

EL IMPACTO DE LA PERSECUCIÓN PÚBLICA EN LOS JUICIOS DE LIBRE COMPETENCIA EN CHILE*

Aldo González

Universidad de Chile

Alejandro Micco

Universidad de Chile

Constanza Caicha

Ministerio de Desarrollo Social

Resumen: El artículo busca medir el impacto de la Fiscalía Nacional Económica en los juicios de libre competencia en Chile. Usando la estadística de litigios, a partir del momento en que el Tribunal fue creado, se obtiene que la participación de la agencia pública aumenta en 44 puntos porcentuales la probabilidad de lograr un veredicto culpable en una demanda

ALDO GONZÁLEZ. Doctor en Economía, Universidad de Toulouse, Francia. Profesor del Departamento de Economía, Universidad de Chile. Email: agonzalez@econ.uchile.cl.

ALEJANDRO MICCO. Doctor en Economía, Universidad de Harvard, EE. UU. Profesor del Departamento de Economía, Universidad de Chile. Email: amicco@econ.uchile.cl.

CONSTANZA CAICHA. Magíster en Análisis Económico, Universidad de Chile. Ministerio de Desarrollo. Email: ccaicha@desarrollosocial.cl.

* Los autores agradecen los comentarios de Francisco Agüero, Julio Pellegrini, Patricio Rojas y de los participantes en el Seminario del Centro de Estudios Públicos.

por prácticas anticompetitivas. Condicional a que la causa termine en fallo, el involucramiento de la Fiscalía incrementa en 38 puntos porcentuales la probabilidad de una condena. Los resultados son robustos ante posibles sesgos de selección por parte de la Fiscalía y se mantienen así cuando se incluye la participación y resolución de la Corte Suprema. Se observa también una inclinación de la agencia a participar en casos que involucran mercados sensibles y en acusaciones por colusión. El carácter estatal de la entidad acusada y sus dimensiones no afectarían la probabilidad de intervención de la Fiscalía en una causa.

Palabras clave: libre competencia, persecución pública, litigación.

Clasificación JEL: K21, K41, K42.

Recibido: agosto 2013; **aceptado:** noviembre 2013.

THE IMPACT OF PUBLIC PROSECUTION ON ANTITRUST TRIALS IN CHILE

Abstract: *The article seeks to measure the impact of the National Economic Prosecution Agency on antitrust trials in Chile. Using trial statistics, considering the timeline from the moment the tribunal was created, the involvement of the economic prosecutor shows an increase of 44 percent on the probability of conviction on an antitrust lawsuit. On the condition that the trial will end up with a ruling, statistics show an increase of 38 percent on the probability of conviction when the economic prosecutor gets involved. The results are robust in showing possible “selection-bias” on the part of the prosecution, something that is so when the Supreme Court gets involved and rules. The article also shows a tendency on the part of the prosecution to get involved in cases of sensitive markets and allegations of collusion. The fact that the indicted is a state institution or its size do not affect the probability of the Prosecution getting involved.*

Keywords: Antitrust, Public Enforcement, Private Enforcement, Litigation.

JEL Classification: K21, K41, K42.

Received: August 2013; **accepted:** November 2013.

1. Introducción

Uno de los temas que concitan mayor debate en la aplicación de las leyes de libre competencia es la importancia que debe tener el *enforcement* público en relación con el privado¹. En los Estados Unidos la mayor parte de las acciones legales referidas a casos de competencia son emprendidas por particulares, 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 agencia pública —Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE o simplemente Fiscalía)— como los entes privados puedan iniciar causas por faltas a la libre competencia.

Nuestro artículo busca medir el impacto de la agencia pública responsable de resguardar la competencia en Chile. El sistema institucional chileno, por su formato adversarial, ofrece condiciones propicias para realizar comparaciones de efectividad entre las acciones públicas y privadas en casos de libre competencia. Las sanciones a empresas por conductas anticompetitivas, así como las prohibiciones u obligaciones impuestas a éstas deben ser resueltas a través de un juicio. Los procedimientos judiciales pueden ser iniciados ya sea por la agencia pública —FNE— como por particulares afectados por la acción de terceros. El organismo que resuelve es un tribunal especializado en *antitrust*, el cual no tiene relación administrativa alguna con el ente persecutor. Aparte de las facultades de investigación que le confiere la ley a la Fiscalía, esta entidad no posee ventajas de procedimiento en los juicios ante el Tribunal respecto de los privados.

Usando la estadística de juicios presentados ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (al que llamaremos indistintamente por este nombre legal, la sigla TDLC o simplemente Tribunal), desde su creación en el año 2004 hasta el 2013 comparamos los resultados de los juicios donde participa la FNE versus aquellos donde no se hace parte. Si la demanda solo es presentada por privados, la probabilidad de condena es de 15%. Si es la Fiscalía quien inicia un juicio, o se hace

¹ La traducción al castellano del término *enforcement* es: aplicación de la ley o supervisión del cumplimiento de la ley. En lo que sigue del artículo emplearemos el término *enforcement* para referirnos a las acciones legales emprendidas por agencias públicas o entes privados en contra de quienes violan las leyes de libre competencia.

parte de él, la probabilidad aumenta a 55%. Considerando solo las causas concluidas en fallo, las demandas de privados obtienen un 27% de condenas, versus 64% por parte de la agencia pública. Este resultado se mantiene robusto ante posibles sesgos de selección de la FNE respecto al tipo de casos en que decide participar.

Los resultados obtenidos no se deben al sesgo de selección de los juicios por parte de la Fiscalía. Al usar variables instrumentales para controlar por autoselección, la probabilidad de un fallo condenatorio cuando la Fiscalía se hace parte se ve incluso aumentada.

Nuestras estimaciones respaldarían la tesis de superioridad del *enforcement* público sobre el privado. De acuerdo a las explicaciones que provee la teoría, el mejor resultado del *enforcement* público puede residir en la superior *expertise* de la agencia pública acerca de la aplicación de los principios de libre competencia. Ello permitiría a la Fiscalía defender mejor sus causas ante el Tribunal. Otra posible razón es el uso estratégico de los juicios por parte de los privados, de modo tal que la motivación de las demandas no es solo obtener un resultado favorable. Con la información que se dispone, no es posible concluir cuál es la causa preponderante detrás de esta mayor efectividad de la acción pública.

Respecto a los factores que inciden en la participación de la FNE en un juicio, la estadística demuestra que es más probable que la FNE inicie acciones legales cuando la acusación es por colusión, el mercado afectado es considerado “sensible” y el acusado no es una empresa que cotiza en bolsa. Esta última variable puede considerarse como una *proxy* del tamaño de la empresa acusada.

El carácter estatal de la acusada —empresa pública, ministerio o municipalidad— no incide en la decisión de la Fiscalía para hacerse parte de un juicio. Se descartaría así un sesgo de captura que inhiba a la agencia pública de actuar en contra de otras entidades que también son parte del Estado.

Las implicancias de política que se desprenden de los resultados apuntan a un fortalecimiento del sistema público de fiscalización, y no a inducir un aumento de la litigación privada como mejor medio para lograr una mayor efectividad del sistema de protección de la competencia en Chile.

El artículo se estructura de la siguiente forma. En la sección dos se realiza una revisión de la literatura acerca de la comparación entre el

enforcement público y el privado en libre competencia. El énfasis de la sección está puesto en resumir las distintas teorías que explican las ventajas relativas de un tipo de *enforcement* sobre el otro. La sección tres describe el sistema de libre competencia en Chile en lo que al procedimiento de presentación y desarrollo de juicios se refiere. En la sección cuatro se describen los datos y se analizan los factores que inciden en la probabilidad que la Fiscalía intervenga en un juicio. En la sección cinco se estima el impacto de la participación de la Fiscalía en la probabilidad que la empresa acusada sea declarada culpable. La sección seis presenta las conclusiones.

2. Teorías sobre *enforcement* público y privado

De acuerdo a la literatura, la primera diferencia entre el *enforcement* público y el privado la constituye la motivación. En libre competencia, una empresa emprenderá un juicio con el objetivo de detener una acción anticompetitiva de la que está siendo víctima, pero también para obtener compensaciones por el perjuicio ya sufrido. Una agencia pública actuará cuando estime que el caso constituye una violación lo suficientemente grave a la ley de *antitrust*. Los objetivos de beneficio privado y bienestar social, perseguidos respectivamente por cada parte, no siempre serán congruentes. Las diferencias entre ambos serán tanto de naturaleza como de intensidad. Al respecto, la posibilidad de obtener retribuciones que superen el perjuicio sufrido, como son los triples daños en los Estados Unidos, es un poderoso mecanismo conducente al *enforcement* privado en libre competencia.

La divergencia entre los objetivos de ambos tipos de *enforcement* queda de manifiesto si nos enfocamos en el fin disuasivo de las sanciones. En principio, una empresa que ha sido víctima de una acción anticompetitiva y cuyo daño no es recuperable, deseará emprender un juicio solo si puede obtener compensaciones por el perjuicio sufrido. En cambio una agencia pública perseguirá el caso debido al efecto demostrativo de la sanción ante una acción anticompetitiva y su impacto disuasivo futuro. Como señalan Segal y Whinston (2005), el *enforcement* público, al estar más centrado en la disuasión, será *forward looking* y por lo tanto tendrá un mayor compromiso para iniciar juicios incluso en casos donde el daño competitivo es irreversible. Se podría argumentar que las empresas también desearán actuar orientadas hacia

adelante, a fin de construirse una reputación de reaccionar de modo agresivo si son víctimas de un acto anticompetitivo. Sin embargo, es probable que el efecto reputación sea más fuerte en las agencias públicas que en las empresas, puesto que dentro de la función de las primeras se halla la disuasión de prácticas similares en todas las industrias. Mientras que una empresa solo se preocupará de impedir acciones en contra de ella.

La información es otra dimensión relevante en el análisis comparativo entre tipos de *enforcement*. En términos amplios, por información se entiende el conocimiento sobre la ocurrencia y el entorno 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 su parte, las agencias públicas 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 (2005) 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 aquellas donde se aplican prohibiciones *per se*. En el primer caso, junto con las circunstancias propias, 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 tienen las empresas sobre la agencia pública no implica que esta 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 a las firmas involucradas en un cartel a entregar información es la delación compensada. Sin embargo, en una buena parte de los casos con condena por colusión las pruebas se obtienen por inspecciones realizadas por las respectivas agencias de competencia².

Por otro lado, las agencias públicas usualmente están dotadas de facultades especiales para investigar, lo que les permite acceder a mejor información, respecto a las posibilidades que tendría un privado al momento de presentar una demanda³.

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 ser diversos, pero en general buscan debilitar a los 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 causa⁴. 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 ac-

² También, como demuestra la literatura, la capacidad propia de investigación de la agencia en casos de colusión es complementaria a la confesión voluntaria de las partes. Lo que induce a las firmas participantes en un cartel a confesar es el riesgo de que la otra confiese o de que la agencia obtenga las pruebas inspeccionando las sedes de las empresas bajo investigación.

³ En Chile, la Fiscalía posee poderes especiales para requerir información en una investigación o juicio. Un privado que inicia una demanda contra un tercero solo puede acceder a tal información si el Tribunal lo autoriza.

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

tos anticompetitivos, como contrapartida incentiva el uso estratégico de los juicios de libre competencia en contra de rivales.

McAfee *et al.* (2008) desarrollan un modelo que compara ambos tipos de *enforcement*. Para ello, explotan el *trade-off* inherente al *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.

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 aquellas causas que correspondan, quedando así casos que por restricciones de recursos no serán llevados ante las cortes.

El problema de agencia se define como la divergencia entre la acción de la agencia pública y la misión definida para ella por ley. Dicha incongruencia de misión y de acción se origina en la asimetría de información entre las autoridades de la agencia y quienes deben supervisar su función⁵. Tal problema puede conducir a las autoridades del organismo a alinear sus objetivos con la industria que regula o con grupos o audiencias con interés en las acciones de la institución. A este fenómeno se le conoce como “captura regulatoria”, el cual es un mal inherente de las agencias que supervisan industrias.

La captura puede expresarse de diversas formas. La agencia puede omitirse de actuar en casos donde sea de interés público que lo realice, o bien puede emprender acciones donde no hay daño competitivo alguno. Dependiendo del tipo de ofensa anticompetitiva, la acción privada puede contrarrestar ambos tipos de sesgos inducidos por el comportamiento no benevolente de la agencia.

⁵ El concepto de costo agencia fue introducido en la literatura económica por Jensen y Meckling (1976) en el marco de la relación contractual entre los propietarios de una empresa y quien la administra.

Debe mencionarse que la captura de la agencia de libre competencia por parte de los supervisados es menos probable que ocurra respecto al caso de organismos que regulan una industria específica. Una de las explicaciones de la captura es el fenómeno de la puerta giratoria (*revolving door*). Dado su carácter generalista, las agencias de libre competencia supervisan por defecto todos los mercados y por lo tanto el futuro laboral de sus máximas autoridades no está ligado a una industria en particular.

El problema de agencia también se manifiesta en las distorsiones que introduce en las decisiones de las autoridades respecto a la asignación de recursos entre las distintas tareas que la institución debe ejecutar. Como señala Tirole (1994), las burocracias, por el tipo de funciones que realizan y la ausencia de referencias comparativas, presentan problemas para medir el desempeño de sus autoridades.

Así, al momento de decidir cuáles causas tomar, la agencia puede priorizar aquellas que son más fáciles de ganar en vez de las que revisitan mayor gravedad en términos competitivos. De esta forma las autoridades logran señalar su habilidad ante quienes evalúan su desempeño o ante la industria para así advertir su capacidad de litigar. Otro posible sesgo es perseguir solo los casos de mayor impacto público, en términos del tipo de mercado y número de consumidores afectados, independiente del mérito mismo del caso.

Acción pública versus privada según tipo de falta anticompetitiva

La ventaja relativa del *enforcement* público respecto del privado dependerá también del tipo de ofensa competitiva que estemos analizando. Actos contrarios a la competencia que dañen a múltiples empresas o individuos crearán externalidades en las acciones legales que estos emprendan, lo que puede resultar en un nivel subóptimo de *enforcement* privado.

En una acusación sobre abuso de posición dominante, donde la víctima es una sola empresa, el *enforcement* privado debiera ser suficiente, tanto desde el punto de vista de las ventajas de información para detectar las faltas, como por los incentivos a emprender acciones legales contra la firma agresora. La empresa víctima será reclamante residual de todo el esfuerzo realizado en el juicio, ya sea por detener la acción ilegal a tiempo como por posibles compensaciones.

El caso opuesto, con fuertes externalidades en el *enforcement*, es la colusión entre empresas que venden en el mercado minorista. Las víctimas serán clientes cuyo daño individual percibido será bajo, pero que a nivel agregado el perjuicio debido al sobreprecio puede ser significativo. En tal situación, cada individuo afectado no tendrá incentivos para iniciar un juicio a fin de lograr una compensación, no obstante a nivel social sí sería conveniente que la acción legal fuese iniciada. El *enforcement* público actuaría entonces como bien público, favoreciendo a todos los potenciales afectados por la colusión entre empresas.

Externalidades entre partes, con un resultado subóptimo en *enforcement* privado, suceden también en casos de abusos de posición dominante, en donde las víctimas son más de una empresa⁶. Los problemas de *free-riding* se exacerban aún más si las afectadas son pequeñas empresas que no disponen de recursos para enfrentar los costos de un juicio en contra de una gran empresa.

La acción privada tampoco será suficiente cuando los afectados, por temor a represalias, no desean públicamente acusar a empresas que llevan a cabo prácticas abusivas en contra de ellas. Este es el caso de una empresa dominante que posee un insumo esencial y que lo ofrece en condiciones desmedidas a terceros. Otro ejemplo es la exigencia de exclusividad o de ventas atadas por parte de un proveedor dominante a pequeños comercios minoristas. En ambos ejemplos, la empresa que es cliente de la dominante puede temer que se dañe la relación comercial entre ambos en caso de una demanda judicial.

El *enforcement* público se requiere incluso en casos donde una disputa entre dos o más partes termina en conciliación. En principio, si las partes en litigio logran un acuerdo, no se justificaría mantener el juicio. Sin embargo, que las partes acuerden una solución que satisfaga a todos no implica necesariamente que ésta se ajuste a la legalidad. Es posible que terceras partes, como consumidores u otras empresas no involucradas directamente en la disputa, se vean afectadas por los términos de la conciliación. Por ejemplo, una disputa por exigencia de exclusividad se solucionaría si la empresa dominante traspasa algo de las rentas a los distribuidores a cambio de la exclusividad en la venta. Si bien el acuerdo es satisfactorio para las partes involucradas directamente en el litigio, éste podría ser excluyente para potenciales entrantes que deseen vender a través de los canales minoristas que aceptan la

⁶ Ver Polinsky (1980)

exclusividad. Otro ejemplo lo constituyen disputas por interconexión entre redes de telecomunicaciones, donde las empresas pueden acordar conexión mutua, pero en una forma tal que la competencia se debilite debido a los altos cobros de interconexión⁷.

3. 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 resolución⁸.

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, promover 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 el que juzga y resuelve en primera instancia en los casos de faltas a la competencia. El TDLC es una corte especializada en resolver litigios relativos a libre competencia, que está compuesta por cinco miembros, tres de los cuales deben ser abogados y dos economistas. Las decisiones del TDLC son apelables ante la Corte Suprema⁹.

La FNE no posee atribuciones para aplicar sanciones 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 sean acusatorias o de consultas ante el TDLC.

La explicación de esta configuración particular puede encontrarse en la tradición legalista del país, tradición conforme a la cual las

⁷ Si el acuerdo incluye tarifas de interconexión muy altas, éstas se traspasarán a usuarios en forma de precios más altos, incrementando así los beneficios de las empresas.

⁸ La República de Sudáfrica cuenta con una institucionalidad similar a la chilena, donde se separan los roles de persecución y de sanción.

⁹ Técnicamente, las apelaciones por decisiones del TDLC se denominan “recursos de reclamación”.

medidas del Estado que afecten la libertad de las empresas deben ser resueltas mediante el formato de un juicio. 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 por la comisión de prácticas anti-competitivas. Los agentes privados cuentan con los mismos derechos y prerrogativas con que goza 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 un caso, como señala la ley, pueden iniciar juicios o realizar consultas no litigiosas en defensa del interés público¹⁰.

Los particulares, a través de un juicio, pueden demandar que el TDLC ordene el término de acciones anticompetitivas en contra suya, ya sea temporal o de modo permanente. Asimismo, 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.

Los juicios por indemnización de perjuicios derivados de prácticas lesivas a la competencia son conocidos por juzgados civiles y tienen su propio procedimiento. A diferencia de lo que sucede en Estados Unidos, 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 causado¹¹.

¹⁰ Por ejemplo, la asociación de consumidores CONADECUS presentó 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.

¹¹ El Código Civil emplea los conceptos de “daño emergente y lucro cesante” para estimar los daños causados por terceras partes en disputas comerciales.

De acuerdo a lo planteado en la sección anterior, el sistema chileno provee menos incentivos a particulares para realizar demandas que en aquellas jurisdicciones donde los afectados pueden optar a daños triples como es el caso de los Estados Unidos. En Chile, la motivación de privados para iniciar juicios sería el obtener el cese de acciones que le perjudican, el evitar que éstas 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 infligió.

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. No es evidente que para solicitar compensaciones por daños sea necesario que las empresas afectadas se hayan hecho parte en el juicio de libre competencia. En este sentido, podría 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.

4. Descripción de los datos

Los datos sobre inicios y términos de causas judiciales así como el tipo de participación de la Fiscalía en ellas son extraídos de la base de datos sobre procedimientos contenciosos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. La base contiene los casos vistos por el Tribunal desde su fundación en el año 2004 hasta la presente fecha. En total hay 202 juicios presentados, de los cuales 187 han finalizado. Al ser un tribunal especializado y único a nivel nacional, cualquier demanda por faltas a la competencia debe ser ingresada a esta sede judicial. Por consiguiente, la base de datos que emplearemos cuenta con la información completa, a nivel del país, de los juicios iniciados y de la forma en que concluyeron¹².

¹² En otras jurisdicciones, con sistemas más descentralizados, los juicios en materias de libre competencia pueden ser iniciados en tribunales civiles de carácter local.

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 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.

Las estadísticas demuestran que el 76% de los juicios son iniciados por particulares. La Fiscalía a su vez toma un rol activo en el 30% de los casos, de los cuales un 24% los inicia ella, mientras que en el 6% se hace parte, respaldando al demandante.

TABLA N° 1: DEMANDAS PRESENTADAS ANTE EL TRIBUNAL ENTRE 2004 Y 2013

Año	Total demandas	Participación de FNE		Tipo de participación de FNE	
		Casos	%	Inicia	Parte
2004	47	13	28	5	8
2005	21	9	43	7	2
2006	32	5	16	4	1
2007	18	7	39	7	0
2008	31	9	29	8	1
2009	12	6	50	6	0
2010	15	2	13	2	0
2011	15	7	47	7	0
2012	9	2	22	2	0
2013	2	1	50	1	0
Total	202	61	30	49	12

Fuente: Estadísticas TDLC.

A pesar de no existir amplificación de daños, los privados tienen un rol protagónico en las demandas por libre competencia en Chile. En Estados Unidos con un sistema de triples daños, el porcentaje de inicio de juicios por privados alcanza al 90%, mientras que en Alemania es de 50% aproximadamente¹³.

En cuanto al tipo de falta anticompetitiva, los litigios pueden ser por abuso de posición dominante o colusión. Según muestra la estadística, la gran mayoría de las demandas —el 86%— son por abuso de posición dominante. En los casos de colusión, la Fiscalía participa en el 89% de ellas. Por el contrario, en las acusaciones por abuso de posición dominante se observa un patrón asimétrico, pues en el 79% de los casos los demandantes son exclusivamente privados. A priori, estas cifras respaldarían la hipótesis del mayor valor del *enforcement* público en casos de colusión que en abuso de dominio de mercado, debido al inherente problema de *free-riding* de los afectados por acciones colusivas.

El tamaño de las empresas involucradas puede también tener alguna incidencia en la decisión de la agencia pública. Según se argumentaba en la sección anterior, las empresas pequeñas sufren de limitación de recursos que son necesarios para sostener un juicio en contra de una gran empresa, lo cual torna más importante la participación de la Fiscalía. Como no se dispone de información sobre tamaño de empresa, ya sea en ventas o valor de activos, emplearemos como variable *proxy* de tamaño a la presencia de la empresa en la bolsa. El supuesto implícito que justifica el uso de esta variable es que las empresas que cotizan en bolsa son en general de mayor tamaño que aquellas que no.

TABLA N° 2: DEMANDAS SEGÚN TIPO DE ACUSACIÓN

Tipo de acusación	Total demandas		Participación Fiscalía	
	Casos	%	Casos	%
Colusión	28	14	25	89
Abuso posición dominante	174	86	36	21
Total	202	100	61	30

Fuente: Estadísticas TDLC.

¹³ Ver Peyer (2012) para Alemania y Hylton (2003) para los EE. UU.

TABLA N° 3: PARTICIPACIÓN DE LA FISCALÍA SEGÚN TAMAÑO DE EMPRESA INVOLUCRADA

Tipos de firmas involucradas	Total casos		Participación Fiscalía	
	Número	%	Número	%
Ninguna en bolsa	120	59	37	31
Solo demandado en bolsa	62	31	23	37
Solo demandante en bolsa	10	5	1	10
Ambas en bolsa	10	5	0	0
Total	202	100	61	30

Fuente: Estadísticas TDLC.

La FNE tendría una leve inclinación a participar más cuando la empresa acusada tiene presencia en bolsa. Cuando el demandante está en bolsa, por el contrario, la Fiscalía tiende a hacerse menos presente. Se debe mencionar que en este último caso los datos solamente muestran los casos en que la FNE se hace parte de un juicio que ha sido iniciado por una empresa.

Puede existir un sesgo a la no participación de la Fiscalía cuando el demandado es una institución pública. Ésta puede ser un ministerio, agencia regulatoria, empresa pública o municipalidad. La conjetura es que la Fiscalía se inhibiría de actuar cuando la parte acusada es una entidad que, al igual que ella, es parte del Estado. Los datos muestran que la Fiscalía se hace parte en el 16% de los casos cuando el demandado es una institución pública, comparado con el 34% cuando no lo es (Tabla N° 4).

Finalmente analizaremos si el tipo de mercado involucrado incide en la participación de la Fiscalía. La Tabla N° 5 muestra las deman-

TABLA N° 4: PARTICIPACIÓN DE LA FISCALÍA Y CARÁCTER PÚBLICO DEL DEMANDADO

Demandado	Total casos		Participación Fiscalía	
	Número	%	Número	%
No	163	81	55	34
Sí	39	19	6	15
Total	202	100	61	30

Fuente: Estadísticas TDLC.

TABLA N° 5: DEMANDAS INICIADAS SEGÚN MERCADO

Mercado afectado	Sector sensible	Casos		Participación Fiscalía		Abuso posición dominante
		Número	%	Número	%	
Alimentos	Sí	10	5,0	3	30	80
Artículos deportivos	No	1	0,5	0	0	100
Bebidas	No	3	1,5	1	33	100
Combustibles	No	15	7,4	1	7	87
Computación	No	1	0,5	0	0	100
Concesiones	No	11	5,4	2	18	100
Editorial	No	4	2,0	0	0	100
Educación	Sí	3	1,5	1	33	100
Electrónica	No	4	2,0	0	0	100
Eléctrico	No	9	4,5	2	22	100
Entretenimiento	No	2	1,0	2	100	100
Farmacéutico	Sí	15	7,4	3	20	93
Financiero	Sí	7	3,5	4	57	86
Juegos de azar	No	1	0,5	0	0	100
Juguetes	No	1	0,5	0	0	100
Material construcción	No	4	2,0	1	25	75
Obras sanitarias	No	3	1,5	1	33	100
Otros	No	19	9,4	4	21	84
Portuario	No	6	3,0	2	33	83
Previsión social	Sí	2	1,0	1	50	50
Residuos	No	10	5,0	4	40	100
<i>Retail</i>	Sí	13	6,4	4	31	92
Ropa y calzado	No	2	1,0	0	0	100
Salud	Sí	4	2,0	3	75	50
Tabaco	No	2	1,0	1	50	100
Telecomunicaciones	Sí	27	13,4	8	30	96
Transporte	Sí	19	9,4	12	63	47
Vehículos motorizados	No	4	2,0	1	25	50
Total		202	100,0	61	30	86

Fuente: Elaboración propia en base a datos del TDLC.

das presentadas separadas por industria de acuerdo a la clasificación realizada por la Fiscalía Nacional Económica. A su vez, se identifica si el mercado se considera como sensible o no. Definimos un mercado como sensible si sus productos son considerados de primera necesidad o bien son consumidos por la mayor parte de la población. Pertencerían a la categoría de sensible los sectores de alimentos, educación, farmacéutico, financiero, previsión social, *retail*, salud, telecomunicaciones y transporte.

La importancia del mercado afectado fue reconocida formalmente por la antigua ley de libre competencia en Chile. La sanción penal por colusión —existente en esa época— se aumentaba en un grado de gravedad si el delito ocurría en la venta de artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud¹⁴. Es común también que la Fiscalía haga mención explícita a la sensibilidad del mercado afectado, tanto en sus requerimientos contra empresas por acciones anticompetitivas como a través de comunicaciones ante los medios¹⁵. Otra referencia para clasificar un servicio como de alto impacto es la estadística de quejas de clientes ante el Servicio Nacional de Protección al Consumidor¹⁶.

Al agregar los datos, clasificándolos entre industrias sensibles y no, se observa que la Fiscalía efectivamente tiende a enfocarse en las industrias consideradas como sensibles. La agencia pública se hace parte en el 39% de las causas que involucran mercados denominados sensibles, mientras que solo participa en el 21% de los casos que afectan el resto de los mercados.

El análisis bivariado hasta ahora expuesto puede presentar sesgos de variables omitidas. Por ejemplo, la menor participación de la Fiscalía

¹⁴ Artículo 1°, Decreto Ley 2760 de 1979.

¹⁵ En el requerimiento contra diversas empresas de buses para transporte interurbano por colusión (2011), la Fiscalía argumenta sobre la gravedad de la falta señalando: “Máxime cuando afecta el funcionamiento del mercado en materia de servicios que es esencial para la comunidad”.

En entrevista concedida al diario *Estrategia*, la autoridad máxima de la Fiscalía, Felipe Irrarrázabal, señala que, después del fallo de la Corte Suprema en el caso de colusión de las farmacias, “es necesario mirar mercados tan sensible y de alto impacto como los laboratorios y las farmacias”. Septiembre 11 del 2012.

¹⁶ De acuerdo a los datos del Servicio (SERNAC), los cuatro primeros servicios con más reclamos son: servicios financieros, tiendas de departamentos, telecomunicaciones y transporte.

cuando el demandado es un organismo público puede explicarse porque estos casos, en su mayoría, son por abuso de posición dominante y no porque la Fiscalía se inhiba de actuar contra otro actor del Estado.

En la Tabla N° 6 presentamos un modelo multivariado de los factores detrás de la participación de la Fiscalía. Nuestra variable dependiente Y puede tomar dos valores: $Y=1$ en caso que la Fiscalía participe, e $Y=0$ en caso contrario. Como la variable de interés es dicotómica, estimamos un modelo *probit* de probabilidad no lineal. Para esto se asume que existe una variable latente, Y^* , que representa la utilidad para la Fiscalía de participar en el caso. Cuando la variable latente supera un determinado nivel, la variable discreta Y toma el valor 1, y si no lo supera, toma el valor 0. La variable latente depende del conjunto de variables explicativas antes descritas (X): Mercado sensible, Demandado es organismo público, Demandante es empresa en bolsa, Acusado es empresa en bolsa, y la Demanda es por colusión.

$$Y_i = \begin{cases} 1 & \text{si } Y^* > 0 \Leftrightarrow X_i\beta + \varepsilon_i > 0 \\ 0 & \text{si } Y^* < 0 \Leftrightarrow X_i\beta + \varepsilon_i < 0 \end{cases}$$

Donde supondremos que ε_i se distribuye normal con media cero y varianza uno.

La Tabla N° 6 presenta los resultados de tres estimaciones *probit*. La primera columna utiliza las variables explicativas descritas anteriormente, salvo la que dice relación con el tipo de proceso, posición dominante o colusión. Los resultados indican que es más probable que la FNE se haga parte en una causa cuando se trata de un mercado sensible (significativo al 1%), la parte demandada no es un organismo público (significativo solo al 10%) y la parte demandante no cotiza en bolsa (significativo al 1%). No se encuentra diferencia cuando la empresa demandada está o no en bolsa. Si el caso está relacionado con un mercado sensible, se aumenta en 16% la participación de la Fiscalía (suponiendo el resto de las variables en sus valores promedio)¹⁷.

El tamaño de la empresa demandante sería de relevancia para la FNE. La agencia pública tendería a participar más cuando se trata de empresas menores, siendo el efecto muy significativo. Cuando el demandante es una empresa que lista en bolsa, la probabilidad de parti-

¹⁷ El efecto marginal de la variable X_i en $E(Y_i=1|X_i)=f(X_i)\beta_i$.

TABLA N° 6: ANÁLISIS MULTIVARIADO DE FACTORES QUE INCIDEN EN LA PARTICIPACIÓN DE LA FISCALÍA

Variable dependiente: Fiscalía se hace parte del juicio			
	1	2	3
Mercado sensible	0.551 [0.195]***	0.445 [0.201]**	0.440 [0.217]**
Acusado es organismo público	-0.512 [0.287]*	-0.464 [0.290]	-0.073 [0.300]
Demandante es empresa en bolsa	-1.318 [0.490]***	-1.236 [0.501]**	-1.504 [0.377]***
Acusado es empresa en bolsa	-0.043 [0.212]	0.02 [0.220]	0.235 [0.238]
Demanda es por colusión			2.031 [0.372]***
Constante	-0.625 [0.169]***	-0.610 [0.172]***	0.1 [0.370]***
Observaciones	202	187	202

Nota: Errores estándar robustos. * Significancia al 10%; ** significancia al 5%; *** significancia al 1%

cipar de la Fiscalía cae 28%. Este resultado daría soporte a la hipótesis que la FNE concentra sus esfuerzos en casos donde los afectados por prácticas anticompetitivas son empresas de menor tamaño y probablemente con menores recursos y menos *expertise* para enfrentar un litigio de libre competencia. Por otro lado, el tamaño de la empresa demandada no tendría relevancia alguna en la decisión de la FNE de hacerse parte o iniciar un caso.

La regresión dos rehace el ejercicio de la uno pero restringiendo la muestra a las 187 causas finalizadas. Los resultados son cualitativamente similares. En la columna tres se realiza una regresión incorporando el tipo de acusación presentada. Los resultados para todas las variables se mantienen, salvo para aquella en que la parte demandada no es un organismo público. Ello se explica porque las demandas en contra de entidades públicas corresponden a abusos de posición dominante, casos en que la FNE tiende a participar menos. Finalmente, el tipo de acusa-

ción tiene un alto grado de impacto en la presencia de la FNE en el juicio, ya sea iniciando el caso o haciéndose parte. En casos de colusión la probabilidad que la Fiscalía participe aumenta en 68%.

5. Eficacia del *enforcement* público

En esta sección medimos el impacto de la participación de la agencia pública en el resultado de los juicios de libre competencia. Con este propósito, comenzaremos analizando el resultado de los 187 procesos ingresados ante el Tribunal y finalizados desde su creación en el año 2004.

Respecto al término de las demandas presentadas ante el TDLC, estas pueden finalizar en (i) Fallo, (ii) Conciliación, (iii) Desistimiento o (iv) Archivo. En caso de fallo, el TDLC resuelve respecto a la acusación presentada indicando si el acusado es culpable o no, fallo condenatorio o absolutorio, 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, el querellante elimina 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.

Desde el año 2004 se han resuelto 187 demandas en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en 55 de las cuales la Fiscalía ha participado ya sea a través de un requerimiento o haciéndose parte en el juicio. Según se observa en la Tabla N° 7, el 22% de las demandas ingresadas terminan retiradas (5%) o archivadas (17%). En los casos en que participa la Fiscalía, el 4% de las demandas se archiva o retira, mientras que cuando la Fiscalía no participa, tal proporción alcanza a 30%.

Los casos que finalizan en conciliación representan el 12% de las resoluciones. Este porcentaje es similar en caso de que participe (11%) o no la Fiscalía (12%). Finalmente, dos tercios del total de juicios concluyen con un fallo del Tribunal. Cuando la Fiscalía participa, el 85% de las causas termina en fallo, ya sea condenatorio o absolutorio. Si la FNE no tiene participación, dicho porcentaje es de 58%.

TABLA N° 7: TÉRMINO DE LOS JUICIOS PRESENTADOS ANTE EL TDLC

Término del caso	Total juicios		Participación Fiscalía			
	Casos	%	Sí	%	No	%
Retiro	9	5	0	0	9	7
Archivo	33	17	2	4	31	23
Conciliación	22	12	6	11	16	12
Fallo absolutorio	73	39	17	31	56	42
Fallo condenatorio	50	27	30	55	20	15
Subtotal fallos	123	66	47	85	76	58
Total	187	100	55	100	132	100

Fuente: Estadísticas TDLC.

Al centrarnos en el tipo de sentencia dictada por el Tribunal, la evidencia muestra que más de la mitad de las causas en que se hace parte la Fiscalía —un 55%— termina con un fallo condenatorio. Si la agencia pública no participa, el porcentaje de fallos condenatorios cae al 15%. La probabilidad de lograr una condena, condicional a que el juicio finalice en fallo, es de 26,3% si los querellantes son solamente privados. Si la Fiscalía es parte en el juicio, el porcentaje de fallos condenatorios se eleva a 64%.

Los resultados de la Tabla N° 7 son un primer indicio de la mayor efectividad de la agencia pública en lograr resultados condenatorios para los privados al momento de hacerse parte de un juicio de libre competencia. La menor fracción de causas que terminan en fallo cuando participa la Fiscalía puede explicarse por un desconocimiento de los privados respecto a las materias relevantes en libre competencia. Por ejemplo, qué tipos de acciones son conocidos por el TDLC, o bien si los hechos denunciados tienen mérito suficiente para lograr un fallo condenatorio. La diferencia también puede reflejar un uso estratégico de los juicios por parte de las empresas, según lo explicado en la sección dos del artículo.

Un argumento similar puede explicar la mayor fracción de fallos condenatorios que logra la Fiscalía *vis-à-vis* los privados. Una mayor *expertise* y mayor conocimiento de la Fiscalía pueden hacer que un mismo caso, con un mismo set de pruebas, pueda ser mejor

estructurado, de forma tal que sea más factible probar la culpabilidad del acusado. Una explicación alternativa sería la mejor calidad de las pruebas con que contaría la Fiscalía debido a sus poderes especiales de investigación.

Para realizar un análisis multivariado del efecto de la FNE en la resolución de los procesos, asumimos que las demandas que terminan retiradas, archivadas o en fallo absolutorio favorecen al acusado en desmedro de la postura del demandante, en particular de la Fiscalía, cuando participa. En referencia a los juicios que acaban en conciliación, la base de datos no emite clasificación respecto a si estas conciliaciones favorecen o no al demandante. Tampoco disponemos de información sobre lo pactado en ellas. Por esta razón no imputamos un resultado de conciliación como favorable a ninguna de las partes en disputa. Como robustez, en algunas estimaciones restringimos los resultados solo a los casos que terminan en fallo.

La variable a estudiar, resultado favorable al demandante, es dicotómica e igual a $Y=1$ en caso que la resolución favorezca al demandante, e igual a $Y=0$ si el caso se falla en favor del demandado, sea el fallo absolutorio, u ocurra retiro o archivo. Para estimar el impacto de la Fiscalía en el resultado de los casos estimamos un modelo *probit* de probabilidad no lineal.

Al igual que en el caso de la participación de la Fiscalía, en este caso asumimos la existencia de una variable Y^* , que representa la evidencia y la solidez del caso presentado al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Cuando la variable latente supera un determinado nivel, la variable discreta Y toma el valor 1, y si no lo supera toma el valor 0. La variable latente depende de un conjunto de factores explicativos entre los cuales está nuestra variable de interés, la participación de la Fiscalía.

La Tabla N° 8 presenta los resultados de nueve estimaciones *probit*. La primera columna simplemente realiza una regresión entre nuestra variable dependiente y el concurso o no de la Fiscalía. La participación de la Fiscalía aumenta en forma significativa la probabilidad de un resultado favorable para el demandante. El coeficiente estimado de 1.23, significativo al 1%, implica que la Fiscalía aumenta en 44% la probabilidad de éxito de la demanda. La regresión de la columna 2 controla por el tipo de caso tratado. La variable conducta es igual a 1 cuando se trata de un caso de colusión y cero si es por abuso de posi-

TABLA N° 8: ANÁLISIS MULTIVARIADO DE FACTORES QUE INCIDEN EN EL RESULTADO DEL JUICIO

Variable dependiente:	1	2	3	4	5	6	7	8	9
Resultado favorable al demandante (fallo condenatorio)									
Fiscalía se hace parte del juicio (instrumentalizado)	1.23 [0.23]***	1.20 [0.253]***	1.15 [0.254]***	2.66 [0.285]***	2.66 [0.318]***	2.66 [0.295]***	2.66 [0.351]***	2.58 [0.301]***	2.59 [0.363]***
Primera etapa (var. dep.: Fiscalía se hace parte del juicio)									
Mercado sensible				0.15 [0.060]***	0.14 [0.061]**	0.16 [0.062]**	0.15 [0.063]**	0.16 [0.063]**	0.14 [0.066]**
Demandado es empresa en bolsa				0.06 [0.053]	0.05 [0.053]			0.06 [0.055]	
Demandante es empresa en bolsa				-0.25 [0.067]***		-0.24 [0.063]***		-0.26 [0.076]***	
Demanda es por colusión		0.08 [0.329]	0.07 [0.329]	1.12 [0.436]***	1.13 [0.487]**	1.13 [0.455]**	1.12 [0.527]**	1.06 [0.442]**	1.08 [0.529]**
Constante	-0.94 [0.137]***	-0.86 [0.344]***	-0.82 [0.344]**	-2.16 [0.355]***	-2.17 [0.383]***	-2.16 [0.365]***	-2.16 [0.411]***	-2.09 [0.368]***	-2.10 [0.421]***
Observaciones	165	165	156	168	165	165	165	156	156
Muestra			Solo casos fallados						Solo casos fallados

Errores estándar robustos. * significativo al 10%; ** significativo al 5%; *** significativo al 1%.

ción dominante¹⁸. El efecto de la Fiscalía no se ve afectado por este control¹⁹. La columna 3 restringe la muestra a las demandas con fallo del Tribunal. El coeficiente que acompaña la participación de la Fiscalía disminuye en 1%.

La evidencia hasta ahora presentada no es concluyente respecto al efecto de la FNE en el resultado de los juicios. Como hemos mencionado, estos resultados solo pueden reflejar una estrategia de selección de los casos que la Fiscalía decide tomar y no su eficacia en fundamentar y defender el caso ante el tribunal. Al momento de decidir cuáles causas tomar, la agencia pública puede priorizar aquellas que son más fáciles de ganar en vez de las que revisten mayor gravedad en términos competitivos. En este escenario nuestra variable participación de la FNE no solo captura el efecto de la Fiscalía en la resolución de los casos, sino que también la fortaleza de la evidencia condenatoria inicial de cada causa.

Para evitar el sesgo de autoselección, reestimamos el modelo instrumentalizando la participación de la Fiscalía. Como variables instrumentales utilizamos tanto si el caso involucra un sector sensible, como si el demandante o el inculpado es una empresa en bolsa. Ninguna de estas variables debiera estar correlacionada con la evidencia condenatoria inicial ni con la resolución que adopte el Tribunal más allá de la participación o no de la Fiscalía en el caso.

Las columnas (4) a (9) presentan los resultados de un modelo probabilístico del tipo *probit* con variables instrumentales. Al instrumentalizar la participación de la Fiscalía con los tres instrumentos señalados en el párrafo anterior, columna (4), el impacto de la Fiscalía en la probabilidad de obtener un resultado condenatorio no cae con respecto a la estimación sin instrumentalizar, columna (1). Al contrario, el punto estimado es mayor, señalando que la Fiscalía no selecciona los casos

¹⁸ Como señalamos en la sección dos, en los casos de colusión es menos probable que los afectados presenten demandas. Por otro lado, se podría esperar que el Tribunal reaccione de manera diversa en una acusación de colusión que de prácticas abusivas, debido a la jurisprudencia creada. En el primer caso la prueba es principalmente formal, mientras que en el segundo el razonamiento económico juega un mayor rol puesto que su juzgamiento está más basado en lo que se conoce como regla de la razón.

¹⁹ En una regresión no presentada se controla tanto por tipo de caso como por si el demandante es una entidad del Estado. Los resultados no cambian.

más fáciles de ganar, en términos de evidencia y argumentación. Los instrumentos en la primera etapa son diferentes de cero, al 1% de significancia.

Las columnas (5) y (6) presentan estimaciones utilizando solo dos instrumentos a la vez. Dado que la Fiscalía ha declarado que uno de sus criterios para seleccionar los casos en que se involucra es si la demanda afecta algún sector sensible de la economía, la columna (7) presenta el impacto de la Fiscalía sólo utilizando como instrumento nuestra variable dicotómica sector sensible. El coeficiente de la variable sector sensible es significativo al 5% en la primera etapa de la estimación. En todos los casos el impacto estimado de la Fiscalía en la probabilidad de lograr un fallo condenatorio es más alto que en el caso sin instrumentar.

Por último, las columnas (8) y (9) reestiman las ecuaciones (4) y (7) restringiendo la muestra a los casos que finalizan en fallo por parte del Tribunal. Según se observa, los resultados no varían.

Apelaciones a la Corte Suprema

Como se mencionó anteriormente, las decisiones del TDLC pueden ser apeladas ante la Corte Suprema. Desde el año 2004, de las 123 causas que terminaron en sentencia, 80 fueron reclamadas ante la Corte Suprema, es decir, el 65% de los casos fallados. Tal como lo muestra la Tabla N° 9, de los 80 casos, el 1% finalizó en avenimiento entre las partes, el 78% fue confirmado por la Corte Suprema, el 14% fue revocado y el 6% aún no ha sido resuelto por la Corte.

Al centrarnos en la participación de la Fiscalía, los datos muestran que de los 47 casos que son fallados cuando la Fiscalía participa (Tabla N° 7), 38 son llevados ante la Corte Suprema, es decir, el 81%. En el escenario en que solo participan privados, 42 casos de los 76 que terminan en fallo (Tabla N° 7) acuden ante la Corte Suprema, es decir, el 55%.

Cuando se corrige el resultado del fallo por el dictamen de la Corte Suprema, es decir, considerando como “Fallo condenatorio” aquellos casos que fueron absueltos por el Tribunal, pero revocados por la Corte, y como “Fallo absolutorio” aquellos casos que fueron conde-

TABLA N° 9: APELACIONES CORTE SUPREMA

Resolución Corte Suprema	Fallo						Participación Fiscalía			
	%	Absolutorio	%	Condenatorio	%	Sí	%	No	%	
Avenimiento	1	1	0	0	1	2	1	3	0	0
Confirma	63	79	35	88	28	70	28	74	35	83
Revoca	11	14	3	7	8	20	6	15	5	12
En proceso	5	6	2	5	3	8	3	8	2	5
Total fallos	80	100	40	100	40	100	38	100	42	100

Fuente: Estadísticas TDLC.

nados por el Tribunal, pero revocados por la Corte²⁰, obtenemos que si la demanda es solo presentada por privados, la probabilidad de condena es de 13%. Si es la Fiscalía quien inicia un juicio o se hace parte de él, tal probabilidad aumenta a 51%. (Ver Tabla N° 10).

La Tabla N° 11 presenta el análisis multivariado del efecto de la FNE en la resolución de los procesos, considerando lo dictado por la Corte Suprema²¹. De la primera ecuación se mantiene la conclusión acerca de la significancia de la participación de la FNE en el resultado favorable para el demandante. El coeficiente estimado de 1.23, significativo al 1%, implica que la Fiscalía aumenta en 42% la probabilidad de éxito de la demanda; resultados similares a lo obtenido en la Tabla N° 8. El mismo resultado se obtiene en la columna 2, cuando se controla por el tipo de conducta.

Cuando se restringe la muestra a las demandas concluidas con fallo del Tribunal, el coeficiente de la participación de la Fiscalía es de 1.17, significativo al 1%, lo que equivale a que la Fiscalía aumenta en 41% la probabilidad de éxito de la demanda.

De acuerdo a la evidencia, hay un alto porcentaje de causas de libre competencia concluidas con fallo de la Corte Suprema (65%). La Corte Suprema presenta una tendencia hacia fallos absolutorios,

²⁰ Los casos en que hubo avenimiento, y aún están en proceso en la Corte, no serán considerados, ya que no es posible determinar para qué agente el resultado de la demanda será favorable.

²¹ Dado que en la sección anterior no se pudo corroborar la existencia de sesgo de selección, solo se estimaron las tres primeras ecuaciones.

TABLA N° 10: CAUSAS CONCLUIDAS CON FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Término del fallo	Total juicios		Participación Fiscalía			
	Casos	%	Sí	%	No	%
Fallo absolutorio	78	42	19	35	59	45
Fallo condenatorio	45	24	28	51	17	13
Subtotal fallos	123	66	47	85	76	58
Total	187	100	55	100	132	100

Fuente: Estadísticas TDLC.

TABLA N° 11: ANÁLISIS DE FACTORES QUE INCIDEN EN EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Variable dependiente:	1	2	3
Resultado favorable al demandante en fallo Corte Suprema			
Fiscalía se hace parte del juicio	1.23 [0.23]***	1.22 [0.255]***	1.17 [0.256]***
Demanda es por colusión		0.04 [0.331]	0.03 [0.330]
Constante	-1.05 [0.143]***	-1.01 [0.347]***	-0.96 [0.347]**
Observaciones	165	165	156
Muestra			Sólo casos fallados

Errores estándar robustos. * significativo al 10%; ** significativo al 5%;
*** significativo al 1%.

independiente de si la Fiscalía participa o no en esas causas. Acerca del efecto de la participación de la FNE en el resultado del juicio, se mantienen los resultados obtenidos cuando se consideran los fallos del TDLC corroborando la efectividad de la Fiscalía *vis-à-vis* los privados.

6. Conclusiones

El objetivo del artículo es medir la efectividad de la agencia pública respecto a las acciones de privados en los juicios sobre violaciones a la Ley de Libre Competencia en Chile. El sistema institucional

chileno de competencia ofrece condiciones propicias para realizar este tipo de comparaciones.

Usando la estadística de juicios presentados ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en sus nueve años de funcionamiento, comparamos los resultados de los juicios donde participó la FNE versus aquellos donde no se hizo parte. Si la demanda es solo presentada por privados, la probabilidad de condena es de 15%. Si es la Fiscalía quien inicia un juicio, o se hace parte de él, tal probabilidad aumenta a 55%. Considerando solo las causas concluidas en fallo, las demandas de privados obtienen el 27% de condenas, versus el 64% por parte de la agencia pública.

Cuando se considera el dictamen de la Corte Suprema los porcentajes anteriores caen; si la demanda es solo presentada por privados, la probabilidad de condena es de 13%. Si es la Fiscalía la que inicia un juicio, o se hace parte de él, tal probabilidad es de 51%. Considerando solo las causas concluidas en fallo, las demandas de privados obtienen un 22% de condenas, versus 60% por parte de la agencia pública.

Estos resultados se mantienen válidos si aplicamos variables instrumentales para controlar por posibles sesgos de selección de la agencia pública respecto al tipo de casos en que decide involucrarse y cuando se incluye el dictamen de la Corte Suprema.

Nuestras estimaciones respaldan la superioridad del *enforcement* público sobre el privado. Según las explicaciones provistas por la teoría, el mejor resultado del *enforcement* público puede residir en la superior capacidad de la agencia pública para aplicar los principios de libre competencia, lo que le permitiría defender mejor sus causas ante el Tribunal. Otra posible razón es el uso estratégico de los juicios por parte de los privados, de modo tal que la motivación de sus demandas no responde solo a obtener un resultado favorable. Finalmente, existe la posibilidad de que los mejores resultados de la FNE se originen en las facultades especiales de investigación con que cuenta la agencia pública, a diferencia de los privados, que no las poseen. Con la información que se dispone no es posible concluir cuál es la causa preponderante de esta mayor efectividad de la acción pública.

Los resultados obtenidos sugieren que para lograr una mayor efectividad de la política de competencia sería preferible un fortalecimiento de la persecución pública en vez de inducir un mayor protagonismo, a través de litigios, por parte de los privados. En caso que la

Fiscalía racione las causas en que se hace parte por razones presupuestarias, el aliviar la restricción de recursos resultaría beneficioso. Por otro lado, introducir esquemas de compensación que amplifiquen los daños sufridos por prácticas anticompetitivas no parece aconsejable, dada la baja proporción de causas iniciadas por privados que terminan en condena.

El artículo también investiga acerca de los factores que inciden en la participación de la Fiscalía en un juicio. Los resultados señalan que hay una mayor probabilidad que la agencia pública inicie acciones legales cuando el caso es por colusión, el mercado afectado es considerado sensible o de alto impacto y el acusado es una empresa que cotiza en bolsa. Esta última variable puede considerarse como una *proxy* del tamaño de la empresa acusada.

El carácter estatal de la acusada —empresa pública, ministerio o municipalidad— no afecta la decisión de la Fiscalía en hacerse parte de un juicio. Se descartaría así un sesgo de captura que inhiba a la agencia pública a actuar en contra de otras entidades que también son parte del Estado.

REFERENCIAS

- Becker, G. and G. Stigler (1974). "Law Enforcement, Malfeasance and Compensation of Enforcers". *Journal of Legal Studies*, Vol. 3 (1), 1-18.
- Caicha, C. (2012). *Impacto del Enforcement Público en Libre Competencia: Caso Chileno*. Tesis para el grado de Magíster en Análisis Económico, Universidad de Chile.
- Hylton, K. (2003). *Antitrust Law*. Cambridge University Press.
- Jensen, M. y W. Meckling (1976). "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure". *Journal of Financial Economics*, October, Vol. 3, No. 4, pp. 305-360.
- Landes, W. and R. Posner (1975). "The Private Enforcement of Law". *Journal of Legal Studies*, Vol. 4, pp. 1-46.
- McAfee, P. and N. Vakkur (2004). "The Strategic Abuse of the Antitrust Laws". *Journal of Strategic Management Education*, Vol. 1, pp. 1-18.
- McAfee, P., H. Mialon and S. Mialon (2008). "Private vs Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis". *Journal of Public Economics*, Vol. 92, pp. 1863-1875.
- Perloff, J., D. Rubinfeld and P. Ruud (1996). "Antitrust Settlements and Trial Outcomes". *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 78, N° 3, pp. 401-409.
- Peyer, S. (2012). "Private Antitrust Litigation in Germany from 2005 to 2007: Empirical Evidence". *Journal of Competition Law and Economics* 8 (2), pp. 331-359.

- Polinsky, M. (1980). "Private Versus Public Enforcement of Fines". *Journal of Legal Studies*, Vol. 9, pp. 105-127.
- Salop, S. y L. White (1986). "Economic Analysis of Antitrust Litigation". 74 *Georgetown Law Journal*, pp. 1001-1064.
- Segal, I. and M. Whinston (2005). "Public vs Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey". *Stanford Law School, Working Paper* N° 335.
- Shavell, S. (1997). "The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System". *Journal of Legal Studies*, pp. 575-612.
- (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Harvard University Press, Cambridge Mass.
- Tirole, J. (1994). "The Internal Organization of Government". *Oxford Economic Papers* 46 (1994), pp. 1-29.
- Wils, W. (2003). "Should Private Antitrust Enforcement be Encouraged in Europe?". *World Competition*, pp. 473-488. □