

# Impacto del *Enforcement* Público en Libre Competencia: El Caso de Chile.

Versión Preliminar  
(no citar)

Constanza Caicha  
Aldo González<sup>1</sup>  
Alejandro Micco<sup>2</sup>

Noviembre 2012

## Abstract

El artículo tiene dos propósitos. Primero, identificar los factores que inciden en la probabilidad que la Fiscalía Nacional Económica (FNE) se haga parte de un juicio. Segundo, evaluar el impacto que tiene la participación de la FNE en la resolución de los casos. Utilizando datos de litigios desde la constitución del nuevo Tribunal (2004) a la fecha, los resultados indican que la participación de la FNE es más probable cuando: el demandado es una empresa que es sociedad anónima abierta, el mercado afectado es considerado sensible y la acusación es por colusión. Si el demandado es una agencia o empresa pública, es menos probable que la FNE se haga parte. Controlando por posibles sesgos de selección, la participación de la FNE en una causa aumenta entre un 40% y 46% la probabilidad que el fallo sea condenatorio. Los resultados sugieren la relevancia del *enforcement* público en la aplicación de las leyes de libre competencia en Chile.

---

<sup>1</sup> Profesor Departamento de Economía Universidad de Chile. Email: [agonzalez@fen.uchile.cl](mailto:agonzalez@fen.uchile.cl)

<sup>2</sup> Profesor Departamento de Economía Universidad de Chile. Email: [amicco@fen.uchile.cl](mailto:amicco@fen.uchile.cl)

## 1. Introducción

Uno de los temas de mayor debate en la aplicación de las leyes de competencia es cuánto se debe confiar en la función fiscalizadora o de *enforcement* de las agencias públicas y cuánto en la acción de los agentes privados que son afectados por prácticas anticompetitivas. Sistemas como el de Estados Unidos cuentan tanto con la acción pública como privada, mientras que en Europa el *enforcement* es principalmente público. En Chile, el sistema de libre competencia, diseñado en base al formato judicial, permite que tanto la entidad pública –Fiscalía Nacional Económica– como los privados puedan iniciar causas por falta a la libre competencia.

De acuerdo a la literatura, una primera diferencia entre el *enforcement* público y privado, lo constituye la motivación. El *enforcement* privado estará motivado por los beneficios que la parte demandante pueda obtener, los cuales no siempre serán congruentes con el bienestar social. En libre competencia, los incentivos a emprender un juicio son detener una acción anticompetitiva de la que están siendo víctimas y también obtener compensaciones por el perjuicio sufrido. La posibilidad de obtener retribuciones por sobre los daños, como es el caso de los triples daños en los Estados Unidos, es un poderoso mecanismo para inducir el *enforcement* privado en libre competencia.

Una diferencia relevante entre ambos tipos de *enforcement* queda de manifiesto si nos enfocamos en el objetivo de disuasión. Si una empresa aplicó prácticas excluyentes contra terceros y el daño ya se produjo, las empresas víctimas, solo desearán emprender un juicio si pueden obtener compensaciones por el perjuicio sufrido. En cambio, una agencia pública perseguirá el caso motivada por el efecto disuasivo o de demostración de la sanción ante una acción anticompetitiva. Como señalan Segal y Whinston (2005), el *enforcement* público, al estar centrado más en la disuasión, será *forward looking* y por lo tanto tendrá un mayor compromiso a iniciar juicios incluso en casos donde el daño competitivo es irreversible. Se podría mencionar que las empresas también desearán actuar orientadas hacia adelante, de modo de construirse una reputación de reaccionar de modo agresivo si son víctimas de un acto anticompetitivo. Sin embargo, es más probable que el efecto reputación sea más fuerte en las agencias públicas que en las empresas, puesto que dentro de la función objetivo de las

primeras se haya la disuasión de prácticas similares en todas las industrias. Mientras que para una empresa, solo se preocupará de impedir acciones en contra de ella.

La información es una dimensión relevante en el análisis comparativo entre tipos de enforcement. En términos amplios, por información se entiende el conocimiento sobre la ocurrencia de las acciones anticompetitivas, las pruebas para fundamentar el caso y las técnicas requeridas para evaluar si las acciones son o no contrarias a la competencia. La literatura reconoce que las empresas, al participar en el mercado, transando y compitiendo, están en mejores condiciones para detectar las prácticas anticompetitivas que las afectan. Una agencia pública, al regular por defecto la totalidad de las industrias, no podrá igualar la capacidad que tienen las empresas de identificar las faltas a la libre competencia y deben, en la mayoría de los casos, contar con las señales provistas por estas últimas.

Por otro lado, las agencias están mejor dotadas para discernir si una acción es o no dañina para la competencia. Evaluar una acusación en libre competencia requiere de la aplicación de conceptos económicos y legales al caso en cuestión. Según Segal y Whinston (2006) de dicho conocimiento, de carácter más científico que factual, será dominado de mejor forma por las agencias especializadas que por empresas privadas. El conocimiento específico será más relevante en prácticas sujetas a la regla de la razón que en casos donde se aplican prohibiciones per se. En el primer caso, junto con las circunstancias del asunto, se debe evaluar si lo denunciado es o no dañino para la competencia, mientras que en las prohibiciones per se bastarían solo las pruebas de la ocurrencia.

La ventaja en disponer de información sobre hechos y pruebas que tiene las empresas por sobre la agencia pública, no implica que ésta última no cuente con su propia capacidad de investigación. No siempre las partes involucradas en una disputa, revelarán voluntariamente la información útil para juzgar el caso. En una investigación sobre colusión, precisamente el problema es disponer de las pruebas materiales que pongan en evidencia el acuerdo entre empresas. Un mecanismo que induce las firmas involucradas en un cartel a entregar información, es la delación compensada. Sin embargo, una buena parte de los casos con

condena por colusión, las pruebas se obtienen por inspecciones realizadas por las respectivas agencias de competencia.<sup>3</sup>

Uno de los principales riesgos del *enforcement* privado, es el uso estratégico de las demandas de libre competencia por parte de las empresas. Los objetivos detrás del uso estratégico pueden diversos, pero en general buscan debilitar a competidores. McAfee y Vakkur (2004), identifican siete potenciales usos estratégicos de las leyes de Antitrust. Estos son: (i) Obtener fondos de un exitoso rival, (ii) Cambiar los términos de un contrato; (iii) Castigar un comportamiento no cooperativo, (iv) Responder a una demanda existente, (v) Evitar una compra hostil, (vi) Prevenir la entrada de un rival y (vii) Evitar la competencia agresiva de una empresa. Utilizar los litigios como un instrumento abusivo, es posible, primero porque los juicios son costosos y segundo por la posibilidad de error de los tribunales que juzgan los casos. Nótese que el costo del juicio no solo involucra los gastos en defensa del mismo, sino también perjuicios por imagen ante los consumidores o autoridades. Por ejemplo, para una empresa que está en vías de fusionarse y que requiere la aprobación de la autoridad, tener un juicio por prácticas anticompetitivas puede ser un factor en contra de su causa.<sup>4</sup> Según reporta la literatura, los multiplicadores de daños también tienen efectos en el uso estratégico de los juicios de libre competencia. Si bien, la amplificación de daños para aplicar compensaciones disuade los actos anticompetitivos, como contrapartida incentiva el uso estratégico de los juicios de libre competencia en contra de rivales.

McAfee et al (2006) desarrollan un modelo que compara ambos tipos de *enforcement*. Para ello, explotan el *trade-off* inherente del *enforcement* privado, entre la mejor información de las firmas afectadas acerca de una acción anticompetitiva y la mayor probabilidad de utilizar las leyes de *antitrust* estratégicamente. Los autores encuentran que si los tribunales resuelven con un bajo nivel de error, solo se presentarán demandas que tengan justificación y el *enforcement* privado en conjunto con el público será superior. En el caso opuesto, donde los tribunales son erróneos al fallar, los litigios privados aportarán valor sólo si el costo del *enforcement* público es suficientemente alto.

---

<sup>3</sup> También, como demuestra la literatura, la capacidad propia de investigación de la agencia en casos de colusión es complementaria a la auto-confesión de las partes. Lo que induce a las firmas participantes en un cartel a confesar es el riesgo que la otra confiese o que la agencia obtenga las pruebas inspeccionando las sedes de las empresas bajo investigación.

<sup>4</sup> Similar fenómeno ocurre si una empresa está en venta. Tener de un juicio de libre competencia, reduce su valor de venta, pues el adquirente no tendrá certeza acerca del resultado del juicio.

La superioridad, al menos teórica, del *enforcement* público sobre el privado, puede no ser válida debido tanto a restricciones presupuestarias como a problemas de agencia entre el legislador y el organismo responsable de resguardar la libre competencia. Las agencias públicas cuentan con presupuestos limitados para cumplir su tarea de *enforcement*. Como los litigios son costosos en términos de recursos empleados, no siempre será posible emprender acciones en todas las causas en que sea socialmente beneficioso realizarlo. Quedarán así causas, que por restricciones de recursos, no serán llevadas ante las cortes.

La segunda razón es la posibilidad de que la agencia de competencia se aleje de el comportamiento benevolente y actúe siguiendo objetivos distintos a los definidos por el legislador. Tal divergencia entre misión y acción, se produce por la asimetría de información entre las autoridades de la agencia y quienes deben supervisar su función. El problema denominado de agencia, puede conducir a las autoridades del organismo a minimizar su esfuerzo o alinear sus objetivos con la industria que regula o con grupos o audiencias con interés en las acciones de la institución. Estos casos corresponden a lo conocido como captura regulatoria, el cual es un mal inherente a las agencias regulatorias.

## **2. Sistema Institucional Chileno de Libre Competencia**

La institucionalidad chilena de libre competencia presenta una serie de particularidades, respecto a los diseños observados en la mayoría de las jurisdicciones alrededor del mundo. Su característica más singular es la separación a nivel institucional entre las funciones de persecución y de resolución.<sup>5</sup>

La Fiscalía Nacional Económica (FNE), es el organismo encargado de representar el interés público en materias de libre competencia. Dentro de las funciones de la agencia están: el actuar como investigador y acusador ante infracciones a la libre competencia, la promoción de la libre competencia y proveer de informes técnicos a los entes resolutivos así como fiscalizar el cumplimiento de las medidas que estos últimos dictaminan.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) es quien juzga y resuelve en primera instancia respecto a los casos de faltas a la competencia. El TDLC es una corte especializada en resolver litigios sobre libre competencia, que está compuesta por cinco miembros, tres de los

---

<sup>5</sup> La República Sud-Africana cuenta con una institucionalidad similar a la chilena, donde se separan los roles de persecución y de sanción.

cuales deben ser abogados y dos economistas. Las decisiones del TDLC son apelables ante la Corte Suprema.

La FNE no posee atribuciones para aplicar sanciones a ni para ordenar a las empresas, acciones o prohibiciones en materias de libre competencia. Su misión institucional de proteger la competencia en los mercados la ejecuta principalmente por la vía de la iniciación de causas, ya sea acusatorias o de consultas ante el TDLC.

La explicación a esta configuración particular puede encontrarse en la tradición legalista del país en donde las medidas del estado que afecten la libertad de las empresas, deben ser resueltas mediante el formato de un juicio. Incluso, medidas de carácter general, no necesariamente litigiosas, como es el caso del control preventivo de fusiones, deben contar con la aprobación del Tribunal de Defensa de Libre Competencia. Estructura similar se encuentra en otras áreas de la acción pública en Chile, como son los delitos de carácter penal. Allí existe la figura del Fiscal Nacional, el cual actúa como investigador y acusador y debe defender su caso ante un juez perteneciente a otro poder del estado.

Terceras partes como empresas o particulares, también pueden presentar demandas ante el TDLC ante infracciones por prácticas anticompetitivas. Los agentes privados cuentan con los mismos derechos y prerrogativas que las que posee la FNE en un juicio. La FNE tampoco tiene el monopolio de la representación del interés público. Partes no directamente afectadas, pero con un interés legítimo en la causa, como señala la ley, pueden iniciar juicios o realizar consultas no litigiosas, en defensa del interés público.<sup>6</sup>

Mediante un juicio, los particulares pueden demandar que el TDLC ordene el término de acciones anticompetitivas en contra suya, ya sea temporal o de modo permanente. Así mismo, ellos pueden requerir que la empresa acusada sea sancionada monetariamente por infracciones a la competencia. Sin embargo, el sistema de libre competencia en Chile, no confiere a los acusadores el derecho automático a recibir una reparación monetaria, si sus demandas son aceptadas por el TDLC. Para requerir el pago de daños, el afectado debe originar un juicio especial por reparación, una vez que el sistema de libre competencia ya se ha pronunciado por el fondo del asunto, y en una sede judicial distinta a la de libre competencia.

---

<sup>6</sup> Por ejemplo, la asociación de consumidores CONADECUS presento una consulta para que se evaluara la fusión entre las aerolíneas LAN y TAM, lo cual gatilló el proceso de revisión por parte del Tribunal.

Los juicios por indemnización de perjuicios derivados de prácticas anticompetitivas, son conocidos por juzgados civiles y tienen su propio procedimiento. A diferencia de lo que sucede en EE. UU, los afectados no pueden reclamar triples daños. Las compensaciones a las que pueden optar, son las señaladas en el código civil para casos de responsabilidad por actividades comerciales y equivalen al daño monetario efectivo causado por la empresa condenada, sin incluir ningún factor de amplificación al perjuicio causado.<sup>7</sup>

De acuerdo a lo planteado en la sección anterior, el sistema chileno provee menos incentivos a particulares a realizar demandas que en aquellas jurisdicciones donde los afectados pueden optar a daños triples como es el caso de los EE.UU. En Chile, la motivación de privados para iniciar juicios sería el obtener el cese de acciones que le perjudican, el evitar que estas sucedan nuevamente en el futuro o bien crearse una reputación de respuesta ante prácticas anticompetitivas. La obtención de compensaciones también juega un rol, pero de menor magnitud. En el mejor de los casos, el afectado podrá lograr recuperar el daño que la práctica ilegal le infringió.

En los hechos, los juicios compensatorios por faltas a la libre competencia han sido más bien escasos en Chile. Es probable que nuevas demandas por daños se presenten a medida que el TDLC comience a emitir sentencias condenatorias en casos de abuso de posición dominante, donde los afectados sean empresas individuales. Nótese que para solicitar compensaciones por daños, no es necesario que las empresas afectadas se hayan hecho parte en el juicio de libre competencia. En este sentido, puede haber un efecto *free-riding* en el *enforcement* público por parte de las afectadas y solo presentar una demanda en el juicio por daños en caso de fallo acusatorio por el sistema de libre competencia. Las estadísticas demuestran que la mayoría de las causas iniciadas ante el TDLC corresponden a juicios presentados por particulares.

Las posibles actuaciones de la FNE ante el TDLC en los procesos considerados litigiosos son las que se presentan a continuación: (i) Demandante, (ii) Coadyuvante, (iii) Pretensión Independiente y (iv) informante. En el primer caso, la FNE es la entidad que acusa a una o más empresas por llevar a cabo prácticas contrarias a la competencia, a esta acción se le denomina “Requerimiento.” En el segundo caso, la Fiscalía se hace parte en un juicio ya iniciado por un particular, respaldando la posición del demandante. Se denomina pretensión independiente

---

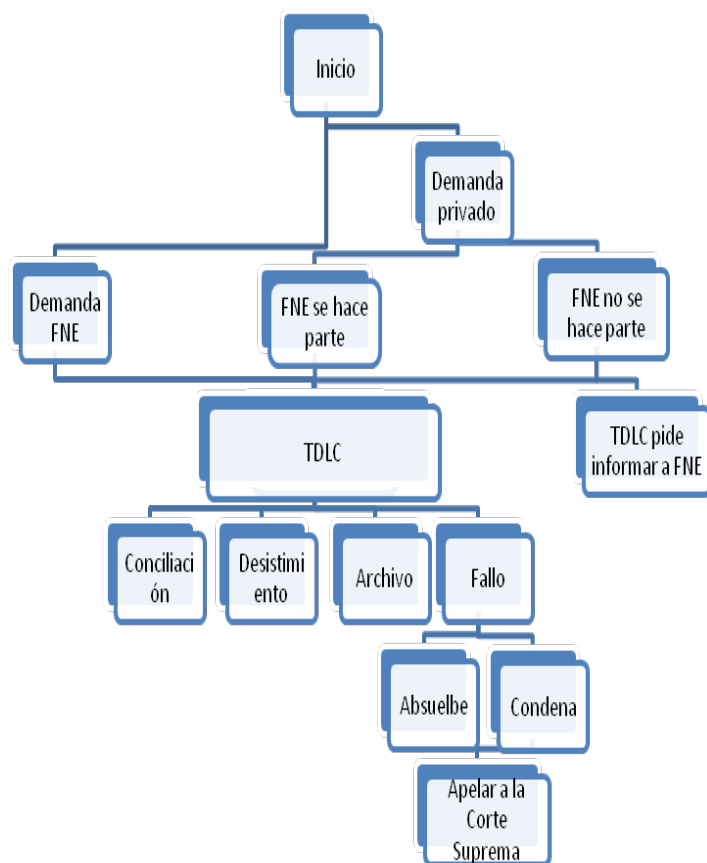
<sup>7</sup> El Código civil emplea los conceptos de “Daño Emergente y Lucro Cesante” para estimar los daños causados por terceras partes en disputas comerciales.

cuando la FNE interviene en un juicio sin necesariamente tomar posición por alguna de las partes. Finalmente, la FNE puede emitir una opinión a solicitud del TDLC por un juicio presentado por un tercero y finalmente puede no tener participación alguna. Se considera que en las dos primeras actuaciones la FNE toma un rol protagónico pues se hace parte de un juicio, presentando cargos contra los acusados.

En cuanto al término de las causas litigiosas presentadas ante el TDLC, ya sea por particulares o por la FNE, éstas pueden finalizar en (i) Fallo, (ii) Conciliación, (iii) Desistimiento o (iv) Archivo. En el Fallo, el TDLC resuelve respecto a la acusación presentada, indicando si el acusado es culpable o no, y cuál es la sanción que se le aplica. En la conciliación, las partes involucradas en el juicio –acusados y demandantes- llegan a un acuerdo, retirándose así la demanda. En el desistimiento, la parte querellante retira la demanda sin necesidad de que exista algún acuerdo entre las partes. Finalmente en el archivo de causas, el TDLC cierra el caso debido a que el demandante abandona el caso o éste no es admitido a trámite por el Tribunal.

La Figura N°1 muestra un esquema que resume los pasos una vez que se ha iniciado una demanda.

#### **Figura N°1**



Con el objetivo de realizar una comparación entre los distintos tipos de enforcement, es necesario comprender la estrategia de selección de casos que realiza la FNE en su decisión de participación.

La cartera de casos a ser perseguidos judicialmente debe ser fruto de una planificación que priorice tareas y asigne recursos con sentido estratégico. Varios pueden ser los criterios de priorización a utilizar. En términos más abstractos, para la priorización de recursos en una agencia administrativa de competencia puede tenerse en consideración el efecto (o probable efecto) directo o indirecto en el bienestar del consumidor en un determinado mercado (que incluya no solo consideraciones de daño o eficiencia, sino también de disuasión); en ese sentido, el potencial impacto público de un caso es un elemento que puede considerarse. Igualmente, la probabilidad de un resultado exitoso ante las cortes (en este caso ante el TDLC) también es un criterio. En seguida, la significación en términos de recursos comprometidos de determinados casos es algo a evaluar. Se pueden elegir, por ejemplo, ciertos sectores de la economía por sobre otros, se puede optar por focalizar esfuerzos en determinados tipos de conductas anticompetitivas por sobre otras. Las prioridades se pueden determinar, también, en base a ciertos parámetros de concentración (como en el caso de las fusiones) o de

facturación de los agentes económicos involucrados (como en casos de abuso de posición dominante). Lo esencial, al final, es que exista, como ya se dijo, una planificación estratégica.

Con los datos entregados por el TDLC, se intentará realizar una descripción de la conducta de la FNE, de tal forma de poder obtener resultados insesgados acerca de la diferencia entre enforcement público o privado.

### **3. Datos y Variables**

Los datos utilizados para el desarrollo del presente estudio corresponden a la información otorgada por el Tribunal de Libre Competencia, acerca de los casos contenciosos iniciados entre los años 2004-2011, los que suman 231.

Las variables que se disponen son: agente que inicio la demanda (FNE o un privado), tipo de mercado al cual corresponde el caso, conducta anticompetitiva denunciada, existencia de informe de la FNE, fin de caso (conciliación, desistimiento, archivo o fallo), fecha de inicio y termino, entre otras.

Con el objeto de describir el comportamiento de la institución pública y analizar cual es impacto de la participación de esta, se definen tres categorías de variables: Variables de participación de la FNE, Variables características de los agentes involucrados (demandante y demandado) y Variables características de la demanda.

#### **i. Variables de participación de la FNE:**

**Requerimiento:** dummy que toma valor 1 si la fiscalía inicio la demanda, 0 si no.

**FNEParte:** dummy que toma valor 1 si la fiscalía se hizo parte de una demanda iniciada por un privado, 0 si no.

**PartFNE:** dummy que toma el valor 1 si la fiscalía participa en el caso ya sea iniciando la demanda o haciéndose parte de esta, 0 si no. Es decir, toma el valor 1 si Requerimiento o FNEParte toma el valor 1.

#### **ii. Variables Características de los Agentes:**

**Público:** dummy que toma valor 1 si el demandado es una institución pública como un ministerio, municipalidad, entre otras, 0 si no. Esta variable se define con el objeto de

comprobar la existencia de conflictos de intereses por parte de la FNE, por ser una institución pública.

***Demandantebolsa:*** dummy que toma valor 1 si el demandante es una Sociedad Anónima Abierta, 0 si no. Esta variable es una proxy de tamaño.

***Demandadobolsa:*** dummy que toma valor 1 si el demandado es una Sociedad Anónima Abierta, 0 si no. Esta variable es una proxy de tamaño.

***SAA:*** dummy que toma valor 1 si es que existe una SAA involucrada en el caso, es decir, si Demandantebolsa o Demandadobolsa toma el valor 1.

iii. Variables Características de la Demanda:

***Sect imp:*** Dummy que toma valor 1 si el sector económico en el cual se hace la demanda es un sector relevante en la economía, 0 si no. Más adelante se definirá cuales son estos sectores.

***Conduc:*** Dummy que toma valor 1 si la conducta acusada es por Abuso de Posición Dominante y 0 si es por Colusión. Esta clasificación se basa en el número de afectados que conlleva la ejecución de la acción anticompetitiva en cuestión. Dentro de los casos de Abuso de Posición Dominante se considerarán los casos de Actos de Autoridad, Barreras a la Entrada, Competencia Desleal, Incumplimiento de Resolución, Negativa de Contratación y Precios Predatorios. Esta variable se define a partir de la evidencia presentada en las secciones anteriores, acerca de los posibles determinantes de la decisión e impacto de la participación de la FNE.

***Fav:*** Dummy que hace referencia al final del caso. Toma el valor 1 cuando el resultado es favorable para el demandado y 0 cuando no lo es. Se considerará favorable cuando el fin del caso termina en conciliación entre las partes o en fallo condenatorio. El fallo no será favorable cuando el fin sea archivo, desistimiento o fallo absolutorio.

***Finfallo:*** Dummy que hace referencia al contenido del fallo. Toma el valor 1 cuando el fallo es condenatorio y 0 cuando es absolutorio.

En la próxima sección se realizará un análisis estadístico de las principales variables mencionadas, de tal manera de describir el actuar de la FNE.

#### **4. Análisis Estadístico**

**i. Participación de la Fiscalía Nacional Económica en las demandas por libre competencia.**

Para 206 casos de la base, podemos determinar si la FNE participó o no. En 51 casos la FNE hizo requerimiento y solo en 12 la FNE se hizo parte de una demanda que fue iniciada por un privado. Estos datos consideran tanto casos terminados como lo que aun están en proceso en el TDLC. Si consideramos sólo los casos que han finalizado (177 casos), 39 se iniciaron por requerimiento de la FNE y en 12 la FNE se hizo parte de la demanda.

De acuerdo a esto, vemos una alta participación de los privados en el sistema de libre competencia chileno, son ellos principalmente quienes inician las demandas.

Si consideramos solo los casos terminados en el periodo de estudio, los cuales suman 177 casos, tenemos que 20 casos terminaron en conciliación, 9 en desistimiento, 30 en archivo y 118 casos en fallo. De estos últimos, alrededor del 58% de los fallos se absolvieron.

De los 20 casos que terminaron en conciliación, sólo en 5 de ellos la FNE participó, en 4 casos la FNE hizo requerimiento y en 1 se hizo parte de una demanda privada. Estos casos corresponden en su mayoría a demandas por Abuso de Posición Dominante. De los 9 casos que finalizaron en desistimiento, en ninguno de estos la FNE participó, ya sea haciendo requerimiento o haciéndose parte de las demandas. Por lo tanto, la participación de la FNE anula las posibilidades de que el caso termine en desistimiento.

De los 30 casos que finalizaron en archivo, en sólo 2 la FNE participó y para los casos que finalizaron en fallo hubo una participación de la FNE en 44.

En síntesis, acerca de los posibles finales de un caso, tenemos que cuando la FNE decide participar, ya sea haciendo requerimiento o haciéndose parte de una demanda, aumenta la probabilidad de que el caso termine en fallo y elimina la probabilidad de que ocurra desistimiento por parte del demandante. La Tabla N°1 muestra los resultados recién mencionados.

**Tabla N°1**

| Fin/Part. FNE | PartFNE=1        | PartFNE=0         |
|---------------|------------------|-------------------|
| Conciliación  | 5 (9,8%)         | 15 (11,90%)       |
| Desistimiento | 0 (0%)           | 9 (7,14%)         |
| Archivo       | 2 (3,93%)        | 28 (22,22%)       |
| Fallo         | 44 (86,27%)      | 74 (58,73%)       |
| <b>Total</b>  | <b>51 (100%)</b> | <b>126 (100%)</b> |

**ii. Participación de la FNE según tipo de conducta anticompetitiva**

Al relacionar la participación de la FNE con el tipo de conducta del caso, deberíamos esperar a partir de la revisión bibliográfica, un mayor rol de la FNE en los inicios de los casos de colusión por su mayor experticia en identificar dichos comportamientos.

La tabla N°2 muestra los resultados obtenidos. De los 27 casos de colusión, en 21 la FNE hace requerimiento (77% aprox). Para los casos de Abuso de Posición Dominante, tenemos que en 149 casos (83% aprox.) se inicia por demanda de privados lo que se respalda con la teoría de que los privados tienen ventajas en identificar los casos de este tipo por su mayor conocimiento de la industria, y por lo tanto, son ellos quienes inician las demandas.

Si consideramos la relación entre la decisión de la FNE de hacerse parte de una demanda de un privado con el tipo de conducta, tenemos que cuando el caso es de colusión la FNE solo se hace parte en 2 de 19 casos (10%). Cuando la demanda es por Abuso de Posición Dominante la FNE se hace parte de 10 de 179 casos (5,5%).

Por lo tanto, la FNE participa mas iniciando las demandas y sobre todo cuando los casos son por colusión. La Tabla N° 2 analiza la participación de la FNE, sin diferenciar en la forma que lo hace. Tenemos que cuando los casos son de colusión la fiscalía participa en 23 de 27 demandas (85,19%), en cambio, cuando los casos son de Abuso de Posición Dominante la FNE sólo participa en 40 de 179 demandas (22,35%).

**Tabla N°2**

| PartFNE/Conduc | Colusión         | Ab. Posic. Dom    |
|----------------|------------------|-------------------|
| PArtFNE=1      | 23 (85,19%)      | 40 (22,35%)       |
| PArtFNE=0      | 4 (14,81%)       | 139 (77,65%)      |
| <b>Total</b>   | <b>27 (100%)</b> | <b>179 (100%)</b> |

En estos resultados se consideraron casos finalizados y no finalizados. Cuando se realiza el mismo ejercicio considerando solo los casos finalizados se mantiene el mismo patrón.

### **iii. Participación de la FNE según tipo de demandante y demandado**

A continuación se analizará la participación según tipo de demandante y demandado en base a si estas son Sociedades Anónimas Abiertas, esto para considerar el tamaño de los agentes involucrados. En Chile una empresa se considera SAA si cumple cualquiera de los siguientes requisitos: i) Los que hacen oferta pública de sus acciones de acuerdo a la 18045 (Mercado de Valores); ii) Los que tienen más de 500 accionistas; iii) Y las que al menos el 10% de su capital suscrito pertenecen a un mínimo de 100 accionistas, excluidos los que individualmente excedan dicho porcentaje.

La tabla N°3 muestra la relación entre demandante y demandado. Tenemos que 15 demandas son entre sociedades anónimas abiertas, en 8 el demandante es una sociedad anónima abierta y el demandado no, en 82 el demandado es una sociedad anónima abierta y el demandante no y en la mayoría de los casos (126) las partes son entidades que no transan sus acciones en la bolsa.

**Tabla N°3**

| Demandante/Demandado | Demandadobolsa=1 | Demandadobolsa=0 |
|----------------------|------------------|------------------|
| Demandantebolsa=1    | 10               | 8                |
| Demandantebolsa=0    | 47               | 90               |

En síntesis 65 de los 155 casos involucran a sociedades anónimas abiertas, lo que corresponde a un 42% aprox.

Como se mencionó 51 casos son iniciados por la FNE. De estos solo en 19 casos hace requerimiento cuando el demandado cotiza en bolsa.

La FNE se hace parte de una demanda privada solo en 12 casos. De estos, en 1 caso el demandante es una empresa que cotiza en bolsa y en 5 casos el demandado es una empresa que cotiza en bolsa.

Para los 10 casos en que las demandan son entre empresas que cotizan en bolsa, la FNE nunca se hace parte de la demanda. Acerca del fin del caso, un 30% termina en conciliación y en fallo absolutorio, y un 20% termina en desistimiento y se archiva

De los 8 casos en que el demandante cotiza en bolsa y el demandado no, solo en 1 la FNE hace se hace parte. De estas, un 37,5% finaliza en conciliación entre las partes; un 12,5% termina en archivo y un 50% en fallo, con la misma probabilidad de ser absolutorio y condenatorio.

De los 47 casos en que el demandante no cotiza en bolsa y el demandado si, en 5 la FNE se hace parte. De estas, alrededor de un 10% termina en conciliación, un 2% termina en desistimiento, un 25% se archiva y un 63% termina en fallo ante el TDLC, de los cuales un 62% es absolutorio y un 38% en condenatorio.

Finalmente de los 90 casos en que los involucrados no son sociedades anónimas abiertas en 6 la FNE se hace parte. Acerca del fin del caso, un 8% termina en conciliación y desistimiento, un 20% se archiva y un 64% en fallo, de los cuales un 69% es absolutorio y un 31% condenatorio.

En síntesis se tiene, que cuando la demanda involucra a empresas que cotizan en bolsa, disminuye la probabilidad de que la FNE participe, lo mismo ocurre cuando el demandante es una empresa de este tipo. Por otro lado, la probabilidad de hacerse parte de una demanda privada aumenta cuando el demandante no cotiza en bolsa pero el demandado sí. Esto resultados nos demuestran el actuar estratégico de la FNE en el sentido de la optimización de sus recursos, de esta manera sí un privado tiene la capacidad de asumir los costos de llevar a cabo una demanda o de defenderse, la FNE disminuye su probabilidad de participar en los casos de libre competencia, dejando que los privados resuelvan la acusación ante el TDLC.

Acerca del fin de la demanda se observa una independencia entre la característica de SAA y el fin del caso.

#### **iv. Participación de la FNE si el demandado es una Agencia Pública.**

La decisión o el efecto de la participación de la FNE puede depender de si el demandado es una institución pública como un ministerio o una municipalidad. Del total de casos para los cuales disponemos de información el 19% de los demandados son instituciones públicas (45).

Por conflicto de intereses se debería esperar que la FNE participe menos cuando el demandando es una institución pública. De acuerdo a los datos, solo en 5 la fiscalía hace requerimiento y en 2 se hace parte.

La Tabla N°4 muestra los porcentajes de participación de la FNE, sin diferenciar en la forma, cuando el demandado es una agencia pública.

**Tabla N°4**

| PartFNE/A. Publica | Publico=1        | Publico=0         |
|--------------------|------------------|-------------------|
| PArtFNE=1          | 6 (13,33%)       | 52 (27,96%)       |
| PArtFNE=0          | 39 (86,67%)      | 134 (72,04%)      |
| <b>Total</b>       | <b>45 (100%)</b> | <b>186 (100%)</b> |

De acuerdo a la tabla, cambia el porcentaje de participación de la FNE. Cuando la entidad es pública la participación de la FNE es de un 13,33 vs un 27,96% cuando no lo es.

Con respecto al fin del caso (conciliación, desistimiento, archivo o fallo) tenemos información para 34 de los 45 casos en que hay una agencia pública. El 5,9% de los casos termina en conciliación y desistimiento, un 17,6% termina en archivo y un 70% termina en fallo. Acerca del resultado del fallo el 58% de los casos son absueltos cuando la agencia es pública vs un 42% que son condenatorios. Este resultado es similar al obtenido cuando la agencia no es pública.

#### **v. Participación de la FNE según relevancia del mercado**

La decisión de participación de la FNE puede depender del mercado en el cual se comete un acto anticompetitivo. En ciertos mercados una acción que atente contra la libre competencia puede tener un mayor impacto en el excedente agregado de la economía o mayor relevancia cuanto el acto ocurre en un mercado regulado, por lo que se debería esperar una mayor participación de la FNE en estas demandas ya sea haciendo requerimiento o apoyando las demandas realizadas por un privado.

A partir de la clasificación de mercado disponible en la base de datos del TDLC, se pueden identificar los siguientes sectores como “importantes”: Aeroportuario, Alimentos (se excluye bebidas no alcohólicas y alcohólicas), Educación, Farmacéutico, Financiero, Salud, Retail, Obras Sanitarias, Telecomunicaciones y Transporte. Otro mercado que se puede identificar a partir de la base es el de los combustibles. Si bien este sector es fundamental en el excedente de la economía, no se considerará entre los “sectores importantes” ya que las mayorías de las demandas son por temas de incumplimiento de contrato entre las distintas franquicias y la empresa que otorga estos derechos.

De los 231 casos, 113 se relacionan a mercados importantes, alrededor de un 75% de las demandas son en los mercados farmacéuticos, telecomunicaciones, transporte y retail.

Acerca de la participación de la FNE en estos casos, tenemos que el porcentaje del total de casos en que la FNE inicia una demanda es de un 30% vs un 17% que se obtiene cuando el mercado no es relevante. Cuando la FNE se hace parte de una demanda privada, el porcentaje de participación cuando el mercado es importante es de 8% aprox., vs un 4% que se obtiene cuando el mercado no es importante. La tabla N°5 resume estos resultados considerando la participación de la FNE en cualquiera de las dos formas posibles.

**Tabla N°5**

| PartFNE/Sector Importante | Sect imp=1        | Sect imp=0        |
|---------------------------|-------------------|-------------------|
| P <sub>ArtFNE</sub> =1    | 37 (32,74%)       | 21 (17,8%)        |
| P <sub>ArtFNE</sub> =0    | 76 (67,26%)       | 97 (82,2%)        |
| <b>Total</b>              | <b>113 (100%)</b> | <b>118 (100%)</b> |

Como resume la tabla, la participación de la FNE es mayor cuando la demanda está relacionada a un mercado que se considera importante desde el punto de vista del efecto que genera en el excedente total de la economía. La participación es aproximadamente de un 32,7% cuando el mercado es importante vs un 17,8% cuando no lo es.

Acerca del fin de los casos, se tiene que un 13% termina en conciliación, un 2% en desistimiento, un 15% en archivo y un 70% se falla. Estos porcentajes son similares a los que se obtienen cuando el sector no es importante. Con respecto al resultado del fallo, cuando el sector es importante la probabilidad de que el fallo sea condenatorio es de un 53% vs un 31%

que se obtiene cuando el mercado no es importante. De acuerdo a esto, se puede afirmar que cuando la demanda tiene un impacto significativo en el excedente total de la economía es más probable que el fallo sea condenatorio.

## 5. Efecto de la Participación de la FNE en el Resultado de las Demandas (Resultados Preliminares)

En la sección anterior se analizaron variables que podían ser determinantes en la participación de la FNE en las distintas demandas por actos anticompetitivos. A continuación se estudia el efecto de la participación de la FNE en los resultados finales de las demandas, de tal manera de comparar estos respecto a aquellos casos en que la FNE no participa y solo lo hacen privados. Esto va a permitir hacer evaluar el de tal enforcement público y privado en los casos de Antitrust para Chile.

La variable de resultado es fav. Como se mencionó anteriormente esta toma el valor 1 cuando el resultado es favorable para el demandante y 0 si no. La Tabla N°6 muestra los coeficientes de distintos modelos planteados para fav usando las variables descritas anteriormente.

**Tabla N°6**

| Ecuación        | (1)                | (2)                | (3) | (4) |
|-----------------|--------------------|--------------------|-----|-----|
| Variables       | fav                | fav                | fav | fav |
| publico         | 0.155<br>(0.120)   | 0.152<br>(0.117)   |     |     |
| Demandantebolsa | -0.134<br>(0.135)  | -0.132<br>(0.135)  |     |     |
| Demandadobolsa  | 0.0696<br>(0.0923) | 0.0673<br>(0.0907) |     |     |

|                                                                |          |          |          |          |
|----------------------------------------------------------------|----------|----------|----------|----------|
| Requerimiento                                                  | 0.376*** | 0.383*** | 0.375*** |          |
|                                                                | (0.110)  | (0.0985) | (0.0954) |          |
| FNEParte                                                       | 0.428*** | 0.431*** | 0.417*** |          |
|                                                                | (0.144)  | (0.142)  | (0.142)  |          |
| conduc                                                         | -0.0189  |          |          |          |
|                                                                | (0.138)  |          |          |          |
| sect_imp                                                       | 0.146*   | 0.146*   | 0.129    |          |
|                                                                | (0.0828) | (0.0828) | (0.0807) |          |
| PartFNE                                                        |          |          |          | 0.403*** |
|                                                                |          |          |          | (0.0823) |
| Observations                                                   | 148      | 148      | 148      | 148      |
| Standard errors in parentheses; *** p<0.01, ** p<0.05, * p<0.1 |          |          |          |          |

De acuerdo a las distintas ecuaciones la participación de la FNE ya sea haciendo requerimiento o haciéndose parte de una demanda privada tiene un efecto positivo y significativo en la probabilidad de que el fallo sea favorable. Mas que la forma de participación de la FNE, importa que está lo haga, es decir, el efecto de hacer requerimiento o de que se haga parte de una demanda privada es similar. La Ecuación N°4 muestra los resultados mencionados, es decir, la participación de la FNE aumenta la probabilidad de que el fallo sea favorable en un 40% aprox.

La Tabla N°7 muestra el efecto de la participación de la FNE en los casos que terminan en finfallo. La variable dependiente es finfallo, que como se mencionó anteriormente esta toma el valor uno cuando el fallo es condenatorio y 0 si no.

**Tabla N°7**

| Ecuación        | (1)      | (2)      | (3)      | (4)      |
|-----------------|----------|----------|----------|----------|
| Variables       | Finfallo | Finfallo | Finfallo | Finfallo |
| publico         | 0.158    | 0.152    |          |          |
|                 | (0.134)  | (0.132)  |          |          |
| Demandantebolsa | -0.108   | -0.107   |          |          |
|                 | (0.195)  | (0.195)  |          |          |
| Demandadobolsa  | 0.117    | 0.113    |          |          |
|                 | (0.107)  | (0.106)  |          |          |

|                                                               |          |          |          |          |
|---------------------------------------------------------------|----------|----------|----------|----------|
| Requerimienro                                                 | 0.304**  | 0.318*** | 0.307*** |          |
|                                                               | (0.119)  | (0.106)  | (0.102)  |          |
| FNEParte                                                      | 0.382*** | 0.384*** | 0.387*** |          |
|                                                               | (0.144)  | (0.143)  | (0.141)  |          |
| conduc                                                        | -0.0438  |          |          |          |
|                                                               | (0.160)  |          |          |          |
| sect_imp                                                      | 0.178*   | 0.178*   | 0.169*   |          |
|                                                               | (0.0954) | (0.0954) | (0.0937) |          |
| PartFNE                                                       |          |          |          | 0.353*** |
|                                                               |          |          |          | (0.0895) |
| Observations                                                  | 118      | 118      | 118      | 118      |
| Standard errors in parentheses,*** p<0.01, ** p<0.05, * p<0.1 |          |          |          |          |

La FNE aumenta la probabilidad de que el fallo sea condenatorio, de acuerdo a las ecuaciones, el efecto es mayor cuando la FNE se hace parte de una demanda privada. La probabilidad de que el fallo sea condenatorio aumenta en un 35% cuando la FNE participa del proceso.

En resumen, la probabilidad de que el resultado de la demanda sea favorable para el agente que esta denunciando una acción anticompetitiva aumenta cuando la FNE se hace parte del proceso vs a si este lo hace de forma independiente.

Como se mencionó anteriormente, la selección de casos por parte de la FNE debe formar parte de una planificación estratégica, por lo que los parámetros obtenidos en las ecuaciones anteriores pueden estar sesgados. Por ejemplo, la FNE puede seleccionar aquellos casos en que la probabilidad de ganar sea mayor, por lo que se sobreestimaré la efectividad de la FNE por sobre los privados.

En este sentido, se trabajará con variables instrumentales para modelar la participación de la FNE y de esta manera poder tener una estimación robusta. Los instrumentos a utilizar serán los analizados en la sección anterior: tipo de conducta (Abuso de Posición Dominante o Colusión, Demandado Bolsa, Demandante Publico y Mercado Importante)

La Tabla N°8 presenta los coeficientes con su respectiva significancia al estimar un modelo probit considerando como variable dependiente la participación de la FNE (se considera la forma de requerimiento y cuando participa de una demanda privada) y como variables independientes los instrumentos mencionados.

**Tabla N°8**

| Ecuación | (1) | (2) | (3) | (4) |
|----------|-----|-----|-----|-----|
|----------|-----|-----|-----|-----|

| Variables                                                     | fne_part  | fne_part | fne_part | fne_part  |
|---------------------------------------------------------------|-----------|----------|----------|-----------|
| publico                                                       | -0.0413   | -0.152** | -0.126** |           |
|                                                               | (0.0806)  | (0.0611) | (0.0635) |           |
| ddo_bolsa                                                     | 0.00518   | -0.0909  |          |           |
|                                                               | (0.0656)  | (0.0578) |          |           |
| conduc                                                        | -0.665*** |          |          | -0.680*** |
|                                                               | (0.0818)  |          |          | (0.0733)  |
| sect_imp                                                      | 0.110*    | 0.141**  | 0.135**  |           |
|                                                               | (0.0609)  | (0.0570) | (0.0569) |           |
| Observations                                                  | 231       | 231      | 231      | 231       |
| Standard errors in parentheses;*** p<0.01, ** p<0.05, * p<0.1 |           |          |          |           |

La Estimación N°3 es la de mejor resultados, dada la cantidad de instrumentos y su significancia. Por lo tanto, se tiene que cuando el demandado es una agencia pública como una municipalidad o un ministerio disminuye la probabilidad de que la fiscalía participe ya sea haciendo requerimiento o haciéndose parte de una demanda privada y cuando el sector se considera importante, de acuerdo a la definición realizada anteriormente, aumenta la probabilidad de participación de la FNE.

En la estimación N°4 también se obtienen resultados significativos al regresionar la variable partfne con respecto a la conducta anticompetitiva. Cuando las demandas son por Abuso de Posición Dominante existe una menor probabilidad de participación de la agencia pública vs cuando la conducta es de colusión entre empresas. Estos resultados están acordes a la literatura de enforcement público y privado analizada en las secciones anteriores.

Dado estos resultados se estimo un probit utilizando las variables instrumentales: público y sect imp. La Tabla N°9 muestra el efecto que tiene la participación de la FNE, ya sea haciendo requerimiento o haciéndose parte de una demanda privada, y la conducta que se acusa en la probabilidad de que el fallo sea favorable, instrumentalizando la participación de la FNE.

**Tabla N°9**

| Variables | Fav      |
|-----------|----------|
| PartFNE   | 0.771*** |
|           | (0.0873) |
| conduc    | 0.302**  |

|                                                               |         |
|---------------------------------------------------------------|---------|
|                                                               | (0.138) |
| Observations                                                  | 148     |
| Standard errors in parentheses;*** p<0.01, ** p<0.05, * p<0.1 |         |

Al corregir por variables instrumentales, la participación de la FNE es fundamental en el resultado del fallo. Cuando la FNE hace requerimiento o se hace parte de una demanda privada aumenta la probabilidad de que la demanda termine en conciliación entre las partes y el fallo sea condenatorio. La participación de la FNE aumenta en un 70% la probabilidad de que el fallo sea favorable. El efecto que se obtiene al utilizar variables instrumentales es mayor vs a cuando no se corrige.

Este resultado es indicio de que no existe sesgo de selección en la decisión de participación de la FNE. Para esto se realizó el test de Hausman, con lo cual se comprueba lo planteado.<sup>8</sup> se comprueba que las estimaciones más consistentes son las obtenidas al no controlar por VI.

Estos resultados demuestran que no hay una selección estratégica de los casos por parte de la FNE, por lo que los resultados de las Tablas N°6 y N°7 no estarían sesgados. De esta manera se comprueba que el enforcement público de las leyes de antitrust es superior al enforcement privado. La participación de la FNE tiene efectos positivos en la resolución de actos anticompetitivos.

---

<sup>8</sup> Ver Anexo 1

## 6. Conclusiones

A partir de los datos entregados por el Tribunal de Libre Competencia acerca de las demandas por acciones anticompetitivas se modeló la participación de la FNE. Algunas conclusiones que es importante mencionar es el hecho de que en el sistema chileno existe una alta participación de los privados en casos de libre competencia, la mayoría de las demandas son iniciadas y terminadas por lo privados de forma independiente, existe un 27% aprox. de participación de la agencia pública, considerando los requerimientos y la participación en demandas privadas.

Acerca de las variables que determinan la participación de la FNE se puede mencionar que la conducta anticompetitiva es determinante, es decir, la FNE participa más en casos de colusión que en casos de abuso de posición dominante. Estos resultados son coherentes con la literatura, que señala que cuando la acción anticompetitiva es por colusión de empresas la víctima puede ser difícil de identificar, ya que involucra a muchos consumidores que por motivos de costo-beneficio y de free-rider hacen imprescindible la labor de la agencia pública.

Como variable de tamaño se consideró la cotización en bolsa de las empresas involucradas en los casos, de acuerdo a la información suministrada por la Superintendencia de Valores y Seguros. Si bien los resultados no son significativos, se puede destacar el hecho de que la FNE participa menos en casos en que tanto demandante como demandado sean SAA y aumenta la participación cuando el demandante no es SAA y el demandado sí. El hecho de que la FNE participe menos en casos donde el demandante es una SAA nos habla de una optimización de recursos por parte de esta.

El hecho de que el demandado sea una agencia pública y el sector en el que se establece la demanda sea considerado como importante desde el punto de vista del impacto que puede tener en el excedente total un acto anticompetitivo, son determinantes de la participación de la FNE. La primera variable disminuye la probabilidad de participación y el sector aumenta la participación de la FNE.

Finalmente, el efecto de la participación de la FNE en los casos de libre competencia tiene efecto positivo en la resolución de las demandas por sobre los privados. De esta manera se comprueba un mayor enforcement público en las leyes de antitrust en comparación al privado.

Para futuros estudios se recomienda disponer de mejores datos de tamaño, tales como las ventas anuales de las empresas involucradas o el número de empleados, y otras variables que

se puedan utilizar de control. De esta forma, se podrá optar por un mayor set de instrumentos para corroborar los resultados obtenidos en el presente estudio.

## **Referencias**

## Anexo 1

### Test de Hausman

|          | Coefficients |               | (b-B)<br>Difference | sqrt(diag(V_b-V_B))<br>S.E. |
|----------|--------------|---------------|---------------------|-----------------------------|
|          | (b)<br>tres  | (B)<br>cuatro |                     |                             |
| fne_part | 1.906652     | 1.124385      | .7822668            | .60371                      |

b = consistent under Ho and Ha; obtained from ivprobit  
 B = inconsistent under Ha, efficient under Ho; obtained from probit

Test: Ho: difference in coefficients not systematic

chi2(1) = (b-B)'[(V\_b-V\_B)^(-1)](b-B)  
 = 1.68  
 Prob>chi2 = 0.1951