

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2010)18

Organisation de Coopération et de Développement Économiques  
Organisation for Economic Co-operation and Development

02-Sep-2010

Spanish - Or. English

DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS  
COMPETITION COMMITTEE

DAF/COMP/LACF(2010)18  
Unclassified

LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)

FORO LATINO AMERICANO DE COMPETENCIA

-- Sesión III: Estrategias para la promoción de la competencia --

Contribución de Chile (FNE)

*El documento adjunto de Chile (FNE) será circulado PARA SU DEBATE en la sesión III del Foro Latino Americano de Competencia que se llevará a cabo en San José (Costa Rica) los días 8 y 9 de septiembre de 2010.*

Contacto: Sra. Hélène Chadzyska, administradora, directora del programa del LACF  
Tel.: +33 (0)1 45 24 91 05; Fax: +33 (0)1 45 24 96 95;  
Correo electrónico: [helene.chadzyska@oecd.org](mailto:helene.chadzyska@oecd.org)

JT03287710

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine  
Complete document available on OLIS in its original format

Spanish - Or. English



## **FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA**

**8-9 de septiembre, San José (Costa Rica)**

**Sesión III: Estrategias para la promoción de la competencia**

### **-- CONTRIBUCIÓN DE CHILE (FNE) --**

*Fiscalía Nacional Económica*

1. La promoción de la competencia consiste en todas aquellas actividades y diligencias no coercitivas de la agencia pública especializada, para el fomento de una cultura y un entorno de libre mercado para las actividades económicas en el país. Es la instauración, o proposición de estímulos, alicientes o incentivos para que los agentes económicos privados y públicos (el gobierno) internalicen el concepto de competencia y sus principios, de modo que esto se constituya en el marco de referencia que oriente su acción, operatoria y estrategias económicas.

2. De lo anterior se sigue que la función de promoción se ejerce en, o se orienta a, dos ámbitos: por un lado el de los agentes privados, y por otro, el de los públicos o entidades de gobierno. Con estos últimos la agencia de competencia trabaja asesorándolos en políticas, legislación y regulaciones que tengan relación o incidencia en la competencia, actividades todas que se pueden denominar *promoción intragubernamental*. Esta, naturalmente, es más compleja y tiene instrumentos y métodos más variados que los de la promoción a los agentes privados, y por ello es que la presente contribución trata solamente de la promoción a los agentes públicos. Como se verá en esta contribución, la promoción intragubernamental pone la experiencia técnica de la agencia de competencia a disposición del legislador y de los reguladores sectoriales para evitar que se generen o mantengan normas legales o reglamentarias que afecten negativamente la competencia.

## 1. La Promoción Intragubernamental en Chile

3. Desde la dictación de la primera ley que introdujo en Chile disposiciones para asegurar la libre competencia, en el año 1959, las autoridades de competencia del país han acumulado años de experiencia en la defensa y promoción de la competencia. Actualmente, el sistema chileno de libre competencia está constituido por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y por un organismo investigador independiente de aquél, o agencia de competencia, la Fiscalía Nacional Económica (FNE), que es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y cuyo jefe de Servicio, el Fiscal Nacional Económico, goza de independencia frente a autoridades y tribunales y de inamovilidad respecto de quienes lo designaron.

4. El artículo 1° de la ley de competencia (D.L.N° 211) define como objetivo de este cuerpo legal “*promover y defender la libre competencia en los mercados*”, lo cual impone a las entidades correspondientes las funciones de fomentar una cultura de competencia, y perseguir la materialización de conductas anticompetitivas. En atención a lo anterior, el Manual de Organización y Funcionamiento de la FNE señala que “*En relación a la promoción la Fiscalía busca que el concepto de libre competencia y sus beneficios sean incorporados de manera efectiva y palpable en nuestra institucionalidad jurídica, en la cultura ciudadana y en las políticas públicas*”. Por ello es que la promoción es una función positiva y proactiva, es decir, deliberada o expresa, de la FNE.

5. La FNE ha encargado la proposición de su Plan Anual de Promoción, y la ejecución de las medidas y diligencias que se deriven del Plan aprobado por la dirección del Servicio, a su División de Estudios, actualmente integrada por tres abogados y tres economistas. Lo anterior no excluye, en todo caso, la participación activa de profesionales de otras Divisiones de la Fiscalía en la materialización de las referidas medidas y diligencias.

6. Para reforzar su función de promoción de la competencia la FNE emplea dos herramientas principales:

- a) los **estudios de mercados**: son informes de investigación económica de mediana duración elaborados internamente o contratados a consultores externos, con el objeto de recabar información y antecedentes de un sector o mercado. No tienen por objeto expreso y necesario originar una investigación de las que lleva a cabo la agencia de competencia, pero nada impide que la originen o constituyan evidencia ante el TDLC; y, desde luego, estos estudios también pueden fundamentar una acción de promoción. Los estudios de mercado de la FNE chilena se incluyen en la intranet del Servicio, y desde hace poco tiempo, se suben a su sitio web institucional. Hoy se encuentran disponibles un estudio sobre el sector forestal y otro sobre el sector de la construcción.

Los estudios de mercados pueden significar uso de recursos, pero son un medio irremplazable para la agencia de competencia, por las siguientes razones:

- la alertan respecto de falencias en materia de competencia, que las regulaciones sectoriales pueden tener;
- evidencian usos o estructuras eventualmente anticompetitivas del mercado examinado;
- pueden sugerir una aproximación o una solución al problema;
- contratados externamente, proporcionan un criterio técnico o especializado, con los sectores o situaciones en que la agencia de competencia no dispone por sí misma de tales criterios.

- b) las **guías internas**: son instructivos que la FNE, siguiendo las mejores prácticas internacionales, emite para el mejor desempeño de sus labores principales. Estos instructivos establecen métodos y procedimientos, uniforman criterios, ordenan prioridades, e informan y dan certezas a los agentes económicos y a la comunidad en general sobre los criterios y procedimientos de trabajo de la agencia de competencia. Siguiendo las políticas gubernamentales de transparencia y participación ciudadana, la práctica de la FNE es subir a su página web una primera versión de cada Guía para consulta y comentarios de los interesados y del público, y luego de un corto plazo, presenta la versión final del documento.

Hasta el momento las Guías de la FNE son las siguientes:

- *Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales* (“Guía de fusiones”, 2006), para el análisis de fusiones y adquisiciones.
- *Guía Interna para el desarrollo de las Investigaciones y actuaciones judiciales* (2008). Instruye a los funcionarios de la FNE sobre los fundamentos principales y procedimientos para el desarrollo de sus investigaciones y sus actuaciones ante el TDLC.
- *Guía Interna sobre exención y reducción de multas en casos de colusión* (“Guía de Delación Compensada”, 2009), elaborada a partir de la entrada en vigencia en Chile de la figura legal de inmunidad y clemencia para los partícipes de un cártel.

## 2. Interacción con el Poder Legislativo

7. En general, los *proyectos de ley*, esto es, las leyes en proceso de discusión y promulgación, pueden requerir la identificación, análisis y rectificación de falencias en materia de competencia, en lo cual la agencia puede actuar como organismo encargado de promoverla. En Chile no hay obligación de que éstos notifiquen o consulten a la FNE ni de que ésta los asesore, pero unos y otra mantienen una fluida relación: los legisladores suelen enviar los proyectos de ley a consideración de la FNE. De hecho, desde su creación en 2007, la División de Estudios de la FNE ha elaborado 28 informes de aspectos de competencia de otros tantos proyectos de ley, y sus profesionales han acompañado al Fiscal Nacional en al menos 17 ocasiones a la tramitación de aquéllos, en especial durante el proceso legislativo que concluyó con la Ley N°20.361, que otorgó nuevas facultades a la FNE en materia de acuerdos colusorios entre competidores, entre otras materias.

8. Para seleccionar las propuestas y proyectos de ley que analizará, la FNE se basa copulativa o alternativamente en las siguientes herramientas o circunstancias: i) los estudios de mercados; ii) los casos política o socialmente relevantes en la contingencia pública del país; y iii) un método de priorización de mercados o sectores, que da luces sobre cuáles de éstos deberían ser objeto de atención por parte de la agencia de competencia.

## 3. Intervención en Políticas Públicas y en Regulaciones Sectoriales

9. Entendemos por políticas públicas los programas, planes o esquemas gubernamentales de desarrollo socioeconómico en ámbitos concretos<sup>1</sup>. Las regulaciones sectoriales, a su vez, son las emitidas por una entidad del Estado encargada de normar y supervisar un determinado sector de la actividad económica pública o privada, en razón de sus especificidades técnicas, productivas, informativas o estratégicas, entre otras. Tales sectores incluyen principalmente a los servicios básicos en redes

---

<sup>1</sup> En Chile, por ejemplo, los sucesivos gobiernos de las dos últimas décadas se han propuesto, entre otras políticas, la transparencia de la gestión pública; la seguridad y protección ciudadanas; la modernización de la educación escolar; la prevención de enfermedades sociales; la modernización financiera; la igualdad de género; el seguro de enfermedades catastróficas, etc.

(electricidad, agua potable, telecomunicaciones, energía); el transporte público de todo tipo y sus correspondientes instalaciones esenciales (vialidad, puertos y aeropuertos); la salubridad y educación públicas; los servicios financieros, y muchos otros.

10. Por cierto, las políticas públicas y las regulaciones sectoriales tienen medios, prioridades y propósitos muy propios y particulares que pueden no privilegiar los principios y objetivos de la competencia, o directamente no incorporarlos<sup>2</sup>. El hacer presentes tales principios y lograr su inclusión efectiva en dichas políticas y regulaciones constituye, pues, todo un desafío para la FNE.

11. En consecuencia, la FNE ha reforzado su colaboración y comunicación para actividades de mutuo interés con organismos reguladores. Esta promoción intergubernamental va desde la interacción informal (consultas, reuniones, intercambio de información), hasta las instancias y acuerdos institucionales oficiales. Su objetivo es diagnosticar, con el apoyo de los propios reguladores sectoriales, distorsiones en las normas y/o en los mercados; diseñar soluciones, si fueran necesarias; y precaver la ocurrencia de ilícitos anticompetitivos. Un ejemplo de lo anterior es el acuerdo alcanzado por la FNE con el Ministerio de Obras Públicas que ha promovido el acercamiento de ambos organismos en materias de interés común.

12. En otros casos la colaboración consiste en capacitación, ya que con la entrada en vigencia de la ley N°20.361, que otorga nuevas facultades a la FNE, se hizo necesario dar a conocer, especialmente al sector público, la nueva normativa. En 2009 la FNE asumió un compromiso con el Ministerio Secretaría General de la Presidencia para la preparación de directivos, profesionales y técnicos en todo el país, en la detección de prácticas colusorias en licitaciones para el abastecimiento y contrataciones del Estado. El compromiso se cumplió con cerca de cuarenta presentaciones sobre libre competencia y sobre colusión en licitaciones de contratación pública, a lo largo de todo el país durante el año 2009.

#### **4. Actividades ante Gobiernos Regionales y Municipales**

13. Luego de que las entidades regionales de defensa de la competencia fueran centralizadas en la capital del país en el año 2003, la FNE ha creado una Coordinación Regional de las actividades de defensa y difusión de la libre competencia. A mediados de 2006 la FNE celebró un Convenio de Cooperación con el servicio para la protección de los derechos de los consumidores, SERNAC, para la coordinación y colaboración mutuas, y que en lo principal delegó en los directores regionales del SERNAC la recepción de denuncias relativas a libre competencia.

14. Las actividades regionales de la FNE se incluyen en un programa anual que abarca charlas, seminarios, talleres y encuestas en que los profesionales del Servicio, incluidos el Fiscal Nacional y el Subfiscal, difunden y fortalecen el conocimiento de la institucionalidad de la libre competencia con entidades públicas y privadas, académicas y empresariales, en cada región. En 2009 se hicieron 43 actividades, lo que al renovarse año a año ha llevado a la FNE a visitar la totalidad de las regiones del país. En dichos encuentros se ha explicitado y difundido la estructura y funcionamiento del sistema chileno de libre competencia, los órganos que la componen, los procedimientos para denunciar y las conductas ilícitas sancionadas por la ley, analizando casos significativos, a fin de familiarizar al público con esos tópicos.

#### **5. Promoción versus Aplicación de la Ley**

15. Idealmente, en un sistema eficiente de defensa y promoción, la agencia de competencia llega a tribunales sólo en casos extremos. Una agencia de calidad técnica reconocida, que cuenta con la posibilidad de alcanzar soluciones rápidas, como los acuerdos extrajudiciales, a las que suma sus funciones de promoción y prevención, puede contribuir decisivamente a que los mercados funcionen competitivamente.

---

<sup>2</sup> En el caso chileno, además, los reguladores sectoriales no tiene obligación legal de someter sus normas a la consideración de la FNE.

16. La promoción de la competencia incluye asimismo desincentivar los comportamientos anticompetitivos, esto es, alertar a los agentes económicos y a la opinión pública sobre la vigencia de leyes, normas e instancias de defensa que restringen y castigan dichos comportamientos; sobre el acceso y disponibilidad a esas instancias; y sobre los resultados (decisiones, sanciones) que todo ello implica. La promoción de la competencia presenta, en consecuencia, un enorme potencial preventivo. Por ello más que reforzar, ni menos sustituir, la aplicación de la ley, la promoción de la competencia es una función complementaria a esta aplicación, en el sentido de que determinadas actividades de promoción pueden ser igual o más eficaces, y más rápidas y menos costosas que aquella, para inducir un comportamiento económico competitivo.

### **5.1. *Instancias de promoción con resultados efectivos***

17. La agencia chilena de competencia cuenta con al menos dos instancias en que la promoción arroja un resultado efectivo, y que son:

- a) *Asesoría sobre abastecimiento y compras del sector público, en prevención de la formación de carteles de oferentes*

18. Con el apoyo de la OCDE y de la Agencia de Competencia de Canadá, en 2008 la FNE inició un programa institucional para la prevención y detección de la colusión entre oferentes en licitaciones (“*bid rigging*”) para la contratación y el abastecimiento de entidades públicas. Numerosos organismos públicos se han sumado a esta iniciativa con la creación de un Comité Anticolusión entre Oferentes en dichas operaciones; entre aquéllos se cuentan la Contraloría General de la República, varios Ministerios y subsecretarías, la Dirección de Compras y Contratación Públicas, el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno y la Red de Abastecimiento del Estado (REDABA<sup>3</sup>). Todos ellos han incorporado en sus procesos internos, medidas y mecanismos orientados a la prevención o a la detección de esta conducta, transformándose además en aliados estratégicos de la FNE en la detección de un ilícito que afecta no sólo a los mercados sino también al patrimonio fiscal.

- b) *Informes sobre bases municipales de licitaciones para abastecimiento*

19. Conforme a la ley, los 345 municipios que hay en Chile deben licitar públicamente el abastecimiento de los bienes y servicios que requieran. Velando porque las bases o instrucciones administrativas y técnicas de esas licitaciones garanticen cláusulas competitivas en la presentación y adjudicación de las mismas, en junio de 2006 el TDLC, dictó sus Instrucciones de Carácter General N° 1. Estas se orientan especialmente a la contratación de servicios de recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios, y disponen que las referidas bases sean revisadas por la FNE; en atención a esto, desde 2006 hasta la fecha la FNE ha emitido 325 informes sobre tales bases de licitación.

20. Dadas las Instrucciones de Carácter General y lo recurrente de la preparación de los correspondientes informes, en el 2009 la FNE estableció un procedimiento interno, en plena vigencia desde entonces, destinado a agilizar la revisión de las bases y a tipificar o estandarizar los informes que emita.

### **5.2 *Aplicación de la ley en vez de promoción***

21. En Chile se han dado unos pocos casos en que las comunicaciones y buenos oficios por parte de la Fiscalía han chocado con malos entendidos, desacatos, ineficiencias y discrepancias jurídicas o administrativas por parte de alguna entidad gubernamental, en cuyo caso el Servicio ha debido recurrir a la aplicación de la Ley.

---

<sup>3</sup> Asociación que agrupa a más de 3.000 funcionarios públicos de las áreas de abastecimiento de organismos públicos.

22. Uno de tales casos es el que dio origen a la dictación de la Sentencia N° 77, de noviembre de 2008. Después de más de seis meses de aplicar infructuosamente sus atribuciones y obligaciones legales, en agosto de 2007 la FNE presentó al TDLC un requerimiento en contra de la Municipalidad de Curicó, en la VI Región el país, por incumplimiento de algunas disposiciones de las ya citadas Instrucciones de Carácter General n° 1, impartidas por dicho Tribunal. En un completo análisis de las falencias de la demandada respecto al contenido y fundamentos de la Instrucción, el TDLC acogió el requerimiento de la FNE y multó al municipio con el equivalente a US\$ 3.400 y le ordenó ceñirse en lo sucesivo a dicha norma.