

COMENTARIOS AL BORRADOR DE “SECTOR PÚBLICO Y LIBRE COMPETENCIA”, Material de Promoción N° 4.

El siguiente documento resume las sugerencias y comentarios que diversas entidades hicieron llegar a la FNE durante el proceso de consulta pública al que se sometió el material de promoción dirigido al sector público. Para facilitar la lectura, dichas sugerencias y comentarios han sido agrupados como sigue:

Cuadro 1	Facultades de la FNE para la dictación del Material de Promoción, los efectos y alcances del mismo	Páginas 2-4
Cuadro 2	Generalidad de su contenido, necesidad de incorporar ejemplos	Página 4
Cuadro 3	Necesidad de incorporar aplicaciones particulares a mercados regulados	Página 5
Cuadro 4	Necesidad del sector público de balancear diferentes objetivos de política pública	Páginas 6-7
Cuadro 5	Cuestiones conceptuales	Página 7
Cuadro 6	Observaciones específicas al procedimiento de evaluación de impacto	Página 8
Cuadro 7	Otros	Página 9

Cuadro 1. Facultades de la FNE para la dictación del Material de Promoción, los efectos y alcances del mismo	
Comentario	Nuestra opinión
<p><u>FNE carece de facultades en el ámbito de la promoción</u></p> <p><i>“La FNE carece de una competencia expresa para proponer modificaciones regulatorias al Presidente por medio del TDLC conforme al procedimiento administrativo reglado allí dispuesto”.</i></p> <p><i>“[La actuación de promoción directa de la FNE ante el regulador] implicaría intervenir o cuestionar decisiones de otros organismos, sin que exista claridad sobre el procedimiento, causales, ámbito de competencia y efectos”.</i></p> <p><i>“No es claro el fundamento legal para dictar esta guía, aplicable al resto de la Administración del Estado, ya que sólo tiene atribuciones para requerir información a los OAE en el ámbito de su competencia. Por lo anterior, no quedan claros sus efectos, salvo la reiteración que hace la FNE de sus atribuciones en esta materia. Por otra parte, y siguiendo la lógica de que el DL 211 no limita a sus destinatarios, no queda claro por qué limita su acción sólo a los OAE.”</i></p>	<p>Según dispone el art. 1 DL 211, <i>“La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados”.</i></p> <p>Para lo anterior, la ley establece que son el TDLC y la FNE, en la esfera de sus respectivas atribuciones, los organismos a los cuales corresponde dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados (art. 2 DL 211).</p> <p>El DL 211 agrega luego que <i>“El Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, será independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Podrá, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones”</i> (art. 39 DL 211).</p> <p>Por otra parte, es atribución y deber del Fiscal Nacional Económico: <i>“c) Requerir al TDLC el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones [...]”</i> (art. 39 letra c) DL 211).</p> <p>Entre las atribuciones del TDLC, el DL 211 se refiere a la atribución propositiva en su art. 18 nro. 4).</p> <p>Adicionalmente, es preciso destacar las atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico consignados en el DL 211, en particular, de solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos y servicios públicos, requerir de los organismos técnicos del Estado los informes que estime necesarios y celebrar convenios con otros servicios públicos (art. 39 letras f), k) y l)).</p>

<p><u>Carácter no vinculante del material de promoción</u></p> <p><i>“La guía no señala el grado de obligatoriedad de [las evaluaciones del impacto de las medidas que adopten los OAE en la libre competencia], y utiliza expresiones ambiguas [...]”.</i></p> <p><i>“No ve inconveniente en que se elabore y promocióne el documento remitido, considerando que se trata de una guía referencial para los organismos públicos de carácter no vinculante, que contribuye a una mejor coordinación entre todos éstos, para la protección de la libre competencia”.</i></p>	<p>Las disposiciones referidas anteriormente, junto con los principios de responsabilidad, eficacia, eficiencia y coordinación (arts. 3 y 5 LOCBGAE) permiten, a juicio de esta FNE, fundar jurídicamente, y de manera suficiente, los siguientes tipos de acciones que forman parte de las actividades regulares de esta Fiscalía en el ámbito de la promoción de la competencia:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Solicitar al TDLC el ejercicio de la atribución propositiva del art. 18 nro. 4); 2. Desarrollar acciones de promoción pro-competencia directamente ante el regulador; y, 3. Publicar y difundir materiales de promoción no vinculantes con el propósito de esclarecer el alcance de la normativa de libre competencia, de acuerdo con la experiencia de su aplicación. <p>Tal como indica la presentación del documento, se trata de un “material de promoción”, que carece de fuerza normativa y, por lo mismo, no resulta vinculante para los servicios públicos. Por lo demás, el Material en ningún caso compromete las opiniones de órganos jurisdiccionales como son el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o la Excma. Corte Suprema.</p> <p>Con la publicación y difusión del Material en comento, se persigue promover y dar a conocer las mejores prácticas a nivel comparado, dirigidas al el sector público para el cumplimiento de la normativa de libre competencia y el esclarecimiento del alcance de esta normativa, de acuerdo con la experiencia de su aplicación.</p>
---	--

<p><u>Diversas funciones de los organismos del sector público y diferente alcance del Material de Promoción</u></p> <p><i>“No es siempre posible imaginar cómo y en qué ámbitos del actuar del servicio podrían tener aplicación. En términos específicos, es distinto el acercamiento que puede tener a estas materias un servicio con atención directa al público, respecto de uno que administra derechos o que solo realiza actividades cuyos destinatarios son solo otros entes de Gobierno”.</i></p>	<p>El material de promoción pretende ser de alcance amplio y general, sin entrar en los detalles de aplicación que enfrente cada organismo. Esta Fiscalía considera que cada organismo del sector público debe evaluar, a partir de sus funciones y actividades, los eventuales impactos de sus actos en la libre competencia en los mercados.</p>
---	--

Cuadro 2. Generalidad de su contenido, necesidad de incorporar ejemplos	
Comentario	Nuestra opinión
<p><u>Generalidad</u></p> <p><i>“El documento, si bien es lo suficientemente general como para ser aplicado a cualquier órgano de la administración del Estado, presenta la información relevante sobre el tópico y sistematiza los pasos a considerar cuando un organismo deba tomar medidas que podría afectar la libre competencia”.</i></p> <p><i>“Este documento es una guía bastante general y debiera incorporar un mayor detalle sobre los mercados regulados, pues el texto propuesto arriesga convertirse en una mera declaración de intenciones y no en un instrumento práctico”.</i></p> <p><i>“Consideramos necesaria la incorporación dentro de la Guía de algunos ejemplos sobre medidas que podrían afectar la</i></p>	<p>El material de promoción busca mantener un cierto nivel de generalidad y no introducirse en los detalles y particularidades de cada uno de los mercados con los cuales diferentes organismos del sector público interactúan.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, se han incorporado ejemplos con el propósito de hacer el material más didáctico.</p>

<p><i>competencia en los mercados, donde se incluyan recomendaciones de medidas regulatorias o de toma de decisiones que contribuyan al mejoramiento de la libre competencia, aplicando las medidas de evaluación de impacto presentadas por la FNE”.</i></p> <p><i>“Para facilitar el uso de la guía sugerimos [...] la incorporación de ejemplos prácticos o situaciones reales”.</i></p> <p><i>“Esta Guía entrega una serie de conceptos bastante relevantes y muy bien definidos, no obstante estimamos resultaría adecuado darle un contenido más práctico para lograr ir proponiendo límites más claros a la potestad discrecional en la actividad diaria del Estado, para evitar o minimizar cualquier posible daño, incluso inadvertido, a la libre competencia [...] Creemos que si se incorporaran en esta guía ejemplos cotidianos de las actividades de los órganos de la Administración del Estado que se enmarcan dentro de las conductas en ella descritas su implementación sería más fácil, por lo que creemos debiesen contemplarse, a lo menos someramente ciertas conductas concretas”.</i></p>	
---	--

Cuadro 3. Necesidad de incorporar aplicaciones particulares a mercados regulados	
Comentario	Nuestra opinión
<p><i>“Este documento [...] debiera incorporar un mayor detalle sobre los mercados regulados”.</i></p>	<p>Atendido el alcance y propósito de este material de promoción, esta Fiscalía no considera justificado incluir detalles o particularidades respecto de mercados específicos. Dichos detalles o particularidades pueden ser abordados a partir del análisis de la jurisprudencia de los tribunales competentes en la materia.</p>

Cuadro 4. Necesidad del sector público de balancear diferentes objetivos de política pública y coordinación entre organismos	
Comentario	Nuestra opinión
<p><i>“La libre competencia será un criterio de deliberación para el órgano decisor (en presencia de elementos discrecionales en la potestad), pero no el único y excluyente, debiendo el órgano escoger aquel que mejor se adecue a la necesidad pública concreta que se pretende satisfacer (v.gr. proporcionalidad, eficiencia, razonabilidad, etc.) y en definitiva el bien común (art. 1 CPR)”.</i></p> <p><i>“La evaluación debe ponderar los beneficios de la política pública con los perjuicios en materia de libre competencia, lo que puede ser complejo dada la multiplicidad y relevancia relativa de los intereses a considerar [...] poner en la balanza sólo los efectos en libre competencia, bajo el riesgo de ser objeto de investigación por la FNE, puede implicar un perjuicio para el debido cumplimiento de las funciones de las OAE”.</i></p> <p><i>“La Guía debiera incorporar orientaciones que permitan a los servicios realizar una armonización adecuada de los intereses de defensa y promoción de la libre competencia con otros bienes jurídicos protegidos por la normativa y cuyo resguardo ha sido atribuido por ley a los diversos OAE”.</i></p> <p><i>“Los organismos públicos no siempre tienen como fin último aumentar la eficiencia sino que deben balancear en su actuar distintos intereses que en algunos casos pueden ser más importantes que la libre competencia”.</i></p> <p><i>“Es necesario abrir espacio para excepciones”.</i></p>	<p>El material de promoción estima normativamente relevante que el objetivo de libre competencia sea implementado en todos aquellos casos en que se busquen soluciones de mercado para el diseño de las políticas públicas y demás actos de la Administración.</p> <p>Con todo, esta Fiscalía reconoce que el catálogo de funciones de otros organismos no incluye siempre y de manera explícita la promoción de la libre competencia. Teniendo lo anterior en consideración, el presente material de promoción, en su sección sobre evaluación del impacto de las actuaciones administrativas sobre la competencia en los mercados, busca brindar criterios generales para hacer compatible el cumplimiento de las funciones legales de los organismos del sector público, con el cumplimiento de la normativa de libre competencia.</p> <p>Lo que este material de promoción no puede llegar a hacer, atendido su alcance, es presentar una descripción exhaustiva de cómo ejecutar dicha evaluación o cómo practicar tal balance en todos y cada uno de los casos concretos que cada organismo debe enfrentar.</p> <p>Por lo tanto, los criterios básicos referidos implican, a partir del objetivo perseguido por el organismo público, evitar la afectación a la libre competencia, a menos que el objetivo no pueda alcanzarse, sino con algún grado de afectación a ésta, y siempre que el beneficio social obtenido con la consecución del objetivo supere el costo social que implica limitar la competencia.</p> <p>Para esto último, por tanto, siempre convendrá asegurarse que entre las diferentes alternativas posibles, se adopte aquella</p>

	<p>donde el sacrificio de la libre competencia sea el menor posible.</p> <p>Si el organismo respectivo tiene dudas sobre estas materias, siempre podrá acercarse a la Fiscalía Nacional Económica, o bien iniciar un procedimiento de consulta ante el TDLC, para contar con el parecer técnico de las autoridades de competencia sobre el particular.</p>
--	--

Cuadro 5. Cuestiones conceptuales	
Comentario	Nuestra opinión
<p><i>“[En la definición del concepto de OAE] sería conveniente remitirse sólo a las normas legales”.</i></p> <p><i>“Revisar la definición de libre competencia en los mercados. Esta, corresponde a la situación en la que los agentes económicos realizan intercambio de bienes y servicios. Definir la libre competencia como la situación en que los productos rivalizan entre sí para captar clientes resulta, en nuestra opinión, inadecuado”.</i></p> <p><i>“Se hace necesario también destacar el concepto de fallas del Estado, que ocurren en los casos en que los intereses particulares de las personas que trabajan en el sector público prima por sobre el interés público y de bien común de la sociedad”.</i></p>	<p>Este comentario ha sido recogido al haberse revisado dicha definición en el material de promoción.</p> <p>No existe una única definición de libre competencia. Mucho depende del contexto en que se utiliza. Se ha reflexionado sobre este punto y se ha recogido la definición que se consigna en la versión final del material de promoción.</p> <p>Precisamente, porque el Estado falla por la causa allí indicada como por otras, que esta Fiscalía entiende justificada la dictación de este material de promoción, para minimizar los riesgos para la competencia derivados de dichas fallas.</p>

Cuadro 6. Observaciones específicas al procedimiento de evaluación de impacto

Comentario	Nuestra opinión
<p><i>“A la hora de evaluar la aplicación de medidas, ya sean regulatorias o de otro tipo que afectan el comportamiento del mercado o a la competencia en el mismo, se debe planificar previamente una evaluación ex post de los resultados de la intervención para tener en cuenta el real impacto causado por éstas, materia que se encuentra ausente del documento en comento”.</i></p>	<p>Atendido que el concepto de “evaluación” de impacto corresponde a una noción técnica específica en economía, en la versión definitiva del material de promoción se ha preferido sustituir la palabra “evaluación” por “examen”.</p> <p>Con lo anterior, se busca dejar establecido que esta Fiscalía no espera de los organismos de la Administración Pública un estudio profundizado o metodológicamente inimpugnable acerca del impacto de sus actuaciones administrativas en la competencia.</p> <p>Por el contrario, lo que se pretende es que dichos organismos incorporen en la consideración de sus actuaciones administrativas, a un nivel básico al menos, las preguntas centrales que permitan una mejor protección de la competencia en los mercados. En ningún lo anterior debe implicar hacer más engorroso su proceder, sino solo ayudar a encender luces de alerta en aspectos que no son de su preocupación rutinaria.</p> <p>En caso de tener dudas sobre la implementación del proceso de evaluación, esta Fiscalía está abierta a participar en mesas de trabajo y capacitación, con el propósito de fortalecer a los organismos del sector público en estas materias, conforme su objeto dispuesto en el art. 1 DL 211.</p> <p>Finalmente, el procedimiento descrito en el material de promoción privilegia, en efecto, que los organismos adopten procedimientos de evaluación prospectivos o <i>ex ante</i>.</p>

Cuadro 7. Otros

Comentario	Nuestra opinión
<p>Recomendar someter a consulta pública nuevas regulaciones, como parte del procedimiento regulatorio.</p> <p>Puede generarse un cierto recelo en el uso del material de promoción al parecer ser procedimientos largos que podrían entorpecer la toma de decisiones en lugar de mejorarla.</p>	<p>La consulta pública es deseable como buena práctica regulatoria, sin embargo, esta Fiscalía entiende que el examen del impacto en la competencia puede llevarse a cabo aun cuando el respectivo proceso regulatorio no contemple la instancia de consulta pública y comentarios.</p> <p>La publicación de este material de promoción no pretende generar una carga excesiva de trabajo ni hacer más engorrosos los procedimientos administrativos. En razón de ello es que el Material de Promoción considera procedimientos bastante elementales de análisis, lo que espera haberse aclarado en la redacción final.</p>