

VERSIÓN PARA CONSULTA PÚBLICA

FISCALIA  
NACIONAL  
ECONOMICA

# SECTOR PÚBLICO Y LIBRE COMPETENCIA

EVALUANDO SUS ACTUACIONES  
DESDE LA PERSPECTIVA  
DE LA COMPETENCIA



MARZO 2012

MATERIAL DE PROMOCION N°4 | [www.fne.gob.cl](http://www.fne.gob.cl)

## ANTECEDENTES DEL PROCESO DE CONSULTA

<b>A. Documento consultado</b>	Esta consulta se refiere a la propuesta de la FNE de publicar una Guía que oriente a los Órganos de la Administración del Estado sobre cómo dar aplicación a la normativa de libre competencia (DL 211), en el ejercicio de sus respectivas funciones.
<b>B. Objetivo de esta consulta</b>	La consulta tiene por objeto dar a las partes interesadas la oportunidad de expresar sus opiniones y presentar comentarios sobre el alcance y el contenido de esta Guía.
<b>C. A quién va dirigida esta consulta</b>	El presente proceso de consulta está dirigido principalmente a los Órganos de la Administración del Estado, pero también a estudios jurídicos, centros de estudios y representantes del mundo académico que estén involucrados o interesados en la defensa y promoción de la libre competencia.
<b>D. Período de consulta</b>	El período de la consulta se extenderá hasta el viernes 4 de mayo de 2012, de manera que los comentarios deben hacerse llegar a la FNE antes de esa fecha.
<b>E. Información de contacto</b>	Ante cualquier inquietud en relación al proceso de consulta o los contenidos de este documento, favor contactar a (de preferencia por <i>email</i> ):  Mario Ybar A. Jefe División de Estudios y Promoción (S) Fiscalía Nacional Económica Agustinas 853, Piso 2 Región Metropolitana <a href="http://www.fne.gob.cl">www.fne.gob.cl</a> <a href="mailto:consultapublicasectorpublico@fne.gob.cl">consultapublicasectorpublico@fne.gob.cl</a> Teléfonos: (2) 753 5639 - 7534100 Fax: (2) 753 5607 – 5608
<b>F. Cómo responder esta consulta</b>	Todo comentario sobre cualquiera de los aspectos contenidos en este documento es bienvenido.  Los temas esenciales sobre los que la FNE busca su opinión se presentan en formato de preguntas en la página 4 de este documento.  Por favor responda tantas preguntas como desee,

	<p>proporcionando en lo posible antecedentes que sirvan de apoyo o fundamento a las opiniones expresadas.</p> <p>Adicionalmente, le animamos a formular libremente observaciones al documento.</p> <p>Las respuestas a esta consulta pública se recibirán por vía electrónica o escrita (carta o fax), utilizando la información de contacto detallada anteriormente.</p> <p>Al responder a esta consulta, por favor indique si está respondiendo en calidad de persona natural o si lo hace en representación de una organización. En este último caso, por favor, identifique el nombre de la organización a la cual representa.</p> <p>Si desea que sus comentarios sean tratados como confidenciales o que la identidad de quien comenta sea mantenida bajo reserva, favor indicarlo expresamente.</p>
<p><b>H. Etapas siguientes</b></p>	<p>Una vez cerrado el proceso de consulta, todas las respuestas recibidas serán debidamente evaluadas por la FNE, a fin de incorporar aquellos comentarios que resulten pertinentes, según el criterio de la FNE. Una vez concluido ese proceso, la FNE publicará la Guía definitiva.</p>

## Preguntas centrales a tener presente al comentar esta Guía

1. ¿Considera usted que esta Guía da cuenta de criterios claros y completos, que promueven **mejorar la comprensión** de los organismos del sector público en cuanto a los potenciales efectos que sus actuaciones tienen para la competencia en los mercados? Si no, por favor explique por qué y desarrolle cómo este aspecto podría ser mejorado.
2. ¿Cree usted que esta Guía entrega **orientaciones claras** a los organismos del sector público para que, cuando en el ejercicio de sus funciones hagan uso de su potestad discrecional, ésta no lesione la competencia en los mercados ni constituya una infracción al DL 211? Si no es así, por favor explique por qué y desarrolle cómo este aspecto podría ser mejorado.
3. A su juicio, ¿ofrece esta Guía **herramientas útiles y de fácil implementación** para que los organismos del sector público desarrollen, cuando corresponde, una **evaluación del impacto competitivo** de sus intervenciones? Si no es así, por favor explique por qué y desarrolle cómo este aspecto podría ser mejorado.
4. Por favor, entregue sus comentarios sobre cualquier otro aspecto de esta Guía que usted considere apropiado y que debiera la FNE tener en consideración para la redacción de la versión final de la Guía.

## PRESENTACIÓN

Continuando con los esfuerzos de promoción de la libre competencia desplegados en los últimos años, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) pone a disposición de la comunidad el siguiente documento, denominado **“Sector Público y Libre Competencia”**. A través de éste, la FNE busca entregar lineamientos y herramientas a los Órganos de la Administración del Estado para apoyar, en el ámbito de sus respectivas competencias, el cumplimiento del D.L. N° 211, que fija normas para la defensa de la libre competencia en los mercados.

Lo anterior, reviste de especial interés por cuanto, en el ejercicio de sus funciones, los servicios públicos tienen una constante e importante interacción con los agentes económicos, por lo que muchas de sus decisiones pueden tener repercusión en la competencia de los mercados en que dichos agentes participan.

Por su parte, la FNE tiene conciencia de que tanto la realidad normativa que rige a los distintos organismos públicos, como la naturaleza de su relación con los agentes económicos, son altamente específicas, pudiendo muchas veces estar no exentas de complejidades. Por esto, el contenido y los criterios sugeridos en este documento son genéricos, y tienen que ser adaptados a la realidad de cada servicio público o mercado. En el mismo sentido, la presente Guía no pretende ser la única y exclusiva herramienta de promoción de libre competencia en los mercados que utilicen los servicios públicos. Pueden existir otras instancias y procesos que también cumplan dicho objetivo.

Por último, es importante aclarar que este documento es un material de promoción, por consiguiente no tiene fuerza normativa ni compromete las opiniones o decisiones del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o la Excma. Corte Suprema.

Atentamente,

**Felipe Irarrázabal Ph.**  
Fiscal Nacional Económico

## CONTENIDOS

Presentación	<a href="#">5</a>
I. Introducción	<a href="#">7</a>
II. Los Organismos del Sector Público	<a href="#">9</a>
▪ <i>Definición de sector público y los organismos que lo componen</i>	<a href="#">9</a>
▪ <i>Principio de legalidad que rige al sector público</i>	<a href="#">10</a>
▪ <i>Potestades regladas y Potestades discrecionales</i>	<a href="#">11</a>
III. Libre Competencia y Sector Público	<a href="#">12</a>
▪ <i>Beneficios de la libre competencia</i>	<a href="#">12</a>
▪ <i>Rol del sector público en una economía social de mercado</i>	<a href="#">13</a>
IV. Evaluación del impacto de las actuaciones de organismos del sector público sobre la competencia en los mercados	<a href="#">16</a>
▪ <i>¿Qué se entiende por evaluación de impacto?</i>	<a href="#">16</a>
▪ <i>¿Cuándo se debe llevar a cabo esta evaluación?</i>	<a href="#">16</a>
▪ <i>¿Cómo se desarrolla esta evaluación?</i>	<a href="#">17</a>
▪ <i>Etapas de la evaluación</i>	<a href="#">17</a>
- <i>Primera etapa:</i>	<a href="#">17</a>
- <i>Segunda etapa</i>	<a href="#">18</a>
- <i>Tercera etapa</i>	<a href="#">20</a>
- <i>Cuarta etapa</i>	<a href="#">23</a>
V. Cómo contactar a la FNE	<a href="#">27</a>

## I. INTRODUCCIÓN

Que los mercados operen en un **ambiente competitivo es fundamental para el desarrollo económico y social de los países**<sup>1</sup>. Sin embargo, en la práctica, es posible encontrar situaciones, tanto en el ámbito público como privado, en que agentes económicos llevan a cabo actos anticompetitivos que, en definitiva, tienen por consecuencia el perjuicio de los consumidores, disminuyendo las oportunidades de innovación e incentivos a incrementar la productividad de las empresas, entorpeciendo y frenando el crecimiento de la economía. Estos **actos anticompetitivos** constituyen un atentado a la libre competencia e **infringen la legislación vigente** sobre la materia<sup>2</sup>.

Por otra parte, la intervención de los Órganos de la Administración del Estado (“OAE”) u organismos del sector público<sup>3</sup> en los mercados es consecuencia del **ejercicio de sus facultades** y del **cumplimiento de los fines para los que fueron creados**<sup>4</sup>. Estas intervenciones pueden adoptar diversas formas – mediante su **actuación como agente económico** (por ejemplo, comprando bienes o servicios para su operación), a través de la **ejecución de planes y programas** dentro de su ámbito, o ejerciendo su **potestad normativa y regulatoria**– las cuales dan lugar a una constante y esencial influencia sobre las decisiones de otros agentes económicos; por lo que las actuaciones de los OAE tienen efectos sobre la competencia en los mercados afectados.

Así, en determinadas situaciones, estas actuaciones pueden afectar negativamente la competencia y, por esta vía, afectar el bienestar de los consumidores, del ambiente competitivo y de la sociedad en general. Por esto, es especialmente importante que en el ejercicio de sus funciones, los OAE **consideren los potenciales impactos de sus decisiones en la libre competencia**.

Es importante tener presente que la legislación de libre competencia de nuestro país (a diferencia de la existente en otros países) no exime a órgano alguno –sea una entidad

---

<sup>1</sup> William Lewis (2004), *“The Power of Productivity: Wealth, Poverty and the Threat to Global Stability”*, University of Chicago Press.

<sup>2</sup> En Chile, la promoción y defensa de la libre competencia en las actividades económicas está normada por el Decreto Ley N° 211 (DL 211). Su art. 3° reconoce como ilícito anticompetitivo a *“...cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos...”*. El DL 211 puede ser consultado en <http://www.fne.gob.cl/marco-normativo/marco-normativo/>

<sup>3</sup> Ley N° 18.575, art. 1°

<sup>4</sup> Ley N° 18.575, art. 2°

pública o privada, y cualquiera sea su organización o estructura societaria- del cumplimiento del DL 211, ni establece excepciones a mercados determinados –de manera que todos los mercados deben cumplir con la normativa de libre competencia.

Sin embargo, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) reconoce que, en algunos casos, los objetivos de política pública y las regulaciones específicas que los concretizan, pueden no estar alineados con los principios de la libre competencia, e incluso llegar a contravenirlos<sup>5</sup>. En la medida que estas disposiciones estén fundadas en un mandato legal expreso y específico que se sobreponga a la normativa de libre competencia, y que la actuación de los OAE se ciña estrictamente a lo dispuesto en la ley, la FNE entiende que tal actuación no sería objeto de reproche como ilícito anticompetitivo. La situación es diametralmente opuesta, esto es, cabría cuestionar la legalidad de la actuación ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), si la actuación no está expresamente amparada por una ley, o si la ley otorga espacios para que la actuación se ajuste a la normativa de libre competencia, y los OAE adoptan una que la contraviene.

No obstante lo dicho anteriormente sobre las actuaciones que no serían objeto de reproche del DL 211, tras evaluar la magnitud e importancia de este efecto adverso, la FNE puede siempre solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que se proponga un cambio regulatorio al Ejecutivo, en los términos establecidos en la ley<sup>6</sup>.

En este contexto, y especialmente cuando existe un grado de discrecionalidad en la actuación de los OAE, la **identificación oportuna de los efectos** y costos que las actuaciones o intervenciones de los organismos públicos tienen sobre la libre competencia en los mercados resulta siempre indispensable.

Por una parte, cuando sea factible, deberán ponderarse las **medidas alternativas** para la consecución de la política específica que se pretende implementar de modo de evitar o generar el menor impacto sobre la libre competencia. Cuando no existan medidas

---

<sup>5</sup> El legislador establece en el art. 4° del DL 211 la posibilidad excepcional de conceder monopolios legales si así la ley lo autoriza.

<sup>6</sup>DL 211 art. 18° N° 4 faculta al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia «Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas...».

alternativas plausibles de implementar, se debe **reconocer y dimensionar el impacto negativo** de la medida a adoptar, a fin de ponderar las posibles **medidas de mitigación** que contrarresten o compensen dichos efectos. De esta manera, luego de evaluar el impacto negativo sobre la competencia y los beneficios en el ámbito público asociados a la aplicación de la medida, será posible tomar la mejor decisión para la sociedad.

La FNE ha desarrollado este material de promoción, dirigido a jefes de servicios y funcionarios del **sector público**, que tiene por objeto entregar **orientaciones claras** y una **pauta general de evaluación** de cómo, en el ejercicio de sus funciones, tanto los responsables por el diseño y elaboración de las políticas públicas como los funcionarios encargados de su implementación, pueden contribuir a que la competencia en los mercados no se altere ni dañe significativamente. Mediante su aplicación se busca proteger, e incluso fomentar, la libre competencia, con el objetivo de que las actuaciones administrativas beneficien la competencia y, en consecuencia, aumente el bienestar social en general, y de los consumidores en particular.

## II. LOS ORGANISMOS DEL SECTOR PÚBLICO

### ▪ *Definición de sector público y los organismos que lo componen*

La Constitución Política de la República (CPR) establece que el Estado se encuentra al servicio de la persona siendo, su finalidad la **promoción del bien común**<sup>7</sup>, incluyendo los **Órganos de la Administración del Estado**.

**LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO** son los encargados de aplicar las medidas necesarias para el cumplimiento de las leyes y de las órdenes del gobierno relativas al manejo y dirección de los intereses públicos o a las metas que estos propios órganos se hayan dado, cuando la CPR o las leyes les otorgan autonomía.

SUBDERE (2002), *Diccionario de la Administración Pública Chilena*, LOM Ediciones, Santiago

---

<sup>7</sup> CPR, art. 1°, inciso tercero.

Por su parte, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (“Ley de Bases”) identifica y lista a los **Órganos de la Administración del Estado**: «... Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.»<sup>8</sup> Reforzando lo anterior, el Ministerio del Interior, define al **sector público** como aquel «conjunto de actividades económicas de una nación que de manera directa o indirecta están bajo la esfera de la acción gubernamental», con lo que se abarcaría la definición de Administración del Estado más todas aquellas actividades en que el Estado participa o son de su propiedad aunque no tengan carácter público<sup>9</sup>.

**LOS ORGANISMOS DEL SECTOR PÚBLICO** comprenden todas las empresas y servicios estatales y gubernamentales, a nivel local, regional y nacional.

#### ▪ **Principio de legalidad que rige al sector público**

El principio de legalidad implica que todo OAE debe someter su actuar a la CPR y a la normativa vigente.

La CPR establece que «Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República...»<sup>10</sup>, disponiendo que todo organismo del Estado debe actuar dentro de su investidura, sin poder atribuirse otra autoridad o derecho que aquel conferido por la Constitución y las Leyes<sup>11</sup>. Todo lo anterior también se recoge expresamente en la Ley de Bases<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Ley N° 18.575, art. 1° inciso segundo.

<sup>9</sup> SUBDERE (2002), *Op. Cit.*, disponible en [http://www.cceproyectos.cl/uvic/wp-content/docs/docs\\_pdf/libros\\_y\\_documentos/36.Diccionario%20administracion.pdf](http://www.cceproyectos.cl/uvic/wp-content/docs/docs_pdf/libros_y_documentos/36.Diccionario%20administracion.pdf)

<sup>10</sup> CPR, art. 6,° inciso primero.

<sup>11</sup> CPR, art. 7°.

<sup>12</sup> Artículo 2°.- *Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.*

En este sentido, el principio de legalidad tiene dos perspectivas: (i) La obligación de los organismos de actuar conforme y limitado al sistema normativo vigente; y (ii) el otorgamiento de potestades a los OAE.

La Potestad administrativa puede definirse como “*el poder jurídico para imponer decisiones a otro para el cumplimiento de un fin*”<sup>13</sup>, pudiéndose clasificar en potestades regladas y potestades discrecionales.

#### ▪ **Potestades regladas y Potestades Discrecionales**

En consonancia con el **principio de legalidad**, tanto la creación de los organismos del sector público, como sus competencias y atribuciones están determinadas por ley. Sin embargo, no toda normativa legal determina en detalle cómo debe ser el accionar de cada organismo del sector público.

Así, en aquellos casos en que el legislador señala la finalidad u objetivo de política pública perseguido, sin establecer cómo ésta debe específicamente alcanzarse, es el organismo público el que debe buscar de qué manera materializar la orden legislativa, haciendo uso de su potestad discrecional. Se ha señalado que “*La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o si se prefiere entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extra jurídicos (de oportunidad, económicos, etc.) no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración*”<sup>14</sup>.

---

Artículo 3º.- *La Administración del Estado está sujeta al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la Ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes nacional, regional y comunal. La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativa y participación ciudadana en la gestión pública, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes.*

<sup>13</sup> Santi Romano (1963), *El Ordenamiento Jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

<sup>14</sup> García de Enterría, “Curso de Derecho Administrativo”. Editorial Civitas, Madrid. 1977 Tomo I p. 272

Un organismo del sector público (o un funcionario público en particular) emplea su **POTESTAD DISCRECIONAL** cuando tiene la libertad de hacer una elección entre posibles cursos de acción, tendientes a alcanzar el bien común, y circunscrito a las competencias y atribuciones legalmente definidas.

Por otro lado, si se considera que es la propia ley la que otorga a los OAE la oportunidad de hacer uso de su potestad discrecional, entregándole la facultad de apreciación de oportunidad y conveniencia para la toma de decisiones, ésta no puede ser considerada arbitraria o ilegal. Por el contrario, en atención al cumplimiento de la normativa vigente, el organismo, servicio o funcionario debe buscar dentro de varias opciones la manera en que se puede dar mejor cumplimiento a los fines propios de la administración<sup>15</sup>, respetando siempre los preceptos legales y la normativa vigente.

De lo anterior, se desprende que las actuaciones de los organismos públicos pueden corresponder a dos categorías:

- **Actos derivados del uso de su potestad reglada**, en que los organismos públicos no pueden ejecutar acciones sobre determinadas materias sino con sujeción estricta a la ley (so pena de incurrir en incompetencia, arbitrariedad, exceso de poder o en ilegalidad), y
- **Actos derivados del uso de su potestad discrecional**, respecto de aquellas actuaciones en la que el OAE no está sometido al cumplimiento de mandato legal específico sobre la forma de llevar a cabo un determinado actuar, ya sea en cuanto a la oportunidad o forma de obrar. No obstante, en el uso de su potestad discrecional, los organismos públicos siempre están limitados y sujetos al ordenamiento jurídico.

Respecto de sus actuaciones, en aquellos casos en que la ley señala qué debe hacerse y cómo debe llevarse a cabo, los organismos del sector público deben cumplir a cabalidad el

---

<sup>15</sup> Así lo ha señalado la Corte de Apelaciones de Santiago, N° de ingreso 864-92 de fecha 7 de Julio de 1992, “*Que, tratándose de las facultades discrecionales –cuyo es el caso– la autoridad no puede decidir y actuar caprichosamente porque en definitiva “la discrecionalidad es sólo la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa dentro de lo razonable” (Sayaguís Laso). Por otra parte, “la libertad que el orden jurídico da a la Administración para la elección oportuna y eficaz de los medios y el momento de su actividad debe evaluarse dentro de los fines de la ley” (Villegas Besavillaboso)” (Considerando 7°).*

mandato legal<sup>16</sup>. De esta forma, la potestad reglada de los OAE está por sobre la potestad discrecional.

### III. LIBRE COMPETENCIA Y SECTOR PÚBLICO

#### ▪ *Beneficios generales de la libre competencia*

La **libre competencia en los mercados** se entiende como aquella situación en que los agentes económicos que operan en dicho mercado rivalizan entre sí por captar clientes, existiendo la posibilidad que cualquier persona cumpliendo ciertos requisitos e incurriendo en determinados costos pueda participar en él, ya sea como comprador o vendedor. La competencia no se expresa única y necesariamente en precios, sino que puede abarcar cualquiera de los atributos que describen un bien o servicio (por ejemplo, su calidad), y que llevan a que un bien o servicio satisfaga adecuadamente las necesidades de quienes los consumen. Así, la competencia efectiva entre los agentes económicos las lleva a ofrecer una mayor variedad de bienes y servicios, de mejor calidad y a menores precios. Todo esto hace que **los consumidores se beneficien directamente de la competencia**.

**Las empresas también se benefician de la competencia**, por cuanto la mayor rivalidad antes descrita crea incentivos para perseguir más eficiencia (reduciendo sus costos) e invertir en innovación. En el mediano y largo plazo la competencia conlleva beneficios para la sociedad en su conjunto, ya que lleva a que las empresas sean más productivas, apoyando por esta vía el crecimiento económico. De esta forma, **los ambientes competitivos contribuyen a maximizar el bienestar de la sociedad**.

---

<sup>16</sup> En este mismo sentido, Contraloría General de la República en dictamen N° 2710 de fecha 19 de Enero de 2005, señala “*En tal sentido, la facultad para interpretar la normativa del sector y para velar por el cumplimiento de las normas jurídicas y técnicas relativas al diseño, construcción y explotación de los servicios sanitarios se enmarca dentro de su competencia legal, que en este aspecto está expresamente reglada. En efecto, dicha competencia no puede entenderse como el ejercicio de una potestad discrecional, ya que la decisión acerca de los criterios que ha de considerar la empresa modelo como parámetros de eficiencia debe ejercerse en el marco de un procedimiento formal contenido en el capítulo I del DFL. N° 70, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, y reglamentado en el Decreto N° 453, de 1989, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, además de la normativa establecida en las respectivas bases dictadas para cada proceso en particular.*” (énfasis añadido)

### ▪ **Rol del sector público en una economía social de mercado**

La premisa de los beneficios que surgen de la libre competencia y la opción del mercado como mecanismo de asignación de recursos se ven reflejados en el ordenamiento jurídico del país, la CPR establece los pilares fundamentales sobre los que se asienta el modelo económico.

El sector público interviene directa o indirectamente en los mercados. Estas intervenciones se pueden organizar y analizar en torno a los distintos roles que cumplen:

- En primer lugar, los OAE cumplirían un rol fundamental al establecer el marco jurídico e institucional en que los mercados operan, ayudando a corregir las llamadas “fallas del mercado”<sup>17</sup>. Así, en este **rol regulador**, el sector público tendría potestad legítima para crear, modificar y/o derogar Decretos de ley, regulaciones y otras normas reglamentarias inferiores y, por esta vía, intervenir en los mercados.
- En segundo lugar, los organismos del sector público intervienen en los mercados a fin de alcanzar los objetivos de políticas públicas que la ley les ha impuesto como comprador o proveedor de bienes y servicios, teniendo así un **rol como agente económico**.
- Finalmente existe un tercer ámbito de intervención, en relación con el **rol redistributivo** de los gobiernos, por el hecho de aplicar impuestos y/o otorgar subsidios, los cuales tienen un efecto indirecto sobre los mercados<sup>18-19</sup>.

---

<sup>17</sup> “Fallas de mercado” es un término económico que describe todas aquellas situaciones en las que los resultados del mercado no son eficientes; por lo que proporcionan un posible fundamento para la intervención del sector público (en OECD, “Glosary of Industrial Organization Economics and Competition Law”). Para revisar con más detalle el concepto, véase Bator, Francis M. (1958). “The Anatomy of Market Failure,” *Quarterly Journal of Economics*, 72(3) pp. 351–379 (en [http://instruct1.cit.cornell.edu/Courses/econ335/out/bator\\_gje.pdf](http://instruct1.cit.cornell.edu/Courses/econ335/out/bator_gje.pdf)).

<sup>18</sup> Una tipología similar para describir los ámbitos de intervención del gobierno en la economía se presenta en Labonte (2010); con la salvedad que lo que aquí hemos denominado “rol redistributivo” se separa en dos roles, el de fijación y aplicación de impuestos a diferentes actividades y el de redistribución de ingresos propiamente tal. Véase Labonte, Marc (2010), “The Size and Role of Government: Economic Issues”, *Congressional Research Service Reports*, June 14 (en <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL32162.pdf>).

<sup>19</sup> Ver OFT (2009), *Governments in markets: Why competition matters? A guide for policy makers*, disponible en [http://www.oft.gov.uk/shared\\_of/business\\_leaflets/general/OFT1113.pdf](http://www.oft.gov.uk/shared_of/business_leaflets/general/OFT1113.pdf) (último acceso 09.08.2011).

En el evento que la FNE considere que ciertas normas pudiesen dañar o llegar a dañar la competencia en un mercado, tiene la facultad para:

- Acercarse a los organismos públicos y reguladores, y como una acción de **promoción**, discutir la razonabilidad de los elementos que fundamentan dichos reglamentos y normas, y la necesidad de su modificación por el mismo organismo que las dictó; o
- Puede solicitar al TDLC que dicte recomendaciones al Presidente de la República, de cambios regulatorios que se estimen contrarios a la libre competencia, o incluso solicitar la aprobación de cierta regulación necesaria para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas, tal como lo establece el DL 211.

Sin embargo, si las actuaciones del organismo del sector público han sido definidas por éste, amparado en su **potestad discrecional**, tales actuaciones **pueden ser investigadas** por la FNE y **sancionadas** por el TDLC, toda vez que podrían constituir o constituirían un atentado a la libre competencia y por ende una trasgresión al DL 211.

#### **En conclusión...**

- Las actuaciones de los organismos públicos que están expresamente normadas por ley, **no constituyen un ilícito anticompetitivo**, en la medida que están completa e íntegramente amparadas por el principio de legalidad.
- Las actuaciones realizadas en ejercicio de la potestad discrecional de los OAE **sí están sujetas a evaluación y sanción de parte de las autoridades de competencia** en la medida que transgredan el DL 211, sin que se aplique ninguna excepción o exención.
- Los organismos del sector público deben cautelar que sus **actuaciones (normativas o actos administrativos) no afecten la libre competencia en los mercados.**

#### IV. EVALUACIÓN DEL IMPACTO DE LAS ACTUACIONES DEL SECTOR PÚBLICO SOBRE LA LIBRE COMPETENCIA EN LOS MERCADOS

##### ▪ *¿Qué se entiende por evaluación de impacto?*

La evaluación del impacto de las actuaciones de los organismos del sector público sobre la competencia, se refiere al proceso a través del cual se seleccionan y evalúan las diferentes opciones de política que pueden ser implementadas por un servicio. La selección supone que el marco normativo, sobre el cual se quiere hacer la evaluación, entrega espacios discrecionales para los funcionarios públicos en cuestión. Asimismo considera las evaluaciones de políticas públicas ya existentes, a fin de identificar aquellas alternativas que permiten alcanzar los objetivos deseados de la forma menos restrictiva para la libre competencia en los mercados afectados o aminorando los efectos negativos cuando ello sea necesario.

##### ▪ *¿Cuándo se debe llevar a cabo esta evaluación?*

No existe un momento determinado o una instancia única en que esta evaluación se deba llevar a cabo. Puede realizarse de manera **ex-post**, en el marco de una **evaluación global** de los efectos que distintos tipos de intervenciones del sector público han tenido en los mercados (y siguen teniendo, al estar aún vigentes)<sup>20</sup>. De manera **preventiva**, puede desarrollarse una evaluación **ex-ante**, en función de una **evaluación específica** realizada durante la etapa de diseño y elaboración de diversas reglamentaciones, políticas públicas sectoriales o cualquier actuación particular de los organismos del sector público en el ejercicio de sus funciones.

---

<sup>20</sup> Como ha sido el caso de las revisiones normativas y reglamentarias que han tenido lugar en Australia, Irlanda y México.

### ▪ *¿Cómo se desarrolla esta evaluación?*

Como muestra la Figura 1, la evaluación de las actuaciones de los organismos del sector público sobre la competencia considera las siguientes **etapas**:

1. **Definir objetivos y metas** del acto o actuación administrativa evaluada y **explorar** sus diferentes **opciones**;
2. **Identificar** los **mercados afectados**;
3. **Evaluar** el **impacto** de las medidas y actuaciones sobre la competencia en dichos mercados; y,
4. **Mitigar** el **efecto negativo** sobre la competencia que dichas medidas puedan causar.

FIGURA 1. ETAPAS DE LA EVALUACIÓN



### ▪ *Etapas de la evaluación*

#### → **Primera etapa: Definir objetivos y metas y explorar alternativas**

Las diversas actuaciones de los organismos públicos no son un fin en sí mismas, sino un **instrumento** para lograr el cumplimiento de un **objetivo** de política pública. Por lo anterior, previo a la definición de una actuación administrativa, el o los órganos involucrados en su diseño deben tener claridad de **cuál es el objetivo perseguido** por la medida, cuáles son las variables de resultado y las metas cuantificables que permitirán verificar, tras la aplicación de la medida particular, el cumplimiento efectivo del objetivo propuesto.

Muchas veces el cumplimiento de un objetivo específico puede lograrse a través de actuaciones alternativas. Por lo tanto, siempre será esencial evaluar cuáles son los **instrumentos alternativos posibles a utilizar**.

Al momento de tomar su decisión, los organismos del sector público deben considerar el impacto que cada instrumento alternativo tiene, pues algunas de estas opciones serán menos restrictivas en materia de libre competencia que otras, esto es, potencialmente no incidirán negativamente en los mercados que afecten, o lo harán en menor medida.

La exploración y análisis de diversas y posibles alternativas a utilizar permite cumplir con la máxima eficacia en las actuaciones del sector público, privilegiando aquellas más efectivas y con un menor costo (y por ende más eficientes).

1

Como primer paso, es necesario tener claridad sobre los siguientes puntos:

- ¿Cuál es el **objetivo** de política pública que se pretende lograr con la actuación?
- ¿**Cómo** la medida propuesta permite alcanzar este objetivo?
- ¿Se han explorado **otras alternativas** a la intervención propuesta?
- ¿Qué tan **efectivas** para el cumplimiento del objetivo son las otras medidas exploradas?

#### → Segunda etapa: Identificar los mercados afectados

Se requiere identificar quiénes serán directa e indirectamente afectados por la intervención propuesta, esto es, qué mercados recibirán los efectos de su actuación.

Para efectos de la libre competencia, el **mercado** es el espacio donde un conjunto de actores ofrece productos que están emplazados en un área geográfica determinada y que son suficientemente sustitutos entre sí, de manera que entre ellos ejercen recíprocamente “restricciones competitivas”. Es decir, dentro de esa área geográfica ninguno de los actores tiene un poder de mercado tal respecto del producto que comercializan, que le permita actuar como un monopolista, definiendo a su arbitrio el precio o la cantidad a vender. El mercado, así definido, es conocido como “**mercado relevante**” para efectos de la aplicación de las normas de libre competencia<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Una definición más acabada de qué se entiende por mercado relevante puede encontrarse en FNE (2006), “Guía interna para el análisis de operaciones de concentración horizontal”, en <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/Guia-operaciones-de-concentración-FNE2006.pdf>.

De la definición anterior se desprenden al menos dos dimensiones del mercado relevante:

- **El producto:** Como regla general, el mercado relevante del producto incluye todos aquellos bienes que, desde la óptica del consumidor (es decir, considerando su demanda), sean “*buenos*” sustitutos entre sí. No se trata necesariamente de productos idénticos, sino de bienes que sean razonablemente intercambiables entre sí, por un número significativo de consumidores, para efectos de satisfacer una misma necesidad, en razón de sus características de precio, calidad u otras condiciones.
- **El ámbito geográfico:** En esencia, se trata de un límite geográfico ficticio determinado por cuánta distancia están dispuestos a desplazarse los consumidores para adquirir un bien sustituto, cuando el bien que está siendo sustituido, incrementa significativamente su precio<sup>22</sup>.

Identificar los productos o servicios que son **directamente afectados** por la política pública propuesta es generalmente posible de desprender directamente al analizar la medida o actuación bajo evaluación.

Por otro lado, en la evaluación también es preciso analizar si la medida provocaría efectos en otros **mercados relacionados**. Se entiende por mercados relacionados, aquellos mercados de los bienes que son **sustitutos** y/o **complementarios** al producto o servicio directamente afectado, sea en su consumo o producción<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Esta dimensión del mercado relevante mide el área geográfica en que una empresa tiene la posibilidad de ejercer su poder de mercado sobre los consumidores.

<sup>23</sup> También se incluye bajo este concepto a otros mercados de productos y servicios que se vinculan “en cadena”, esto es, se relacionan verticalmente con el producto directamente afectado, ya sea ‘aguas arriba’ o ‘aguas abajo’ (etapas productivas anteriores o posteriores, respectivamente).

2

Como segundo paso, los OAE deben **identificar los mercados que se verían afectados por la medida en evaluación**, respondiendo las siguientes preguntas:

- ¿Cuáles son los mercados relevantes -de producto y geográficos- directamente afectados?
- ¿Cuáles son los mercados relacionados con el mercado del producto directamente afectado?

### → Tercera etapa: Evaluar el impacto sobre los mercados afectados

Los organismos públicos debieran disponer de antecedentes suficientes sobre los mercados que serán potencialmente afectados con su actuación, de forma previa a la materialización de la medida propuesta. Para esto requieren conocer:

- **El grado de competencia actual que existe en los mercados afectados.** De modo general, es posible analizar la estructura y funcionamiento actual de un mercado a partir de la exploración de algunos elementos. Entre otros:
  - El número de oferentes y/o de compradores (¿muchos o pocos?)
  - Su participación o importancia en el mercado o el poder de negociación que poseen (si no se dispone información cuantitativa precisa, ¿hay algún actor que sea reconocidamente mayor que el resto? ¿se aprecian como competidores más bien equivalentes?)
  - El tipo de competencia que se observa en el mercado (¿las firmas compiten en precios? ¿ofrecen productos diferenciados?)
  - Ver si se observan barreras a la entrada o a la salida de nuevas firmas
  - La posibilidad de realizar importaciones de productos que compitan directamente con los productos o servicios ofrecidos por los competidores
- **El grado de competencia potencial.** Para conocer el grado de competencia potencial, hay que responder al menos las siguientes preguntas:
  - ¿Qué tan fácil es que nuevos actores entren al mercado en un tiempo y costo razonables?
  - ¿Existe posibilidad real de acceder a los canales de venta?

- ¿Es factible para las firmas afectadas por la medida sustituir su oferta de productos por otros que no estén afectos a la misma?
- ¿Existe disposición y capacidad de los compradores de cambiarse a otro oferente del mismo producto o a otros productos similares? o, por el contrario, ¿existen competidores cautivos o costos de cambio importantes?

A partir de la caracterización de la situación actual y potencial de la competencia en los mercados afectados, los responsables del diseño de las políticas deben evaluar los **posibles efectos negativos sobre la competencia** que la actuación prevista pudiera generar. Lo anterior puede ser llevado a cabo respondiendo **tres preguntas claves** que ayudarán a identificar posibles problemas desde la óptica de la competencia:

1. **¿Se limita el número o variedad de actores que participan en el mercado?**
2. **¿Se limita la capacidad de los operadores para competir?**
3. **¿Se reducen los incentivos de los operadores para competir vigorosamente?**

En síntesis:

3

Como tercer paso, los organismos del sector público deben **identificar los posibles efectos negativos sobre la competencia** que la norma o actuación prevista pudiera generar sobre los mercados afectados recién identificados.

Para esto, se pueden repasar las **tres preguntas claves** en que se basa el **test de diagnóstico** que se presenta al final de esta sección.

¿La medida propuesta...

1. ...limita el número o variedad de actores que participan en el mercado?
2. ...limita la capacidad de los operadores para competir?
3. ...reduce los incentivos de los operadores para competir vigorosamente?

Siguiendo las recomendaciones de la OECD en la materia<sup>24</sup>, el cuadro siguiente presenta un test de diagnóstico (o *'checklist'*) que puede ayudar a los organismos públicos a facilitar una correcta respuesta a las preguntas anteriores:

<sup>24</sup> OCDE (2007), "Competition Assessment Toolkit", en <http://www.oecd.org/dataoecd/15/59/39679833.pdf>, página 9, y OECD (2011), "Competition Assessment Toolkit –Volume 2, Competition Assessment Guidance".

**La intervención o actuación propuesta,  
¿tiene el potencial de producir algunos de los siguientes efectos sobre la competencia?**

**1. Limitar el número o variedad de actores que participan en el mercado**

Esto puede ocurrir si la medida propuesta:

- Otorga derechos exclusivos a un operador;
- Establece un sistema de licencias o permisos para operar;
- Limita la capacidad de ciertos operadores para ofrecer su producto;
- Eleva los costos de entrada o de salida al mercado para un operador;
- Erige una barrera geográfica a la libre circulación de bienes y servicios; y,
- Aumenta los costos de algunos oferentes en relación a otros (se crean desventajas para algunos actores del mercado).

**2. Limitar la capacidad de los operadores para competir**

Esto puede ocurrir si la medida propuesta:

- Controla o influye significativamente sobre los precios de los productos u otras características, que afectan la calidad o elección de productos;
- Limita a los operadores sus posibilidades de comercializar y/o promocionar sus productos o servicios en el mercado;
- Implica normas o estándares técnicos que imponen mayores costos o desventajas competitivas de otra naturaleza para algunos operadores en el mercado; y,
- Otorga a los operadores actuales un trato diferenciado, discriminándolos en relación a nuevos entrantes.

**3. Reducir los incentivos de los operadores para competir**

Esto puede ocurrir si la medida propuesta:

- Crea un régimen auto regulatorio o de co-regulación;
- Exige o fomentan la publicación de información sobre producción, precios, ventas o costos de los operadores;
- Incrementa los costos de cambios explícitos y/o implícitos de los clientes, lo que lleva a una reducción de la movilidad de éstos entre los distintos operadores de mercado; y,
- Reduce la predictibilidad de la norma y generan incertidumbre regulatoria.

#### → Cuarta etapa: Mitigar los impactos negativos sobre la competencia

Si de la revisión en la etapa anterior se concluye que la **medida propuesta tiene efectos no deseados**, restringiendo potencialmente la competencia en los mercados, los responsables de la interacción debieran considerar la factibilidad de reemplazar la medida por otra que no tenga efectos o tenga un impacto menor; o, alternativamente, considerar formas de mitigar dichos efectos negativos. Esto se ilustra en la figura 2, al final de la sección.

#### *¿Existe alguna justificación para que la medida restrinja la competencia?*

En virtud de los objetivos de la política o norma en evaluación, y de la identificación de las restricciones a la competencia que trae aparejada, surge primero la pregunta de si existe alguna **justificación** para la introducción de restricciones a la competencia en los mercados afectados. Luego, si existe una **causalidad** entre estas restricciones y la consecución del objetivo primario perseguido. Finalmente, es necesario determinar cuál es el aporte de la propuesta a la consecución del objetivo y si se respeta la **proporcionalidad** entre el beneficio de la medida y el costo para la competencia<sup>25</sup>.

Este análisis permite determinar si es justificable modificar la medida propuesta eliminando los efectos no deseados sobre la competencia o, alternativamente, reemplazarla por alguna de las medidas alternativas identificadas en la Etapa 1.

4

Las preguntas clave en esta etapa son:

- ¿**Para qué** se está introduciendo esta restricción sobre la competencia en el mercado?
  - ¿**Cuál es la relación** entre la restricción sobre la competencia que propone la norma y el objetivo de política perseguido?
- 
- **Si no es posible justificar** la restricción a la competencia, entonces se debería optar por **revisar la propuesta o proyecto reglamentario**, modificándola para eliminar estas restricciones innecesarias.

<sup>25</sup> Económicamente, la proporcionalidad se refiere a la relación entre la pérdida social derivada de la restricción a la competencia en el mercado impuesta por la norma, en relación con los beneficios del cumplimiento del objetivo de política pública. De esta forma, si la mejora en términos de bienestar social prevista por el proyecto de regulación es inferior a la pérdida social que causan las restricciones a la competencia, entonces la propuesta es desproporcionada.

- **Si es posible justificar** las restricciones a la competencia, es necesario dimensionar si existe o no proporcionalidad entre éstas y los beneficios de cumplir el objetivo de política.

Dado que, como ya ha sido dicho, un objetivo de política puede alcanzarse por medio de distintos mecanismos, es importante evaluar **si es realmente necesario intervenir a través de esa medida en particular o si el mismo objetivo se puede alcanzar a través de un mecanismo alternativo**. Por esto, ya sea que la restricción a la competencia no se justifique, o que no haya proporcionalidad en ella, es necesario evaluar las **medidas o intervenciones alternativas posibles** a partir de aquellas identificadas en la etapa primera.

***¿Existe una medida alternativa que no afecte la intensidad competitiva o, que en caso de hacerlo, sea menos restrictiva que la propuesta original?***

Siguiendo los criterios de **costo - efectividad**, si es posible encontrar una alternativa que no afecte a la competencia o que lo haga en menor medida, ésta debería sustituir la propuesta original, especialmente cuando, por su naturaleza, los objetivos de política queden razonablemente asegurados con mecanismos menos restrictivos para la competencia<sup>26</sup>.

Finalmente, en caso que la necesidad de introducir una restricción a la competencia esté justificada, tanto en términos de causalidad como proporcionalidad, es conveniente tener en consideración los siguientes **criterios de mitigación**:

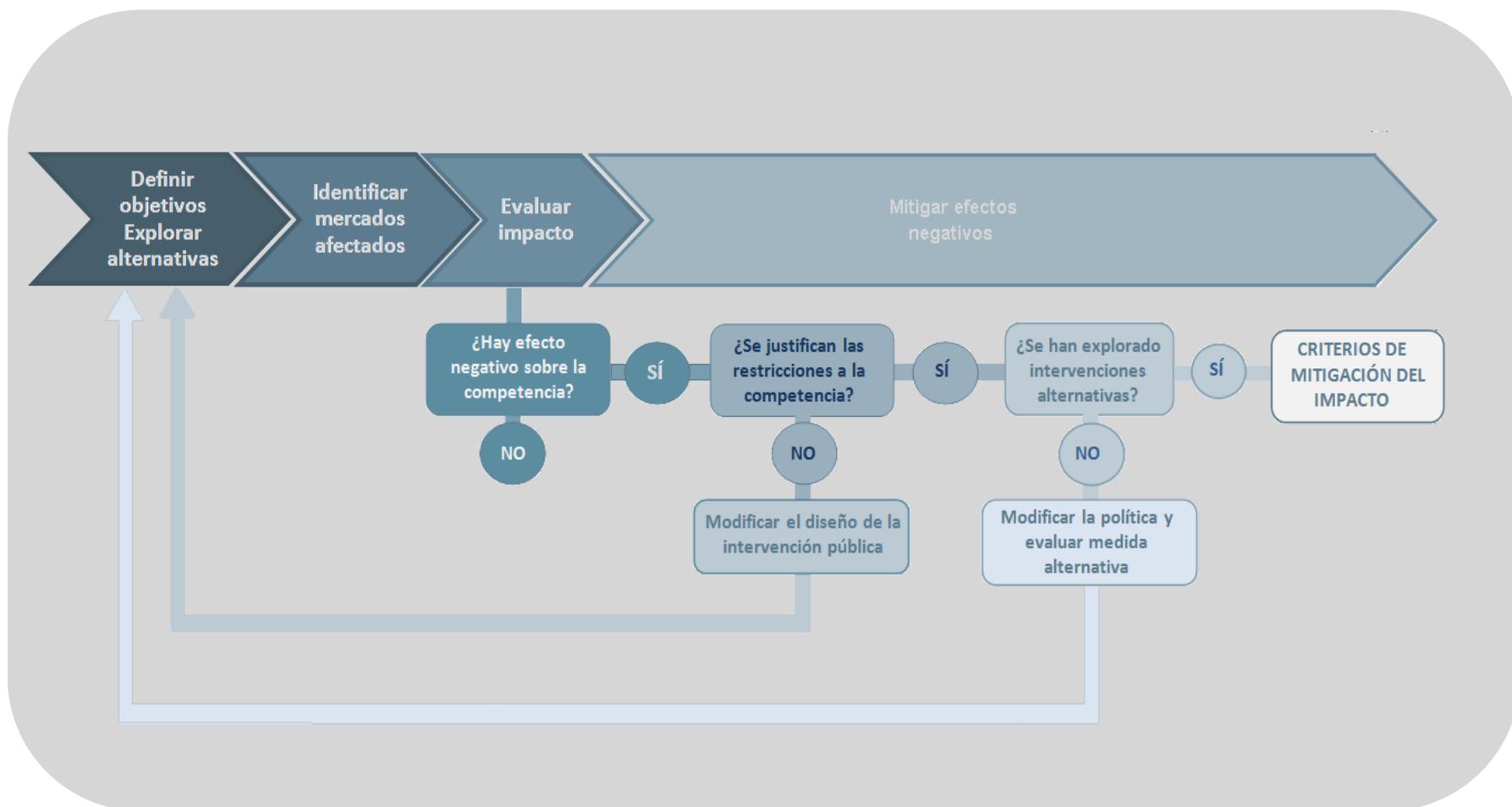
- **Acotar temporalmente la restricción.** Es preferible que las restricciones consideradas en los instrumentos de política tengan un carácter temporal acotado y que periódicamente se revise la conveniencia de mantenerlas.
- **Minimizar el impacto.** Si sólo una parte de la actividad requiere que se cumplan con determinados requisitos restrictivos de la competencia, es aconsejable que la actuación no extienda las restricciones a otras actividades directa e indirectamente relacionadas con aquélla.

---

<sup>26</sup> Por ejemplo, es menos restrictivo para la competencia en el mercado que el regulador establezca requisitos de calidad de servicio a que imponga normas técnicas con estándares concretos. De esta forma, las firmas pueden aún competir usando tecnologías alternativas, siempre y cuando satisfagan el piso de calidad requerido.

En suma, todo organismo del sector público puede realizar una auto-evaluación de sus actuaciones e intervenciones y determinar si está afectando o no a la libre competencia en los mercados. Siguiendo ciertos pasos (y contestando ciertas preguntas), se puede proteger —e incluso fomentar— la competencia en los diferentes mercados, con el consiguiente beneficio de los consumidores y la sociedad en general.

FIGURA 2. ETAPAS EN LA MITIGACIÓN DEL IMPACTO DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA COMPETENCIA DE LOS MERCADOS AFECTADOS



## V. CÓMO CONTACTAR A LA FNE

Cualquier organismo o institución perteneciente al sector público, así como toda persona natural o jurídica, pueden contactar a la Fiscalía Nacional Económica para denunciar la ocurrencia de hechos o actos que, a su juicio, estén atentando contra la libre competencia en los mercados.

En todos sus asuntos y decisiones, la FNE está enfocada en defender y promover la libre competencia en los mercados en representación del interés público en el orden económico.

Para mayor información, contáctenos en:

**Fiscalía Nacional Económica**

Agustinas 853, pisos 2 y 12

Región Metropolitana

[www.fne.gob.cl](http://www.fne.gob.cl)

[contactenos@fne.gob.cl](mailto:contactenos@fne.gob.cl)

Teléfono: (2) 753 5600 - 5631

Fax: (2) 753 5607 - 5608

