempo de dedicación a sus labores y al pago de una remuneración por este trabajo, fue posible de caracterizar y periodizar de la siguiente manera:

Al observar la variable de la autonomía, exceptuando al representante de la Corte Suprema que estuvo presente desde 1959 y hasta la creación del TDLC en 2003, fue posible detectar una alta representación de funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo en las distintas comisiones que existieron entre 1959 y 2003, que en esa calidad potencialmente podían llegar a ser objeto de presiones desde el gobierno.

En lo relacionado a la pericia profesional, se pudo establecer que esta variable, en general, tendió a darse con un nivel alto en la Comisión Antimonopolios (1959-1973), en la Comisión Resolutiva y en la Comisión Preventiva Central (1973-2003), en particular a partir de la reforma legal del año 1979, cuando se incorporaron integrantes del ámbito académico con especialidades en Derecho y Economía, respectivamente.

En tanto, las otras dos variables, íntimamente vinculadas entre sí, referidas al tiempo de dedicación al trabajo en las comisiones y al pago de una remuneración por este concepto, se mantuvieron estables entre 1959 y 2003, pues en general las comisiones no sesionaron más de una o dos veces a la semana, y sus integrantes trabajaron siempre *ad honorem*.

Estas cuatro variables, que en distintos momentos provocaron críticas, problemas y también algunas crisis de funcionamiento, y que, además, incidieron directamente en la generación de una situación de desmedro de estos organismos colegiados ante las atribuciones y capacidades de investigación del fiscal, llevaron a la creación del TDLC en 2003. En lo fundamental, la instauración de este nuevo Tribunal buscó garantizar la independencia y la habilidad de sus integrantes, así como la celebración de un mínimo razonable y realista de sesiones de trabajo, y el pago de honorarios competitivos.

Otro aspecto de continuidad fue posible de observar en la casi permanente preocupación que tuvo esta legislación en lo relacionado con la defensa del bienestar de los consumidores, proveniente de la legislación anti *trust* estadounidense. Esta característica, que se manifestó de manera implícita durante la vigencia de la ley N° 13.305, pero que fue fundamental como argumento al momento de discutirse y aprobarse ese cuerpo legal, se tornó explícita a partir del DL N° 211 de 1973, lo que generó una notoria ambigüedad en la interpretación y aplicación de la ley, y también algunos problemas serios en el funcionamiento institucional, sobre todo en la Fiscalía

En alguna medida con la creación del SERNAC en 1990, pero de manera determinante con la ley N° 19.911 de 2003, se despejó esta confusión de ámbitos en lo concerniente al bien jurídico cautelado, pues en el artículo 1° se estableció que su objetivo era el promover y defender la libre competencia en los mercados. Por esa vía, se dejó en claro que la institucionalidad defensora de la libre competencia debía encargarse de asegurar el derecho de toda persona a competir o participar en el desarrollo de las actividades económicas, y de toda empresa a desarrollar sus estrategias competitivas libremente. Asimismo, se aclaró que en la medida que existiera libre competencia, los consumidores se beneficiarían de ello al poder acceder a más y mejores alternativas de bienes y servicios, en términos de calidad, cantidad y precio.

En lo referente a los sectores económicos que fueron objeto de indagaciones y, en distintas oportunidades, de sanciones por parte de la institucionalidad defensora de la libre competencia a lo largo del período estudiado, es posible afirmar que los que aparecieron con mayor regularidad fueron laboratorios y farmacias, distribución de combustibles, líneas aéreas, telefonía móvil, electricidad, salud previsional, bancos, tiendas de venta al detalle y supermercados, entre otros. Aun cuando queda pendiente para futuras investigaciones abordar esta temática con mayor precisión, es posible suponer que estos sectores económicos, en virtud, sobre todo, del reducido tamaño del mercado chileno, pueden tener una mayor propensión a infringir las normas de la libre competencia y, al mismo tiempo, por la alta incidencia que tienen en la vida cotidiana de la inmensa mayoría de los habitantes del país, tienen el potencial de constituirse en casos de una gran entidad para el celo vigilante de la institucionalidad como un todo, pero especialmente para la Fiscalía Nacional Económica.

Una particularidad bastante única de la experiencia chilena de defensa de la libre competencia, es que en 1973 primero se creó esta institucionalidad y a continuación se comenzó a poner en funcionamiento un sistema económico de libre mercado. A pesar de que esta característica puede ser también compartida por el caso de Alemania Federal, después de la Segunda Guerra Mundial, en la mayoría de los países primero se sentaron las bases para el desarrollo de un sistema sustentado en la libre competencia y más tarde se comenzó a legislar para cautelarla. De hecho, ése fue el origen de la legislación anti *trust* en Estados Unidos a fines del siglo XIX.

Desde esa perspectiva, en el caso chileno se dieron algunas singularidades que permiten explicar en parte esta suerte de orden inverso. Como se vio a lo largo de este trabajo, la primera legislación e institucionalidad defensora de la libre competencia de 1959 se desarrolló en un contexto de baja intensidad de la competencia, lo que, en todo caso, permitió ir generando una cierta experiencia y jurisprudencia en esta materia. Tras el 11 de septiembre de 1973, esa capacidad instalada fue reforzada y perfeccionada por las nuevas autoridades económicas, que entendieron que para el desarrollo y legitimación de una economía de mercado era fundamental contar no sólo con buenas leyes sino, también, con instituciones suficientemente poderosas para garantizar su debida aplicación.

El contar desde un inicio con esta institucionalidad permitió, entre otros aspectos, el desarrollo de etapas “pedagógicas” entre los actores del mercado, los que debieron ir aprendiendo las lógicas y conductas competitivas que implica un sistema de libre mercado. Más allá de que una de estas etapas se inició en los primeros años de la década de 1960, que se vio crecientemente desperfilada hasta septiembre de 1973, a partir de ese año la Fiscalía emprendió una persistente política de difusión y promoción de los principios de la libre competencia en la sociedad, que en el año 2003 se institucionalizó en el “Día de la Competencia”.

Pero fue a partir del inicio del proceso de privatizaciones de la mayoría de las empresas públicas a fines de la década de 1980 y de su prosecución en el decenio 1990, cuando la institucionalidad de defensa de la libre competencia comenzó a adquirir un mayor y trascendente protagonismo. Así, la profundización de la

economía de mercado, que se acentuó con el nuevo siglo, permitió enfrentar en alguna medida las tendencias a la concentración de ciertos mercados y las diversas acciones atentatorias a la competencia con una legislación e institucionalidad que se encontraba avanzando hacia un mayor grado de madurez.

Sin embargo, debido a la creciente sofisticación de la economía de mercado en el país, a problemas de corte estructural que traía el funcionamiento de las comisiones y del fiscal, y a los momentos de crisis que sufrió esta institucionalidad, se hizo necesario introducirle reformas profundas, que fueron impulsadas desde dentro del sistema, especialmente desde la FNE. Estas modificaciones representaron un nuevo estadio de madurez institucional, que le permitieron ponerse al día con las nuevas realidades y exigencias del mercado chileno.

En este plano, de particular trascendencia para el inicio de la fase de la mayoría de edad del sistema de defensa de la libre competencia resultaron las aprobaciones de las leyes N° 19.911 (2003) y N° 20.361 (2009), que en lo fundamental definieron el bien jurídico cautelado, pusieron en equilibrio y marcaron con claridad las atribuciones y capacidades de la Fiscalía Nacional Económica y del TDLC, fortalecieron la independencia tanto de los integrantes de ese Tribunal como del fiscal, disminuyeron las posibles interferencias políticas en la elección para los distintos cargos e introdujeron una suerte de inamovilidad a la figura del fiscal, al que, en todo caso, se le fijó un límite máximo de tiempo para ejercer el cargo.

Al observar la compleja trayectoria del entramado legal e institucional desde que fuera promulgada la primera ley pro competencia en 1959 y establecido su primer tribunal, la Comisión Antimonopolios, y creadas hace cincuenta años la figura del fiscal y hace cuarenta la denominada Fiscalía de Defensa de la Libre Competencia, es posible afirmar que su evolución, que incluye momentos críticos en lo personal, económico, político e institucional, ha permitido ir forjando un sistema de defensa de la libre competencia estructurado sobre bases sólidas, razonables y acordes con la realidad del mercado y del país en general.

La solidez alcanzada por este sistema queda en evidencia, entre otros aspectos, al observar que en el documento de propuestas elaborado por la Comisión Asesora Presidencial para la Libre Competencia (2012), reconociendo que aún existen espacios para perfeccionar la institucionalidad vigente, no se plantean reformas estructurales o de fondo al funcionamiento del sistema⁴⁸⁰.

Parafraseando a Adam Smith y tal como ha quedado demostrado en esta investigación, es posible afirmar que dado que existe una tendencia en muchos actores económicos a intentar vulnerar por distintas vías las normas de defensa de la libre competencia, con el objetivo de asegurar beneficios, una economía de mercado no puede funcionar en un vacío legal. Por el contrario, para asegurar su correcto funcionamiento necesita de instituciones vigorosas que garanticen y profundicen el libre desenvolvimiento de las actividades económicas, e impidan eficazmente los diversos abusos de quienes tengan posiciones dominantes en algún mercado.

⁴⁸⁰ Documento disponible en línea en: www.lyd.com/wp-content/files_mf/tp1072comisionasesoraparaklibrecompetencia.pdf, visitada en mayo de 2012.

ANEXO

ANEXO I:
 PRESUPUESTOS ANUALES DE LA FNE 1975-2010
 (VALORES NOMINALES Y REALES)
 Y DOTACIÓN AUTORIZADA DE PERSONAL 1975-2010

<i>Año</i>	<i>Presupuesto moneda año</i>	<i>Presupuesto (millones de pesos 2012')</i>	<i>Dotación autorizada de personal</i>
1975 **	24	7	n/d
1976 ***	95	9	n/d
1977	341	17	11
1978	605	22	13
1979	4.145	111	14
1980	35.292	717	50
1981	45.317	841	50
1982	51.162	786	50
1983	50.419	630	38
1984	61.798	627	40
1985	76.996	618	40
1986	85.389	584	40
1987	94.126	530	39
1988	116.419	582	39
1989	125.480	517	39
1990	137.548	445	39
1991	160.756	438	40
1992	210.291	508	40
1993	250.938	541	40
1994	290.255	574	40
1995	359.236	656	40
1996	421.513	722	40
1997	501.954	811	40
1998	681.932	1.053	43
1999	709.438	1.071	43
2000	1.293.798	1.868	60
2001	1.374.935	1.934	60
2002	1.423.221	1.947	60
2003	1.457.267	1.973	60
2004	1.480.362	1.956	60

* Valores reales obtenidos deflactando con IPC base 1996.

** Millones de escudos.

*** Miles de pesos desde año 1976 en adelante.

<i>Año</i>	<i>Presupuesto moneda año</i>	<i>Presupuesto (millones de pesos 2012)</i>	<i>Dotación autorizada de personal</i>
2005	1.528.418	1.948	60
2006	1.459.555	1.814	60
2007	1.924.323	2.218	65
2008	2.746.550	2.956	87
2009	3.336.513	3.642	87
2010	3.940.884	4.177	94

Fuente: Ley de Presupuestos del sector público, Ministerio de Economía, Fiscalía Nacional Económica, años correspondientes.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AFP	Administradora de Fondos de Pensiones
<i>al.</i>	<i>alii</i> (otros)
ANP	Asociación Nacional de la Prensa
APEC	Asia-Pacific Economic Cooperation (Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico)
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
BSCH	Banco Santander Central Hispano
<i>cap.</i>	capítulo
CAP	Compañía de Acero del Pacífico
CCU	Compañía Cervecerías Unidas
CENABAST	Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud
CENCOSUD	Centros Comerciales Sudamericanos
CEP	Centro de Estudios Públicos
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CESEC	Centro de Estudios Socio-Económicos
<i>cfr.</i>	confróntese
CIEPLAN	Corporación de Estudios para Latinoamérica
CMPC	Compañía Manufacturera de Papeles y Cartones
<i>comp.</i>	compiladores
COPEC	Compañía de Petróleos de Chile
CORFO	Corporación de Fomento de la Producción
COSACH	Compañía de Salitres de Chile
CPC	Confederación de la Producción y del Comercio
CTC	Compañía de Teléfonos de Chile
CUT	Central Única de Trabajadores
CHILECTRA	Compañía Chilena de Electricidad
D.F.	Distrito Federal
DINA	Dirección de Inteligencia Nacional
DIRINCO	Dirección de Industria y Comercio
DL	decreto ley
D&S	Distribución y Servicio
<i>ed.</i>	editor

EDELAYSEN	Empresa Eléctrica de Aysén
EDELNOR	Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte
EMOS	Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias
EMPREMAR	Empresa Marítima S.A.
ENADE	Encuentro Nacional de Empresarios
ENAP	Empresa Nacional de Petróleos
ENDESA	Empresa Nacional de Electricidad
ENTEL	Empresa Nacional de Telecomunicaciones
ESSO	Eastern Seaboard Standard Oil
ESVAL	Empresa Sanitaria de Valparaíso
FASA	Farmacias Ahumada S.A.
FERRONOR	Empresa de Transporte Ferroviario S.A.
FLACSO	Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales
FMI	Fondo Monetario Internacional
FNE	Fiscalía Nacional Económica
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles)
IANSA	Industria Azucarera Nacional
<i>Ibid.</i>	allí, en ese mismo lugar
ICN	International Competition Network
INE	Instituto Nacional de Estadísticas
IPC	índice de precio al consumidor
ISAPRES	Instituciones de Salud Previsional
IVA	impuesto al valor agregado
LADECO	Línea Aérea del Cobre
LAN Chile	Línea Aérea Nacional
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
MOPTT	Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones
n.	nota
n/d	no disponible
N°	número
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
ODEPLAN	Oficina de la Planificación Nacional
ONU	Organización de las Naciones Unidas
<i>op. cit.</i>	obra citada
OPA	oferta pública de acciones
p.	página
PIB	Producto Interno Bruto
Plan AUGÉ	Plan de Acceso Universal con Garantías Explícitas
pp.	páginas
PPD	Partido por la Democracia
PUC <i>a veces</i> UC	Pontificia Universidad Católica de Chile
(r)	en retiro
S.A.	sociedad anónima
SEC	Superintendencia de Electricidad y Combustibles
SERNAC	Servicio Nacional del Consumidor
<i>s/f a veces</i> s.f.	sin fecha

SIC	Sistema Interconectado Central
SODIMAC	Sociedad Distribuidora de Materiales de Construcción
SOFOFA	Sociedad de Fomento Fabril
SONACOL	Sociedad Nacional de Oleoductos
ss.	siguientes
SUBTEL	Subsecretaría de Telecomunicaciones
SVS	Superintendencia de Valores y Seguros
TDLC	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
TV	televisión
UF	unidad de fomento
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNFACH	Unión de Dueños de Farmacias de Chile
UNICEF	United Nations Children's Fund (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia)
UP	Unidad Popular
UTA	Unidades Tributarias Anuales
UTM	Unidades Tributarias Mensuales
vol.	volumen
YPF	Yacimientos Petrolíferos Fiscales

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

FUENTES NO PUBLICADAS

Discursos

Discurso Pedro Mattar, Inauguración Día de la Competencia 2003.

Discurso Pedro Mattar, Celebración Día de la Competencia 2004.

Discurso Jorge Rodríguez G., Ministro de Economía, Celebración Día de la Competencia 2004.

Discurso Enrique Vergara, Celebración Día de la Competencia 2008.

Documentos

Fiscalía Nacional Económica, Balance cuatrienio 2006-2010.

Fiscalía Nacional Económica, Balance de gestión integral 2003.

Fiscalía Nacional Económica, Balance de gestión integral 2004.

Fiscalía Nacional Económica, Balance de gestión integral 2005.

Fiscalía Nacional Económica, "Informe anual 2007".

Fiscalía Nacional Económica, "Informe anual 2008".

Fiscalía Nacional Económica, *Memoria anual 2006*.

Fiscalía Nacional Económica, *Memoria anual 2007*.

Grunberg, Jorge y Santiago Montt, *Informe en Derecho. Prueba de Colusión*, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Regulación y Competencia, 28 de octubre de 2010.

Carta de Prescott Carter al ministro de Hacienda, Oscar Herrera, del 19 de enero de 1956.

Resolución de la Comisión Antimonopolios, N° 62, del 15 de febrero de 1968.

FUENTES PUBLICADAS

Banco Central de Chile, *Síntesis Estadística de Chile, 2005-2009, indicadores económico-sociales*, en www.bcentral.cl, visitada en enero de 2012.

- Banco Central de Chile, *Síntesis estadística de Chile, 2006-2010, indicadores económico-sociales*, en www.bcentral.cl, visitada en enero de 2012.
- Cámara de Diputados, *Boletín de sesiones ordinarias*, año 1971.
- CEPAL, *Anuario estadístico de América Latina y El Caribe*, 2006, en www.eclac.cl, visitada en marzo de 2012.
- Decreto ley N° 211, en www.leychile.cl
- Decreto ley N° 2.059, en www.leychile.cl
- Decreto ley N° 2.760, en www.leychile.cl
- Decreto ley N° 2.879, en www.leychile.cl
- Decreto ley N° 3.057, en www.leychile.cl
- Dictamen N° 436/811 de la Comisión Preventiva Central del 31 de octubre de 1984, en http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/multimedia/farmacias/farmacias_far.html, visitada en octubre de 2012.
- Dictamen N° 893/072 de la Comisión Preventiva Central del 20 de enero de 1994, en www.fne.gob.cl, visitada en octubre de 2012.
- Fallo de la Corte Suprema del 13 de agosto de 2008, en www.tdcl.cl/UserFiles/P0001/File/Sentencias%20Corte%20Suprema/Sentencia_63_Corte_Suprema.pdf, visitada en septiembre de 2012.
- Inversión chilena directa materializada en el exterior. Período 1990-diciembre 2011, en www.direcon.gob.cl/inversion/1416, visitada en agosto de 2012.
- INE, Censo Nacional de Población y Vivienda 2002, *Síntesis de resultados*, en www.ine.cl, visitada en marzo 2012.
- INE, *Tasa de desocupación, según periodo*, en www.ine.cl, visitada en septiembre de 2012.
- Informe de la Fiscalía Nacional Económica a la Comisión Preventiva Central, "Mercado de los productos farmacéuticos: actualización del mercado", del 16 de agosto de 1990, en <http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/estudio-del-mercado-farmaceutico-de-1990.pdf>, p. 5, visitada en enero de 2012.
- "Informe sobre el mercado de los productos farmacéuticos", en <http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/estudio-del-mercado-farmaceutico-de-1983.pdf>, visitada en agosto de 2011.
- Historia de la ley N° 19.911, Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 14 de noviembre, 2003, en www.leychile.cl, visitada en octubre de 2012.
- Ley N° 13.305, en www.leychile.cl
- Ley N° 15.142, en www.leychile.cl
- Ley N° 19.336, en www.leychile.cl
- Ley N° 19.610, en www.leychile.cl
- Ley N° 19.806, en www.leychile.cl
- Ley N° 19.911, en www.leychile.cl
- Ley N° 20.361, en www.leychile.cl
- Montt, Luis (coord.) y Felipe Irrarrazabal, *Ley antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1991-1992*, Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 1996, tomo VII.

- Montt, Luis (coord.) y Nicolás Stitchkin, *Ley antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1995-1997*, Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 1999, tomo IX.
- Montt, Luis (coord.) y José Miguel Huerta y Paulo Montt, *Ley antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1998-1999*, Santiago, Editorial LexisNexis Cono Sur, 2002, tomo X.
- Fiscalía Nacional Económica, Requerimiento contra Isapres, del 26 de septiembre de 2005, en www.fne.cl, visitada en marzo de 2012.
- “Requerimiento C 103 06 de la Fiscalía Nacional Económica contra Falabella y Almacenes París, presentado ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el 9 de agosto de 2006”, en www.tdlc.cl, visitada en marzo de 2012.
- “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Farmacias Ahumada, Cruz Verde y Salcobrand”, en www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Requerimiento_FNE.pdf, visitada en agosto de 2012.
- “Requerimiento en contra de D&S y Cencosud por restricciones a la competencia”, en www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Requerimiento_C_101_06.pdf, visitada en noviembre de 2012.
- Resolución N° 24 /2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 31 de enero de 2008, en www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolucion_24_2008.pdf, visitada en agosto de 2012.
- Resolución N° 290 de la Comisión Resolutiva, del 16 de agosto de 1988, en *Memoria Fiscalía Nacional Económica 1988*.
- Resolución N° 587 de la Comisión Resolutiva del 13 de diciembre de 2000, en www.tdlc.cl, visitada en mayo de 2012.
- Resolución N° 618 de la Comisión Resolutiva del 1 de agosto de 2001, en www.tdlc.cl, visitada en abril de 2012.
- Resolución N° 639 de la Comisión Resolutiva del 23 de enero de 2002, en www.tdlc.cl, visitada en abril de 2012.
- Resolución N° 667 de la Comisión Resolutiva, del 30 de octubre de 2002, en www.tdlc.cl, visitada en abril de 2012.
- Sentencia de la Corte Suprema, del 22 de enero de 2007, foja 23, en www.fne.gob.cl/jurisprudencia-en-libre-competencia/sentencias-corte-suprema, visitada en octubre de 2012.
- Sentencia de la Corte Suprema, del 28 de enero de 2008, considerando 15°. www.fne.gob.cl/jurisprudencia-en-libre-competencia/sentencias-corte-suprema, visitada en octubre de 2012.
- Sentencia N° 18/2005 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 10 de junio de 2005, en www.tdlc.cl, visitada en abril de 2012.
- Sentencia N° 43/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 7 de septiembre de 2006, en www.tdlc.cl, visitada en abril de 2012.
- Sentencia N° 57/2007 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 12 de julio de 2007, en www.tdlc.cl, visitada en abril de 2012.
- Sentencia N° 63/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 10 de abril de 2008, en www.tdlc.cl, visitada en abril de 2012.

Sentencia N° 65/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 8 de mayo de 2008, en www.tdlc.cl, visitada en abril de 2012.

Sentencia N° 199/2012 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 31 de enero de 2012 en www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_119_2012.pdf, visitada en septiembre de 2011.

SOFOPA, Memoria Anual 2003-2004, Agenda Pro Crecimiento, en www.sofopa.cl, visitada en abril de 2012.

PRENSA CONSULTADA

Diario Financiero, Santiago

El Mercurio, Santiago

Estrategia, Santiago

La Segunda, Santiago

La Tercera, Santiago

BIBLIOGRAFÍA

Artículos, conferencias y documentos

Agostini, Claudio, Eduardo Saavedra y Manuel Willington, “Las fallas del fallo Isapres”, en *Observatorio Económico Universidad Alberto Hurtado*, documento de trabajo, N° 9, septiembre 2007, en www.economiaynegocios.uahurtado.cl/wp-content/uploads/2010/06/pdf-observatorio-n9.pdf, visitada en agosto de 2011.

Bernedo, Patricio, “Prosperidad económica bajo Carlos Ibáñez del Campo, 1927-1929”, en *Historia*, N° 24, Santiago, 1989.

Cabello, Óscar, “Promoviendo la libre competencia: el rol de los organismos antimonopolios en las telecomunicaciones chilenas”, en Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, “La libre competencia en el Chile del Bicentenario”, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2011.

Castro, Sergio de, “Prólogo”, en Sergio de Castro Spikula, Juan Carlos Méndez G., “*El Ladrillo*”: bases de la política económica del gobierno militar chileno, Santiago, CEP, 1992.

Caravia, Francisco, “Evolución en la lucha contra los carteles en Chile”, conferencia en Cartagena de Indias, Colombia, 30 de junio-3 julio de 2009, en www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO_0001_2009.pdf, visitada en octubre de 2011.

Celis M., Juan Pablo, “El título v de la Ley 13.305 y su influencia en el D.L 211”, documento interno de trabajo del Centro de Libre Competencia UC, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, s/f.

Celis M., Juan Pablo, “Historia de la ley 20.361”, documento interno de trabajo del Centro de Libre Competencia UC, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, s/f.

Couyoumdjian, Juan Pablo, ¿Por qué la Misión Klein-Saks? Los orígenes de un programa de estabilización económica para Chile, en Juan Pablo Couyoumdjian (editor), *Reformas económicas e institucionales: la experiencia de la Misión Klein-Saks en Chile*, Santiago, Ediciones de la Universidad del Desarrollo, 2011.

Díaz, José, Rolf Lüders y Gert Wagner, “La República en Cifras, 2010”, EH Clio Lab-Iniciativa Científica Milenio, en www.economia.puc.cl/cliolab, visitada en agosto de 2011.

- Propuestas de la Comisión Asesora Presidencial para la Libre Competencia (2012) en línea en: www.lyd.com/wp-content/files_mf/tp1072comisionasesoraparalalibrecompetencia.pdf visitada en enero de 2013.
- Domper, María de la Luz, "Defensa de la libre competencia en Chile: reformas pendientes", en *Administración y Economía UC*, Santiago, invierno 1998.
- Flores Andrade, Anselmo, "Una inevitable (y exitosa) convivencia política: empresarios y gobiernos socialistas de Chile y España", en *Foro Internacional*, vol. 186, N° 4, México DF, 2006.
- Sebastián Edwards, "Estableciendo credibilidad: el rol de los consultores extranjeros en el programa de estabilización de 1955-1958 en Chile", en Juan Pablo Couyoumdjian (editor), *Reformas económicas e institucionales: la experiencia de la Misión Klein-Saks en Chile*, Santiago, Ediciones de la Universidad del Desarrollo, 2011.
- Foxley, Alejandro, "Los objetivos económicos y sociales en la transición a la democracia", en Crisóstomo Pizarro (ed.), *Políticas económicas y sociales en el Chile democrático*, Santiago, CIEPLAN-UNICEF, 1995.
- Fuentes, Claudio, "Partidos y coaliciones en el Chile de los 90. Entre pactos y proyectos", en Paul Drake e Iván Jaksic (comp.), *El modelo chileno. Democracia y desarrollo en los noventa*, Santiago, LOM Ediciones, 1999.
- Furnish, Dale B., "Chilean Antitrust Law", in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 19, N° 3, Summer, 1971.
- Garay, Cristián, "La larga marcha del estatismo. La resistencia a la Misión Klein-Saks 1955-1958", en Juan Pablo Couyoumdjian (editor), *Reformas económicas e institucionales: la experiencia de la Misión Klein-Saks en Chile*, Santiago, Ediciones de la Universidad del Desarrollo, 2011.
- Gazmuri, Cristián, "Algunos antecedentes acerca de la gestación de la crisis chilena 1970-1973", en *Revista Opciones*, N° 9, Santiago 1986.
- Hachette, Dominique, "Privatizaciones: reforma estructural, pero inconclusa", en Felipe Larraín y Rodrigo Vergara (editores), *La transformación económica de Chile*, Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2000.
- Irrarrázabal, Felipe, *El sistema chileno de defensa de la libre competencia*, Santiago, Fiscalía Nacional Económica, 2011, en www.fne.cl, visitada en diciembre de 2012.
- Kohan, Daisy, "Estadísticas de Inversión Extranjera en Chile", Comité de Inversiones Extranjeras, s.f., cuadro Evolución de la Inversión Extranjera materializada D.L. 600, en <http://goo.gl/eJYyj7>, visitada en octubre de 2011.
- Le Fort, Guillermo, "Los resultados macroeconómicos del gobierno de Eduardo Frei RT: una evaluación comparativa", en Banco Central de Chile, *Documentos de Trabajo*, N° 81, Santiago, octubre 2000.
- Lüders, Rolf, "La Misión Klein-Saks, los Chicago Boys y la política económica", Juan Pablo Couyoumdjian (editor), *Reformas económicas e institucionales: la experiencia de la Misión Klein-Saks en Chile*, Santiago, Ediciones de la Universidad del Desarrollo, 2011.
- Lüders, Rolf, "Sistemas económicos, tecnología y acción oficial en defensa de la libre competencia: Chile 1810-2010", en Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *La libre competencia en el Chile del bicentenario*, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2011.
- Novoa Monreal, Eduardo, "Derecho, juristas y cambio económico", en revista *Estudios de Derecho Económico*, tomo II, México (reimpresión), 1980.

- Ominami, Carlos, "Chile: una transición paradójica. Notas para un examen crítico", en Yesko Quiroga y Jaime Ensignia (eds.), *Chile en la Concertación (1990-2010). Una mirada crítica, balance y perspectivas*, Santiago, Editorial Friedrich Ebert Stiftung, 2010.
- Ortúzar, Waldo, "Defensa de la libre competencia", mimeo clases dictadas por Waldo Ortúzar en curso de magíster en Derecho Penal Económico, Escuela de Derecho Universidad de Chile, Santiago, agosto de 1983.
- Ortúzar L., Waldo, "Ley Antimonopolios", en *Boletín de Investigaciones*, N° 40, Santiago, agosto 1978 (separata "La Ley Antimonopolios").
- Paredes, Ricardo, "Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolios en Chile", en *Estudios Públicos*, N° 58, Santiago, otoño 1995.
- Ramírez Alujas, Álvaro Vicente, "Reforma del Estado y modernización de la gestión pública. Lecciones y aprendizajes de la experiencia chilena", en www.gobernabilidad.cl/modules.php?name=News&file=print&sid=140, visitada en enero de 2012.
- "Reformas a la Ley Antimonopolios: una Tarea Pendiente", en *Temas Públicos*, N° 372, Santiago, Libertad y Desarrollo, 22 de enero de 1998, en www.libertadydesarrollo.cl/biblioteca/temas/372.html#2 visitada en marzo de 2012.
- Romero G., Juan José, "Colusión de Empresas de Oxígeno: cuánta evidencia es suficiente", en Arturo Fermandois (editor), *Sentencias destacadas 2006: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*, Santiago, Libertad y Desarrollo, mayo, 2007.
- Sapelli, Claudio, "Concentración y grupos económicos en Chile", en *Estudios Públicos*, N° 88, Santiago, primavera, 2002.
- Streeter P., Jorge, "Documento de trabajo sobre la enmienda del Decreto Ley N° 211 (1973)", en Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner Abogados, *Modificación de la ley de defensa de la competencia*, documento de trabajo, julio 2002.
- Vergara, Rodrigo, "Política monetaria después de la Crisis: Algunas reflexiones sobre objetivos e instrumentos", en Banco Central de Chile, *Documentos de política económica*, N° 38, 2010, en www.bcentral.cl, visitada en diciembre de 2012.
- Ybar, Mario, "¿De qué hablamos cuando hablamos de competencia?", 12 de diciembre de 2009, en <http://ssrn.com/abstract=1739315> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1739315>, visitada en marzo de 2012.
- Yrarrázaval C., Arturo, "Análisis crítico de la ley de competencia", en Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner Abogados, *Modificación de la ley de defensa de la competencia*, documento de trabajo, julio 2002.

Libros

- Ahumada, Jorge, *En vez de la miseria*, Santiago, Editorial del Pacífico, 1958.
- Arancibia, Patricia, *Conversando con Roberto Kelly V.*, Santiago, Editorial Biblioteca Americana, 2005.
- Arellano, José Pablo, René Cortázar, Ramón Downey et al., *Modelo económico chileno. Trayectoria de una crítica*, Santiago, Editorial Aconcagua, 1982.
- Carrasco, Camilo, *Banco Central de Chile 1925-1964. Una historia institucional*, Santiago, Editorial Banco Central de Chile, 2009.
- Castro Spíkula, Sergio de, Juan Carlos Méndez G., *"El Ladrillo": bases de la política económica del gobierno militar chileno*, Santiago, CEP, 1992.

- Cavallo, Ascanio, *La historia oculta de la transición. Memoria de una época 1990-1998*, Santiago, Editorial Grijalbo, 1998.
- Cooper Jr., John Milton, *Pivotal decades. The United States, 1900-1920*, New York, Publishing House W.W. Norton, 1990.
- Crane, Daniel A., *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, New York, Oxford University Press, 2011.
- Ffrench-Davis, Ricardo, *Políticas económicas en Chile, 1952-1970*, Santiago, Ediciones Nueva Universidad, 1973.
- Fernandois, Joaquín, *Abismo y cimientó. Gustavo Ross y las relaciones entre Chile y Estados Unidos 1932-1938*, Santiago, Ediciones de la Universidad Católica de Chile, 1997.
- Fernandois, Joaquín, *Mundo y fin de mundo. Chile en la política mundial 1900-2004*, Santiago, Ediciones de la Universidad Católica, 2005.
- Fontaine, Arturo, *La historia no contada de los economistas y el presidente Pinochet*, Santiago, Editorial Zig-Zag, 1988.
- Freyer, Tony A., *Antitrust and Global Capitalism, 1930-2004*, New York, Cambridge University Press, 2006.
- Gárate, Manuel, *La revolución capitalista de Chile (1973-2003)*, Santiago, Ediciones de la Universidad Alberto Hurtado, 2012.
- Gazmuri, Cristián, *Historia de Chile, 1891-1994*, Santiago, RIL Editores e Instituto de Historia UC, 2012.
- Gobierno de Chile, *Balance programático del presidente Eduardo Frei Ruiz Tagle*, Santiago, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2000.
- Gobierno de Chile, *Balance programático Chile 2000-2006. Gobierno del presidente Ricardo Lagos Escobar*, Santiago, Gobierno de Chile, 2006.
- Gobierno de Chile, *Resumen balance programático del gobierno de Michelle Bachelet*, Santiago, 2010, en www.concerta2.cl (centro de documentación), visitada en mayo de 2012.
- Góngora, Mario, *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Universitaria, 1998 (edición original 1981).
- Gutiérrez Rodríguez, Germán, *Ética y economía en Adam Smith y Friedrich Hayek*, México D.F., Universidad Iberoamericana, 1998.
- Hachette, Dominique & Rolf Lüders, *Privatization in Chile: an economic appraisal*, San Francisco, ICS Press, 1993.
- Hirschmann, Albert O., *Journeys Toward Progress: Studies of Economic Policy-Making in Latin America*, New York, Publishing House The Twentieth Century Fund, 1963.
- Hurtado, Carlos, *De Balmaceda a Pinochet*, Santiago, Ediciones Logos, 1988.
- Ibáñez Santa María, Adolfo, *Herido en el ala. Estado, oligarquías y subdesarrollo. Chile 1924-1960*, Santiago, Editorial Biblioteca Americana UAB, 2003.
- Illanes, Óscar, *Comisión antimonopolios y su jurisprudencia*, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Editorial Universitaria, 1965.
- Kurzlechner, Werner, *Fusionen, Kartelle, Skandale. Das Bundeskartellamt als Wettbewerbschützer und Verbraucheranwalt*, München, Redline Wirtschaft Verlag, FinanzBuch Verlag, 2008.

- Lagos Escobar, Ricardo, *La concentración del poder económico en Chile*, Santiago, Editorial del Pacífico, 1961.
- Marichal, Carlos, *Nueva historia de las grandes crisis financieras. Una perspectiva global, 1873-2008*, Argentina, España y México, Editorial Debate, 2010.
- Mönckeberg, María Olivia, *El saqueo de los grupos económicos al Estado chileno*, Barcelona-Santiago, Ediciones B, 2001.
- Moulian, Tomás, *El consumo me consume*, Santiago, LOM Ediciones, 1998.
- Muñoz G., Óscar y Carolina Stefoni E. (coordinadores), *El período del presidente Frei Ruiz-Tagle: reflexiones sobre el segundo gobierno concertacionista*, Santiago, Editorial FLACSO-Chile, Universitaria, 2003.
- Opazo Brull, Ernesto, *La Comisión Antimonopolios y estudio del título v de la ley N°. 13.305*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1962.
- Ortúzar, Waldo y Jorge Arriagada, *Ley Antimonopolios. Jurisprudencia de la Comisión Resolutiva, 1974-1977*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1978.
- Otano, Rafael, *Nueva crónica de la transición*, Santiago, LOM Ediciones, 2006.
- Pinto Santa Cruz, Aníbal, *Chile: una economía difícil*, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1964.
- Rosende, Francisco (ed.), *La Escuela de Chicago. Una mirada histórica a 50 años del convenio Chicago / Universidad Católica. Ensayos en honor a Arnold C. Harberger*, Santiago, Ediciones Universidad Católica, 2007.
- Samuelson, Paul A. y William D. Nordhaus, *Economía*, Madrid, Editorial Mc Graw-Hill, 1996.
- Smith, Adam, *La riqueza de las naciones*, México, Fondo de Cultura Económica, (1958).
- Tironi, Eugenio, *La irrupción de las masas y el malestar de las elites*, Santiago, Editorial Grijalbo, 1999.
- Valdés, Juan Gabriel, *La Escuela de Chicago: operación Chile*, Buenos Aires, Editorial Zeta, 1989.
- Valenzuela, Arturo, *El quiebre de la democracia en Chile*, Santiago, FLACSO, 1989.
- Wells, Wyatt, *Antitrust and the Formation of the Postwar World*, New York, Columbia University Press, 2002.
- Winslow, Terry, *Política y ley de competencia en Chile. Examen inter-pares*, no indica lugar de edición, Banco Interamericano de Desarrollo-OCDE, 2004.

SITIOS WEB CONSULTADOS

Periodísticos

www.ciperchile.cl

www.df.cl

www.elmercurio.com

www.Emol.com

www.estrategia.cl

www.lasegunda.com

www.latercera.com

www.pulso.cl

Institucionales

www.bcentral.cl

www.bcn.cl

www.bundeskartellamt.de

www.eclac.cl

www.cepchile.cl

www.concerta2.cl

www.direcon.gob.cl

www.economia.puc.cl/cliolab

www.uahurtado.cl

www.fne.cl

www.ftc.gov

www.gobernabilidad.cl

www.ine.cl

www.leychile.cl

www.lyd.cl

www.poderjudicial.cl

www.sernac.cl

www.sofofa.cl

www.tdlc.cl

www.uc.cl

ENTREVISTAS REALIZADAS POR EL AUTOR

Entrevista con Óscar Aitken, realizada el 17 de septiembre de 2012.

Entrevista con Rodrigo Asenjo, realizada el 18 de enero de 2012.

Entrevista con Sergio de Castro, realizada el 8 de mayo de 2012.

Entrevista con Olga Feliú, realizada el 30 de marzo de 2012.

Entrevista con Francisco Fernández, realizada el 2 de diciembre de 2011.

Entrevista con Óscar Illanes, realizada el 2 de agosto de 2012.

Entrevista con Fernando Léniz, realizada el 16 de marzo de 2012.

Entrevista con Juan Pablo Lorenzini, realizada el 29 de marzo de 2012.

Entrevista con Pedro Mattar, realizada el 12 de diciembre de 2011.

Entrevista con Iván Seguel, realizada el 27 de julio de 2011.

Entrevista con Enrique Vergara, realizada el 24 de noviembre de 2011.

Se terminó de imprimir esta primera edición,
de mil quinientos ejemplares, en el mes de octubre de 2013
en Salesianos Impresores S.A.
Santiago de Chile



Esta **historia de la libre competencia en Chile** cubre el período **1959-2010**; es decir, entre la promulgación de la primera ley antimonopolios en Chile y el término del ejercicio en el cargo del Fiscal Nacional Económico Enrique Vergara, etapa que cierra el ciclo de los fiscales nombrados directamente por el Presidente de la República. También aborda el contexto político y sobre todo económico, que se fue desarrollando durante esas cinco décadas. Esa contextualización permite situar históricamente el funcionamiento de la institucionalidad de defensa de la libre competencia, y explicar tanto las permanencias como los cambios que la fueron definiendo en el tiempo.

Este libro no se circunscribe sólo a leyes, instituciones y principios económicos destinados a defender la libre competencia en el mercado. También se refiere a personas, que en distintos momentos asumieron responsabilidades institucionales, unipersonales o colegiadas, técnicas o políticas, en coyunturas críticas o estables, con momentos difíciles o propicios, que con sus convicciones y actuaciones fueron modelando en la teoría y sobre todo en la práctica la actual arquitectura del sistema de defensa de la libre competencia en Chile.

