



Guía Interna para el Desarrollo de Estudios de Mercado

BORRADOR, 6 de abril de 2017

INTRODUCCIÓN

1. El presente documento tiene la finalidad de dar a conocer las principales pautas y criterios que son aplicados por la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”) en el desarrollo de los estudios de mercado.
2. Esta guía entrega los lineamientos internos a los que se sujeta la FNE en la elaboración de estudios de mercado, pero no pretende ser exhaustiva y por tanto cubrir todas las situaciones que pudieran ocurrir. Por ello, si la elaboración del estudio, dada su naturaleza particular, requiere flexibilizar la aplicación de los principios establecidos en el presente documento, la FNE podrá adoptar un enfoque diverso, explicando la razón de ello.
3. Esta guía se encuentra dividida en tres secciones. La primera sección describe las características específicas de los estudios de mercado y explica cómo se diferencian de otras facultades de la FNE. En el segundo, se explica cómo se seleccionan y priorizan los mercados a estudiar, mientras que en el último capítulo se describen las diferentes etapas del procedimiento.

I. ¿QUÉ SON LOS ESTUDIOS DE MERCADO?

A) CARACTERÍSTICAS DE LOS ESTUDIOS DE MERCADO

4. Los estudios de mercado analizan la evolución competitiva de los mercados. Estos se realizan por la FNE cuando existen motivos para creer que un mercado o un sector económico no está funcionando adecuadamente desde el punto de vista competitivo (“Hipótesis de Falta de Competencia”), pero no existe, en ese momento, evidencia para presumir que la causa de dicho mal funcionamiento provenga de una infracción a la Ley de Defensa de la Competencia (“Decreto Ley 211” o “DL 211”). También podrán realizarse estudios de mercado para evaluar el impacto en la evolución competitiva de los mercados de una sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”), de una decisión de la FNE en relación a un proceso de concentración o de la implementación de una recomendación realizada por la FNE a órganos del Estado o agentes económicos en el marco de un estudio de mercado.
5. Los estudios de mercado examinan la evolución competitiva de un mercado en profundidad. Analizan el marco regulatorio, su estructura y el comportamiento de sus participantes, incluidos los consumidores, las empresas y los organismos públicos relevantes. A través de este análisis, los estudios de mercado determinan si es correcta la Hipótesis de Falta de Competencia, esto es, si el mercado realmente no está funcionando adecuadamente como se sospechó en un principio. En caso de ser correcta la Hipótesis de Falta de Competencia, los estudios de mercado documentan las causas y realizan recomendaciones para mejorar la competencia del sector.

6. El objetivo de los estudios de mercado es promover la competencia al hacer que los mercados funcionen mejor y más eficientemente. Una mayor competencia trae beneficios a los consumidores a través de mejores precios, calidad, variedad e innovación y conducen además a un aumento de la productividad¹ y al crecimiento económico.

7. Desde agosto de 2016, la FNE cuenta con una facultad especial para realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados contenida en el literal p) del artículo 39 del DL 211. Cabe resaltar que en el ejercicio de esta facultad la FNE podrá ejercer las facultades contenidas en las letras f), g), h), j) k), l) y m) del referido artículo 39 del DL 211. Asimismo, luego de finalizarse el estudio de mercado, la FNE podrá hacer uso de la facultad establecida en la letra q) del mismo artículo 39 del DL 211.

B) PRINCIPALES DIFERENCIAS RESPECTO DE OTRO TIPO DE HERRAMIENTAS DE LA FNE

8. Los estudios de mercado son una herramienta de promoción de la competencia y no una herramienta que tenga –directamente- la finalidad de perseguir ilícitos anticompetitivos. Éstos no se ocupan de investigar el comportamiento de agentes económicos específicos para determinar si se ha infringido el Decreto Ley 211; más bien, examinan un mercado en particular para entender si funciona correctamente y en su defecto, determinar las causas del problema y posibles soluciones.

9. Dado que los estudios de mercado no son una herramienta que persiga ilícitos anticompetitivos, sus resultados no pueden dar lugar a la imposición de ningún tipo de sanción o medida, sino sólo recomendaciones.²

10. Por lo tanto, donde haya clara evidencia que presuma una infracción al Decreto Ley 211, la FNE llevará a cabo una investigación en lugar de un estudio de mercado.

11. Sin perjuicio de lo anterior, debe aclararse que los estudios de mercado pueden dar lugar a investigaciones y eventualmente a la persecución de un ilícito ante el TDLC, si en el desarrollo de ellos se encontrase evidencia de una posible infracción del Decreto Ley 211 que no hubiese sido identificada con anterioridad. En estos casos, se podrá decidir mediante una resolución exenta: (i) cerrar el estudio de mercado antes de su conclusión e iniciar una investigación por infracción al DL 211; (ii) abrir una investigación por infracción al DL 211 en cualquier momento durante el desarrollo del estudio de mercado

¹ Véase OECD (2014) *Factsheet on competition and growth*. Disponible el 6 de abril de 2017 en: <http://www.oecd.org/daf/competition/factsheet-macroeconomics-competition.htm>

² Sin embargo, como se verá más adelante, se podrían imponer sanciones por no cumplir con un requerimiento de información formal.

manteniendo abierto éste; o (iii) abrir una investigación por una posible infracción al DL 211 una vez concluido el estudio de mercado.

II. SELECCIÓN Y PRIORIZACIÓN DE MERCADOS A ESTUDIAR

A) SELECCIÓN DE POSIBLES MERCADOS A ESTUDIAR

12. La FNE identifica los posibles mercados a estudiar mediante diversos mecanismos, tales como:

- iniciativa propia;
- información adquirida en el curso de una investigación de una posible conducta ilícita; o
- información proporcionada por empresas, consumidores, asociaciones comerciales y otros grupos de interesados.³

13. Los factores que pueden generar preocupaciones respecto del adecuado funcionamiento competitivo de un mercado pueden ser, entre otros:

- precios aparentemente altos en comparación con otros mercados geográficos;
- escasez en el suministro;
- ninguna o muy limitada entrada de nuevas empresas en el mercado;
- una aparente baja calidad de los bienes o servicios;
- un alto nivel de insatisfacción de los consumidores;
- preocupación pública considerable respecto al funcionamiento del mercado;
- bajas tasas de movilidad de los consumidores entre empresas competidoras.

Esta lista no es exhaustiva y solo ofrece algunos ejemplos. Muchos otros factores pueden explicar el inicio de un estudio de mercado.

14. La presencia de estos factores no necesariamente implica que un mercado no funciona adecuadamente, ya que estas circunstancias pueden tener diferentes explicaciones. Por ejemplo, los precios pueden ser altos debido a que algunos insumos se han vuelto más costosos, la escasez ocasional de un producto puede ser normal bajo ciertas circunstancias, la calidad de ciertos productos puede bajar ante un evento de fuerza mayor, o las preocupaciones públicas pueden ser injustificadas. Por lo tanto, cualquier sugerencia de que el mercado no esté funcionando bien, tiene que cotejarse con otra información antes de que pueda considerarse dicho mercado como candidato a un estudio de mercado.

³ En estos casos, la FNE podrá solicitar que se complemente la información entregada cuando ella sea considerada como insuficiente para evaluar adecuadamente el mercado respectivo.

15. En este sentido, la FNE recolecta información preliminar y verifica si existe una base sólida para sospechar que el proceso de competencia no funciona correctamente.

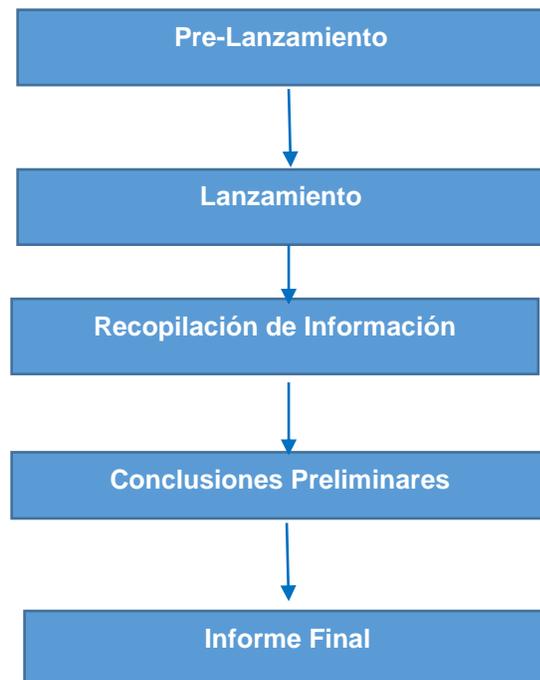
B) PRIORIZACIÓN DE LOS ESTUDIOS DE MERCADO.

16. Dado que los recursos de la FNE son limitados, no es posible dar seguimiento a todos los mercados seleccionados (siguiendo el procedimiento antes señalado) y, por lo tanto, se debe determinar a cuáles darles prioridad. Esta selección final se desarrolla sobre la base de una serie de criterios que buscan asegurar el mejor y más eficiente uso de los recursos escasos de la agencia.

17. Para priorizar entre los posibles temas la FNE considera una serie de factores tales como: (i) la importancia del mercado (incluyendo el impacto a los consumidores), (ii) la existencia de barreras a la entrada, (iii) el grado de concentración y propensión a la concentración del mercado, y (iv) la cantidad y calidad de la información disponible para evaluar inicialmente los posibles problemas competitivos del mercado.

18. Con la finalidad de priorizar adecuadamente los estudios sobre la evolución competitiva de los mercados, y en consideración a las restricciones de recursos propias de todo órgano administrativo y a la necesidad de finalizar cada estudio en el menor tiempo posible y con la mayor cantidad y calidad de la información, la FNE tomará una decisión bianual (en los meses de abril y octubre de cada año) sobre los estudios de mercado que se abrirán. En ese momento se notificará a cualquiera entidad o persona que hubiera aportado información o realizado sugerencias respecto de posibles estudios, sobre la decisión que se haya adoptado en cada caso particular. La FNE se abstendrá de abrir estudios de mercado en el tiempo que medie entre los dos meses señalados, salvo circunstancias de suyo excepcionales que deberán estar debidamente fundadas.

III. LAS DIVERSAS ETAPAS DE UN ESTUDIO DE MERCADO



A) PRE-LANZAMIENTO

19. Una vez que la FNE decide realizar un estudio de mercado, emprende un trabajo preliminar antes de anunciar oficialmente el inicio del estudio. La extensión de este trabajo preliminar puede variar de un caso a otro, dependiendo de la disponibilidad de la información. Este trabajo incluye:

i) Definir la Hipótesis de Falta de Competencia

20. El primer paso antes de iniciar un estudio es definir la Hipótesis de Falta de Competencia. Esto implica: (1) identificar los límites geográficos y de producto del mercado (o mercados) a estudiar, y (2) especificar las características del mercado y el problema en el que se centrará la atención. La Hipótesis de Falta de Competencia servirá de guía para el equipo.

21. La Hipótesis de Falta de Competencia inicialmente identificada por la FNE puede ser modificada durante el curso del estudio si la información recopilada y el análisis realizado muestran que no es correcta o si surge nueva información relevante que hace necesario modificarla. Este sería el caso, por ejemplo, si las características de un determinado mercado son diferentes a aquellas identificadas inicialmente.

22. Dado que la Hipótesis de Falta de Competencia se enuncia en los documentos publicados durante el lanzamiento del estudio de mercado –según se verá-, cualquier modificación importante al mismo que ocurra durante el curso del estudio, así como las razones de dichos cambios serán explicadas a través del sitio web de la FNE.

23. Ocasionalmente, para efectos de definir correctamente la Hipótesis de Falta de Competencia e identificar mejor los posibles problemas del mercado a estudiar, existe la posibilidad de consultar informalmente a algunos interesados para escuchar sus opiniones y preocupaciones, y poner a prueba las hipótesis preliminares sobre la naturaleza de los problemas de competencia.

ii) Determinar el equipo que trabajará en el estudio

24. Por regla general el equipo que trabajará en el estudio de mercado será el de la División de Estudios de Mercado de la FNE. Excepcionalmente se podrán integrar al equipo personal de otras Divisiones en caso que sea absolutamente necesario.

25. En algunos casos, se utilizarán consultores externos como apoyo, los que tendrán las mismas obligaciones de confidencialidad que los funcionarios de la FNE.

iii) Desarrollar un plan de proyecto y un calendario con objetivos clave

26. La FNE desarrollará un plan de proyecto que establecerá el tiempo necesario para realizar todas las etapas del estudio de conformidad con los recursos disponibles y la complejidad de los problemas, e identificará los objetivos claves y un calendario tentativo para su cumplimiento. Este calendario podrá ajustarse según las necesidades del equipo y de la información que se recabe.

iv) Identificar a los interesados y planificación de estrategia para involucrarlos

27. La FNE tratará de identificar a todos los interesados en el mercado y comprender el papel que cada uno desempeña. Estos pueden incluir: empresas del mercado, así como sus proveedores, consumidores (ya sean empresas, personas naturales u organismos públicos), asociaciones comerciales, organizaciones de consumidores, reguladores económicos, ministerios u otros organismos públicos. Lo anterior, ayudará a planificar cómo involucrar a cada uno de ellos en el desarrollo del estudio (por ejemplo, mediante la creación de un grupo de trabajo, solicitándoles contribuciones, enviando requerimientos de información, informándoles directamente o a través de la prensa y del sitio web, etc.). Este proceso tiene como objetivo asegurar que las opiniones de todas las partes interesadas puedan ser tomadas en consideración y utilizar su conocimiento para mejorar la calidad del análisis y del resultado final.

B) LANZAMIENTO

28. Después de haber hecho los preparativos antes mencionados, la FNE iniciará oficialmente el estudio de evolución competitiva del mercado elegido. Esto se hace mediante una resolución exenta que será publicada en el sitio web de la FNE, la que será acompañada de un comunicado de prensa y de un documento que señalará:

- las razones o preocupaciones que motivaron el estudio de mercado;
- la Hipótesis de Falta de Competencia y las principales cuestiones que se investigarán;
- un calendario del estudio que describa su duración total, los objetivos claves y su calendarización. La FNE propenderá a que la duración de los Estudios de Mercado no superen los 18 meses en promedio, y si un estudio en particular excede dicho plazo promedio, la FNE dictará una resolución fundada autorizando una extensión;
- una invitación a los interesados a contribuir información para el estudio; y
- datos de contacto para cualquier consulta relacionada con el estudio.

29. El comunicado de prensa y el documento antes mencionado tienen el objeto de informar a los interesados sobre el estudio de mercado, e invitarlos a participar a través del suministro de información y de opiniones que puedan ayudar al análisis.

C) RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN

30. En cuanto el estudio se ponga en marcha, la FNE comenzará a recopilar toda la información necesaria para determinar si las preocupaciones que motivaron su realización se justifican, para entender sus causas, y para identificar las posibles soluciones.

31. Esta información deberá estar relacionada principalmente con el mercado a estudiar, pero para apoyar su evaluación, la FNE puede también recopilar información de partes del mismo mercado que estén fuera de la Hipótesis de Falta de Competencia o de mercados similares en otros sectores u otros países, aún cuando estos no formen parte de la Hipótesis de Falta de Competencia.

32. La información estará relacionada con las principales características del mercado y el proceso competitivo en el mismo. Esto incluye, pero no se limita a la participación de mercado, barreras a la entrada, el nivel de entrada y salida, nivel de movilidad de los consumidores, las características de los bienes y servicios, los cambios recientes en la oferta y la demanda, prácticas industriales, el marco legal y regulatorio, los niveles y patrones de precios y rentabilidad, la gama de productos e indicadores de calidad e innovación, entre otros.

33. La información se recolecta primero a través de todas las fuentes públicas disponibles, tales como sitios web gratuitos, bases de datos y publicaciones. En ocasiones, la FNE puede comprar información de proveedores comerciales. Si el mercado está regulado por alguna institución pública, se contactará a los organismos correspondientes para obtener la información disponible.

34. La FNE también podrá obtener información de manera directa y obligatoria de los competidores o entidades públicas relacionadas al mercado en cuestión en virtud de la facultad establecida en el literal p) del artículo 39 del DL 211, la que le permite ejercer las facultades contenidas en las letras f), g), h), j) k), l) y m).

35. Cabe resaltar que según establece el literal h) del artículo 39 del DL 211, “quienes, con el fin de dificultar, desviar o eludir el ejercicio de las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica, oculten información que les haya sido solicitada por la Fiscalía o le proporcionen información falsa, incurrirán en la **pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio**”, y también que quienes “estén obligados a dar respuesta a las solicitudes de información efectuadas por el Fiscal Nacional Económico e injustificadamente no respondan o responda sólo parcialmente, serán sancionados con una multa a beneficio fiscal de hasta dos unidades tributarias anuales por cada día de atraso, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 39 ter, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 42”.

36. Las partes interesadas también podrán aportar información de manera voluntaria expresando su opinión respecto de la Hipótesis de Falta de Competencia.

37. Las partes que aporten información, sea de manera voluntaria u obligatoria, deberán elaborar versiones públicas de los documentos y antecedentes aportados cuando la FNE así lo solicite. En ellas, solo se tarjará la información que contenga fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular. De cualquier forma, el tarjado debe permitir que el lector entienda el contexto y contenido básico del documento. La FNE podrá revisar la calidad del tarjado y evaluar su suficiencia. Si la FNE considera que el tarjado es excesivo, la parte que aporta los antecedentes deberá ofrecer nuevas versiones públicas que se ajusten a los criterios específicos establecidos por la FNE, pudiendo la FNE utilizar las que le parezcan más apropiadas en caso que no acepte las versiones públicas ofrecidas.

38. Las tomas de declaraciones serán grabadas y se incorporarán en ese formato, y no se transcribirán al papel, a menos que así lo requiera el declarante, en cuyo caso deberá presentar la correspondiente transcripción a la FNE.

39. Todo documento o antecedente que se aporte, sea de manera voluntaria u obligatoria, deberá acompañarse en idioma castellano o inglés. Los documentos que estén en otro idioma deberán traducirse por la parte que los presente.

40. Se hace presente, además, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 y las causales establecidas en los números 1, letras a) y b), 2 y 5 del artículo 21 de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, los funcionarios de la FNE mantendrán estricta reserva de toda información, dato o antecedente de que tomen conocimiento en el proceso del estudio de mercado, los que solamente podrán ser utilizados para el cumplimiento de las funciones de la FNE.

D) CONCLUSIONES PRELIMINARES

41. Una vez que la FNE haya desarrollado algunas conclusiones preliminares sobre la presencia y naturaleza de los problemas de competencia que afectan al mercado (o la falta de) y de su posible solución, las pondrá a prueba con los interesados. Esto puede hacerse de diversas formas, tales como: reuniones individuales con los principales interesados o talleres abiertos a todos los interesados. En algunos casos, se puede publicar un informe preliminar para consulta.

42. El objetivo de esta etapa es asegurar que los resultados sean correctos y que ningún elemento haya sido pasado por alto en el análisis. La FNE activamente someterá al escrutinio de las partes interesadas las recomendaciones que resulten del estudio de mercado.

43. La FNE tomará en consideración, aunque no necesariamente adoptará, todos los comentarios y sugerencias recibidas de los interesados al formular sus conclusiones, decidirá el resultado más apropiado y re-formulará sus recomendaciones finales (si se consideran necesarias).

E) PUBLICACIÓN DEL INFORME FINAL

44. Una vez concluido el estudio, se publicará un informe final. Este informe describirá el mercado estudiado, la razón que motivó su estudio, la información y datos recopilados, los análisis realizados y las conclusiones alcanzadas, incluyendo las soluciones propuestas. La FNE garantizará que el informe proporcione la mayor transparencia posible sobre todo el proceso realizado, garantizando al mismo tiempo que la información que no sea pública no sea indebidamente divulgada.

45. Los estudios de mercado pueden tener dos tipos de resultados generales. Pueden llevar a un “visto bueno” o a identificar los problemas de competencia que impiden al mercado funcionar correctamente.

46. Se otorga el “visto bueno” a un mercado cuando no se ha verificado la Hipótesis de Falta de Competencia, esto es, el proceso de competencia parece funcionar adecuadamente, o cuando los problemas que afectan al mercado no están relacionados con el proceso de competencia, y quedan fuera del ámbito de competencia de la FNE. En este caso no se tomará acción alguna fuera de dar el visto bueno en el informe final.⁴

47. Esta conclusión no impide estudiar el mercado nuevamente en el futuro, o abrir una investigación en ese mismo sector. Tampoco entrega a los participantes de dicho mercado una inmunidad respecto de posibles infracciones que hubieran cometido. Los mercados están sujetos a cambios constantes y pueden surgir nuevas causas o datos que justifiquen un nuevo estudio.

48. En el caso que se concluya que la Hipótesis de Falta de Competencia es correcta, la FNE puede optar por una o más de una serie de opciones dependiendo de las particularidades del caso:

i) Recomendar una modificación normativa: En virtud de la facultad contemplada en el literal q) del artículo 39 del DL 211 puede proponer fundadamente al Presidente de la República, a través del ministro de Estado que corresponda la modificación de preceptos legales o reglamentarios cuando se estime que éstos sean la raíz de los problemas de competencia en el mercado objeto del estudio y/o 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;

ii) Recomendar modificaciones en prácticas a órganos del Estado: Puede emitir recomendaciones no vinculantes a órganos del Estado que tengan la finalidad de modificar la forma en que los organismos públicos operan cuando sean éstos los principales clientes o proveedores en el mercado, y su comportamiento restrinja o distorsione la competencia;

⁴ Otorgar un “visto bueno” al concluir un estudio de mercado no significa que el estudio hubiese sido innecesario. Por ejemplo, tal resultado puede disipar preocupaciones públicas innecesarias respecto al mercado.

iii) Efectuar recomendaciones a agentes económicos: Puede realizar recomendaciones a los agentes económicos cuando algunas de sus prácticas causen algún problema de competencia, pero no constituyan aparentemente una infracción al Decreto Ley 211;

iv) Abrir una investigación por una posible infracción al DL 211: En caso de detectarse o tener una fundada sospecha que los problemas de competencia provienen de una conducta considerada posiblemente como ilícita, es decir que infringe el DL 211, se podrían abrir una investigación en virtud del literal a) del artículo 39 del DL 211 y a su vez, o bien finalizar el estudio de mercado o continuarlo en la medida que la posible infracción es limitada y específica. La causa, en este escenario, será entregada a la División de la FNE que corresponda, dependiendo de la naturaleza del posible ilícito;

v) Abrir un nuevo estudio de mercado: Puede abrirse un nuevo estudio en algún mercado relacionado si el estudio que se acaba de concluir ha demostrado que ése mercado relacionado puede no estar funcionando correctamente.

49. Todas las opciones antes mencionadas dan cuenta que los estudios de mercado no pueden dar lugar a una intervención directa en el mercado. La FNE sólo puede emitir recomendaciones no vinculantes o puede abrir una investigación por una posible infracción al DL 211 derivada de los hallazgos del estudio de mercado. Estas investigaciones son de una naturaleza diversa a los estudios de mercado y siguen procedimientos específicos establecidos en la ley.

50. El informe final se publicará en la página web de la FNE en un sitio dedicado especialmente a los estudios de mercado.

51. Asimismo, se emitirá un comunicado de prensa respecto de la conclusión del estudio y su resultado, para asegurarse de que los interesados, así como los medios de comunicación, sean debidamente informados.

IV. TRABAJO DE SEGUIMIENTO

52. La FNE llevará a cabo un seguimiento de las recomendaciones que realice a órganos del Estado y/o agentes económicos en el marco de un estudio de mercado para efecto de identificar cuáles de sus recomendaciones han sido implementadas, y si no cuál ha sido el impedimento (por ejemplo, la falta de voluntad por parte de los interesados o dificultades de implementación vinculadas al diseño de las recomendaciones). Este seguimiento se hará de manera anual y será publicado en la página web de la FNE.
