

SECTOR PÚBLICO Y LIBRE COMPETENCIA

EVALUANDO SUS ACTUACIONES
DESDE LA PERSPECTIVA
DE LA COMPETENCIA



JUNIO 2012

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 este material de promoción, dirigido especialmente a jefes de servicios y funcionarios del sector público, 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, el presente material no pretende ser la herramienta única y exclusiva de promoción de libre competencia que utilicen los servicios públicos, sino que es una manifestación más de los constantes esfuerzos de esta Fiscalía en dicho ámbito.

Por último, es importante aclarar que este documento es un material de promoción, por consiguiente no resulta vinculante para los servicios públicos, no tiene fuerza normativa, ni compromete las opiniones o decisiones del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o la Excma. Corte Suprema. Se persigue con su publicación y difusión, promover y dar a conocer las mejores prácticas a nivel comparado en el sector público para el cumplimiento de la normativa de libre competencia y esclarecer el alcance de sus disposiciones, de acuerdo con la experiencia de su aplicación.

Atentamente,

Felipe Irrarrázabal Ph.
Fiscal Nacional Económico

CONTENIDOS

Presentación	2
I. Introducción	4
II. Los Organismos del Sector Público	7
▪ <i>Definición de sector público y los organismos que lo componen</i>	7
▪ <i>Principio de legalidad que rige al sector público</i>	7
▪ <i>Potestades regladas y Potestades discrecionales</i>	8
III. Libre Competencia y Sector Público	10
▪ <i>Beneficios de la libre competencia</i>	10
▪ <i>Rol del sector público en una economía social de mercado</i>	10
IV. Examen del impacto de las actuaciones de organismos del sector público sobre la competencia en los mercados	14
▪ <i>¿Qué se entiende por examen de impacto?</i>	14
▪ <i>¿Cuándo se debe llevar a cabo este examen?</i>	14
▪ <i>¿Cómo se desarrolla este examen?</i>	15
▪ <i>Etapas del examen</i>	15
- <i>Primera etapa:</i>	15
- <i>Segunda etapa</i>	16
- <i>Tercera etapa</i>	17
- <i>Cuarta etapa</i>	21
V. Cómo contactar a la FNE	25

I. INTRODUCCIÓN

Para el desarrollo económico y social de los países resulta fundamental contar con instituciones que aseguren y favorezcan una competencia efectiva en los mercados. En la práctica, tanto en el ámbito público como en el privado, los agentes económicos pueden llevar a cabo actos anticompetitivos que, en definitiva, perjudican a los consumidores, y disminuyen 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 materia¹.

Por otra parte, los Órganos de la Administración del Estado (“OAE”) u organismos del sector público² en el **ejercicio de sus facultades** y en **cumplimiento de los fines para los que fueron creados**³ interactúan con los mercados. Estas interacciones pueden adoptar diversas formas –actuando **como agente económico** (por ejemplo, comprando bienes o servicios para su operación), en la **ejecución de planes y programas** propios de sus funciones, o en el ejercicio su **potestad normativa y regulatoria**– las cuales dan lugar a una constante y esencial influencia sobre las decisiones de otros agentes económicos; por lo anterior, las actuaciones de los OAE generalmente tienen efectos sobre la competencia en los mercados.

Así, en determinadas situaciones, estas actuaciones pueden afectar negativamente la competencia y, por esta vía, afectar el bienestar de los consumidores, el ambiente competitivo y 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.**

Sobre este punto, cabe tener presente que la legislación de libre competencia de nuestro país no exime a órgano alguno –sea una entidad pública o privada, y cualquiera sea su organización o estructura societaria- del cumplimiento del DL 211, ni establece

¹ 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/>

² Ley N° 18.575, art. 1°

³ Ley N° 18.575, art. 2°

excepciones a mercados determinados, de manera que en todos los mercados debe cumplirse con la normativa de libre competencia por todo tipo de entidad o individuo.

Sin perjuicio de lo anterior, 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 contravenirlos⁴. 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.

Lo anterior no obsta que, tras evaluar la magnitud e importancia de este efecto adverso para la competencia, la FNE pueda siempre solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que se proponga un cambio regulatorio al Ejecutivo, en los términos establecidos en la ley⁵.

Por el contrario, en aquellos casos en que la actuación no está expresamente amparada por una ley, o en que el OAE actúa contrariando la normativa de libre competencia pese a que la ley sectorial otorga espacios para que su actuación se ajuste a dicha normativa, cabría cuestionar la legalidad de la actuación del OAE ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC).

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 puede resultar indispensable a la hora de cautelar el bienestar de los consumidores, el ambiente competitivo y la sociedad en general, así como de evitar, en la medida de lo posible, los costos y riesgos asociados a un proceso judicial, derivados de efectos o costos no analizados ni considerados en su oportunidad.

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

⁵ DL 211 artículo 18° N° 4 faculta al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para «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...»; y el artículo 39 letra n) faculta al Fiscal Nacional Económico para «Requerir del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones...».

Así, 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 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, aumenten el bienestar social en general, y el 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**⁶. El Estado se compone, entre otros, por los **Órganos de la Administración del Estado**.

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.»⁷ De este modo, en un sentido general, es posible afirmar que:

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...»⁸, 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 Leyes⁹. Todo lo anterior también se recoge expresamente en la Ley de Bases¹⁰.

⁶ CPR, art. 1°, inciso tercero.

⁷ Ley N° 18.575, art. 1° inciso segundo.

⁸ CPR, art. 6°, inciso primero.

⁹ CPR, art. 7°.

¹⁰ Artículo 2º.- 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. Artículo 3º.- La Administración del Estado está sujeta al servicio de la persona humana; su finalidad es

En este sentido, el principio de legalidad tiene dos perspectivas: (i) la obligación de los organismos de actuar de conformidad con el sistema normativo vigente y dentro de los límites que éste establece; y (ii) la atribución de las potestades a los OAE para el cumplimiento de su respectiva función pública y su delimitación.

La doctrina define la potestad administrativa como “*el poder jurídico para imponer decisiones a otro para el cumplimiento de un fin*”, 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 éste debe específicamente alcanzarse, es el organismo público el que debe buscar de qué manera materializar la orden legislativa, haciendo uso de su potestad discrecional. La doctrina 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*”.

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.

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 en principio no debiera 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 administración¹¹, 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 o desviación 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 mandato legal¹². De esta forma, la potestad reglada de los OAE está por sobre la potestad discrecional.

¹¹ 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°).*

¹² 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*

III. LIBRE COMPETENCIA Y SECTOR PÚBLICO

▪ *Beneficios generales de la libre competencia*

La **libre competencia en los mercados** se entiende de diversas maneras según los enfoques que se adopten. Todos ellos tienen en común que, en virtud de la libre competencia, la asignación de los recursos en la sociedad se produce de manera descentralizada por una pluralidad de agentes en el mercado y no por un ente central. En un mercado con libre competencia los agentes económicos se esfuerzan por atraer a los clientes con menores precios, mejor calidad, mayor variedad o sofisticación en los productos, mayor innovación y más y mejores servicios, beneficiando directamente a los consumidores.

Las empresas también se benefician de la competencia, por cuanto ésta la incentiva a perseguir más eficiencias (reduciendo costos, mejorando la combinación de factores productivos, etc.). En el mediano y largo plazo la competencia conlleva beneficios para la **sociedad** en su conjunto, ya que el incremento en la productividad contribuye al crecimiento económico del país.

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

La convicción acerca 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 pilares fundamentales para el funcionamiento del modelo económico vigente¹³.

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

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)

¹³ La doctrina nacional ha desarrollado el estudio de estos conceptos bajo la nomenclatura de Constitución Económica y Orden Público Económico.

llamadas “fallas del mercado”¹⁴. 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 mercados¹⁵⁻¹⁶.

En el evento que la FNE considere que ciertas normas pudiesen afectar 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, a fin de modificar regulaciones que se estimen contrarias a la libre competencia, 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**

¹⁴ “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_qje.pdf).

¹⁵ 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/spp/crs/misc/RL32162.pdf>).

¹⁶ 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 (último acceso 12.06.2012).

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.

A continuación se revisan algunos ejemplos tipo de acciones de la FNE frente a actividades de los OAE:

1. La Fiscalía Nacional Económica representa ante un OAE que la manera en que se encuentra adjudicando un contrato para la provisión de un servicio está afectando la competencia en el mercado respectivo. El OAE no comparte el criterio de la FNE. La FNE decide llevar la controversia ante el TDLC mediante la presentación de un requerimiento en contra del OAE, iniciándose un procedimiento contencioso¹⁷.

2. La Fiscalía Nacional Económica inicia un procedimiento no contencioso ante el TDLC a fin que dicho tribunal recomiende la modificación de regulaciones que al eximir ciertos servicios de la aplicación del DL 211 dificultan la libre competencia en el sector¹⁸.

3. La Fiscalía Nacional Económica identifica que, en cierto sector regulado, determinados servicios no sujetos a regulación de tarifas están siendo proveídos en condiciones no competitivas. La FNE solicita mediante una presentación ante el TDLC que éste ejerza sus facultades legales en el sector regulado que le permiten calificar si dichos servicios están siendo proveídos en términos monopólicos o no, con la finalidad de que se disponga la regulación de tarifas, en su caso, por parte del OAE competente¹⁹.

4. Una resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ordena a un regulador sectorial el cumplimiento de ciertas obligaciones en materia de libre competencia. El incumplimiento por parte del regulador sectorial lleva a la FNE a presentar un requerimiento en su contra, iniciándose un procedimiento contencioso²⁰.

¹⁷ Así, por ejemplo, el TDLC condenó a la I. Municipalidad de Curicó tras un requerimiento de la FNE por haber establecido cláusulas que tendieron a restringir la competencia en un proceso licitatorio (TDLC, Sentencia N° 77/2008, de 04.11.2008). La Excm. C.S. rechazó los recursos contra la sentencia del TDLC. (C.S., 27.05.2009, Rol 7796-2008).

¹⁸ Así, por ejemplo, la FNE presentó recientemente ante el TDLC la solicitud de iniciar un expediente de recomendación normativa a fin de que el TDLC proponga al Presidente de la República, a través del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, la modificación del artículo 5 de la Ley de Marina Mercante, derogando la exención de aplicación del DL 211 que beneficia a ciertos sujetos, de modo tal de armonizar la citada regulación sectorial, con los principios y normativa de libre competencia.

¹⁹ Así, por ejemplo, la FNE presentó en octubre de 2011 un asunto de carácter no contencioso ante el TDLC en materia de tarifas de servicios asociados al suministro eléctrico, en que solicita que el TDLC recomiende al organismo sectorial la regulación de precios. Asunto no contencioso NC 398-11, en actual tramitación.

²⁰ Así, por ejemplo, la FNE presentó en octubre de 2011 un requerimiento en contra de la autoridad sectorial del agua, a fin que el TDLC declarara la existencia de incumplimientos a obligaciones emanadas de las autoridades de competencia. El caso fue resuelto mediante un acuerdo conciliatorio.

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. EXAMEN DEL IMPACTO DE LAS ACTUACIONES DEL SECTOR PÚBLICO SOBRE LA LIBRE COMPETENCIA EN LOS MERCADOS

▪ *¿Qué se entiende por examen de impacto?*

El examen 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 analizan las diferentes opciones de política que pueden ser implementadas por un servicio. La referida selección implica que el marco normativo que rige a la actuación respectiva entrega espacios de discrecionalidad para los funcionarios públicos en cuestión. El examen de impacto considera asimismo 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 este examen?*

No existe un momento determinado o una instancia única en que este examen 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)²¹. De manera **preventiva**, puede desarrollarse un examen **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.

Con todo, los criterios básicos consignados en este material de promoción están orientados, principalmente, a promover la implementación de exámenes preventivos o ex-ante por parte de los organismos del sector público.

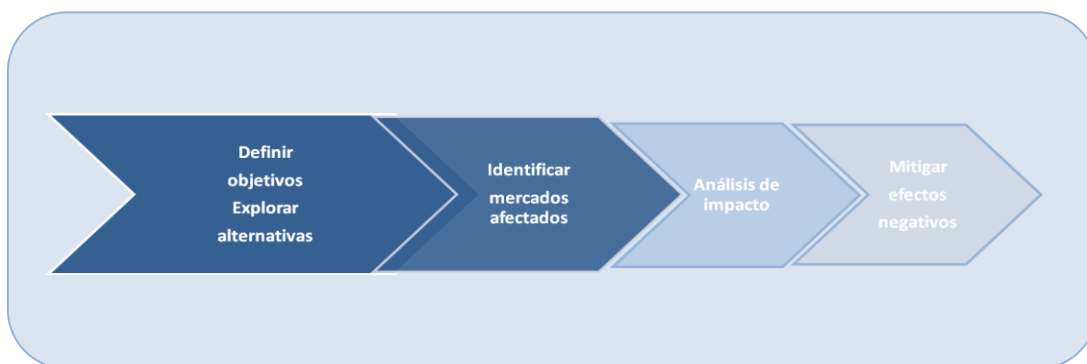
²¹ Como ha sido el caso de las revisiones normativas y reglamentarias que han tenido lugar en Australia, Irlanda y México. Un enfoque similar es el seguido por la iniciativa a cargo de la Unidad de Impulso Competitivo del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

▪ *¿Cómo se desarrolla este examen?*

Como muestra la Figura 1, el examen del impacto 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. **Análisis** del **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 DEL EXAMEN



▪ *Etapas del examen*

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

Las diversas actuaciones de los organismos públicos representan **instrumentos** 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 acerca del **objetivo perseguido** por la medida, así como respecto de 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.

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. El mercado, así definido, es conocido como “**mercado relevante**” para efectos de la aplicación de las normas de libre competencia.

Adicionalmente, es preciso analizar si la medida puede provocar efectos indirectos en otros **mercados relacionados**²². Por lo anterior, en ciertos casos, un examen a los efectos

²² 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. 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).

en los mercados de insumos, de bienes complementarios, o a las cadenas de distribución puede ser necesario a la hora de analizar los alcances de la política o medida.

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: Análisis del 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 examinar 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 materia²³, 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:

²³ 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 fomenta 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 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 de cara a la libre competencia; 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 competencia²⁴.

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.

²⁴ 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 examinar 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 competencia²⁵.

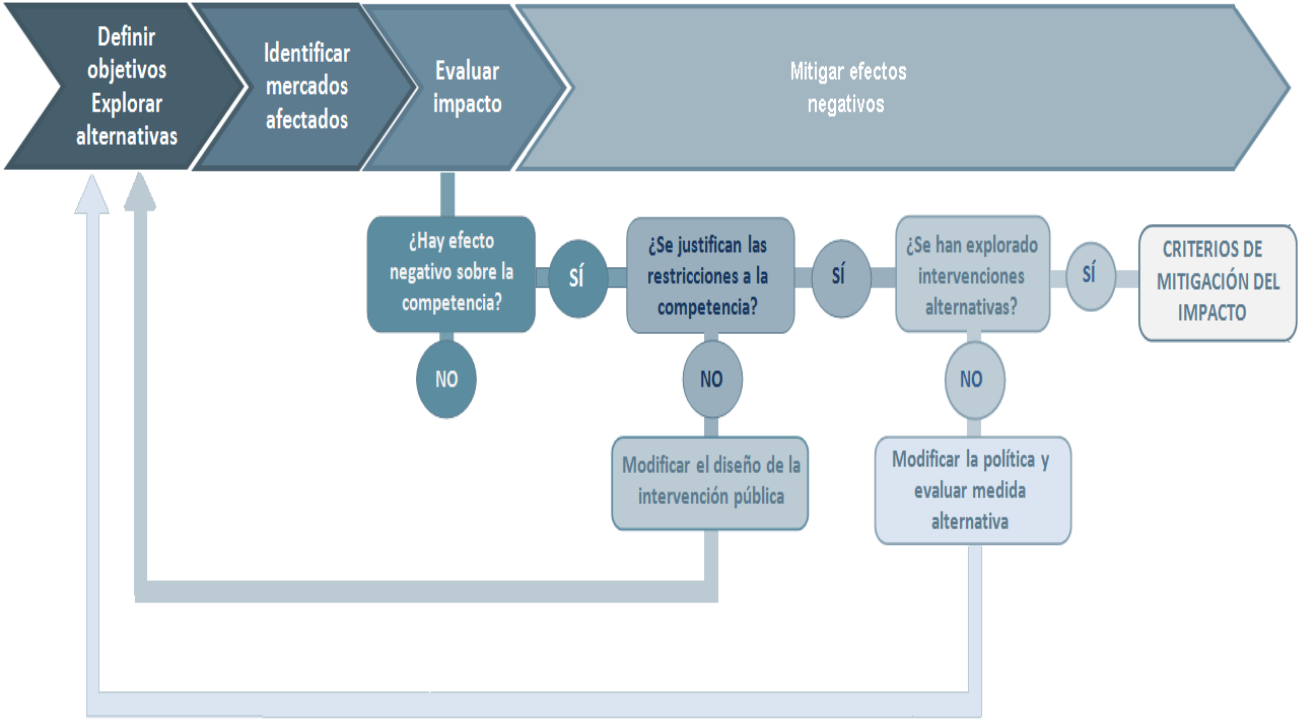
Finalmente, en caso que la necesidad de introducir una restricción a la competencia esté justificada, tanto en términos de causalidad como proporcionalidad, es conveniente tener en consideración los siguientes **criterios de mitigación**:

- **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.

En conclusión, 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.

²⁵ 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.

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 agente económico puede contactar a la FNE para denunciar la ocurrencia de hechos o actos que, a su juicio, podrían o estén atentando contra la libre competencia en los mercados. Para ello no es necesario contar con el patrocinio de un abogado.

Para mayor información en relación con cualquier aspecto relacionado con la Guía, contáctenos en:

Fiscalía Nacional Económica

Agustinas 853, piso 2

Región Metropolitana

www.fne.gob.cl

contactenos@fne.gob.cl

Teléfono: (2) 753 5600 - 5631

Fax: (2) 753 5607 - 5608

