



# **EXAMINANDO LA RELACIÓN ENTRE ESTRATEGIAS DE *ENFORCEMENT* Y LA PERCEPCIÓN ACERCA DEL ROL DE UNA AGENCIA DE COMPETENCIA: EL CASO DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA**

**Andrea Von Chrismar M.**

# Examinando la relación entre estrategias de *enforcement* y la percepción acerca del rol de una agencia de competencia: el caso de la Fiscalía Nacional Económica

Julio 2020



**Andrea Von Chrismar M.**

Abogada de la Universidad Adolfo Ibáñez; Máster en Ciencias de la Regulación por la London School of Economics and Political Science y Magíster en Derecho de los Negocios por la Universidad Adolfo Ibáñez. Cuenta con más de diez años de experiencia como abogada en materias de libre competencia y regulación económica, en el sector público y privado. Trabajó en la Fiscalía Nacional Económica entre los años 2012 y 2017.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza cómo una estrategia de *enforcement* puede impactar la percepción de efectividad de una agencia de competencia en la persecución de conductas anticompetitivas, aun cuando se trate de una estrategia responsiva de acuerdo a la teoría de *Responsive Regulation* (RR). Para esto, se considera el caso de la agencia de competencia chilena, la Fiscalía Nacional Económica (FNE), explorando si el uso de estrategias de *enforcement* calificadas como responsivas durante un período analizado, podría incidir en la percepción acerca del rol de la agencia.

Para esto, el estudio considera la totalidad de las acciones adoptadas por la FNE durante seis años en dos áreas dedicadas al *enforcement* de diversas conductas anticompetitivas: la persecución de los abusos de posición dominante (APD) y en materia anti-carteles (AC)<sup>1</sup>. Tras identificar las estrategias de *enforcement* adoptadas por la FNE en APD y AC, se contrastan los resultados con la evaluación hecha en tres estudios de percepción acerca del efecto disuasivo de las acciones de la FNE realizados por la consultora Deloitte (Estudios Deloitte)<sup>2</sup>.

De acuerdo a la teoría de RR desarrollada por Ayres & Braithwaite (1992), las agencias deben tener una actitud abierta para adoptar la mejor estrategia que les permita maximizar el cumplimiento de la regulación, eligiendo distintas acciones más o menos severas y colaborativas dentro de un amplio abanico de opciones disponibles. Así, la teoría de RR plantea el uso de estrategias de escalada, utilizando medidas más colaborativas cuando sea posible. Luego, la agencia puede escalar hacia medidas más severas o punitivas cuando las acciones menos lesivas han fallado, para luego desescalar cuando aumenta el cumplimiento<sup>3</sup>. Esto aumenta la legitimidad de las medidas adoptadas y la probabilidad de cumplimiento de la regulación y las leyes en general<sup>4</sup>.

Estas estrategias responsivas aumentarían la efectividad regulatoria, siendo realmente responsivo aquel regulador que mire el *enforcement* como un proceso constante de interacciones repetidas entre la agencia y quienes son objeto o destinatarios de sus acciones, y no como una interacción única<sup>5</sup>.

---

1 La información utilizada excluye: (a) decisiones de la FNE en materia de fusiones u operaciones de concentración; (b) decisiones en aquellos casos en los cuales la FNE haya resuelto, en uso de sus facultades discrecionales, archivar una investigación sin una acción de competencia de aquellas que considera para el cumplimiento de sus metas de desempeño institucionales; y, (c) aquellos casos en los que se haya declarado la inadmisibilidad de una denuncia.

2 Los Estudios Deloitte fueron desarrollados por encargo de la FNE y sus resultados se encuentran disponibles en el sitio web de la FNE, <https://www.fne.gob.cl/estudios-de-percepcion-deloitte/>.

3 Ian Ayres y John Braithwaite, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate* (Oxford University Press, 1992).

4 Peter Mascini, "Why was the enforcement pyramid so influential? And what price was paid?", *Regulation & Governance*, 7, n°1 (2013), 49.

5 Robert Baldwin y Julia Black, "Really Responsive Regulation", *Modern Law Review*, 71 n°1 (2008).

El derecho de la libre competencia constituye una forma de intervención regulatoria<sup>6-7</sup>. En efecto, diversos estudios anteriores han testeado la teoría de RR respecto de autoridades de competencia<sup>8</sup>. Si bien algunos de ellos han testeado el enfoque de la teoría de RR considerando la totalidad de acciones adoptadas por una agencia de competencia<sup>9</sup>, el presente análisis, al considerar la totalidad de acciones para dos áreas de *enforcement* de la FNE, permite comparar las estrategias adoptadas por la misma agencia respecto de la persecución de dos tipos de conductas, para un mismo período, con los resultados de los Estudios Deloitte, limitando eventuales sesgos, al diferenciar áreas de la FNE. Además, no existirían hasta ahora trabajos que analicen las estrategias concretas adoptadas por la FNE y sus efectos en la percepción de efectividad del actuar de la agencia durante los últimos años.

Este trabajo analiza las distintas acciones adoptadas por la FNE respecto de conductas anticompetitivas en materia de APD y AC entre 2011 y 2016, situándolas en una pirámide de *enforcement* de acuerdo a la teoría de RR. Luego, se califican de más o menos responsivas las estrategias que han predominado en materia de persecución de APD y AC, en base a un criterio propuesto basado en la diversidad y visibilidad de las acciones. Finalmente, se analiza de qué manera estas estrategias de *enforcement* más o menos responsivas pueden incidir en la percepción del rol de la FNE, medida ésta última por los Estudios Deloitte.

## II. LAS ACCIONES ADOPTADAS POR LA FNE RESPECTO DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

La FNE cuenta con diversas acciones de competencia disponibles, siendo algunas más o menos severas o colaborativas de acuerdo a la teoría de RR, las que tienen lugar tanto en sede judicial como administrativa.

Así, se pueden identificar las siguientes acciones más severas y que tienen lugar en sede judicial, con mayor visibilidad: (i) la interposición de requerimientos ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), con el objeto de iniciar un procedimiento de carácter contencioso para la eventual imposición de sanciones como multas y otras medidas; (ii) la formulación de una consulta ante el TDLC para que éste conozca los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones del DL 211, para la eventual fijación de condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos; (iii) la presentación de un acuerdo extrajudicial alcanzado entre la FNE y algún actor del mercado que haya sido objeto de una investigación, para que sea aprobado por el TDLC en la medida que no sea contrario a la libre competencia; (iv) alcanzar acuerdos conciliatorios con los agententes económicos acusados en un requerimiento, la cual puede ser parcial, para efectos meramente probatorios es decir en la cual el procedimiento contencioso continua para ser decidido por el TDLC, o ser una conciliación total, es decir con el objeto de poner término al procedimiento contencioso anteriormente iniciado ante el TDLC, tipos de conciliaciones que -en todo caso- deben ser aprobadas por el TDLC.

---

6 Niamh Dunne, *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets*, (Cambridge University Press, 2017); Pablo Ibáñez, "On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory", *Yearbook of European Law* 29 N° 1 (enero 2010).

7 Santiago Montt, "El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente Regulador del Comercio: Una Mirada Desde las Políticas Públicas", *Documentos de trabajo #1 RegCom* (2009).

8 Christine Parker, "Restorative Justice in Business Regulation. The Australian Competition and Consumer Commission's Use of Enforceable Undertakings", *The Modern Law Review*, 67 n°2 (2004); Christine Parker, "The Compliance Trap: The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement", *Law & Society Review*, 40, N° 3 (2006).

9 Vibeke Lehmann Nielsen y Christine Parker, "Testing responsive regulation in regulatory enforcement", *Regulation and Governance*, 3, N° 4 (2009).

Por otro lado, la identificación de acciones más colaborativas que tienen lugar únicamente en sede administrativa es posible también, en la medida que se trata de acciones que no requieren ser puestas en conocimiento del TDLC para que éste las apruebe ni conozca de una solicitud concreta. Entre estas acciones más colaborativas que puede tomar la FNE se encuentran: (v) la decisión de archivar una investigación en curso cuando se observa un cambio en la conducta de los agentes económicos investigados o un compromiso de ellos<sup>10-11</sup>; y, (vi) la decisión de archivar una investigación tras realizar alguna recomendación a actores del mercado o alguna autoridad sectorial u otro organismo para que estén informados acerca del análisis de competencia realizado por la FNE y sugiriendo la adopción de determinadas medidas.

La FNE cuenta, en general, y de acuerdo al DL 211, con las mismas acciones de competencia disponibles tanto en materia de AC como de APD, en la etapa de su investigación administrativa como ante el TDLC<sup>12</sup>.

La base de datos utilizada para este estudio contiene el total de acciones adoptadas por la FNE entre los años 2011 y 2016 en materia de APD y AC. Todas esas acciones pueden ser consideradas más o menos cooperativas y/o confrontacionales, conforme a la teoría de RR. Para graficar esto, se han considerado más severas las acciones que involucran al TDLC, y menos severas aquellas que tienen lugar en sede administrativa. Asimismo, se han considerado, dentro de las acciones en sede judicial, las conciliaciones como un tipo de acción colaborativa, siendo la conciliación total más colaborativa que la conciliación parcial.

Así, para graficar la mayor o menor colaboratividad o severidad de una acción, se ha recurrido al uso cromático de un semáforo, tendiendo hacia el color rojo aquellas acciones cercanas a la cúspide de la pirámide de *enforcement* de la teoría de RR, y más cercanas al color verde aquellas acciones más colaborativas que se sitúan en la base de la pirámide de *enforcement* planteada por dicha teoría.

La Tabla 1 muestra la distribución del total de acciones adoptadas por la FNE entre los años 2011 y 2016, que corresponde al período cubierto por los Estudios Deloitte, distinguiendo entre acciones adoptadas en las áreas de abusos y anti-carteles (APD y AC, respectivamente), indicando sus porcentajes, individual y conjunto, respecto del total de acciones, según su mayor o menor nivel de severidad o colaboratividad.

---

10 Eduardo Cordero, "Sobre las facultades de la FNE para poner término a una investigación sobre la base de compromisos y/o cambios de conducta por parte de los sujetos investigados", *Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica* (2017), 181-204.

11 Fiscalía Nacional Económica, *Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica*, (mayo 2013), 16, [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Instr\\_investigaciones\\_2013-1.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Instr_investigaciones_2013-1.pdf).

12 Si bien en Chile se reincorporó la sanción penal por los delitos de colusión a partir de las modificaciones introducidas por la Ley 20.945 de agosto de 2016, el procedimiento penal se inicia de acuerdo a la legislación vigente en casos de querrela presentada por el Fiscal Nacional Económico, una vez que existe una sentencia condenatoria firme y ejecutoriada del TDLC. Con todo, en la etapa de investigación en AC, la FNE cuenta con facultades investigativas que no proceden respecto de APD, como son las facultades intrusivas establecidas en el artículo 39 letra n) del DL 211.

**Tabla 1: Acciones FNE en APD y AC entre 2011 y 2016**

Acciones FNE 2011-2016	APD	%	AC	%	Total APD+AC	% APD+AC	Ranking según uso APD+AC
(i) Requerimiento	12	17,6%	13	72,2%	25	29,07%	# 1
(ii) Consulta	9	13,2%	1	5,6%	10	11,63%	# 4
(iii) Acuerdo Extrajudicial	5	7,4%	0	0	5	5,8%	# 6
(iv) Conciliación parcial (el juicio continua)	0	0	4	22,2%	4	4,7%	# 7
(iv) Conciliación total (el juicio termina)	13	19,1%	0	0	13	15,12%	# 3
(v) Archivo de investigación con cambio de conducta y/o compromiso	23	33,8%	0	0	23	26,74%	# 2
(vi) Archivo de investigación con recomendación	6	8,8%	0	0	6	7%	# 5
Total de acciones de competencia de la FNE	68	100%	18	100%	86	100%	
Porcentaje respecto del total de acciones de competencia de la FNE entre 2011 y 2016 en APD y AC	79,1%		20,93%				

Fuente: elaboración propia en base a información pública proporcionada por la FNE.

Respecto de la actividad en general de la FNE, se observa que el área de APD tuvo la mayor proporción de acciones durante el período de seis años analizado, representando el 79% de la actividad de la agencia, contrastando con 18 acciones adoptadas respecto del área AC, correspondiente al 21%. En términos generales, existe una clara dominancia de un enfoque colaborativo respecto de las conductas unilaterales o de abusos, mientras persiste un enfoque confrontacional y punitivo respecto de las conductas coordinadas.

De acuerdo a lo anterior, se observa que la FNE recurrió a una mayor variedad de acciones o herramientas que la legislación ha puesto a su disposición respecto de conductas de APD. Por el contrario, respecto del área anti-carteles, predomina el uso de acciones más severas, y no se observa el uso de acciones colaborativas en general. En consecuencia, en el marco de la teoría de RR la FNE sería una agencia responsiva respecto del *enforcement* de APD, no así en AC, para el período 2011-2016.

Para calificar el uso de las acciones en ambas áreas como parte de una estrategia más o menos responsiva y poder contrastar luego esa estrategia con los resultados arrojados por los Estudios Deloitte, con una mirada conservadora en base a la publicidad de las acciones<sup>13</sup>, este trabajo propone un criterio de diversidad y visibilidad de las acciones, cada dos años. Así, es posible formular una clusterización del tipo de acción de competencia adoptada de acuerdo a la etapa en la cual tuvo lugar, haciendo la distinción entre aquellas acciones adoptadas por la FNE durante la investigación administrativa y aquellas que tienen lugar en un procedimiento -contencioso o no contencioso- ante el TDLC, considerando que éstas últimas enfrentan mayor visibilidad y escrutinio público que las primeras.

En consecuencia, a mayor variedad de tipos de acciones implementadas en distintas sedes, más responsiva es la estrategia, siendo calificada como más o menos responsiva (+R, R, -R) cuando, durante un período de dos años -que corresponde al período calificado por cada uno de los Estudios Deloitte- la FNE haya considerado el uso tanto de acciones severas como de acciones colaborativas en sede judicial o administrativa, para las conductas de abuso y colusión. Así, se distingue por una parte entre acciones más severas (i), (ii), (iii) y acciones colaborativas (iv), todas ante el TDLC; y por otra parte las acciones (v) y (vi) que tienen lugar al finalizar la investigación de la FNE. Los resultados se detallan en la Tabla 2.

<sup>13</sup> El total de acciones adoptadas por la FNE entre 2011 y 2016 corresponden a 86, pero para el análisis que se incluye por área de *enforcement*, se han considerado sólo 80 acciones, con un criterio conservador que permita contrastar cuáles eran las acciones ya adoptadas por la FNE y que pudieron ser conocidas por los entrevistados al momento de realizarse cada uno de los Estudios Deloitte. En particular, sólo se excluyeron dos acciones para el Estudio de Percepción del año 2012 (realizado entre el 3 y el 26 de diciembre de 2012), dos acciones para el estudio de Percepción del año 2014 (realizado entre el 24 de octubre de 2014 y el 6 de noviembre de 2014) y tres acciones para el Estudio de Percepción del año 2016 (realizado entre el 14 de noviembre de 2016 y el 21 de diciembre de 2016).

**Tabla 2: Estrategias FNE en APD y AC entre 2011 y 2016 y test de RR**

Acciones FNE 2011-2016	2011-2012	2013-2014	2015-2016	2011-2012	2013-2014	2015-2016
	APD %	APD %	APD%	AC%	AC%	AC%
(i)+ (ii)+ (iii)	44,4%	52%	25%	75%	60%	100%
(iv) Conciliación parcial (el juicio continua)	0	0	0	25%	40%	0
(iv) Conciliación total (el juicio termina)	16,7%	24%	15%	0	0	0
(v)+ (vi)	38,9%	24%	60%	0	0	0
Total de acciones de competencia FNE	18	25	20	8	5	4
Calificación de Responsividad de la Estrategia (+R/ R/-R)	+R	+R	+R	R	R	-R

Fuente: elaboración propia en base a información pública proporcionada por la FNE.

En términos generales, entre 2011 y 2016, se observa el uso de estrategias en APD y AC marcadas por acciones con grados de visibilidad para el público general y las partes interesadas muy diferente, siendo en términos proporcionales, más visible la estrategia adoptada por la FNE respecto de AC y menos visible la estrategia respecto de APD, aun cuando ésta última supere considerablemente en número de acciones a AC. Sin perjuicio de lo anterior, y de acuerdo al criterio de diversidad y visibilidad ya señalado conforme a la teoría de RR, es la estrategia implementada en APD la más responsiva (+R durante todo el período analizado), mientras que en AC la agencia habría sido menos responsiva (R hasta 2013 y -R desde 2015 en adelante).

Para los años 2015 y 2016, los resultados muestran que se generó respecto de las conductas de abuso de posición dominante un aumento muy relevante del uso de acciones colaborativas como (v) y (vi), ubicadas en la base de la pirámide de *enforcement* de RR. Esto coincidió con una disminución en el número de acciones más severas en sede judicial respecto de APD. Por contraste, en relación a AC, la totalidad de acciones ejercidas por la FNE fueron requerimientos, acciones ubicadas en la cúspide de la pirámide de *enforcement* de RR.

Para efectos de este análisis, resulta interesante observar el uso de acciones colaborativas por parte de la FNE una vez que ha utilizado acciones más severas respecto de una misma conducta, en particular, por medio del uso de la conciliación. Este tipo de acción representa un desescalamiento en la pirámide de *enforcement* por parte de la agencia<sup>14</sup>. Como se señaló anteriormente, la agencia puede alcanzar acuerdos totales o parciales con sus contrapartes en procedimientos contenciosos ante el TDLC, y no existen en la legislación vigente límites para su aplicación en casos de carteles ni abusos. Las conciliaciones totales implican que el procedimiento ante el TDLC llegue a su fin con un equivalente jurisdiccional, aun cuando no exista una sentencia que se pronuncie respecto de la conducta, mientras que en la conciliación parcial el procedimiento continúa y finaliza con una sentencia judicial que se hace cargo de la conducta imputada<sup>15</sup>.

14 De acuerdo al aporte de Chile en 2016 al Comité de Competencia de la Organización de para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), los beneficios de este tipo de conciliación son principalmente procedimentales ya que, por ejemplo, el reconocimiento de hechos, el compromiso de aportar cierto tipo de evidencia o de no presentar ciertos recursos, puede ser acordado a cambio de una reducción en las sanciones solicitadas por la FNE. Este tipo de acuerdos ha sido usado principalmente respecto de casos de carteles. OCDE, *Commitment Decisions in Antitrust Cases: Note by Chile*. (No. DAF/COMP/WD(2016)37) (2016), 4. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2016\)37/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2016)37/en/pdf).

15 OCDE, *Commitment Decisions in Antitrust Cases: Note by Chile*, 4.

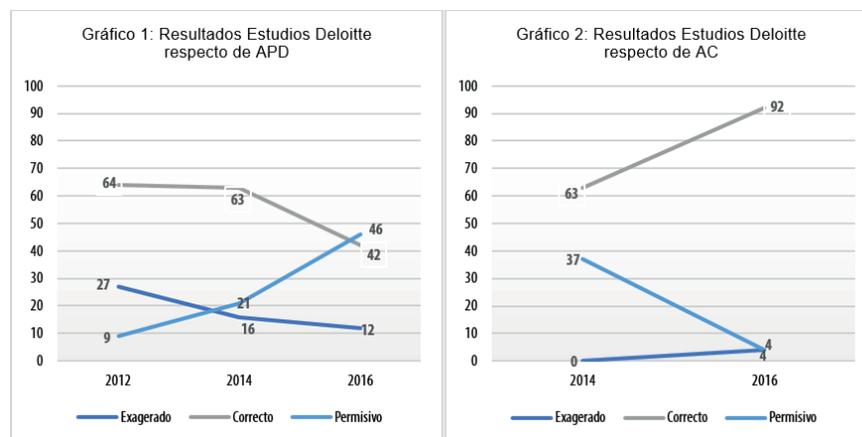
De acuerdo a los datos, los acuerdos conciliatorios totales tuvieron lugar respecto de abusos para todo el período analizado<sup>16</sup>, mientras las conciliaciones parciales sólo fueron usadas en casos de colusión hasta el año 2013<sup>17</sup>. Esto podría dar luces, por ejemplo, de una mayor voluntad por parte de la FNE a conciliar en la etapa judicial aquellas conductas respecto de las cuales, a su vez, utiliza acciones más colaborativas en sede administrativa. En otras palabras, en los casos de abusos, dado que existen salidas colaborativas en la etapa administrativa, podría haber una mayor voluntad de la FNE a alcanzar acuerdos conciliatorios totales ante el TDLC respecto de este tipo de conductas. Esto no se observaría respecto de la colusión.

Estos resultados son consistentes con otros trabajos que han planteado, en términos teóricos, que es deseable y factible el uso de estrategias de RR, especialmente, para el *enforcement* de las conductas de abuso de posición dominante y que, en efecto, éste ha sido la aproximación empleada por la FNE durante la última década<sup>18</sup>.

### III. ESTUDIOS DELOITTE

Los Estudios Deloitte recopilan las respuestas de abogadas y abogados considerados expertos en competencia<sup>19</sup>. No incorpora, en consecuencia, a actores políticos ni a asociaciones de consumidores. En este sentido, los Estudios Deloitte ofrecerían una fuente confiable acerca de la percepción que realizan expertos sobre la intervención de la agencia de competencia<sup>20</sup>.

Los encuestados fueron consultados acerca del nivel de intervención de la FNE en materia de abusos y carteles, debiendo calificar la actuación de la agencia respecto de APD y AC como “Exagerada”, “Correcta” o “Permisiva”. Los resultados de los Estudios Deloitte de 2012, 2014 y 2016 se muestran en los Gráficos 1 y 2, para abusos y carteles, respectivamente:



Fuente: Elaboración propia en base a los Estudios Deloitte 2012, 2014 y 2016.

16 Expedientes Contenciosos tramitados ante el TDLC Roles C 314-16, C 310-16, C 295-15, C 282-14, C 281-14, C 263-14, C 258-13, C 249-13, por nombrar algunos.

17 Expedientes Contenciosos tramitados ante el TDLC Roles C 248-13, C 244-12, C 223-11 y C 217-11.

18 Nader Mufdi Guerra, “Responsive Regulation como estrategia de enforcement de las prohibiciones de abuso de posición dominante”, *Investigaciones CeCo* (febrero 2020), 14, <http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>.

19 Abogados incluidos en la sección de Competencia/Antitrust del Chambers Latin America 2014 y Chambers & Partners 2016 para los Estudios Deloitte de los años 2014 y 2016, respectivamente.

20 Estudios anteriores han considerado a los asesores legales como encuestados para efectos de medir estrategias de *enforcement* e incentivos de compliance. Véase, por ejemplo, Alan R. Beckenstein y H. Landis Gabel, “Antitrust Compliance: Results of a Survey of Legal Opinion”, *Antitrust Law Journal*, 51 (1982); Robert Feinberg, “The Enforcement and Effects of European Competition Policy: Results of a Survey of Legal Opinion”, *Journal of Common Market Studies*, 23 N° 4 (1985); Rob van der Noll, y Barbara Baarsma, “Compliance with cartel laws and the determinants of deterrence-an empirical investigation”, *European Competition Journal*, 13 N° 2-3 (2017).

El Gráfico 1 muestra respecto de APD un marcado declive en el número de encuestados que consideró “Correcto” el nivel de intervención de la FNE en el estudio de 2016, junto a un deceso gradual de quienes calificaron como “Exagerado” el rol de la agencia en los Estudios Deloitte de 2014 y 2016. Lo sorprendente de los resultados, sin embargo, es el aumento respecto de quienes consideran el rol como “Permisivo” respecto de APD. Por el contrario, el Gráfico 2 muestra una marcada disminución en la percepción del rol e intervención de la FNE como “Permisivo” respecto de AC, de la mano de un aumento pronunciado de aquellos que califican su actuar como “Correcto” y el bajo porcentaje de quienes consideraron la actuación de la FNE en esta materia como “Permisiva” o “Exagerada”.

Los resultados acerca de la percepción del rol de la FNE respecto de las conductas de abusos son consistentes con los comentarios de algunos encuestados al evaluar el grado de disuación e intervención de la FNE respecto de APD. Por ejemplo, en el Estudio Deloitte 2014, una persona encuestada comentó “se han perseguido menos casos de abusos”, mientras otra indicó que el área de APD “no es una prioridad de *enforcement* para la FNE porque no existen criterios muy claros para evaluar este tipo de comportamientos”<sup>21</sup>. Comentarios similares fueron registrados en el Estudio Deloitte 2016, con encuestados que calificaron el grado de intervención de la FNE en APD como “incorrecto”, ya que a su juicio ésta “podría ser mucho más”, reconociendo que “se ha notado menos actividad de la FNE ante el TDLC”<sup>22</sup>.

Por el contrario, respecto de AC, en el Estudio Deloitte 2014 se indicaba que la FNE “puede intervenir muchos mercados más para investigar; hay muchas instancias para mejorar”<sup>23</sup>, y luego en el Estudio Deloitte 2016 las críticas apuntaban a aspectos distintos a las acciones de *enforcement*, por ejemplo, a que “al final la FNE siempre se ampara en la delación compensada” o “la forma en que la FNE ha litigado por la prensa”<sup>24</sup>.

Los resultados observados resultan interesantes, ya que en el Estudio Deloitte 2014 el porcentaje de percepción del rol de la FNE como “Correcto” fue de un 63% respecto de APD y de AC. Sin embargo, dicho porcentaje cambió drásticamente para el Estudio Deloitte 2016, cuando la estrategia de *enforcement* respecto de APD fue más responsiva y cuando las acciones colaborativas dejaron de tener lugar en AC.

Conforme a lo anterior, al menos para el período 2015-2016, se observa una relación entre una estrategia más responsiva y el aumento de la percepción de permisividad de la intervención de la FNE, y el aumento de quienes consideran correcto el actuar en un área no responsiva, al comparar las estrategias de *enforcement* de abusos y carteles. Así lo sugieren los resultados del Estudio Deloitte 2016 para AC y APD y los comentarios de los encuestados que calificaron de “Permisivo” el rol en APD refiriéndose a la actividad (o falta de ella) por parte de la FNE en acciones más visibles en sede judicial.

En efecto, al realizar el test de RR por medio de la clusterización de las acciones de acuerdo a su visibilidad y sede (administrativa y judicial), se observa que entre los años 2015 y 2016 sólo el 25% de las acciones de *enforcement* adoptadas respecto de APD fueron más severas, con una estrategia +R. Adicionalmente, el 60% de las acciones de *enforcement* en APD tuvieron lugar en sede administrativa, siendo en consecuencia, menos visibles. Uno de los comentarios del Estudio Deloitte 2016 apunta, precisamente, a esta menor visibilidad de actividad de la FNE en sede judicial respecto de APD.

---

21 Estudio Deloitte 2014, 23. [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Estudio\\_percepcion.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Estudio_percepcion.pdf).

22 Estudio Deloitte 2016, 16. [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/12/tercer\\_estudio\\_abogados.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/12/tercer_estudio_abogados.pdf).

23 Estudio Deloitte 2014, 15.

24 Estudio Deloitte 2016, 3.

En contraposición, en el caso de AC, las acciones más severas, es decir los requerimientos, alcanzaron al 100% de las acciones ejercidas entre 2015 y 2016, con una estrategia -R, pero altamente visible y punitiva.

En general, las agencias de competencia miden su desempeño en función de las acciones de *enforcement* que adoptan<sup>25</sup>. La FNE no es la excepción, dado que sus metas de desempeño institucional están establecidas en función de las acciones de competencia que ella adopte<sup>26</sup>. En ese sentido, las agencias regulatorias pueden tener más incentivos para implementar estrategias que impliquen una compensación en términos numéricos entre acciones en sede judicial y aquellas más colaborativas en la etapa administrativa, en la medida que todas las acciones sean contabilizadas de la misma forma para efectos de las metas, a pesar de los diferentes recursos y plazos comprometidos en ellas.

Si bien el uso en conjunto de diversas acciones que se ubiquen en la cúspide y en la base dentro de la pirámide de *enforcement*, corresponde a una estrategia que puede ser calificada de responsiva de acuerdo a la teoría de RR, de acuerdo a los datos de esta investigación, el uso de una estrategia más responsiva tendría un impacto en la percepción de la intervención de la agencia. Esto último, especialmente, si junto al uso de acciones más colaborativas en sede judicial, se observa una disminución del número de acciones más severas en esta misma sede, atendida su mayor visibilidad.

En todo caso, no es posible descartar que exista una mayor probabilidad de que el actuar de una agencia sea percibida y por ende calificada de "Correcta" cuando las acciones en sede judicial predominan, mientras que el regulador que prefiere las acciones en la etapa administrativa, que son mucho menos visibles, sea más susceptible de ser calificado como "Permisivo"<sup>27</sup>. Tampoco es posible descartar eventuales sesgos en los resultados del Estudio Deloitte, considerando los distintos intereses de las personas encuestadas<sup>28</sup>.

Con todo, podría no ser el aumento de acciones colaborativas en sede administrativa -menos visibles- la única causa o la más relevante que pudiese explicar el aumento de la percepción de permisividad observada en APD. También podría incidir en estos resultados la disminución en el número de requerimientos presentados y el uso de la conciliación total -ambas acciones más visibles- respecto de los casos de APD. En efecto, la estrategia más responsiva implementada por la FNE en materia de APD ha implicado la inexistencia de sentencias condenatorias con imposición de sanciones por parte del TDLC en casos contenciosos iniciados por la FNE respecto de este tipo de conductas desde el año 2011<sup>29-30</sup>.

---

25 William E. Kovacic, "Using Ex Post Evaluations to Improve the Performance of Competition Policy Authorities", *Journal of Corporation Law*, 31 N° 2 (2006).

26 Por ejemplo, para el año 2017 los indicadores estratégicos de la FNE se medían de acuerdo al número de acciones de libre competencia que tomara la agencia respecto de lo logrado el año 2012, sumando para ello de la misma forma un requerimiento, una consulta, un acuerdo extrajudicial, una conciliación, un informe emitido a solicitud del TDLC, una resolución de archivo de investigación por disuasión de conducta y una resolución de archivo con entrega de recomendaciones específicas. [https://www.fne.gob.cl/transparencia/compromisos/2017/compromisos\\_fne.pdf](https://www.fne.gob.cl/transparencia/compromisos/2017/compromisos_fne.pdf).

27 Además, debido a los recursos limitados, las agencias y reguladores no siempre pueden hacer cumplir la ley en todos los casos sometidos a su conocimiento. Aaron Nielson, "How Agencies Choose Whether to Enforce the Law: A Preliminary Investigation", *Notre Dame Law Review*, 93 N° 4 (2018).

28 En este sentido, la comunidad de expertos también puede ser considerada un grupo de interés que es esperable que presione por mayores niveles de *enforcement*. John Scholz, "Cooperative Regulatory Enforcement and the Politics of Administrative Effectiveness", *American Political Science Review*, 85 n°1 (1991), 120.

29 *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra de la Compañía Chilena de Tabacos*, C-196-09, Sentencia TDLC N°115/2011 (2011).

30 El uso prolongado de una estrategia responsiva en APD puede traducirse en la falta de jurisprudencia que determine criterios de legalidad respecto a conductas tan complejas de analizar como los APD. Esto podría darse en el caso chileno, considerando que, por diseño institucional, la resolución del TDLC que aprueba una conciliación no realiza una calificación acerca de la legalidad de las conductas imputadas, sino sólo del contenido del acuerdo conciliatorio.

En definitiva, los resultados muestran que la estrategia implementada hasta ahora por la FNE en AC, aun cuando no sea resposiva, resulta deseable, con la presentación de requerimientos y una tasa de éxito del 100% desde el año 2010<sup>31</sup>. No obstante ello, un equilibrio entre persecución de las conductas de APD y la colusión es propio de los sistemas de defensa de la competencia cuando éstos se encuentran en estadios de desarrollo superiores, como sería el caso chileno, caracterizado por mercados que funcionan en condiciones oligopólicas<sup>32</sup>.

---

31 La agencia ha obtenido sentencias condenatorias en la totalidad de los requerimientos por colusión que han sido presentados desde 2010 a la fecha. Discurso del señor Ricardo Riesco, Fiscal Nacional Económico, en la cuenta Pública Participativa FNE del 27 de mayo de 2020, <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/05/Discurso-Cuenta-P%C3%BAblica-Participativa-2019.pdf>.

32 Mufdi, "Responsive Regulation como estrategia de enforcement de las prohibiciones de abuso de posición dominante", 2.

## IV. CONCLUSIONES

Los datos del estudio muestran un mayor uso por parte de la FNE de acciones colaborativas, en la etapa judicial y administrativa, durante los años 2015 y 2016 respecto de las conductas de APD. Esto no se observaría respecto de los carteles. Esas estrategias diversas pudieron haber contribuido a aumentar la percepción de permisividad de la agencia respecto de las conductas de abuso de posición dominante y un aumento en quienes consideran correcto el rol en materia de colusión, de acuerdo al Estudio Deloitte 2016.

Conforme a lo anterior, este trabajo entrega algunas señales acerca de cómo el uso de diferentes estrategias de *enforcement*, aun cuando sean responsivas de acuerdo a la teoría de RR, pueden en todo caso impactar la percepción acerca de la intervención de una agencia de competencia.

En particular, si bien el área de APD registró el mayor número y variedad de acciones de competencia adoptadas por la FNE en el período observado -contraintuitivamente- fue percibida en los Estudios Deloitte como la menos efectiva. Así, se observaría una mayor percepción de permisividad como una eventual consecuencia no deseada de las estrategias responsivas planteadas por la teoría de RR, cuando esto implica una menor visibilidad de la actividad persecutora.

La conclusión de este trabajo está en línea con otros trabajos realizados en Chile que han identificado un cambio desde el año 2009 por parte de la FNE, hacia la priorización de los casos de carteles por sobre los de abusos, motivado por el rechazo por parte de la opinión pública respecto de la conducta de la colusión a partir de casos de alta connotación como fue el denominado caso farmacias<sup>33</sup>.

Los resultados del estudio además son consistente con el hecho que, entre 2011 y 2017, la mayoría de los procedimientos contenciosos concidos por el TDLC referidos a APD han correspondido a acciones privadas, mientras que para carteles predomina el *enforcement* público<sup>34</sup>. Una estrategia como la implementada por la FNE en este respecto resulta atractiva, en la medida que la participación de la agencia aumente la probabilidad de obtener una sentencia condenatoria. Al respecto, existen ciertos autores que han planteado una supuesta superioridad del *enforcement* público por sobre el privado en el sistema chileno de libre competencia<sup>35</sup>. Sin embargo, otros trabajos han llamado a la cautela respecto de esa conclusión, ya que los mejores resultados podrían explicarse más bien en los costos que enfrentaría la agencia para perseguir conductas colusivas y las ventajas que pueden derivarse del ejercicio de acciones privadas respecto de APD<sup>36</sup>.

Finalmente, la conclusión respecto de las acciones adoptadas por la FNE entre 2015 y 2016, correspondiente al período analizado por el Estudio Deloitte 2016, es consistente con estudios previos a nivel comparado, que han observado que las estrategias más responsivas pueden tener un impacto en la percepción de efectividad de una agencia regulatoria, si se traducen en que las conductas son raramente sancionadas en términos severos<sup>37</sup>.

---

33 Francisco Agüero, "Chilean Antitrust Policy: Some Lessons Behind its Success", *Law and Contemporary Problems*, 79 N° 4 (2016).

34 De los casos iniciados entre los años 2011 y 2017 referidos a APD, el 82% habría correspondido a demandas privadas, y sólo el 18% a requerimientos de la FNE, mientras que, para las conductas de colusión, el *enforcement* privado representaría el 17% y las acciones de la FNE el 83%.

35 Aldo González y Alejandro Micco "Private versus Public Antitrust Enforcement: Evidence from Chile", *Journal of Competition Law & Economics*, 10 N° 3 (2014).

36 Diego Pardow, "El desempeño en juicio de la FNE: ¿Es realmente un mejor litigante que los demandantes privados?", *Revista de Derecho* 22 N° 2 (2015).

37 Parker, "Restorative Justice in Business Regulation. The Australian Competition and Consumer Commission's Use of Enforceable Undertakings".



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

Andrea Von Chrismar M., "Examinando la relación entre estrategias de *enforcement* y la percepción acerca del rol de una agencia de competencia: el caso de la Fiscalía Nacional Económica",  
*Investigaciones CeCo* (julio, 2020),  
<http://www.centrocompetencia.com/categroy/investigaciones>

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