UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

ACCIONES DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS A PARTIR DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

María Victoria Edwards, Jorge Fantuzzi y José Miguel Gana

CeCo
CentroCompetencia

Acciones de indemnización de perjuicios a partir de conductas anticompetitivas

Abril 2020

María Victoria Edwards V.
Ingeniero comercial de la P. Universidad Católica de Chile, con mención en Administración de Empresas y Magíster en Economía de la misma casa de estudios. En FK Economics ha realizado informes económicos de diversa índole, incluyendo acompañamiento económico y participación en testimoniales en juicios y arbitrajes en la industria de la construcción y en otros mercados.

Jorge Fantuzzi M.
Economista de la P. Universidad Católica de Chile, Magíster en economía con mención en Organización Industrial de la misma casa de estudios y Master en Políticas Públicas de la Universidad de Chicago. Socio de FK Economics. Ha sido profesor de Introducción a la Economía y de Políticas Públicas de Productividad en la PUC, y de Organización Industrial en la Universidad de los Andes y en la UAI. Ha sido reconocido como *consulting expert* en diversas categorías de la publicación *Who´s Who legal*.

José Miguel Gana E.*
Abogado de la Universidad de Chile. Especialista en litigios civiles, comerciales y libre competencia. Socio del estudio jurídico Gana y Galvez Abogados. Reconocido desde hace muchos años en las referidas áreas por *Chambers and Partners*.

La ley N° 20.945 del año 2016 perfeccionó el sistema de defensa de la libre competencia en Chile, abarcando diversos aspectos procesales y sustantivos. Uno de los más relevantes fue entregar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) la competencia para conocer de las acciones indemnizatorias derivadas de acciones anticompetitivas, la que con anterioridad se encontraba radicada en los tribunales civiles ordinarios.

Sobre este particular el nuevo artículo 30 establece, en lo pertinente, lo siguiente:

"*La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante ese mismo Tribunal y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario… Al resolver sobre la acción de indemnización de perjuicios, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fundará su fallo en los hechos establecidos en su sentencia que sirvan de antecedente a la demanda. El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. La indemnización de perjuicios comprenderá todos los daños causados durante el período en que se haya extendido la infracción. …*" (el subrayado es nuestro).

Nos parece interesante preguntarnos: (i) si consideramos beneficioso este cambio para el sistema de libre competencia, (ii) si visualizamos cuáles son los cambios que se podrían producir a partir del mismo, y (iii) cómo ello puede implicar que en el análisis se incorporen nuevos elementos para determinar el monto de los daños.

---

* Se advierte que José Miguel Gana participó como abogado por la parte demandante en la causa *Demanda de OPS Ingeniería y otros contra Telefónicas Móviles de Chile*, ya finalizada, y actualmente es representante de Voissnet en la causa de la E. Corte Suprema, rol de ingreso 28166-2018, con sentencia aún pendiente, ambos casos citados en la presente investigación.

I. ¿ES BENEFICIOSO ESTE CAMBIO?

En relación con este punto queremos llevar el análisis a partir de dos ejemplos concretos vinculados a procesos judiciales incoados ante tribunales ordinarios y que buscaban la indemnización de perjuicios provocados por conductas anticompetitivas sancionadas por el TDLC y la Corte Suprema. En el primer caso se dedujo demanda tendiente a obtener la indemnización de los perjuicios provocados por las conductas sancionadas en la sentencia Nº 88/2009 ("OPS Ingeniería y otros contra Telefónicas Móviles de Chile") dictada por el TDLC y confirmada por la Corte Suprema.

El Artículo 30 entonces vigente disponía que "*El tribunal civil competente, al resolver sobre la indemnización de perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dictada con motivo de la aplicación de la presente ley*" (énfasis agregado).

Sin embargo, pese a ello, el 22° juzgado civil de Santiago recibió la causa a prueba, fijando como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, los siguientes:

> "*1° Efectividad que las partes celebraron contrato de suministro de servicio de telefonía móvil, respecto de planes comerciales de minutos on-net. En la afirmativa, antecedentes de ello;*
>
> *2° Efectividad que la demandada efectuó actos anticompetitivos en contra de la actora, en especial en cuanto a una discriminación arbitraria de precios, lo que produjo en la segunda una merma en sus márgenes de ganancia. En la afirmativa, antecedentes de ello*
>
> *3° Efectividad que la actora prestaba los servicios de terminación de llamadas fijo-movil sin contar con la concesión administrativa requerida entre el año 2007 al año 2012. En la afirmativa, antecedentes de ello.*
>
> *4° Efectividad que la actora adoptó las medidas necesarias para mitigar la merma en sus márgenes de ganancia.*
>
> *5° Efectividad que la demandante sufriera perjuicios de índole patrimonial y moral; naturaleza, entidad y monto de los mismos;*"

Es decir, dado el particular análisis del referido tribunal, estaba obligando al actor a acreditar todas y cada una de las circunstancias de hecho ya acreditadas en sede de libre competencia y que sirvieron de base al fallo condenatorio en dicha sede, vulnerando flagrantemente el mandato del artículo 30 del DL 211.

Afortunadamente, con posterioridad y a partir de recurso de reposición interpuesto por la demandante, se modificó el auto de prueba y éste se centró sólo en aquello que en derecho correspondía, cual es la existencia de los perjuicios y la relación causal con las conductas sancionadas.

En el segundo caso, una empresa que presta servicios de telefonía por Internet (Voissnet) demandó a una empresa multinacional de telefonía (Movistar) a partir de la sentencia condenatoria del TDLC, confirmada por la Corte Suprema[1].

1 *Demanda de Voissnet contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile*, C 135-07, Sentencia TDLC N° 97/2010 (2010), confirmada por la Corte Suprema en sentencia de enero de 2011 en causa Rol N° 2140/2010.

Además del reconocimiento jurisdiccional de la existencia y gravedad de las conductas anticompetitivas, el propio TDLC reconoció la existencia de daños, señalando que el beneficio de la empresa sancionada correspondería a los mayores ingresos provenientes del incremento artificial de su participación de mercado relevante de que se trataba, lo cual era especialmente difícil de estimar, considerando que aquella actividad comercial que desarrollaba el entrante no se había podido desarrollar con normalidad precisamente como consecuencia de las reiteradas conductas exclusorias de la empresa incumbente.

Es decir, el TDLC reconoció, por una parte, el beneficio que le reportaba al incumbente su acción anticompetitiva, y, por otra, la dificultad para estimar aquel beneficio, y por ende también el perjuicio.

Sin embargo, y aquí lo llamativo, el 4° Juzgado Civil de Santiago rechazó la demanda de indemnización de perjuicios, no obstante que en el mismo fallo reconoció expresamente que se había acreditado de manera fehaciente que las conductas anticompetitivas de la incumbente habían irrogado perjuicios a la demandante por concepto de lucro cesante, ya que se vio impedida de ingresar y desarrollar su actividad comercial.

El fallo da cuenta tanto de la existencia de perjuicios como de su relación causal con el actuar anticompetitivo sancionado. El mismo fallo agregó que por la naturaleza del injusto monopólico, el lucro cesante no puede corresponder a una cifra exacta de lo que se dejó de percibir, sino que la prueba debe ser ponderada con el objeto de llegar a una aproximación razonable de los perjuicios ocasionados.

Sin embargo, al momento de establecer el monto de los perjuicios, el fallo dispuso que no era posible establecer la magnitud real del daño ya que, pese a la existencia de diversos análisis económicos y de una pericia designada por el propio tribunal, no era posible conocer el universo de clientes que hubiesen contratado los servicios de la empresa demandante de no haber mediado las prácticas anticompetitivas, por lo que el daño sufrido era incierto. El resultado fue que se rechazó la demanda civil en primera instancia.

Es decir, luego de reconocer la existencia del perjuicio a consecuencia de las conductas anticompetitivas, se dispuso que dicho perjuicio era cero.

Ya desde un punto de vista lógico resulta llamativo que para el sentenciador el perjuicio que se reconoció era igual a cero, pero además nos lleva a comprobar que no resulta fácil a los tribunales ordinarios evaluar este tipo de situaciones, entendiendo que la certidumbre que ellos exigen en otro tipo de situaciones no es factible de exigir.

En este caso la I. Corte de Apelaciones de Santiago revirtió la decisión, señalando que el daño consiste en la utilidad que prudentemente habría percibido la actora a partir de los hechos sancionados en sede de libre competencia y reconocidos en la sentencia civil de primera instancia, daño que de por sí es incierto, lo que importa una dificultad probatoria, pero que ello no puede impedir que sea resarcido[2].

Desde esa perspectiva, la Corte determinó la suma a indemnizar a partir de la evidencia económica que constaba en el expediente.

Creemos que estos ejemplos reflejan la dificultad de los tribunales ordinarios para internalizar y aprehender aquello que obedece a una lógica distinta a la de la responsabilidad extracontractual en general.

2 El presente caso aún se encuentra pendiente ante la E. Corte Suprema.

En este escenario vemos con muy buenos ojos el que sea el TDLC quien conozca de estas acciones indemnizatorias. Ello tanto por la cercanía con el caso en concreto, al haber sido el mismo Tribunal el que determinó la existencia de las conductas anticompetitivas, sancionándola a partir de los hechos y antecedentes económicos que forman parte de toda causa de libre competencia, como por cuanto la composición mixta del TDLC (abogados y licenciados o con postgrados en ciencias económicas) le permite valorizar y considerar de mejor forma los efectos económicos reales provocados por las conductas que han entendido como anticompetitivas, ya no sólo por sus efectos en el mercado en general (lo que fundamentalmente determina la sanción), sino que por sus efectos dañosos a actores específicos del mercado de que se trata.

Sin perjuicio de lo señalado, ello no obsta a que la determinación de los perjuicios provocados por conductas anticompetitivas sea una materia compleja, sobre lo cual nos referimos a continuación.

II. CERTEZA Y CAUSALIDAD

Desde un punto de vista económico, toda estimación de perjuicios debiese incluir la estimación del **escenario contrafactual**, esto es, del escenario que habría ocurrido en ausencia de la conducta que ocasionó el perjuicio, el que estará dado por la pérdida sufrida por el afectado, al comparar el escenario contrafactual con el escenario real.

Ahora, la pregunta relevante, entonces, es **cómo construimos ese contrafactual.** Para hacer esto se podrán utilizar diversas herramientas microeconómicas y econométricas, que se explican más adelante y que habrían de permitir establecer con mayores grados de certidumbre aquello que obedecería al curso normal de los acontecimientos si no hubiese ocurrido el ilícito.

En este contexto surgen dos elementos fundamentales a la hora de determinar si hubo perjuicio: la certeza de éste y la causalidad.

1. Certeza: El problema fundamental de la inferencia

Desde un punto de vista jurídico, Enrique Barros en su Tratado de Responsabilidad Extracontractual explica el lucro cesante como la pérdida del incremento neto que habría tenido el patrimonio de la víctima de no haber ocurrido el hecho por el cual un tercero es responsable.

El autor en comento indica que, "*la determinación del lucro cesante considera un **grado razonable de probabilidad en la percepción de los ingresos futuros**, y obedece a una **proyección del curso normal de los acontecimientos**, atendidas las circunstancias particulares de la víctima. Deben proporcionarse antecedentes más o menos ciertos que permitan determinar una ganancia probable. La certidumbre del daño, que la doctrina suele señalar como condición de su reparabilidad, debe ser calificado en el caso del lucro cesante, pues **rara vez habrá certeza de que el provecho se habría efectivamente producido**. Exige aplicar un cálculo probabilístico de su efectiva ocurrencia*"[3].

Ya de la sola definición puede desprenderse un cierto grado de incertidumbre al momento de determinar la magnitud del perjuicio, por lo que resulta errado exigir una certeza absoluta en cuanto su extensión.

---

3 Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Citado en sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 19 de junio de 2018, Causa Rol N° 1.110-2016. Énfasis agregado.

En el sentido expuesto, la Tercera Sala de la Corte Suprema, en un fallo de septiembre de 2015, estableció:

> "*Que respecto de esta reclamación indemnizatoria [lucro cesante] claramente* ***no se puede exigir prueba del modo que se hace para establecer un hecho que antecede al proceso****, porque el que funda la pretensión no ha tenido lugar. Tal dificultad* ***no puede ser un obstáculo insalvable*** *para las pretensiones de esta clase, las que habrán de ser resueltas teniendo en cuenta que se trata de* ***hechos futuros y, por lo mismo, con algunos niveles de incertidumbre****, de manera que la aceptación de una hipótesis fáctica consistente en lo que habría debido ocurrir, o que en determinadas condiciones era dable esperar, depende sólo del mérito de las* ***probanzas que conduzcan a concluir que es razonable aceptar que el hecho futuro habría tenido lugar de no mediar el evento dañoso****. En efecto,* ***resulta erróneo exigir una certeza absoluta*** *en cuanto a la existencia y extensión de este tipo de daño [lucro cesante], pues por su naturaleza siempre poseerá, como acaba de indicarse, algún grado de incertidumbre*"[4].

La misma posición sigue la Corte de Apelaciones de Santiago, ahora en un caso referido a la indemnización de perjuicios por conductas anticompetitivas, cuando en sentencia definitiva de fecha 7 de abril de 2016 señaló:

> "*(…) Por consiguiente, aparece mejor informado, más imparcial, verídico y realista el proporcionado por la actora, del que* ***estos sentenciadores extraerán la pérdida razonable probable de la demandante****, aunque siempre en un* ***escenario de razonabilidad y probabilidad****,* ***realizando una regulación, en fin, aproximada, suponiendo el curso normal de la actividad mercantil de la afectada y considerando, además, la dificultad en la prueba de lo que se trata, dificultad que, en caso alguno, puede favorecer al autor del ilícito competitivo***"[5].

De esta manera, se va consolidando, al menos en nuestros tribunales superiores, el alcance y sentido que ha de darse a la indemnización que debiese derivar de conductas anticompetitivas y el razonable grado de certidumbre que ha de exigirse al respecto; agregando, además, que la dificultad probatoria no puede ir en beneficio de aquel que ha actuado contra la libre competencia.

Si ya las multas no resultan suficientes en muchos casos para tener el razonable efecto disuasivo, más compleja se torna aún la situación si los tribunales adoptan un criterio estricto y formal al analizar los perjuicios que se han irrogado y que las empresas sancionadas deben indemnizar.

Sobre este punto nos permitimos disentir del criterio que sigue el legislador en la modificación del artículo 30, al señalar que "L*a indemnización de perjuicios comprenderá todos los daños causados durante el período en que se haya extendido la infracción*", toda vez que ello implica asumir una ficción que se aleja de la realidad, cual es que la situación vuelve a la normalidad por el solo hecho de cesar la infracción, lo que en la práctica se relaciona con la dictación de la sentencia que las determina.

No es difícil entender que, por ejemplo, para aquella empresa que ha sido víctima de conductas exclusorias por un período prolongado –lo que le implica perder o no captar clientela– no volverá a la normalidad al día siguiente de la cesación de las conductas anticompetitivas, sino que se requiere de un período para que la empresa afectada pueda desenvolverse en este mercado "competitivo" para recuperar o captar aquella clientela que perdió.

---

4 Sentencia Corte Suprema, 7 de septiembre de 2015, en causa Rol ingreso Corte N°2292-2015. Énfasis agregado.

5 Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de abril de 2016, en causa Rol ingreso Corte N°9.666-2015. Énfasis agregado.

Este fenómeno es perfectamente acreditable y los datos económicos así lo reflejan. Lamentablemente, el legislador no lo entendió así, privando a las víctimas de ser indemnizadas de aquellos daños que siguen siendo causados por la conducta anticompetitiva, pese a que ésta pueda haber cesado.

Lo expuesto nos lleva a analizar de manera lo más acertada posible cuál es el impacto en la actividad comercial de la demandante, de aquellas conductas que se han sancionado como ilícitas.

Desde un punto de vista económico, podemos entender que para ver el impacto que tuvo una acción en los ingresos de una empresa afectada –en el contexto de una estimación de perjuicios– es necesario medir la diferencia entre:

- La utilidad en el escenario que observamos, es decir, en el que ocurrió la acción o conducta generadora de daño, y
- La utilidad si esa acción no hubiese ocurrido (escenario contrafactual).

El problema aquí, tal como quedó reflejado precedentemente, es que no podemos observar ambos estados de la naturaleza. Sólo sabemos o podemos conocer lo que sí ocurrió. Esto es conocido en estadística como el problema fundamental de la inferencia causal[6]. Por lo tanto, sólo queda intentar estimar qué hubiese sucedido lo más rigurosamente posible, en base a supuestos y a la evidencia disponible.

Supongamos que estamos observando los ingresos por ventas de una empresa en el tiempo, y que esta empresa se coludió con otras desde una fecha determinada: ¿Cómo sabemos cuáles habrían sido sus ventas si no se hubiese coludido? Vemos la trayectoria de ese indicador antes y después, pero no podemos saber a qué se debe.

2. Causalidad

Uno de los aspectos que necesariamente ha de acreditarse en materia de indemnización de perjuicios es el nexo causal entre aquella conducta sancionada como anticompetitiva y los perjuicios que se atribuyen a la misma.

Gran parte del esfuerzo de las empresas sancionadas en sede de libre competencia se dirige a intentar una especie de cortina de humo para tornar difusa esta relación causal, planteando una cantidad enorme de cuestiones que pudieron haber determinado los perjuicios a que alude el demandante y que no se vinculan con la conducta anticompetitiva, i.e., situación general de la industria, falta de actividad comercial de la actora, deficiencias regulatorias, etc.

A partir de ello, el análisis económico debe dirigirse a establecer de qué forma un determinado efecto (daño) se debe realmente a una acción específica y determinada, y no a otra circunstancia. Si existe causalidad o sólo correlación entre los hechos. Aun si tenemos claro que existe algún efecto causal, también debemos preguntarnos qué parte de lo que observamos en la realidad corresponde a dicho efecto causal y qué parte corresponde a lo producido por otros factores.

6 Paul W. Holland, "Statistics and Causal Inference", *Journal of the American Statistical Association* 81, no. 396 (1986): 945-960.

Gracias al desarrollo de herramientas estadísticas para distinguir entre efectos causales y correlaciones en economía, es posible encontrar efectos causales en el contexto de la determinación de perjuicios. Lo anterior quiere decir que, gracias a la aplicación de herramientas estadísticas, cuando hay suficientes datos, es posible determinar cuándo el perjuicio que sufre una empresa es causa directa de una acción y no de otras variables que pudieron afectar sus resultados.

Supongamos que se observa que tras descubrirse la colusión en la que estaba involucrada una empresa, disminuyen sus precios. ¿Cómo podemos saber si esta caída se debe al descubrimiento del cartel, o si (parte de) ésta puede atribuirse a otros factores? ¿Cómo se puede determinar si las ventas previas al descubrimiento del cartel eran más altas producto de la colusión?

En el siguiente apartado veremos cómo la estadística puede ser utilizada para estimar perjuicios en el contexto de conductas contrarias a la libre competencia.

III. TÉCNICAS ESTADÍSTICAS PARA ESTIMAR PERJUICIOS

Tal como fue dicho anteriormente, ahora es el TDLC el tribunal encargado de conocer y resolver las demandas por perjuicios emanados de conductas contrarias a la libre competencia. El hecho de que el tribunal esté conformado en parte por técnicos especializados en técnicas económicas y estadísticas, hace que éstas tomen mayor relevancia. En concreto, este tribunal es capaz de aplicar y considerar estas técnicas en el contexto de la estimación de lucro cesante, y comprender cómo éstas consideran los requisitos de certeza y causalidad.

A continuación, se revisan brevemente algunas de las técnicas más usadas en esta materia, sin perjuicio de que puedan usarse algunas que aquí no aparezcan.

1. Antes-Después: problemas de este enfoque

Antes de hablar de las técnicas que pueden ser útiles, mostraremos con un sencillo ejemplo por qué puede ser un error comparar los resultados del dañado antes y después del hecho que ocasionó el perjuicio (indicador conocido como “Antes-Después”).

Supongamos un caso de colusión. Es natural esperar que, si una autoridad de competencia descubre una colusión, entonces los precios bajen en el mercado relevante. La estimación de perjuicios en este caso parece bastante directa. Debería bastar con ver la diferencia de precios justo antes y justo después de la colusión, y multiplicarla por las compras realizadas a los coludidos.

Realizar lo anterior es incorrecto básicamente porque otras variables relevantes –distintas al término de la colusión- pueden haberse modificado. A modo de ejemplo, el precio pudo haber bajado producto, en parte, a una disminución en la demanda de los consumidores, o bien, si los productores tal vez enfrentaron una reducción en alguno de sus costos. También puede ser que el precio del producto suba y baje normalmente en alguna magnitud (por ejemplo, debido a la estacionalidad de la demanda del producto) y, entonces, la disminución del precio después del fin de la colusión sea sólo en parte causada por el desmantelamiento del cartel y no en su totalidad.

La estimación Antes-Después, como base del cálculo del lucro cesante, sólo podría estar correcta si es posible argumentar que nada más cambió aparte de la ocurrencia del hecho reprochado. Todo lo demás tiene que permanecer igual. Esto no es imposible, pero es muy discutible.

2. Mínimos Cuadrados Ordinarios

Imaginemos un caso en que se posee una serie histórica de las variables que afectan los precios de las empresas coludidas, tales como la época del año, IMACEC, precio internacional del bien, precio de los insumos u otros. Existe, entonces, una forma adecuada de construir un contrafactual de estas ventas a partir de esta información.

Ordinary Least Squares (OLS) o en español Mínimos Cuadrados Ordinarios (MCO o MICO) es un método econométrico que usted probablemente haya oído previamente cuando los informes económicos hablan de "regresiones". Si bien estrictamente hablando este término es más amplio que MCO, para efectos de este artículo nos es útil.

Lo que se busca con este método es tratar de explicar el resultado de una variable a partir de otras. Por un lado, tenemos el fenómeno que queremos explicar, denominado variable dependiente (y se le asocia con la letra "y"). Por el otro, tenemos las variables que vamos a usar para explicar el comportamiento de "y". A éstas se les llama variables independientes (y se les asocia con la letra "x"). Cómo su nombre lo explica, el valor de "y" depende de los "x".

El método OLS asigna un valor a la correlación que existe entre cada variable independiente ("x") y la variable dependiente ("y"). Este valor se conoce como coeficiente de la regresión o "β". De esta forma, el coeficiente "β" que acompaña a cada "x" indica la correlación de cada "x" con la variable "y".

Así, podemos finalmente estimar el valor de "y" con la siguiente formula:

$$Y = \beta_0 + \beta_1 X_1 + \beta_2 X_2 + \ldots + \beta_n X_n + u$$

Los β o "coeficientes" se calculan de forma de minimizar el error de predicción (representado por u), es decir, cuánto se equivoca el polinomio (o ecuación) que combina variables explicativas para predecir el valor de la variable de interés. Estos coeficientes explican cuánto cambia la variable Y cuando aumenta la variable X. Para entender esto, es más fácil verlo mediante un ejemplo.

Supongamos que queremos ver la regresión de las ventas de la empresa coludida y que logramos encontrar todos los factores que influyen en éstas. Los coeficientes de cada factor nos permitirán estimar los precios que hubiese habido en el escenario contrafactual, esto es, en ausencia de colusión. De esta forma, podremos proyectar cuál habría sido el curso normal de los acontecimientos en ausencia del cartel.

Una vez obtenidos los coeficientes para nuestra serie de datos (los valores de los betas), podemos estimar los valores para los datos que no tenemos. La lógica funciona de la siguiente manera: si Y históricamente depende de cierta manera de las variables X, entonces si tenemos el valor de X, podemos estimar cómo debería ser el valor de Y, con cierto grado de certeza estadística. De esta forma, al tener un valor de la variable X, utilizando este valor y los valores obtenidos de los coeficientes (betas) podemos predecir cuál habría sido el valor de la variable Y, o ventas de la empresa coludida en este caso, en ausencia de la colusión.

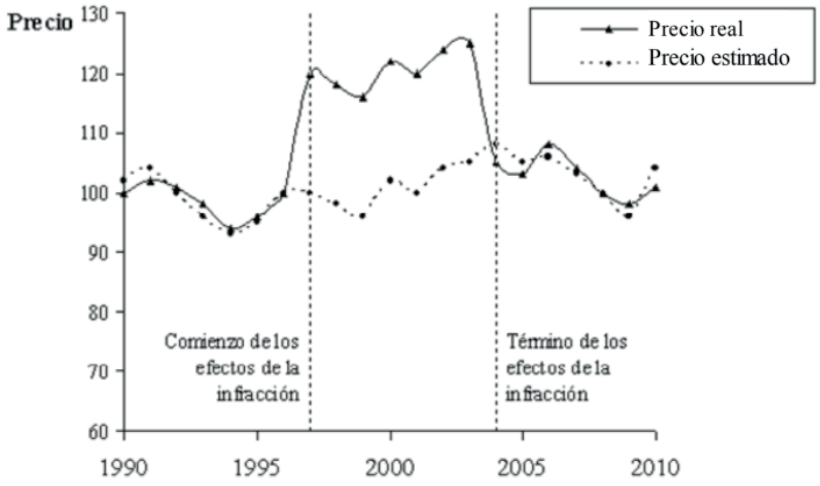
Veamos un ejemplo que fue usado por la Comisión Europea[7] para explicar el uso de OLS en el contexto de cuantificar el perjuicio en demandas por daños y perjuicios.
Suponga que usted participa como consumidor del mercado de la harina, y se descubre que existió un cartel entre los productores que elevó los precios por un periodo. Ahora usted quiere saber cómo estimar los precios que hubiera habido sin colusión, es decir, nuestro contrafactual.

Para ello es necesario crear un modelo que explique el precio de la harina lo más fielmente posible. Supongamos algo así:

$$Precio\ Harina = \beta_0 + \beta_{Cer} Costo\ cereales + \beta_{ins} Costo\ Insumos + \ldots + \beta_{Sue} Sueldos$$

Fuente: Comisión Europea.

Si tenemos los datos para antes y después de la colusión, podemos estimar los coeficientes (β) que hacen que el modelo se ajuste lo más posible a los precios observados. Luego, podemos usar esos coeficientes para calcular cómo debería haber sido el precio de la harina –en base a todas las variables relevantes observables– en el periodo de la colusión. Esto se muestra en el siguiente gráfico.



Fuente: Comisión Europea.

El perjuicio, en tanto, lo constituiría la diferencia entre el margen o utilidad obtenida con las ventas observadas y la utilidad obtenida con las ventas que hubiese habido en el escenario contrafactual con el precio contrafactual estimado.

3. Variables instrumentales

Para explicar el método de variables instrumentales seguiremos utilizando el ejemplo anterior con algunas suposiciones adicionales.

7 Comisión Europea, *"Guía Práctica Cuantificar El Perjuicio En Las Demandas Por Daños Y Perjuicios Por Incumplimiento De Los Artículos 101 O 102 Del Tratado De Funcionamiento De La Unión Europea"*, (2013), https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_es.pdf.

Suponga que la empresa que vende harina determina que sus ventas dependen de varios factores, entre ellos el precio de venta. Si bien inicialmente usted piensa calcular el perjuicio de los compradores usando OLS, se da cuenta de que el precio de venta no es una variable independiente o exógena, sino que corresponde a una variable que se ve directamente afectada por el volumen vendido. Más aún, en el caso de la empresa fue posible observar que el precio de venta se vio afectado a la baja por la colusión.

El método de variables instrumentales es un derivado del método de OLS, que nos permite estimar efectos causales cuando nuestra variable independiente "x" (la que usamos para explicar) no sólo está correlacionada con la variable dependiente "*y*" (la que buscamos explicar), sino también con otras cosas que no estamos midiendo (llamado el error "*u*"). A esto se le llama problema de *endogeneidad.* También ocurre cuando, además de que "y" depende de "x", "x" está definida por el valor de "*y*", como en el ejemplo dado antes.

La endogeneidad se podría solucionar buscando otra variable para explicar la variable independiente (x), y que no se correlacione con otras no controladas. A esto se le llama variable instrumental (VI).

Para que una variable sea un buen instrumento debe cumplir dos condiciones:

- Condición de relevancia: Que la VI se correlacione con la variable independiente (x). Es decir, que el instrumento elegido pueda explicar bien la variable que queremos reemplazar.
- Condición de exclusión: Que la VI no correlacione con el error (u). Esto quiere decir que el instrumento sea externo, para que no vuelva a tener el mismo problema de endogeneidad que queríamos solucionar. La VI debe afectar a Y solo a través de X y no correlacionar con el error u.

¿Cómo aplicamos lo señalado a la estimación del lucro cesante?

Una posible aplicación del uso de variables instrumentales en el cálculo de un lucro cesante por colusión es el de estimar econométricamente el aumento de precio durante el periodo colusorio. Es decir, se estima una regresión para explicar el precio de los oferentes de acuerdo a todos los factores que afectan el precio, entre ellos, si es que corresponde al precio de un periodo colusorio o no. Esta variable es endógena, lo que en otras palabras significa que el precio se ve afectado por el periodo de colusión, pero el hecho que exista colusión también depende del precio de equilibrio. Lo anterior implica que estimar la regresión con el método OLS daría un resultado sesgado. Para corregir lo anterior se usa una variable instrumental que afecte el nivel de competencia en el mercado (e indirectamente la probabilidad de que las empresas se coludan) y no afecte directamente otras variables determinantes del precio[8]. Cabe mencionar que, si bien las variables instrumentales resultan útiles para corregir los problemas de endogeneidad, muchas veces es difícil encontrar una variable que cumpla con las condiciones antes descritas.

4. Modelos de ecuaciones estructurales

Los modelos de ecuaciones estructurales (MES) sirven para probar y estimar relaciones causales a partir de datos estadísticos y supuestos previos sobre causalidad. La forma en que operan estos modelos es altamente compleja y, por lo tanto, es difícil (pero no imposible) de aplicar a estimaciones de perjuicios. Lo que permiten los MES es ver la relación entre distintas variables, no sólo directamente (como en un

8 Un ejemplo clásico es el descrito, entre otros, por Robert Porter respecto del Joint Executive Committee entre 1880 y 1886. Robert H. Porter, "A Study of Cartel Stability: The Joint Executive Committee, 1880-1886", *The Bell Journal of Economics* 14, N° 2 (Autumn, 1983): 301-314.

modelo OLS), sino también a través de otras variables. Esto nos permite ver tanto los efectos de un grupo de variables en otra (como en OLS), como también el efecto que tienen entre ellas, y cómo se potencian o disminuyen sus efectos. Este tipo de modelos han sido ampliamente utilizados para estimar el efecto de fusiones y los márgenes obtenidos durante periodos colusorios.

Un ejemplo clásico del uso de estas técnicas es la estimación de poder de mercado que realizó Aviv Nevo para el mercado de los cereales[9]. En su trabajo –y gracias a esta técnica-es capaz de separar cuánto del margen de los oferentes se debe a la diferenciación de los productos y cuánto se debe al ejercicio de poder de mercado.

5. Otras

Existen muchos otros métodos econométricos que se pueden aplicar para la estimación de lucro cesante. Debido a que no son tan usuales y su complejidad suele ser mayor, no se explican en este capítulo[10]. Entre los otros métodos podemos nombrar, por ejemplo, el de regresión discontinua, control sintético, efectos fijos, diferencias en diferencias y *propensity score matching*.

9 Aviv Nevo, "Measuring Market Power in the Ready-to-Eat Cereal Industry", *Econometrica* 69, N° 2. (Marzo 2001): 307-342.

10 Si el lector deseara saber más sobre los métodos explicados a continuación, o profundizar más en los desarrollados en las secciones previas, se recomienda la lectura de los libros "Mostly Harmless Econometrics: An Empiricists Companion" de Angrist & Pischke e "Impact Evaluation in Practice" de Gertler y otros autores.

VI. CONCLUSIONES

En conclusión, podemos señalar que entendemos positivo que el TDLC sea el tribunal competente para conocer de las acciones indemnizatorias derivadas de conductas anticompetitivas. Una de las mayores ventajas es que el TDLC contará con mejores capacidades para determinar los efectos económicos producidos por las conductas contrarias a la libre competencia, tanto por su integración como por el conocimiento que le entregó la causa en que sancionó como anticompetitiva la conducta en cuestión.

Por lo mismo, esperamos que por su composición, el TDLC utilice o considere instrumental económico, como la econometría, para determinar los perjuicios producidos por las conductas sancionadas. En particular, técnicas estadísticas como las descritas en este artículo, pueden ser utilizadas, cumpliendo con los requisitos de certeza y causalidad.

VII. REFERENCIAS

Angrist, Joshua D. y Pischke, Jörn-Steffen. *Mostly Harmless Econometrics: An Empiricists Companion.* Princeton University Press, 2008.

Barros, Enrique. *Tratado De Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Gertler, Paul J.; Martinez, Sebastian; Premand, Patrick; Rawlings, Laura B. y Vermeersch, Christel M. J. *"Impact Evaluation in Practice"*. Washington, DC: Inter-American Development Bank and World Bank, 2011.

Holland, Paul W. "Statistics and Causal Inference", *Journal of the American Statistical Association* 81, no. 396 (1986): 945-960.

Nevo, Aviv. "Measuring market power in the ready-to-eat cereal industry". *Econometrica,* 69 (2) (2001): 307-342.

Porter, Robert H. "A study of cartel stability: The Joint Executive Committee, 1880-1886". *The Bell Journal of Economics,* (1983): 301-314.

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

Cómo citar este artículo:
María Victoria Edwards V., Jorge Fantuzzi M. y José Miguel Gana E., "Acciones de indemnización de perjuicios a partir de conductas anticompetitivas", *Investigaciones CeCo* (abril, 2020),
http://www.centrocompetencia.com/investigaciones

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