



LIBRE COMPETENCIA Y AYUDAS ESTATALES: EL CASO CHILENO

Especial COVID-19

Libre competencia y ayudas estatales: el caso chileno

Junio 2020



CentroCompetencia UAI

A propósito de la discusión sobre las fórmulas de recuperación económica que se discuten en el país, en medio de la crisis sanitaria y económica que ha dejado a su paso la pandemia del COVID-19, en CeCo UAI analizamos las orientaciones de la política de protección de competencia para el buen diseño de ayudas estatales, basada en los estándares nacionales e internacionales en la materia.

I. INTRODUCCIÓN

La crisis económica producto de la pandemia del COVID-19 ha afectado a un sinnúmero de empresas a lo largo del mundo: si en un comienzo el comercio de menor escala comenzaba a sufrir los primeros impactos de la crisis, ahora vemos cómo, poco a poco, grandes empresas se convierten igualmente en víctimas de los *shocks* que atraviesan los mercados. Al respecto, el Fondo Monetario Internacional ha pronosticado que la economía mundial se contraerá en 3%, y que el Producto Interno Bruto (PIB) de nuestro país caerá 4,5% en 2020¹. La OCDE, por su parte, estima una caída de, al menos, un 5,6% del PIB chileno y un 6% en términos globales a raíz de la pandemia².

Como consecuencia de la crisis, diversos sectores económicos –turismo, hotelería, aeronáutica, *retail*, entre otros– se han visto profundamente afectados por cuarentenas, interrupción de cadenas de distribución o cambios en los hábitos de consumidores, por lo que muchas empresas a lo largo del mundo han debido recurrir a ayuda estatal, buscando preservar sus fuentes de liquidez, o incluso, su viabilidad económica. Por ejemplo, en la Unión Europea (UE), la Comisión Europea –el brazo ejecutivo de la UE– ha aprobado aproximadamente 2 billones de euros en ayudas estatales, mediante diversos instrumentos, que van desde créditos con bajas tasas de interés hasta medidas de recapitalización³.

En este contexto, nuestro país ha comenzado a debatir sobre si el Estado debiera salir al rescate de las empresas –y de hacerlo, de qué forma– que, sin mediar este apoyo, podrían llegar a verse en una situación económica insostenible, provocando su salida del mercado. Este tipo de “salvataje” estatal puede ser imprescindible para auxiliar la economía del país y preservar otros intereses públicos relacionados. Especialmente en tiempos de crisis, el Estado puede intervenir en función de una multiplicidad de objetivos, como acelerar la recuperación de la economía, preservar la estabilidad financiera, resguardar el empleo y la liquidez en las empresas, la conectividad del país o la continuidad en el abastecimiento de determinados bienes y servicios.

Sin embargo, cuando las empresas reciben ayudas económicas del Estado, debe estarse alerta también al efecto que su otorgamiento pueda tener sobre la competencia en los mercados en el largo plazo. Si las medidas no son diseñadas con consideraciones de esta naturaleza, podrían resultar en una pérdida

1 Fondo Monetario Internacional, *World Economic Outlook, April 2020: The Great Lockdown* (abril, 2020), 22, <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020#Chapter%201>.

2 OCDE, “The world economy on a tightrope”, *OECD Economic Outlook* (junio, 2020), <http://www.oecd.org/economic-outlook/june-2020/>.

3 Comisión Europea, “Ayudas estatales: La Comisión amplía el Marco Temporal a las medidas relativas a la recapitalización y la deuda subordinada para seguir apoyando la economía en el contexto de la pandemia de coronavirus” (8 de mayo, 2020), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_838.

significativa de eficiencia y de bienestar social. Por esta razón, además de obrar con responsabilidad fiscal y atender a los legítimos objetivos de política económica que motivan estas ayudas, creemos que las autoridades deben sumar en esta balanza los costos y beneficios que podrían tener en la competencia, tratando de minimizar posibles daños a la misma.

II. LAS AYUDAS ESTATALES Y SUBSIDIOS FRENTE A LAS POLÍTICAS DE COMPETENCIA

En general, a pesar de reconocer que en ocasiones hay buenas razones para establecerlas, la política de protección de libre competencia ha visto las medidas de ayudas estatales (y de subsidios, en general) con suspicacia⁴. Organismos como la OCDE⁵, y documentos de jurisdicciones comparadas como Estados Unidos⁶, Reino Unido⁷ y la Unión Europea han puesto énfasis en los potenciales efectos de estas intervenciones. De hecho, dada su importancia en la actual crisis del COVID-19, el caso europeo fue tratado por CeCo UAI en un artículo dedicado a la materia⁸.

El común denominador de estas preocupaciones es la distorsión que estos auxilios pueden generar en los mercados y la forma en que alteran las señales del funcionamiento espontáneo del proceso competitivo.

En términos generales, como consecuencia de una mala política de ayudas estatales o de subsidios mal distribuidos, bienes y servicios pueden no estar siendo producidos por quienes lo harían de manera más eficiente. Las medidas podrían inhibir la virtud “darwiniana” de los mercados que, en ausencia de fallas, debiera llevar a hacer sobrevivir a las empresas más eficientes y competitivas⁹. Este aspecto, por ejemplo, ha sido alertado recientemente por Padilla y Petit en el contexto europeo, quienes llaman a tener consciencia del “efecto de limpieza” que acompaña a las crisis y poner mayor énfasis en las medidas de reorganización empresarial, en lugar de ceder a la premura por entregar ayudas estatales a empresas ineficientes sin un diseño inteligente¹⁰.

4 Aunque dependiendo el régimen u ordenamiento específico es posible distinguir los términos de “ayuda estatal”, “subsidios” como técnica regulatoria especial u otro tipo de auxilio económico, los comentarios de este documento tratan las dificultades comunes a estas figuras.

5 OCDE, “Competition, State Aids and subsidies”, *Competition Committee Policy Round Tables* (2010), 31, <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/48070736.pdf>.

6 Marc Labonte, “The size and role of government”, *US Congressional Research Service Reports* (14 de junio, 2010), <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL32162.pdf>.

7 Office of Fair Trading (OFT), *Government in Markets: Why competition matters-A guide for policy makers*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284451/OFT1113.pdf y OFT y HM Treasury, “Guidance on how to assess the competition effects of subsidies”, *Green Book supplementary guidance: competition* (enero, 2007) www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/comp_policy/oft829.pdf.

8 En Europa existe un sistema de control *ex ante* de ayudas estatales único en el mundo, que lidera la autoridad de competencia (radicada en la Comisión Europea). El artículo 107(1) del TFUE define las ayudas estatales como cualquier ayuda otorgada por un Estado miembro, o mediante recursos estatales, en cualquier forma, que distorsione o amenace con distorsionar la competencia de una manera que afecte el libre comercio entre los Estados miembros de la UE. “Ayudas estatales en tiempos de COVID-19”, *CeCo UAI* (1 de junio, 2020), <https://centrocompetencia.com/ayudas-estatales-en-tiempos-de-covid-19-el-caso-europeo/>.

9 OCDE, “Competition, State Aids and subsidies”, 31.

10 Jorge Padilla y Nicolás Petit, “Competition policy and the COVID-19 opportunity”, *Concurrences* (mayo, 2020), https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-2_2020/foreword/competition-policy-and-the-covid-19-opportunity-94317-en. Para más información sobre empresas zombie y baja productividad, ver OCDE, “Zombie firms and weak productivity”, <http://www.oecd.org/economy/growth/exit-policies-and-productivity-growth.htm>.

La disciplina económica alerta también que una política de subsidios puede resultar en una pérdida de eficiencia de asignación más elemental por el lado de la oferta, en términos agregados, cuando el bien subsidiado o favorecido con la ayuda del estado es directamente uno de los *inputs* de la misma. En estos casos, dado que los precios se encuentran alterados por el subsidio y los agentes perciben costos más bajos que los costos “reales”, el valor social de lo producido podría resultar menor a su costo social.

Por otra parte, los subsidios también pueden distorsionar los esfuerzos de las firmas por optimizar su propio proceso productivo. Tal como señalan las guías británicas en la materia, por el mismo efecto disruptivo de las ayudas en los mercados, el receptor o beneficiario podría pasar a enfrentar una menor presión financiera, con lo que disminuirían también sus incentivos a competir o podrían permitir a un agente ineficiente permanecer en el mercado¹¹.

Asimismo, mirado desde el derecho de competencia, existe también el riesgo de volver los mercados más propensos a comportamientos abusivos, al permitir a las empresas alcanzar una posición dominante o bien, a aquella que ya cuenta con cierto poder de mercado, reforzarlo. En estos escenarios, según la OCDE, podrían presentarse efectos predatorios u otros efectos exclusorios en el largo plazo¹². En un caso extremo, podría suceder que los competidores que no accedieron a la ayuda, por no cumplir con las condiciones de elegibilidad, tengan dificultades para equiparar los precios artificialmente bajos de las empresas subsidiadas y salir del mercado¹³. Podría ocurrir que ayudas estatales y subsidios operen como una barrera para nuevos entrantes, algo que también ha sido alertado por la jurisprudencia del propio TDLC que ha revisado licitaciones de subsidios específicos, según se verá más adelante.

Otra preocupación natural de las autoridades sobre efectos adversos a la competencia es una eventual concentración en los mercados que pudiera darse a raíz de las ayudas estatales, especialmente en un contexto de crisis transversal en muchos sectores. Como tratan las directrices británicas en la materia, este es un riesgo que cabe tener presente también con miras a evitar consolidación de mercados, que se vuelvan más propensos a la coordinación entre actores o conductas colusorias¹⁴.

Por último, en términos de legitimidad de una decisión que afecte la competencia, la elección de una empresa o un determinado sector económico por sobre otro puede levantar dudas de parte de otros actores del mismo sector o de sectores relacionados: ¿Por qué ayudar a esta empresa, y no a otra? ¿Por qué un determinado sector económico, y no otro? ¿Qué criterios deben tenerse en consideración al momento de elegir a quienes serán beneficiados con la ayuda estatal? Este tipo de preguntas podría motivar a competidores potencialmente excluidos o perjudicados a recurrir a las autoridades de libre competencia.

III. LAS AYUDAS ESTATALES Y SUBSIDIOS FRENTE AL SISTEMA DE COMPETENCIA CHILENO

Considerando los potenciales peligros para la competencia que involucran un mal diseño de las ayudas estatales, cabe preguntarse cuál sería el rol que pudiera jugar nuestra institucionalidad de libre competencia

11 OFT y HM Treasury, “Guidance on how to assess the competition effects of subsidies”, 11.

12 OCDE, “Competition, State Aids and subsidies”, 24.

13 OFT, *Government in Markets: Why competition matters-A guide for policy makers*, 27.

14 OFT, *Government in Markets: Why competition matters-A guide for policy makers*, 27; OFT y HM Treasury, “Guidance on how to assess the competition effects of subsidies”, 5.

a la hora de enfrentar potenciales distorsiones, más allá del control que pudieran ejercer otros organismos en sede constitucional y administrativa¹⁵.

Con las herramientas actuales, creemos que la intervención natural podría darse de manera *ex post* a propósito de casos concretos en investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) o en procedimientos contenciosos o no contenciosos. Este camino –como veremos– presenta serias dificultades, especialmente cuando las ayudas o subsidios son mandatados por vía legal, incluso si la institucionalidad las estimase contrarias a la libre competencia. Otra alternativa, en cambio, tal como ha recomendado recientemente la OCDE¹⁶, es que las autoridades puedan colaborar *ex ante* en la etapa de diseño o implementación de las medidas, a través de su rol de promoción o *advocacy* y con una mirada prospectiva, para prevenir efectos y que las reacciones lleguen finalmente en etapas tardías.

Dada la forma en que está estructurado nuestro sistema, una forma natural de reacción es el control que puede ejercer el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) (con o sin la intervención de la FNE) respecto de eventuales ayudas o subsidios mal diseñados, sobre actuaciones particulares de la Administración. En nuestro país, existe una asentada práctica de revisión de estos actos, desarrollada principalmente a propósito de criterios de licitaciones públicas y que se basa en la aplicación transversal de normas de protección de la libre competencia como parte del orden público. Las orientaciones de la Guía de Sector Público y Libre Competencia de la FNE del 2012 recogen este análisis y lo sitúan en un marco más general, extensible también a otras prácticas de la administración como los propios subsidios, por tratarse de una forma de intervención estatal que puede ocasionar efectos indirectos en los mercados¹⁷.

Una ayuda estatal otorgada por un organismo del Estado, al entregar ventajas competitivas a un determinado agente económico, podría ser considerada como un acto anticompetitivo bajo ciertas circunstancias. De hecho, parte de los riesgos comentados en la sección precedente también han sido estudiados en la jurisprudencia del TDLC, a propósito de los subsidios en la provisión del servicio de transmisión de datos para acceso a internet de banda ancha¹⁸. En este caso, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT) fue demandado por las compañías Netland y Marcom tras la implementación de un concurso público para la asignación de un subsidio para el desarrollo de servicios de acceso a internet en área rurales.

15 A la fecha de redacción de este documento, la discusión relativa a ayudas estatales en nuestro país no permite determinar con certeza cuáles serán los instrumentos que se utilizarán para la implementación de estas medidas, sobre todo en lo que se refiere a grandes empresas. De este modo, no existe claridad respecto a si las ayudas serán aplicables a empresas consideradas individualmente, o si serán aplicables a sectores económicos o industrias en su totalidad. El artículo 19 N° 22 de nuestra Constitución asegura a todas las personas “[l]a no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”. En su inciso segundo, la Constitución indica que sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica. De esta forma, de promulgarse una ley que establezca discriminaciones arbitrarias, los particulares –por ejemplo, los competidores de las empresas beneficiarias, o los agentes económicos de sectores o industrias que queden fuera de la aplicación de las medidas legales– podrían interponer acciones constitucionales. Por otra parte, nada obsta a que, durante la tramitación de un futuro proyecto de ley, se haga uso del denominado control preventivo facultativo de constitucionalidad por parte de alguna de las Cámaras, según lo establecido en el inciso primero N° 3 y el inciso cuarto del artículo 93 de la Constitución. Asimismo, en caso de que la propuesta del ejecutivo efectivamente contemple la posibilidad de que el Estado participe en la propiedad de las empresas beneficiadas, estas medidas deberán ser aprobadas mediante una ley de quórum calificado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución. En caso de contravención, los particulares cuentan con el recurso de amparo económico, que busca proteger la garantía constitucional contenida en el artículo antedicho.

16 OCDE, “Policy Note: OECD competition policy responses to COVID-19”, *Tackling Coronavirus (Covid 19): contributing to a global effort* (27 de abril, 2020), https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=130_130807-eqgxiyo7u&title=OECD-competition-policy-responses-to-COVID-19.

17 FNE, *Sector Público y Libre Competencia* (junio, 2012), 4, <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Guia-final-sector-publico.pdf>; TDLC en su Sentencia N° 138/2014; Corte Suprema en sus sentencias Rol N° 6100/2010 y Rol N° 7796/2008. En el mismo sentido, Nicole Nehme Z. “Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los organismos de la administración del Estado” en TDLC, *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (Santiago: Thomson Reuters, 2011).

18 *Demanda de NETLANDCHILE S.A. contra el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones*, C 179-08, Sentencia N° 105/2010 (2010).

El tribunal hizo ver que cierto tipo de ayudas estatales pueden constituir discriminaciones arbitrarias contrarias a la libre competencia, mediante la creación de barreras de entradas a nuevos competidores, aumentando artificialmente el poder de mercado del agente subsidiado:

“Nonagésimo primero: Que en efecto, cuando se aplica o se anuncia este tipo de subsidios, no sólo se puede crear una barrera efectiva a la entrada de nuevos competidores, sino que se puede terminar excluyendo del mercado a los incumbentes, creando artificialmente poder de mercado para el subsidiado. Este poder de mercado, si bien no afecta el precio del servicio mínimo –que se encuentra regulado por la licitación–, puede afectar el precio de servicios diferentes al regulado, provistos por el ganador de la misma, y que no estarían sujetos a la regulación tarifaria de la licitación.”¹⁹

Además –argumentó el TDLC– la aplicación o el anuncio de subsidios presenta el riesgo de permitir la mantención de empresas ineficientes, o impedir la entrada de otras más eficientes al mercado, lo que en el mediano y largo plazo terminaría perjudicando a los consumidores²⁰. Sin embargo, a pesar de estimar que el subsidio otorgado tenía efectos anticompetitivos, el Tribunal no impuso sanción alguna al MTT en base a que la fuente de la discriminación en este caso era de carácter legal, limitándose a referirse a su facultad propositiva contenida en el artículo 18 N° 4 del DL 211²¹. La Corte Suprema avaló el criterio del TDLC y confirmó la sentencia, con deferencia por la justificación del actuar de la administración²².

Al analizar este fallo junto con otros pronunciamientos²³, tal como lo hacen las directrices de la FNE ya mencionadas²⁴, es posible sostener que la revisión de actos de los órganos de la administración del Estado por parte de la institucionalidad de libre competencia tiene límites, especialmente cuando los órganos han ejercido una potestad reglada de fuente legal que impone al regulador formas de actuación precisas. Las autoridades de libre competencia no podrían exigirle al órgano que actúa legalmente comportarse de forma diferente, al no otorgarle su normativa sectorial esa posibilidad²⁵. Esto quiere decir que, una vez diseñada e implementada una política de subsidio o ayuda estatal que se estima adversa a la competencia pero que encuentra su fuente en una norma de rango legal, a las autoridades de libre competencia sólo les quedaría proponer al Presidente de la República, en un momento posterior, la modificación de la ley y/o el reglamento que dio origen al actuar anticompetitivo a través de una recomendación normativa, en virtud de lo señalado en el artículo 18 N° 4 del DL 211.

19 *Demanda de NETLANDCHILE S.A. contra el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones*, C. 91.

20 *Demanda de NETLANDCHILE S.A. contra el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones*, C. 91.

21 *Demanda de NETLANDCHILE S.A. contra el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones*, C. 102. En este caso, el Tribunal no usó directamente esta facultad, sino que se limitó a señalar que *recomendaría* al Presidente de la República, por intermedio del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, la realización de cambios sustanciales a los mecanismos de asignación del subsidio (C. 121).

22 Dentro de sus argumentos, la Corte Suprema señaló que “[e]l Estado Administrador en el presente caso se vale del modelo o diseño establecido por el legislador para lograr la prestación del servicio, pero también la eficacia de ésta. Vale decir, no sólo debe preocuparse cuando no hay oferta, sino también cuando la que existe no es suficiente y no se presta en condiciones de eficiencia, todo lo cual da soporte a un régimen subsidiado estableciendo un precio máximo que es similar al que rige en el resto del país, dirigido a sectores de la población ubicados en sectores rurales y de bajos ingresos. (...) Que acorde a los razonamientos desarrollados sólo cabe desestimar la primera imputación contenida en la reclamación, puesto que el objetivo del concurso explicitado en el artículo 1° de las bases se ajustó al contenido de lo establecido en el artículo 28 A de la Ley General de Telecomunicaciones”, *Demanda de NETLANDCHILE S.A. contra el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones*, Rol ingreso Corte N° 9265-2010, C. 15 y 17.

23 Al respecto, un caso paradigmático es el fallo de la Corte Suprema en *Requerimiento de la FNE contra la Junta de Aeronáutica Civil*, Rol ingreso Corte N° 1855-2009.

24 FNE, *Sector Público y Libre Competencia*, 4. Ver también los casos del TDLC en su Sentencia N° 138/2014; y por la Corte Suprema en sus sentencias Rol N° 6100/2010 y Rol N° 7796/2008. En el mismo sentido, Nicole Nehme Z. “Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los organismos de la administración del Estado”.

25 Nicole Nehme Z. “Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los organismos de la administración del Estado”, 335-339.

Dicho lo anterior, una alternativa más adecuada podría ser la colaboración de las autoridades en un momento previo, en la etapa de diseño y/o implementación de las medidas, mediante su rol de promoción o *advocacy*, procurando evitar o mitigar futuras distorsiones. Esta opción también queda planteada en la guía de la FNE ya referida, como un camino adecuado para prevenir eventuales problemas de competencia derivados de la intervención estatal.

IV. LAS PROPUESTAS DE RECUPERACIÓN ECONÓMICA CONOCIDAS A LA FECHA

Al día de hoy, nuestro país ha implementado diversas medidas para hacer frente a la crisis económica. Durante el mes de marzo, el Gobierno presentó su “Plan Económico de Emergencia por coronavirus”²⁶, que incluyó tres ejes principales: (i) Protección de los empleos e ingresos laborales; (ii) Inyección de liquidez para apoyar a las empresas, especialmente a las Pymes²⁷; y (iii) Apoyo a los ingresos de las familias. En general, estas medidas se caracterizan por estar enfocadas en el apoyo a pequeñas y medianas empresas, procurando mantener su liquidez, sin hacer distinciones entre sectores o industrias económicas.

Sin embargo, los efectos de la crisis comienzan a calar con mayor profundidad, afectando cada vez más a las grandes empresas²⁸. En algunos casos, no son sólo las fuentes de liquidez las que se encuentran en peligro, sino también la solvencia de las empresas y su continuidad en el mercado.

Frente a esta situación, a fines de mayo, el Ejecutivo impulsó un proceso de diálogo entre el Ministerio de Hacienda y la Comisión de Hacienda ampliada, integrada por parlamentarios de oposición y el oficialismo, para acordar lo que sería la segunda parte del Plan Económico de Emergencia. Luego de semanas de discusión, existiendo diversas propuestas al respecto²⁹, el pasado 14 de junio los partícipes del diálogo llegaron a un acuerdo denominado “Marco de Entendimiento para Plan de Emergencia por la Protección de los ingresos de las familias y la Reactivación económica y del Empleo”³⁰.

26 Gobierno de Chile, *Plan Económico de Emergencia por Coronavirus*, <https://www.gob.cl/planeconomicoemergencia/>.

27 Respecto a las medidas de inyección de liquidez para apoyar a las empresas, el Gobierno impulsó distintas iniciativas como beneficios tributarios para las pymes, una nueva capitalización del Banco Estado por US\$ 500 millones, y la creación de un fondo solidario de US\$ 100 millones destinado al apoyo del micro comercio local, gestionado a nivel municipal. Durante la última semana de abril, comenzó a regir la Ley que fortalece el Fondo de Garantía para Pequeños Empresarios (FOGAPE) impulsado por el Ejecutivo, fondo que busca aumentar la liquidez para empresas con ventas anuales de hasta 1 millón de UF. Gobierno de Chile, “Plan Económico de Emergencia por Coronavirus”, <https://www.gob.cl/planeconomicoemergencia/>; “Todo lo que hay que saber de la ley Fogape para créditos a pymes: Iniciativa comienza a regir este lunes”, *EMOL* (26 de abril, 2020), <https://www.emol.com/noticias/Economia/2020/04/26/984250/Claves-Ley-Fogape-rige-lunes.html>.

28 La discusión pública ha comenzado a centrarse en la discusión relativa al rescate de grandes empresas como Latam Airlines, quien recientemente se acogió al Capítulo 11 de la Ley de quiebras de Estados Unidos, iniciando un proceso de reorganización financiera. “Latam Airlines se acoge a capítulo 11 de la ley de quiebras de EE.UU. e inicia proceso de reorganización financiera”, *EMOL* (26 de mayo, 2020), <https://www.emol.com/noticias/Economia/2020/05/26/987206/Latam-Airlines-ley-quiebras-reorganizacion.html>.

29 Durante este periodo de diálogo, existieron diferentes propuestas. En una etapa inicial, el día 29 de mayo, el Ministro de Hacienda, Ignacio Briones, presentó ante la Comisión de Hacienda del Senado un plan de rescate para grandes empresas denominado “Marco Financiamiento de emergencia a Empresas Estratégicas de Mayor Tamaño”. Luego, el 8 de junio, el Ministro presentó una propuesta que ampliaba el objeto de la presentación inicial, denominada “Plan de emergencia por la protección de los ingresos y la reactivación económica y del empleo al alero de un marco de convergencia fiscal de mediano plazo”. Dos días después, un grupo de 16 economistas convocados por el Ejecutivo presentaron sus “Propuestas para la protección y la reactivación”. Finalmente, el 15 de junio se dio a conocer el acuerdo entre el oficialismo y la oposición denominado “Marco de Entendimiento para Plan de Emergencia por la Protección de los ingresos de las familias y la Reactivación económica y del Empleo”.

30 “Marco fiscal, IFE y seguro de cesantía: Los detalles del nuevo plan económico de emergencia para enfrentar la pandemia”, *EMOL*, (14 de junio, 2020), <https://www.emol.com/noticias/Economia/2020/06/14/989050/Detalles-nuevo-plan-economico-emergencia.html>.

Según señala el acuerdo, los ejes fundamentales de este nuevo plan de emergencia son: (i) Marco Fiscal por 24 meses y consolidación fiscal a posteriori³¹; (ii) Protección de los ingresos de las familias³²; y (iii) Plan de reactivación económica y del empleo. Este Marco Fiscal se hará efectivo a través de la creación de un fondo extrapresupuestario (“Fondo Covid”) de hasta un máximo de US\$12.000 millones en los próximos 24 meses, desde el cual el gobierno podrá financiar una serie de medidas³³.

Respecto a la reactivación económica y del empleo, el acuerdo propone distintas ayudas estatales, como un plan de Inversión Pública para 2020 y 2021 con cargo al Fondo Covid, incentivos a la contratación de trabajadores, fomento de la inversión privada a través de incentivos tributarios y agilización regulatoria, entre otras. El acuerdo también incluye medidas de facilitación de acceso al crédito mediante garantía estatal³⁴ y recapitalización³⁵ para pequeñas y medianas empresas.

Para el caso de las grandes empresas que no se encuentran actualmente cubiertas por el FOGAPE-COVID vigente (al contar con ventas superiores a UF 1 millón anual), el acuerdo amplía su acceso al crédito a través del otorgamiento de garantía estatal parcial (60%) en la emisión de bonos u obtención de créditos³⁶.

Por otra parte, una de las medidas más discutidas del acuerdo ha sido el apoyo estatal a “empresas estratégicas”. El documento señala que el Estado otorgará apoyo a empresas estratégicas solventes del país, mediante criterios preestablecidos que se adoptarán “caso a caso”. Asimismo, el vehículo de financiamiento también será elegido según el caso específico, pudiendo considerar una combinación de las siguientes alternativas: (i) garantía estatal para alentar financiamiento de terceros; (ii) deuda directa con opción de conversión en acciones; y (iii) participación en el capital por un periodo preestablecido.

31 Se propone crear una nueva estructura legal -de carácter transitoria, extinguiéndose en un plazo máximo de dos años- que permita implementar, de forma transitoria y flexible, un programa fiscal adicional, de hasta un máximo de US\$ 12.000 millones en los próximos 24 meses. Para este propósito, se creará un fondo extrapresupuestario (“fondo covid”) desde el cual el gobierno podrá ejecutar las distintas acciones para enfrentar la emergencia y la reactivación de forma flexible, para financiar mayores gastos corrientes, inversión pública adicional y nuevos impulsos pro-reactivación y reconversión. “Marco de Entendimiento para Plan de Emergencia por la Protección de los ingresos de las familias y la Reactivación económica y del Empleo”, 2.

32 Dentro de este eje se contemplan una serie de medidas. Respecto al IFE, el monto acordado para un grupo familiar de 4 personas es de \$400.000, es decir, un monto parejo por persona de \$100.000. Por otra parte, se contemplan recursos adicionales para las municipalidades (US\$120 millones que serán aportados siguiendo criterios de vulnerabilidad). También se contemplan aportes a organizaciones sociales de la sociedad civil, donde se dispondrá de un fondo de US\$20 millones. “Marco de Entendimiento para Plan de Emergencia por la Protección de los ingresos de las familias y la Reactivación económica y del Empleo”, 6-7.

33 El documento señala que el Gobierno, a través de este fondo extrapresupuestario, podrá ejecutar distintas acciones para enfrentar la emergencia y la reactivación de forma flexible para financiar: mayores gastos corrientes (transferencias directas a las familias, apoyo a trabajadores y empresas y de apoyo a salud, incluida la salud mental); inversión pública adicional y; nuevos impulsos pro-reactivación y reconversión (incluyendo apoyos tributarios transitorios). “Marco de Entendimiento para Plan de Emergencia por la Protección de los ingresos de las familias y la Reactivación económica y del Empleo”, 2.

34 Según señala el acuerdo, esto se implementará a través de la introducción de mejoras a los instrumentos ya existentes como los créditos con garantía estatal FOGAPE-COVID, como la modificación del deducible, junto con la ampliación de la cobertura de garantías para pequeñas empresas. “Marco de Entendimiento para Plan de Emergencia por la Protección de los ingresos de las familias y la Reactivación económica y del Empleo”, 10-11.

35 El acuerdo indica que se incentivarán nuevos vehículos legales y administrativos que permitan comprar deuda de las pymes más afectadas por la crisis con opción de conversión en capital, manteniendo a los socios originales en la propiedad. “Marco de Entendimiento para Plan de Emergencia por la Protección de los ingresos de las familias y la Reactivación económica y del Empleo”, 11.

36 Mientras que en el FOGAPE orientado a empresas de menor tamaño no hay remuneración por la garantía estatal, y la tasa de interés es de 3,5%, en el caso de grandes empresas, la tasa de interés se determinará en el mercado y el beneficiario pagará al Estado una comisión consistente con el riesgo incurrido, ello sin perjuicio de otros resguardos que puedan ser necesarios para proteger el interés fiscal. “Marco de Entendimiento para Plan de Emergencia por la Protección de los ingresos de las familias y la Reactivación económica y del Empleo”, 13.

El acuerdo político por el Plan de Emergencia se traducirá en una serie de proyectos de ley que serán presentados durante las próximas semanas. Sin embargo, respecto a la ayuda estatal a empresas estratégicas, aún no existe certeza respecto a los criterios que serán usados para definir qué hace que ésta pueda ser catalogada como “estratégica”, su elegibilidad, y el vehículo a utilizar para materializar esta ayuda. En un mismo sentido, tampoco existe claridad respecto a la factibilidad de que el Estado participe de la propiedad de las empresas beneficiarias.

V. RECOMENDACIONES PARA UN BUEN DISEÑO DE LAS AYUDAS ESTATALES

En este contexto de debate público y nuevas propuestas en materia económica que enfrenta nuestro país, el derecho de competencia puede ofrecer orientaciones relevantes a la hora de establecer incentivos y mecanismos adecuados, que no distorsionen injustificadamente o minimicen su efecto los mercados. La propia guía Sector Público y Libre Competencia ya mencionada incorpora un acápite referido al examen de impacto en la competencia que podrían realizar quienes tienen a su cargo la creación e implementación de políticas estatales que intervengan en la economía, y descompone el análisis en cuatro fases (definir objetivos y metas, identificar los mercados afectados, analizar el impacto, y eventualmente identificar qué medidas de mitigación se adoptarán para prevenir su efecto negativo).

Además, sin perjuicio de las formas específicas que se adopten en las ayudas, a partir de las recomendaciones de organismos internacionales y la experiencia de autoridades de competencia comparada, convendría tener presente los siguientes criterios en su elaboración:

- i. **Objetivo definido de forma transparente.** Tanto la OCDE como la Comisión Europea son enfáticas en que es necesario demandar claridad respecto de qué beneficios específicos se esperan o qué falla de mercado se pretende corregir con cada una de las medidas de ayuda estatal.
- ii. La medida debe estar **correctamente diseñada para alcanzar el objetivo propuesto.** Dentro de este requisito, la Comisión Europea, por ejemplo, señala que la medida debe ser *apropiada*, generar *incentivos* y ser *proporcional*, es decir, que no exista otra medida de menor impacto en los mercados que pueda alcanzar el mismo objetivo. Lógicamente, esta condición no se cumpliría en los casos en que se pueden alcanzar los mismos objetivos sin la ayuda o subsidio³⁷. En un sentido similar, la OCDE enfatiza que las ayudas deben otorgarse de forma tal que no existan otras medidas más transparentes, menos discriminatorias, ni menos costosas para el Estado.

Respecto de esta última exigencia, la OCDE sugiere una gradación respecto de aquellas medidas que serían preferibles. Descritas *grosso modo* y de forma ascendente en su nivel de impacto, los responsables del diseño deberían primero tener en cuenta alternativas como (i) dar garantía a préstamos privados, (ii) conceder préstamos directamente, (iii) que el Estado adquiera una participación en los actores beneficiados, antes de (iv) otorgar una ayuda financiera a través de transferencias directas³⁸.

37 Comisión Europea, *Common Principles for an economic assessment of the compatibility of the state aid under article 87.3*, par. 13, https://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/economic_assessment_en.pdf.

38 OCDE, “Competition, State Aids and subsidies”, 48.

En términos más concretos, a propósito de las ayudas estatales en tiempos de COVID-19, la Comisión Europea estableció condiciones especiales relativas a la necesidad, idoneidad y magnitud de la intervención. Por ejemplo, las medidas de recapitalización solo deberán concederse si no se dispone de otra solución adecuada (*ultima ratio*). Asimismo, la medida debe responder al **interés general**, por ejemplo, buscando evitar la quiebra de empresas innovadoras o de gran importancia dentro de un determinado mercado, o que produzcan bienes y servicios relevantes para el país y su población³⁹.

- iii. Preferir la entrega de subsidios o apoyos estatales con **carácter general y sin distinciones arbitrarias**, buscando beneficiar a firmas que se encuentren en una misma condición antes que a una o pocas empresas singularmente consideradas. Tal como señala la guía británica en la materia, es más probable que un subsidio ocasione preocupaciones de competencia si se diseña para ser entregado a una única empresa o a unos pocos actores de un mismo mercado.

Para el evento de que se considere entregar ayudas a empresas de mayor tamaño que se encuentren dañadas financieramente, la OCDE recomienda **condicionar el apoyo a alguna concesión u obligación**, que opere como compensación, como la desinversión o el compromiso de no usar las ayudas para incurrir en conductas anticompetitivas⁴⁰.

- iv. Establecer reglas que **limiten la magnitud y duración** de las ayudas y la posibilidad de los beneficiarios para obtenerlos de manera regular. Por ejemplo, la Comisión Europea señala en su Temporary Framework que las medidas consistentes en recapitalización deben limitarse a permitir la viabilidad económica de la empresa, por lo que **no deben ir más allá del restablecimiento de la situación financiera que tenía la beneficiaria antes de la pandemia**⁴¹.
- v. **Prohibición de subsidios cruzados y adquisiciones.** Otra de las recomendaciones interesantes derivadas del Temporary Framework europeo, que tienen su fundamento en la protección de competencia, es que las empresas beneficiarias no puedan utilizar la ayuda para favorecer económicamente a sus subsidiarias que estuviesen en crisis económica antes de la pandemia. Además, el documento de la Comisión prohíbe a las beneficiarias distintas de pequeñas y medianas empresas, adquirir una participación superior al 10 % en empresas competidoras hasta que no se rescate al menos el 75 % de la recapitalización.

Estas y otras recomendaciones forman parte de los estándares internacionales que se han desarrollado para minimizar el impacto en los mercados y la competencia de las ayudas estatales. Sin desconocer la relevancia de sus objetivos específicos y la legitimidad de los intereses públicos, para un buen uso de los recursos creemos conveniente tomar en cuenta tanto el bienestar social como las ineficiencias que podrían llegar a generar, y minimizar, de ser ello posible, el impacto general que podrían tener estas ayudas en los mercados.

39 Comisión Europea, *Temporary framework for state aid measures to support the economy in the current covid-19 outbreak*, (versión consolidada al 8 de mayo de 2020), https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/TF_consolidated_version_as_amended_3_april_and_8_may_2020_en.pdf.

40 OCDE, "Competition, State Aids and subsidies", 48.

41 Comisión Europea, *Temporary framework for state aid measures to support the economy in the current covid-19 outbreak*.

La OCDE ha recalcado la importancia de que las autoridades de competencia apoyen a los gobiernos y se involucren en la elaboración e implementación de políticas públicas en materia de ayudas estatales⁴². De esta forma, la promoción o *advocacy* podría ser la primera herramienta a ser utilizada por las autoridades de libre competencia, para garantizar la igualdad de condiciones y evitar distorsiones en el mercado, y colaborar a proporcionar reglas claras, generales y objetivas aplicables a los agentes económicos.

42 OCDE, "Policy Note: OECD competition policy responses to COVID-19".



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

CentroCompetencia UAI, "Libre competencia y ayudas estatales: el caso chileno", *Investigaciones CeCo* (junio, 2020), <http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile