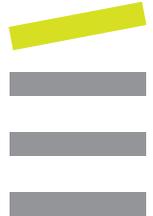


Dirección: Esmeralda 636,  
3er piso, Santiago, Chile.  
Teléfono: +56 2 26648445  
E-mail: [horizontal@horizontalchile.cl](mailto:horizontal@horizontalchile.cl)  
Web: [www.horizontalchile.cl](http://www.horizontalchile.cl)  
@horizontalchile  
Facebook.com/horizontalchile

# COMPETENCIA EN EL MERCADO CHILENO

Institucionalidad de la libre competencia | Octubre de 2013

 H O R I Z O N T A L

# ÍNDICE

Presentación		01
Resumen ejecutivo		03
Introducción		05
Caracterización del gasto de los chilenos por quintiles de ingreso		06
Análisis general de industrias relevantes		10
Reformas a la institucionalidad chilena		21
Historia de la institucionalidad sobre libre competencia		27
Institucionalidad comparada		29
Propuestas de reformas		32
Conclusión		39
Referencias		40
Agradecimientos		42
Autores		43
Declaración de principios		44



# PRESENTACIÓN

La existencia de competencia en los mercados permite a los consumidores adquirir bienes y servicios a menores precios y de mayor calidad, e incentiva la innovación constante por parte de los oferentes. Con la finalidad de maximizar el bienestar social, es primordial que exista competencia, sobre todo en mercados en los cuales las familias gastan un mayor porcentaje de su presupuesto.

Con este objetivo, en Horizontal nos hemos embarcado en la tarea de proponer políticas públicas que incrementen la competencia en los mercados chilenos. Creemos que es necesaria la existencia de una adecuada regulación y supervisión de aquellas estructuras de mercado en las que los agentes económicos podrían ejercer poder y efectuar prácticas que generen ineficiencias en la asignación de recursos, como en el caso de los monopolios, oligopolios y monopsonios.

En Horizontal sostenemos que muchas de las trabas que existen a la competencia pueden corregirse a través de una mejor regulación e institucionalidad sectorial. Por ejemplo, en el caso de las AFP, es necesario disminuir las asimetrías de información; en el caso de la banca –donde se repite el problema anterior– es preciso analizar la estructura y funcionamiento de las sociedades de apoyo al giro; en el caso de industrias reguladas, revisar las metodologías de tarificación, etc.

Nuestra línea de investigación en materia de libre competencia abordará cada uno de estos casos de manera particular, generando propuestas de política pública que apunten a inyectar competencia en cada uno de los mercados analizados.

Sin ir más lejos, a partir de estudios más extensos realizados en Horizontal sobre telecomunicaciones y medicamentos, se ha encontrado que el gasto de los consumidores disminuiría considerablemente en ambos sectores en caso que se implementaran algunas modificaciones y políticas sectoriales.

Específicamente, respecto a la telefonía móvil, si las tarifas en el país fueran similares a las de Israel –un país comparable en términos de tráfico de telefonía– se concluye que una familia del primer quintil de ingresos de nuestro país ahorraría un 26% anual en telefonía celular, es decir del orden del 1,2% de sus gastos totales, lo que le permitiría, por ejemplo, pagar cerca de un tercio de su cuenta de agua. Lo anterior representa un ahorro agregado del orden de US\$ 70 millones para las familias del primer quintil, y un ahorro anual cercano a los US\$ 500 millones para el total de los consumidores. Para esto, revisar el proceso de fijación de cargos de acceso y normar, por ejemplo, la negociación entre operadores móviles virtuales e incumbentes, produciría un efecto importante en el desarrollo de mayor competencia.

Por su parte, de aprobarse una ley de fármacos que incremente los puntos de venta y disminuya las asimetrías de información existentes –por ejemplo, obligando a los médicos a recetar medicamentos bioequivalentes y genéricos– podría generarse una mayor competencia en el sector, que permitiría a los consumidores ahorrar al año entre US\$ 50 millones y US\$ 180 millones.

Finalmente, si bien es preciso llevar a cabo reformas particulares en cada industria para inyectar mayor

competencia, el punto de partida es contar con una institucionalidad adecuada que vele por el correcto funcionamiento de los mercados en general. Además, en ocasiones es la propia institución encargada de la libre competencia la que propone reformas a las regulaciones sectoriales.

Es por eso que resulta primordial analizar la institucionalidad y la legislación pro competencia existentes en nuestro país y su evolución reciente. Y es por eso que proponemos reformas institucionales que apuntan a establecer los incentivos y reglas del juego adecuados para inyectar mayores niveles de competencia en la economía chilena. Nuestro objetivo es corregir fallas en los mercados, pero sobre todo evitar los abusos.

**Hernán Larrain**  
**Director Ejecutivo de Horizontal**

# RESUMEN EJECUTIVO

El presente documento tiene por finalidad caracterizar algunos mercados relevantes para los consumidores chilenos, poniendo el foco en el impacto en su gasto y bienestar, producto del grado de competencia existente y del comportamiento de los oferentes en el caso de los monopolios, oligopolios, etc. Además, se ejemplifica cómo el nivel de competencia y la correcta regulación de ciertas estructuras de mercado pueden influir en el bienestar de los consumidores. Finalmente, se proponen reformas institucionales que pretenden establecer reglas del juego adecuadas para supervisar el correcto funcionamiento de los mercados, teniendo como objetivo la maximización del bienestar social.

En la primera sección se caracteriza la estructura del gasto de los chilenos por quintiles de ingreso, identificando los sectores a los cuales las familias chilenas destinan un mayor porcentaje de su presupuesto. En la segunda parte se realiza un análisis general de algunas industrias desde el paradigma Estructura-Conducta-Resultados, que se definirá en dicha sección. En la tercera sección se presentan las principales conclusiones a partir del análisis realizado en las secciones anteriores, respecto al nivel de competencia que hay en algunos mercados chilenos. Finalmente, se analiza la institucionalidad y la legislación pro competencia existente en nuestro país y su evolución, para posteriormente proponer reformas institucionales que apuntan a establecer los incentivos y reglas del juego adecuados para inyectar mayores niveles de competencia a la economía chilena.



# COMPETENCIA EN EL MERCADO CHILENO

The logo for 'Horizontal' consists of three horizontal white bars of varying lengths stacked vertically, followed by the word 'HORIZONTAL' in a white, uppercase, sans-serif font.

HORIZONTAL

AUTORES:  
·FERNANDO MEDINA  
·PABLO PAREDES

# INTRODUCCIÓN

La competencia en los mercados permite a los consumidores acceder a bienes y servicios más baratos y de mejor calidad, lo cual indudablemente incrementa su bienestar. Desde la teoría para que un mercado se clasifique como competitivo, se deben cumplir una serie de condiciones, entre éstas: información simétrica entre los agentes participantes, libertad de entrada y salida de las empresas –lo cual genera que en el largo plazo las empresas obtengan rentas normales (en contraposición a rentabilidades sobrenormales o excesivas)–, homogeneidad de los productos, y que las empresas y los consumidores sean precio aceptantes, es decir, que ninguno pueda influir individualmente en el precio de un bien o servicio<sup>1</sup>.

En ausencia de fallas, los mercados competitivos maximizan el bienestar social, ya que en éstos se intercambian sólo aquellas unidades del bien cuya valoración por parte de la sociedad es mayor o igual a su costo de producción. En esta situación, dado un cierto presupuesto, quienes valoran más un bien o servicio serán quienes lo consuman y, por el lado de la producción, quienes sean más eficientes serán quienes lo provean, manteniéndose de esta forma en el mercado.

A pesar de lo anterior, no siempre los mercados libres son los mejores asignadores de recursos. Tal es el caso de los monopolios naturales, que corresponden a situaciones en las que una empresa puede satisfacer la demanda de un mercado con un costo menor que el que habría si existiesen más empresas, por lo cual es más eficiente que en este caso opere sólo una. Sin embargo, ante la ausencia de sustitutos para los consumidores, un

monopolio natural podría cobrarles precios muy por sobre sus costos de producción, por lo que es necesario regular sus tarifas.

Intermedio a la competencia perfecta y a los monopolios –los cuales pueden o no ser naturales– se encuentra una serie de estructuras de mercado, como por ejemplo los oligopolios<sup>2</sup> y monopsonios<sup>3</sup>. Éstos, dada su estructura, pueden generar pérdidas de bienestar en los agentes económicos, debido a ineficiencias en la asignación de recursos por el hecho de ejercer poder de mercado<sup>4</sup>.

A partir de lo anterior, las interrogantes que cabe hacerse son si en la economía chilena existe efectivamente competencia en los mercados cuya estructura lo permite; si, en el caso de los monopolios naturales, es eficiente la institucionalidad de su regulación; y si en los oligopolios y los monopsonios los mercados operan correctamente sin que se ejerza poder de mercado. Las respuestas a estas preguntas son fundamentales para analizar el bienestar de los consumidores y de los agentes de la economía.

<sup>1</sup>Arrow, Kenneth (1951); "An Extension of the Basic Theorems of Classical Welfare Economics".

<sup>2</sup>El oligopolio corresponde a la estructura de mercado en la cual existen pocos productores que generan toda o casi toda la oferta de un mercado. Dado que son pocos oferentes, existen bajos costos para implementar comportamientos colusivos que aumenten sus utilidades en detrimento de los consumidores. Un ejemplo de esta estructura es el caso de las farmacias, en la que tres cadenas poseen sobre el 90% de participación de mercado.

<sup>3</sup>El monopsonio corresponde a la estructura en la cual existe sólo uno comprador. Dado que la totalidad de la demanda de un bien o servicio la ejerce sólo un comprador, éste puede deprimir los precios con la finalidad de obtener ganancias extraordinarias.

<sup>4</sup>Ver González y Cárcaba (2002): "Una interpretación de los índices de ineficiencia productiva desde la teoría de recursos".



## CARACTERIZACIÓN DEL GASTO DE LOS CHILENOS POR QUINTILES DE INGRESO

La identificación de los bienes y servicios en los cuales las familias chilenas gastan un mayor porcentaje de su presupuesto se realiza a partir de la VI Encuesta de Presupuestos Familiares (EPF), que caracteriza la estructura de gasto de las familias chilenas durante el año 2007. Ésta corresponde a la versión disponible más actualizada, debido a que la información de la VII EPF del año 2011 aún no es pública.

A partir de dicha encuesta, en la Figura 1 se distingue que, en promedio, las familias chilenas destinan la parte principal de su presupuesto a las industrias de alimentos /bebidas y de transportes /comunicaciones, con un 22,7% y un 22,5% respectivamente<sup>5</sup>.

Al respecto, notar que al menos tres cuartas partes de la canasta de alimentos y bebidas de una familia promedio provienen de productos que es posible adquirir en supermercados. Esta industria se ha ido concentrando progresivamente en los últimos años, existiendo en la actualidad tres cadenas principales. Esto podría afectar la competencia, dada su eventual posición dominante.

En el ítem de transporte, la competencia no es precisamente un atributo destacable. Si bien el mercado de los vehículos particulares es bastante competitivo, dentro del transporte público, el servicio interurbano se ha visto acusado de irregularidades, como casos de competencia desleal y colusión<sup>6</sup>.

En el ámbito de las telecomunicaciones, la situación es particularmente delicada en telefonía móvil: tres empresas tienen el control de casi la totalidad del mercado.

Entre el mercado del transporte público y comunicaciones, una familia chilena típica destina el 9,8% de su presupuesto, un 5,1% y 4,7% respectivamente.

En servicios básicos para la vivienda (agua, electricidad, gas y combustible) la legislación de libre competencia es un asunto complejo, dado que algunas de estas industrias, son en parte importantes monopolios naturales, por lo que la normativa debiese apuntar más bien hacia regulaciones sectoriales. El 6,2% del presupuesto familiar se destina a estas industrias.

Respecto al gasto en vivienda, el principal ítem corresponde a arriendo, con un 3,8%. Considerando que el mercado de arriendo de viviendas no pareciera tener a simple vista problemas importantes de competencia, se omite del análisis.

Del pago de dividendos, la EPF considera como gasto sólo el componente del servicio financiero<sup>7</sup>, excluyendo la amortización. A pesar de lo anterior, como señalaremos posteriormente, se incluirá a la industria de la banca en el estudio de competencia, por ser una industria importante para las familias<sup>8</sup> y por existir algunos indicios de falta de competencia. A modo de ejemplo, considerando el mercado de los créditos hipotecarios, con la licitación de seguros de desgravamen e incendio y sismos –según la información de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) para el año 2012– se generó una caída en el precio de éstos de un 59,53% y 24,23% respectivamente, lo que benefició a cerca de 400 mil deudores hipotecarios. Este hecho, entre otros, muestra que es posible realizar políticas que generen mayor competencia en este mercado.

<sup>5</sup>Al revisar la estructura de gasto para las familias del primer quintil, se observa que las familias de este grupo gastan un 36,4% de su presupuesto en alimentos y bebidas –pan, cereales y pastas representan un 8,8% del presupuesto total– y un 15,6% en transporte y comunicaciones.

<sup>6</sup>Si bien no corresponde a un problema de competencia, a este sector también se le acusa de abuso de franquicias tributarias respecto a la renta presunta. La renta presunta es aquella que para fines tributarios de la Ley sobre Impuesto a la Renta se presume a partir de ciertos hechos conocidos, como lo son: I) avalúo fiscal de los inmuebles agrícolas y no agrícolas; II) valor de tasación de los vehículos; y III) valor anual de las ventas de productos mineros. A los valores mencionados se les aplica un porcentaje previsto en la misma ley, con el fin de obtener la base sobre la cual se aplicará el impuesto a la renta. Las empresas o personas que se encuentran bajo el régimen de renta presunta, pagan sus impuestos según lo que la ley determina para esa actividad y no de acuerdo con los resultados reales obtenidos (Fuente: Servicio Impuestos Internos).

<sup>7</sup>Que corresponde a un 0,9% del presupuesto familiar para el total de los hogares y un 0,15% para las familias del primer quintil de ingresos.

<sup>8</sup>Según la Encuesta Financiera de Hogares 2011-12, el análisis de la situación financiera de hogares permite observar que el 68% de éstos tiene algún tipo de deuda, en la que la bancaria es importante.

En relación al gasto de salud, pese a que sólo un 5,4% del presupuesto familiar se destina a este ítem, existe tanto a nivel de prestaciones como de seguros una serie de distorsiones que impiden la existencia de un mercado competitivo<sup>9</sup>. Además, la importancia que tiene para la calidad de vida de las personas justifica por sí sola un análisis detallado del correcto funcionamiento del mercado. Por su parte, del total del gasto en salud, un tercio corresponde a medicamentos, lo cual deja de manifiesto la importancia de analizar el mercado de las farmacias desde la óptica de la competencia, las cuales ya han

mostrado prácticas que atentan contra ésta, como lo evidencia el denominado “caso de colusión de las farmacias”.

Sólo sumando los porcentajes anteriores, es posible señalar que cerca de un 40% del presupuesto familiar se destina a mercados en los cuales existen indicios o presunciones de falta de competencia, hecho que se agrava al analizar por quintiles de ingreso, pues para el primer y segundo quintil este porcentaje supera el 50%, tal como se observa en la Tabla 1:

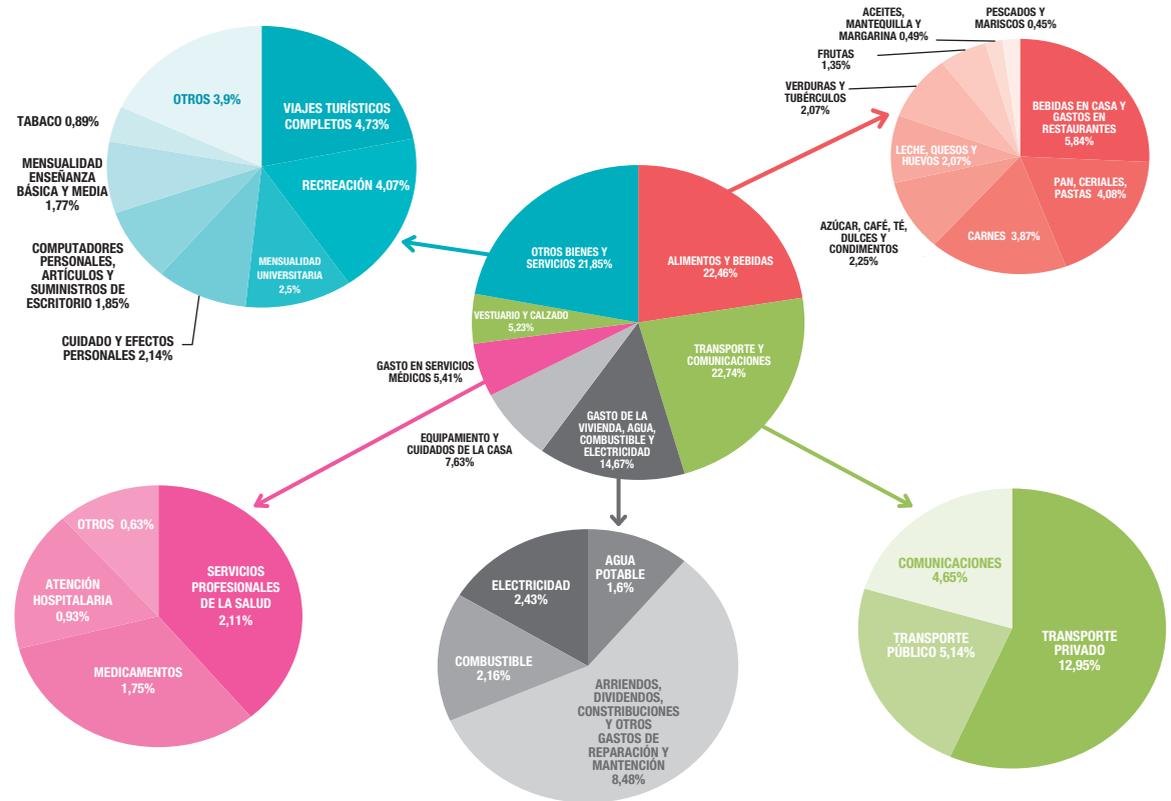
**Tabla 1: Presupuesto familiar destinado a mercados que pueden presentar problemas de competencia**

Partidas	Total de hogares	Quintil 1	Quintil 2	Quintil 3	Quintil 4	Quintil 5
Alimentos y bebidas	17,1%	33,1%	28,1%	23,7%	18,0%	8,1%
Servicios básicos para la vivienda	6,2%	9,7%	8,8%	7,6%	6,3%	4,2%
Transporte público y comunicaciones	9,8%	11,9%	13,0%	12,1%	10,7%	7,3%
Gasto en servicios médicos	5,4%	3,3%	4,3%	5,3%	6,3%	5,8%
<b>Total</b>	<b>38%</b>	<b>58%</b>	<b>54%</b>	<b>49%</b>	<b>41%</b>	<b>25%</b>

Fuente: Elaboración propia en base a la Encuesta de Presupuestos Familiares 2007.

<sup>9</sup>De forma no extensiva se pueden señalar importantes asimetrías de información en la cadena cliente-prestador-asegurador, así como incentivos a la integración vertical, las economías de escala y la selección de riesgo entre las aseguradoras.

**Figura 1: Distribución gasto por productos de la familia**



Fuente: Elaboración propia.

Es necesario agregar que buena parte de las industrias en las cuales existen indicios de falta de competencia corresponden a sectores no transables de la economía, como transporte, comunicaciones, servicios básicos, servicios de salud, bancos, AFP, isapres e, incluso, las farmacias. Los sectores no transables corresponden a aquellos productores de bienes y servicios que sólo pueden consumirse en la economía en que se producen, y donde, a diferencia de los sectores transables no existe arbitraje. Por ejemplo, no es posible ir a pedir un crédito al Bank of America, ni comprar un seguro de salud en EE.UU., ni gestionar la jubilación en Luxemburgo. Este hecho refuerza la necesidad de mirar cuidadosamente el comportamiento de estos sectores.

## ANÁLISIS GENERAL DE INDUSTRIAS RELEVANTES

Analizar de forma conjunta y general el grado de competencia de industrias diversas es bastante complejo, ya que cada una posee estructuras distintas y potenciales trabas específicas a la competencia. Sin embargo, para tener una visión general de los mercados, en esta sección se estudian desde el paradigma de la Estructura-Conducta-Resultados (E-C-R), las industrias relacionadas con los mercados en los cuales las familias gastan un mayor porcentaje de su presupuesto y para las cuales hay información.

Por otra parte, desde la óptica del bienestar futuro de los individuos y del endeudamiento que presentan los consumidores, agregamos al análisis a las AFP y la banca, industrias para las que la opinión pública frecuentemente presume falta de competencia.

El paradigma E-C-R señala que cada sector puede ser caracterizado y estudiado a partir de: (1) su estructura, es decir el número de participantes, nivel de concentración existente en el mercado —medido generalmente a partir de ingresos o clientes—, condiciones de entrada, etc.; (2) su conducta, variables entre las que se pueden analizar los precios, estrategias empresariales, etc.; y (3) sus resultados, en los que se contemplan la rentabilidad, la eficiencia<sup>10</sup> y el crecimiento de la industria, entre otros<sup>11</sup>.

Desde el foco de E-C-R, se establece que, considerando la estructura, mayores niveles de concentración permitirían a las empresas fijar mayores precios en relación a sus costos de producción, obteniendo mayores beneficios y consecuentemente mayores niveles de rentabilidad —en relación a los que obtendrían en mercados con

mayores niveles de competencia— en detrimento de los consumidores<sup>12</sup>.

A pesar de que a simple vista el paradigma E-C-R pareciera ser muy intuitivo, concluyente y fácil de testear, es preciso señalar que la relación positiva entre concentración y resultado, expuesta en el párrafo anterior, puede ser consecuencia de una mayor eficiencia asociada a mayores niveles de concentración<sup>13</sup>. Es decir, la mayor concentración puede producir mejores resultados, debido a las ganancias de eficiencia que se pueden obtener en firmas con mayor participación de mercado, principalmente debido a economías de escala<sup>14</sup>.

Por lo tanto, existen dos explicaciones —en las que lo que suceda en cada mercado dependerá de su estructura, las tecnologías de producción y la conducta de los agentes— para el paradigma E-C-R que permitirían revelar la relación entre concentración<sup>15</sup> y resultados. De la primera, se concluye que un mayor nivel de concentración podría impactar negativamente sobre el bienestar de los consumidores, ya que éstos enfrentarían mayores precios que los que tendrían en mercados menos concentrados, dado el poder que pueden ejercer los oferentes, los cuales obtendrían mayores beneficios a partir de la estructura existente en la industria. Por su parte, una segunda explicación para la relación positiva entre concentración y resultados en algunas industrias, es que mayores niveles de concentración pueden generar mayores niveles de eficiencia productiva, lo cual permitiría a los oferentes producir con costos menores. De esta forma se incrementa el bienestar de los consumidores además de existir mejores resultados para los productores.

<sup>10</sup> Posner (1975) señala la existencia de ineficiencia en mercados poco competitivos asociada a los altos costos de lobby y negociación de carteles en que incurren muchas empresas para llegar a ser la empresa monopólica de un mercado.

<sup>11</sup> Bain, Joe (1951); "Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing".

<sup>12</sup> Huergo, Elena (2001); "El diagnóstico del poder de mercado en economía industrial".

<sup>13</sup> Demsetz (1973) señala las limitaciones para inferir comparaciones entre el nivel de competencia en distintas industrias a partir de un simple índice, ya que un alto nivel de concentración podría reflejar no sólo poder de mercado, sino también la existencia de empresas muy eficientes que hubieran aprovechado esa ventaja para eliminar a rivales menos competitivos.

<sup>14</sup> Economías de escala es un fenómeno descrito por la literatura económica en el que los costos medios disminuyen a medida que aumenta la producción, haciendo eficiente la expansión de la empresa y dejando en desventaja a quienes producen menores cantidades.

<sup>15</sup> Es preciso señalar que en mercados concentrados se pueden generar ambientes más propicios para acuerdos colusivos que afecten la libre competencia, dados los menores costos de transacción de ponerse de acuerdo entre los participantes.

Lo anterior implica que el análisis de los mercados desde el paradigma E-C-R y las conclusiones que se deriven de éste, deben ser tomadas con cautela y contrastadas con metodologías alternativas, como la utilización de modelos estructurales que requieren información que en muchas oportunidades no se encuentra fácilmente disponible. Sin embargo, la simplicidad y accesibilidad de información le dan valor a esta metodología, pues nos permitirá contar con un panorama general de algunos mercados chilenos<sup>16</sup>. A continuación se analiza la estructura, comportamiento y resultados para un grupo de mercados chilenos.

## Estructura

Con la finalidad de analizar la estructura de algunos mercados, se utilizarán índices de concentración estándares para tales efectos. Los índices de concentración analizados corresponden al Índice de Herfindahl-Hirschman (IHH)<sup>17</sup> y el C3, el cual corresponde a la suma de las cuotas de mercado de las tres empresas con mayor participación.

Para el índice IHH, es posible comparar umbrales de referencia utilizados por instituciones especializadas en competencia en algunas regiones del mundo, los cuales permiten clasificar estructuras de mercado en baja, media o alta concentración. Dichos umbrales se observan en la Tabla 2.

<sup>16</sup> Se contempla a futuro realizar análisis específicos por industria, con la finalidad de identificar trabas particulares a la competencia y posibles soluciones.

<sup>17</sup> El índice corresponde a la suma de los cuadrados de la cuota de mercado de las empresas de una industria en particular. Mientras más cercano a 0, mayor cantidad de empresas se reparten el mercado, en tanto que si existe sólo una empresa que posee el 100% del mercado, el índice toma el valor de 10.000.

**Tabla 2:** Tabla comparativa IHH

	Chile	Estados Unidos	Unión Europea
Bajo	< 1.500	< 1.000	< 1.000
Medio	1.500 – 2.500	1.000 -1.500	1.000 – 2.000
Alto	< 2.500	< 1.500	< 2.000

**Fuente:** Elaboración propia en base a datos de la Fiscalía Nacional Económica (Chile), USDoJ & FTC (EE.UU.) y European Comisión (UE).

Respecto al índice C3, no existen umbrales explícitos establecidos por instituciones encargadas de velar por la libre competencia, sin embargo la facilidad para obtener la información que permite su construcción y lo sencillo que es su entendimiento lo convierten en un índice bastante utilizado, a pesar de las críticas que se le hacen, entre las que se encuentra su arbitrariedad en relación al IHH.

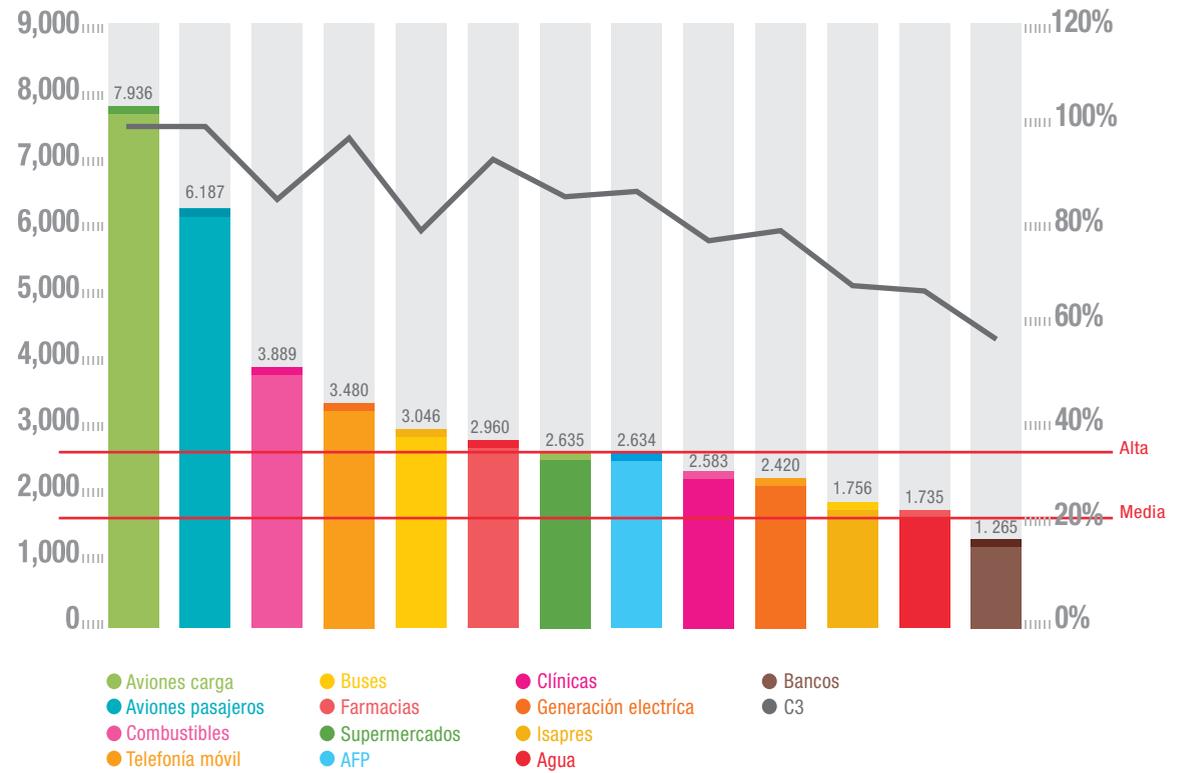
Teniendo en consideración lo anterior, la Figura 2 muestra los niveles de concentración de algunas industrias para el año 2011, considerando las ventas anuales como

variable para determinar la concentración. Se puede observar que, salvo la banca<sup>18</sup>, el resto de los sectores presentan un nivel de concentración alto o medio, considerando los umbrales del país para el IHH. En tanto, respecto al C3, prácticamente en todos los mercados en estudio se observa que existen tres empresas que poseen sobre el 50% del mercado.

Lo anterior confirma que en los mercados considerados los niveles de concentración son una señal de alerta de posibles problemas de competencia.

<sup>18</sup>Concentración bancaria calculada en base al total de activos. El indicador puede variar si se consideran captaciones, colocaciones o la participación en empresas relacionadas como sociedades de apoyo al giro bancario.

**Figura 2: Muestra de industrias e indicadores de concentración 2011**



Fuente: Elaboración propia en base a memorias anuales de la industria, superintendencias y subsecretarías asociadas a cada mercado.

## Conducta

Considerando que obtener datos de precios y costos –salvo en el caso de algunas industrias que cuentan con superintendencias– es relativamente complejo, como medidas de conducta que permiten tener una primera apreciación del comportamiento de las industrias, se utilizan datos relativos a reclamos de los consumidores en el Servicio Nacional del Consumidor (Sernac)<sup>19</sup> y multas impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC)<sup>20</sup>.

La utilización de reclamos como variable para estudiar el comportamiento se debe al hecho que los mercados competitivos no sólo generan bienestar para los consumidores por la vía de menores precios, sino que también porque permiten a los consumidores acceder a bienes y servicios de calidad acorde con las expectativas<sup>21</sup>. La existencia de altos niveles de reclamos es una muestra de insatisfacción por parte de los consumidores de los bienes y servicios entregados por las firmas que operan en los respectivos mercados.

Respecto a los reclamos, las conclusiones extraídas de esta información deben ser cautelosas, pues los datos no se encuentran ponderados por el número de clientes de cada industria ni la frecuencia de uso de los servicios. Esto, debido a que en la clasificación entregada por el Sernac, en algunos casos, es complejo realizar ese ejercicio.

Lo anterior representa una debilidad. Sin embargo, si suponemos que en buena parte de los mercados es la

población total el mercado relevante (tal es el caso, por ejemplo, de servicios de telefonía móvil, por cuanto la penetración es mayor a un 100%; claramente la lógica anterior no aplica al mercado de los seguros, por cuanto la cobertura de estos no cubre al 100% de la población) se distingue que en servicios financieros, telecomunicaciones y locales comerciales existirían niveles de insatisfacción relevantes por parte de los consumidores<sup>22</sup>.

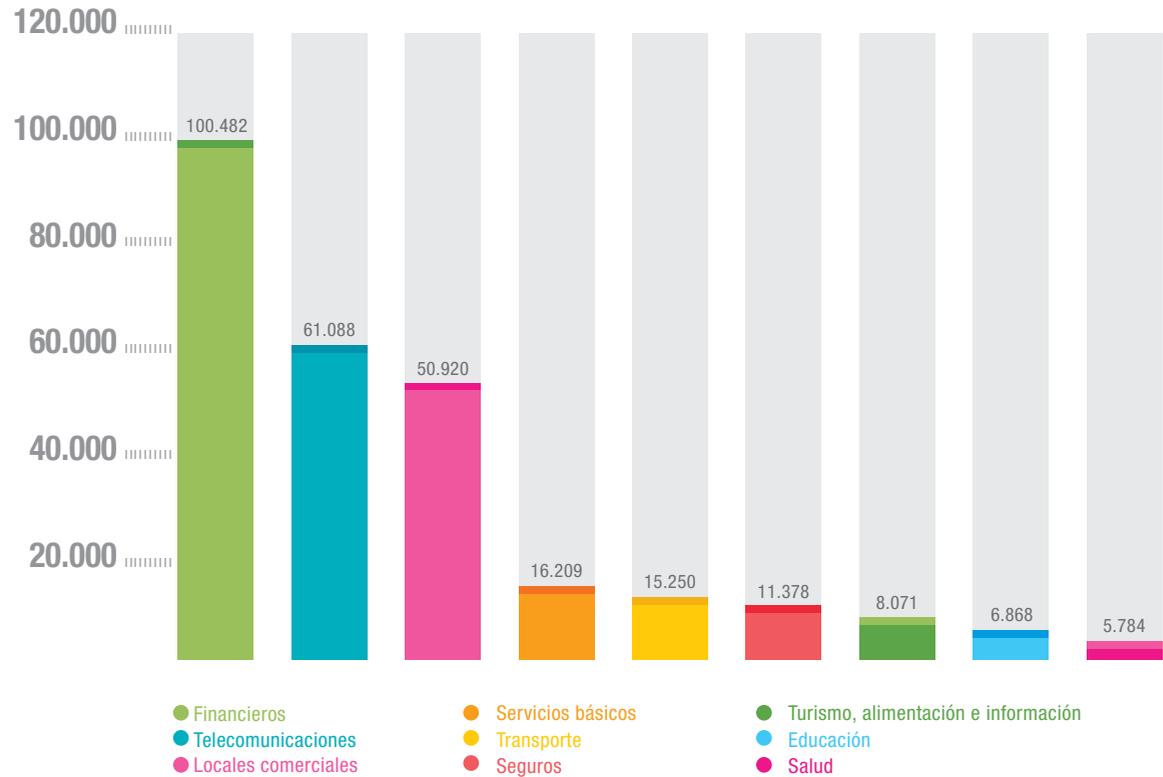
<sup>19</sup> De acuerdo a la International Competition Network (ICN), el bienestar de los consumidores y la libre competencia son dos áreas relacionadas que las agencias regulatorias deben integrar dentro de su rango de acción. Se señala que existen agencias que utilizan la gestión de reclamos como fuente de información sobre la industria.

<sup>20</sup> Briones, Briones y Bosselin (2012) señalan que si bien no existe un estudio en Chile en el que se correlacione competitividad y número de reclamos, la intuición llevaría a pensar que serían dos variables relacionadas.

<sup>21</sup> En un mercado competitivo que afecte de forma directa a los consumidores las empresas debiesen enfocarse a la satisfacción de los consumidores. No necesitan hacerlo cuando no hay una amenaza creíble de perder participación en el mercado.

<sup>22</sup> Es preciso señalar que esto no implica que industrias con bajos niveles de reclamos no presenten insatisfacción en sus clientes. Sin embargo, para que el consumidor tome la decisión de formalizar su insatisfacción por medio de un reclamo, debe existir bastante descontento.

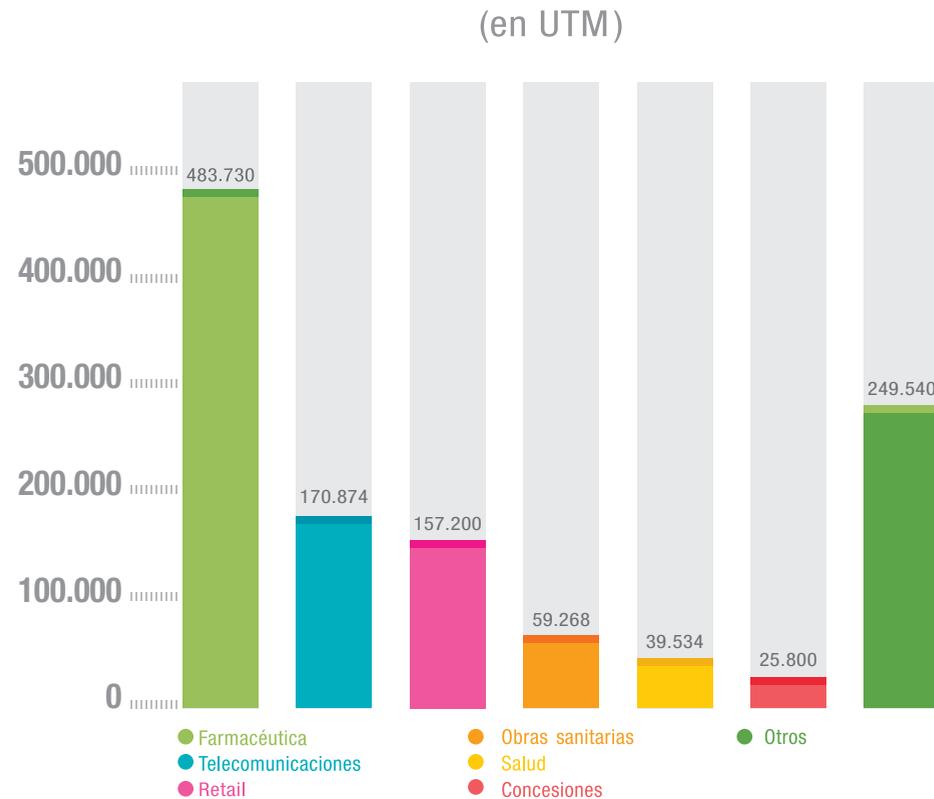
**Figura 3: Muestra de industrias y reclamos al Sernac el año 2011**



Fuente: Elaboración propia en base a información de reclamos Sernac.

Por otra parte, la industria farmacéutica y la de telecomunicaciones lideran el pago de multas impuestas por el TDLC, entre el año 2004 y el año 2012, tal como se observa en la siguiente figura:

**Figura 4: Muestra de industrias y multas del TDLC período 2004-2012**



Fuente: Elaboración propia en base a información del TDLC.

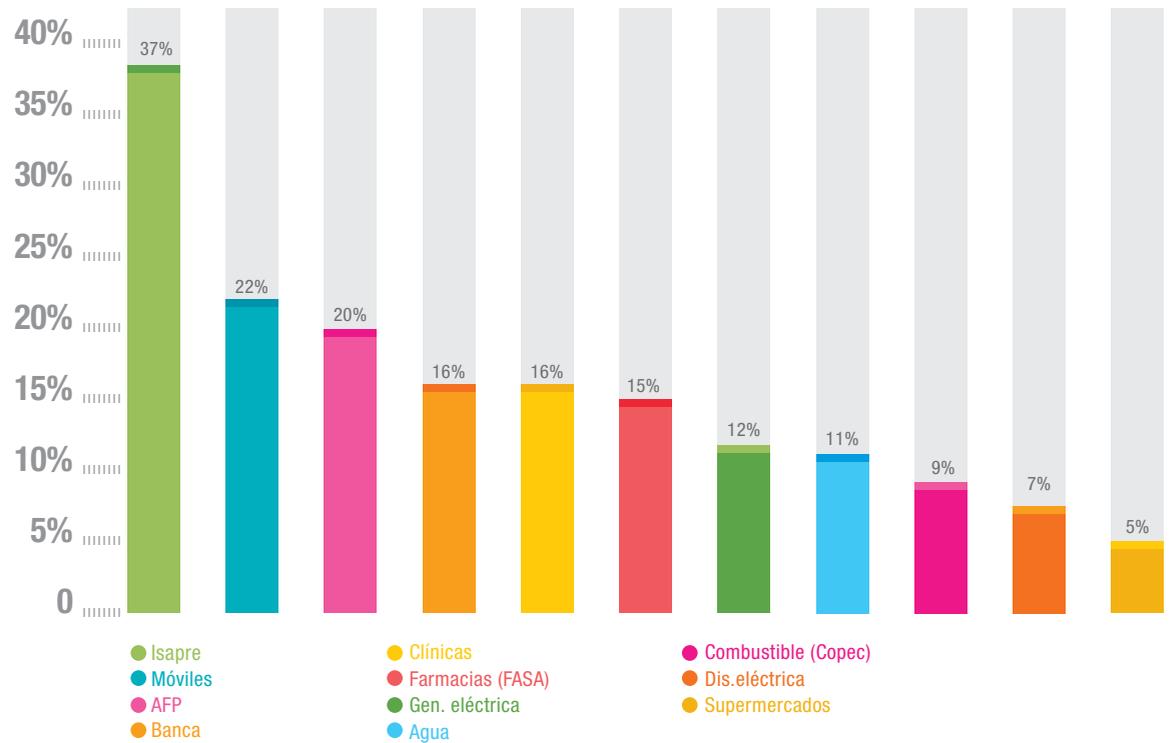
El gráfico anterior muestra qué industrias han sido declaradas culpables por realizar prácticas que atentan contra la competencia. Respecto a lo alto de las multas en el sector farmacéutico, se debe considerar que el año 2012 las principales cadenas fueron multadas por cerca de US\$ 40 millones en conjunto, luego de comprobarse el delito de colusión en el denominado “Caso Farmacias”.

## Resultados

Respecto a resultados, en las figuras 5 y 6 se muestra la rentabilidad sobre el patrimonio (ROE) –el cual muestra la rentabilidad que puede ofrecerse a los capitales propios– y la rentabilidad sobre los activos (ROA) –el cual representa la rentabilidad de una firma o industria, respecto a los capitales utilizados, sean propios o ajenos– para el caso de algunas industrias en los años 2010 y 2011.

Como se observa en la Figura 5, respecto a la rentabilidad de los capitales propios (ROE) se distingue que las isapres, compañías móviles, AFP, banca y clínicas lideran este indicador, obteniendo en cada uno de los casos rentabilidades sobre el patrimonio superiores a un 15% para el año 2011. Coincidentemente, estas industrias constantemente están en tela de juicio respecto al grado de competencia que muestran.

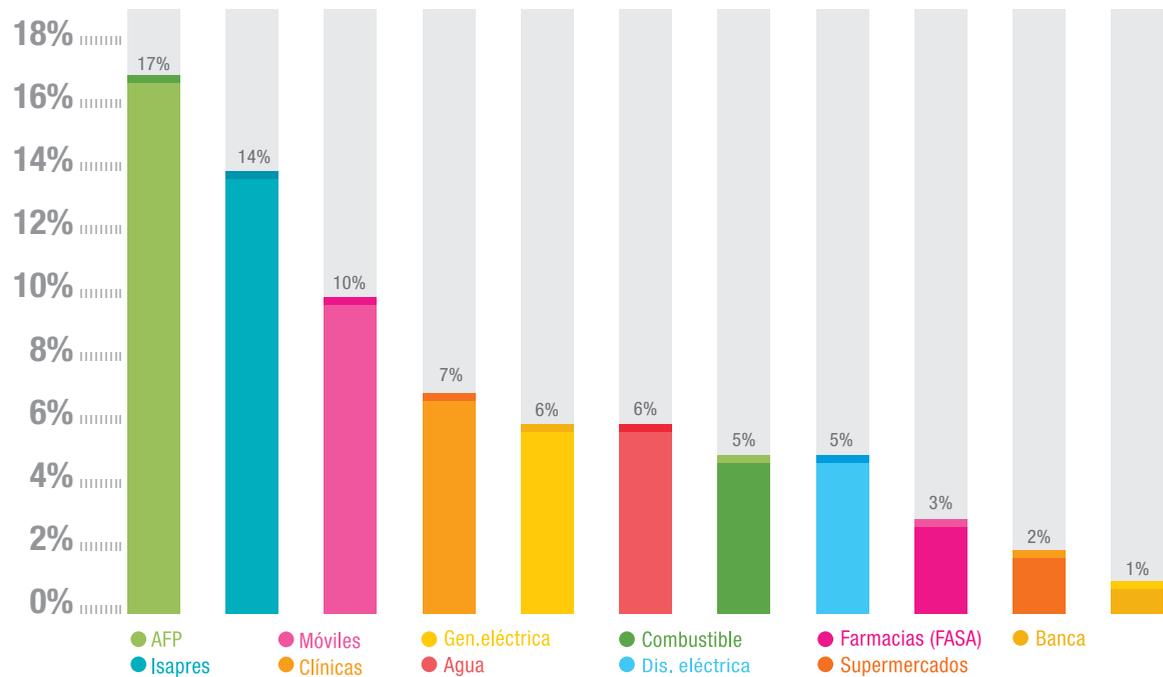
**Figura 5:** Muestra de industrias e indicadores de rentabilidad sobre patrimonio (ROE) 2011



Fuente: Elaboración propia en base a memorias anuales de la industria, superintendencias y subsecretarías asociadas a cada mercado.

Respecto a la rentabilidad sobre activos (ROA) en la Figura 6 se observa que, al igual que en el caso anterior, las AFP, isapres, compañías de telefonía móvil y clínicas lideran este índice.

**Figura 6: Muestra de industrias e indicadores de rentabilidad sobre activos (ROA) 2011**



Fuente: Elaboración propia en base a memorias anuales de la industria, superintendencias y subsecretarías asociadas a cada mercado.

Una relación positiva entre concentración y rentabilidad no implica falta de competencia en la industria. Como se señaló en la descripción del paradigma de E-C-R, altos niveles de concentración pueden ir de la mano con economías de escala o de ámbito –las cuales en general pueden beneficiar a los consumidores–, que producen incrementos en la rentabilidad por la vía de una producción más eficiente. Por el contrario, bajos niveles de concentración no implican necesariamente que la industria en cuestión se encuentre ausente de problemas a la competencia.

Por ejemplo, la banca es uno de los sectores que comúnmente es sentado en el banquillo de los acusados debido a problemas de competencia, aun cuando los niveles de concentración en este sector parecieran ser bajos, dados los umbrales del IHH. Pese a esto, sí se trata de una industria con altas barreras a la entrada, con alta concentración en sociedades de apoyo al giro<sup>23</sup> –necesarias para el correcto funcionamiento del negocio– y con importantes asimetrías de información<sup>24</sup>.

Por lo tanto, para concluir que existe falta de competencia en cierto mercado en particular, es necesario realizar un estudio específico y detallado de la industria, tarea que a futuro se abordará para cada una de las industrias analizadas desde la óptica de E-C-R.

<sup>23</sup> Para mayor análisis de la industria bancaria ver "Competencia en Servicios Bancarios a Personas". González, Aldo; Gómez Lobo, Andrés (2010).

<sup>24</sup> Piedrabuena, Bernardita (2013); "Competencia en el Mercado bancario del crédito en Chile".

## REFORMAS A LA INSTITUCIONALIDAD CHILENA

La ciudadanía se beneficia más de la libertad económica en la medida que los mercados donde realizan transacciones sean competitivos. La competencia promueve la innovación de las empresas, así como la mejora en la calidad de bienes y servicios, y la existencia de precios al alcance del bolsillo de las personas. Sin embargo, esta situación no es necesariamente natural ni espontánea en muchos mercados, por lo que se requiere de una institucionalidad que vele por la existencia de competencia efectiva en la actividad privada.

Las características propias de cada industria implican que, en una primera instancia, sean las instituciones y regulaciones sectoriales específicas las encargadas de velar por el correcto funcionamiento de cada mercado, estableciendo reglas y normas que apunten a inyectar competencia o regular el poder de mercado que pueden ejercer los diferentes agentes económicos. En esta línea, por ejemplo, las superintendencias, las normativas de tarificación y las regulaciones específicas, entre otros, juegan un papel fundamental para lograr el adecuado comportamiento en los mercados.

Sumado a lo anterior, con la finalidad de lograr el correcto funcionamiento de una economía de mercado, es necesario contar con una legislación e institucionalidad adecuadas en defensa de la competencia.

La legislación pro competencia en nuestro país tiene más de medio siglo de desarrollo. Desde su inicio, se ha modificado en varias oportunidades, la última de ellas durante el año 2009 como consecuencia del caso de colusión de las farmacias.

A pesar de lo anterior, es necesario evaluar nuevas modificaciones con la finalidad de avanzar y resolver los desafíos actuales.

Estos desafíos guardan relación con una mayor claridad y transparencia de los procesos de investigación de atentados a la libre competencia, así como una mayor capacidad técnica en las instituciones y una mejor capacidad disuasiva. Sólo de esta forma se podrá garantizar que, efectivamente, la ciudadanía se vea beneficiada del libre actuar de la iniciativa privada.

### **Institucionalidad actual**

Los organismos actualmente responsables por velar por el cumplimiento de la libre competencia son la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), ambos normados por el DL N° 211. El primero está a cargo de velar por la libre competencia, mientras el segundo de recibir y fallar las acusaciones e inquietudes que privados o la misma FNE interpongan por asuntos de esta naturaleza.

### **Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC)**

El TDLC es el organismo encargado de dictar sentencia en casos de abusos a la libre competencia, pudiendo responder a iniciativas provenientes del sector privado o de la FNE.

### *Estructura del TDLC (Ver Figura 7)*

- Presidente: debe ser abogado y nombrado por el Presidente de la República, a partir de una nómina de cinco postulantes elaborada por la Excma. Corte Suprema reunida en pleno, previo concurso público de antecedentes.
- Un abogado y un licenciado o postgraduado en Ciencias Económicas, designados por el Consejo del Banco Central, previo concurso público de antecedentes.
- Un abogado y un licenciado o postgraduado en Ciencias Económicas, designados por el Presidente de la República a partir de dos ternas, una para cada designación, confeccionadas por el Consejo del Banco Central, también mediante concurso público de antecedentes.
- Los cargos duran seis años y se van renovando progresivamente cada dos. Todos los cargos pueden ser reelectos por nuevos períodos sucesivos.

**Figura 7:** Organigrama del TDLC



Fuente: TDLC.

De acuerdo a la normativa, entre las atribuciones del TDLC se encuentran conocer las situaciones que pudieran infringir la normativa de libre competencia, situaciones no contenciosas que pudiesen infringir la ley y fijar condiciones para su cumplimiento, dictar instrucciones de carácter general y proponer al Presidente la modificación de reglamentos y normas legales que atenten contra la libre competencia.

Para llevar a cabo estas facultades, el TDLC puede modificar los contratos y convenios que lleven a faltas a la libre competencia, así como modificar o disolver sociedades implicadas en estos casos. Finalmente, puede aplicar multas hasta por 30.000 UTA (US\$ 20 millones) a cada una de las empresas implicadas en estos casos.

Pese a este definido campo de acciones, las empresas condenadas por el tribunal aún tienen una última instancia de defensa, al poder acudir a la Corte Suprema. De hecho, han existido casos en los cuales en esta instancia se han revertido fallos acusatorios por parte del TDLC.

### **Fiscalía Nacional Económica (FNE)**

La FNE es la institución encargada de representar el interés general de la colectividad en el orden económico ante el TDLC y los tribunales de justicia. Tiene capacidad de investigación con apoyo de la Policía de Investigaciones en caso de ser necesario.

### **Estructura de la FNE (Ver Figura 8)**

- Es una entidad independiente, descentralizada y de patrimonio propio supervisada por el Ministerio de Economía.
- Es encabezada por un Fiscal Nacional Económico, designado por el Presidente de la República. Su período en el cargo es de cuatro años, pudiendo ser reelecto sólo en una ocasión.
- Actualmente cuenta con 91 funcionarios, aunque por ley se garantiza un personal de 50 cargos de planta.
- Se estructura en cuatro divisiones: Administración y Gestión, Investigaciones, Litigios, Fusiones y Estudio.

**Figura 8:** Organigrama de la FNE



Fuente: Elaboración propia a partir de Memoria FNE 2012.

De acuerdo a la normativa, las atribuciones que posee la FNE van desde realizar investigaciones preventivas en asuntos de libre competencia, hasta representar el interés nacional y servir de apoyo al TDLC en materia de pruebas y material adicional. Para alcanzar estos fines, cuenta con diversas herramientas amparadas en la legislación, como la posibilidad de realizar investigaciones sin el conocimiento de las empresas bajo sospecha, solicitar información a las entidades del Estado, así como la colaboración de funcionarios públicos, entre otras capacidades. Luego de la reforma del año 2009, se agregaron nuevas capacidades de intromisión para casos certificados por el TDLC y bajo la aprobación de un Ministro de la Corte de Apelaciones, para lo cual cuenta con el apoyo de Carabineros o la Policía de Investigaciones. Estas atribuciones son:

- Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, allanar y descerrajar.
- Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción.
- Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones.
- Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella (DL N° 211, Capítulo 3 sobre la FNE).

La FNE también supervisa los procesos de fusiones a través de la interpretación del DL N° 211. Si bien nuestra

legislación no habla explícitamente de adquisiciones, la defensa de la libre competencia y el control sobre las posiciones dominantes han sido las bases para que la FNE supervise estos procesos. Para estos análisis utiliza, entre otros recursos, una tabla de umbrales de concentración en base al IHH de forma equivalente a las usadas en otros países (ver Tabla 2). Las empresas interesadas también pueden acudir voluntariamente a solicitar una evaluación por parte de las entidades regulatorias, pero la falta de una normativa clara complica este sistema, por lo que en la práctica la FNE suele intervenir ex post en esta materia. Tampoco hay plazos definidos legalmente para llevar a cabo este proceso.

Pese a sus crecientes atribuciones, a nivel comparado con otras entidades internacionales, la FNE no obtiene una buena evaluación. En la versión 2013 del “Rating Enforcement” de la revista Global Competition Review, nuestro órgano regulatorio aparece evaluado como “razonable” (cuarta categoría), con un puntaje de 2,5 sobre 5. Este índice es liderado por las oficinas de Estados Unidos, la Unión Europea, Alemania, Francia y la Comisión de Competencia del Reino Unido, que alcanzan un valor de 5. Este hecho nos muestra que aún debemos mejorar en la institucionalidad que vigila la competencia, pues nos encontramos a mitad de camino.

## HISTORIA DE LA INSTITUCIONALIDAD SOBRE LIBRE COMPETENCIA

La regulación de la libre competencia se inicia institucionalmente con el Título V de la Ley N° 13.305 de 1959, como fruto de la Misión Klein-Sacks durante el gobierno de Carlos Ibáñez del Campo, que recomienda la creación de nuevos organismos encargados de combatir a los monopolios y proteger la competitividad de los mercados. Aunque el contexto de la época impidió una mayor adopción de normas tendientes a favorecer mercados libres y competitivos, se creó una Comisión Antimonopolios y, posteriormente, una fiscalía encargada de investigar problemas a la libre competencia.

En 1973, después del golpe de Estado, se aprueba el Decreto Ley N° 211, que reforma la institucionalidad de libre competencia y, finalmente, en 1979 se promulga el Decreto Ley N° 2.760 que reemplaza la antigua fiscalía por una nueva Fiscalía Nacional Económica (FNE). Esta legislación es la base de la actual institucionalidad.

El año 2003, a través de la Ley N° 19.911, se fusionan las comisiones antimonopolios y se forma el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). El año 2009, fruto del caso de colusión de las farmacias, se realiza una nueva reforma en la que la FNE recibe capacidad de intromisión en las empresas para investigar delitos a la libre competencia. La Figura 9 presenta las principales reformas a la legislación de defensa de la libre competencia:

**Figura 9:** Línea temporal de las principales reformas a la libre competencia

1959: Ley 13.305	1973: DL 211	1977: DL 2059	1979: DL 2760	2003: Ley 19.911	2009: Ley 20.361
Primeras leyes de libre competencia. Creación de comisiones y fiscalía.	Reforma a la institucionalidad existente. Creación de la normativa base que regula la libre competencia hasta hoy.	Incorporación de penas de cárcel para casos de fijación de precios mediante acuerdos fraudulentos.	Creación de la Fiscalía Nacional Económica.	Sustitución de las Comisiones Preventiva y Resolutiva por un Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Eliminación de las penas de cárcel por prácticas anticompetitivas.	Aumento de atribuciones a la Fiscalía Nacional Económica. Se le otorga capacidad de intromisión con apoyo de la PDI y se crea la figura de la delación compensada.

Fuente: Elaboración propia en base a información FNE y Biblioteca del Congreso Nacional.

## INSTITUCIONALIDAD COMPARADA

Al realizar una comparación entre las normativas de libre competencia de nuestro país con la institucionalidad existente en otras latitudes, se observan semejanzas respecto al orden institucional y las preocupaciones de la entidad regulatoria sobre la libre competencia.

Sin embargo, estas semejanzas no son tantas cuando se entra al detalle de cómo tales inquietudes se convierten en un marco regulatorio adecuado para prevenir atentados a la libre competencia.

**Tabla 3: Comparación institucional entre Chile, Estados Unidos, la Unión Europea, Reino Unido y Australia**

	Chile	EEUU	EU	Reino Unido	Australia
Autonomía institucional	Relativo (FNE).	Sí (FTC).	Sí (COMP).	Sí (OFT - CC).	Sí (ACCC).
Duración de cargos	Seis años.	Siete años.	Variable.	Variable.	Cinco años.
Plazos para casos de colusión	Entre 10 y 15 meses.	15 meses (casos globales).	27 meses (casos globales).	Entre 30 y 38 meses.	Variable. 180 días para respuesta a consulta inicial. Procesos completos alrededor de 25 meses.
Plazos para casos de fusión	No están definidos.	Mínimo 15 días y un máximo indefinido.	Entre 25 y 125 días.	Alrededor de 10 meses.	-
Multas	Hasta 30.000 UTA.	Máximo US\$ 100 millones por empresa y US\$1 millón por persona por prácticas anti competitivas. Regla de tres veces el daño producido en compensaciones.	10% del volumen del negocio de últimos 12 meses. 3% a 4% en la práctica.	10% del volumen del negocio de los últimos 12 meses.	Tres opciones: A\$ 10.000.000, tres veces el beneficio ilegal o el 10% de las ventas de los últimos 12 meses, dependiendo de qué tan

					factible sea el cálculo de la pérdida social. Multas individuales máximas por A\$ 500.000.
Penas de cárcel	No.	Sí. Máximo cinco años de cárcel.	No.	Sí. Máximo cinco años de cárcel.	Sí. Máximo 10 años de cárcel.
Consulta obligatoria para fusión	No.	Sí.	Sí.	No.	No.
Institución técnica	-	Sí (BoE).	Sí (DG ECFIN).	Sí.	Sí.
Delación compensada	Sí.	Sí, variable.	Sí, variable.	Sí.	Sí.

Fuente: elaboración propia con información disponible en sitios webs institucionales de FNE, FTC, COMP, OFT y ACCC.

A partir de la Tabla 3, se observan diferencias importantes entre la institucionalidad chilena y la existente en países o áreas reconocidas por la calidad de sus instituciones y legislación de defensa de la libre competencia. Las principales diferencias se encuentran en la independencia de las instituciones y su capacidad técnica, en las sanciones y en el control de las fusiones. Estos hechos invitan a evaluar la necesidad de cambios al sistema actual por cuanto una férrea institucionalidad en Chile es quizás más necesaria que en otras latitudes, debido al pequeño tamaño del mercado chileno, a partir del cual naturalmente se genera una mayor concentración en las industrias, lo cual produce condiciones propicias para que las empresas lleven a cabo prácticas que atenten a la competencia y al correcto funcionamiento de los mercados.

# PROPUESTAS DE REFORMAS

A partir del análisis anterior, a continuación se proponen una serie de reformas que apuntan a mejorar el funcionamiento de la actual normativa e instituciones encargadas de velar por el desarrollo de la libre competencia en Chile. Las reformas se agrupan en cuatro puntos, que son: reforma a las instituciones, sistema de consulta de fusiones, modificación a las sanciones y mecanismo de delación compensada.

## I. Modificación a las instituciones:

### *Mayor independencia:*

A diferencia de la institucionalidad norteamericana, la presidencia del TDLC es un cargo designado por el Presidente de la República, mientras que la FNE es supervigilada por el Ministerio de Economía, generando potenciales ámbitos de influencia de la autoridad política sobre las entidades regulatorias. Sostenemos que, para evitar esto, tanto el TDLC como la FNE debiesen ser entes autónomos, eliminándose la super vigilancia por parte del poder Ejecutivo. Así, el fiscal nacional económico debiese ser nombrado mediante un sistema autónomo e independiente al gobierno de turno (similar al nombramiento de jueces del TDLC) por un plazo fijo superior al presidencial –con la finalidad de abstraer el cargo de la contingencia política– y cuya remoción se realice con consulta a la Corte Suprema.

### *Reestructuración del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC):*

Debiese actuar como una institución centralizada en la protección de los derechos del consumidor y ante todo tipo de reclamos de los consumidores (ventanilla

única). Debiese ser autónomo y contar con mayor empoderamiento, por lo que debería poseer facultades para fiscalizar, interpretar la normativa, multar y aplicar un sistema de resolución de conflictos vía acuerdos prejudiciales.

### *Mayor independencia:*

En Estados Unidos, de forma dependiente de la Federal Trade Commission (FTC), existe la Bureau Economics (Oficina de Economía), que se encarga de realizar la investigación técnica que sirve de apoyo a las decisiones de la entidad regulatoria. Asimismo, ambas realizan congresos de economía y publican frecuentemente documentos de trabajo sobre economía de la regulación. De forma análoga, en la Unión Europea cumple un rol similar la European Commission's Directorate General for Economic and Financial Affairs (DG ECFIN), entidad cuya misión es entregar análisis técnico a las decisiones de la entidad regulatoria. En Chile, si bien la FNE tiene varias unidades de estudio, una parte importante de la investigación académica se encarga a comisiones externas. La FNE debe poseer capacidad indagatoria propia, por lo que se le debería dotar de mayor cantidad de recursos que le permitan contar con un área de estudio más desarrollada. Esto posibilitaría que el actuar de la fiscalía no sea sólo reactivo.

De forma alternativa, se puede evaluar la creación de una institucionalidad técnica que cuente con la participación activa, tanto de las instituciones regulatorias específicas a cada industria (por ejemplo las superintendencias) como de miembros de la fiscalía.

### ***Jurisprudencia:***

Si bien el TDLC es un tribunal especializado de composición mixta, sus fallos son revisados por la Corte Suprema. A fin de entregar una mayor certeza jurídica y una mayor uniformidad en los fallos, es necesario que la Corte Suprema deba considerar la jurisprudencia de dictámenes anteriores del TDLC. Esto obliga a que posean un fundamento económico sólido.

## **II. Sistema de consultas de fusiones:**

### ***Plazos:***

Dado que nuestra legislación no toca explícitamente los casos de fusión, tampoco existen plazos definidos para investigar un caso de fusión entre empresas o mecanismos nítidos que abarquen el tema. En la práctica se ha consolidado un sistema voluntario de facto, aunque sin claridad normativa, a diferencia del normado sistema voluntario australiano o las obligaciones existentes en EE.UU. o la Unión Europea<sup>25</sup>.

### ***Consulta:***

En caso de una fusión, el sistema de consulta debiese ser del tipo mixto, siendo ésta obligatoria cuando sobrepase ciertos umbrales y voluntaria en los otros casos. En caso de ser voluntaria, el proceso de consulta debe ser expedito y simplificado. La consulta se realiza ante la FNE y es ratificada por el TDLC. El no cumplir con el trámite de la consulta conlleva la presunción de un comportamiento que afecta a la competencia. Este sistema funcionaría como un filtro donde las fusiones que no afecten la competencia no se entraparían y los casos puntuales con posibles efectos adversos para la competencia se evalúen en detalle.

### ***Umbrales de concentración:***

Los umbrales de concentración de referencia en Chile son relativamente más altos que los de EE.UU. y la Unión Europea, lo que pudiese incidir en una mayor flexibilidad en casos de fusiones. No obstante, el menor tamaño de la economía chilena da pie para suponer que estos mayores umbrales son razonables y no sería necesario un ajuste relevante. En caso de modificar el sistema de consulta, es necesario revisar los umbrales que permitirían discriminar las fusiones que deben ser ingresadas a consultas obligatorias y cuáles no. Este hecho es importante, pues la idea es que no se ingresen fusiones que no afecten la competencia –con la finalidad de no malgastar recursos en actividades que son económicamente beneficiosas– y que, por otra parte, no se aprueben fusiones que afecten la libre competencia, sin antes haber evaluado los beneficios y costos que generan y la necesidad de eventuales medidas de mitigación<sup>26</sup>.

## **III. Sanciones**

En caso de un delito en contra de la libre competencia, es necesario establecer un efecto multiplicador de las sanciones. Para ello se recomienda que existan sanciones económicas en contra de las empresas y de las personas naturales que hayan participado en forma directa, inhabilidades para ciertos cargos y penas privativas de libertad. Por su parte, es necesario que las compensaciones que deban cancelar los infractores sean determinadas por instituciones que tengan las competencias técnicas para establecerlas.

<sup>25</sup> Nehme, Nicole y Mordoj Benjamín (2012); "Diseños institucionales de control de concentraciones".

<sup>26</sup> Caviedes, Cristóbal (2012); "Sistemas de control preventivo de fusiones en derecho comparado".

Actualmente, las medidas existentes en nuestro país no parecieran ser del todo disuasivas. A modo de ejemplo, se adjunta la multa por colusión que las farmacias chilenas hubiesen recibido si su comportamiento hubiera sido sancionado en otros países.

**Tabla 4: Ejemplo de multas máximas a farmacias por legislación (US\$ miles)**

	Chile	EEUU	Unión Europea	Reino Unido	Australia
Cruz Verde	20.000	100.000	84.000	84.000	84.000
Salcobrand	20.000	100.000	46.000	46.000	46.000
FASA	1.000	-	-	-	-

Nota: Monto fijo máximo por empresa para Chile y Estados Unidos, método del 10% de ventas de 2007 para Australia, Reino Unido y la Unión Europea.

Fuente: Elaboración propia.

Un punto a señalar respecto a la tabla anterior es que en Australia, el Reino Unido y la Unión Europea las multas son determinadas como porcentaje del ingreso de las empresas –en el caso de Australia hay alternativas a este método–, lo cual permite controlar por el tamaño de la empresa. En tanto que en EE.UU., la multa tiene un máximo de US\$ 100 millones, lo cual en algunos casos podría ser bajo considerando la talla de algunas compañías. Estos hechos apoyarían la tesis de que calcular multas como porcentajes de alguna variable propia de cada empresa, como por ejemplo los ingresos, sería un mecanismo más adecuado.

A continuación se presentan las propuestas en torno a incrementar las sanciones para comportamientos que afecten la libre competencia.

#### **Multas:**

La legislación actual impone una multa máxima de 30.000 UTA, alrededor de US\$ 20 millones, por casos de atentados a la libre competencia. En esto se diferencia de EE.UU., donde existen multas máximas de US\$ 100 millones (y hasta US\$ 1 millón de multa a cada persona natural<sup>27</sup>). Asimismo, en la Unión Europea las multas pueden alcanzar el 10% de las ventas del período investigado. De esta forma, al no guardar relación las multas con las ganancias obtenidas por el acuerdo, en nuestro país el pago puede ser bajo y no ser un disuasivo relevante. No obstante, se reconoce que en la práctica estas multas tienden a ser menores que el beneficio obtenido en todas las legislaciones, debido, entre otros, a que multas demasiado elevadas podrían en determinadas condiciones quebrar a las empresas sancionadas.

A pesar del último punto, se propone determinar las multas como porcentaje de los ingresos de las empresas durante el tiempo en el cual ejecutaron actividades que afectasen la libre competencia. Dichas multas deben ser aplicadas en la práctica, con la finalidad que cumplan su objetivo disuasivo. Por otra parte, el sistema de cálculo de las multas se debe basar en un sistema “predecible”, de modo que las reglas para su determinación sean claras y fáciles de entender.

#### **Penas de cárcel:**

En nuestro país, al igual que en la Unión Europea, no existen castigos penales por comportamientos que atenten contra la libre competencia. En EE.UU. se castiga con penas de cárcel el comportamiento abusivo en el mercado, mientras que tanto en la Unión Europea como en Chile, el asunto es más bien de índole económica.

En Reino Unido también existe la pena de cárcel, pero en la práctica es muy poco utilizada y se considera que, por lo mismo, no es una amenaza real contra los carteles.

Dado que los agentes económicos se mueven por medio de incentivos, es necesario establecer aquéllos adecuados que minimicen la probabilidad de que se generen conductas que atenten a la libre competencia. Para esto, es necesario que los costos esperados de atentar a la libre competencia superen a los beneficios que producen este tipo de prácticas. A partir de lo anterior, se justifica establecer sanciones del tipo penal como medida disuasiva en contra de actos como la colusión, pues el costo esperado de realizar este tipo de prácticas se incrementará considerablemente. Sin embargo, es necesario que,

<sup>27</sup> Sherman Act. “Sistemas de control preventivo de fusiones en derecho comparado”.

de establecer penas de cárcel para cierto tipo de conductas que atenten a la libre competencia, dichas penas sean aplicadas en la práctica. De lo contrario, no resultará ser una amenaza real.

Además, dado que el mecanismo de delación compensada ha resultado ser sumamente útil –como en el caso de la colusión de las farmacias–, las penas de cárcel se deben complementar con éste para que no pierda efectividad. Por ejemplo, eximir de persecución penal a quienes entreguen información útil para demostrar la existencia de prácticas anti competitivas.

#### ***Inhabilidades:***

Otra sanción disuasoria debiese ser la inhabilidad para ejercer cargos de representación pública para las personas involucradas en la planificación y ejecución de prácticas que afecten la libre competencia. Por su parte, que directores tanto del sector público como privado que aprueben prácticas anti competencia, debiesen ser inhabilitados de ejercer cargos de este tipo por al menos cinco años

#### ***Compensaciones para los afectados:***

Es necesario institucionalizar la determinación de las compensaciones para los afectados por conductas que atentan a la libre competencia. En este aspecto, quienes determinen las compensaciones debiesen ser las instituciones que cuenten con la capacidad técnica para relacionar éstas con el daño infringido a los afectados. Las compensaciones debiesen ser tres veces la pérdida social generada por la conducta sancionada, con la finalidad adicional de incentivar a los afectados a

emprender acciones legales para solicitar compensación. En su carácter de tribunal especializado, y a fin de lograr una mayor economía procesal y eficacia, pareciera conveniente que la indemnización de daños a terceros por infracción a la ley de libre competencia sea de competencia del TDLC, siendo visto en forma conjunta por la FNE. El TDLC será el que deba cuantificar los daños y establecer la indemnización. Igualmente, se debe buscar incentivar este tipo de acciones por parte de los consumidores<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Alternativamente se puede evaluar la opción de empoderar al SERNAC con mayores recursos técnicos y autonomía, entregándole a éste la atribución de determinar las indemnizaciones a los consumidores una vez que la sentencia del TDLC se haya efectuado.

#### **IV. Delación compensada:**

##### ***Compatibilidad total con multas, acciones penales e inhabilidades:***

Para la delación compensada ex ante (es decir, antes de que la FNE inicie una investigación) se debe garantizar que tanto las personas naturales como jurídicas reciban inmunidad total en lo referente a multas, sanciones penales e inhabilidades. Lo mismo debiese operar, una vez iniciada la investigación, para la primera empresa que coopere en el desarrollo de ésta. Igualmente, debe haber claridad en lo referente a su funcionamiento, entregando certeza jurídica a quien haga uso del beneficio.

#### **Conclusiones de la reforma**

La institucionalidad de libre competencia de nuestro país ha tenido importantes mejoras en los últimos años, especialmente desde la creación del TDLC. No hay duda de que estas reformas han aportado a una mejor capacidad disuasiva de las leyes ante problemas de libre competencia. Sin embargo, queda pendiente revisar una serie de aspectos que inyectarían mejoras considerables en el actual funcionamiento del sistema.

A partir del análisis de la institucionalidad actual y la revisión de las mejores prácticas internacionales, en el presente documento se proponen una serie de reformas que apuntan a mejorar el funcionamiento de la actual normativa e instituciones encargadas de velar por el desarrollo de la libre competencia en Chile.

Los desafíos pendientes de nuestro país guardan relación con una mayor claridad y transparencia de los procesos de investigación de atentados a la libre competencia, así como una mayor capacidad técnica en las instituciones y una mejor capacidad disuasiva. Sólo de esta forma se podrá garantizar que, efectivamente, la ciudadanía se vea beneficiada del libre actuar de la iniciativa privada.

En relación a lo anterior, en el presente capítulo se proponen una serie de reformas a la institucionalidad actual, las cuales se agrupan en cuatro puntos: reforma a las instituciones, sistema de consulta de fusiones, modificación a las sanciones y mecanismo de delación compensada.

Respecto a las instituciones, se propone reestructurarlas al entregarles mayor independencia, capacidad técnica y atribuciones. Sobre el sistema de consultas de fusiones, se considera que es necesario migrar hacia un sistema mixto, en el cual –sobre ciertos rangos de concentración– sea obligatoria la consulta y, bajo este rango, voluntaria. En esta misma línea es necesario evaluar los plazos y los procesos con la finalidad de no entorpecer

fusiones que son beneficiosas para la sociedad, y no aprobar fusiones que podrían afectar negativamente la eficiencia y la competencia.

Por su parte, es importante establecer condiciones adecuadas que desincentiven prácticas que afecten a la libre competencia. En esta línea creemos que es fundamental incrementar los costos de este tipo de prácticas, por la vía de aumentar las multas pecuniarias, establecer inhabilidades a los implicados, instaurar penas de cárcel y compensaciones a los afectados.

Finalmente, dado que es complejo comprobar prácticas que atenten a la libre competencia, se debe profundizar el desarrollo de la delación compensada, mecanismo eficiente, como se observó en el caso de la colusión de las farmacias.

## CONCLUSIÓN

El correcto funcionamiento de los mercados en una economía social de mercado, en la que prime la competencia y se encuentren ausentes prácticas que puedan atender contra ésta, es fundamental para maximizar el bienestar de los consumidores y minimizar las ineficiencias en la asignación de recursos.

La ciudadanía se beneficia más de la libertad económica en la medida que los mercados donde realizan transacciones sean competitivos. La competencia promueve la innovación de las empresas, así como la mejora en la calidad de bienes y servicios, y disminución de precios. Sin embargo, esta situación no es necesariamente natural ni espontánea en muchos mercados, por lo que es necesaria una institucionalidad que vele por la existencia de competencia efectiva en la actividad privada, en beneficio de las personas.

La regulación sectorial juega un papel fundamental en el correcto desarrollo de los mercados, pues aborda las trabas particulares a la competencia que existen de manera específica en cada industria. Complementario a la regulación sectorial, con la finalidad de lograr el correcto funcionamiento de una economía social de mercado, es necesario contar con una legislación adecuada en defensa de la competencia.

Al analizar algunos mercados chilenos desde la óptica de la Estructura-Conducta-Resultados, se observa que hay indicios de que los mercados analizados no son del todo competitivos y que en algunos casos puede ser que la regulación sectorial se encuentre relativamente

obsoleta, como en el caso de los monopolios naturales.

El punto anterior resulta preocupante, pues si bien en general el análisis de las políticas sociales tiende a monopolizar el debate público, se debe considerar que inyectar más competencia en los mercados y regular éstos, tanto sectorial como transversalmente, puede generar efectos similares a los que produciría, por ejemplo, la entrega de bonos a familias de escasos recursos.

Lo anterior se debe a que, tal como se observa en el análisis de la estructura de gasto de las familias, aquellas de los quintiles de menores ingresos son las que destinan un mayor porcentaje de su presupuesto a aquellos bienes y servicios en los que parecieran existir más problemas de competencia. Mejorar el funcionamiento de estos mercados –desde el punto de vista de la competencia– impactaría en reducir el gasto de éstas, lo que tendría un impacto similar a incrementar sus ingresos.

## REFERENCIAS

- Agostini, Claudio (2007). “Institucionalidad e incentivos para la libre competencia”. Expansiva.
- Arrow, Kenneth (1951). “An Extension of the Basic Theorems of Classical Welfare Economics”. Stanford University.
- Bain, Joe (1951). “Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936–1940”. *Quarterly Journal of Economics*, 65(3), pp. 293-324.
- Benítez, Daniel y González, Aldo (2009). “Optimal Pre-Merger Notification Mechanisms”. The World Bank.
- Briones, Ramón, Briones, Cristián y Bosselin, Hernán (2012). “Modelo económico social y competencia en los mercados. Chile: un caso de oligopolio y asistencialismo”.
- Caviedes, Cristóbal (2012). “Sistemas de control preventivo de fusiones en derecho comparado”. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Centre for European Reform CER (2005). “Consumers and EU competition policy”. CER Policy briefs.
- Department for Business Innovation and Skills, UK (2011). “A competition regime for growth: a consultation on options for reform”.
- Díaz, Galetovic, Sanhueza (2008). “Entrada, concentración y competencia: Supermercados en Chile 1998-2006”. Banco Central de Chile.
- Fiscalía Nacional Económica (2006). “Guía interna para el análisis de operaciones de concentración horizontales”.
- González, Aldo (2007). “La delación compensada o amnistía en la lucha anti-carteles”. TIPS, Departamento de Economía de la Universidad de Chile.
- González, Aldo y Gómez – Lobo, Andrés (2010). “Competencia en servicios bancarios a personas”. Departamento de Economía de la Universidad de Chile.
- González, Eduardo y Cárcaba, Ana (2002): “Una interpretación de los índices de ineficiencia productiva desde la teoría de recursos”. Universidad de Oviedo.
- Global Competition Review (2013). “Rating Enforcement”.
- “How the Punishment of the European Union Competition Law and United States Antitrust Law Reflect Respective View on Competition”, [www.voices.yahoo.com](http://voices.yahoo.com/how-punishment-european-union-competition-4523875.html?cat=17), disponible en: <http://voices.yahoo.com/how-punishment-european-union-competition-4523875.html?cat=17>, visitado el 28 de junio de 2013.
- Huergo Orejas, Elena (2001). El diagnóstico de poder de mercado de economía industrial: una revisión de la literatura empírica española del siglo XX. [Documento de trabajo].
- International Competition Network ICN (2005). “Consumer Outreach by ICN members”.

ITU (2008). "Empresa eficiente: Metodologías, modelación y aplicaciones de regulación tarifaria".

Chile: caracterización y recomendaciones para la regulación económica". Santiago de Chile.

Langus, Gregor y Motta, Massimo (2006). "The effect of antitrust investigations and fines on the firm valuation". European University Institute.

VI Encuesta de Presupuestos Familiares (2007). Instituto Nacional de Estadísticas. Santiago de Chile.

Morales, Jeanette Vega (2004). "Política Nacional de Medicamentos". Ministerio de Salud, Santiago de Chile.

Nehme, Nicole y Mordoj, Benjamín (2012). "Diseños institucionales de control de concentraciones". Estudios Públicos.

OECD (2010). "Chile - Accession report on Competition Law and Policy". Country Studies.

Office of Fair Trading OFT (2007). "A quick guide to competition and consumer protection laws that affect your business". OFT911. Office of Fair Trading.

Piedrabuena, Bernardita (2013). "Competencia en el mercado bancario del crédito en Chile". Presentado el 3 de mayo de 2013 en Seminario de Macroeconomía y Finanzas del Banco Central de Chile.

Posner, Richard (1972). "Economic analysis of law". Boston.

The World Bank & ITU (2012), "The little data book on information and communication technology".

Vasallo, Carlos (2010). "El Mercado de medicamentos en

## AGRADECIMIENTOS

Los autores agraden el aporte desinteresado de quienes contribuyeron a la elaboración de este documento de manera pública y anónima. Fue fundamental contar con la opinión y experiencia de ellos, tanto desde el punto de vista académico como de su conocimiento práctico del funcionamiento de los mercados en Chile.

La participación de Gonzalo Salgado Barros y Cristóbal Caviedes fue crucial en la elaboración del capítulo sobre reformas a la institucionalidad de libre competencia, al aportar con su conocimiento legal y su experiencia en esta área.

También agradecemos a todos aquellos que anónimamente aportaron su conocimiento sobre una serie de industrias, como farmacias, laboratorios y telefonía, ayudando a la identificación de las principales prácticas que atentan contra la libre competencia.

Finalmente, decir que cualquier error que pudiese tener el presente trabajo es de exclusiva responsabilidad de los autores.

# AUTORES

## **Fernando Medina, Investigador**

Economista de la Universidad de Chile, ha trabajado como consultor en materias de Regulación Económica y Evaluación de Proyectos, y hoy se desempeña como profesor adjunto y colaborador en Investigación y Desarrollo de la Escuela de Gobierno de la Universidad Adolfo Ibáñez.

## **Pablo Paredes, Investigador Jr.**

Ingeniero Comercial y Magíster en Economía y Políticas Públicas de la Universidad Adolfo Ibáñez. Socio de la consultora Nodos Chile Ltda. y editor de la revista digital Ciudad Liberal. Anteriormente se desempeñó como asistente de investigación en el Instituto Libertad y Desarrollo, y como analista de estudios en Grupo CB Capitales, donde se centró en el análisis de la competencia en el sector de los pagos bancarios y del comercio electrónico en Chile.

# PRINCIPIOS DE HORIZONTAL

HORIZONTAL es una plataforma de pensamiento liberal y debate independiente. Con una mirada transversal convoca a académicos, políticos y organizaciones sociales para generar políticas públicas que contribuyan a transformar a Chile en una sociedad de oportunidades.

## **Causas progresistas, ideas de centroderecha**

En HORIZONTAL pensamos que el desarrollo no es sólo económico. Implica también avanzar hacia una sociedad en que todos dispongan de las libertades y capacidades para desarrollar sus propios proyectos de vida. Buscamos eliminar los obstáculos que impiden a las personas construir su destino en función de sus méritos y esfuerzos. Creemos que la construcción de esa sociedad de oportunidades requiere fomentar la responsabilidad individual, el valor de la diversidad, la tolerancia y la competencia, y combatir los privilegios adquiridos que dificultan el camino a esa sociedad.

## **Un Estado que confía**

En HORIZONTAL estimamos necesario repensar el rol del Estado y su relación con los ciudadanos. El Estado debe confiar en las personas, acoger a los más desfavorecidos y entregarles las herramientas para ser más autónomos y menos dependientes de su ayuda. Promovemos políticas públicas que apunten a prevenir y no sólo a corregir inequidades. Y creemos esencial que las autoridades rindan cuentas y sean evaluadas de manera transparente y oportuna.

## **Empoderando a las personas**

HORIZONTAL persigue fortalecer la sociedad civil para que las comunidades organizadas participen de la definición de soluciones a sus problemas locales. Creemos que los ciudadanos conocen sus necesidades y tienen la capacidad para ser más autosuficientes y menos dependientes del poder central.

## **Los pies en la tierra**

En HORIZONTAL desconfiamos de los grandes diseños. En base a investigación seria y recogiendo las visiones de distintos actores sociales, buscamos generar propuestas claras y concretas, que sean posibles de implementar y que mejoren de manera tangible la vida de las personas.