

Derecho y política de la competencia en América Latina

**EXÁMENES INTER-PARES
EN ARGENTINA, BRASIL, CHILE,
MÉXICO Y PERÚ**



Derecho y política de la competencia en América Latina

EXÁMENES INTER-PARES EN ARGENTINA, BRASIL,
CHILE, MÉXICO Y PERÚ



BANCO INTERAMERICANO DE DESSARROLLO
ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS

En virtud del artículo 1° de la Convención firmada el 14 de diciembre 1960, en París, y que entró en vigor el 30 de septiembre 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) tiene como objetivo fomentar las políticas destinadas:

- a lograr la más sólida expansión de la economía y del empleo y a aumentar el nivel de vida de los países miembros, manteniendo la estabilidad financiera, y contribuyendo así al desarrollo de la economía mundial;
- a contribuir a una sana expansión económica en los países miembros, y en los países no miembros en vías de desarrollo económico;
- a contribuir a la expansión del comercio mundial sobre una base multilateral y no discriminatoria, conforme con las obligaciones internacionales.

Los firmantes de la Convención constitutiva de la OCDE son: Alemania, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza, Turquía. Los siguientes países se han adherido posteriormente a esta Convención (las fechas corresponden a las del depósito de los instrumentos de adhesión) : Japón (28 de abril de 1964), Finlandia (28 de enero de 1969), Australia (7 de junio de 1971), Nueva Zelanda (29 de mayo de 1973), México (18 de mayo de 1994), República Checa (21 de diciembre de 1995), Hungría (7 de mayo de 1996), Polonia (22 de noviembre de 1996), Corea (12 de diciembre de 1996), la República Eslovaca (14 de diciembre de 2000). La Comisión de las Comunidades Europeas participa en los trabajos de la OCDE (artículo 13 de la Convención de la OCDE).

*Esta obra se publica bajo la responsabilidad del Secretario General de la OCDE.
Las opiniones e interpretaciones que figuran en ella no reflejan necesariamente el parecer oficial de la OCDE o de los gobiernos de sus países miembros.*

Traducido a partir de la versión original en inglés publicada, con el título:

Competition Law and Policy in Latin America

PEER REVIEWS OF ARGENTINA, BRAZIL, CHILE, MEXICO AND PERU

© OCDE/IDB

Esta publicación no puede reproducirse, copiarse, transmitirse o traducirse sin permiso por escrito. Las solicitudes al respecto deberán enviarse al OECD Publishing rights@oecd.org or by fax 33 1 45 24 99 30. Los permisos para fotocopiar una parte de este trabajo deben dirigirse al Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 París, Francia, fax 33 1 46 34 67 19, contact@cfcopies.com o (solo para los USA) a Copyright Clearance Center (CCC), 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923, USA, fax 1 978 646 8600, info@copyright.com.

Prefacio

La OCDE ha venido siendo muy activa en la promoción de las políticas de competencia entre los países de América Latina y el Caribe, habiendo establecido en años recientes un partenariado con el Banco Interamericano de Desarrollo con este mismo objetivo. La principal demostración de esta asociación es el Foro Anual Latinoamericano de la Competencia, en el cual funcionarios de alto nivel de países de la región junto con expertos internacionales, discuten en mesa redonda sobre temas de política de competencia de interés para ellos. Además, cada Foro contempla un examen inter-pares de un país de la región. Hasta la fecha cuatro países han sido examinados: Chile, Perú, Brasil y Argentina, respectivamente.

El “Examen inter-pares” es un elemento esencial del trabajo de la OCDE. Los mecanismos de examen varían, pero su base es el deseo expreso de un país de someter sus leyes y políticas de competencia a un examen exhaustivo por otros miembros de la comunidad internacional. Este proceso suministra al país examinado una valiosa información y promueve la transparencia y el mutuo entendimiento para el beneficio de todos.

El Comité de Competencia de la OCDE lleva ya desde hace tiempo realizando exámenes inter-pares de política de competencia tanto de países Miembros como no Miembros. Los beneficios de este ejercicio son especialmente evidentes en este tema. En su momento había diferencias importantes entre países en temas de competencia. Dichas diferencias se han reducido en los pasados años, en parte gracias al trabajo del Comité de Competencia. Existe un consenso creciente sobre mejores prácticas en la ejecución de las leyes en materia de competencia y en la aplicación de los principios de política de competencia a los sistemas regulatorios. Los países cooperan ya de forma habitual en áreas tales como cumplimiento de normas anti-cartel y sobre fusiones internacionales.

La OCDE y el BID se muestran satisfechos por haber participado en la promoción de las políticas de competencia en América Latina y el Caribe. Este trabajo está en línea con las políticas y las metas de ambas organizaciones. Una política de competencia sólida mejorará el clima de

negocios, promoviendo el crecimiento económico y la prosperidad, y llevando sus beneficios a los consumidores de la región.

Este volumen contiene cuatro de los exámenes inter-pares de Latinoamérica, que han sido realizados hasta la fecha en el marco del Foro Latinoamericano de la Competencia, así como el examen inter-pares de México realizado en el seno del Comité de Competencia. Ambas organizaciones gustaría de agradecer a los gobiernos de Argentina, Brasil, México y Perú por haberse prestado voluntariamente a ser examinados y por la colaboración de sus funcionarios en dicho proceso.

Bernard J. Phillips
Jefe de la División
de Competencia
OCDE

Ricardo Santiago
Representante del
BID
en Europa

Índice

Derecho y política de la competencia en

Argentina	7
Brasil	75
Chile	221
México	307
Perú	393

ISBN 978-92-64-01221-9

Derecho y Política de la competencia en América Latina

Exámenes inter-pares en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú

© OECD / IDB 2007

DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA EN ARGENTINA

Examen Inter-Pares

-- 2006 --

Índice

1. Cuestiones elementales y contexto	10
1.1 Contexto económico	10
1.2 La ley de defensa de la competencia.....	11
2. Cuestiones de fondo: contenido y aplicación de la ley de defensa de la competencia	13
2.1 Conductas	13
2.1.1 Acuerdos horizontales	14
2.1.2 Restricciones verticales	18
2.1.3 Abuso de posición dominante	18
2.1.4 Procedimiento en los casos de conductas anticompetitivas	20
2.1.5 Competencia desleal y defensa del consumidor	24
2.2 Fusiones	25
2.2.1 Notificación.....	25
2.2.2 Procedimientos de revisión de fusiones	28
2.2.3 Casos de fusión	30
3. Cuestiones institucionales	36
3.1 Las herramientas de aplicación.....	36
3.2 Recursos económicos y personales	36
3.3 Independencia: la CNDC y el Tribunal	38
3.4 Una cultura de libre competencia y acuerdos de precios	41
3.5 Recursos de apelación en casos de competencia.....	42
3.6 Exenciones y exclusiones y actos de los gobiernos provinciales.....	44
3.7 Aspectos internacionales de la aplicación de la ley de defensa de la competencia.....	45
4. Política de defensa de la competencia en los sectores regulados	47
4.1 Electricidad	48
4.2 Gas natural	49
4.3 Telecomunicaciones.....	49

4.4	Sector bancario	50
4.5	Líneas aéreas y aeropuertos	51
4.6	Puertos	51
5.	Promoción de la competencia.....	53
6.	Conclusiones y recomendaciones.....	54
6.1	Crear el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia.	55
6.2	Aumentar el presupuesto del organismo de defensa de la competencia.....	56
6.3	Fortalecer el despliegue de actividad anticartel.	57
6.4	Aumentar la eficiencia en las investigaciones de conductas anticompetitivas.	58
6.5	Aumentar la eficiencia en el control de fusiones.	59
6.6	Repasar el régimen de notificaciones actual que permite a las partes consumir la fusión antes de que la autoridad de aplicación en materia de competencia finalice su examen.	60
6.7	Hasta que se cree el Tribunal de Defensa de la Competencia, liberar a la CNDC de la mayor cantidad de influencia política posible.	62
6.8	Continuar y ampliar los efectos para construir una cultura de libre competencia en Argentina.	62
6.9	Desarrollar relaciones efectivas y profesionales con los jueces que conocen de las apelaciones en casos de defensa de la competencia.....	63
6.10	Ampliar la función de la autoridad de defensa de la competencia en los sectores regulados.....	63
	Notas	40
	Referencias.....	72

Recuadros

Recuadro 1.	Carteles.....	16
Recuadro 2.	Abuso de posición dominante	21
Recuadro 3.	Fusiones.....	32
Recuadro 4.	Promoción de la competencia.....	53

1. Cuestiones elementales y contexto

1.1 *Contexto económico*

Argentina es el tercer país más poblado de América del Sur, con una población de alrededor de 40 millones, mucho menor que la de Brasil y algo menor que la de Colombia. Su economía, en términos de PBI, es la segunda más importante en el continente y la 35ta. en el mundo. Situada en el extremo sur de América del Sur, Argentina es asimismo el segundo país más extenso (octavo en el mundo). Los límites del país abarcan una gran diversidad en sus latitudes; el clima es subtropical en el norte y subantártico en el sur. Argentina cuenta con una riqueza de recursos naturales y goza de condiciones beneficiosas para la agricultura; la mayor parte de su producción agrícola se destina a la exportación. Cuenta, asimismo, con una base industrial diversificada y un alto índice de alfabetización, aunque una parte significativa de la población – el 34% en 2005 – se encuentra por debajo del umbral de pobreza. Argentina tiene un sistema de gobierno republicano y federal; la república está dividida en 23 provincias y un distrito federal, que es la ciudad de Buenos Aires. Buenos Aires es sin duda la ciudad más importante del país y una de las más importantes en el mundo. Alrededor del 45% de la población total del país vive en la ciudad y en la provincia de Buenos Aires.

La historia política y económica de Argentina en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial fue particularmente turbulenta. Juan Perón fue el presidente de 1946 a 1955, año en el que fue derrocado por un golpe militar. Hubo luego una sucesión de gobiernos militares y civiles (entre los que se incluyó un breve retorno de Perón), los cuales culminaron en el tristemente célebre régimen militar represor que comenzó en 1976. En 1983, se restableció el gobierno constitucional en el país. La década de los 80, sin embargo, se caracterizó por la hiperinflación. En 1991, el gobierno abordó el problema de la inflación mediante la aplicación del régimen de “convertibilidad”, que consistió en establecer una paridad de uno a uno entre el peso argentino y el dólar estadounidense. La convertibilidad logró su efecto esperado, ya que puso freno a la inflación. Esta consecuencia, combinada con otras reformas económicas agresivas, entre las que se incluyó un ambicioso programa de privatización, generó un período de crecimiento económico y relativa prosperidad, que duró la mayor parte de la década.

Hacia el año 2000, sin embargo, la economía se desequilibró nuevamente. La deuda pública y privada habían explotado; la economía

entró en recesión y creció el desempleo. Si bien la convertibilidad había controlado la inflación, esto tuvo un costo, ya que redundó en un masivo encarecimiento de las exportaciones y el servicio de la deuda. En diciembre de 2001, el monto del *default* de la deuda argentina era de 88 mil millones, la deuda soberana más grande de la historia. En enero del 2002, el gobierno abandonó la convertibilidad, y se registró un marcado descenso del valor del peso a 3,9 con respecto al dólar. Este período se caracterizó por una gran conmoción social y una sucesión de presidentes nacionales. Pero la economía pronto comenzó a recuperarse. Con un fuerte crecimiento de las exportaciones como protagonista, la economía registró un robusto crecimiento del 8-9% en cada uno de los años de 2003 a 2005. El desempleo disminuyó del 21% en 2002 al 10% a fines del 2004. El peso se fortaleció, y llegó a su nivel actual de 3:1.¹

Pero la inflación también regresó. Desde 2001, la inflación acumulada fue del 70% aproximadamente, y la mayor parte de ésta se registró en 2002. La inflación fue del 12% aproximadamente en 2005, sin embargo, y en ese año el gobierno comenzó a adoptar medidas extraordinarias para controlarla. Comenzó a celebrar acuerdos con los participantes del sector privado a fin de coartar su capacidad de aumentar los precios. Estos acuerdos son meras formalidades. No tienen fuerza legal, pero las partes se encuentran bajo una considerable presión política para observar sus términos. En algunos casos, se suscriben con los actores principales de un sector en particular, y en otros casos, con las asociaciones empresariales correspondientes. En general, los participantes aceptan no aumentar los precios durante un período determinado, generalmente un período de meses, con la importante excepción de que pueden trasladar los aumentos en sus costos. A principios de 2006, se suscribieron acuerdos en varios sectores, entre los que se incluyeron: los supermercados (que abarcaron 200 productos), productos lácteos, libros, aceites vegetales, cemento, gaseosas, educación privada, productores de carne, combustibles de transporte, calzado, azúcar, fármacos, otros productos alimenticios, papel y petroquímicos. Estos acuerdos conllevan ciertas implicancias con respecto a la política nacional, que se expondrán más adelante.

1.2 *La ley de defensa de la competencia*

La primera ley argentina de defensa de la competencia fue sancionada en 1923. Sus dos primeros artículos se asemejan bastante a los artículos 1 y 2 de la Ley Sherman estadounidense. Dicha ley fue reemplazada por otra en 1946. Su primer artículo prohibía en general la creación o mantenimiento de un monopolio, y el segundo artículo enumeraba los distintos tipos de conductas que se consideraban comprendidas en el alcance del Capítulo 1,

entre las que se incluían los distintos tipos de prácticas concertadas. La ley fue sancionada por el Ministerio de Comercio. Las dos primeras leyes eran penales y, por lo tanto, preveían sanciones de este tipo. Quizás sea por esto que rara vez se haya procedido a su aplicación. En los 48 años que transcurrieron entre 1933 y 1980, un total de cuatro casos derivaron en sanciones impuestas de conformidad con estas leyes.

La era moderna de aplicación de leyes de defensa de la competencia comenzó en 1980, con la sanción de la Ley 22.262. Sus dos artículos de fondo se basaron en los Artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. La ley no regulaba en forma separada el control de las fusiones; técnicamente, las fusiones quedaban sujetas a las disposiciones en materia de conductas anticompetitivas, pero en la práctica esto no fue así. Por primera vez, la aplicación de la ley se tramitaba por vía administrativa; las sanciones previstas incluían multas y órdenes administrativas. La ley creó el primer organismo de aplicación de las leyes de defensa de la competencia, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), que desempeñaba, sin embargo, un papel meramente consultivo. Después de una investigación exhaustiva de la conducta en cuestión, la CNDC presentaba sus recomendaciones a un ministro del gobierno (que inicialmente era el Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales), que emitía la resolución final, apelable judicialmente. La aplicación de la ley fue esporádica a lo largo de la década de los 80, pero su intensidad aumentó a mediados de los 90, debido al protagonismo de las reformas de mercado introducidas a principios de la década.

La ley argentina actual en materia de competencia, la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, fue sancionada en 1999.² Las dos innovaciones más importantes que la ley presentaba fueron la introducción de un control formal de fusiones y la creación de un nuevo organismo autárquico de aplicación de la ley, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (Tribunal).³ La ley establecía que el Tribunal, un cuerpo plenamente independiente integrado por siete miembros, sería designado por el presidente del país por concurso público ante un jurado especialmente designado.⁴

Desafortunadamente, el Tribunal no se llegó a constituir. Existe un proceso atípico e híbrido: las disposiciones de fondo de la ley de 1999, que incluyen el control de las fusiones, tienen plena vigencia, pero las aplica la CNDC. Los procedimientos y facultades otorgadas al Tribunal por la ley son ejercidos por la CNDC, con la importante salvedad de que la CNDC continúa desempeñando un papel meramente consultivo, desenvolviéndose en el marco de un ministerio gubernamental. Sus decisiones deben ser ratificadas por una secretaría del Ministerio de Economía y Producción. Hasta 2003, la secretaría se denominaba Secretaría de la Competencia,

Desregulación y Defensa del Consumidor; en la actualidad se denomina Secretaría de Coordinación Técnica. Esta situación genera una inseguridad tanto de fondo como administrativa, lo cual se explicará con mayor detalle más adelante en la Sección 3.

2. Cuestiones de fondo: contenido y aplicación de la ley de defensa de la competencia

2.1 *Conductas*

Los artículos 1 y 2 del Capítulo I de la ley 25.156 establecen los estándares que rigen las conductas anticompetitivas conforme a la ley. Los dos artículos no están organizados individualmente en función de los acuerdos y acciones concertadas por un lado y abuso de posición dominante por el otro. El artículo 1 contiene una prohibición general de conductas anticompetitivas, a saber:

Están prohibidos (...) los actos o conductas (...), relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia (...) o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

El estándar operativo establecido en el artículo 1 es el perjuicio real o potencial para el “interés económico general”. La CNDC afirma que aplica este estándar como si fuera en su mayor parte equivalente al bienestar del consumidor. Cita a dos fuentes para esta interpretación: Los Lineamientos para el Control de Concentraciones Económicas adoptados en el 2001⁵ (la disposición de control de concentraciones económicas prevista en el Capítulo III, artículo 7 de la ley, contiene el mismo estándar legal), y un fallo del 2002 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el tribunal supremo del país, en un caso de abuso de posición dominante.⁶ Se considera que otros factores tales como el bienestar de los productores,⁷ la “justicia” y el crecimiento económico no son los objetivos primarios de la ley de defensa de la competencia, aunque ciertos beneficios económicos como estos son la consecuencia inevitable de las mejoras generadas por la aplicación del estándar de bienestar del consumidor.⁸

El artículo 2 enumera las prácticas específicas que resultan ilegales si tienen el efecto que prohíbe el artículo 1, pero la enumeración no es taxativa. Las conductas no enumeradas en el artículo 2 pueden vulnerar la ley si tienen el mencionado objeto o efecto anticompetitivo. Entre las prácticas enumeradas por el artículo 2, se incluye:

- acuerdos horizontales: fijación de precios o producción, asignación de mercados, concertación de posturas en las licitaciones o concursos, intercambio de información y restricción de desarrollos innovadores;
- prácticas verticales: imposición de condiciones “atadas” y pactos de exclusividad; la fijación de precios de reventa no está expresamente prohibida, pero se podría considerar una violación del artículo 1;
- comportamiento como única empresa: obstaculización a la entrada de terceras personas en un mercado o exclusión de éste; discriminación, denegatoria injustificada a satisfacer pedidos o hacer negocios “en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate” y fijación de precios predatorios.

2.1.1 *Acuerdos horizontales*

Como se aclaró anteriormente, la CNDC desempeñó un papel mucho más activo a mediados y fines de la década de los 90, pero esto no se vio reflejado en los casos relativos a los carteles. Se dieron varios casos que involucraron restricciones horizontales en el sector de la salud: existieron asociaciones de prestadores de servicios médicos con posición dominante en varias regiones del país. Estas asociaciones controlaban efectivamente el ingreso en sus mercados respectivos mediante acuerdos exclusivos. En una serie de casos, la CNDC recomendó, y la Secretaría aprobó, la eliminación o modificación de la exclusividad, y en algunos casos la aplicación de multas.⁹ Hubo otros casos que implicaron la fijación de precios conjunta por parte de asociaciones de prestación de servicios médicos. Esta serie de casos hizo que la CNDC llevara a cabo un profundo estudio del mercado argentino de la salud y emitiera una serie de lineamientos que se aplicarían a la competencia en la industria. Estos lineamientos proporcionan un análisis competitivo de varias prácticas que se verificó que existen en la industria y establecieron ciertos parámetros – generalmente menores del 25% del mercado correspondiente – dentro de los cuales ciertas actividades colectivas desarrolladas por los prestadores y los clientes son presuntamente admisibles.¹⁰

En el período de cinco años 2001-2005 se resolvieron un total de apenas 12 casos de acuerdos horizontales no relacionados con los servicios médicos (las resoluciones incluyen una recomendación de la CNDC y una decisión final de la Secretaría de Coordinación Técnica). De estos casos, cuatro derivaron en la aplicación de sanciones. Un caso en el cual no se determinó la existencia de violación a la ley, resuelto en el año 2001, se relacionó con reducciones simultáneas, por parte de tres líneas aéreas internacionales, de las comisiones que le abonaban a los agentes de viaje. Si bien las

denunciadas incurrieron en conductas paralelas, no se produjeron pruebas independientes de que hubo acuerdo, y no se consideró que las acciones de las denunciadas no guardaron coherencia con la acción independiente.

Se sancionaron dos acuerdos de fijación de precios en el 2003. Uno de ellos involucraba a cuatro distribuidores de gas licuado de petróleo en la ciudad de San Carlos de Bariloche durante un breve período en 1998. Las pruebas en el caso fueron circunstanciales en su mayor parte. Se les impuso a los cuatro denunciados una multa total de USD 150 000. En el segundo caso, varios productores de arena de construcción en la ciudad de Paraná formaron una cooperativa a través de la cual vendían su producción de manera conjunta durante el período 1999-2001. Las pruebas demostraron que el precio de la arena había caído de manera significativa antes de la formación de la cooperativa, y el objeto del acuerdo era restablecer el precio a los niveles anteriores. La Comisión exigió que cesara la fijación de precios conjunta e impuso una multa a los productores de arena de un total de USD 450 000. (La Secretaría aceptó prácticamente la totalidad de las recomendaciones de la CNDC en los últimos años. Por ello, toda referencia que se haga en este informe a las decisiones de la Comisión significa que éstas también fueron aprobadas por la Secretaría.)

En julio de 2005, se resolvieron dos importantes casos de cartelización. Uno de ellos implicó cemento y el otro oxígeno líquido para uso medicinal.

La ley de defensa de la competencia le concede al organismo respectivo las suficientes herramientas investigativas anticartel. Como se observó en las descripciones de los casos anteriores, puede efectuar allanamientos. La Comisión debe obtener la aprobación judicial antes de proceder al allanamiento. Los allanamientos sorpresa produjeron resultados efectivos en el caso del oxígeno. Se obtuvo la aprobación de tres jueces distintos, lo cual era necesario por las distintas ubicaciones de las cuatro empresas. Los allanamientos se efectuaron simultáneamente, procediéndose con una estrecha coordinación. Expertos informáticos acompañaron a los investigadores, y pudieron obtener pruebas electrónicas de alta relevancia. El organismo puede asimismo citar a los funcionarios y solicitar que aporten pruebas, también se recurrió a estos procedimientos en el caso del oxígeno. Cabe aclarar, sin embargo, que la resolución de los casos llevó bastante tiempo – seis años en el caso de las cementeras y más de tres en el caso del oxígeno.¹¹ Además, ambos casos se encuentran actualmente en una instancia judicial de apelación.

Recuadro 1. Carteles

El caso del cemento

Se acusó a seis cementeras de haber elaborado un esquema de distribución de mercado por un período de casi 20 años. La investigación comenzó en 1999, a raíz de la publicación de un artículo periodístico en el que se describían las actividades de cartelización. La fuente de la información fue, presuntamente, un ex empleado de una de las cementeras. Dado que la fuente no fue efectivamente identificada, la información contenida en el artículo no pudo ser usada en su totalidad, pero la publicación dio lugar a una investigación, que derivó en la producción de pruebas suficientes de la conducta.

La mayoría de las pruebas eran circunstanciales. El acuerdo fue coordinado por la asociación empresarial de la industria, la Asociación de Fabricantes de Cemento Portland – AFCP. Sus miembros intercambiaron información detallada, actual y específica de las compañías sobre su producción, despachos y ventas. Los documentos obtenidos de los archivos de la asociación – la CNDC llevó a cabo un allanamiento sorpresa en la AFCP, pero no lo hizo en las empresas asociadas – indicaban que los miembros consideraban que la información era de gran importancia para ellos. Había referencias a la información como una “herramienta” que era inútil si se producía “fuera de término”, ya que perdería su “valor”. Se celebraron reuniones ocasionales de los representantes de las cuatro empresas – el allanamiento sorpresa generó pruebas de que las reuniones se llevaron a cabo, pero no de los contenidos de las discusiones.

En tres oportunidades, la AFCP realizó auditorías de la información presentada por las empresas. Estas auditorías coincidían temporalmente con los supuestos acuerdos celebrados entre las empresas sobre la distribución de los mercados. Hubo pruebas de que en una ocasión el cartel castigó a un productor que se apartó del acuerdo: los miembros del cartel “invadieron” colectivamente el territorio en el cual giraba la empresa tramposa – en la distante Patagonia – lo que provocó la pérdida de su cuota de mercado. Luego se retiraron de ese mercado. Asimismo, se encontraron algunas pruebas de acuerdos de fijación de precios en la industria.

Se aplicó una multa de USD 106 millones a cinco de los seis productores, una multa récord en el marco de la ley actual de defensa de la competencia.

Oxígeno líquido

La investigación, iniciada en el 2001, se produjo a raíz de denuncias de los hospitales de que no podían contratar con proveedores de la competencia para el suministro de oxígeno líquido. Solían recibir ofertas únicamente del proveedor incumbente; en otros casos, cuando se presentaban ofertas de la competencia, el proveedor incumbente era el mejor postor. Las quejas derivaron en que la Secretaría de la Competencia, Desregulación y Defensa del Consumidor (la predecesora de la Secretaría de Coordinación Técnica) instruyera a la CNDC para que comenzara una investigación.

El mercado para este producto era altamente concentrado, y entrar en él era difícil. Había, de hecho, solamente cuatro proveedores. La CNDC efectuó allanamientos sorpresa en las cuatro empresas, con resultados altamente efectivos, en tanto se produjeron contundentes pruebas documentales y electrónicas de distribución de clientes y fijación de precios en un período de cinco años. Se impuso una multa total de USD 24,3 millones a las cuatro denunciadas.

La ley de defensa de la competencia establece la aplicación de multas de hasta ARS 150 millones (que en la actualidad equivale a USD 50 millones) por conductas violatorias.¹² Dichas multas pueden duplicarse en caso de reincidencia. Los factores tenidos en cuenta al calcular las multas incluyen las pérdidas en las que hubieran incurrido las víctimas de la conducta y las ganancias obtenidas por los denunciados a partir de su conducta. Las multas aplicadas en los dos casos mencionados fueron altas en términos históricos, pero salvo en el caso del líder del cartel del cemento, no alcanzaron el tope máximo. Cabe aclarar que la inflación ha eliminado en grado significativo el máximo de 150 millones y para aplicar una multa superior sería necesario modificar la ley. Por último, la ley permite la aplicación de multas a personas físicas por conductas violatorias, sujetas al mismo tope máximo, que no fueron aplicadas en los últimos casos.

En Argentina, no hay una norma que sancione conductas *per se*. Debe demostrarse que las violaciones configuran el perjuicio al “interés económico general”. Los funcionarios del organismo, sin embargo, no ven en la falta de una norma que sancione una conducta violatoria *per se* un impedimento a sus esfuerzos anticartel.

Existen sospechas, confirmadas extraoficialmente por fuentes del sector privado, de que las actividades de carteles son moneda corriente en Argentina. Si esto es así, puede obedecer en parte a que la comunidad empresarial no se encuentra totalmente al tanto de que dichas conductas son ilícitas y que podrían llevar a la aplicación de sanciones considerables. En este sentido, algunas de las conductas de cartel, si es que, en efecto, existen, son “ingenuas”¹³. Puede, asimismo, haber dudas acerca del compromiso por parte de la autoridad de defensa de la competencia con sus esfuerzos anticartel. Los casos mencionados de las cementeras y el oxígeno son muy importantes al respecto, en tanto envían las señales correctas a los empresarios y al público. Pero estas decisiones fueron recibidas con mucho escepticismo en algunos sectores; algunos las interpretaron en el sentido de que meramente forman parte de los esfuerzos antiinflacionarios del gobierno. Estas decisiones no se traducen, a los ojos de estos observadores, en un verdadero esfuerzo por parte de la autoridad de aplicación de perseguir y sancionar las conductas de cartelización como infracciones graves de por sí. Para corregir esta impresión, en la medida que exista,

resulta una necesidad obvia que las autoridades sigan persiguiendo a los carteles.

Ha sido difícil para la Comisión desarrollar un programa anticartel efectivo. La herramienta más eficaz, los allanamientos, fue usada sólo en algunos casos. La percepción es que son muy difíciles de llevar a cabo, y además insumen una abundancia de recursos. No se han implementado programas de indulgencia, y hacia principios del año 2006, no se habían dado pasos significativos para crearlos. El alto grado de rotación de personal, descrito con mayor detalle más adelante, trae como consecuencia una falta de memoria institucional, que resulta de gran importancia en los esfuerzos anticartel. Las investigaciones al respecto requieren técnicas altamente especializadas y sofisticadas, que solamente pueden desarrollarse a través de la experiencia.

2.1.2 Restricciones verticales

Las restricciones verticales están comprendidas en los artículos 1 y 2 de la ley de defensa de la competencia, como se observó anteriormente. La CNDC indica que en el período 2001-05 se resolvieron únicamente tres casos de prácticas verticales, de los cuales ninguno derivó en la aplicación de sanciones. Sin embargo, muchos de los casos de abuso de posición dominante de la CNDC implicaron prácticas verticales, los cuales se exponen en la próxima sección.

2.1.3 Abuso de posición dominante

La definición de “posición dominante” surge de los artículos 4 y 5 del Capítulo II. Esta definición guarda coherencia con las que proponen otras leyes similares. El artículo 4 contiene la definición general de posición dominante: cuando una empresa es la única oferente o demandante en un mercado, cuando “no está expuesta a una competencia sustancial” o cuando “por el grado de integración vertical u horizontal” está en condiciones de excluir a un competidor o participante del mercado. La mención de integración “horizontal” se interpreta como una situación en la cual múltiples empresas tienen un único propietario o grupo de propietarios. El artículo 5 establece tres factores a tener en cuenta a la hora de determinar la existencia de posición dominante: el grado en que el bien o servicio de que se trate es sustituible por otro, ya sea de origen nacional como extranjero; el alcance de las restricciones normativas en el mercado de que se trate; y el grado en el que una empresa puede influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento.

Como se aclaró anteriormente, el artículo 1 de la ley de defensa de la competencia prohíbe específicamente el “abuso de posición dominante”, y el artículo 2 describe algunas de las prácticas verticales y de exclusión que podrían configurar una violación del artículo 1. No hay una prohibición específica de prácticas explotativas por parte de empresas dominantes, pero queda claro que dicha conducta puede ser atacada en virtud de la ley de defensa de la competencia.

El grueso de los casos de conductas anticompetitivas de la CNDC se clasifica como casos de posición dominante. El organismo tiene registrado un total de 95 casos de posición dominante resueltos en el período 2001-05, cinco de los cuales derivaron en la aplicación de sanciones. Como se expondrá más adelante, la ley de defensa de la competencia permite que los particulares presenten una denuncia ante la Comisión, y ésta tiene la obligación de considerarla. La mayoría de estas denuncias implican acusaciones de abuso de posición dominante, pero la mayoría no alcanza el nivel de violaciones de la ley.

Algunas de las denuncias implican acusaciones de fijación de precios predatorios. La CNDC aplica específicamente estándares restrictivos al análisis de precios predatorios. Uno de los casos más importantes al respecto que fue considerado por la Comisión fue el de *Impsat*, resuelto en el año 2004.¹⁴ La denunciante, prestadora de servicios de transmisión de datos, alegó que uno de los prestadores del servicio de telefonía fija que operaban en el mercado fijaba precios a sus servicios competitivos por debajo del costo. La cuestión principal era la medida del costo correspondiente, y específicamente la medida en la cual los costos de operación de la red de telefonía fija debían atribuirse al costo del servicio de transmisión de datos.¹⁵ La Comisión adoptó un enfoque conservador respecto de los costos correspondientes, excluyendo los costos de red relacionados con la prestación del servicio de telefonía básica. Concluyó que los precios del operador principal no eran predatorios.

Se dieron otros casos de abuso de posición dominante en el sector de la televisión por cable. Hay competencia en los servicios de televisión por cable en varios mercados geográficos de Argentina. Asimismo, hay cierto grado de integración vertical entre los operadores de cable y los proveedores de contenidos televisivos, lo que dio lugar a denuncias de discriminación por parte de los operadores de cable no integrados contra sus rivales verticalmente integrados respecto de la provisión de contenidos televisivos.¹⁶

Uno de los casos de la CNDC en el sector de televisión por cable iniciado de oficio por la Comisión y resuelto en 2001 implicó el mantenimiento del precio de reventa en la transmisión de partidos de

fútbol.¹⁷ Dos cadenas televisivas de deportes, cada una de ellas con derecho a televisar los partidos nacionales de fútbol, celebraron contratos con las prestadoras del servicio de televisión por cable en la Capital Federal y el Gran Buenos Aires, los cuales fijaban los precios que los operadores de cable cobraban a sus clientes por recibir la transmisión de los partidos. Los operadores de cable aparentemente se reunieron conjuntamente con las cadenas y aceptaron estos términos. La CNDC rechazó los descargos de los denunciados, entre quienes se incluían a las cadenas y los operadores de cable, al determinar que su conducta tuvo el efecto de eliminar la competencia en la emisión televisiva de los partidos de fútbol. La Comisión emitió una orden de cese de la conducta e impuso multas de USD 529.289 a las cadenas y montos menores a los operadores de cable. La decisión fue, sin embargo, revocada en segunda instancia, y actualmente el caso está siendo analizado por la Corte Suprema.¹⁸

El caso más importante de abuso de posición dominante resuelto por la CNDC hasta la fecha fue el caso *YPF*.

La decisión del caso *YPF* es un claro ejemplo de un caso basado en el abuso explotativo de la posición dominante. Algunos sectores la criticaron por esa razón, dado que muchos expertos consideran que los casos de abuso explotativo son improvisados, en tanto resulta difícil determinar cuándo un precio se considera “explotativo”, así como encausar adecuadamente la conducta.¹⁹ Otros, sin embargo, defendieron el caso en el sentido de que está basado en una serie reducida de hechos – que implican una discriminación de precios – que, se dice, pueden constituir el objeto de una orden correctiva efectiva. Aparentemente, no hubo otros casos en los cuales se sancionara al abuso explotativo de posición dominante,²⁰ aunque el gobierno argentino ha participado últimamente de manera más directa en la fijación de precios, como se expondrá más adelante.

2.1.4 *Procedimiento en los casos de conductas anticompetitivas*

El procedimiento que se aplica a los casos de conductas competitivas se establece en los artículos 26 a 45 del Capítulo IV de la ley de defensa de la competencia. Las investigaciones respectivas se inician ya sea de oficio por la Comisión o a raíz de una denuncia. La Comisión puede asimismo abrir una investigación a pedido de la Secretaría, lo que constituye otra forma de procedimiento de oficio, como se explica más adelante en la parte 3.3. La mayoría de las investigaciones de conductas anticompetitivas, sin embargo, se inician a raíz de una denuncia. La Comisión debe considerar todas las denuncias.

Recuadro 2. Abuso de posición dominante

Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF)²¹

El caso, resuelto en el año 1999, fue iniciado de oficio por la CNDC luego de llevar a cabo un estudio profundo del mercado del gas licuado de petróleo (GLP). La investigación fue motivada por los continuos aumentos del precio del GLP, una fuente de energía esencial para muchas residencias, a mediados de los 90. El mercado relevante fue definido como el de abastecimiento a granel de GLP a nivel nacional. Se fijó efectivamente el abastecimiento de GLP, en tanto se trata de un subproducto de la producción de gas natural. Se determinó que YPF, la petrolera que estaba en manos del Estado,²² se estaba comportando como empresa dominante en todas las fases de producción y abastecimiento de GLP, entre las que se incluye la producción, refinería, almacenaje y transporte de gas natural. Se consideró que la entrada al mercado era difícil, por lo que las importaciones no constituían una restricción respecto de los productores domésticos.

La conducta objeto del caso fue la práctica de YPF de exportar lo que se consideraba un volumen desproporcionado de su producción a precios inferiores a sus precios domésticos. Asimismo, sus contratos de exportación prohibían la reimportación del producto. La CNDC concluyó que dicha conducta perjudicaba el interés económico general y por lo tanto era ilícita. La Comisión ordenó el cese de la discriminación de precios en la que incurrió YPF entre los mercados domésticos y de exportación, y asimismo que eliminara la prohibición a la reimportación de sus contratos de exportación. Conforme a la ley aplicable al caso, a YPF se le podía imponer una multa en un monto equivalente al 120% de los beneficios obtenidos a partir de su conducta ilícita. La CNDC determinó que los beneficios obtenidos ilícitamente durante el período relevante fueron de USD 91.370 000, lo que tuvo como resultado una multa de USD 109.644 000.

La decisión de la CNDC, aceptada por la Secretaría de Industria, Comercio y Minería, fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.²³

La ley indica la información que debe figurar en la denuncia. Si la Comisión estima que la denuncia es procedente conforme a la ley, correrá traslado por diez días al presunto responsable para que dé las explicaciones correspondientes (todos los plazos previstos por la ley se establecen en días hábiles). Recibida la contestación, la Comisión puede considerar satisfactorias las explicaciones o que no hay mérito suficiente para continuar con el procedimiento; en ambos casos se dispone el archivo de la denuncia. No obstante muchas denuncias avanzan más allá de esta etapa.

Cada caso es asignado a un único vocal, encargado de la instrucción. Asimismo, se asigna al menos un abogado y un profesional en ciencias económicas a cada caso. Como se expuso anteriormente, la CNDC cuenta

con amplias facultades investigativas. Son bastante comunes las audiencias testimoniales. Estas se llevan a cabo ante el vocal correspondiente. Se notifica al denunciado de la audiencia y éste puede recibir declaración de los testigos. La ley, con su decreto reglamentario, establece que la instrucción deberá realizarse dentro de un plazo de 180 días contados desde el momento en que se resuelva la procedencia de la instrucción del sumario. Si al presunto responsable se lo acusa de violar la ley, tiene un plazo adicional de 15 días para efectuar su descargo y ofrecer la prueba que considere pertinente. Las pruebas se pueden producir en un plazo máximo de 90 días. El plazo para que el presunto responsable presente sus alegatos es de 6 días, y la CNDC debe emitir su decisión dentro de un plazo de 60 días.

Concluida la instrucción, el abogado o profesional en ciencias económicas asignado elabora un informe bajo la supervisión del vocal instructor, que deberá estar firmado por el vocal y ser refrendado por el jefe de abogados y el jefe de economistas, y que deberá ser presentado al pleno de la Comisión. Las reuniones de la Comisión no son públicas. Las decisiones de la Comisión requieren una mayoría de tres funcionarios de la comisión (la Comisión está integrada por cinco miembros, incluido el presidente). Tras llegar a un acuerdo, se elabora una recomendación, que es presentada a la Secretaría de Coordinación Técnica.

La Comisión tiene, en los casos de conductas anticompetitivas, la facultad de emitir órdenes preliminares a efectos de impedir conductas potencialmente perjudiciales durante la etapa previa a su pronunciamiento final. El artículo 35 de la ley de defensa de la competencia establece que:

El Tribunal en cualquier estado del procedimiento podrá imponer el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de la conducta lesiva. Cuando se pudiese causar una grave lesión al régimen de competencia podrá ordenar las medidas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir dicha lesión.

La CNDC emitió activamente dichas órdenes. En el período de cuatro años comprendido entre 2001 y 2004, emitió las órdenes previstas en el artículo 35 en 26 casos. Estas medidas son apelables en sede judicial, y de hecho, muchas de ellas son objeto de apelación, pero la apelación en este caso tiene efecto devolutivo.

Un particular que inicia un caso a través de una denuncia goza del derecho absoluto de participar en el proceso, lo que incluye el derecho de apelar las decisiones de la Comisión. La ley establece asimismo la posibilidad de participación de otros particulares interesados en el proceso. La práctica de la CNDC consiste en limitar esta participación de terceros a la capacidad de observar el procedimiento y presentar pruebas.²⁴ Hasta la fecha, esto ocurrió solamente en casos contados.

Las estadísticas de la comisión demuestran que la cantidad de casos de conductas anticompetitivas iniciados por año supera la cantidad de casos concluidos. A continuación, se incluyen los datos correspondientes a los casos abiertos y resueltos en el período 2001-05

Tabla 1. Casos abiertos y resueltos 2001-2005

	2001	2002	2003	2004	2005
Casos abiertos	116	120	79	77	84
Casos resueltos	21	33	20	29	49
Casos sancionados o conciliados	3	5	3	2	7

Por lo tanto, aunque haya períodos establecidos para la conclusión de los casos, muchos permanecen en trámite por períodos más extensos. Esto se debe a varios motivos. En primer lugar, el motivo principal es la falta de recursos a disposición de la Comisión para tratar la cantidad de casos en trámite, cuestión que se expondrá más adelante en la Sección 3. Un segundo motivo importante es que las fusiones gozan de prioridad temporal respecto de los casos de conductas anticompetitivas; la gran cantidad de casos en materia de fusiones de la Comisión ha ocasionado que los casos relativos a conductas anticompetitivas pasaran a un segundo plano. Asimismo, en el caso de dos períodos en 2003 y 2004 la Comisión contaba con tres miembros solamente, incluido el presidente. Esto contribuyó inevitablemente a la acumulación de los casos. En 2005, sin embargo, la Comisión logró resolver más casos que en los años anteriores, y sigue esforzándose para reducir la cantidad de casos pendientes.

Otro factor que contribuye a la lenta resolución de casos en materia de conductas anticompetitivas podría ser el hecho de que los procesos de tramitación de los casos presenten ciertas ineficiencias. Se requiere que la Comisión considere todas las denuncias presentadas por los particulares. Tiene cierto margen de discreción para decidir si ha de dar curso a las denuncias que exceden claramente el alcance de la ley de defensa de la competencia, o que no contengan los datos exigidos por la ley. En el período 2002-04, alrededor del 44% de los casos resueltos en materia de conductas anticompetitivas fueron concluidos de manera sumaria. En el resto de los casos, sin embargo, la Comisión elabora un informe formal y una recomendación para la Secretaría de Coordinación Técnica. Estos trámites obviamente insumen recursos y llevan más tiempo. Dado que la gran mayoría de los casos no deriva en la aplicación de sanciones o dictado de

órdenes, surge la cuestión de si debería ser necesario que la Comisión y la Secretaría resuelvan estos casos de manera tan formal.

Se presenta la misma cuestión con respecto a los casos de la Comisión en materia de fusión, la mayoría de los cuales no tratan asuntos competitivos. Existen razones válidas que sustentan tal formalidad, siendo la principal los beneficios de la transparencia en un país en el que persiste cierto escepticismo con respecto a la honestidad del gobierno. Esas cuestiones serán tratadas más adelante en la sección sobre fusiones.

2.1.5 *Competencia desleal y defensa del consumidor*

La mayoría de las conductas que se consideran equivalentes a la competencia desleal están sujetas a una ley distinta, la Ley de Lealtad Comercial Nro. 22.802, que no es aplicada por la CNDC. Sin embargo, la Secretaría de Coordinación Técnica es responsable respecto de dicha ley, y el organismo al que se le delegaron las responsabilidades de aplicación de la ley es la Dirección Nacional de Comercio Interior. La ley 22.802 regula, entre otras cosas, las cuestiones relativas a la precisión en el etiquetado de los productos, publicidad falsa o engañosa, denominaciones del país de origen, y las promociones que impliquen el ofrecimiento de premios o juegos de azar. En el 2005, hubo un total de 505 intervenciones motivadas por presuntas violaciones de la ley.

La misma situación se da en el caso de temas de defensa del consumidor, los cuales están regulados por una ley distinta, la Ley de Defensa del Consumidor Nro. 24.240. La responsabilidad por esta ley corresponde a la Secretaría de Coordinación Técnica, y las actividades iniciales tendientes a su aplicación están a cargo de la Dirección Nacional de Comercio Interior. La ley contiene disposiciones detalladas que se aplican a una gran cantidad de tipos de conductas de mercado, tales como el suministro de información insuficiente, incumplimientos contractuales, garantías defectuosas, servicio técnico insuficiente, reparaciones no satisfactorias, omisiones en la presentación de presupuestos, requisitos relativos al suministro de información en las operaciones de crédito, entre otras cuestiones. Entre las sanciones por inobservancia de la ley se incluyen tanto medidas correctivas como multas. En 2005, hubo un total de 355 casos que derivaron en sanciones conforme a la ley.

Los casos de competencia desleal y de defensa del consumidor basados en las leyes respectivas pueden ser iniciados mediante denuncias privadas presentadas en las oficinas provinciales de defensa del consumidor. Las denuncias consideradas procedentes son reenviadas con recomendaciones a la Secretaría de Coordinación Técnica. Eventualmente, la Secretaría puede percibir una posible violación de la ley de defensa de la competencia y por

lo tanto someter la cuestión a consideración de la CNDC. La mayoría de las veces, casos de este tipo implican acusaciones de fijación de precios predatorios. La CNDC resolvió 14 casos de esa índole en 2001-05, ninguno de los cuales derivó en la aplicación de sanciones.

2.2 *Fusiones*

El control formal de las fusiones fue introducido con la sanción de la Ley 25.156 en 1999.²⁵ Los artículos 6 a 16 del Capítulo III se refieren al control de las fusiones. El estándar de fondo se enuncia en el artículo 7:

Se prohíben las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

2.2.1 *Notificación*

El artículo 8 de la ley establece los requisitos de notificación.²⁶ Las operaciones deben ser notificadas a la CNDC cuando el volumen de negocios total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma de ARS 200 000 000 [USD 67 000 000].²⁷ En la actualidad, no se aplican cargos por notificación. El artículo 10 de la ley enumera algunas operaciones que están exentas de la obligación de notificación establecida en el artículo 8. Dichas operaciones son las siguientes:

- las adquisiciones de empresas de las cuales el comprador ya poseía más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones;
- las adquisiciones de bonos, debentures, acciones sin derecho a voto o títulos de deuda de empresas;
- las adquisiciones de una única empresa por parte de una única empresa extranjera que no posea previamente activos o acciones de otras empresas en Argentina
- las adquisiciones de empresas liquidadas;
- las adquisiciones cuando el monto de la operación y el valor de los activos situados en la República Argentina no superen los ARS 20 000 000 [USD 6 700 000], salvo que en el plazo de 12 meses anteriores se hubieran efectuado operaciones que en conjunto superen dicho importe, o el monto del total de dichas adquisiciones en los últimos 36 meses supere los ARS 60 000 000 [USD 20 000 000]. Las operaciones sujetas a las acumulaciones de 12 y 36 meses deben haberse verificado en el mismo mercado.

La última excepción, que efectivamente crea un umbral de “tamaño de la operación” de ARS 20 millones, fue agregada por decreto en 2001.²⁸ Éste fue un agregado importante, sin el cual las adquisiciones, por más que fueran pequeñas, por parte de una empresa importante daban lugar a la regla de tamaño de las partes de ARS 200 millones. Esto traía aparejada una gran cantidad de notificaciones, muchas más de 100 por año en 1999 y en 2000. En razón de lo anterior, la capacidad de la CNDC de prosecución de casos en materia de conductas anticompetitivas se vio sobrepasada, dado que tenía que ocuparse de una gran cantidad de fusiones. El efecto de la modificación de 2001 fue considerable. La cantidad de notificaciones descendió de 97 en 2001 a 27 en 2002 (sin embargo, la disminución no obedeció a la modificación exclusivamente. La crisis económica argentina tuvo lugar en el mismo año 2002, y esto afectó las actividades de fusión en el país, sumado a una baja mundial de las actividades de fusión). Pero la cantidad de notificaciones ha aumentado cada año desde entonces, llegando a un total de 65 en 2005. Aparentemente, la aplicación por parte de la Comisión de las disposiciones de la ley relativas a las conductas anticompetitivas se está viendo limitada por sus obligaciones de revisión de las fusiones. Puede que el umbral de los ARS 20 millones, establecido en 2001, sea ahora demasiado bajo, al haberse diluido por la inflación.

La CNDC ha creado un proceso de consulta previa respecto de la obligación de notificar del que se pueden valer las partes involucradas en una fusión. El sector privado considera que este proceso resulta de utilidad y que la Comisión lo administra de manera efectiva. Una de las quejas del sector privado al respecto es que en las solicitudes de consulta ya no se pueden plantear casos hipotéticos; en su lugar, debe divulgarse la operación real. Algunas partes no desean hacerlo por razones tanto comerciales como estratégicas. Se efectuaron aproximadamente 220 procesos de consulta desde 1999.

El artículo 8 exige que la notificación se efectúe en el plazo de una semana a partir de “la fecha de la conclusión del acuerdo [de fusión], la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control”, la que ocurra en primer término. Se ha precisado por decreto cuál es exactamente la fecha a partir del cual se comienza a computar el plazo de una semana: la fecha en la que se suscribe el acuerdo definitivo de fusión, conforme a lo previsto en otra ley; en el caso de transferencias de fondos de comercio, la fecha de perfeccionamiento de la transferencia, también de acuerdo a lo previsto en la respectiva ley; en el caso de adquisición de acciones o de la propiedad, el día en que quedara perfeccionada la adquisición de acuerdo con el contrato de compraventa; o en otros casos, en la fecha de perfeccionamiento de la operación conforme a la definición legal.²⁹ En caso de incumplimiento de estos plazos de

notificación, se aplicará una multa diaria de hasta ARS 1 000 000 [USD 333 000] por cada día de demora.

Del texto del artículo 8 se desprende que, según la fecha en la que comienza a correr el plazo mencionado, las partes que participan en una fusión pueden haber consumado la operación antes de efectuar la notificación respectiva. En todo caso, no hay requisitos explícitos en la ley en el sentido de que las partes se abstengan de consumir la operación luego de efectuar la notificación. Por otro lado, el artículo 8 dispone que “los actos [interpretados como la implementación de la operación] sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 13 y 14 de la presente ley, según corresponda”. Los artículos 13 y 14 establecen los procedimientos de aprobación de la fusión por parte de la autoridad competente. Por ello una fusión no tiene efecto legal alguno hasta tanto no cuente con la aprobación correspondiente, aunque técnicamente la operación se hubiera consumado.

La comunidad empresarial ha interpretado estas disposiciones algo incoherentes de la ley en el sentido de que crean un régimen por el cual las partes que consuman una operación de fusión lo hacen a su propio riesgo. Algunas operaciones se consuman antes de su aprobación (como se explicará más adelante, la aprobación suele llevar un mínimo de tres a cuatro meses). Se dan por lo general casos de fusiones sencillas, es decir, aquellas respecto de las cuales casi no cabe duda acerca de su aprobación. Es aconsejable para las partes involucradas en una operación problemática desde el punto de vista de la competencia que no consumen la operación antes de su aprobación, o si existen razones comerciales por las cuales la consumación formal no puede postergarse (por ejemplo, en razón de que la fusión forma parte de una operación internacional sujeta a una oferta pública en el extranjero), las partes podrían consumir la operación pero dilatando la implementación de la fusión hasta que se obtenga la aprobación.

Como se expuso en la parte 2.1.4, el artículo 35 de la ley de defensa de la competencia faculta a la Comisión a emitir órdenes preliminares en el transcurso de un caso o investigación “... cuando se pudiera causar una grave lesión al régimen de competencia”. Hasta ahora, este tipo de medida fue adoptada solamente en los casos de conductas anticompetitivas. Obviamente, podrían resultar de utilidad también en los casos de fusiones; la Comisión podría aumentar su capacidad de adoptar medidas correctivas efectivas emitiendo órdenes en un caso problemático que prohíban la consumación de las operaciones cuya revisión esté pendiente, o en el caso de que se hubiera consumado la operación, dichas órdenes podrían prohibir la integración de las empresas de las partes (“titularidad separada”). La Comisión discutió esta posibilidad en 2002, con relación a las fusiones

aeroportuarias descritas más adelante, pero llegó a la conclusión de que no estaba facultada legalmente para aplicar esta medida en los casos de fusión.

En todo caso, son pocas las operaciones que fueron totalmente desaprobadas por las autoridades. La mayoría de los casos en los cuales existen problemas de competencia se resuelven por medio de las desinversiones. No queda claro si este fenómeno se debe a la inexistencia de un régimen de notificación previa a las fusiones. Los funcionarios de la CNDC no sienten que los procedimientos actuales los colocan en una posición desventajosa a la hora de adoptar una medida efectiva respecto de la relativamente baja cantidad de operaciones que se consideran anticompetitivas.³⁰

Un caso en el que se prohibió una fusión consumada fue el que involucró la adquisición de una empresa aérea que controlaba el 40% de los servicios aéreos a nivel nacional por parte del concesionario de muchos de los aeropuertos internacionales y domésticos de Argentina.³¹ Las autoridades desaprobaron la operación sobre la base de un análisis vertical: el concesionario ejercía un poder monopólico a nivel aeroportuario, del que podía valerse de varias maneras a fin de perjudicar o excluir a las líneas aéreas que compitieran con la empresa adquirida. Pero la operación ya había sido consumada. La cuestión que debía resolver la autoridad de defensa de la competencia era si se debía dejar sin efecto la fusión, dado que conforme al artículo 8, carecía de efecto, o si el concesionario de los aeropuertos debía desprenderse de la línea aérea. La Secretaría solicitó la venta de las acciones, y permitió que el concesionario de los aeropuertos conservase una participación minoritaria en la línea aérea, así como un compromiso por parte del concesionario de que no participaría en la administración de ésta. Posteriormente, el concesionario vendió la totalidad de su participación en la línea aérea.³²

Por último, la autoridad de defensa de la competencia puede controlar las fusiones que no están sujetas a las obligaciones de notificación, pero deben tramitarse como conductas violatorias. El organismo puede imponer ciertas condiciones a la fusión anticompetitiva o prohibirla de manera absoluta.

2.2.2 *Procedimientos de revisión de fusiones*

Los artículos 13 y 14 de la ley de defensa de la competencia establecen los procedimientos relativos a la revisión de fusiones. El decreto reglamentario dictado en 2001 reforzó lo previsto en estas disposiciones.³³ El artículo 13 de la ley exige que el “Tribunal” (que no existe) debe expedirse en 45 días hábiles (nueve semanas calendario) respecto de si se debe aprobar o rechazar la operación, o subordinarla al cumplimiento de

ciertas condiciones. El artículo 14 dispone que si no media decisión al respecto dentro del período establecido, la operación se tendrá por “autorizada tácitamente”. Estas disposiciones fueron interpretadas en el sentido de que aplican el período de 45 días a la decisión que debe tomar la Secretaría de Coordinación Técnica, previa recomendación de la CNDC.

La norma reglamentaria desarrolla aún más los procedimientos de revisión, creando tres etapas en el proceso. Las notificaciones iniciales se deben instrumentar en un formulario denominado Formulario 1, en el que se debe consignar la siguiente información: las partes del contrato de fusión; los productos y servicios ofrecidos por las partes, y los productos que los sustituyen; las condiciones para comenzar a proveer estos productos o servicios; los mercados geográficos de Argentina en el que se desarrollarán las partes; información respecto de si las partes son objeto de investigaciones por conductas anticompetitivas en Argentina o en el exterior; e indicaciones respecto de si la fusión propuesta es objeto de investigación en otro país. La norma en cuestión establece asimismo que la autoridad que analice la operación, que se interpreta es la CNDC, debe, dentro de los 15 días posteriores a la notificación, recomendar al Secretario la autorización, rechazo o autorización sujeta a condiciones, o alternativamente, requerir el Formulario F2.

El Formulario F2 requiere la presentación de información mucho más detallada sobre la fusión y sobre los mercados en los cuales las partes compiten. Si la CNDC emite el Formulario 2, ésta debe, dentro de los 35 días posteriores a la notificación, optar entre las posibilidades descritas anteriormente o requerir el Formulario 3, donde se solicita información aún más detallada. Los Formularios 1 y 2 son formularios estandarizados, mientras que el Formulario 3 es elaborado por la Comisión específicamente para cada caso en particular. Si se requiere el Formulario 3, la Comisión y la Secretaría tienen 45 días (todos los plazos están computados en días hábiles) desde la fecha de la notificación para tomar una decisión final. En 2005, se produjeron decisiones finales en 46 fusiones. Se requirió el Formulario F2 en el caso de nueve de ellas; y no se requirió ningún Formulario F3. De todos modos, 2005 fue una excepción ya que se requirieron dos o tres formularios F3 la mayoría de los años.

La emisión de los Formularios 2 y 3 tiene el efecto de suspender el transcurso de los períodos relevantes hasta tanto se suministre la información. Asimismo, si la Comisión decide que la información suministrada con algunos de los formularios no está completa, puede notificar a las partes al respecto y se suspenden los períodos hasta tanto se suministre la información faltante. Por último, la norma reglamentaria establece que la Comisión puede “en circunstancias excepcionales”, formular un pedido de información no solicitada en los formularios. Este

pedido tiene el efecto de prolongar la suspensión de los períodos relevantes. De todos modos, esta facultad de formular pedidos excepcionales de información casi nunca se ejerce.

Cabe aclarar que los períodos de 15 y 35 días creados por la regulación se aplican internamente al organismo; si no se cumplen – por cierto, la comisión se esfuerza por hacerlo – ello no implica autorización tácita. Suele darse el caso, sin embargo, de que la CNDC notifica a las partes que su Formulario F1 no está completo, lo cual tiene el efecto de suspender el período de 15 días hasta tanto se suministre la información faltante; e incluso, puede haber más de una notificación en este sentido en un caso determinado. Por otro lado, en la práctica siempre se emite una decisión final sobre una fusión a través de la Secretaría. Hasta la fecha, no se ha dado el caso de autorización tácita de una fusión. Por lo tanto, en cada caso la CNDC elabora un análisis por escrito de la operación y una recomendación para la Secretaría. Este proceso tiene el efecto de prolongar el período de revisión e insume importantes recursos en la Comisión. Se estima que el caso “sencillo” promedio en el cual no se verifican cuestiones competitivas serias se resuelve en 3-4 meses. Los casos más serios pueden llevar unos 6 meses, y los más serios, un año o más.

Es obvio que un medio que tiende a disminuir el período de revisión en los casos sencillos y simultáneamente conservar los recursos sería la creación de un proceso de aprobación sumaria, por el cual se elimine la necesidad de llevar a cabo un análisis detallado y elaborar un dictamen formal en cada caso. Surge el mismo planteamiento con relación a los casos de conductas anticompetitivas, como se expuso anteriormente. Hay, sin embargo, cierto escepticismo respecto de un proceso de estas características, tanto en el marco de la CNDC como fuera de éste. Argentina presenta antecedentes poco felices de corrupción en el gobierno, y por esta razón, muchos ven la necesidad de que todas las decisiones tomadas en virtud de la ley de defensa de la competencia tengan transparencia absoluta. La ley argentina requiere que las decisiones administrativas estén fundamentadas y justificadas. Ello implica la necesidad de que la decisión se instrumente por escrito en todos los casos. Por último, como se expondrá más adelante, hay cierto riesgo de intervención de terceros en los casos de fusión, y este riesgo podría ser mayor si no se adoptara una decisión formal en un caso.

2.2.3 *Casos de fusión*

La siguiente tabla muestra las actividades de fusión dentro de la CNDC en el período 2001-05.

Tabla 2. Casos de fusión

	Casos abiertos	Aprobados	Aprobados, sujetos a condiciones	Rechazados	Decisiones finales totales
2001	97	98	3	1	102
2002	27	24	1	1	26
2003	44	33	4	1	38
2004	49	41	4	-	45
2005	65	44	2	-	46

Estos datos muestran que, en promedio, del 5% al 10% de las fusiones notificadas están sujetas a algún tipo de acción correctiva; este nivel de actividad se condice con el de la mayoría de los países.

En 2001, la CNDC publicó una serie de lineamientos para las fusiones.³⁴ Los lineamientos emplean conceptos aceptados en materia de control de fusiones, y se condicen con los lineamientos emitidos por otros países. Los mercados geográficos y de productos relevantes se determinan considerando la sustitución en la demanda. Los participantes del mercado se identifican por su capacidad de empezar a ofrecer el producto relevante fácil y rápidamente. Las cuotas de mercado de los participantes se calculan de manera tradicional, y la concentración de mercado se expresa usando el índice Herfindahl-Hirschmann. La entrada al mercado es una consideración importante en el análisis, y se usan metodologías tradicionales para evaluar las condiciones de ingreso. A las importaciones se les da el tratamiento adecuado en el análisis. Se establece una metodología para analizar ganancias de eficiencia, que también se condice con la práctica internacional. Hay secciones breves que se ocupan de las concentraciones verticales y de conglomerado. En el primer caso, los aumentos de las barreras a la entrada se identifican como el efecto anticompetivo principal, y en el segundo caso, se observa que la mayoría de las concentraciones de conglomerado no afectan de manera adversa a la competencia, más allá de una posible eliminación de la competencia potencial.

La Comisión ha considerado varias fusiones significativas en mérito a la ley de 1999. Una de ellas fue el caso de los aeropuertos descrito anteriormente. Otros fueron considerados anticompervativos, como se describe a continuación.

Recuadro 3. Fusiones

Telefónica/Bellsouth³⁵

En 2005, Telefónica S.A., una multinacional de las telecomunicaciones con sede en España que giraba en toda Latinoamérica, adquirió las operaciones latinoamericanas de Bellsouth. En Argentina, Telefónica era un importante prestador de servicios de telefonía fija y móvil, tanto de larga distancia como local, y prestaba asimismo servicios de transmisión de datos y de acceso a internet. Bellsouth prestaba algunos servicios de telefonía fija en la Argentina y era un importante competidor en los servicios de telefonía móvil y servicios relacionados.

Todas las fusiones, incluidas las de los sectores regulados, están sujetas a la ley de defensa de la competencia. En la mayoría de los casos, los entes reguladores también tienen, sin embargo, autoridad en materia de fusiones en sus sectores respectivos, y pueden prohibir las fusiones por los motivos correspondientes. En este caso, había una estrecha cooperación entre la CNDC y la Comisión Nacional de Comunicaciones, el ente regulador de las telecomunicaciones. Los dos organismos llegaron a un acuerdo sobre el análisis de la operación y las medidas que debían adoptarse.

La Comisión determinó que la fusión no impactaría demasiado en los servicios de telefonía fija dada la acotada posición de Bellsouth en el sector, y las preocupaciones en los mercados de transmisión de datos y de larga distancia fueron aliviadas por las posibilidades de nuevas entradas. Sin embargo, una preocupación que fue identificada consistió en la provisión de líneas fijas a los licenciatarios del servicio de teléfonos públicos. La medida adoptada con motivo de esta preocupación fue el requerimiento de que la empresa fusionada provea el servicio sin discriminación alguna.

La operación tuvo justamente la consecuencia de que aumentó la concentración en el mercado de telefonía móvil, pero se determinó que el impacto en la competencia no sería significativo, dado que: había un significativo grado de competencia por la presencia de actores fuertes; las partes que se fusionaron no eran competidores cercanos en mercados caracterizados por una diferenciación; y la ley argentina limitaba a los operadores de telefonía a un espectro de radio de 50 Mhz. La empresa fusionada excedería dicho límite, y por lo tanto la fusión se subordinó a la condición de venta de espectro de radio por parte de dicha empresa. La Comisión observó asimismo que la fusión daba lugar a ciertas preocupaciones relacionadas con el sistema argentino de “el que llama paga” en la telefonía móvil. En el caso de las llamadas desde una línea telefónica fija a un teléfono móvil, el operador de telefonía móvil gozaba de cierto poder monopólico. Se suspendió una reglamentación que controlaría el abuso de dicho poder, y la Comisión requirió que las partes se abstengan de ciertas prácticas de exclusión hasta tanto entrara en vigencia dicha reglamentación.

Grupo Bimbo/Fargo³⁶

Esta fusión, que fue aprobada en 2004, pero sujeta a condiciones, era la parte central de una operación internacional en la que el Grupo Bimbo, una de las panificadoras internacionales más grandes del mundo, adquirió a Fargo, otra panificadora. Fargo se encontraba en concurso preventivo de acreedores. La CNDC analizó los efectos de la fusión en Argentina en dos mercados: el del pan industrial blanco y negro y el de bollería industrial. En el primero, las empresas controlarían el 79% luego de la fusión, y en el segundo, el 62%. La CNDC determinó que había significativas barreras de ingreso a esos mercados, que incluían las marcas bien establecidas de las dos empresas, lo que sería costoso duplicar, y la gran capacidad ociosa de producción que tendría la empresa que resultara de la fusión. La Comisión concluyó que la fusión produciría efectos anticompetitivos significativos, y si bien las partes sostuvieron que la operación produciría eficiencias, la Comisión decidió, conforme al estándar de bienestar del consumidor que informa el análisis de eficiencia conforme a la ley, que las ganancias de eficiencia no serían trasladadas a los consumidores.

Una parte de la fusión ya se había consumado, sin embargo, en el extranjero, y la Comisión descartó el requerimiento de que se deje sin efecto la operación, pero sí requirió la desinversión de una de las plantas de producción de pan explotadas conjuntamente por las partes bajo un nombre de marca y con un sistema de distribución. Asimismo, la Comisión exigió que las partes se abstuvieran de consumir la parte de la operación que no hubiera sido consumada y que no podrían integrar sus operaciones en Argentina hasta tanto se completara la desinversión.

Ambev/Quilmes

Esta fusión en la industria cervecera, que fue aprobada en 2003 pero sujeta a condiciones, fue una de las más controvertidas de la historia argentina reciente. La operación involucró la adquisición por parte de Ambev, con sede en Brasil y una de las cerveceras más importante del mundo, de Quilmes, la cervecera más importante de Argentina (Quilmes tenían asimismo operaciones en Bolivia, Paraguay y Uruguay).³⁷ Quilmes tenía una participación de mercado en la Argentina de alrededor del 65%, y la participación de Ambev era del 15%, lo que daba un total de alrededor del 80% del mercado. El aumento en las concentraciones resultaba obviamente preocupante, y la CNDC concluyó que las barreras a la entrada en los mercados relevantes eran altas. Dichas barreras incluían una significativa lealtad a la marca en la industria, así como la necesidad de un sistema de distribución efectivo, que era difícil de crear, y una significativa capacidad ociosa de las partes.

Las partes sostuvieron que de la fusión resultarían eficiencias significativas, algunas de las cuales eran creíbles según la CNDC. La Comisión opinaba que la fusión era anticompetitiva, pero no la desaprobó por completo, al permitir que siguiese adelante sujeta a condiciones. Requirió la desinversión de dos instalaciones cerveceras y de cuatro marcas y también exigió ciertos compromisos de distribución. La cuota de mercado que representaban las marcas relacionadas con la desinversión equivalía aproximadamente al aumento de concentración que provocaría la fusión propuesta. Asimismo, la Comisión requirió que la desinversión se realizara a favor de un nuevo ingresante al mercado, y no a un competidor existente. Se les dio a las partes un período de un año para finalizar la desinversión.

Hay quienes sienten que hubiera sido mejor haber desaprobado la fusión en su totalidad. En todo caso, debido a la intervención de un tercero, hacia principios de 2006 la desinversión no había sido efectuada. Otra cervecera argentina intentó adquirir los activos a desinvertir, pero esto no le fue permitido, debido al requisito de que sean vendidos al nuevo ingresante al mercado. Esa empresa recurrió a la justicia para impugnar la decisión de la CNDC. Inicialmente, el juez de primera instancia dictó una medida precautoria por la cual se suspendía el proceso de desinversiones hasta que su decisión fuera definitiva. Luego rechazó el pedido del tercero, pero el peticionante interpuso un recurso de apelación. La cámara confirmó la decisión del juez de primera instancia, y el tercero apeló a la Corte Suprema. La medida cautelar por la cual se inhibía la consumación de la desinversión se mantuvo en vigor. En abril de 2006, la Corte Suprema desestimó el recurso, y falló a favor de la CNDC, por lo cual se reanudó el transcurso del período de desinversión.³⁸

Servicios postales³⁹

Esta decisión, adoptada en 2001, involucró la propuesta de fusión de las dos empresas de correo más importantes de Argentina, una de las cuales había sido estatal. Las partes competían a escala nacional en varios servicios postales, entre los que se incluye, envío básico de correspondencia, servicios telegráficos, transferencias dinerarias, servicios empresariales, encomiendas, envíos de alta seguridad, y servicios de mensajería internacional. Había pequeños competidores en algunos de estos servicios, pero las empresas involucradas en la fusión tenían las redes más importantes y abarcativas. Eran la primera y segunda opción para la mayoría de los consumidores de estos servicios. La Comisión concluyó que los aumentos de concentración en todos estos mercados era inaceptablemente altos y que resultaba difícil entrar a estos mercados, debido en parte a las significativas economías de alcance. La Comisión intentó estimar los costos que tendrían que ser afrontados por los consumidores a raíz de la fusión, y concluyó que podrían oscilar entre los ARS 18 millones y ARS 55 millones por año. La Comisión rechazó las afirmaciones con respecto a las ganancias de eficiencia planteadas por las partes, sosteniendo que las estimaciones no estaban cuantificadas y eran demasiado imprecisas.

Los servicios postales en Argentina estaban parcialmente regulados, pero los únicos precios fijados eran los correspondientes al servicio de envío de correspondencia y telegramas, y las pequeñas transferencias dinerarias. El artículo 16 de la ley de defensa de la competencia establece que cuando una concentración económica se da en el marco de una industria regulada el organismo regulador del sector debe presentar un informe a la autoridad de defensa de la competencia relativo a los impactos de la operación en la competencia. En este caso, la Comisión Nacional de Comunicaciones presentó el informe respectivo, en el que plasmó los impactos anticompetitivos de la operación propuesta.

La fusión propuesta no fue autorizada.

Hay una cuestión procesal que afectó de manera adversa al menos a dos de los casos de fusión de la Comisión y que tiene el potencial de alterar el proceso en el futuro.⁴⁰ Se trata de la capacidad de los terceros de impugnar judicialmente la decisión de la Comisión. La intervención de un tercero en el caso de las cerveceras Ambev/Quilmes impidió por un período de años el cumplimiento de la desinversión que había sido dispuesta por la Comisión. Algo similar ocurrió en la fusión de dos cadenas de supermercados. En ese caso, un tercer competidor intervino ante un tribunal federal mendocino, solicitando que se interrumpa la revisión de la CNDC de la operación, por dos motivos: en primer lugar, en razón de que la CNDC no tenía el quórum suficiente cuando se inició la investigación, y en segundo lugar, en razón de que la CNDC no podía actuar legalmente en el caso de una fusión de conformidad con la ley de 1999, porque la ley pretendía crear otro organismo de defensa de la competencia, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, el cual, sin embargo, nunca fue constituido. El tribunal de primera instancia hizo lugar al reclamo del tercero respecto de la falta de quórum, pero sostuvo que la CNDC estaba facultada para actuar en esos casos hasta tanto se constituyera el Tribunal. En mayo del año 2006, un tribunal de alzada confirmó el fallo de primera instancia respecto de la falta de quórum, y por lo tanto instruyó a la Comisión que reiniciara el caso (ha habido quórum constituido en la Comisión desde julio de 2004). Convalidó asimismo el fallo de primera instancia en el sentido de que la CNDC podía actuar conforme a la ley de 1999, pero sostuvo que debería contar con todas las facultades otorgadas al Tribunal por dicha ley, y notoriamente, la facultad de expedirse independientemente de la Secretaría. El caso está siendo analizado en la actualidad por la Corte Suprema.⁴¹

3. Cuestiones institucionales

3.1 *Las herramientas de aplicación*

La ley de defensa de la competencia otorga a la autoridad de aplicación las facultades que necesita para aplicar la ley. El artículo 24 le confiere al organismo facultades investigativas básicas, incluidas las de realizar estudios de mercado; celebrar audiencias y recibir declaraciones; examinar libros y documentos; y practicar allanamientos previa autorización judicial. Asimismo, faculta al organismo para emitir opinión en materia de competencia; elaborar sus reglamentos internos; promover acciones ante la justicia; actuar con las dependencias competentes en la negociación de convenios internacionales en materia de políticas de competencia; y celebrar acuerdos de consentimiento en los casos.

Los artículos 46-51 del Capítulo VII establecen sanciones por inobservancia de la ley. Entre ellas, se incluye la facultad de emitir órdenes de cese de las prácticas ilícitas, y, si fuera necesario, imponer el cumplimiento de condiciones que apunten a neutralizar los efectos de dichas prácticas; imponer multas a las personas físicas y jurídicas por conductas violatorias (descritas anteriormente en la parte 2.1.1); y en el caso de abuso de posición dominante, puede solicitar judicialmente la disolución o reestructuración de la empresa dominante; imponer multas de hasta ARS 1 millón [USD 333 000] por día por inobservancia de órdenes o por no efectuar en término la notificación de fusión; así como multas de hasta ARS 500 [USD 167] por día por obstrucción de una investigación.

3.2 *Recursos económicos y personales*

La siguiente tabla muestra el presupuesto, en pesos y dólares estadounidenses, y los años-persona utilizados por la CNDC en el período 2001-05.

Tabla 3. Recursos

	Presupuesto ARS	Presupuesto USD	Años-persona
2001	2 617 000	2 617 000	48
2002	2,497,202	713 572	41
2003	2 295 724	704 677	42
2004	2 161 697	745 412	48
2005	2 141 023	738 525	53

La pronunciada baja del monto en dólares estadounidenses en 2002 fue consecuencia del abandono del régimen de convertibilidad y la caída en el valor del peso. Los aumentos en dólares en los años subsiguientes reflejan un fortalecimiento del peso. De todos modos, los datos en pesos tienen mayor relevancia, dado que la mayor parte del presupuesto se destina a la contratación de servicios prestados localmente. Los datos en pesos son reveladores. Entre 2001 y 2005 hubo una baja absoluta del 18%. Un posible factor neutralizador, que no puede ser cuantificado, es el hecho de que ocasionalmente algunos de los gastos de la Comisión son absorbidos del presupuesto de la Secretaría. Pero además se registró una inflación acumulativa desde 2001 de alrededor del 70%, incluso a pesar de que el presupuesto estuviera disminuyendo en términos absolutos. En términos reales, la baja sólo puede describirse como punitiva.

Queda claro que la Comisión sufre una total falta de recursos económicos, lo cual impacta en su personal. Hacia principios de 2006, entre los cinco miembros de la Comisión se contaban tres profesionales en ciencias económicas y dos abogados. El personal profesional estaba comprendido por 22 profesionales en ciencias económicas y 11 abogados. Había ocho miembros del personal administrativo y tres asistentes no profesionales de dedicación semiexclusiva, lo cual da un total de 49 empleados. Existe, sin embargo, una división adicional del personal, entre aquellos que están contratados y que se desempeñan como parte del personal permanente. De año a año, hay un igual número de miembros del personal en cada una de esas condiciones. Los plazos contractuales suelen ser cortos, de 3 meses, aunque los contratos pueden ser renovados, que es lo que suele ocurrir. Los sueldos del personal contratado son generalmente más altos que los de los empleados, pero por otro lado los contratados no gozan de beneficios. En todo caso, los sueldos están congelados. La consecuencia es una alta rotación de personal, especialmente entre el personal contratado. Es muy común que los empleados dejen la Comisión para ocupar otros cargos públicos, remunerados con sueldos más altos. En los últimos años, una gran cantidad de personas altamente calificadas dejaron la Comisión para dedicarse a puestos mejor remunerados en otros ámbitos, y ha resultado difícil reemplazarlos.

La situación de los miembros de la comisión no difiere demasiado. Sus sueldos han estado congelados desde 1992. Esto deriva en que una menor cantidad de personas calificadas se interesen en aceptar un nombramiento en la Comisión.

Los bajos sueldos y la alta rotación de personal han incidido negativamente en el trabajo de la Comisión. En cualquier momento dado, la mayor parte del personal carece de experiencia. Esto tiene como consecuencia una falta de memoria institucional, lo que afecta la eficiencia, si no la esencia,

del trabajo de la Comisión. A pesar de esto, la CNDC suele ser acreedora de comentarios favorables de los representantes del sector privado que tratan con ésta. Al personal se lo suele considerar como un grupo de profesionales diligentes, que actúan de manera profesional. Se considera que su trabajo redundante en resultados positivos. Por ejemplo, en función de los estándares argentinos, no se considera demasiado extenso el tiempo que lleva una revisión típica de fusión. Generalmente, la decisión de la Comisión respecto de una fusión no es la última en la serie de autorizaciones gubernamentales necesarias para dichas operaciones. En cuanto a su sustancia, la calidad de las decisiones de la Comisión, especialmente respecto de las fusiones, merece cierto respeto. Sin embargo, no cabe duda de que la Comisión se ve seriamente limitada por su presupuesto.

3.3 *Independencia: la CNDC y el Tribunal*

Como se aclaró anteriormente, la CNDC cuenta con cinco miembros, un presidente y cuatro vocales. Los cuatro vocales son nombrados por el Presidente de la Nación, y el ejercicio de sus funciones tiene una duración de cuatro años. Dos de ellos deben ser abogados y los otros dos, profesionales en ciencias económicas. Deben tener 30 años de edad como mínimo y cuatro años de ejercicio de la profesión. Sus cargos son relativamente seguros, y pueden ser destituidos sólo por desorden de conducta, comisión de delitos o actos similares. El cargo de presidente de la Comisión no tiene una duración específica, quedando ésta a discreción del presidente nacional. Típicamente, la elección de un nuevo Presidente de la Nación o el nombramiento de un nuevo Ministro de Economía implican la designación de un nuevo presidente de la Comisión. Se requiere una mayoría de 3 a 5 vocales a los efectos de adoptar de una decisión. La decisión de la Comisión, sin embargo, no tiene de por sí efecto legal alguno, y debe ser aprobada por la Secretaría de Coordinación Técnica.

Durante varios años tras la sanción de la ley de defensa de la competencia de 1980 creadora de la CNDC, la Comisión funcionó como parte de un ministerio del gobierno y tenía poca independencia. Esto cambió a mediados de la década de 1990, con el nombramiento de una serie de presidentes de la Comisión más activistas y calificados. En la última mitad de la década de los 90, la Comisión desempeñó un papel muy activo, contó en general con gran cantidad de personal y emitió varias decisiones importantes. Las crisis políticas y financieras que comenzaron en 2001 generaron, sin embargo, más cambios. La rápida rotación de presidentes nacionales y ministros de economía en los años 2001 y 2002 tuvo como consecuencia la designación de una serie de presidentes de la Comisión que duraron muy poco tiempo en sus cargos. La estabilidad volvió en la segunda

mitad de 2002 con el nombramiento de un presidente de la Comisión que ocupó el puesto hasta enero de 2006.

El organigrama actual prácticamente garantiza que la CNDC estará sujeta a cierta influencia política. Existe la percepción, sin embargo, de que esta influencia se ejerce sobre la Comisión con mayor intensidad en la actualidad que a fines de los 90. Por supuesto, a lo largo del período, todas las decisiones de la Comisión debían ser aprobadas e implementadas por la Secretaría del Ministerio de Producción, o en los últimos años, del Ministerio de Economía y Producción. En la práctica, la Secretaría rara vez se aparta de la decisión de la Comisión, pero en casos de fusiones muy importantes pueden darse discusiones informales entre los dos organismos antes de que la Comisión adopte su decisión, a través de las cuales se llega a un consenso.

Quizás con igual importancia, el Ministerio y la Secretaría pueden desempeñar un papel activo en las decisiones de inicio de investigaciones. Esta práctica se ha vuelto más común en los últimos años, a medida que la batalla del gobierno contra la inflación se ha intensificado. Si el ministro observa lo que considera un aumento de precios injustificado en un sector, la Secretaría puede ordenarle a la Comisión que lleve a cabo una investigación y dé cuenta de sus hallazgos. Esta práctica estuvo vigente desde hace un tiempo, pero se ha vuelto más formal. En los años 2004 y 2005 se le ordenó a la Comisión que investigara los mercados de gas licuado de petróleo (GLP), barras de acero de construcción, urea granulada, seguros de riesgos del trabajo, plástico y contenedores de plástico, y más recientemente, el mercado mayorista de la carne. Estas investigaciones insumen algunos de los pocos recursos de la Comisión, aunque también es cierto que a veces generan casos. El caso YPF descrito anteriormente surgió de una investigación de toda la industria.

Por último, la CNDC depende del ministerio con respecto a su presupuesto, y tiene relativamente poca discrecionalidad sobre el destino de las partidas presupuestarias. La mayoría de las decisiones al respecto deben contar con la aprobación del ministerio.

La ley de 1999 dispuso la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia.⁴² El Tribunal se desenvolvería en el ámbito del Ministerio de Economía, pero tendría facultades independientes de adopción de decisiones y aplicación de las leyes. El Tribunal se autofinanciaría y tendría un presupuesto por separado. La ley permite al Tribunal “establecer la fijación de aranceles que deberán abonar los interesados por las actuaciones que inicien ante el mismo”.⁴³ El Tribunal estará integrado por siete miembros, y durarán seis años en el cargo. Al menos dos de los miembros deben ser abogados, y los otros dos, profesionales en ciencias económicas, y

deben tener más de cinco años en el ejercicio de su profesión. Los miembros del Tribunal serán elegidos por concurso público de antecedentes y oposición ante un jurado, el cual estará integrado por funcionarios de alta jerarquía de los ministerios del gobierno, de las dos cámaras legislativas nacionales, el presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y los presidentes de las Academias Nacionales de Derecho y de Ciencias Económicas.

En el año 2001, se promulgaron dos decretos importantes que afectan a la nueva ley. Uno de ellos, mencionado anteriormente, creó un nuevo umbral relativo al tamaño de las operaciones a los efectos de las notificaciones de las fusiones.⁴⁴ El segundo fue más amplio, y creó, entre otras cosas, procedimientos nuevos para las investigaciones sobre conductas anticompetitivas y fusiones.⁴⁵ Una de sus disposiciones más importantes le asignó un nuevo papel a la Secretaría en los casos de conductas anticompetitivas del Tribunal. La Secretaría ya no sería la autoridad de aprobación, sino que el decreto le ha atribuido el carácter de parte en los casos del Tribunal: podrá realizar los trámites necesarios para iniciar un caso; tendrá facultades para reunir pruebas; y podrá apelar las decisiones del Tribunal.

Pero como se expuso anteriormente, el Tribunal nunca fue constituido. Las crisis económicas y políticas a principios de siglo se dieron justo después de la sanción de la ley de 1999. Hubo una sucesión de gobiernos durante este período, y la creación de un tribunal de defensa de la competencia autárquico se vio relegada por las prioridades más urgentes de manejar el *default* masivo de la deuda pública y el fin de la convertibilidad, enderezar la economía y abordar nuevamente el problema de la inflación. El status quo continuó hasta 2005, año en el que se verificó un esfuerzo tendiente a reimpulsar la conformación del Tribunal. Se envió al Congreso un proyecto de reforma de la ley de defensa de la competencia que hubiera llevado a la creación del Tribunal, pero que también le hubiera permitido al poder ejecutivo dejar sin efecto una decisión sobre fusiones del Tribunal en cuestiones que afectan al interés nacional. A fines de 2005, la reforma estuvo a punto de ser sancionada, pero hubo falta de acuerdo en el Congreso respecto de como se podía apelar judicialmente una decisión del poder ejecutivo. Poco después, el Ministro de Economía renunció, y la iniciativa perdió impulso. Parece haber un sentimiento generalizado de que la creación de un Tribunal plenamente autárquico, como lo prevé la ley actual, es poco probable debido a razones políticas.

3.4 *Una cultura de libre competencia y acuerdos de precios*

Como en muchos países en los cuales la aplicación de las leyes de defensa de competencia es relativamente nueva, el desarrollo de una cultura de libre competencia ha sido lenta en Argentina, pero hay signos que indican que está ocurriendo. Existe una pequeña pero creciente comunidad jurídica antimonopolio/defensa de la competencia. Las cuestiones antimonopolio forman parte de las áreas de práctica de la mayoría de los grandes estudios jurídicos, producto de la creación del control de fusiones en la ley de 1999. Entre los miembros influyentes de este sector privado se incluyen los ex funcionarios de la CNDC. Uno de ellos inició un grupo de discusión llamado ForoCompetencia, cuyos miembros provienen de toda Latinoamérica y otros países.⁴⁶ El sitio en cuestión es un lugar en el cual se desarrollan discusiones activas sobre los temas de políticas de defensa de la competencia que afectan a la región. Localmente en Buenos Aires, un grupo de expertos en política de defensa de la competencia de sectores privados y públicos se reúnen informalmente de manera periódica a fin de discutir los desarrollos actuales en la materia. Estos expertos publican artículos y comentarios sobre las políticas de defensa de la competencia en revistas locales.

La CNDC contribuye a la cultura de defensa de la competencia, manteniendo un sitio internet que contiene información sobre el organismo y sus decisiones.⁴⁷ El sitio incluye información sobre el organismo, las leyes y reglamentaciones pertinentes, memorias y decisiones seleccionadas. Además, todas las decisiones de la Comisión están disponibles para su consulta pública en las oficinas de la CNDC. En septiembre de 2005, la CNDC patrocinó una conferencia sobre política de defensa de la competencia en Buenos Aires, que contó con la participación de ponentes argentinos y extranjeros.⁴⁸ La comunidad académica reconoce la disciplina de defensa de la competencia. Se dictan cursos sobre la materia en las facultades de derecho y de ciencias empresariales, pero todavía no es un área que los estudiantes eligen para especializarse.

De todos modos, el público en general no participa en esta modesta cultura de defensa de la competencia. Lo más probable es que se perciba que la ley de defensa de la competencia y las autoridades en la materia sean armas para combatir la inflación. Asimismo, como se describió anteriormente en el punto 1.1., el gobierno introdujo recientemente una nueva herramienta en su batalla contra la inflación: los acuerdos con los actores del sector privado a través de los cuales se limita su capacidad para aumentar los precios. La CNDC no cumple ninguna función con relación a dichos acuerdos, pero la Secretaría de Coordinación Técnica tiene la tarea de

vigilar los costos correspondientes. Los términos de los acuerdos permiten que las partes trasladen sus aumentos en los costos.

Desde que estos acuerdos se aplican únicamente a los aumentos de precios y no a sus disminuciones, y por lo tanto no sustituyen por completo a las fuerzas del mercado. Más allá de su valor como instrumentos en contra de la inflación, lo cierto es que no se condicen con una economía de mercado o con la aplicación de las leyes de defensa de la competencia. Podrían contribuir a los acuerdos informales de no bajar los precios, e inevitablemente complicarían los esfuerzos de la autoridad de defensa de la competencia de aplicar las disposiciones anticartel de la ley.

Por último, en algunos sectores no caracterizados por un monopolio natural, hay una regulación formal de precios. Un caso es el del gas licuado de petróleo. Si bien el gas sobra en Argentina, muchos residentes no tienen acceso a la red de distribución. Para ellos, una fuente importante de energía es el GLP, que es extraído del gas natural y de petróleo. Dado que este combustible es tan importante, su precio se regula conforme a la ley 26.020, sancionada en el año 2005, que le concedió a la Secretaría de Energía de la Nación la facultad de vigilancia regulatoria del GLP. La Secretaría tiene la facultad de delegar en el ente regulador del gas, el Enargas, las tareas técnicas relacionadas con esta regulación. Un segundo caso es el transporte aerocomercial, que se describirá más adelante en la parte 4.5. Las tarifas aéreas deben fijarse dentro de ciertas bandas (bastante anchas), establecidas por un ministerio del gobierno.

3.5 Recursos de apelación en casos de competencia

El Artículo 52 de la ley de defensa de la competencia establece que las resoluciones de la CNDC que ordenen la imposición de sanciones, dispongan medidas correctivas, rechacen una fusión y desestimen una denuncia, así como las sentencias interlocutorias, son apelables ante los tribunales federales. También es posible recurrir a otras apelaciones permitidas por el Código de Procesal Penal de la Nación. El presupuesto para este segundo tipo de apelación, es que la decisión de la CNDC debe haber causado un “gravamen irreparable”. La interposición del recurso de apelación tiene efecto suspensivo del pago de toda multa que haya ordenado la Comisión, pero no suspende otras sanciones o medidas dispuestas por ésta. Existe un proceso sumario para las apelaciones interpuestas contra una sentencia interlocutoria.

En virtud de la Constitución Nacional, todos los tribunales de apelación federales son competentes en casos de competencia. A veces, las apelaciones tramitan ante los tribunales que tienen sede en las provincias fuera de la ciudad de Buenos Aires (el controvertido caso de la fusión de los

supermercados detallado anteriormente se originó en un tribunal federal de la Provincia de Mendoza). Sin embargo, la mayoría de los casos relativos a cuestiones de competencia son apelados ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Ciudad de Buenos Aires. Éste es un tribunal cuasi especializado, cuya competencia se indica en su nombre. Hasta el día de la fecha, este tribunal ha entendido aproximadamente en 100 apelaciones en temas de competencia de los dos tipos descritos anteriormente. Las causas menos complejas habitualmente son resueltas dentro de los dos o tres meses; pero los casos más complejos demoran más tiempo⁴⁹. Sin embargo, los jueces del Tribunal de lo Civil y Comercial no se consideran especialistas en temas de competencia, dado que su colección de casos es mucho más amplia. La mayoría de las causas en las que entienden provienen de tribunales de primera instancia; los casos de competencia, por el contrario, se originan en la CNDC. Los jueces del tribunal expresan respeto por la CNDC y tienen interés en ampliar su exposición a la legislación y política en materia de defensa de la competencia.

Las resoluciones emanadas de las cámaras de apelaciones pueden ser apeladas ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Los requisitos para habilitar la competencia apelada de la Corte Suprema son estrictos. Sólo unos pocos casos en materia de competencia han sido apelados ante el más alto tribunal. Dos de ellos fueron el caso de la posición dominante de YPF y el caso de la fusión Ambev/Quilmes mencionados anteriormente. La trayectoria de la CNDC en los tribunales ha sido en general buena. Se han revocado relativamente pocos casos en base a los fundamentos de derecho. Si bien, lo más frecuente es que los tribunales, sobre todo los regionales, hayan reducido las penalizaciones que ha impuesto la Comisión.

Argentina no cuenta con un sistema jurídico basado en el Common Law. Las decisiones judiciales no tienen el mismo efecto vinculante como precedente tal como sucede en los países que tienen el sistema del Derecho Anglosajón. No obstante, una sentencia emanada de un tribunal superior, especialmente de la Corte Suprema, puede tener efectos prácticos en otros casos. Recientemente, los tribunales han considerado dos cuestiones que pueden llegar a tener importancia en casos de fusión: la capacidad de terceros de intervenir en los casos que tramitan ante la CNDC (Ambev/Quilmes), y la capacidad de la CNDC de resolver casos en virtud de la ley de 1999 sin que se haya constituido el Tribunal (supermercados). En este contexto la CNDC entiende que una decisión determinada en un caso no se aplica a otros. Esta postura se aplica al caso supermercados y continúa resolviendo casos como lo hace habitualmente.

3.6 *Exenciones y exclusiones y actos de los gobiernos provinciales*

No existen exenciones o exclusiones explícitas de la ley de defensa de la competencia para la realización de actividades comerciales de ningún tipo. El Artículo 3 de la ley dispone:

Quedan sometidas a las disposiciones de esta ley todas las personas físicas o jurídicas públicas o privadas, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional.

El Artículo 59 de la ley es aún más explícito en materia de competencia exclusiva:

Queda derogada toda atribución de competencia relacionada con el objeto y finalidad de esta ley otorgada a otros organismos o entes estatales.

No existe exención o norma especial alguna que resulte de aplicación a las pequeñas y medianas empresas.

Por supuesto, algunos sectores, especialmente aquellos en los que existen monopolios naturales, están sujetos a varias formas de regulación e inevitablemente en estos casos se produce algún tipo de adaptación entre la ley de defensa de la competencia y el ámbito regulatorio, pero estos sectores también están sujetos a la ley de defensa de la competencia. Más abajo se analiza el punto de contacto entre las cuestiones de competencia y las cuestiones regulatorias. Pero además, es evidente que otras acciones privadas permitidas o exigidas por el gobierno también pueden escapar al ámbito de aplicación de la ley de defensa de la competencia. El ejemplo más obvio de esto es la reciente ronda de acuerdos de precios, que si no fuera por la participación del gobierno violaría claramente la ley de defensa de la competencia.

Como se observara anteriormente, Argentina tiene un sistema de gobierno republicano y federal. Sus 23 gobiernos provinciales tienen un alto grado de autonomía sobre algunos aspectos del gobierno.⁵⁰ El Artículo 121 de la Constitución Nacional, según el texto adoptado en el año 1994, establece: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal”. En consecuencia, no hay leyes provinciales de defensa de la competencia ya que se trata de una facultad delegada por la Provincias a la Nación. En este sentido, el artículo 42 de la Constitución dispone que el Gobierno Nacional dictará las leyes que

garanticen el derecho a los mercados libres, sin dejar lugar a la coexistencia de legislaciones provinciales que regulen en materia de competencia. Los gobiernos provinciales y municipales también están sujetos a la ley de defensa de la competencia en la medida en que lleven adelante actividades comerciales.⁵¹ Sin embargo, estos gobiernos habitualmente no participan en actividades comerciales, y no se han iniciado causas contra organismos provinciales en virtud de las leyes actuales.

Las provincias aún conservan autoridad regulatoria en algunos sectores. Tienen facultades regulatorias respecto del transporte local, el agua y otros recursos naturales, entre otros. También ejercen facultades de regulación respecto de la profesiones, y, como resultado, hubo poca competencia en estos campos: los gobiernos provinciales o bien impusieron o bien aceptaron acuerdos horizontales entre profesionales. No obstante, a partir de principios de la década de 1990, el gobierno nacional comenzó a celebrar acuerdos con los gobiernos provinciales denominados "Pactos Fiscales" mediante los cuales las provincias acordaban renunciar a la regulación de las actividades profesionales. Las profesiones afectadas incluyeron arquitectos, ingenieros, agrimensores, escribanos, veterinarios, sociólogos, abogados, contadores, bioquímicos, geólogos, corredores de bolsa, mercados bursátiles y rematadores (los trabajadores del área de la salud aparentemente nunca formaron parte de este esquema regulatorio). En los casos en los que se aplican estos acuerdos, las profesiones se encuentran sujetas a la ley de defensa de la competencia. Sin embargo, no todas las provincias celebraron estos acuerdos. Para fines de la década de los 90, 15 de las 23 provincias los habían celebrado.

3.7 Aspectos internacionales de la aplicación de la ley de defensa de la competencia

El Artículo 3 de la ley de defensa de la competencia citado anteriormente aplica la tradicional "prueba de los efectos" para las conductas que se producen en el exterior: la conducta que afecte a los mercados argentinos está sujeta a la ley. En la mayoría de los otros aspectos, las entidades extranjeras no reciben un tratamiento diferente del recibido por las entidades nacionales en virtud de la ley de defensa a la competencia. El análisis de la competencia conforme a la ley tiene en cuenta plenamente el impacto de las importaciones. El derecho argentino reconoce que determinadas actividades económicas son de especial importancia para los intereses nacionales del país. Una ley dispone:

La política del Estado nacional preservará especialmente:

- a) El patrimonio antropológico, histórico, artístico y cultural;

- b) Las empresas dedicadas a la ciencia, tecnología e investigación avanzada que resulten fundamentales para el desarrollo del país;
- c) Actividades e industrias de relevante importancia para la defensa nacional;
- d) El espectro radioeléctrico y los medios de comunicación.

La misma ley limita la propiedad de los medios de comunicación por parte de empresas extranjeras a un máximo del 30% del capital accionario que otorgue derecho a voto, con la excepción de que dicho porcentaje podrá ser ampliado, en condiciones de reciprocidad, respecto de empresas que provienen de países que permiten inversiones extranjeras en sus medios de comunicación en un porcentaje más alto.⁵²

En el año 2003 Argentina y Brasil celebraron un acuerdo de cooperación que dispone los medios habituales de cooperación respecto del cumplimiento de las cuestiones de defensa de la competencia, incluidas notificaciones, transferencia de información sujeta a requisitos de confidencialidad, respeto mutuo y consultas. Éste es el único acuerdo de cooperación bilateral del que Argentina es parte en la actualidad. Ha habido poca cooperación formal entre los organismos argentinos y brasileños en virtud del acuerdo, pero los dos países ocasionalmente cooperan de manera informal en cuestiones específicas mediante comunicaciones por correo electrónico o bien telefónicas.

Argentina es miembro del Mercosur, un mercado común que comprende a Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. En el año 1996, los miembros firmaron un acuerdo ambicioso en materia de política de defensa de la competencia, conocido popularmente como el Protocolo de Fortaleza. Creaba un órgano supranacional, el Comité de Defensa de la Competencia, que tendría facultades para exigir el cumplimiento en cuestiones que fueran remitidas a él por los órganos de competencia nacionales de los países miembros. En 2002 y 2003 las partes acordaron una reglamentación complementaria del Protocolo y un acuerdo de cooperación. No obstante, el Protocolo no se encuentra vigente. Sólo fue ratificado por Brasil y Paraguay, y no parece existir un gran impulso para ratificarlo en Argentina y Uruguay.

La CNDC tiene un papel activo, en la medida en que lo permiten sus recursos, en varios foros internacionales sobre política de defensa de la competencia. Ellos incluyen la OCDE, el Foro Latinoamericano de Competencia de la OCDE y el BID, la ICN, la UNCTAD, el ALCA y el Foro Iberoamericano sobre Libre Competencia. En el sitio de la CNDC se puede encontrar una descripción de estas actividades.

4. Política de defensa de la competencia en los sectores regulados⁵³

Hasta principios de la década de 1990, la mayoría de los activos de las industrias de infraestructura de Argentina estaban en manos del estado. No obstante, en el año 1989, se inició un ambicioso programa de privatizaciones. Los activos de diversos sectores fueron reorganizados en unidades de negocios viables y luego se vendieron. Para el año 1994, se había realizado la mayoría de las privatizaciones. Algunos de los compradores, especialmente en el sector de electricidad y comunicaciones, eran en su mayor parte entidades extranjeras. Se constituyeron entes reguladores para los diferentes sectores. Los regímenes regulatorios del gas natural y la electricidad fueron establecidos por ley, mientras que los otros se crearon por decreto. Algunos de ellos se describen en mayor detalle a continuación.

En los años inmediatamente posteriores al proceso de privatización hubo poca interacción entre los entes reguladores de los distintos sectores y la CNDC; y esta última rara vez intervenía en esos sectores en virtud de la ley de defensa a la competencia que se encontraba en vigencia en ese momento. Dicha situación cambió con la ley de 1999. Como se señaló anteriormente, esta ley explícitamente dispuso que todos los sectores estaban comprendidos dentro de su alcance. El Artículo 16 es una disposición especial que se aplica a las fusiones en sectores regulados. En el supuesto de que se proponga dicha fusión, la CNDC

... deberá requerir a dicho ente estatal un informe y opinión fundada sobre la propuesta de concentración económica en cuanto al impacto sobre la competencia en el mercado respectivo o sobre el cumplimiento del marco regulatorio respectivo.

La Comisión luego procede a examinar la fusión a la luz de la ley de defensa de la competencia. En la mayoría de los sectores regulados el ente regulador también tiene la facultad de denegar una propuesta de fusión fundándose en razones distintas de la cuestión de la libre competencia. Si bien la cooperación entre la CNDC y los entes reguladores sectoriales parece funcionar bien en el caso de fusiones,⁵⁴ ha habido menos interacción entre los organismos en casos de conductas anticompetitivas. El sector regulado en el cual la Comisión ha tenido un papel más activo en los casos de conducta anticompetitiva en años recientes ha sido el sector de las telecomunicaciones, y una gran parte de esta actividad se ha producido en el ámbito de la televisión por cable, como se indicó anteriormente.

Como en casi todos los aspectos de la economía argentina, la crisis financiera del período 2001-2002 tuvo un impacto significativo en los sectores de infraestructura. Los contratos de privatización y acuerdos de

concesión con los inversores privados en estos sectores habían sido negociados en dólares durante el período de la convertibilidad. En el mes de enero de 2002, se puso fin a la convertibilidad a través de la Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario No. 25.561 y el valor del peso cayó hasta alcanzar una relación de 1 dólar = 3,9 pesos. La misma ley dispuso que los contratos de servicios públicos se pesificarían a partir de ese momento a una relación de 1 a 1 entre el peso y el dólar. La ley también autorizó al Poder Ejecutivo nacional a renegociar los contratos de servicios públicos, teniendo en cuenta factores tales como la competitividad de la economía, la calidad del servicio, los intereses de los usuarios y de los prestadores y la seguridad de los sistemas.

El resultado fue un congelamiento de las tarifas contempladas en estos contratos a los niveles previos al año 2002. Se mantienen en dichos niveles para los clientes residenciales e individuales; se han otorgado algunos incrementos en las tarifas para las empresas y los usuarios industriales. En el año 2003, se estableció por decreto un organismo nuevo que asumiría la responsabilidad de la renegociación de los contratos, la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (UNIREN). Se han renegociado algunos acuerdos, pero muchos aún permanecen sin resolver. Varios inversores internacionales iniciaron causas ante foros de resolución de conflictos internacionales, como por ejemplo el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Algunas de estas causas han sido resueltas como resultado de las negociaciones contractuales, pero otras aún se encuentran abiertas. En algunos casos, los inversores internacionales, por ejemplo Electricité de France y Endesa (España) en el sector eléctrico, han sido reemplazados por compañías argentinas. Una consecuencia de estas medidas extraordinarias que limitaron los incrementos de tarifas ha sido desalentar la inversión en estos sectores, en los cuales ahora se necesitan inversiones seriamente.

A continuación se describen brevemente la estructura y los regímenes regulatorios de algunos sectores de infraestructura.

4.1 *Electricidad*

La generación de energía eléctrica en Argentina está dividida casi en partes iguales entre generación hidroeléctrica y térmica (gas natural), con un pequeño componente nuclear. Argentina siguió a Chile y fue uno de los primeros países que privatizaron este sector. La Ley de Energía Eléctrica de 1992 privatizó las tres principales compañías públicas de electricidad, que habían sido integradas verticalmente en tres sectores diferenciados: generación, transporte y distribución. La generación es un ámbito competitivo con aproximadamente 70 compañías generadoras que se

encuentran operando actualmente. El transporte y la distribución son monopolios privados regulados (en algunas pocas provincias los distribuidores todavía son estatales). La Ley creó un ente regulador independiente para el sector, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) y un mercado mayorista administrado por un operador independiente. La integración vertical de la industria está muy restringida. Las tres empresas de transporte no pueden adquirir o vender energía eléctrica. Los generadores y distribuidores no pueden ser titulares de participaciones mayoritarias en las empresas de transporte. También existen limitaciones en cuanto a la integración horizontal en la generación y distribución.

4.2 *Gas natural*⁵⁵

Argentina cuenta con significativas reservas de gas natural. Al igual que en el sector eléctrico, este sector fue privatizado en el año 1992 por ley. El anterior monopolio estatal de transporte y distribución fue dividido en dos compañías de transporte de alta presión, una que opera en el norte del país y la otra en el sur, y ocho empresas de distribución. Desde ese momento se ha sumado un noveno distribuidor. El precio del gas en boca de pozo fue desregulado, se constituyó un nuevo ente regulador, el Ente Nacional Regulador del Gas (Enargas), y se le otorgó competencia sobre las tarifas de transporte y distribución. Como en el caso de la electricidad, estas tarifas se regularon por medio de precios tope hasta la intervención gubernamental de 2002, según se había descrito anteriormente.

La ex-compañía estatal de producción de petróleo y gas, YPF, fue privatizada y se eliminaron sus derechos exclusivos de exploración y producción. Asimismo, se exigió que YPF vendiera aproximadamente un tercio de sus reservas de petróleo y gas. Actualmente controla aproximadamente el 50% de la producción de gas natural. Existen muchos productores pequeños.

4.3 *Telecomunicaciones*

En 1990, el monopolio estatal de comunicaciones, Entel, fue privatizado y sufrió un proceso de reorganización a partir del cual se constituyeron dos sociedades: Telecom Argentina, que brindaba servicios de telefonía fija local en la parte norte del país y Telefónica de Argentina que prestaba servicios en el sur. Se creó una tercera compañía, Telintar, un *joint venture* de Telecom y Telefónica, para brindar el servicio de telefonía de larga distancia. También se creó por decreto un ente regulador del sector, la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC). Inicialmente, el duopolio

operaría en forma exclusiva durante cinco años, período que luego se extendió a ocho, y en el año 1998 se introdujo un período de transición de dos años.

En el año 2000 todos los sectores de telecomunicaciones fueron liberalizados. Las tarifas del bucle local continúan reguladas aunque se liberarán los precios cuando exista “competencia efectiva” en un área de servicios. Competencia efectiva se define como la situación en la cual el operador principal tiene ingresos que son inferiores al 80% del total. En el año 1994, se designó un operador único para brindar servicios de telefonía móvil, pero en 1996 se liberalizó ese mercado. Para el año 2004, había cuatro empresas que competían en el sector de la telefonía móvil y muchas otras brindaban servicio de larga distancia y transmisión de datos. En forma más reciente, se han producido algunas fusiones en telefonía móvil y transmisión de datos (ver la reseña sobre la fusión Telefónica/Bell South).

4.4 Sector bancario

El sector bancario sufrió tremendamente durante la crisis del período 2001-2002. Una corrida bancaria a fines de 2001 llevó al gobierno a imponer una serie de medidas que restringían las extracciones y transferencias bancarias al exterior. El conjunto de esas medidas se denominó “corralito”. Dichas medidas realmente paralizaron el sistema. Luego del final de la convertibilidad, el gobierno estableció un tipo de cambio “oficial” temporal de 1 peso = 1,40 dólar. No obstante, a los préstamos bancarios se asignó un tipo más bajo: 1 a 1. Esta medida tuvo como consecuencia que muchos bancos se tornaron técnicamente insolventes, dado que sus activos (préstamos) estaban valuados a un tipo de cambio más bajo que sus pasivos (depósitos). Muchos bancos extranjeros, que hasta la crisis habían estado entre los más grandes del país, abandonaron la plaza.

Como el resto de la economía, el sector bancario vio una rápida recuperación después de 2002. Hoy existen aproximadamente 70 bancos que operan en el país. Los dos más grandes representan aproximadamente el 35% del total de depósitos y los ocho más grandes representan aproximadamente el 74%. El sector está privatizado en forma parcial. Hay 11 bancos estatales, la mayoría de los cuales está en manos de los gobiernos provinciales o municipales. Los dos bancos más grandes, el Banco de la Nación Argentina y el Banco de la Provincia de Buenos Aires son bancos de propiedad de la Nación y la provincia de Buenos Aires respectivamente. Los bancos extranjeros han retornado a Argentina. En la actualidad hay 16 que operan en el país, pero no se encuentran entre los más grandes.

La CNDC ha intervenido en unos pocos casos o investigaciones en el sector bancario; examinó algunas fusiones en otras partes del sector financiero. En los últimos años, ninguno de los casos relacionados con el sector financiero tuvo como resultado la imposición de sanciones. Hay poca interacción entre la Comisión y el Banco Central (una situación que no es exclusiva de Argentina), que es el que ejerce una supervisión estricta en la industria sobre cuestiones “prudenciales”.

4.5 Líneas aéreas y aeropuertos

La línea aérea estatal, Aerolíneas Argentinas, fue privatizada en el año 1989 y en el año 1992 la aviación civil fue desregulada, aunque en la práctica no se introdujo competencia hasta el año 1994 con la autorización que se otorgara a otras dos nuevas líneas aéreas para comenzar a operar. Aerolíneas Argentinas continuó siendo la línea aérea de cabotaje dominante hasta la crisis del período 2001-2002, en donde casi tuvo que presentar la quiebra. Sobrevivió a la crisis, no obstante, y hoy es nuevamente el operador dominante de Argentina en vuelos de cabotaje. Su principal rival en cabotaje es LAN Argentina, subsidiaria de LAN Chile. Hay algunos otros operadores pequeños que tienen a su cargo rutas internas. Aerolíneas Argentinas y varias líneas aéreas internacionales prestan servicios internacionales desde Buenos Aires.

Sin embargo, los precios de los pasajes aéreos para vuelos de cabotaje sufrieron una re-regulación en el año 2002. Actualmente, la Secretaría de Transporte que depende del Ministerio de Economía y Producción establece bandas de precios, en las cuales los precios máximos alcanzan aproximadamente el 190% de los precios mínimos, y los operadores deben fijar sus precios dentro de estas bandas. Es posible obtener algún otro descuento a partir de los precios mínimos.

En 1997 se creó el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA) para desempeñarse como ente regulador de los aeropuertos. Existe un sistema nacional de 54 aeropuertos y aeródromos en Argentina. Treinta y tres son operados en virtud de una concesión, y los restantes son operados directamente por el ORSNA. El ORSNA supervisa a los concesionarios, y es responsable, junto con la Fuerza Aérea Argentina de la operación, mantenimiento y seguridad de los aeropuertos.

4.6 Puertos

El sistema de puertos de Argentina también sufrió una reestructuración a principios de la década de los 90. Los puertos fueron transferidos a las provincias que podían optar por operarlos u otorgarlos en concesión. El

Puerto de Buenos Aires es claramente el más grande de Argentina, representando más del 90% del tráfico de contenedores en el país. Buenos Aires fue dividida en dos puertos: Dock Sud, que fue transferido a la provincia de Buenos Aires y Puerto Nuevo que permaneció siendo propiedad del gobierno nacional. Había seis terminales en Puerto Nuevo, y se licitó la concesión de éstas. Inicialmente, un concesionario sólo podía operar una terminal en Puerto Nuevo, pero esa restricción ha sido levantada. Aún así, esta reorganización tuvo el efecto saludable de introducir competencia entre los puertos, y, en el caso de Buenos Aires, la competencia se da dentro del mismo puerto.

La CNDC ha considerado dos fusiones en este sector. En el año 2001 examinó la fusión vertical en la cual Maersk Sea Land, una importante compañía de transporte marítimo propuso adquirir la concesión de una de las terminales de Puerto Nuevo.⁵⁶ El posible efecto anticompetitivo implicaría un obstáculo para el ejercicio de un derecho; Maersk podría haber podido excluir a sus competidores navieros del acceso al importante puerto de Buenos Aires. No obstante, la Comisión concluyó que su participación en el mercado no era suficiente para producir esa consecuencia. Su terminal tenía solamente el 8% de la capacidad total de Puerto Nuevo, y también debería enfrentarse a la competencia de Dock Sud, que también estaba en el área Buenos Aires.

En el año 2003 la CNDC se enfrentó con una operación horizontal más difícil, en la cual el operador de las terminales 1 y 2 de Puerto Nuevo propuso adquirir el operador de la terminal 3.⁵⁷ Los índices HHI en los mercados de servicios pertinentes (manejo de contenedores y capacidad operativa) alcanzaron 2.572 y 2.128, respectivamente y la fusión los incrementaría en 490 y 312. La Comisión determinó que la fusión no tendría efectos anticompetitivos significativos, sin embargo, por las siguientes razones: la terminal 3 no era una instalación tan atractiva como la de algunos de sus competidores incluyendo las terminales 1, 2, y 5; Dock Sud y otro puerto operaban en las cercanías; algunos de los restantes competidores tenían una cantidad significativa de capacidad excedente que podía utilizarse para disciplinar un intento unilateral de incremento de precios por parte de la empresa fusionada; los transportistas no expresaron preocupación alguna por la fusión; y continuaba habiendo algo de regulación de precios de conformidad con las medidas de emergencia que se implementaron con posterioridad a la crisis de 2001-2002. Asimismo, había también argumentos plausibles de eficiencias que provocaría la fusión.

5. Promoción de la competencia

El Artículo 24 de la ley de defensa de la competencia autoriza a la autoridad en materia de competencia a realizar actividades de promoción de la libre competencia. Puede: “Promover el estudio y la investigación en materia de competencia”; “emitir [su] opinión en materia de competencia ... respecto de leyes, reglamentos ... y actos administrativos”; y “emitir recomendaciones de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados”. Los recursos limitados de la CNDC y sus responsabilidades de control de fusiones, especialmente en años recientes, le impiden realizar actividades de promoción y difusión de la competencia en sectores regulados en forma permanente. Por supuesto, cuando realiza uno de sus estudios de toda la industria, su informe y recomendaciones son efectivamente una forma de hacer promoción de la competencia. Además, oportunamente ha realizado aportes importantes en las decisiones adoptadas por los entes reguladores u otros organismos gubernamentales. Dos de estos aportes incluyeron el mercado de combustibles para automóviles que se describe en el recuadro que se encuentra a continuación.

Recuadro 4. Promoción de la competencia

Venta minorista de petróleo

YPF fue privatizada en el año 1991. En ese momento tenía una participación dominante de la capacidad de refinamiento de petróleo crudo: 63%. Shell y Esso en forma conjunta controlaban el 32% y el remanente se encontraba en manos de empresas pequeñas. Para el año 2000, el mercado estaba un poco menos concentrado, con cuatro empresas que controlaban aproximadamente el 85% de la capacidad. YPF (para ese entonces, Repsol YPF) era aún la más grande, con aproximadamente un 50% de participación. Shell, Esso y una empresa independiente (más adelante adquirida por Petrobrás, la gran empresa petrolera brasileña) eran los otros actores significativos. No obstante, para el año 2000, era evidente que los precios minoristas de nafta en Argentina no reaccionaban a las fuerzas de los mercados mundiales en la medida en que se esperaba que sucediera en un mercado competitivo. Había habido investigaciones de una posible actividad de cartelización entre los productores argentinos, pero dicha investigación no produjo la suficiente prueba en tal sentido.

En el año 2000, la CNDC emprendió un amplio estudio del mercado. Se concentró en las relaciones verticales entre las refinerías y los minoristas. Si bien la mayoría de los minoristas de nafta estaban en manos y eran operados en forma independiente, eran partes de contratos de suministro de larga duración: más de 11

años en la mayoría de los casos, lo cual en los hechos los integraba con su proveedor. Dada la obvia importancia de una red minorista en esta industria, esta integración constituía una barrera de acceso. La recomendación de la CNDC al Secretario de Energía, emitida a través de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor, fue limitar la duración de los nuevos contratos de suministro a cinco años. Dado que la reacción de los productores a esta limitación hubiera sido integrar verticalmente y adquirir la propiedad de los puntos de venta minoristas, la Comisión también recomendó que se limitara a los productores a ser titulares del 40% de su red minorista. Estas recomendaciones fueron implementadas mediante un decreto presidencial.⁵⁸

Gas Natural Comprimido

Una recomendación más reciente de la CNDC en el sector de combustibles para automóviles, emitida en el año 2004, se relacionó con la venta de gas natural comprimido (GNC) para ser utilizado en automóviles. El uso de gas natural para tal fin es común en Argentina, dada la significativa producción de gas de dicho país. Mientras el precio del gas para usos residenciales permanece sujeto a regulación, en el año 2004, el precio del gas para transporte fue desregulado por decreto. Un decreto también exigió a los vendedores minoristas de GNC que contrataran su abastecimiento directamente con los productores de gas.

En un informe elevado al Enargas, el ente regulador del gas, la CNDC (a través de la Secretaría) observó que dos productores de gas, YPF y Petrobrás, también operaban un número significativo de puntos de venta minorista de GNC. Juntas, estas dos empresas controlaban aproximadamente el 40% de la producción de gas natural en el país y un porcentaje igual de ventas minoristas por volumen de GNC. El informe resaltó la posibilidad de que estas empresas integradas verticalmente emprendieran diversas prácticas anticompetitivas, que podían incluir la discriminación de precios o servicios contra minoristas no integrados, la negativa a abastecer a minoristas independientes y la imposición de precios mínimos de reventa, limitando la competencia intra-marca. El informe de la CNDC no contenía recomendaciones específicas, dado que los decretos efectivamente crearon una nueva estructura de mercado para el GNC automotriz, pero señaló la importancia de hacer un seguimiento estricto de la situación con miras a prevenir posibles efectos anticompetitivos provenientes de la integración vertical.⁵⁹

6. Conclusiones y recomendaciones

La política de defensa de la competencia en Argentina tiene cimientos excelentes: la ley de defensa de la competencia de 1999. La ley articula las normas correctas en las tres áreas de fondo para asegurar el cumplimiento de la libre competencia: acuerdos restrictivos, abuso de posición dominante y fusiones. Crea una autoridad de aplicación profesional e independiente y le

otorga las herramientas legales y administrativas que necesita para la tarea. La política de defensa de la competencia se ha visto beneficiada por otra ventaja fundamental a través de los años: el personal profesional, competente y dedicado de la CNDC. Pero la política de competencia no ha adquirido el lugar adecuado en la economía argentina. Existen muchas razones que lo explican; una razón no menor ha sido la inestable experiencia política y económica del país en las últimas décadas.

Las siguientes recomendaciones abordan varias de las cuestiones resaltadas en las secciones anteriores. Se reconoce que algunas de ellas, incluidas las más importantes, no pueden ser implementadas por el organismo encargado de la defensa de la competencia por sí solo. Estas acciones requieren la acción conjunta de otros sectores del gobierno, tanto del poder ejecutivo como del legislativo. Por ende, existe un componente político necesario para el fortalecimiento de la política de defensa de la competencia en Argentina.

6.1 Crear el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia

- Si resulta necesario modificar la ley para darle al poder ejecutivo facultades para revocar una decisión del Tribunal en casos de fusión, dicha facultad debe limitarse en cuanto a su alcance a las cuestiones de “interés público prevaleciente” u otra expresión en tal sentido.

Resulta anómalo que casi siete años después de la promulgación de la ley de defensa de la competencia, el organismo que ésta creó no haya sido establecido aún. La conformación de dicho organismo abordaría dos problemas fundamentales que enfrenta la CNDC actualmente: un presupuesto insuficiente e independencia insuficiente. El Artículo 17 de la ley dispone que el Tribunal será un “organismo autárquico”. El Artículo 25 establece que el Tribunal elevará anualmente el proyecto de presupuesto “al Poder Ejecutivo Nacional” y que puede establecer “la fijación de aranceles que deberán abonar los interesados por las actuaciones que inicien ante el mismo”. Es de suponer que ellos incluyen los cargos por notificación de fusiones, una práctica utilizada en muchos países. Por supuesto, en la medida en que los aranceles no cubran los gastos, el Tribunal dependerá del Poder Ejecutivo Nacional y, en última instancia, del Congreso para obtener su financiamiento. Aún así, tendría su presupuesto propio y separado y la facultad para decidir de qué manera asignarlo.

La creación del Tribunal mejoraría significativamente la independencia del organismo de defensa de la competencia. Sus miembros serían designados por concurso de antecedentes por un jurado cuasi-independiente y por un período fijo de ejercicio del cargo. Tendría facultades para emitir

decisiones ejecutables, revisables sólo por los tribunales judiciales. No obstante, los expertos afirman que es políticamente imposible conferir a este organismo el grado de independencia que dispone la ley actualmente. Ese fue el motivo de la propuesta de reforma de la ley de 2005, según se explicara anteriormente, que hubiera devuelto al gobierno algunas facultades de contralor en casos de fusión. Las leyes de defensa de la competencia en otros países establecen que dichas facultades competen al poder ejecutivo, pero la mejor práctica en ese sentido es seriamente restringirlas a cuestiones de “interés público prevaleciente” u otra frase en tal sentido. Idealmente, este poder de veto se utiliza rara vez.⁶⁰

6.2 *Aumentar el presupuesto del organismo de defensa de la competencia*

- Dar al organismo, ya sea el Tribunal o la CNDC, más poder sobre cómo emplear su presupuesto

124. En la sección 3.2 se describieron los serios problemas presupuestarios a los que se enfrenta la CNDC. Que se trate bien de la CNDC bien del Tribunal de Defensa de la Competencia, el organismo en cuestión necesitará más dinero para atraer y conservar profesionales calificados a nivel de personal y de vocales. Como mínimo, parecería que el presupuesto del organismo debería retornar en términos reales a los niveles de 2001. Asimismo, el actual sistema de emplear hasta la mitad del personal de la CNDC mediante un contrato a corto plazo también contribuye a que haya un gran recambio de personal en el organismo. Un presupuesto mayor se supone que permitiría al organismo convertir algunos de esos puestos a personal de planta. No obstante, se alega con frecuencia que las normas del empleo público en Argentina son demasiado rígidas y no brindan los incentivos adecuados para lograr un buen desempeño. Si éste es un problema, tal vez la solución resida en la creación del Tribunal. Como organismo independiente puede tener el poder de estructurar sus normas laborales de manera más eficiente.

Anteriormente se observa que la CNDC tiene escaso poder para tomar decisiones sobre cómo emplear su presupuesto. Por supuesto, es necesaria cierta supervisión, pero parece que actualmente, la CNDC tiene una escasa competencia en ese sentido, lo que puede estar perjudicando la labor de aplicación.

6.3 *Fortalecer el despliegue de actividad anticartel*

- Hacer que la lucha anticartel tenga máxima prioridad dentro del organismo.
- En casos exitosos contra carteles nocivos, explícitamente ilícitos, aumentar las multas que se imponen y comenzar a aplicar sanciones también a las personas físicas.
- Aumentar el tope máximo legal de las multas por violaciones en caso de conductas anticompetitivas.
- Establecer un programa de indulgencia.
- Considerar un uso sensato de las investigaciones proactivas, especialmente en el área de adquisiciones públicas.

En los últimos años, la OCDE ha instado a los organismos que promueven la libre competencia en todas partes a que otorguen máxima prioridad a las actividades anticartel.⁶¹ Esto parece adquirir relevancia fundamental en Argentina en donde hay varios casos de los que se tiene conocimiento de la actividad de carteles. La lucha anticartel implica un esfuerzo en varias direcciones. Exige la asignación de recursos suficientes a la tarea: la imposición de multas más costosas tanto a las organizaciones como a las personas físicas, lo cual constituye un elemento de disuasión para la actividad de carteles en el futuro y un incentivo para cooperar con las investigaciones del organismo, y, a la vez, la creación de un programa de indulgencia que ofrece el levantamiento de sanciones para el primer participante acusado de la práctica colusoria que ofrezca su cooperación. En este sentido, parece que las multas máximas por conductas ilícitas en virtud de la ley de defensa de la competencia han quedado demasiado bajas, aunque el máximo actual todavía no ha sido impuesto en ningún caso. Aumentar el máximo, por supuesto, exige medidas legislativas. Una forma de asegurar que las multas no queden erosionadas por acción de la inflación es indexarlas a esta última.

Las investigaciones proactivas, a lo ancho de toda la industria a veces desembocan en casos de carteles -ello fue así en el caso del oxígeno- pero también consumen importantes recursos durante un prolongado período de tiempo, a la vez que no dan como resultado ningún enjuiciamiento. Estas investigaciones deben emprenderse con cautela. Un sector que es probable que sea productivo, no obstante, -como ha sucedido en muchos países- es el sector de adquisiciones públicas. El organismo debe considerar iniciar de oficio investigaciones de posibles concertaciones de ofertas y fijación de precios en la adquisición y contratación gubernamentales.

Llevar adelante más casos exitosos como los del cemento y el oxígeno acarrearía beneficios significativos al organismo de protección de la competencia, probablemente en mayor medida que cualquier otra medida de aplicación de la ley que el organismo pudiera emprender; mejoraría la reputación del organismo dentro del gobierno y con el público en general y contribuiría al desarrollo de una cultura de la competencia en el país, ayudando al público a comprender la forma en que se beneficia de una aplicación estricta y competente de las normas de competencia.

6.4 *Aumentar la eficiencia en las investigaciones de conductas anticompetitivas*

- Considerar maneras de procesar sumariamente las denuncias privadas que claramente no describen posibles violaciones de la ley de competencia.
- En otros casos en donde finalmente no se imponen sanciones, considerar maneras de acortar el tiempo y reducir los recursos requeridos para llegar a la decisión de la Comisión y la recomendación a la Secretaría.

El análisis efectuado en la sección 2.1.4 del presente señala una persistente acumulación de investigaciones de conductas anticompetitivas. Mucho de este trabajo atrasado se debe a la posibilidad de que los particulares inicien y participen en las investigaciones que lleva adelante el organismo de libre competencia, según lo establece la ley. Las leyes de muchos países prevén de alguna manera las denuncias privadas y existen razones políticas por las cuales resulta de utilidad contar con una disposición de tal índole en Argentina. Sin embargo, muchas de estas denuncias inevitablemente resultan no creíbles o no describen una posible violación de la ley. La Comisión puede determinar que una denuncia no es relevante o que resulta insuficiente en otros sentidos y desestimarla. Durante un período de tres años, el 44% de todas las resoluciones de la Comisión en casos de conducta anticompetitiva fueron de este tipo. Pero en muchos otros casos no se llegó a ninguna resolución; la acumulación de casos se incrementaba año a año. La Comisión debe encontrar la manera de dar tratamiento en forma más eficiente a las muchas denuncias que recibe, la mayoría de las cuales resultan infundadas.

Los procedimientos aplicables en la mayoría de los casos en los que la Comisión decide llevar adelante una investigación también pueden ser engorrosos. Una vez más, la gran mayoría de estos casos termina en una resolución que determina que no se había producido violación alguna a la ley. Debe ser posible que la Comisión realice indagaciones informales al comienzo de una investigación, y, en los casos en que resulte claro que no

hubo infracción, pueda dar por finalizada la investigación. Aquí por supuesto, nos encontramos con necesidades de transparencia y justicia. Tal es el equilibrio que debe alcanzar la Comisión, pero puede ser que actualmente exista mucha inflexibilidad en los procedimientos pertinentes.⁶²

6.5 Aumentar la eficiencia en el control de fusiones

- Considerar aumentar los umbrales para la notificación.
- Intentar acortar el tiempo requerido para aprobar las fusiones “sencillas” a menos del promedio actual de 3 a 4 meses.
- Continuar oponiéndose dinámicamente al derecho de terceros de apelar las decisiones relativas a fusiones del organismo de defensa de la competencia.

El decreto del año 2001 que creó un umbral determinado por el "tamaño de la operación" tuvo un efecto claramente beneficioso sobre la cantidad de casos que debe tratar la Comisión. Hasta ese momento la Comisión tenía que examinar demasiadas fusiones intrascendentes, que demandaban muchos de sus recursos. Sin embargo, en años recientes, la cantidad de fusiones notificadas aumentó nuevamente. Excede al alcance de este informe determinar si los umbrales actuales son nuevamente demasiado bajos, pero tal vez ese sea el caso. Como se estableció anteriormente, ha habido niveles significativos de inflación desde el año 2001, que tuvieron la consecuencia práctica de disminuir los umbrales. La Comisión debería analizar el efecto de los umbrales de hoy en día y si decide que son demasiado bajos, deberá recomendar que sean aumentados por ley o decreto.

Como se señaló en la sección 3.2, el sector privado en Argentina generalmente no tiene una actitud crítica de la CNDC por la cantidad de tiempo que le lleva controlar las fusiones. Pero es un hecho que la Comisión demora más que los organismos de muchos otros países en examinar y aprobar las fusiones “sencillas”; aquellas en las que puede determinarse en una instancia temprana que no presentan problemas desde el punto de vista de la competencia. El Comité de Competencia Económica de la OCDE ha realizado un estudio de los períodos de examen de fusiones en los países de esta organización y concluyó que en la mayoría de dichos países, las fusiones no problemáticas son aprobadas en 30 a 45 días calendario, y a veces menos.⁶³ La Red de Competencia Internacional, en sus Prácticas Recomendadas para los Procedimientos de Notificación de Fusiones (*Recommended Practices for Merger Notification Procedures*), recomienda que el examen de las fusiones sea llevado a cabo en dos etapas y que la duración de la primera fase, en la cual se aprueban las fusiones no

problemáticas, no debería prolongarse más de seis semanas calendario.⁶⁴ Independientemente de la opinión que le merezca al sector privado la eficiencia de la Comisión a la hora de examinar las fusiones, acortar el tiempo que le lleva la revisión de los casos sencillos tendrá el efecto saludable de liberar algunos de los escasos recursos de la Comisión para poder destinarlos a tareas más importantes, como por ejemplo la actividad anticartel.

Con este objetivo en mente, la Comisión debe repasar todos sus procedimientos de control de fusiones. Si las partes de la fusión completan el Formulario 1 de notificación inicial, no sería necesario que la Comisión exigiera con tanta frecuencia como lo hace que la información consignada sea complementada, lo cual tiene el efecto de suspender el plazo interno de 15 días para finalizar con la fase I. Además, puede haber otras maneras de hacer más eficiente la forma en que se presentan las aprobaciones recomendadas a la Comisión y luego a la Secretaría.⁶⁵

La posibilidad de que los particulares apelen las decisiones en cuestiones de fusiones emanadas de la Comisión es también una cuestión importante. Tales apelaciones son perturbadoras, tal como muestran los casos de cerveza y supermercados, y consumen el tiempo y los recursos de la Comisión. Si bien la ley de defensa de la competencia autoriza a un denunciante en un caso de conducta a apelar una desestimación de la denuncia por parte de la Comisión, no otorga ese derecho en forma específica en casos de fusión. La Comisión tiene el derecho de oponerse a dichas apelaciones en los tribunales y debe continuar haciéndolo.

6.6 *Repasar el régimen de notificaciones actual que permite a las partes consumir la fusión antes de que la autoridad de aplicación en materia de competencia finalice su examen*

- Si se decide no convertir el procedimiento en un proceso estricto de notificación previa a la fusión, que exige que la parte espere durante el tiempo que demore el examen del organismo, considerar la creación de procedimientos que permitirían que el organismo de la competencia, en los casos que corresponda, solicite una orden que prohíba la consumación de la fusión mientras se encuentra pendiente la revisión. Otra posibilidad es ordenar a las partes de una fusión que ya ha sido llevada a cabo que “mantengan separadas” sus operaciones para permitir una desinversión significativa de operaciones y bienes, si ello es requerido.

El hecho de que en Argentina las partes de una fusión puedan consumir su transacción antes de que el organismo finalice su control puede alterar

significativamente la capacidad del organismo de lograr un remedio eficaz en caso de que se trate de una operación anticompetitiva. En algunos casos, los efectos anticompetitivos de una fusión pueden mitigarse mediante una desinversión de activos; pero en otros casos, únicamente resulta suficiente impedir la operación en su totalidad. Si la fusión ya fue consumada, esta última opción no es posible. Ni los funcionarios de competencia en Argentina ni el sector privado parecen sostener que la actual incapacidad del organismo de impedir la consumación antes de la decisión de éste es un problema significativo. A veces las partes posponen la consumación en forma voluntaria si piensan que es posible que se les deniegue la fusión. En un caso en donde la Comisión desaprobó la fusión que había sido consumada se produjo desacuerdo respecto de si la operación debía ser revocada, pero finalmente se decidió por llevar a cabo una desinversión satisfactoria.

De todos modos, ha habido unos pocos casos en donde finalmente se desaprobó la fusión. En otros pocos casos, donde se ordenó una desinversión parcial, hubo desacuerdo respecto de si la medida era suficiente. En igualdad de condiciones, es preferible que el organismo tenga la capacidad de impedir la consumación antes de tomar su decisión. Una forma de lograrlo, por supuesto, es imponer un estricto régimen de notificación previa a la fusión: las partes no pueden llevar adelante la operación por un plazo especificado después de la notificación.⁶⁶ Sin embargo, la notificación previa a la fusión tiene costos propios, y en el clima actual de Argentina parece dudoso suponer que la comunidad empresarial del país respaldaría un cambio de esta índole. Como mínimo, el organismo de defensa de la competencia tendría que acortar drásticamente el tiempo que demora en examinar las fusiones en un régimen de notificación previa a la fusión.⁶⁷

Una segunda forma de impedir la consumación en casos específicos es dar al organismo de competencia la facultad suficiente como para solicitar una orden a tal efecto, si tiene suficientes sospechas de que la transacción tendrá efectos anti competitivos. La Comisión tiene facultades para emitir medidas preliminares en casos de conducta anticompetitiva, pero aparentemente no en casos de fusión. Dado que a menudo el tiempo es esencial en las fusiones, y porque una orden preliminar que impida la consumación puede tener el efecto práctico de impedir la fusión en forma permanente, la opinión dominante en diversos países sostiene que se debe exigir al órgano de competencia que cumpla con una estricta carga para demostrar que la fusión podría ser anticompetitiva. Una forma de asegurarse de esto es exigir al organismo de competencia que solicite tal orden a un tribunal. Una alternativa a tal "medida preliminar", o tal vez un complemento para ella, es la facultad de ordenar a las partes que "mantengan separadas" sus operaciones luego de la consumación hasta tanto

el organismo tome su decisión, a fin de hacer que la disolución o la desinversión sean más factibles.⁶⁸

6.7 *Hasta que se cree el Tribunal de Defensa de la Competencia, liberar a la CNDC de la mayor cantidad de influencia política posible*

Desde que la CNDC adquirió un papel más activo en 1996, ha disfrutado de períodos en que estuvo relativamente libre de interferencia política. Parece que en el período actual está más sujeta a interferencia de esta índole, tal vez porque se ha sumado a la lucha del gobierno contra la inflación. Manteniendo los precios en niveles competitivos, la aplicación efectiva de la ley de defensa de la competencia puede constituirse en una fuerza contra la inflación, pero otros factores macroeconómicos tienen casi mayor importancia en este sentido. En todo caso, si la Comisión va a ser una aliada contra la inflación, debe permitírsele libertad en la aplicación de la ley de defensa de la competencia. En la medida en que sus escasos recursos hayan sido desviados a otras causas, sus responsabilidades de aplicación de la ley de defensa de la competencia languidecerán. La ley de 1999 articula una clara política a favor de la independencia del órgano de aplicación. Hasta tanto se implemente plenamente esa ley parecería que debe respetarse su espíritu preservando la independencia de la CNDC en la mayor medida posible.

6.8 *Continuar y ampliar los efectos para construir una cultura de libre competencia en Argentina*

La CNDC ha implementado varios programas útiles para el desarrollo de la cultura de la libre competencia en Argentina, según fueron descritos en la sección 3.5. Debería continuar con dichos esfuerzos e iniciar otros, en la medida en que lo permitan sus recursos. Estas iniciativas podrían incluir conferencias o seminarios en forma regular o periódica abiertos al público sobre política de competencia, como por ejemplo un “día de la libre competencia” anual, donde haya oradores de las áreas de competencia a nivel nacional e internacional. Los participantes podrían provenir tanto del sector público como del sector privado e incluir especialmente a los miembros del Congreso. Desarrollar una buena relación con los medios de comunicación es fundamental en este esfuerzo. Cada una de las decisiones importantes de la Comisión debe ser acompañada de un comunicado de prensa, y, en el caso de las decisiones más importantes, debe organizarse una conferencia de prensa. La Comisión podría publicar panfletos para el público en general donde se describan sus funciones, la importancia que implica para los consumidores contar con una política efectiva de libre

competencia, y cómo ponerse en contacto con la Comisión para brindar información. El sitio de internet de la CNDC podría ampliarse⁶⁹ a fin de incluir más de la misma información de interés para el público en general y más decisiones de la Comisión. Pero si bien todas estas medidas son útiles e importantes, la aplicación efectiva de la ley, incluida la iniciación de casos de beneficio demostrable para los consumidores, es la forma más eficaz de todas para desarrollar una cultura nacional de la libre competencia.

6.9 *Desarrollar relaciones efectivas y profesionales con los jueces que conocen de las apelaciones en casos de defensa de la competencia*

El órgano de defensa de la competencia es afortunado dado que muchas de las apelaciones de sus casos se interponen ante un tribunal cuasi-especializado en Buenos Aires, aunque, por supuesto, pueden presentarse recursos de apelación ante los tribunales federales de otras partes del país. De alguna manera, los casos de defensa de la competencia son únicos entre los casos civiles y la Comisión puede realizar un aporte para la comprensión por parte de los jueces de las cuestiones especiales que se presentan en estos casos mediante el patrocinio de seminarios para jueces sobre estos tópicos y mediante la inclusión de los jueces en eventos públicos que patrocine la Comisión. Todos esos eventos deben respetar la ética legal pertinente, por supuesto.

6.10 *Ampliar la función de la autoridad de defensa de la competencia en los sectores regulados*

- Considerar las oportunidades de casos de conducta en dichos sectores y, en coherencia con su limitado presupuesto, de una mayor defensa de la competencia,
- Desarrollar relaciones de cooperación con los entes reguladores de los distintos sectores.

La ley otorga al órgano de aplicación mayor competencia sobre los sectores regulados que la que existe en muchos países. No hay exenciones específicas; el órgano de defensa de la competencia debe aprobar todas las fusiones de esos sectores, con la consulta del ente regulador correspondiente. La cooperación inter-organismo parece funcionar en el caso de fusiones, pero hay relativamente poca interacción en cuestiones de conducta anticompetitiva. Parecería que los sectores regulados pueden constituir fuentes fecundas para importantes casos de posición dominante y

posiblemente también para casos de colusión. Iniciar casos de conducta anticompetitiva en estos sectores, no obstante, casi con seguridad requiere desarrollar una íntima relación de trabajo con los reguladores, que tienen experiencia crítica en la industria.

Notas

1. Entre las fuentes que sirvieron como base de esta breve descripción de la economía e historia argentina, se incluye: IADB (2006), *Economic Situation and Prospects – Argentina*; Blustein, Paul, *And the Money Kept Rolling In (And Out): Wall Street, the IMF and the Bankrupting of Argentina* (PublicAffairs 2005); Departamento de Estado de los Estados Unidos, Dirección de Asuntos del Hemisferio Occidental, *Background Note: Argentina* (2005).
2. La ley es de raigambre constitucional. El artículo 42 de la constitución argentina, adoptada en 1994, afirma el derecho a la “defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados. . .”.
3. Se dice que un importante impulso de la nueva ley fue la adquisición en 1999 por oferta pública de la petrolera YPF, que era una empresa estatal, por parte de la española Repsol.
4. Ver en general, Peña, Julián, *La defensa de la Competencia en la Argentina*, 17 Boletín Latinoamericano de Competencia, 3 (2003).
5. Resolución 164/2001.
6. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. [YPF] s/ ley 22262-Comisión Nacional de Defensa de la Competencia-Secretaría de Comercio e Industria, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de julio de 2002.
7. La CNDC – y la mayoría de los organismos de defensa de la competencia – actúan de inmediato para paliar las conductas o fusiones que perjudican la competencia en mercados de insumos, sin que sea necesario demostrar que en definitiva el perjuicio lo sufren los consumidores.
8. A principios del 2006, se introdujo en el Congreso un proyecto de modificación de la ley de defensa de la competencia que cambiaría el estándar legal al de “daño al interés económico de las empresas de la competencia o de los consumidores”. El proyecto, en el cual la CNDC no participó, produjo olas de críticas dentro de la comunidad de la competencia en Argentina y en otros países de Latinoamérica. No se sabe si hay posibilidades de que el proyecto se convierta en ley.

9. Para una descripción más detallada de estos casos, ver el informe del 2002 de la CNDC al Comité de la Competencia, disponible en el sitio de internet de la OECD, www.oecd.org/competition.
10. Disponible en el sitio de internet de la CNDC <http://www.mecon.gov.ar/cndc/home.htm>.
11. Uno de los otros dos casos sobre carteles en los cuales se aplicaron sanciones – el caso del gas licuado de petróleo en Bariloche – también llevó cinco años. El caso de las areneras en Paraná llevó dos.
12. Capítulo VII, artículo 46.
13. Aparentemente, el caso de las areneras en Paraná consistió en un cartel ingenuo.
14. Impsat, S.A., denunciante; Telefonica de Argentina S.A., Telecom Argentina Stet. France Telecom S.A., Startel S.A., Advance Communications S.A., and Telecom Soluciones S.A., denunciados, resuelto el 20 de febrero del 2004.
15. Imsat utilizó primariamente su propia red satelital, por lo tanto, no se planteó una cuestión de acceso en el caso.
16. Para una descripción más completa de algunos de estos casos de televisión por cable, ver el informe del 2002 de la CNDC al Comité de Competencia de la OCDE, *supra* n. 9.
17. Denunciados: Tele Red Imagen S.A. (TRISA), Televisión Satelital Codificada S.A. (TSCSA), Video Cable Comunicación S.A. (VCC), Multicanal S.A. y Cablevisión TCI S.A., resuelto el 12 de agosto de 2001.
18. Para una descripción más detallada y análisis de este caso, ver D'Amore, Marcelo R., *Fijacion Vertical de Precios en el Futbol Codificado: El Caso TRISA-TSCSA*, 19 Boletin Latinoamericano de Competencia, 3 (2004).
19. Ver, p. ej., Grosman, Lucas y Serebrisky, Tomás, *El Abuso Explotativo y la Defensa de la Competencia en Argentina*, 16 Boletin Latinoamericano de Competencia 15, (2003).
20. Hubo algunas denuncias de fijación de precios explotativos, en su mayoría del sector de la televisión por cable, que fueron rechazadas por la CNDC.
21. YPF S.A., resuelto el 22 de marzo de 1999, confirmado por la Corte Suprema, , ver n. 6, *supra*.
22. En 1999, fue adquirida por la española Repsol, aunque la conducta objeto de este caso ocurrió con anterioridad a dicha adquisición.

23. *Supra*, n. 6.
24. Artículo 42. Del texto de este artículo surge, sin embargo, que se permite una intervención más amplia. El problema fue evidente en los casos de fusión, como se describe en la sección de fusiones más adelante.
25. Las fusiones eran objeto de las disposiciones sobre conductas anticompetitivas de la ley anterior, pero sólo unas pocas fueron efectivamente revisadas por la Comisión en virtud de esa ley.
26. Ver en general, Den Toom, Marcelo A., *The Application of ICN's Recommended Procedures for Merger Notification Procedures in Argentina: What Should be Changed to Achieve Full Consistency?*, 18 Boletín Latinoamericano de Competencia, 3 (2004).
27. La ley de 1999 presentaba un segundo umbral: el volumen total mundial de las partes que supere los 2.500 000 000 pesos [USD 833 000 000]. Se eliminó este umbral por decreto en el 2001.
28. Decreto N° 396/2001, 5 de abril de 2001. El derecho argentino permite que el Presidente modifique las leyes por medio de “decretos de necesidad y urgencia”. El decreto debe contar con la aprobación final del Congreso, pero puede aplicarse de inmediato.
29. Decreto 89/2001. Para más información, ver el *Formulario sobre Procedimientos de Notificación de Fusiones de la Argentina*, desarrollado junto con la International Competition Network y disponible en el sitio de internet de la CNDC: http://www.mecon.gov.ar/cndc/argentina_icn_merger_template.pdf. Ver también *Getting the Deal Through: Merger Control/Argentina*, disponible en <http://www.gettingthedealthrough.com/>.
30. Argentina aparentemente evitó el problema que se desarrolló en Brasil, país vecino, que tiene un régimen de notificaciones similar. En ese país, dado el riesgo de que se consume una operación antes de que se pudiera tomar una decisión final respecto de su licitud, la autoridad de defensa de la competencia interpretó de manera agresiva que la disposición de la ley de defensa de la competencia relativa a la fecha de inicio del período de notificación asegura que las notificaciones sean efectuadas con la mayor antelación posible en el marco del proceso. Esto tuvo como consecuencia una gran cantidad de casos por los cuales se exigían la imposición de multas debido al incumplimiento de los períodos correspondientes de notificación, lo cual insumió la mayor parte de los escasos recursos del organismo. (el problema se ha diluido en los últimos años. Ver, OECD, *Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review*, 2005, disponible en el sitio de internet de la OCDE www.oecd.org/competition.) Aparentemente, la CNDC no tuvo una experiencia similar. En el período

2001-05 inició solamente cinco casos de esas características, los cuales derivaron en multas que ascendieron a un total de USD 214 000.

31. Dictamen N° 323 del 15 de julio de 2002; LAPA SA, LAPA Estudiantil SA, Fexis SA, AA2000 SA, Edcadassa.
32. Algunos sectores criticaron la decisión de la Secretaría en el sentido de que constituye una interferencia política injustificada en la aplicación de la ley de defensa de la competencia. Ver Serebrisky, Tomás, *Market Power: Airports*. Nota Nro. 259, The World Bank Group, Private Sector and Infrastructure Network, marzo de 2003.
33. Guía para la notificación de operaciones de concentración económica, Resolución 40/2001.
34. Resolución 164/2001.
35. Dictamen N° 417, del 22 de diciembre de 2004; Bellsouth Corporation y Telefónica Móviles S.A..
36. Dictamen N° 395, 10 de septiembre de 2004; Grupo Bimbo Sociedad Anónima de Capital Variable S.A.- Compañía de Alimentos Fargo S.A..
37. La misma Ambev fue consecuencia de una fusión de igual envergadura y polémica en Brasil. Ver OCDE, *Competition Law and Policy Developments in Brazil*, OECD Journal of Competition Law and Policy, octubre de 2000, vol. 2, N° 3, en 204-05.
38. El fallo de la Corte Suprema no explicitó los fundamentos en que se basaba.
39. Dictamen N° 226, 9 de marzo de 2001; Correo Argentino S.A. (CASA) y Sociedad Anónima Organización Coordinadora Argentina (OCA).
40. Ver, Peña, *El peligro de la "judicialización" del control de fusiones*, El Cronista, 29 de marzo 2005.
41. El artículo 58 de la ley de 1999 avala la postura que afirma que la CNDC puede actuar en los casos hasta tanto se constituya el Tribunal. Establece lo siguiente:

Derógase la ley 22.262. No obstante ello, las causas en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, continuarán tramitando de acuerdo con sus disposiciones ante el órgano de aplicación de dicha norma, el que subsistirá hasta la constitución y puesta en funcionamiento del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Asimismo, entenderá en todas las causas promovidas a partir de la entrada en vigencia de esta ley. Constituido el Tribunal las causas serán giradas a éste a efectos de continuar con la substanciación de las mismas.

La ley no especifica, sin embargo, si la CNDC tendrá plena independencia o si seguirá teniendo facultades consultivas únicamente.

42. Capítulo IV, artículos 17-23.
43. Artículo 25. Como se aclaró anteriormente, la CNDC no impone cargos por notificación de fusiones u otros cargos de esa índole.
44. Decreto 396/2001, *supra*, n. 28.
45. Decreto 89/2001, *supra*, n. 29.
46. Se puede acceder a éste en la página <http://groups.yahoo.com/group/ForoCompetencia>. El grupo consta de más de 400 miembros, que también mantiene un sitio de internet: <http://www.forocompetencia.com>.
47. En www.mecon.gov.ar/cndc/home.
48. El orden del día y las ponencias elaboradas para la conferencia están disponibles en el sitio de internet de la CNDC.
49. Uno de los ejemplos más destacados fue el caso de Ambev/Quilmes, descrito anteriormente. Durante tres años, mientras el caso (resuelto finalmente a favor de la Comisión) estuvo en proceso de litigio, las desinversiones ordenadas por la Comisión no se llevaron a cabo, a pesar de que la fusión se había consumado.
50. Las provincias han llegado incluso a emitir su propia moneda; la práctica se generalizó durante la crisis del año 2001, cuando las provincias emitieron “cuasi-monedas” en forma de títulos para pagar obligaciones del sector público.
51. Artículo 3.
52. Artículos 1 y 2 de la Ley No. 25.750. Estas restricciones sobre la propiedad extranjera de los medios de comunicación no se aplican en forma retroactiva a la fecha de promulgación de la ley.
53. Ver, en general, IADB (2002), Beato, Paulina, y Laffont, Jean-Jaques, *Competition in Public Utilities in Developing Countries*.
54. La fusión entre Telefónica y Bellsouth, que se analizó anteriormente, fue un caso en donde hubo gran cooperación entre la CNDC y el ente regulador de telecomunicaciones.
55. Ver, en general, IADB (2001), Bondorevsky, Diego; Petrecola, Diego, *The Structure of Natural Gas Markets in Argentina and Antitrust Issues in Regional Energy Integration*.
56. Resolución Nro. 225, 7 de marzo de 2001, Maersk Argentina Holdings, Terminal 4 S.A. y Terminal Emcym S.A.

57. Resolución Nro. 364, 17 de octubre de 2003, Terminales Río de la Plata, S.A. y Terminales Portuarias Argentinas S.A. Para un análisis más completo de este caso, ver Trujillo, Lourdes y Serebrisky, Tomás, *Market Power: Ports*, Nota Nro. 260, The World Bank Group, Private Sector and Infrastructure Network, marzo de 2003.
58. Decreto 1060/00. Para un análisis más completo de este estudio e informe, ver Serebrisky, Tomás, *The Role of Advocacy in Competition Policy: The Case of the Argentine Gasoline Market*, The World Bank, Policy Research Working Paper 3130, septiembre de 2003.
59. En otro informe, la CNDC recomendó al Ministerio de Economía determinados cambios en la forma en que la ciudad de San Carlos de Bariloche administraba los subsidios que le otorgaba a sus residentes para la compra de gas licuado de petróleo.
60. La ley de competencia alemana tiene una disposición de tal índole, pero fue utilizada por las autoridades alemanas sólo unas pocas veces en los últimos años. Ver, OCDE, *The Role of Competition Policy in Regulatory Reform: Regulatory Reform in Germany*, 2004.
61. La OCDE ha publicado una Recomendación del Consejo y tres informes abarcativos de actividades anticartel. Todos ellos se encuentran disponibles en el sitio de internet de la OCDE, *supra*, n. 9.
62. Este proceso puede complicarse por el hecho de que un particular que efectúa una denuncia tiene derecho a interponer un recurso de apelación ante la justicia respecto de una decisión emanada del órgano de defensa de la competencia que desestimó la denuncia (Artículo 52, inciso d). De hecho, ha habido muy pocas apelaciones de este tipo, de manera que el peso que recae directamente sobre la Comisión por este motivo ha sido mínimo. Aún así, un efecto indirecto podría ser que la Comisión sea más cauta en la revisión de estas denuncias de lo que sería habitualmente, ocasionando demoras y consumiendo recursos. Si esto es un problema o si se convierte en un problema, parecería que el único curso de acción para la Comisión es impulsar ante los tribunales (o mediante reforma legislativa) una norma que trate con deferencia a la decisión del órgano de desestimar una denuncia o que no exija justificación innecesaria por parte del órgano de sus decisiones en tales casos.
63. Ver OCDE, *Merger Control Laws and Procedures in Latin America and the Caribbean*, párrafos. 50-51, un trabajo presentado en el Foro Latinoamericano de Competencia 2005, disponible en el sitio de internet de la OCDE, *supra*, n. 9.
64. Recomendación IV.B, disponible en el sitio de internet de la ICN en la siguiente dirección: www.internationalcompetitionnetwork.org.

65. Una vez más aquí, la creación del Tribunal acarrearía mejoras automáticamente; eliminaría el último paso del proceso actual: la aprobación por parte de la Secretaría.
66. Brasil se ha visto enfrentado con el mismo problema. La solución que decidió la autoridad que vela por la libre competencia fue recomendar un cambio en la ley sobre notificaciones previas a la fusión. La ley, no obstante, no ha sido reformada aún. Mientras tanto, la autoridad ha incrementado la eficiencia del proceso a través de la implementación de cambios internos. Ver Revisión de Pares de Brasil, *supra*, n.30
67. Para consultar un análisis de los diferentes regímenes de notificación y sus ventajas y desventajas, ver el trabajo citado en la nota 63, *supra*. En este sentido, hay un error en el párrafo 24 del trabajo, en el cual se establece que en Argentina la ley exige que se suspenda la consumación al momento de la notificación formal. Esto no es así.
68. Impedir que las partes consumen su fusión antes de que finalice el examen de la Comisión tiene un beneficio secundario además de preservar la opción del órgano de control de prohibir la transacción en su totalidad: crea un incentivo para que las partes aceleren la revisión, lo cual tiene como resultado una mayor cooperación con el órgano.
69. Argentina tiene más usuarios de Internet per cápita que cualquier otro país de Sudamérica.

Referencias

- Blustein, Paul, *And the Money Kept Rolling In (And Out): Wall Street, the IMF and the Bankrupting of Argentina*, (PublicAffairs 2005).
- D'Amore, Marcelo R., *Fijación Vertical de Precios en el Fútbol Codificado: El Caso TRISA-TSCSA*, 19 Boletín Latinoamericano de Competencia, 3 (2004).
- Den Toom, Marcelo A., *The Application of ICN's Recommended Procedures for Merger Notification Procedures in Argentina: What Should be Changed to Achieve Full Consistency?*, 18 Boletín Latinoamericano de Competencia, 3 (2004).
- European Commission, *Boletín Latinoamericano de Competencia*.
- Grosman, Lucas y Serebrisky, Tomás, *El Abuso Explotativo y la Defensa de la Competencia en Argentina*, 16 Boletín Latinoamericano de Competencia 15, (2003).
- Law Business Research, Ltd. (2006), *Getting the Deal Through: Mergers and Acquisitions*.
- IADB (2002), Beato, Paulina, y Laffont, Jean-Jaques, *Competition in Public Utilities in Developing Countries*.
- IADB (2006), *Economic Situation and Prospects – Argentina*.
- IADB (2001), Bondorevsky, Diego, Petrecolla, Diego, *The Structure of Natural Gas Markets in Argentina and Antitrust Issues in Regional Energy Integration*.
- OECD (2005a), *Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review*.
- OECD (2005b), *Leyes y procedimientos sobre control de fusiones en América Latina y el Caribe*
- OECD (2005c), *Hard Core Cartels: Third Report on the Implementation of the 1998 Recommendation*.

- OECD (2004), *Argentina: Institutional Challenges in Promoting Competition*, Second Annual Meeting of the Latin American Competition Forum.
- OECD (2003), *Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges Ahead*.
- OECD (2000a), *Hard Core Cartels*.
- OECD (2000b), *Competition Law and Policy Developments in Brazil*, Journal of Competition Law and Policy, vol. 2, No. 3, pp. 204-05.
- OECD (1998), *Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*.
- Peña, Julián, *La defensa de la Competencia en la Argentina*, 17 Boletín Latinoamericano de Competencia, 3 (2003).
- Serebrisky, Tomás, *Market Power: Airports*, Nota Nro. 259, The World Bank Group, Private Sector and Infrastructure Network (2003).
- Serebrisky, Tomás, *The Role of Advocacy in Competition Policy: The Case of the Argentine Gasoline Market*, The World Bank, Policy Research Working Paper 3130 (2003).
- Trujillo, Lourdes y Serebrisky, Tomás, *Market Power: Ports*, Nota Nro. 260, The World Bank Group, Private Sector and Infrastructure Network (2003).
- United States Department of State, Bureau of Western Hemisphere Affairs, *Background Note: Argentina* (2005).

Recursos de internet

- Boletín Latinoamericano de Competencia:
<http://ec.europa.eu/comm/competition/international/others>
- CNDC: www.mecon.gov.ar/cndc/home.htm
- ForoCompetencia: <http://www.forocompetencia.com>
- Global Competition Review: www.globalcompetitionreview.com
- International Competition Network:
www.internationalcompetitionnetwork.org
- OECD: www.oecd.org/competition

ISBN 978-92-64-01221-9

Derecho y Política de la competencia en América Latina

Exámenes inter-pares en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú

© OECD / IDB 2007

DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA EN BRASIL

Examen Inter-Pares

-- 2005 --

Índice

Resumen	78
1. La política de competencia en Brasil: fundamentos y contexto	83
2. Temas de fondo: contenido y aplicación e la ley de competencia.....	85
2.1 Conductas	86
2.2 Fusiones	97
2.3 Competencia desleal y protección del consumidor.....	115
3. Temas institucionales: estructuras y prácticas de obligación al cumplimiento	117
3.1 Instituciones de política de competencia	117
3.2 Obligación al cumplimiento de la ley de competencia	123
3.3 Otros métodos de obligación al cumplimiento	146
3.4 Aspectos internacionales de la obligación al cumplimiento	148
3.5 Recursos, acciones y prioridades implícitas de los organismos.....	152
4. Límites de la política de competencia: exenciones y regímenes regulatorios especiales	160
5. Defensa de la competencia	170
6. Conclusiones y opciones de política	179
6.1 Fortalezas y debilidades en la actualidad.....	179
6.2 Recomendaciones	182
Notas.....	201

Recuadros

Recuadro 1.	El cártel de Aerolíneas Rio de Janeiro-São Paulo	91
Recuadro 2.	Microsoft	93
Recuadro 3.	Nestlé-Garoto	105
Recuadro 4.	Procedimientos de revisión de fusiones: modificaciones propuestas.....	114
Recuadro 5.	Las tres instituciones jurídicas que inciden sobre el cumplimiento de la ley de competencia: el fiscal público, el fiscal general y el ministerio de justicia.....	118
Recuadro 6.	Temas institucionales: modificaciones propuestas	120
Recuadro 7.	Incursión sorpresa contra el pedernal	126
Recuadro 8.	Procedimientos en casos de conducta: modificaciones propuestas.....	132
Recuadro 9.	Multas y sanciones: modificaciones propuestas	137
Recuadro 10.	La revisión judicial en Brasil.....	141
Recuadro 11.	Procedimientos de defensa de la competencia: modificaciones propuestas.....	172

Resumen

Este informe evalúa el desarrollo y la aplicación de la ley y las políticas de competencia en Brasil a lo largo de los últimos cinco años. La evaluación es la continuación de un análisis previo de la OCDE, elaborado en 2000, en el que se analizaba el Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia (SBDC) desde 1994, año de la entrada en vigor de la actual ley de competencia del país. El SBDC consta de tres organismos: (1) El CADE, Consejo Administrativo de Defensa Económica, un organismo autónomo que cuenta con autoridad de resolutive y de adjudicación en casos del SBDC; (2) La Secretaría de Derecho Económico (SDE), dentro del Ministerio de Justicia, que desempeña el principal papel de investigación; y (3) La Secretaría de Seguimiento Económico del Ministerio de Finanzas, que también tiene autoridad de investigación pero es principalmente responsable por el análisis económico en los procesos relacionados con el SBDC.

El Informe anterior concluyó que, aunque se habían logrado avances importantes en el esfuerzo por desarrollar una economía con mercados en pleno funcionamiento en Brasil, quedaba aún mucho por hacer. El Informe recomendaba que los organismos relacionados con el SBDC redujeran los esfuerzos dedicados a la revisión de fusiones sin consecuencias para la competencia y centraran más su atención y recursos adicionales a otros renglones, como los cárteles, la conducta anticompetitiva de las empresas recién privatizadas y las restricciones a la competencia impuestas por gobiernos estatales y locales. También se sugirieron modificaciones a las leyes para contar con mejores herramientas de obligación al cumplimiento, incluyendo el otorgamiento de autoridad al SBDC para realizar estudios en los domicilios de las empresas y establecer un programa de indulgencias. También se recomendaron algunos cambios legislativos en los requisitos de registro de notificaciones de fusión y se instó a los organismos a simplificar el método de determinación de la “fecha de activación” para las notificaciones de fusión. El Informe de 2000 también identificó tres características institucionales importantes del SBDC que requerían ser atendidas: (1) la participación de tres organismos diferentes en la obligación al cumplimiento de las disposiciones relacionadas con la competencia, lo que resulta en la duplicación de esfuerzos y otros tipos de ineficiencia; (2) lo reducido del periodo en funciones de los comisionados del CADE, lo que resultaba en una rotación acelerada y la posible

disminución de la autonomía del organismo; y (3) la falta de personal profesional sobre bases permanentes en el CADE, resultando en la ausencia de conocimiento institucional.

A pesar de estas serias desventajas, el SBDC ha realizado grandes avances durante los últimos cinco años en la puesta en marcha de políticas de competencia sólidas. En particular, desde 2003 el sistema ha tratado con eficacia los problemas más serios en sus facultades de control. La mayor parte de las recomendaciones que aparecieron en el Informe de 2000 dentro del alcance del organismo han sido puestas en práctica, en especial las relacionadas con el aumento de la eficiencia en los estudios de fusiones y la reasignación de recursos para regular la formación de cárteles. Asimismo, se observan muchas mejorías en otras áreas que no fueron tratadas en el Informe de 2000, como la eliminación de rezagos, el establecimiento de un sistema de certificación para programas de cumplimiento de defensa de la competencia, la introducción de mecanismos procesales para impedir la integración de partes en fusión durante procedimientos de análisis por parte de organismos y para la prohibición de la conducta anticompetitiva en casos no relacionados con fusiones así como el aumento de la capacidad de los organismos para realizar análisis económicos sofisticados. El CADE ha mejorado las técnicas para proteger los intereses de la política de competencia en los procesos de revisión judicial. El SBDC ha obtenido varias victorias en la defensa de la competencia contra programas y propuestas que la obstaculizan y ha ampliado vigorosamente su interacción con autoridades extranjeras de defensa de la competencia. Los tres organismos han participado en los intensos esfuerzos por aumentar el entendimiento de las leyes de competencia entre los fiscales públicos y los miembros del poder judicial, además de dedicarse activamente a fomentar el desarrollo de una cultura de la competencia en Brasil.

Sin embargo, varias de las recomendaciones realizadas en el Informe de 2000 no tuvieron seguimiento por parte del SBDC. Así, el CADE dedicó poca atención a tratar con las restricciones contra la competencia impuestas por los gobiernos estatales y locales, la obligación al cumplimiento de las leyes y la defensa de la competencia demostraron poca visibilidad en algunos sectores y el CADE no mostró la voluntad para depender únicamente del “primer documento vinculante” como circunstancia de activación en notificaciones de fusión. Otros ámbitos en los que podrían hacerse mejoras se relacionan con la transparencia de las decisiones y las recomendaciones del CADE, así como con su manera de enfocar el litigio privado de defensa de la competencia. No obstante, los renglones en los que el SBDC merece un reconocimiento exceden, tanto en número como en relevancia, a los aspectos en los que su desempeño fue de algún modo deficiente.

En el aspecto legislativo, a fines de 2000 se modificó la ley de competencia, con lo cual se otorgó a los organismos la facultad de llevar a cabo inspecciones domiciliarias y establecer programas de indulgencia. Durante los últimos dos años, el SBDC ha utilizado estos poderes con energía. Sin embargo, no se han

adoptado disposiciones legales para tratar temas institucionales, crear una plantilla permanente de personal en el CADE o ajustar los requisitos de notificación para las fusiones. Recientemente, los organismos del SBDC se unieron para elaborar una propuesta común de revisiones por ley que remodele la estructura institucional y realice otros muchos cambios significativos en la ley de competencia.

Entre las fortalezas particulares del SBDC se incluye una gran dedicación institucional por alcanzar niveles altos de integridad, autonomía, solidez de políticas y justicia de los procedimientos, sin olvidar un excelente cuadro de liderazgo y una comunidad empresarial que presta un apoyo importante. Entre sus debilidades se puede mencionar su estructura institucional contraproducente y una plantilla de personal que no es suficiente en número ni cuenta con la compensación adecuada para poder retener a empleados calificados en el largo plazo. Entre las consecuencias de estas desventajas se encuentra la deficiente memoria institucional, las ineficiencias y los rezagos. También existen disposiciones legales con relación a la notificación en las fusiones y el programa de indulgencia que interfieren con una obligación al cumplimiento eficiente y eficaz. La falta de familiaridad de los tribunales con la ley de competencia es otra fuente de dificultades.

Este Informe presenta recomendaciones diseñadas para tratar toda la gama de temas de política y leyes de competencia que afronta el SBDC. Algunas de las propuestas sugieren tomar medidas por ramas del gobierno distintas del SBDC, mientras que otras se relacionan con cambios que puede poner en práctica el CADE.

En la primera categoría, el informe recomienda que Brasil:

Consolide las funciones de investigación, enjuiciamiento y adjudicación del SBDC en un solo organismo autónomo.

Proteja la autonomía de este CADE reconstituido ampliando los periodos en funciones de los comisionados, el Director General y otros altos funcionarios a, por lo menos, cuatro años (y de preferencia cinco), y con nombramientos escalonados.

Otorgue la consideración debida a la importancia de la experiencia técnica en economía y legislación de competencia al nombrar funcionarios.

Fije el quórum de la sesión plenaria en cuatro en lugar de cinco participantes en las ocasiones en las que el número de comisionados disponibles para votar sobre un caso se reduzca a cuatro por causa de vacancia o descalificación .

Adopte leyes que creen plazas de carrera en el CADE y proporcionen los recursos adecuados para contratar y retener un número suficiente de elementos calificados entre el personal profesional.

Considere la factibilidad económica de establecer oficinas regionales del CADE.

Revisar la propuesta de ley para eliminar la asignación de procedimientos de sanción monetaria al CADE y la SEAE.

Modificar el proceso de notificación y revisión de fusiones para

- Adoptar una norma explícita para revisar las implicaciones competitivas de las transacciones de fusión.
- Establecer un sistema de notificación previo a la fusión.
- Eliminar la notificación actual de participación de mercado y adoptar umbrales basados en el volumen de ventas interno tanto de las partes mayores como de las menores en la transacción.
- Eliminar la notificación de transacciones no relacionadas con fusiones.
- Considerar la aceleración de la revisión y aprobación de transacciones que no planteen cuestionamientos relacionados con la competencia.
- Establecer una fecha límite definitiva en función de la cual el CADE debe determinar si bloqueará o no una fusión.
- Establecer procedimientos formales de conciliación en casos de fusiones.

Modificar el programa de indulgencia para

- eliminar la exposición de los participantes en el programa al enjuiciamiento de conformidad con leyes penales distintas de la Ley de Delitos Económicos.—Reducir la exposición de los participantes en el programa a sanciones por daño civil.
- adoptar disposiciones que garanticen que la evidencia incriminante proporcionada por los solicitantes para el programa de indulgencia no se utilicen contra ellos si se encuentra que no cumplen las condiciones para participar en el programa.

Considerar el nombramiento de jueces especializados y paneles de apelación para resolver temas relacionados con la ley de competencia.

Limitar la Ley de Delitos Económicos a violaciones de cárteles.

Considerar limitar las demandas civiles por daños monopólicos a partes y conductas que hayan estado sujetas a una sentencia específica de ilegalidad por parte del CADE.

Adoptar las disposiciones en el proyecto de ley general para los organismos del sector que establecen procedimientos estandarizados para obligar al cumplimiento de la ley de competencia.

Adoptar las disposiciones en el proyecto de ley general para los organismos

del sector que establecen procedimientos estandarizados para la participación de la SEAE en procedimientos de los organismos para promulgar normas y regulaciones.

Adoptar el proyecto de ley pendiente de aprobación para la obligación al cumplimiento de la ley de competencia en el sector bancario.

En la segunda categoría de propuestas, el Informe recomienda que el CADE:

Trate con las limitaciones contra la competencia que aplican gobiernos estatales y locales.

Funcione como defensora de la competencia con respecto a la legislación federal y los programas de regulación.

Actualice los Lineamientos Horizontales para Fusiones de 2001.

Garantice que los fallos permitan que el público compruebe la congruencia, la predictibilidad y la justicia en la aplicación de la ley de competencia.

Permita la resolución de casos de conducta mediante el consentimiento, incluso cuando el acusado admita haber mostrado conductas ilegales.

Tratar las demandas privadas que busquen la adjudicación de daños monopólicos como oportunidades para ejercer la defensa de la competencia y generar más información sobre el impacto competitivo de dicho litigio.

Continuar con los programas existentes para

- enfocar los esfuerzos para obligar al cumplimiento de la ley en casos de cárteles
- establecer acuerdos de cooperación en el ámbito de la obligación al cumplimiento de la ley con organismos reguladores sectoriales y enjuiciar la conducta anticompetitiva de las empresas en sectores regulados
- establecer consensos con la Oficina del Procurador de Justicia que respeten el papel de los fiscales públicos asignados al CADE de conformidad con el Artículo 12 de la Ley 8884-
- fomentar el entendimiento y la apreciación de la ley de competencia entre (1) los fiscales públicos, para facilitar su cooperación en la operativa del programa de indulgencias y desalentar la coerción anticompetitiva al cumplimiento de la Ley de Delitos Económicos; y (2) los miembros del poder judicial, para aumentar la calidad del análisis que aplican los tribunales en casos que traten temas de competencia.
- aumentar el reconocimiento y la aceptación de los principios de la competencia entre la sociedad en general, como defensor del desarrollo de una cultura de competencia en Brasil.

1. La política de competencia en Brasil: fundamentos y contexto

El presente informe evalúa el desarrollo y la aplicación de la ley y las políticas de competencia en Brasil desde el año 2000. Este volumen continúa un análisis previo de la OCDE titulado “*Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: A Progress Report*” (en adelante el “Informe de 2000”).¹ La evaluación comienza con una breve descripción de los antecedentes de la política de competencia en Brasil y el contexto en el que opera en la actualidad.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, las políticas económicas de Brasil se centraban en una intervención generalizada del gobierno en las operaciones de los mercados. El Estado controlaba los precios en muchos sectores y la mayoría de las empresas más grandes del sector industrial, financiero y del transporte pertenecían al Estado o eran monopolios privados aprobados por el sector público. La ley de competencia (número 4137) aprobada en 1962 creó el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE). El organismo demostró tener un impacto económico marginal, debido a que su autoridad sólo abarcaba las empresas privadas. En 1988, coincidiendo con una serie de cambios económicos significativos en Brasil, la nueva constitución estableció la competencia como elemento clave del “orden económico”. En ese contexto, se puso en marcha un programa de privatización, se redujeron las barreras al comercio internacional y el CADE aumentó su actividad.

La era moderna de la política de competencia en Brasil comenzó en 1994. En ese año, como respuesta a un periodo de hiperinflación, se puso en marcha el “Plan Real”. Entre sus principales características se encontraba la introducción de rígidas políticas fiscales y crediticias y una nueva moneda (el real), fija con respecto al dólar.² Como parte de las reformas de 1994, se aprobó una nueva ley de competencia (número 8884) con la expectativa de aplicarla para tratar con la inflación. Esta nueva ley también introdujo controles en el caso de las fusiones e importantes cambios institucionales. El CADE cambió su configuración como organismo independiente y algunos aspectos relativos a la autoridad encargada del cumplimiento, se transfirieron a dos organismos más: la Secretaría de Derecho Económico (*Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça*, SDE) del Ministerio de Justicia y la Secretaría de Seguimiento Económico (*Secretaria de Acompanhamento Econômico*, SEAE) del Ministerio de Finanzas. Juntos, los tres organismos forman el Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia (*Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*, SBDC). Durante los siguientes años aumentó el ritmo de las privatizaciones; se

eliminó el organismo gubernamental responsable por la administración general de los precios, y se crearon nuevos organismos reguladores independientes para los sectores de telecomunicaciones, petróleo y gas natural y electricidad.

En el Informe de 2000 (p. 184) se destacó que, en ese mismo año, el proceso de privatización había concluido prácticamente en los sectores de telecomunicaciones, aviación civil y transporte colectivo por carretera, y aún no se había completado en los renglones de electricidad, petróleo y gas, ferrocarriles, puertos y banca. Entre 2000 y 2002 se llevaron a cabo proyectos de privatización adicionales a nivel federal y estatal. Entre las medidas importantes en el periodo destaca la venta pública de acciones de Petrobrás (la empresa petrolera federal) por 4 mil millones de dólares; la venta de 60 por ciento del banco estatal de São Paulo a Banco Santander por 3.7 mil millones de dólares; y la venta de Cia. Vale do Rio Doce (CVRD, la empresa minera federal), por 1.9 mil millones de dólares. Entre otras privatizaciones destacaron las de los bancos estatales de Paraná, Goiás, Paraíba y Amazonas; las compañías estatales de suministro de energía eléctrica de Pernambuco, Maranhão y Paraíba; y la empresa estatal de suministro de agua y alcantarillado de Manaus.

Desde 2002 no se han registrado nuevas privatizaciones en el país. A 2004, el gobierno federal contaba con 128 empresas propiedad del Estado, incluyendo un interés controlador en Petrobrás. Otros sectores en los que operan las empresas del gobierno son los de generación de electricidad (incluyendo la energía nuclear), las terminales aéreas y los servicios portuarios, la banca, los servicios de salud y los sistemas de alcantarillado. La propiedad del Estado de algunas empresas refleja una decisión de política en el sentido de que el control gubernamental se considera lo apropiado para lograr objetivos estratégicos o para compensar fallas del mercado, o porque las empresas involucradas prestan servicios públicos. Los planes futuros en torno a las privatizaciones se centran en el otorgamiento de concesiones para operar ferrocarriles y carreteras.

Desde 1994, se han aprobado dos modificaciones a la ley que inciden sobre la legislación relacionada con la competencia. En enero de 1999, se estableció una cuota por fusión, cuya recaudación se asignó al CADE (Ley número 9781). En diciembre de 2000, con posterioridad al Informe de 2000, la Ley número 10149 otorgó importantes facultades de investigación, aclaró procedimientos de notificación judicial para entidades extranjeras, estableció un programa de indulgencia, aumentó la cuota cobrada por registro de fusiones y determinó la división de esta cuota entre los tres organismos relacionados con la competencia.

En la actualidad, siguen pendientes tres partes de la legislación propuesta para remodelar el sistema legal de competencia en Brasil. La primera es una revisión extensa de la Ley 8884, que uniría la SDE con el CADE; sumaría nuevos elementos institucionales a la estructura del CADE; redefiniría el papel de la SEAE en el régimen de competencia; establecería un sistema de notificación previa de fusiones; alteraría los requisitos actuales de activación para el reporte de fusiones; y realizaría otros cambios en las disposiciones sustantivas y correctivas de la ley, incluyendo los límites aplicables a las multas impuestas por conductas ilegales.³ La segunda propuesta consistiría en un proyecto general de ley para revisar y normalizar los requisitos procesales aplicables a los organismos reguladores del sector, incluyendo diversas disposiciones que afectan la relación entre los reguladores del sector y el régimen de competencia.⁴ El tercer proyecto de ley resolvería el conflicto entre los organismos de competencia y las autoridades de la regulación bancaria con respecto a la jurisdicción sobre las fusiones en el sector bancario.⁵ Las tres propuestas de ley se comentan con mayor detalle en los puntos correspondientes de este informe.

2. Temas de fondo: contenido y aplicación de la ley de competencia

La Constitución brasileña de 1998 establece una base explícita para la política de competencia. En el párrafo 4 del Artículo 173 se determina que “la ley reprimirá el abuso del poder económico dirigido al dominio de los mercados, la eliminación de la competencia y el aumento arbitrario de las utilidades”. De manera más general, el Artículo 170 contempla que el “orden económico” de Brasil deberá estar “fundado en la apreciación del valor del trabajo humano y en la libre empresa”, y deberá operar prestando “la atención debida” a ciertos principios, incluyendo el de la “libre competencia”, “el papel social de la propiedad”, “la protección del consumidor” y la “propiedad privada”. En línea con estas disposiciones, el Artículo 1 de la Ley 8884 determina que el objetivo de la misma reside en “establecer medidas de defensa de la competencia en congruencia con principios constitucionales como la libre empresa y la competencia abierta, el papel social de la propiedad, la protección del consumidor y la restricción de abusos de poder económico”.⁶

Las disposiciones que fundamentan la ley brasileña de competencia aparecen en los Artículos 20, 21 y 54. A diferencia de las leyes en muchos otros países que prohíben por separado los convenios anticompetitivos y la conducta abusiva de las empresas, los Artículos 20 y 21 tratan todo tipo de conducta anticompetitiva distinta de las fusiones, mientras que éstas últimas, las adquisiciones y transacciones similares se tratan en el Artículo 54. Esta discusión sigue el patrón legal que divide en dos partes (conductas y fusiones) el análisis de las prohibiciones de la ley.

2.1 *Conductas*

El Artículo 20 contiene lenguaje general que contempla que “cualquier acto intencionado de cualquier manera o de otro modo capaz de producir los resultados abajo listados, incluso si dichos resultados no se logran, será considerado como una violación del orden económico”. Los efectos especificados son (1) limitar, restringir o de cualquier otra forma dañar la competencia abierta o la libre empresa; (2) controlar el mercado relevante de un producto o servicio dado; (3) aumentar las utilidades de manera discrecional; y, (4) abusar del control de mercado que se ostenta. El artículo especifica que la violación de “control de mercado” descrita en el inciso (2) no incluye el control obtenido por medio de la “eficiencia competitiva”. En una frase al cierre se contempla que se “presume” que existe control de mercado cuando una empresa o grupo de empresas posee una participación de 20 por ciento y otorga al CADE la autoridad para cambiar la presunción del 20 por ciento con respecto a sectores específicos de la economía.

El Artículo 21 contiene una lista extensa, aunque no excluyente, de los actos que se consideran ilegales si generan los resultados enumerados en el Artículo 20. Entre las prácticas contempladas se incluyen varios tipos de convenios horizontales y verticales y abusos unilaterales del poder de mercado.⁷ Con respecto a los acuerdos horizontales, la lista contempla la colusión entre competidores, incluyendo los convenios para fijar precios o condiciones de venta, dividir los mercados, “arreglar” licitaciones y limitar las actividades de investigación y desarrollo. Entre los convenios verticales destacan las limitaciones para el precio de reventa y otras restricciones que afectan las ventas a terceros (incluyendo los límites sobre volúmenes de venta y los márgenes de utilidad) al igual que la discriminación y condicionamiento de precios. En lo que respecta a las conductas unilaterales, la lista especifica una serie de medidas que excluyen o ponen en desventaja a las empresas de nuevo ingreso o a los rivales existentes, incluyendo la negativa a tratar con ellos o las limitaciones al acceso a insumos o canales de distribución. Otras prácticas unilaterales que se citan en el Artículo 21 se refieren a la imposición de términos o condiciones contractuales irracionales, “obstaculizar el uso de propiedad industrial o intelectual”, “vender productos bajo su costo irracionalmente”, descontinuar las actividades de producción u otro tipo de actividades comerciales sin una causa justificada, “afectar los precios de terceros por medios fraudulentos”⁸, acaparar o destruir materias primas y bienes intermedios o finales (incluyendo productos agrícolas), “exigir u otorgar condiciones de exclusividad en la publicidad en medios masivos”, impedir la operación de equipos de manufactura o distribución, imponer “precios abusivos” o “aumentar el precio de un producto o servicio de manera irracional”.⁹

El Informe de 2000 observó dos peculiaridades acerca de la lista de actividades anticompetitivas del Artículo 21. En primer lugar, la formulación se caracterizaba por ser “relativamente poco ortodoxa” (pág. 197), debido a que no distingue de manera expresa entre las actividades relevantes con relación a la prohibición por ley para establecer convenios restrictivos y las relacionadas con el abuso de dominio. Segundo y más importante, el Informe destacó que algunas de las prácticas enumeradas tienen una redacción ambigua o no se consideran normalmente como anticompetitivas (como la de “negar la venta de algún producto o servicio en las condiciones de pago que normalmente se aplican a las prácticas y políticas comerciales regulares”; “retener la producción de bienes de consumo, excepto con el fin de garantizar la recuperación de los costos de producción”; o “tomar posesión . . . de derechos de propiedad industrial o intelectual o de tecnología”). El Informe añadió que, aunque estas disposiciones tenían el potencial de aplicarse de forma equivocada, el CADE había emitido lineamientos de cumplimiento que aclaraban lo contenido en los Artículos 20 y 21 que parecían “ubicar el análisis de competencia realizado en el CADE dentro de la corriente dominante” del análisis convencional de defensa de la competencia (páginas 197-98).

Los lineamientos de cumplimiento para estos artículos se emitieron en 1999 como anexos de la Resolución 20 del CADE. En esta resolución se establecen procedimientos aplicables a la presentación de un caso propuesto al Consejo por el Comisionado Relator asignado, y exige que el comisionado “verifique si el procedimiento está fundamentado” de acuerdo con los lineamientos.¹⁰ Los Anexos de esta resolución establecen un esquema analítico estandarizado para las prácticas restrictivas. El Anexo I contiene las definiciones de prácticas anticompetitivas, que se clasifican en categorías horizontales y verticales. Las prácticas horizontales se definen como las que constituyen “un intento por reducir o eliminar la competencia en el mercado, ya sea mediante el establecimiento de convenios entre competidores del mismo mercado relevante con respecto a precios u otras condiciones, o por medio de la adopción de precios depredadores (*predatory pricing*)”. En este sentido, se presentan cuatro categorías que ejemplifican este tipo de prácticas: (1) los cárteles, que involucran acuerdos entre competidores que controlan una porción sustancial del mercado relevante “con respecto a precios y cuotas de producción y distribución y división territorial, en un intento por aumentar los precios y las utilidades al mismo tiempo a niveles cercanos a los monopólicos”; (2) otros convenios horizontales, que involucran “sólo parte del mercado relevante o los esfuerzos conjuntos temporales dirigidos a lograr un mayor nivel de eficiencia, en especial en el ámbito productivo y tecnológico”; (3) prácticas ilícitas de asociaciones profesionales que se relacionan con “cualquier

práctica que limite sin razón la competencia entre profesionales, sobre todo las prácticas que fijación de precios”; y (4) prácticas de *predatory pricing*, que se refieren al establecimiento de precios a “niveles inferiores al costo medio variable” para eliminar la competencia, en condiciones de mercado que permitirían que los costos del esquema de *predatory pricing* se recuperaran por medio de incrementos posteriores en los precios.¹¹

Las prácticas verticales que limitan el comercio se definen en el Anexo I como “restricciones impuestas por fabricantes o proveedores de productos y servicios en un determinado mercado (‘mercado de origen’) en mercados relacionados verticalmente, en sentido ascendente o descendente de la cadena productiva (el ‘mercado objetivo’). Se presentan seis ejemplos de esta situación: (1) mantenimiento del precio de reventa; (2) restricciones a clientes o territoriales impuestas en una cadena de distribución; (3) exclusividad; (4) rehusarse a realizar una transacción comercial; (5) condicionamiento de ventas; y (6) discriminación de precios. En el Anexo se destaca que las restricciones verticales pueden generar impactos anticompetitivos ya sea en el mercado de origen o en el de destino, al excluir rivales o facilitar la colusión ascendente o descendente.

De acuerdo con el Anexo I, en caso de determinarse que existió ilegalidad en términos de las restricciones verticales u horizontales implica el establecimiento de “la existencia de poder de mercado en el mercado relevante de origen, al igual que de un impacto sobre una porción sustancial del mercado que es el objetivo de dichas prácticas,... .En el Anexo II se profundizan estos temas con la descripción de los “criterios básicos para el análisis de las prácticas comerciales restrictivas”, mencionando los pasos específicos a seguir. Entre ellos, los siguientes:

1. identificar la práctica precisa objeto del análisis y garantizar que existe un fundamento evidencial adecuado para concluir que la práctica se llevó a cabo;
2. determinar la existencia de una posición dominante que implica
 - (a) definir el mercado relevante en sus dimensiones geográficas y de producto, considerando la sustitución efectiva o potencial del servicio o producto por parte de los compradores; (b) determinando las participaciones de mercado y las medidas de concentración, utilizando uno o ambos de los índices siguientes: el de participación aditiva de mercado (CRx) o el de Herfindahl-Hirschman (HHI); h
 - (c) analizar las barreras de entrada; y
3. ponderar las eficiencias económicas que podrían resultar de las prácticas en contra del daño competitivo efectivo o posible.

Para determinar el poder de mercado, el CADE siempre realiza análisis por caso y no ha recurrido a la “presunción de control de mercado” del 20 por ciento del Artículo 20 o ejercido el poder de alterar ese porcentaje para un mercado específico. En términos prácticos, se presume que una participación de mercado inferior a 20 por ciento refleja la ausencia de poder de mercado. Por su parte, con respecto a los cárteles, aunque los lineamientos no establecen una “regla *per-se*”, implican que estas estructuras se encontrarán bajo un escrutinio estricto, al notar que los convenios no relacionados con cárteles traen consigo menos efectos anticompetitivos y más beneficios a favor de la competencia, por lo que se requiere “una aplicación más juiciosa” de la regla de la razón. De hecho, en los casos de cárteles, el CADE supone que los efectos anticompetitivos se presentan una vez que se demuestra la existencia de poder de mercado.¹²

La ley de competencia y los lineamientos del CADE no contemplan un trato especial para las empresas pequeñas, aunque el Artículo 170 de la Constitución especifica que un principio guía del orden económico debe ser el de la “debida consideración” para el “trato preferencial a las pequeñas empresas organizadas bajo las leyes brasileñas y cuya oficina matriz y centro administrativo se encuentren domiciliados en Brasil” Sin embargo, debido a que el CADE no aplica el análisis *per se*, incluso los convenios horizontales entre empresas pequeñas rara vez implicará el poder de mercado necesario para incumplir con la ley.

En Brasil no se utiliza la práctica analítica de dividir las faltas de conducta en cinco categorías (acuerdos horizontales *per se* y *no-per se*; acuerdos verticales *per se* y *no-per se* y conductas unilaterales que involucran la monopolización o el abuso del dominio de mercado). Como se destacó arriba, no surge la distinción entre el concepto *per se* y *no-per se*, pues el CADE requiere que exista poder de mercado en todas las faltas. Asimismo, los acuerdos verticales se eliminan de hecho como categoría, debido a que el CADE no distingue (como sí sucede en la ley de defensa de la competencia de Estados Unidos) entre el nivel ordinario de poder de mercado que se requiere para determinar violaciones verticales que involucren a empresas no dominantes, y el mayor nivel de poder que se requiere para determinar la presencia de abuso monopólico. De aquí que el CADE afirme que, desde 2000, no ha fallado casos “verticales” como tales, pues todas las prácticas de este tipo que ha tratado desde entonces han surgido en casos de abuso de dominio. Por ello, la discusión a continuación sobre la actividad de obligación al cumplimiento relacionada con faltas de conducta de conformidad con la Ley 8884, se divide en convenios horizontales y abusos de dominio. El Cuadro 1 muestra el número y disposición de casos de conducta concluidos por el CADE entre 2000 y 2004.

Cuadro 1. Fallos del CADE en casos de conducta 2000-2004

Año	Casos fallados	Sin violación	Violación		Total
			Horizonta l	Abuso de dominio	
2000	39	26	2	11	13
2001	34	18	16	0	16
2002	34	22	11	1	12
2003	23	13	9	1	10
2004	42	24	16	2	18
Total	172	103	54	15	69

Fuente: SBDC, 2005

2.1.1 *Convenios horizontales*

El Informe de 2000 (páginas 192-193) destacó que, aunque, hasta ese punto, el CADE había considerado muy pocos casos que involucraran una actividad tradicional de “cártel”, los tres organismos estaban aplicando un nuevo enfoque para el tema.¹³ En 1999, el CADE decidió el primer caso real de cárteles de conformidad con la Ley 8884. El Consejo encontró suficiente evidencia circunstancial para justificar la conclusión de que los fabricantes de productos de acero laminado habían establecido un convenio de fijación de precios. Los productores de acero buscaron un análisis jurídico del fallo del CADE y de las sanciones asociadas, que el CADE estableció en el mínimo por ley de 1 por ciento del volumen bruto de ventas de la empresa para el año anterior. En fechas posteriores al Informe de 2000, el tribunal de primera instancia falló a favor del CADE. Sin embargo, el fallo se sujetó a apelación de los productores de acero y se encuentra pendiente de decisión.

En una serie de casos de cártel que comenzaron en 2002, el CADE presentó cargos de fijación de precios contra asociaciones de vendedores de combustible al menudeo en Florianópolis, Goiânia, Belo Horizonte, y Recife, entre otros. En estos casos, a menudo se impusieron sanciones contra los funcionarios de la asociación y los dueños de las estaciones de servicio de forma individual, al igual que contra la asociación misma. También se revisó la utilización de listas de precios por parte de asociaciones médicas, y se fallaron casos contra grupos de profesionistas como el de los anesthesiólogos en Goiás, los doctores en Piauí y los urólogos en Ceará.¹⁴ En marzo de 2005, el CADE concluyó un caso contra los cuatro periódicos más grandes de Río de Janeiro por elevar sus precios 20 por ciento de forma simultánea. El día del aumento, los cuatro periódicos publicaron notas editoriales idénticas, que intentaban justificar los aumentos y se referían a la asociación comercial de los periódicos como el elemento

organizador. El CADE multó a cada periódico con 1 por ciento de su ingreso anual. Un caso de fijación de precios, que se decidió en 2004, involucró a los distribuidores de gas líquido de petróleo en la ciudad de São Sebastião, en el Distrito Federal. El CADE multó a los distribuidores participantes con 15 por ciento de sus ingresos anuales y añadió una multa contra el dueño de cada empresa equivalente a 10 por ciento de la sanción impuesta a la compañía. Como se describe en el siguiente recuadro, en 2004 se analizó un caso relacionado con un cártel de líneas aéreas.

Recuadro 1. El cártel de Aerolíneas Rio de Janeiro-São Paulo

En agosto de 1999, varios periódicos informaron que, cinco días después de que se reunieron los presidentes de las cuatro principales aerolíneas de Brasil, los precios de los billetes para la transitada ruta entre Río de Janeiro y São Paulo habían aumentado 10 por ciento. La investigación de la SEAE concluyó que el cambio en precios no era solamente cuestión de paralelismo consciente. Además de la reunión entre los ejecutivos de las compañías, la evidencia demostró que se intercambiaron datos de precios entre las empresas por medio de su publicación en ATPCO, el sistema computarizado de datos sobre precios de las aerolíneas que mantiene la *Airline Tariff Publishing Company* (Compañía de Publicación de Tarifas Aéreas). En este sistema, una empresa podría configurar sus notificaciones de cambios en precios de forma que, durante un periodo inicial de tres días, los cambios sólo pudieran ser vistos por otras compañías aéreas y no por los usuarios o los agentes de viajes. De esta forma, la empresa que introducía la información tenía la posibilidad de suspender el cambio en caso de que los competidores no cumplieran su parte del compromiso. Esta característica del sistema de la ATPCO había sido atacado con anterioridad por el Departamento de Justicia de Estados Unidos, pero las modificaciones al sistema que surgieron con ello sólo se habían aplicado en América del Norte.

En septiembre de 2004, el CADE determinó que las cuatro aerolíneas se habían coludido para elevar los precios. Cada una debió pagar una multa de 1 por ciento del ingreso obtenido en la ruta afectada durante 1999 y se le prohibió fijar precios y publicar ajustes de precios de forma anticipada.¹⁵

El SBDC también ha cuestionado los convenios horizontales además de los de fijación de precios, incluyendo las cláusulas de exclusividad horizontal que imponen las “Unimed”. Las Unimed son cooperativas de médicos que se encuentran en la mayoría de los pueblos y las ciudades de Brasil que tradicionalmente han impedido que sus médicos miembros se contraten con otros planes de servicios de salud. La política de obligación al cumplimiento del CADE consiste en atacar estas cláusulas cuando es alta la

participación en el mercado local de los médicos pertenecientes a las Unimed. Desde el Informe de 2000, los fallos del CADE contra las Unimed se han presentado en ciudades como São Paulo, Araguari, Uberlândia, y Macapá. En un caso de 2002 contra una Unimed en el estado de Río Grande do Sul, el CADE concluyó que las multas impuestas en casos anteriores no habían resultado eficaces para desalentar las cláusulas de exclusividad. De aquí que el CADE impusiera una multa de cerca de \$75,000 dólares, más del doble de la sanción anterior.¹⁶

En otra medida que involucró un convenio horizontal, aunque surgiera en el contexto de un caso de fusión, en marzo de 2005 el CADE ordenó la suspensión de un acuerdo mediante el cual TAM y Varig, las dos líneas aéreas más grandes de Brasil, compartían asientos en los aviones de la otra línea aérea. El CADE aprobó el convenio en marzo de 2003 como paso inicial en lo que se esperaba fuera la fusión de ambas compañías. Posteriormente, las partes cancelaron la fusión y el CADE concluyó que no se justificaba la permanencia del convenio.¹⁷

A fines de 2004, el CADE consideró un caso interesante que se relacionaba con acciones coordinadas de una asociación comercial para obtener legislación anticompetitiva. La asociación de vendedores de combustible al menudeo en Brasilia logró, con éxito, que el gobierno municipal emitiera un decreto prohibiendo la construcción de estaciones de servicio en los estacionamientos de supermercados y centros comerciales. El CADE encontró que esta conducta estaba fuera de la ley y multó a la asociación y a dos de sus miembros por un monto equivalente a 5 por ciento de sus ingresos.¹⁸ En un cargo adicional del mismo caso se mencionaba un convenio entre miembros de la asociación por medio del cual dejaban de vender cierto tipo de combustible diesel especialmente refinado. La motivación para el arreglo fue una regulación del Departamento Nacional de Combustibles que exigía que el diesel refinado se vendiera al mismo precio que el regular en todas las estaciones en las que no hubiera existencias de diesel regular. Los vendedores aceptaron detener las ventas para evitar vender el diesel refinado al precio del diesel regular. El CADE encontró que esta conducta resultaba ilegal e impuso una multa contra la asociación.

2.1.2 *Abuso de dominio*

La mayor parte de los casos del SBDC se relacionan con algún tipo de conducta de exclusión para excluir o impedir la participación de competidores horizontales. Sin embargo, la decisión más reciente del CADE con respecto al abuso de dominio se centró en las restricciones que afectan la competencia en una misma marca. Este caso, que involucró a Microsoft, se describe en el recuadro siguiente.

Recuadro 2. Microsoft

En agosto de 2004 el CADE sostuvo que Microsoft ilegalmente restringió la distribución de programas de su marca y de servicios de computación asociados. Microsoft había establecido un sistema de “Revendedores de Grandes Cuentas” (RGC) para atender a los clientes corporativos de gran tamaño. Los RGC estaban limitados a una zona geográfica específica, pero una misma zona podía ser atendida por varios RGC dependiendo del número de distribuidores que cumplieran los requisitos para calificar como RGC.

En el caso de la zona geográfica del Distrito Federal (Brasilia), sólo una empresa, TBA Informática (TBA) cumplía con los requisitos para ser considerada como RGC. En cartas dirigidas al gobierno federal, Microsoft afirmó que TBA era la única empresa autorizada a vender programas de Microsoft y servicios asociados a todos los organismos federales (incluyendo los ubicados fuera de Brasilia). Como resultado, se desistía de los procedimientos de licitación que normalmente se exigía que llevaran a cabo los organismos federales a favor de las adquisiciones a TBA.

Al analizar el convenio de Microsoft con TBA, el CADE concluyó que el mercado relevante de bienes consistía en la venta o la obtención de licencias de programas y servicios de computación para el gobierno federal y que el mercado geográfico relevante abarcaba todo el país. En este mercado, Microsoft encontró una participación dominante de 90 por ciento. Desde el punto de vista del CADE, la acción de Microsoft al crear esta posición exclusiva para TBA resultaba ilegal. Al eliminar los procedimientos de licitación en ventas al gobierno, se reducían los beneficios en términos de bienestar del consumidor con relación a la competencia en una misma marca, reducción que no se compensaba con suficientes eficiencias en un mercado en el que no existía la competencia entre marcas. Los funcionarios encargados de las compras gubernamentales no tenían la oportunidad de elegir entre proveedores que competían entre sí, no sólo en el caso de los programas de Microsoft sino también en lo relacionado con servicios informáticos.

Microsoft argumentó que podía decidir integrarse hacia delante en el ámbito de la distribución y vender directamente al gobierno federal, por lo que la imposición de TBA como distribuidor exclusivo no representaba daño económico alguno. La respuesta del CADE fue que el sistema establecido por Microsoft para las ventas al gobierno involucraba la distribución por medio de un agente exclusivo y no la venta directa por parte de Microsoft. El CADE observó que cuando un productor monopolístico vende mediante un solo distribuidor, el precio final es más alto y la producción total es menor que cuando el productor monopolístico vende de forma directa al cliente. El CADE concluyó que la decisión de crear un distribuidor exclusivo obligaba a Microsoft a establecer precios máximos de reventa o a mejorar de alguna otra forma el ineficiente efecto de “doble monopolio” que surgiría.

Asimismo, el CADE tampoco estaba convencido de las justificaciones en términos de eficiencia que afirmaba Microsoft. Microsoft argumentó primero que la restricción territorial estimulaba a los revendedores a invertir en un análisis detallado y en la comprensión de las necesidades del cliente en esa zona geográfica. El CADE rechazó esta justificación, destacando que, aunque TBA estaba ubicada en Brasilia, tenía la obligación de atender a los organismos federales localizados en otras zonas geográficas del país. El segundo argumento de Microsoft fue que la exclusividad impedía aprovechar los esfuerzos de comercialización sin pagar por ello (el fenómeno económico del *free-riding*) de los otros revendedores. El CADE replicó que Microsoft asumió el grueso de los esfuerzos de comercialización en Brasil y que el trabajo de TBA se había orientado a promover la marca de TBA, no la de Microsoft. Asimismo, el argumento perdía valor con el hecho de que Microsoft había autorizado a varios RGC a operar en otras zonas geográficas. El CADE concluyó que el objetivo real de Microsoft al establecer a TBA como distribuidor exclusivo en el Distrito Federal residía en evadir los procedimientos de licitación del gobierno.

La perspectiva negativa del CADE al respecto de las justificaciones de eficiencia que esgrimía Microsoft empeoró con el argumento de esta última de que la condición de exclusividad otorgada a TBA no había sido deliberada, sino que había resultado simplemente de la aplicación de normas neutrales de cualificación para ser considerado RGC. Por el contrario, el CADE encontró que Microsoft había modificado los criterios para garantizar que sólo TBA cumpliera con las condiciones requeridas. El CADE afirmó que la libertad de un productor para establecer un sistema de distribución y elegir distribuidores no contemplaba “la prerrogativa para hacerlo de manera discriminadora”.

El CADE concluyó que la conducta de Microsoft y TBA constituían una limitación de la competencia de conformidad con el Artículo 20 I, un abuso de dominio de acuerdo con el Artículo 20 IV y un convenio para asegurar una ventaja indebida en el ámbito de las adquisiciones públicas de acuerdo con el Artículo 21 VIII. Microsoft fue multada con 10 por ciento de sus ingresos derivados de venta de licencias de productos Microsoft al gobierno federal de Brasil, mientras que TBA recibió una sanción de 7 por ciento de su facturación al gobierno de productos Microsoft y servicios informáticos asociados.

En otro caso de dominio con un enfoque al interior de una misma marca, se argumentó que Matec, afiliada de Ericsson, había rehusado de forma ilegal vender partes para el Sistema Telefónico Ericsson MD110. Las empresas independientes dedicadas a prestar servicios de mantenimiento telefónico por contrato argumentaron que no podían competir de manera eficaz en el mercado de los MD110 sin tener acceso a partes de reposición. En una decisión dada a conocer en 2003, CADE definió dos mercados relevantes: los servicios de mantenimiento para el sistema telefónico MD 110 y las partes de reposición de ese sistema. En el primer mercado, Matec

tenía más de 90 por ciento de la participación de mercado al momento de la violación y, en el segundo, Matec mantenía un monopolio. CADE encontró que Matec había excluido ilegalmente a la competencia en el mercado por servicios de mantenimiento de sistemas, debido a que las empresas competidoras no tenían la posibilidad de operar sin tener acceso a partes de reposición. La exclusión reducía el bienestar del consumidor debido a que los compradores afectados de este sistema telefónico estaban “encadenados” al sistema telefónico MD 100 por el alto costo de cambiarlo. La competencia entre sistemas telefónicos en el punto de venta no era suficiente para impedir una falla del mercado en el caso del gobierno federal, que era uno de los principales clientes del MD 110. Las reglas de adquisiciones del gobierno impidieron al gobierno aceptar otra oferta que no fuera la más baja, sin contemplar los costos posteriores de mantenimiento.

En contraste con el caso de Microsoft/TBA y Matec, existe otra serie de decisiones del CADE que han analizado las prácticas de exclusión orientadas directamente a los competidores horizontales. Entre ellas, destaca otro caso con Microsoft, fallado a principios de 2004. En él, el CADE encontró que no existía abuso de dominio por el hecho de que Microsoft integrara su programa “*Money*” (para la gestión financiera) con el de Microsoft Office para Pequeñas Empresas. Un vendedor del programa competidor había presentado una queja en el sentido de que la táctica de Microsoft implicaba un convenio de condicionamiento excluyente. Microsoft respondió que “*Money*” se había integrado con el paquete “*Office*” sólo de manera temporal y promocional, y que normalmente se vendía como producto aparte. El CADE concluyó que no existía un condicionamiento ilegal y cerró el caso.

También en 2004, el CADE consideró que el centro comercial Iguatemi en la ciudad de São Paulo violaba el Artículo 20 al prohibir que sus arrendatarios se ubicaran también en otros centros comerciales de la ciudad. Iguatemi contaba con una participación de 30.9 por ciento de los ingresos derivados por la renta de locales en centros comerciales dentro del mercado geográfico relevante de São Paulo y 29 por ciento del ingreso por las ventas en centros comerciales. El CADE concluyó que Iguatemi tenía suficiente poder de mercado para limitar la competencia entre centros comerciales de acuerdo con la disposición de exclusividad. Así, se impuso una multa de 1 por ciento de los ingresos brutos de Iguatemi. A principios de 2005 se registró un caso similar, relacionado con cuestiones de exclusividad, contra Shopping Centre Norte (SCN), también situado en la ciudad de São Paulo, pero en un mercado geográfico relevante distinto. SCN, que contaba con 69.6 por ciento de participación en los ingresos por alquileres de comercios y 71.6 por ciento de los ingresos por ventas en su mercado, prohibía a sus arrendatarios que operaran en otro centro comercial a menos de mil metros

de SCN. El CADE encontró que esta condición resultaba una limitación indebida y multó a SCN con 1 por ciento de sus ingresos brutos.

En 2002, el CADE se abocó al análisis de un contrato entre la corporación White Martins (WMC, antes *Liquid Carbonic Corp.*) y Ultrafertil, una empresa petroquímica. Los procesos de fabricación de Ultrafertil generaban, como subproducto, el insumo principal utilizado por WMC para la producción de bióxido de carbono (CO₂). El contacto otorgaba a WMC los derechos exclusivos durante diez años a todo el subproducto generado por Ultrafertil. Un posible nuevo participante en la producción de este gas presentó la queja en el sentido de que ese contrato era una estrategia para excluir a los participantes de nuevo ingreso. Al observar que WMC tenía poder dominante en la producción de bióxido de carbono y que no se disponía de otra fuente del insumo distinta de Ultrafertil, el CADE coincidió en que el contacto resultaba anticompetitivo. Así, fundamentó su decisión al destacar que WMC había estado liberando una porción importante del insumo en la atmósfera. WMC fue multada con 24 millones de reales (9.4 millones de dólares), un monto equivalente a 5 por ciento de sus ventas brutas durante el año que precedió a la petición del demandante.

En un caso fechado en 2003, el CADE consideró una demanda de *dumping* relacionada con la venta de tubos de vacío para recolectar muestras de sangre humana por parte de la empresa Merck y su subsidiaria brasileña. En este caso, el CADE no encontró violación alguna, ya que los precios de Merck generalmente excedían el costo medio variable y porque esta empresa no contaba con el suficiente poder de mercado para garantizar la recuperación de las pérdidas asociadas con el *dumping* que se argumentaba.¹⁹

El CADE también falló con respecto a algunos casos de abuso de dominio que involucraban la explotación, potencialmente anticompetitiva, de poder de mercado, más que la exclusión de competidores. De este modo, en un caso distinto contra la corporación White Martins, el CADE consideró argumentos de que WMC era culpable de conductas verticales abusivas, al condicionar el transporte de bióxido de carbono líquido a la venta del producto, así como por el cobro de precios discriminadores. El caso se resolvió en 2000 mediante un convenio de acuerdo conforme al cual WMC aceptaba suspender las prácticas ofensivas. El CADE no ha considerado casos que involucren el mantenimiento de precios de reventa.

Como se describió en el Informe de 2000 (página 197), una comisión investigadora del Congreso que analizó la industria farmacéutica solicitó, en 2000, que la SDE revisara las demandas de precios de medicamentos abusivamente altos. De acuerdo con el Artículo 30 de la Ley 8884, la SDE debe iniciar un procedimiento administrativo a solicitud del Senado o la

Cámara de Diputados sin realizar una investigación preliminar. Así, la SDE abrió cerca de 60 procedimientos de establecimiento de precios abusivos con relación a más de 1,500 medicamentos. Luego de que las investigaciones languidecieron durante varios años, en 2003 la SDE organizó un grupo especial para realizar el proyecto, con un enfoque particular en el empleo del análisis económico para definir los mercados relevantes. Recientemente, la SDE envió 15 de estos casos al CADE, esperando que el resto concluya hacia fines de 2005.

La posición del CADE con respecto a los precios abusivos refleja el punto de vista de que la obligación a cumplir las disposiciones a favor de la competencia no deben centrarse en los precios supuestamente altos de una empresa, sino más bien en incremento ilegítimo de poder de mercado que permite aumentos de precios abusivos. En enero de 2001, el CADE consideró presentar cargos de establecimiento de precios abusivos contra dos distribuidores de gas natural en el estado de Río de Janeiro. El CADE concluyó que los distribuidores no habían actuado de manera ilegal simplemente por haber elevado sus precios, pues los aumentos se encontraban dentro de los límites permitidos por el regulador estatal de empresas prestadoras de servicios.²⁰

2.2 *Fusiones*

Las disposiciones de la Ley 8884 que se aplican a las fusiones aparecen en el Artículo 54, que inicia con la redacción siguiente:

Cualquier acto que pueda limitar o de otro modo restringir la competencia abierta, o que resulte en el control de los mercados relevantes de ciertos productos o servicios deberá ser sometido al CADE para su análisis.

Este requisito de notificación se aplica, en principio, a cualquier “acto”, por lo que no sólo cubre las fusiones, sino cualquier tipo de contrato. En agosto de 2001, la SDE y la SEAE emitieron en conjunto los Lineamientos para las Fusiones Horizontales, confirmando la aplicación del Artículo 54 a cualquier “transacción que pueda limitar o, de otro modo dañar la libre competencia, o resultar en el dominio de los mercados relevantes de bienes y servicios, como los convenios horizontales entre competidores”.²¹ El Artículo 54, párrafo 4 requiere que se presente la notificación a más tardar quince días hábiles después de ocurrir la transacción, mientras que el párrafo 5 otorga al CADE el poder de sancionar la falta de cumplimiento con el requisito de registro mediante la imposición de una multa de entre 60,000 y 6 millones de unidades fiscales de referencia (entre 24,900 y 2.49 millones de dólares).²² En la práctica, la mayoría de las sanciones que se imponen por incumplimiento de la notificación referida en el Artículo 54 se

relacionan con transacciones que implican algún tipo de realineación estructural entre las partes.²³

En 1999, se impuso un cobro de 15,000 reales (5,850 dólares) para las notificaciones registradas de conformidad con el Artículo 54. A partir de 2001 la cuota se incrementó a 45,000 reales (17,550 dólares).²⁴ Aunque la mayoría de las notificaciones presentadas de conformidad con el Artículo 54 se relacionan con fusiones y adquisiciones, algunas se refieren a convenios que conciernen actividades de distribución, otorgamiento de franquicias, obtención de licencias, proyectos conjuntos y consorcios.

El párrafo 3 del Artículo 54 establece umbrales de notificación especiales para actos que constituyan fusiones, afirmando que la notificación es obligatoria para “cualquier forma de concentración económica” en la que la entidad resultante “represente veinte por ciento (20 por ciento) de un mercado relevante” o en la que cualquiera de los participantes en la transacción haya tenido un volumen total de ventas de 400 millones de reales (156 millones de dólares) durante el año precedente. Como se comentará más adelante, una característica clave del Artículo 54 es que las notificaciones, aunque involucren una fusión u otro tipo de transacción, no necesitan presentarse hasta después de ocurrido el acto.

El Artículo 54 no contiene lenguaje alguno que proporcione la norma sustantiva que deba utilizarse para analizar los actos sometidos. Sin embargo, el párrafo 1 del artículo contempla que una transacción presentada para su revisión puede ser aprobada si cumple con las cuatro siguientes condiciones: (1) Que su propósito resida en “aumentar la productividad; mejorar la calidad del producto o servicio; o generar una mayor eficiencia” o “fomentar el desarrollo tecnológico o económico”. (2) Que genere beneficios asignables de forma equitativa entre las partes de la fusión y los consumidores. (3) Que no elimine “una parte sustancial del mercado relevante de un producto o servicio”. (4) Que sus términos no sean más restrictivos de lo necesario para obtener los efectos benéficos.²⁵ Los Lineamientos para Fusiones Horizontales (en el párrafo 2) establecen que “el principio fundamental en el control de las fusiones es la regla de la razón”, atribuyendo esta proposición a la exposición de motivos presentada en el Artículo 1 de la Ley 8884. Este lenguaje, en conjunto con el del Artículo 54, podría interpretarse para imponer la carga sobre las partes en la fusión en el sentido de demostrar que su transacción es benéfica en términos económicos. Sin embargo, en la práctica, el CADE no ha impuesto un requisito tal, y sólo interviene cuando concluye que, tomando en cuenta todos los argumentos, se reduciría la competencia de forma significativa. De esta forma, se considera que el párrafo 1 del Artículo 54 establece una defensa de las eficiencias que sólo se aplica en el caso de fusiones que, de otra manera, se considerarían anticompetitivas. La propuesta de ley para

revisar la legislación de competencia establece una norma sustantiva para la evaluación de las fusiones, prohibiendo las transacciones que “eliminen la competencia en una parte sustancial del mercado relevante, que creen o fortalezcan una posición dominante o que puedan dominar un mercado relevante”.²⁶

El párrafo 2 del Artículo 54 contiene una disposición especial que permite la aprobación de fusiones que satisfagan sólo tres de los cuatro atributos enumerados en el Párrafo 1, siempre y cuando la transacción “sea en el interés público o de otro modo se requiera para el beneficio de la economía brasileña, y siempre y cuando no se dañe al consumidor final”. Este tipo de disposiciones se encuentra de alguna manera en las leyes de control de fusiones de varios países, lo que permite la aprobación de fusiones que, de otra forma, se considerarían anticompetitivas con base en el predominio del interés nacional. No obstante, hasta la fecha no se ha aprobado una fusión en Brasil sobre la base de esta disposición. La legislación propuesta conserva esta redacción, además de las cuatro condiciones que aparecen en el párrafo 1 de la ley vigente.

Los Lineamientos para Fusiones Horizontales de agosto de 2001, emitidos conjuntamente por la SEAE y la SDE, describen un proceso analítico de cinco pasos que emplea conceptos encontrados en lineamientos similares de otros países. Los elementos de este proceso incluyen (1) la definición de los mercados relevantes, tanto de producto como geográfico; (2) la determinación de si la participación de mercado de la entidad fusionada es lo suficientemente grande para permitir el ejercicio del poder de mercado; (3) la evaluación de la probabilidad de que el poder de mercado sea ejercido luego de la fusión; (4) el análisis de las eficiencias generadas por la transacción; y (5) la evaluación del impacto neto de la transacción sobre el bienestar económico.

La metodología para definir los mercados relevantes en términos geográficos y de producto contenida en el primer paso de los Lineamientos, se centra en la determinación del mercado más reducido en el cual un monopolista hipotético podría imponer un aumento de precios pequeño pero significativo y no transitorio. En el segundo paso, los Lineamientos consideran dos contextos (el de la acción unilateral por parte de una sola empresa y la acción coordinada de varias compañías) en los que se consideraría que determinados niveles de concentración de mercado presentarían una posibilidad importante de contar con poder de mercado posterior a la fusión. En el caso del poder ejercido por una sola empresa, el umbral de consideración sería una entidad fusionada con participación de mercado de, por lo menos, 20 por ciento. En el caso de la acción coordinada por parte de varias empresas, el umbral de consideración sería una razón de concentración de cuatro empresas de, por lo menos, 75 por ciento, además

de una participación de mercado de la entidad fusionada de, como mínimo, 10 por ciento. Si se alcanza cualquiera de estos umbrales, el análisis procede al paso 3, realizándose una evaluación de la probabilidad de que se ejerza en efecto el poder de mercado luego de la fusión. Este ejercicio se consideraría improbable si (a) las importaciones fueran un remedio eficaz contra el ejercicio del poder de mercado; (b) la entrada de nuevos participantes es considerada “probable, oportuna y suficiente”; o (c) la rivalidad en el mercado es tal que las empresas existentes tendrían tanto la capacidad como la motivación para resistir intentos de ejercicio de poder de mercado por parte de la entidad fusionada. Si el paso 3 demuestra la posibilidad de observar efectos anticompetitivos a partir de una transacción determinada, el análisis continúa al paso 4, para considerar las eficiencias que podría generar la fusión y, en última instancia, al paso 5, para evaluar el impacto económico neto de la transacción. Una transacción se rechazará si, después de tomar en cuenta el renglón de las eficiencias, genera una reducción neta en el superávit económico. Si el superávit aumenta debido a que los efectos anticompetitivos exceden a las eficiencias, se requerirá un análisis más detallado. De acuerdo con el Artículo 54, párrafo 1 de la ley, una defensa por causa de eficiencias podrá aceptarse solamente si los beneficios económicos de la transacción se asignan de forma equitativa entre las partes fusionadas y los consumidores o usuarios finales.²⁷

Aunque el CADE no ha adoptado formalmente los Lineamientos de Fusiones en forma de una Resolución del Consejo, los trata como recomendaciones no vinculantes en la evaluación de casos de fusión y, normalmente (aunque no siempre) sus disposiciones se discuten en las decisiones formales de fusión que emite el CADE. Una rareza de los Lineamientos de Fusiones es que la parte que discute la evaluación del poder de mercado sólo se refiere a la proporción de concentración de cuatro empresas, pero no al índice de Herfindhal-Hirschman (HHI). En contraste, los Lineamientos de la Resolución 20 del CADE, emitidos dos años antes para su empleo en la evaluación de violaciones de conducta de conformidad con los Artículos 20 y 21, se refieren a ambos métodos de medición de la concentración de mercado. Los organismos afirman que, de hecho, calculan el HHI siempre que sea posible para evaluar fusiones, aunque destacan que los mercados brasileños podrían considerarse no concentrados a los niveles que el HHI generarían preocupación en Estados Unidos. Otra característica de los lineamientos es la ausencia de referencias a fusiones que involucren empresas en quiebra, aunque el CADE analizó y rechazó la defensa de una compañía en quiebra en el caso Mahle-Metal, un procedimiento que data de 1996 y que se relacionaba con la adquisición de un fabricante de autopartes. En esta decisión, el CADE interpretó la defensa de acuerdo con la formulación desarrollada en Estados Unidos, enfoque que se mantuvo posteriormente. El CADE ha rechazado la defensa en otros casos desde

Metal Leve, en la generalidad de los casos argumentando la falta de esfuerzos adecuados para identificar a compradores menos anticompetitivos.

Las transacciones notificadas al CADE de conformidad con el Artículo 54 se pueden decidir de tres maneras posibles: aprobación incondicional, aprobación condicionada o rechazo. Si una transacción se rechaza en primera instancia, el Artículo 54, párrafo 9 faculta al CADE a tomar cualquier medida necesaria para corregir el daño que se pueda haber causado al orden económico, incluyendo la emisión de órdenes que exijan “la disolución, separación o venta de activos, y el cese parcial de actividades”. El CADE ha rechazado por completo sólo una fusión con adquisición de activos en el caso reciente que concierne a las empresas Nestlé y Garoto y que se describe más adelante.

Cuando las transacciones se aprueban de manera condicional, las condiciones que se imponen pueden entrar en una de dos categorías, dependiendo de la disposición legal que se invoque. Las condiciones que requieren actos únicos (como la venta de activos o la eliminación de una cláusula de no competencia en el contrato de adquisición) se imponen en función del ejercicio de la autoridad intrínseca del CADE para revisar transacciones de conformidad con el Artículo 54. Las condiciones que requieren actos continuos pero limitados en el tiempo (como la obligación temporal de la empresa adquirente de otorgar licencias para el uso de una marca registrada o mantener un programa de reubicación para los empleados despedidos) se imponen de acuerdo con el Artículo 58. Este artículo faculta al CADE a exigir que una o más partes de una transacción cumplan con restricciones o requisitos temporales de conducta, llamados “compromisos de desempeño” por la ley.²⁸

En los últimos cinco años, el CADE ha analizado los méritos de 2802 transacciones de conformidad con el Artículo 54, rechazando tres y aprobando condicionalmente otras 88. Siete de los casos de aprobación condicionada se relacionaban con compromisos de desempeño. Por ejemplo, la adquisición por parte de Aerolíneas Varig de un servicio computarizado de reservación resultó, en 2003, en un compromiso de desempeño que requería que Varig tratara a todas las aerolíneas de la misma manera durante tres años en lo relacionado con la operación del sistema de reservaciones. De manera similar, un compromiso de desempeño impuesto en 2004 requería que CTBC Telecom, una compañía de líneas telefónicas terrestres que había adquirido a un prestador de servicios de Internet por marcación, ofreciera el mismo trato a los demás prestadores de estos servicios durante tres años. Otro compromiso de desempeño fijado en 2004 surgió con la transferencia, por parte de Pepsico, de los activos y licencias para la producción y distribución de la bebida isotónica “Gatorade” a AmBev, subsidiaria de la empresa Companhia Brasileira de Bebidas. El

CADE requirió que AmBev vendiera la marca registrada de “Marathon”, su bebida isotónica vigente. Para contribuir a garantizar que Marathon sobreviviera en el mercado, se requirió que AmBev ofreciera al comprador de la marca una opción para adquirir los activos de producción de Marathon y una opción para utilizar la red de distribución de AmBev durante seis meses.

Para fines del análisis, resulta útil estudiar las condiciones de aprobación en función de su impacto sobre la disposición de los activos propiedad de las partes. Las condiciones y compromisos impuestos por el CADE pueden entonces clasificarse de acuerdo a si eran (1) “estructurales” (definido como las condiciones que requieren la venta o liquidación de activos); o (2) “accesorias” (definido como todas las demás condiciones). Las condiciones accesorias incluyen a la mayoría de los compromisos de desempeño, al igual que a las disposiciones que requieren la modificación o eliminación de las cláusulas de no competencia en los convenios de fusión.

El cuadro a continuación resume la actividad del CADE en el terreno de las revisiones de fusión entre 2000 y 2004, mostrando la proporción de casos en los que se impusieron condiciones “estructurales” o “accesorias”.

Cuadro 2. Fallos del CADE en casos de fusión 2000-2005

	Transacciones Reviewed ¹	Aprobadas sin condiciones	Aprobadas condicionadas				Rechazadas
			Estructurales	Porcentaje de transacciones revisadas	Accesorias	Porcentaje de transacciones revisadas	
2004	618	574	2	0.32	41	6.63	1 (0.16%)
2003	491	484	1	0.20	6	1.22	0
2002	485	474	0	0.0	11	2.27	0
2001	571	559	0	0.0	12	2.10	0
2000	507	490	1	0.20	14	2.76	2 (0.39%)
Total	2672	2581	4	0.15	84	3.14	3 (0.11%)

Fuente: SBDC, 2005

1. Esta cifra es neta de registros que no fueron revisados por el CADE debido a que la transacción no cumplía con los umbrales de registro de notificación o porque las partes retiraron la notificación.

Aunque el CADE ha impuesto condiciones en cerca de 3.4 por ciento de las transacciones, sólo en cuatro instancias (muy por debajo de la décima parte de todos los casos condicionados) se impusieron requisitos estructurales que ordenan la disposición o utilización de activos.²⁹ El caso estructural de 2000 que se cita en el cuadro fue el de la fusión de AmBev, en el que el CADE requirió la liquidación de una marca de cerveza y cinco fábricas de cerveza. El caso estructural de 2003 consistió en la adquisición de la cadena de supermercados G. Barbosa por parte del Grupo Ahold (propietario de Bompreço, la cadena de supermercados más grande de la región noreste de Brasil). El CADE ordenó que Ahold liquidara 16 de las 32 tiendas G. Barbosa. Uno de los casos de 2004 fue el de otra fusión de supermercados, que involucró la liquidación de una tienda. El segundo fue el de Pepsico-Gatorade que se describió arriba, en el cual se requirió que AmBev liquidara su marca de bebida isotónica.³⁰

Un ejemplo de condiciones accesorias es el caso de la adquisición de Biobrás por parte de Novo Nordisk. Nordisk era un importador sustancial de insulina hacia Brasil. Por su parte, Biobrás, una compañía farmacéutica, era el único fabricante nacional de insulina. Nordisk propuso estructurar la transacción transfiriendo los activos de producción de insulina de Biobrás hacia Biommm, una nueva compañía. El CADE aprobó la transacción, pero eliminó una disposición contractual que especificaba que, durante tres años, Biommm no podría exportar insulina a Brasil desde sus instalaciones productivas en el extranjero. El alto número de casos aprobados con condiciones accesorias en 2004 se explica por las cerca de 25 adquisiciones de empresas locales de servicio a elevadores que llevó a cabo una sola compañía en diferentes mercados geográficos. En cada caso, el convenio de adquisición prohibía al vendedor dedicarse a prestar servicios de mantenimiento durante años, por lo que el CADE impuso condiciones que requirieran la restricción de las cláusulas de no competencia sólo al mercado de elevadores (y excluyendo al de las escaleras eléctricas) o que se limitara geográficamente.

La mayoría de las transacciones (96.6 por ciento) se aprobaron sin condiciones. En 2001, el CADE consideró una fusión internacional que involucraba las subsidiarias brasileñas de dos empresas de maquinaria agrícola, New Holland (afiliada holandesa de Fiat) y Case Corporation (una compañía estadounidense). A pesar de que algunos submercados de maquinaria se encontraban relativamente concentrados en Brasil, el CADE aprobó la transacción sin condiciones. Desde el punto de vista del Consejo, cualquier intento de la empresa por incrementar sus precios después de la fusión sería de hecho limitado por la presencia de otros fabricantes brasileños que operaban plantas de propósitos múltiples capaces de fabricar los productos afectados. El CADE destacó que, al evaluar la misma fusión,

los organismos de defensa de la competencias en Europa y Estados Unidos habían requerido la liquidación de varias plantas manufactureras en sus jurisdicciones geográficas respectivas. La situación brasileña difería en el sentido de que la demanda de mercado era mucho mayor en el extranjero, con la consecuencia de que podían construirse (y se construyeron) plantas altamente eficientes de un solo producto. En contraste, todas las plantas brasileñas eran operaciones de productos múltiples.

Es raro observar el rechazo absoluto de transacciones notificadas. En este sentido, el CADE bloqueó dos proyectos conjuntos en 2000 que involucraron distintas características de una sola operación. Un grupo de empresas que fabricaba combustible de alcohol a partir de azúcar formó un organismo colectivo para vender la producción de sus miembros. El CADE concluyó que los aspectos anticompetitivos de las propuestas superaban cualquier ganancia en eficiencia. En febrero de 2004, por primera vez en su historia, el CADE tomó la decisión de rechazar, por completo, una fusión mediante adquisición de activos, oponiéndose a la adquisición de Chocolates Garoto por parte de Nestlé Brasil.

En abril de 2005, el CADE aprobó la adquisición del fabricante de tractores Valtra por parte de la empresa estadounidense AGCO. El caso es importante debido a que fue la primera vez en la que el CADE consideró simulaciones econométricas que habían sido realizadas por la SDE y la SEAE, en lugar de por las partes en la fusión. Las simulaciones fueron diseñadas para estudiar temas de definición de mercado y trataban con las elasticidades cruzadas en diversos submercados definidos por el intervalo de caballos de fuerza de los motores en los tractores. En algunos submercados, la participación de mercado posterior a la fusión alcanzaba 85 por ciento o más. No obstante, el CADE aprobó la transacción debido a una inminente nueva entrada que crearía la suficiente capacidad para prevenir aumentos de precios en cualquiera de los mercados.³¹

Recuadro 3. Nestlé-Garoto

Nestlé Brasil, la subsidiaria brasileña del grupo suizo Nestlé, produce alimentos y bebidas, incluyendo chocolates, así como artículos de higiene y medicamentos. Chocolates Garoto, empresa brasileña del sector de productos alimenticios, es un importante fabricante de dulces y chocolates. Garoto era la tercera empresa en importancia en el mercado general de productos de chocolate, mientras que Nestlé y Kraft Foods (Lacta) alternaban en su liderazgo. La fusión aumentaba de manera importante la concentración horizontal del mercado general de chocolates, como se muestra en el cuadro a continuación.

Participaciones de mercado (%) todos los chocolates

Compañía	1998	1999	2000	2001
Nestlé (a)	35.26	34.60	30.95	33.94
Garoto (b)	22.13	24.69	28.55	24.47
(a+b)	57.39	59.29	59.50	58.41
Lacta	33.73	32.83	33.59	33.15
Ferrero	5.45	4.61	3.91	3.18
Arcor	3.20	3.07	2.61	3.40
Otros	0.23	0.20	0.39	1.86
Total	100.0	100.0	100.0	100.0

Fuente: SBDC, 2005

Un tema decisivo residía en si los chocolates en general constituían el mercado correcto a analizar. Asimismo, existían otros candidatos, incluyendo las cajas de chocolates, las tabletas, los bocadillos, las barras de dulce y los huevos de Pascua de chocolate, aunque la concentración también era generalmente alta en esos mercados. Kraft y las partes de la fusión presentaron estudios de definición de mercado divergentes, empleando modelos de elasticidad precio para estimar las reacciones de los consumidores a los precios relativos entre diferentes presentaciones y marcas de chocolates. Las empresas participantes en la fusión también incluyeron estimaciones econométricas basados en datos de Nielsen a fin de aclarar más el grado de rivalidad competitiva.

Por primera vez en un caso de fusión en Brasil, las partes presentaron simulaciones, que Kraft contrarrestó con estudios propios. Estas simulaciones, diseñadas para predecir el impacto posterior a la fusión sobre precios y cantidades, también pretendían estimar la reducción en los costos marginales que se requería para compensar el aumento en el poder de mercado de la compañía producto de la fusión. Las diferencias tan radicales en los resultados obtenidos por los distintos estudios obligó al CADE a considerar toda una serie de asuntos metodológicos relacionados con los

modelos de simulación, incluyendo la identificación de la función de demanda relevante, la evaluación de la incertidumbre estadística asociada con las estimaciones de elasticidad de la demanda, y el análisis de los defectos potenciales en el modelo de productos diferenciados de Bertrand-Nash que empleaban las simulaciones.

También se cuestionaron otros temas además del mercado relevante, como las barreras a la entrada y las perspectivas de expansión de marcas rivales como Mars y Hershey. Como otra primicia en un caso de fusiones en Brasil, los solicitantes presentaron un estudio detallado de las eficiencias que generaría la fusión, elaborado por una compañía auditora independiente. El 4 de febrero de 2004, la mayoría del Consejo votó a favor de impedir la operación, determinando que Nestlé debía vender Chocolates Garoto a un competidor con menos de 20 por ciento de participación en el mercado relevante. Desde el punto de vista del CADE, los estudios econométricos demostraron una alta elasticidad cruzada de la demanda entre los diversos segmentos del mercado de chocolates y entre las distintas marcas, llevando a la conclusión de que el mercado relevante era el de los chocolates en todas sus formas (excluyendo los productos caseros) del mercado interno brasileño. El CADE también subrayó que las importaciones no eran un factor importante en el mercado y que existían barreras de entrada debido a las dificultades para asegurar la distribución al mayoreo. El CADE concluyó que la transacción debía rechazarse debido a que (1) ni la reducción esperada en los costos variables ni el nivel de rivalidad que sobreviviría en el mercado eran suficientes para prevenir los incrementos de precios; y (2) no existían remedios estructurales para disminuir los efectos negativos de una mayor concentración.

Las partes presentaron mociones ante el CADE para que se reconsiderara y aclarara el fallo, que el CADE denegó el 3 de febrero de 2005. Las empresas apelaron de nuevo ante el CADE, proponiendo liquidaciones parciales de activos, lo cual fue rechazado por el CADE el 27 de abril de 2005. En la actualidad, sigue pendiente la revisión judicial.

La decisión generó una controversia política considerable. Los representantes en el Congreso de un estado brasileño abogaron vigorosamente por la aprobación de la transacción, en vista de la propuesta de Nestlé para ampliar una planta de producción de Garoto ubicada en esa región. En julio de 2004, terminó la gestión de un comisionado del CADE que había apoyado la decisión. El Presidente nominó al comisionado para un segundo periodo con la aprobación del comité de Asuntos Económicos del Senado y puesto a consideración del pleno senatorial. Sin embargo, el Senado retrasó su decisión debido al disgusto de algunos de sus miembros por la decisión sobre Nestlé.³² El comisionado terminó por retirar su nominación.

De conformidad con la Resolución 15 del CADE, fechada en 1998, la defensa en un caso de fusión puede buscar la reconsideración de la decisión del Consejo si demuestra que ésta se basó en errores factuales o que ha surgido nueva información fundamental para la decisión. Entre 2000 y 2004, el CADE evaluó 13 solicitudes de reconsideración, otorgando seis, de forma plena o parcial, negando cinco con base en los méritos y rechazando dos como infundadas. En el caso de la fusión entre Nestlé y Garoto, el Consejo rechazó la solicitud para reducir la participación de mercado atribuida a Nestlé, concluyendo que el cambio no tendría un impacto crucial en la decisión del Consejo de no aprobar la adquisición. La ley contempla que el CADE tiene la facultad de revocar la aprobación de una transacción “en caso de incumplimiento con las obligaciones asumidas [por las partes], o si los beneficios pretendidos no se han logrado” (Art. 55). También se permite la revocación, aunque se impongan condiciones o compromisos de desempeño, si la aprobación se basó en información falsa o equívoca proporcionada por los solicitantes. Cabe apuntar que no han surgido casos de revocación al amparo del Artículo 55.

Como se comentó en párrafos anteriores, el párrafo 3 del Artículo 54 requiere que se notifiquen las fusiones que generen ya sea una entidad con 20 por ciento de un mercado relevante o que involucren a un participante con un volumen total de ventas de 400 millones de reales (156 millones de dólares). Hasta hace poco tiempo, el umbral de 400 millones de reales se aplicaba al volumen mundial de ventas. Esta interpretación fue muy criticada por los profesionistas y la comunidad de negocios de Brasil. El Informe de 2000 analizó este asunto y concluyó que la interpretación que contemplaba el volumen mundial de ventas aumentaba la probabilidad de que se observara un exceso de notificaciones de fusiones que no tenían importancia en términos de competitividad. El Informe sugirió (página 213) que el umbral debería limitarse al volumen de ventas en Brasil (subrayando, sin embargo, que la adopción de un cambio así haría “necesario determinar si 400 millones de reales sería acaso demasiado alto”). El Informe de 2000 también recomendó (1) que se estableciera un umbral mínimo de ingresos para la parte de menor tamaño en la fusión, con base en que el esquema existente requería notificar cualquier adquisición llevada a cabo por empresas de gran tamaño, sin importar la pequeñez de la compañía comprada y lo trivial de las implicaciones en términos de competencia; (2) que se considerara la posibilidad de eliminar la prueba de participación de mercado, pues introducía un elemento subjetivo en lo que debería ser un esquema de notificación sin ambigüedad; y (3) que también se contemplara la eliminación de la aplicación del requisito de notificación para actos no relacionados con fusiones, ya que los sistemas de notificación amplios no generan normalmente beneficios que justifiquen los costos impuestos (páginas 213-14).

En una importante decisión emitida en enero de 2005, el CADE determinó que el volumen anual de ventas sería medido, en adelante, con referencia a las ventas brasileñas y no las mundiales.³³ De acuerdo con el SBDC, de 161 notificaciones analizadas a partir de la nueva interpretación, 68 (42 por ciento) podían ser rechazadas al no cumplir con las condiciones de volumen de ventas ni la prueba de participación de mercado. La pregunta planteada en el Informe de 2000 (si acaso la adopción del volumen de ventas brasileño debería implicar una reducción del umbral de 400 millones de reales) se convirtió en cuestión de gran interés para el SBDC, no sólo por las implicaciones sobre el registro de recibo de cuotas. La legislación propuesta para remodelar la ley de competencia resuelve este problema, así como la cuestión de la imposición de un umbral para la parte más pequeña al establecer que se requiere notificación si (1) al menos una de las partes en la transacción tiene un volumen total de ventas en Brasil de 150 millones de reales; y (2) por lo menos otro participante en la transacción obtuvo un volumen total de ventas de 30 millones de reales. La legislación propuesta también trata los otros temas que tocó el Informe de 2000 al eliminar las pruebas de participación de mercado y restringir expresamente el requisito de notificación a las “fusiones”, definidas como transacciones en las que (1) dos empresas se fusionan; (2) una compañía adquiere control de las acciones o activos de otra; o (3) se lleva a cabo un proyecto conjunto que implica la formación de una entidad económica independiente.

Como se destacó en párrafos anteriores, una característica importante del esquema de notificación de fusiones en Brasil reside en que la notificación, aunque obligatoria, no necesita ser registrada antes de consumarse la transacción. El párrafo 4 del Artículo 54 sólo requiere que la notificación se presente “a más tardar quince días hábiles después de ocurrir” la transacción. La Resolución 15 del CADE, que es la disposición implementadora del control de fusiones, emitida en 1998, especifica la “fecha de activación” que da inicio al plazo de 15 días. De acuerdo con la Resolución, el plazo comienza a transcurrir cuando (1) las partes realizan la “firma el primer documento vinculante” o (2) cuando se presenta “una modificación en las relaciones de competencia entre las partes solicitantes o entre, por lo menos, una de ellas y un tercero” (Art. 2).

El hecho de que las partes tengan la libertad de consumir la fusión antes o después de presentar una notificación plantea un problema evidente para el CADE, en el sentido de cómo tratar las transacciones que se encuentra que son anticompetitivas. Debido a que el impacto adverso de una transacción de este tipo puede comenzar a acumularse de inmediato y por la gran dificultad que representa deshacer una fusión consumada, el CADE tiene importantes incentivos para interpretar y hacer cumplir el plazo de la notificación de manera que deba registrarse tan pronto en el proceso como sea posible. El

Informe de 2000 destacó (en la página 207) que el CADE había sido vigoroso en su imposición de multas contra participantes en fusiones por no presentar sus notificaciones a tiempo, añadiendo que la interpretación del CADE acerca de la “fecha de activación” generaba controversia debido a las ambigüedades para determinar cuándo ocurre una “modificación de las relaciones de competencia” entre las partes. Aunque el Informe de 2000 (página 212) sugirió que el CADE considerara abandonar esa parte de la formulación de la “fecha de activación” y se basara únicamente en la norma del “primer documento vinculante”, el CADE ha mantenido la política expresada en la Resolución 15.

En los últimos cinco años, debido a que el CADE ha seguido tomando una posición estricta con respecto a los registros fuera de tiempo, con el consecuente aumento en el cumplimiento y la reducción de la incidencia de notificaciones a destiempo. El cuadro a continuación muestra la experiencia con notificaciones fuera de tiempo entre 2000 y 2004.³⁴

Cuadro 3. Notificaciones de conformidad con el Artículo 54 fuera de tiempo, 2000-2004

	2000	2001	2002	2003	2004
Transacciones evaluadas	523	584	518	526	651
Notificaciones fuera de tiempo (número)	107	57	39	16	18
Notificaciones fuera de tiempo (% del total evaluado)	20.5	9.8	7.5	3.0	2.7
Imposición de multas (millones de reales)	16.3	9.9	7.9	2.2	3.0

Fuente: SBDC, 2005

Las dificultades asociadas con la anulación de fusiones consumadas ha llevado al CADE a buscar otros medios para evitar la integración completa de entidades mientras se realiza la evaluación. Aunque ninguna disposición de la Ley 8884 trata este tema, el Artículo 83 aplica, en los procedimientos, el Código de Procedimientos Civiles de Brasil y algunos estatutos procesales relacionados, con lo que el CADE tiene la facultad de imponer un requerimiento de acuerdo con las normas aplicables al desagravio temporal de acuerdo con la ley del país.³⁵ El Informe de 2000, en su página 206, describió dos casos de fusión presentados a fines de los años 90 (AmBev y

WorldCom/Sprint) en los que el CADE emitió órdenes de suspensión al amparo de procedimientos relacionados con la ley civil para impedir la combinación o el cierre de plantas productivas, prohibir el intercambio de información comercialmente sensible y requerir que las acciones se mantuvieran en cuentas separadas.

Con el objeto de formalizar los mecanismos mediante los cuales se puede suspender la consumación de transacciones de fusión durante la evaluación de sus méritos, en agosto de 2002 el CADE emitió la Resolución 28. De conformidad con el Artículo 2 de la Resolución, el Consejo o el Comisionado Relator con la posterior ratificación del Consejo, pueden otorgar una “orden precautoria” de acuerdo con los principios de la ley civil (Art. 7). Dicha orden puede ser emitida ya sea *ex officio* o como respuesta a una petición de la SEAE, la SDE, el Procurador General del CADE o “cualquier tercero interesado en el acto de concentración que está siendo evaluado”. La Resolución establece un procedimiento mediante el cual se notifica a las partes que se fusionan que cuentan con cinco días antes de la ejecución de una orden de suspensión y se les otorga la oportunidad para presentar argumentos opuestos a los del CADE (Art. 4).³⁶ De otorgarse, este tipo de órdenes se sujeta a evaluación en los tribunales. La Resolución 28 también crea (en el Artículo 8) un segundo mecanismo, llamado “Acuerdo para Conservar la Posibilidad de Revertir una Transacción” (APRO, por sus siglas en portugués). Como su nombre lo indica, un APRO lleva implícito un acuerdo consensual entre el CADE y las partes en una fusión y está diseñado para lograr el mismo resultado que una orden precautoria.

Entre 2002 y 2004, el CADE emitió una orden precautoria (en 2004) y nueve APRO (cuatro en 2002, uno en 2003 y cuatro en 2004). La orden precautoria surgió durante la revisión de la adquisición de los activos del servicio de TV satelital de Hughes Electronics por parte de News Corporation, prohibiendo que las dos partes en la transacción establecieran nuevos contratos que otorgaban la distribución exclusiva de programación televisiva en Brasil. De los nueve APRO, tres pertenecieron al sector de telecomunicaciones (como el de Hughes Electronics) y otros tres se relacionaron con fusiones de cadenas de supermercados. Los tres casos restantes se refirieron a instancias descritas en páginas previas: (1) la transferencia de activos por parte de Pepsico para la producción de Gatorade; (2) la adquisición de Chocolates Garoto por Nestlé; y (3) la adquisición de un fabricante brasileño de insulina por parte de Novo Nordisk. Normalmente, las órdenes precautorias y los APRO imponen restricciones o condiciones a la libertad de la compañía adquirente para integrar actividades, cerrar comercios o plantas, despedir empleados³⁷, cancelar marcas o líneas de producto, alterar los planes de comercialización, inversión o investigación, o liquidar activos.

Tanto una como el otro incluyen disposiciones que especifican multas diarias por incumplir las restricciones impuestas.

El Informe de 2000 no recomendó de manera directa que Brasil cambiara hacia un sistema de notificación previa a la fusión. Desde entonces, se ha llegado al consenso en Brasil de que el sistema actual, de notificación posterior a la fusión, es poco manejable e ineficiente, tanto para los organismos relacionados con la competencia como para la comunidad empresarial. La legislación propuesta establece un sistema de notificación antes de la fusión contemplando que las partes de esta transacción deben mantener “las condiciones de competencia” entre ellas y no tienen la facultad para ejecutar una transacción notificada sino hasta que haya sido evaluada por el CADE.

Los procedimientos establecidos de acuerdo con la ley actual para revisar transacciones notificadas aparecen en el Artículo 54. La notificación se presenta ante la SDE, que proporciona copias de inmediato a la SEAE y el CADE (párrafo 4). A diferencia de los casos de conducta procesados al amparo del Artículo 38, la SEAE no tiene opción para determinar si opinará en transacciones de fusión. Más bien, el Artículo 54 requiere que la SEAE proporcione a la SDE un informe técnico dentro de un plazo de 30 días. A su vez, la SDE debe presentar una recomendación al CADE dentro de los 30 días de haber recibido el informe de la SEAE. En ese momento, se transfieren los archivos del caso al CADE, que deberá evaluar la recomendación y emitir un fallo dentro de un plazo de 60 días (párrafo 6). El CADE no está obligado de manera alguna por las recomendaciones de la SEAE o la SDE, y será responsable por la adjudicación imparcial de los casos en disputa.³⁸ Si la SEAE o la SDE no cumplen con los plazos respectivos no habrá consecuencias legales. Sin embargo, si el CADE no emite un fallo dentro de su plazo de 60 días, se considera aprobada la fusión (párrafo 7). Suponiendo que los tres organismos cumplen con sus plazos límite, el máximo periodo legal para la revisión de fusiones sería de 120 días, de acuerdo con el Artículo 54. No obstante, cada uno de los tres organismos también tiene la facultad de emitir una o más solicitudes de información adicional, en cuya circunstancia se suspende el transcurso del plazo legal a partir del momento de la solicitud y hasta que se proporcione la información (párrafo 8). Aunque ni el Artículo 54 ni las disposiciones del CADE establecen mecanismos formales para resolver casos de fusión por consenso, a partir de negociaciones con las partes y el SBDC pueden generarse aprobaciones condicionadas.

La Resolución 15 del CADE, que es la disposición de implementación de las fusiones, fue adoptada en 1998 como parte de un esfuerzo para racionalizar, al interior del CADE, el proceso de revisión de las fusiones. La Resolución estableció un proceso de “dos etapas” con un formato de notificación inicial

(adjunto a la Resolución como Anexo I) que era la versión simplificada y recortada del formato anterior. Un segundo formato (Anexo II), que requería mucha más información, fue diseñado para emitirse a las partes en la fusión si el Comisionado Relator determinaba que era necesario investigar más. De hecho, con la práctica obtenida, nunca se ha utilizado la segunda forma. Si una fusión es lo suficientemente compleja para ameritar una “segunda solicitud” de información, la SDE o la SEAE elaborará preguntas que tratan en particular la transacción que está en revisión. De igual manera, si el CADE decide que una fusión presentada por la SDE y la SEAE requiere aún más datos, la investigación adicional será llevada a cabo por el Comisionado Relator y se centrará en los temas específicos identificados para su análisis.

Al observar que la conclusión de la revisión de fusiones simples que no parecían presentar problemas de competencia podía llevar seis meses o más al SBDC, el Informe de 2000 instó a los organismos a “encontrar maneras de simplificar y acelerar la revisión de entre 90 y 95 por ciento de todas las fusiones que son benignas en términos de competencia (página 211). A partir de 2002, de manera informal, la SDE y la SEAE desarrollaron un procedimiento simplificado para casos sencillos, en los cuales la SEAE elaboraría un informe en formato corto dentro de los 15 posteriores a la recepción de la notificación y, por su parte, la SDE elaboraría también un informe en formato corto dentro de los 15 días siguientes a la recepción del informe de la SEAE. En febrero de 2003, ambos organismos formalizaron este procedimiento con la emisión de la Disposición Conjunta No. 1, que establece un “Procedimiento Acelerado” aplicable a las transacciones relacionadas con (1) la compra de franquicias por sus franquiciantes; (2) proyectos conjuntos de cooperación creados para ingresar a un nuevo mercado; (3) reestructuraciones corporativas con un solo grupo empresarial que no impliquen cambios en el control; (4) la adquisición de una compañía extranjera por parte de una brasileña que no tenga intereses comerciales (o que estos intereses sean insignificantes) en Brasil; (6) la sustitución de un agente económico en el que la compañía adquirente no participara de forma sustancial en el pasado en el mercado objetivo o en mercados relacionados verticalmente; y (7) la adquisición de una empresa con participación de mercado lo suficientemente reducida para que no se cuestione su relevancia con respecto a la competencia.³⁹ En enero de 2004, la SEAE y la SDE instituyeron un “Procedimiento conjunto para revisión de fusiones” que ha acelerado aún más el análisis de estas transacciones. De acuerdo con este procedimiento, ambas secretarías comienzan a revisar una notificación inmediatamente después de recibirla y envían una recomendación conjunta al CADE, con lo que se evita el retraso inherente en la remisión de un caso a la SEAE para esperar que sea analizado antes de que la SDE empiece a trabajar. La SEAE y la SDE informan que cerca de 60 por ciento de las notificaciones de fusión cumplen las condiciones para el “Procedimiento

Acelerado” y que normalmente procesan estos casos para su transmisión al CADE en cerca de 30 días. La aplicación del sistema ha reducido a la mitad el tiempo promedio total de revisión de ambos organismos (de cerca de seis meses a 86 días). Después de hacer ajustes por los retrasos generados por las solicitudes de información adicional, ambos organismos cumplen con el plazo legal determinado para la conclusión de su trabajo.⁴⁰

El CADE también ha diseñado algunos procedimientos para contribuir a acelerar la revisión. Las fusiones tratadas con el “Procedimiento Acelerado” preceden a todas las demás en la agenda del CADE, y este organismo también ha continuado con la práctica de adoptar como suyo el informe emitido por la SDE y la SEAE, en lugar de elaborar una decisión aparte. No obstante, el tiempo promedio para la revisión de fusión en el CADE (con base en el número de días que transcurre entre la recepción del expediente y la emisión de la decisión por parte de este organismo) no ha cambiado mucho durante los últimos años, excepto por un incremento en 2004.

Cuadro 4. Plazo promedio de análisis de fusiones en el CADE

	2001	2002	2003	2004	2005
Transacciones evaluadas	584	518	526	651	202
Plazo promedio de evaluación (días)	85	80	83	125	75

Fuente: SBDC, 2005

El CADE ha hecho notar que el aumento inusual de 2004 respondió a que la SDE eliminó los rezagos de años anteriores, incluyendo algunos casos complejos que los recursos del CADE se vieron imposibilitados para tratar. Después de hacer ajustes por los retrasos generados por las solicitudes de información adicional, el CADE también resuelve casos de fusiones dentro del plazo legal de 60 días que se le estableció. En caso de que este organismo no cumpliera con el plazo estipulado, se aprobaría la fusión por omisión, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 54 párrafo 7.

Recuadro 4. Procedimientos de revisión de fusiones: modificaciones propuestas

Como se describió arriba, la propuesta de ley para modificar la Ley 8884 presenta numerosos cambios al sistema actual de revisión de fusiones, al establecer un plazo máximo de notificación previo a la fusión, alterando los umbrales de notificación, eliminando la prueba de participación de mercado, proporcionando una norma sustantiva para evaluar las fusiones y restringiendo de manera expresa el requerimiento de notificación para una fusión. También incluye modificaciones sustanciales a los procedimientos de revisión de las fusiones. Cuando se considera concluido el proceso de notificación, dentro de los cinco días posteriores, la Dirección General (DG) debe publicar una notificación resumida de la transacción propuesta y proporcionar copia de la notificación a la SEAE. La SEAE tiene la opción, pero (hasta la fecha) no la obligación, de opinar acerca de la fusión en cuestión. Por su parte, la solicitud de la SEAE para obtener información adicional ya no suspende el plazo máximo de respuesta del organismo. Dentro de los 20 días posteriores a la publicación de la notificación, la DG debe solicitar información adicional o aprobar la transacción. En este último caso, dentro de un plazo de 15 días, el Pleno puede decidir revisar la aprobación, pero no está obligada a hacerlo. Esta característica de la propuesta tiene el propósito de funcionar como mecanismo de “cancelación anticipada”.

Si se solicita información adicional, la DG debe formular una recomendación sobre la ejecución del caso dentro de un plazo de sesenta días después de recibirla. Nuevamente, la aprobación de la DG está sujeta a revisión discrecional del Pleno. Si la DG recomienda ya sea el rechazo o la aprobación condicionada, el asunto se asigna de inmediato a un Comisionado Relator y los solicitantes tienen 30 días para presentar su defensa. A la recepción de la defensa, en un plazo de 20 días el Comisionado Relator debe decidir si agenda el caso para su fallo o solicitar que las partes presenten información adicional. Una vez que se presenta la información, la DG y el solicitante cuentan con diez días para presentar resúmenes por escrito. Dentro de los 20 días posteriores al plazo para presentar los resúmenes, el Comisionado Relator debe programar el caso para ser juzgado por el Pleno.⁴¹ No existe un plazo límite dentro del cual el Pleno deba resolver el caso. En los procedimientos ante el Pleno, la carga de la prueba se impone sobre la DG, para demostrar que la transacción daña la competencia.

Una nueva disposición permite apelar contra una decisión de la Dirección General para aprobar una fusión. Estos recursos pueden ser presentados (dentro de un plazo de 20 días luego de publicarse el fallo aprobatorio) por terceros interesados, por la SEAE y por los organismos reguladores sectoriales. El recurso de apelación se deposita en primer término en la DG, que cuenta con cinco días para revertir su decisión o remitir el recurso al Pleno. Si se remite, el Comisionado Relator determina (sujeto a revisión por parte del Pleno) si se “admite” el recurso. En caso de admitirse, el solicitante

toma el papel que desempeñaría la Dirección General. No obstante, la DG mantiene autoridad total para intervenir como parte y defender su postura. En caso de que se admita un recurso de apelación de un agente privado y que, en última instancia, sea rechazado, el Pleno debe imponer una multa a la parte que va desde 5,000 hasta 5 millones de reales (entre 1,950 y 1.95 millones de dólares). El monto impuesto se determinará considerando las condiciones económicas de la parte que presenta el recurso de apelación, su desempeño en los procedimientos, su buena fe y el impacto del retraso sobre la transacción.

El proyecto de ley también contempla un mecanismo formal para resolver casos de fusiones mediante un arreglo conciliatorio. En cualquier momento antes de que el asunto haya sido depositado con el Pleno como transacción en disputa, la Dirección General (con la participación obligatoria del Comisionado Relator) tiene facultades para negociar un acuerdo conciliatorio para una fusión notificada. Una vez negociado, el arreglo deberá publicarse durante, por lo menos, diez días para recibir observaciones al respecto, luego de lo cual la DG puede elegir renegociar la propuesta antes de transmitirla al Pleno para su proceso final.

De acuerdo con el proyecto de ley, se asignan al CADE dos terceras partes de las cuotas cobradas por el registro de notificaciones de fusión y una tercera parte a la SEAE. La multa impuesta con anterioridad al amparo del párrafo 5 del Artículo 54 por incumplimiento con el requisito de presentación de la notificación luego de consumarse la fusión dentro del plazo estipulado, se aplica a la consumación de una transacción que debería ser notificada antes de su aprobación.⁴² Una nueva disposición permite la imposición de multas que van desde 60,000 hasta 6 millones de reales (entre 23,400 y 2.34 millones de dólares) por la entrega de información falsa que lleve a una aprobación errónea de la transacción.

2.3 Competencia desleal y protección del consumidor

El tema de la “competencia desleal” que daña a las empresas que compiten entre sí no se trata en la Ley 8884, sino en otro estatuto que proporciona la base para procesos penales y demandas civiles privadas. La Ley de Propiedad Industrial (No. 9279/96) define el delito de “competencia desleal” como aquél que contempla la denigración comercial, el falseo de marcas, el desvío fraudulento del comercio, la publicidad diseñada para cuasar confusión de marcas, la violación de los derechos de marca registrada, el cohecho comercial, la apropiación ilegítima o la revelación de secretos comerciales y la falsa reivindicación de patentes (Art. 195). La pena establecida es de entre tres y 12 meses de prisión o la imposición de una multa. Los fiscales públicos pueden presentar cargos criminales al amparo de la ley sólo como respuesta a quejas registradas por agentes privados (Art. 199). Las víctimas de la competencia desleal también pueden invocar la ley como base para buscar resarcir daños o la suspensión de actividades en una demanda civil.

La Ley de Defensa del Consumidor de Brasil (Ley 8078), vigente desde 1990, regula prácticas de comercialización como la publicidad fraudulenta, las garantías falsas, las ventas de puerta en puerta, el *telemarketing* y los aumentos abusivos de precios, además de los contratos para el consumidor en general. La ley establece que el “Sistema Nacional de Defensa del Consumidor” que está integrado por (1) el Departamento de Protección y Defensa del Consumidor (DPDC) de la SDE⁴³; (2) los organismos locales y estatales de protección al consumidor (llamados “Procons”); y (3) las organizaciones no gubernamentales de consumidores (ONGC). El DPDC es responsable por la coordinación general del sistema y, además, tiene diversas obligaciones específicas. El departamento emplea a 29 personas (entre puestos administrativos y ejecutivos) que se distribuyen entre la oficina del Director y las tres Divisiones Generales (Asuntos Jurídicos, Política del Consumidor y Supervisión de Comercialización). El Departamento también administra un Centro de Información Telefónica que responde a preguntas de los consumidores, ofrece la información que se le solicite y remite las quejas a los Procons locales.

Los Procons se ubican en los 26 estados del país y en el Distrito Federal (Brasilia), además de en 670 municipios y proporciona orientación a los consumidores, analiza sus preguntas, quejas y sugerencias y participa en litigios colectivos en pro del consumidor. También asisten a los consumidores y proveedores en la resolución de disputas por acuerdo entre las partes. Entre las ONGC se cuentan tres a nivel nacional y más de 40 organizaciones estatales y regionales. Estas instituciones son muy activas en el litigio colectivo por cuenta de los consumidores, publican revistas informativas, realizan funciones de educación para el consumo y otras actividades (como ensayos comparativos de productos).

La Ley de Defensa del Consumidor contempla que las quejas de consumidores que buscan el resarcimiento de daños deben presentarse ante el tribunal por el consumidor interesado o por un grupo con una demanda común. En el último caso, las demandas también pueden ser presentadas por los Procons o las oficinas de los fiscales y, asimismo, las ONGC pueden iniciar acciones legales en su nombre o a nombre de un grupo de víctimas. Además de autorizar las demandas por daños, la ley contempla procedimientos judiciales y civiles. Las demandas penales, que pueden llevar a la imposición de multas o a la prisión, pueden ser presentadas por fiscales del gobierno en tribunales federales y locales. Por su parte, las demandas civiles, federales y locales, que pueden llevar a órdenes de suspensión y penas monetarias de resarcimiento para el consumidor, pueden ser presentadas por abogados demandantes, ONG y (dependiendo del tribunal de que se trate) ya sea el DPDC o un Procons.

El DPDC también desempeña una función educativa, que pone en práctica mediante su sitio en Internet, llevando a cabo capacitaciones para personal de ONGC, publicando folletos de información al consumidor y elaborando materiales educativos para planes de estudio escolares. Debido a que el DPDC es el organismo hermano del departamento de defensa de la competencia de la SDE, existen oportunidades de sinergias entre el fomento de la competencia y las funciones de educación del consumidor, como se describe en la sección de defensa del consumidor de este informe. Del mismo modo, se presentan intercambios de referencias de casos y se consultan sobre temas de defensa del consumidor que tienen un componente de protección del consumidor.

3. Temas institucionales: estructuras y prácticas de obligación al cumplimiento

3.1 *Instituciones de política de competencia*

3.1.1 *CADE*

La Ley 8884 establece el CADE como un “organismo federal independiente” asociado con el Ministerio de Justicia para fines presupuestarios (Art. 3). El papel del CADE en la obligación al cumplimiento de la ley de competencia reside en juzgar una presunta violación de la ley e imponer las sanciones y correcciones que procedan. El Consejo está integrado por un Presidente y seis miembros del Consejo (o comisionados) nombrados por el Presidente de la República y aprobados por el Senado por plazos de dos años (Art. 4). Los comisionados deben ser ciudadanos de más de 30 años de edad y contar con “reputación por sus conocimientos legales o económicos”. Los comisionados pueden ser nombrados por dos años más, y sólo podrán ser separados de su puesto por haber cometido delitos penales u otras faltas de conducta especificadas en la ley (Art. 5). Durante la vigencia de su nombramiento, los miembros del CADE no pueden tener empleo externo (excepto por las actividades académicas) o dedicarse a las actividades políticas. De los seis Comisionados actuales, dos (incluyendo al Presidente) son catedráticos de economía, y un tercero es economista que se desempeñó como subsecretario de la SEAE. Los tres comisionados restantes son abogados, incluyendo entre ellos un catedrático de ley de competencia, un abogado especializado en ley bancaria del gobierno federal y un abogado penalista del gobierno estatal. La perspectiva en la comunidad de defensa de la competencia de Brasil es que las nominaciones a los puestos de comisionado en el CADE algunas veces han reflejado consideraciones políticas, más que un enfoque en la experiencia técnica. Algunos profesionales instan a que los

comisionados pertenecientes al gremio de los abogados tengan experiencia específica en la ley de competencia o educación en economía.

La Ley 8884 también prevé la participación de dos funcionarios independientes en las actividades del CADE. El primero es el Procurador General del CADE, nombrado por el Ministro de Justicia y comisionado por el Presidente de la República luego de su aprobación en el Senado. Con respecto a la vigencia de las funciones, la preparación, la reelección y la separación del cargo, el Procurador General presta sus servicios en las mismas condiciones que los Comisionados (Art. 11), por lo que no está sujeto a ser separado del cargo por el Consejo Directivo. Las obligaciones del Procurador General consisten en prestar asesoría jurídica al CADE, presentar opiniones sobre casos pendientes de juicio por parte del CADE, defender al organismo en los tribunales, supervisar la ejecución jurídica de sus decisiones y (con la aprobación previa del CADE) conciliar casos vigentes en los tribunales (Art. 10).⁴⁴

EL segundo funcionario es representante del Fiscal General federal. El Artículo 12 prevé que el Procurador General nombre un miembro de la Oficina del Fiscal General “para llevar” los casos sometidos para revisión al CADE. El Artículo añade que el CADE tiene la facultad de solicitar que el Fiscal General haga cumplir las decisiones del CADE en el tribunal y tome otras medidas judiciales a favor de las obligaciones del Procurador a fin de proteger el orden económico. A continuación se describe el papel del Fiscal Público y su relación con otros organismos jurídicos de Brasil.

Recuadro 5. Las tres instituciones jurídicas que inciden sobre el cumplimiento de la ley de competencia: el fiscal público, el fiscal general y el ministerio de justicia

La Oficina del Fiscal Público Federal fue creada por la Constitución brasileña (Art. 128) como una rama totalmente independiente del gobierno. Como su nombre lo indica, una de sus funciones más importantes es la de procesar las violaciones a la ley penal. Asimismo, la Oficina tiene la responsabilidad de proteger el interés público general, incluyendo intereses particularmente “difusos” que no cuentan con un grupo político naturalmente fuerte para defenderlos. Dos ejemplos de estos intereses difusos son el orden económico y el medio ambiente. La Oficina del Fiscal también tiene como responsabilidad vigilar los excesos de otras ramas del gobierno. De esta manera, cumple una función especial en el procesamiento de acciones de corrupción por parte de funcionarios gubernamentales y cuenta con autoridad específica para cuestionar la constitucionalidad de medidas tomadas por el Congreso o por organismos gubernamentales.

El Fiscal Público difiere de la Oficina del Procurador General Federal y del Ministerio de Justicia en que los últimos dos son ministerios de línea en el Poder Ejecutivo. El papel de la Oficina del Procurador General consiste en representar al gobierno como tal, por lo que proporciona asesoría legal a los organismos federales y los representa en los tribunales. Si la SDE o la SEAE son parte en un proceso judicial, serán representadas por abogados de la Oficina del Procurador General. Algunos organismos autónomos, incluyendo al CADE, cuentan con su propio Procurador General.⁴⁵

El Ministerio de Justicia funge como el brazo del gobierno para cuestiones administrativas relacionadas con el cumplimiento de la ley. Las secretarías que integran al Ministerio, como la SDE, son responsables por una serie de elementos de la misión del Ministerio, pero no litigan directamente en los tribunales (que es la jurisdicción del Procurador General).

El verbo *oficiar* en portugués, que se utiliza en el Artículo 12 (traducido aquí como “manejar”) es un verbo ambiguo que no deja claro el papel preciso del fiscal designado en los procedimientos en los que participa el CADE. Es posible que su misión se relacione con ser un vigilante contra las conductas fraudulentas en las operaciones del CADE. En la actualidad, el Fiscal General tiene dos representantes que trabajan en el CADE, encargados de elaborar opiniones escritas sobre asuntos presentados ante el Pleno del CADE para su fallo. Si los representantes concluyen que una acción contemplada por el CADE tiene defectos en términos legales, pueden presentar sus argumentos al Consejo y cuestionar la acción en el tribunal federal. Dada la responsabilidad del fiscal en la protección del interés de la sociedad en términos del orden económico, la ocasión más propicia para una demanda sería aquella en la que el fiscal concluyera que el CADE, incorrectamente, se ha negado a sancionar una violación.

La experiencia del CADE con el Fiscal Público ha estado marcada por los altibajos. El nombramiento de los representantes del Fiscal en el CADE normalmente tiene una vigencia de dos años. Durante algunos periodos, el puesto ha estado vacante. En cambio, el Fiscal en funciones entre 2003 y 2004 adoptó una postura bastante agresiva, llevando a los tribunales varias demandas contra el CADE argumentando errores de procedimiento.⁴⁶ A últimas fechas, el CADE y la Oficina del Fiscal Público han abierto consultas para establecer una interpretación común para el lenguaje legal que describe la función del fiscal en el CADE.⁴⁷

Como se comentó arriba, una cláusula aparte en el Artículo 12 contempla que el CADE puede solicitar al Fiscal Federal que busque hacer cumplir las decisiones del CADE por la vía judicial. Tradicionalmente, los

abogados de la oficina del Procurador General del CADE han representado a este organismo en las acciones de cumplimiento por la vía judicial que se han presentado en Brasilia. Recientemente, los representantes del Fiscal en el CADE han prestado su ayuda en estos procedimientos. Cuando se presentan acciones de obligación al cumplimiento fuera de Brasilia, el CADE recurre a la Oficina del Procurador Federal en el estado que corresponda, pero también ha recibido ayuda de los fiscales federales y estatales en estos casos.

El Artículo 3 define al CADE como un organismo “independiente”, y el Artículo 50 contempla que las decisiones del CADE no están sujetas a revisión alguna por parte del Poder Ejecutivo del gobierno. La comunidad relacionada con la defensa de la competencia considera que el CADE es un organismo genuinamente autónomo, aunque muchos profesionales del gremio expresan su inquietud acerca de la disposición del Artículo 4 conforme a la cual los Comisionados pueden ser nombrados para un segundo periodo de dos años. Se considera que esto crea un incentivo para que los Comisionados en funciones ajusten sus decisiones por razones políticas a fin de ser nombrados de nuevo. Sea o no esto cierto, la opción de repetir en el cargo sin duda alguna presenta una oportunidad de maniobras políticas para el Senado, como sucedió en el caso de la fusión Nestlé-Garoto. La propuesta para modificar la Ley 8884 amplía a cuatro años el periodo en funciones de los Comisionados del CADE, sin posibilidad de repetición inmediata.

Recuadro 6. Temas institucionales: modificaciones propuestas

Todos los participantes en la comunidad brasileña de defensa de la competencia, incluyendo los organismos del SBDC, los miembros de la comunidad académica y los profesionistas del medio, concuerdan en que la estructura tripartita actual para hacer cumplir la ley de competencia es ineficiente. El Informe de 2000 indicaba lo mismo (página 214), aunque no hizo recomendaciones específicas de arreglos institucionales. El Informe de 2000 instaba a lograr una mayor integración de las funciones de investigación y adjudicación y a aumentar los esfuerzos para eliminar la duplicación de tareas entre los organismos (página 214).

Más allá del problema de ineficiencia estructural, el Informe de 2000 también destacó dos características institucionales del SBDC que ponen en riesgo la autonomía del CADE. En primer lugar, debido a que los casos de obligación al cumplimiento de la ley sólo pueden ser iniciado por la SDE, el CADE carece de capacidad para controlar la dirección de la obligación al cumplimiento de la ley de competencia (página 215). En segundo lugar, los periodos de dos años de los

comisionados del CADE y el hecho de que no estén escalonados, significa que todos los miembros del Consejo pueden ser sustituidos en un plazo corto (como ya ha sucedido) al vencer su gestión en una sucesión acelerada. Este hecho no sólo amenaza la independencia del CADE del control político, sino que resulta en una pérdida de continuidad institucional (página 215). En el Informe se recomendaban periodos más largos y escalonados, de entre cinco y siete años, para resolver estos problemas (página 215).

Entre otros temas, las modificaciones propuestas a la Ley 8884 incluyen la duración y secuencia de la gestión de los comisionados y su relación con la integración institucional. Además de convertir al “consejo” del CADE en “tribunal administrativo”, la propuesta amplía de dos a cuatro la vigencia de sus miembros y escalona los plazos para evitar vacantes simultáneas.⁴⁸ EL proceso de nombramiento de los comisionados también se modifica ligeramente, de forma que el nominado del Presidente de la República para la presidencia del CADE será recomendado de manera conjunta por los Ministros de Finanzas y de Justicia, y los nominados para los puestos de miembro del Consejo Directivo serán recomendados de forma alternada por ambos Ministros. Aún se requerirá la aprobación de estas nominaciones en el Senado.

Los cambios institucionales más serios afectarían a la SDE y a la SEAE. En este sentido, desaparecería el Departamento de Protección y Defensa Económica (DPDE) de la SDE, y sus responsabilidades de investigación y obligación preliminar al cumplimiento se transferirían a una nueva Dirección General del CADE, compuesta de un Director General (DG) y cinco directores. El Director General, nombrado por el Presidente de la República por recomendación conjunta de los Ministros de Finanzas y de Justicia y aprobado por el Senado, tendría una gestión de dos años, con posibilidad de renovarlo durante dos años más. La DG estaría sujeta a las mismas condiciones que se aplican a los Comisionados con respecto a su separación del cargo, por lo que no pueden ser despedidos a voluntad del Pleno. Los cinco directores son nombrados también por el Presidente de la República, previa nominación del Director General y su plazo en funciones depende del DG.

También se crearía un Departamento de Estudios Económicos dentro del CADE, con un Economista en Jefe nombrado por el Presidente de la República por recomendación del Ministro de Finanzas y aprobado por el Senado. El Economista en Jefe prestaría sus servicios en las mismas condiciones que los Comisionados con respecto a la vigencia de las funciones, la preparación, la reelección y la separación del cargo. El Departamento sería responsable de llevar a cabo estudios económicos e informes técnicos para colaborar en el análisis de casos en el CADE, a solicitud del Comisionado Relator o del Director General.

El papel y la autoridad del Procurador General del CADE en el suministro de asesoría legal y la representación en procesos judiciales prácticamente no cambia. Sin embargo, ya no se requeriría que el Procurador

General opinara sobre cada caso que se presentara para su fallo en el Pleno. Más bien, el Comisionado Relator de un caso tendría discreción acerca de si fuera necesario solicitar una opinión del Procurador General.

Por su parte, la función de la SEAE cambia de manera importante, para enfocarse sobre todo en la defensa de la competencia, los estudios de mercado y los asuntos relacionados con sectores regulados de la economía. En el contexto de la obligación al cumplimiento de la ley, la SEAE ya no poseería sus propias herramientas de investigación. Aún se le informaría al inicio de los procedimientos administrativos y recibiría copias de todas las notificaciones de fusión, pero no estaría obligada a proporcionar una opinión técnica en cada caso de fusión. Más bien, la SEAE proporcionaría opiniones sobre casos de conducta o fusión sólo por su voluntad o cuando se lo solicitaran ya sea la Dirección General o el Comisionado Relator sobre algún asunto específico. Una nueva disposición especifica que la SDE sería responsable por la evaluación de las quejas que reciba de agentes privados y por remitir a la DG las que así lo ameriten para dar inicio a una investigación administrativa. La SEAE también podría recomendar que el CADE emita una orden de desistimiento durante un proceso administrativo cuando la SEAE concluya que la conducta del demandado podría causar daños irreparables a un mercado o dejar sin efecto el procedimiento.

Fuera del ámbito de la obligación al cumplimiento de la ley, la SEAE sería responsable por el fomento de la competencia ante otros organismos del gobierno y la sociedad civil en general, de consultar con otros organismos reguladores y opinar sobre las regulaciones propuestas, llevar a cabo estudios de mercado y analizar y proponer revisiones a las leyes y regulaciones que afectan la competencia. Para cumplir con sus diversas misiones, la SEAE podría solicitar la entrega voluntaria de información tanto a individuos como a entidades públicas o privadas. La SEAE también tendría facultades para acceder a archivos de casos que lleva el CADE y otros cuerpos públicos y organismos de obligación al cumplimiento de la ley y podría solicitar al Director General del CADE que realice exámenes e inspecciones y buscar la autoridad judicial por cuenta y orden de la SEAE en procedimientos de cateo.

3.1.2 *La SDE*

De conformidad con la Ley 8884, las funciones de investigación y algunas de obligación preliminar al cumplimiento, son realizadas por la SDE (Art. 14). La SDE se divide en dos departamentos, uno con responsabilidades relacionadas con la ley de competencia (el Departamento de Protección y Defensa Económica, DPDE) y el otro responsable de la ley

de protección al consumidor (el Departamento de Protección y Defensa del Consumidor, DPDC) y a cargo de ella existe un secretario nombrado por el Ministro de Justicia. Cada departamento tiene un director nombrado por el secretario. A pesar de que la SDE no fue creada como organismo independiente, la Ley 8884 contempla que las decisiones del secretario “no pueden apelarse en niveles superiores” del Ministerio de Justicia (Art. 41). El Ministerio no ha interferido normalmente en las actividades de la SDE.

3.1.3 *La SEAE*

El funcionamiento de la SEAE es responsabilidad de un Secretario que nombra el Ministro de Finanzas, para cumplir tres encargos: (1) realizar ciertas funciones de investigación y asesoría relacionadas con la ley de competencia; (2) proporcionar análisis económico para los programas económicos regulativos (incluyendo análisis de precios); y (3) dar seguimiento a las condiciones de los mercados en Brasil. Al amparo de la Ley 8884, la SDE debe informar a la SEAE cuando la primera comience un procedimiento administrativo en un caso de conducta y la SEAE podrá entonces proporcionar a la SDE una opinión sobre el asunto (Art. 38). En los casos de fusiones, el Artículo 54 requiere que la SEAE proporcione un informe de análisis técnico a la SDE sobre todas las transacciones para las cuales se presenta notificación (Art. 54). Las modificaciones realizadas en 2000 a la Ley 8884 otorgaron autoridad a la SEAE para emplear todos los poderes de investigación con que cuenta la SDE (Art. 35-A §1).⁴⁹ Sin embargo, la SEAE no cuenta con facultades de adjudicación o de obligación al cumplimiento al amparo de la ley de competencia.

3.2 *Obligación al cumplimiento de la ley de competencia*

La Ley 8884 confiere a la SDE con la principal responsabilidad por dar seguimiento a los mercados e identificar posibles violaciones (Art. 14). El Secretario de la SDE puede iniciar una “investigación preliminar” ya sea *ex officio* o con base en una queja o solicitud de una parte interesada (incluyendo el CADE y la SEAE), cuando la evidencia disponible no justifique la apertura de un “procedimiento administrativo” más formal (Art. 30).⁵⁰ Dentro de los 60 días siguientes (periodo que puede extenderse debido a las solicitudes de información), el Secretario deberá decidir si cierra la investigación preliminar o da inicio a un procedimiento administrativo (Art. 31).⁵¹ La decisión de cerrar la investigación debe ser aprobada por el CADE.⁵² El “procedimiento administrativo” que, en esencia, es un proceso para desarrollar un registro formal de evidencias, debe instituirse dentro de los ocho días posteriores al cierre de la investigación preliminar o de la recepción de una queja suficientemente

fundada (Art. 32).⁵³ La SEAE recibe notificación cuando se inicia el procedimiento y puede entonces decidir si proporciona su opinión sobre el asunto a la SDE (Art. 38). La parte demandada recibe notificación formal de la naturaleza de la presunta violación y se le convoca a presentar su defensa dentro de quince días (Art. 33). Luego de presentar su defensa, inicia un plazo de 45 días, durante el cual el demandado puede presentar información adicional y solicitar audiencia ante la SDE de hasta tres testigos (Art. 37). Dentro de los cinco días posteriores al cierre de la fase de descubrimiento, el demandado presenta sus argumentos finales y el Secretario de la SDE elabora un informe por escrito que contiene las conclusiones y una recomendación al Pleno ya sea para desechar el caso o encontrar una violación de la ley (Art. 39).⁵⁴ A continuación, se transfiere el expediente del caso, incluyendo cualquier recomendación realizada por la SEAE, para ejecución en el CADE.⁵⁵

Todas las facultades de recolección de información de la SDE pueden ser invocadas durante la investigación preliminar y el procedimiento administrativo formal (Art. 35 §1). Antes de las modificaciones de diciembre de 2000, estos poderes sólo implicaban que la autoridad tenía la facultad de obligar a la presentación de documentos (con el debido respeto a la protección de la información confidencial) y a la presentación de la declaración oral de los testigos (Art. 35). El Informe de 2000 recomendó aumentar los poderes y técnicas de investigación disponibles para los organismos del SBDC, a fin de hacer posible un enjuiciamiento más eficaz de los cárteles (página 207). Entre las mejorías sugeridas destaca el otorgamiento de facultades a los organismos para catear los locales comerciales sin notificación previa y a ofrecer amnistía a los participantes de cárteles con respecto a sanciones y penas a cambio de su cooperación. Las modificaciones de 2000 hicieron realidad estas recomendaciones, autorizando a los organismos a emitir órdenes de cateo notificadas con 24 horas de anticipación (Art. 35 §2), facultando a la SDE y la SEAE para solicitar que el Fiscal General obtenga una orden judicial para ejecutar órdenes de cateo sin previo aviso (“incursiones sorpresa”) (Art. 35-A), otorgando a la SEAE todos los poderes de investigación al alcance de la SDE (Art. 35-A, §1). Asimismo, el Artículo 35-B autoriza a la SDE a establecer convenios de indulgencia de acuerdo con los que, tanto personas como corporaciones son excusadas de parte o todas las penas por conductas ilegales al amparo de la Ley 8884 a cambio de su cooperación en el procesamiento de un caso. La disposición de indulgencia se complementa con el nuevo Artículo 35-C, que contempla que el establecimiento exitoso de un convenio de indulgencia también protegerá a las partes que cooperen de demandas penales de conformidad con la ley de delitos económicos de Brasil (Ley 8137/90).

Los esfuerzos del SBDC para explotar las facultades legales creadas con las modificaciones de 2000 no comenzaron sino hasta 2003. En este año, la

SDE se reestructuró para enfocar cada vez más atención al cumplimiento de las disposiciones contra los cárteles, creando un departamento de técnicas cuantitativas y econométricas para realizar análisis en investigaciones de conducta (aunque también en casos de fusiones). En conjunto con la Policía Federal y la Oficina del Fiscal Público, la SDE también estableció un “centro de inteligencia” para investigaciones sobre cárteles, a fin de avanzar en los esfuerzos de cooperación en las investigaciones penales y civiles que se realizan conjuntamente en torno a los cárteles. Esta iniciativa recibió ayuda con la aprobación de una legislación en mayo de 2002 (la Ley 10446) de acuerdo con la cual la Policía Federal estaba autorizada para contribuir en investigaciones de cárteles que contengan aspectos interestatales o internacionales. Desde 2003 hasta fines de 2004, la SEAE también aumentó sustancialmente sus actividades con respecto a los cárteles, realizando investigaciones en mercados como los de aviación civil, cemento, gas LP, gasolina y otros, con un enfoque especial en el uso de análisis económico para identificar conductas con estructura de cártel. En gran medida, el despliegue de recursos de la SEAE y la SDE hacia las investigaciones relacionadas con cárteles fue posible gracias a sus esfuerzos intensivos para simplificar y acelerar el proceso de revisión de fusiones. Ambos organismos también han buscado incrementar su eficiencia mediante la asignación de asuntos particulares entre ellos, a fin de evitar la duplicación de investigaciones de conducta.

Desde julio de 2003, la SDE ha realizado más de 15 de estas incursiones sorpresa. Esta actividad no sólo ha mejorado notablemente el perfil de la obligación al cumplimiento de la ley de competencia, sino que ha generado evidencias que los fiscales penales han utilizado para apoyar solicitudes judiciales de contar con la autoridad de intervenir comunicaciones.⁵⁶

Desde 2003, la SDE también ha aplicado su programa de indulgencia, como lo autoriza el Artículo 35-B.⁵⁷ De acuerdo con esta disposición, es posible ejecutar un convenio de indulgencia si se cumplen todas las condiciones siguientes: (1) la empresa o persona es la primera en informar con respecto a las prácticas anticompetitivas bajo investigación; (2) la empresa o persona suspende por completo su participación en la práctica anticompetitiva a partir de la fecha en la que se propone el convenio; (3) la SDE no posee aún evidencia suficiente para condenar a la compañía o la persona cuando se propone el convenio; y (4) la empresa o la persona confiesan haber participado en la práctica ilegal y coopera de manera eficaz con las investigaciones del gobierno (Art. 35-B, §2). Las empresas o personas que instigaron la conducta ilegal no pueden acceder a los convenios de indulgencia (Art. 35-B, §1).

Recuadro 7. Incursión sorpresa contra el pedernal

La primera “incursión al amanecer” en defensa de la competencia en la historia de Brasil fue llevada a cabo por la SDE en julio de 2003. La operación ocurrió en las oficinas de la Asociación de Industrias del Pedernal del Estado de São Paulo (Sindipedras). Los investigadores buscaron evidencias de colusión en el mercado de piedra triturada, materia prima esencial para la industria de la construcción civil. Las 21 compañías participantes en la Asociación sumaban 70 por ciento de la roca triturada que se producía en São Paulo, y se argumentaba que habían estado operando un cártel durante los dos últimos años.

Un análisis de los materiales consignados durante la incursión llevó a la SDE a iniciar un procedimiento administrativo para investigar la posibilidad de fijación de precios, segmentación del mercado, restricción de la producción y arreglo de licitaciones. En noviembre de 2004, la SDE completó su investigación y recomendó que el CADE pronunciara un fallo de colusión ilegal para Sindipedras y 18 de las 21 empresas miembro. La SDE basó su recomendación en evidencia de que las compañías (a) mantenían datos de precios y cifras de ventas diarias en un archivo central de computadora en Sindipedras; (b) se reunían en las instalaciones de la asociación para establecer las políticas del cártel; (c) cobraban multas por incumplimiento de las decisiones del grupo (d) dividían a los clientes y asignaban cuotas de ventas (incluyendo las surgidas de licitaciones presentadas en concursos públicos); y (e) cobraban un suplemento sobre las ventas realizadas a clientes asignados a otras compañías. El CADE emitió su fallo en julio de 2005, apoyando el análisis de la SDE y multando a las empresas demandadas con montos de entre 15 y 20 por ciento de sus ingresos brutos de 2001, dependiendo del grado de su participación en la administración del cártel.

La SDE también proporcionó la evidencia que había confiscado a las autoridades penales, lo que llevó a que, conjuntamente, la SDE y la policía realizaran entrevistas con testigos y, en última instancia, a acusaciones penales que se encuentran en proceso en el tribunal penal.

El grado de indulgencia que se otorga a una parte que coopera depende de si la SDE tenía conocimiento previo de la conducta ilegal de que se trata. Si la SDE no estaba enterada, la parte tiene derecho a estar exenta de cualquier pena que resulte del procedimiento correspondiente en el CADE. En cambio, si la SDE tenía conocimiento previo, el CADE está autorizado para reducir la pena aplicable en entre una y dos terceras partes, dependiendo de la eficacia de la cooperación y la “buena fe” de la parte en el cumplimiento con el acuerdo de indulgencia (Art. 35-B, §4). En este último caso, la pena impuesta no puede, en ningún caso, ser más severa que la pena más baja impuesta a cualquiera de los demás participantes en la conducta ilegal (Art. 35-B, §5). Un

convenio de indulgencia protege a los directores y administradores de la empresa que coopera siempre y cuando estas personas firmen el acuerdo y cumplan con las obligaciones requeridas (Art. 35-B, §6).⁵⁸

Hasta la fecha, la SDE ha llegado a convenios de indulgencia con dos empresas y se encuentra negociando otros tres. Uno de estos casos se relaciona con la subsidiaria brasileña de una empresa que estableció convenios de indulgencia con autoridades de defensa de la competencia en Estados Unidos y la Unión Europea con respecto al mismo cártel. Sin embargo, la SDE se ha enfrentado a una serie de obstáculos prácticos para poner en marcha el sistema de indulgencia. El intercambio de cooperación por reducción de sanciones no ha sido práctica común en Brasil, tanto en el ámbito civil como en el penal, y los abogados de las partes afectadas son cautelosos al momento de exponer a sus clientes sin contar con garantías sólidas de que se otorgarán en efecto los beneficios plenos de la indulgencia. Existen tres fuentes de incertidumbre. Primero, en cualquier caso en el que la SDE haya tenido conocimiento de conductas ilegales, la reducción de la pena no será determinada por la SDE, sino por el CADE y dependerá de cómo el CADE evalúe la cooperación y buena fe de la parte que busca la indulgencia. En segundo lugar, los participantes de un cártel están sujetos a procesos civiles por daños iniciados por las víctimas del cártel, mientras que la disposición legal con respecto a la indulgencia no toca el tema de la protección contra demandas privadas. El tercer ámbito de inquietud se relaciona con temas asociados con la protección de las demandas penales, tema con respecto al cual se pueden identificar cuatro ramificaciones.

En primer lugar, el Artículo 35-C contempla que el cumplimiento cabal de un convenio de indulgencia protegerá a la parte que coopera de las demandas penales al amparo de la ley brasileña de delitos económicos (Ley 8137/90), pero no trata otras leyes penales (como las que castigan la extorsión y la conspiración) que serían vehículos posibles para atacar a participantes de un cártel. Segundo, de acuerdo con el Artículo 35-B, los convenios de indulgencia son establecidos por la SDE “por cuenta y orden del Gobierno *Federal* de Brasil” frase que no deja claro su impacto sobre los fiscales estatales. A pesar de que la Constitución brasileña otorga al gobierno federal la facultad exclusiva para promulgar leyes penales, los fiscales de los estados tienen el poder de aplicar estas leyes, excepto en los casos que impliquen una dimensión federal. La jurisdicción de los fiscales estatales en casos de cárteles de conformidad con la ley de delitos económicos aún está en disputa. Tercero, algunos fiscales federales pueden considerar que los convenios de indulgencia de la SDE representan intrusiones impropias en su dominio. Cuarto, algunos profesionistas del sector privado dudan que el programa de la SDE esté apegado a los principios constitucionales, sobre la base de que sólo un juez tiene las

facultades para extinguir la responsabilidad penal.⁵⁹ La SDE ha respondido a estas inquietudes de los fiscales mediante el establecimiento de convenios de vinculación con los fiscales locales, incluyendo como signatarios de convenios específicos a fiscales que han presentado casos penales contra otros miembros del cártel.⁶⁰

Por otro lado, en casos en los que una de las partes se acerca a la SDE para obtener indulgencia, pero se encuentra que no cumple con las condiciones para ello (tal vez porque no es el primer demandado en ofrecer su cooperación) genera un tema aparte en lo relativo a la aplicación de estos convenios. En estas circunstancias, la ley expresamente contempla que la SDE mantendrá la oferta de la parte como confidencial y no será tratada como admisión de que la parte practicó la conducta en cuestión o de que dicha conducta es ilegal (Art. 35-B, §10). No obstante, los practicantes de la profesión destacan que el personal de la SDE revisará lo declarado por la parte, y expresan su inquietud acerca del tratamiento que se dará a la información. Como respuesta a esto último, la SDE ha ofrecido compromisos con base en los cuales el personal del organismo que haya analizado una oferta fallida de indulgencia estarían impedidos de participar en casos relacionados con el sector de mercado en cuestión (con lo que se crearía una “Muralla China” para aislar la información de cualquier posibilidad de explotación indebida para fines de obligación al cumplimiento de la ley).

Como anexo innovador del programa de indulgencia, en enero de 2003 la SDE emitió el Decreto 14, que proporciona lineamientos para establecer programas corporativos de cumplimiento con los principios de la defensa de la competencia. Las compañías que cumplen con los lineamientos pueden solicitar un “Certificado de Cumplimiento” a la SDE, que es válido durante dos años y compromete a la SDE a recomendar la imposición de una pena reducida si la empresa certificada es encontrada responsable de infringir la Ley 8884 durante ese periodo de dos años. Aunque hacia fines de 2004 aún no se habían emitido Certificados de Cumplimiento, la SDE informa que un número importante de empresas han establecido contacto con la SDE para obtener respuestas acerca de la conformación de sus programas de cumplimiento con el Decreto.⁶¹

Al amparo de la Ley 8884, también se cuenta con desagravios temporales durante procedimientos que involucran a la SDE. El Secretario de la SDE, ya sea *ex officio* o a solicitud del Procurador General del CADE, tiene la facultad de emitir una orden preventiva durante un proceso administrativo si encuentra razones sólidas para creer que la conducta del demandado “causó o podría causar al mercado daños sustanciales e irreparables” o “puede inutilizar el resultado final del proceso” (Art. 52). La

orden tiene vigencia inmediata, pero puede apelarse ante el CADE y, de ahí, ante los tribunales. Una vez que un caso llega al CADE, el Artículo 52 también permite que el Comisionado Relator emita una orden preventiva, de nuevo sujeta a revisión por el Consejo.

Al inicio de las investigaciones de conducta más importantes que no se relacionan con cárteles, la SDE emite una orden preventiva.⁶² Entre 2002 y 2004, el CADE falló en apelaciones sobre los méritos de nueve órdenes preventivas de la SDE, sosteniendo seis en su totalidad y tres parcialmente. El CADE también ha emitido varias órdenes, en general en circunstancias en las que la SDE ha negado previamente una solicitud de orden de un tercero. Entre los casos recientes que involucran la emisión de una orden preventiva por parte de la SDE destaca la investigación de la Asociación Médica de Bahía con respecto a una tabla tarifaria que la asociación transmitió a los médicos miembros. La orden de la SDE prohibía a la asociación intentar obligar al cumplimiento de la tarifa. En otra orden emitida en 2004, se impedía a la Unimed de Goiânia la cancelación de la afiliación de tres hospitales de la ciudad que habían dado a conocer planes para ofrecer un plan médico alternativo y que competía con la Unimed. Las partes en ambos casos apelaron sin éxito la orden de la SDE al CADE. En un tercer caso fechado en 2004, la SDE ordenó a una asociación de fabricantes de extinguidores de fuego de Brasilia y a sus empresas miembro que rescindieran un convenio con base en el que la asociación publicaba un estado general de “costos de producción medios y fijos” y los miembros determinaban sus precios al menudeo por medio de la imposición de un incremento de 30 por ciento sobre cada rubro de costos.⁶³ Las partes prefirieron no apelar la orden.

La resolución de casos de conducta por consenso puede alcanzarse al amparo del Artículo 53 de la ley, que contempla que la SDE (con autorización del CADE) o el CADE pueden establecer un acuerdo con un demandado para resolver un procedimiento administrativo. Con base en ese acuerdo, el caso se suspende si el demandado está de acuerdo con suspender y desistirse de la conducta motivo de la disputa y ofrecer informes periódicos de cumplimiento. El acuerdo no constituye admisión de culpa o responsabilidad por parte del demandado y no implica sanción monetaria pero, en caso de violación posterior de los términos del convenio, el caso podría reabrirse y asignarse multas. El convenio está vigente durante un plazo determinado, al final del cual el caso administrativo subyacente se desecha si el convenio ha sido respetado. Las modificaciones de 2000 contemplan que estos acuerdos no serán aceptados con respecto a violaciones horizontales que involucran fijación de precios, arreglo de licitaciones, división de mercados y conductas similares (Art. 53 §5).

Las regulaciones de la SDE consideran que no es posible un arreglo al amparo del Artículo 53 si, cuando se propone, la SDE ya cuenta con evidencia suficiente para sentenciar al demandado por la violación que está siendo investigada (Decreto 849/2000 de la SDE, Art. 40). Esta política ha sido diseñada para evitar que los demandados esperen la conclusión de la investigación de la SDE antes de buscar un arreglo. El decreto de la SDE también requiere que este tipo de arreglos sean dados a conocer para comentario público 15 días antes de ser aceptados por la SDE y su transmisión para revisión al CADE (Art. 41).⁶⁴

Desde 2002, la SDE sólo ha realizado dos arreglos al amparo del Artículo 53. Un convenio de 2003 con la Compañía de Publicación de Tarifas de Aerolíneas (ATPCO, por sus siglas en inglés) se relacionó con un caso descrito en páginas anteriores sobre el proceso del cártel de aerolíneas de la ruta Río de Janeiro-São Paulo. La ATPCO ofreció, desde el inicio de la investigación de la SDE, eliminar la característica de su sistema computarizado de tarifas de aerolíneas mediante el cual una línea aérea podía publicar cambios de precios para ser vistos temporalmente sólo por otras aerolíneas. El segundo arreglo, fechado también en 2003, fue con Helibrás, el distribuidor exclusivo en Brasil de cierta marca de helicóptero. El SDE abrió una investigación sobre Helibrás con base en quejas de que la compañía se rehusaba a proporcionar manuales técnicos y partes de reposición a empresas de aviación que desearan establecer contratos de mantenimiento con compradores del helicóptero. Con base en el Artículo 52, la SDE emitió una orden precautoria que requería que Helibrás proporcionara los manuales y las partes que se requirieran. Luego de buscar infructuosamente un requerimiento de los tribunales contra la orden de la SDE, Helibrás ofreció participar en un acuerdo con base en el Artículo 53 que implicaba las mismas disposiciones que la orden. La SDE concluyó que el arreglo sería apropiado, pues no se había investigado una serie de puntos, incluyendo si los manuales podrían estar disponibles con otras fuentes o si existían razones técnicas o de seguridad para rehusar la venta de partes. El CADE aprobó el acuerdo con Helibrás en 2004 y el de ATPCO en marzo de 2005.

Cuando el CADE recibe el informe de la SDE recomendando que un asunto sea desechado, el caso se asigna de forma aleatoria a uno de los seis comisionados, quien es designado Comisionado Relator. Asimismo, se requiere al Procurador General del CADE que presente su opinión sobre el caso dentro de un plazo de 20 días (Art. 42). La opinión del Procurador General normalmente se centra en los aspectos legales del asunto, pero puede abarcar temas sustantivos también. De acuerdo con la Resolución 20 del CADE, que establece ciertas características de los procedimientos de deliberación del Pleno, dentro de los 60 días posteriores a la recepción del caso, el Comisionado Relator debe decidir si es necesario instituir una

investigación adicional.⁶⁵ En caso de ser así, el CADE puede emplear las facultades de investigación del Artículo 35 para obtener la información que requiere (Art. 43).⁶⁶ Como se comentó arriba, el Relator, al igual que el Secretario de la SDE durante un procedimiento administrativo, tiene la facultad de invocar el Artículo 52 para emitir una orden precautoria de suspensión durante los procedimientos del CADE. Esta orden, emitida para evitar ocasionar daños irreparables o, de otro modo, para garantizar que el procedimiento no sea neutralizado, tiene vigencia inmediata, pero puede apelarse ante el Pleno del CADE y, de ahí, en los tribunales.

Al transcurrir el plazo de 60 días o el tiempo para la investigación adicional, el Comisionado Relator ingresa el asunto en la agenda de juicios del CADE “para ser procesado tan pronto como sea posible”.⁶⁷ El Comisionado Relator debe elaborar un informe escrito y recomendar una solución para el caso, debiendo proporcionar el informe a los demás comisionados y las partes a más tardar cinco días antes del día del juicio.⁶⁸ La decisión del Consejo se comunica en una reunión privada, durante la que el Procurador General del CADE y el demandado (pero no la SDE o la SEAE) reciben la oportunidad de expresarse (Art. 45). La asistencia mínima para que haya quórum es de cinco miembros y la decisión se toma por mayoría de los participantes (Art. 49). El Presidente es uno de los siete miembros votantes y, en caso de empate, tiene voto de calidad (Art. 8 II). En la sesión del juicio, cualquiera de los comisionados puede solicitar la oportunidad de revisar el expediente del caso en detalle y puede proponer que se realicen investigaciones adicionales. Esta investigación adicional deberá ser aprobada por el Pleno y, de ser así, realizada por el Comisionado Relator.

Como sucede en los casos de fusión, el CADE no está vinculado por las recomendaciones de la SEAE o la SDE y es responsable por la adjudicación imparcial de los casos cuestionados. Si el Consejo determina que hubo violación, el fallo debe ser emitido por escrito, con un informe detallado de la conducta del demandado, un análisis de las bases para determinar la ilegalidad, una discusión de la orden correctiva impuesta y el monto de la pena monetaria, además de la especificación de la multa diaria en caso de continuar la conducta ilegal (Art. 46). De acuerdo con el Artículo 24, el CADE tiene autoridad correctiva amplia para ordenar cualquier alteración necesaria en la estructura o conducta del demandado, incluyendo la liquidación de activos, la transferencia del control corporativo y la suspensión de actividades comerciales específicas. La orden también puede declarar al demandado descalificado para licitar contratos públicos hasta por cinco años, requerir que el demandado publique una notificación en el periódico resumiendo la decisión del CADE y ordenar el ingreso del nombre del demandado en la lista de violadores de la protección del consumidor en Brasil.⁶⁹

Los profesionistas del gremio no presentan cuestionamientos sobre el tratamiento justo en los procedimientos del SBDC.⁷⁰ Los organismos hacen énfasis en la transparencia del proceso —las partes tienen acceso total a los registros de los casos (sujeto a restricciones de confidencialidad) tanto en la SDE como en el CADE (Art. 33 ¶ 4)— y las reuniones de emisión de fallo del CADE son públicas. Por otra parte, existen quejas acerca de las restricciones de confidencialidad, que aunque se encuentran bien elaboradas en las regulaciones de los organismos,⁷¹ no se aplican con el suficiente cuidado como para evitar filtraciones.⁷² También existe cierta ansiedad acerca del tipo de información de las investigaciones que se revela a las autoridades extranjeras de defensa de la competencia. De acuerdo con los profesionistas que participan en el proceso de revisión de fusiones, los miembros del personal de los organismos algunas veces han reconocido que la solicitud de información se había realizado principalmente con el fin de suspender el plazo legal. También existe la convicción general entre los profesionistas del gremio de las fusiones de que las solicitudes de información adicional por parte de los organismos no reflejan la sensibilidad necesaria acerca de los costos que se imponen a las empresas afectadas.

Recuadro 8. Procedimientos en casos de conducta: modificaciones propuestas

Una crítica recurrente al CADE es que los casos que se le presentan tardan demasiado tiempo en resolverse. Un enfoque para tratar con este problema sería el de reducir el número de determinaciones secundarias que debe realizar el CADE, de manera que se dedique más tiempo a los fallos en casos sustantivos. La legislación propuesta para modificar la Ley 8884 trata este tema mediante la eliminación de la revisión en el Pleno de las decisiones de la Dirección General para cerrar un caso. La propuesta también altera una serie de características adicionales de los procedimientos que son aplicables en casos de conducta (diferentes de fusiones), como se describe a continuación.

La Dirección General (DG) del CADE, como sucesora del DPDE, es responsable del seguimiento de los mercados, la identificación de posibles violaciones y de la decisión acerca de si se deben entablar trámites de obligación al cumplimiento de la ley. Estos trámites contemplan “los procedimientos preparatorios” (que sustituyen lo que se llama “investigaciones preliminares” en la ley actual), las investigaciones administrativas (que son pesquisas formales que lleva a cabo la DG) y trámites administrativos (procesos para integrar un registro formal de evidencias para ser juzgado por el Pleno). Si la Dirección General entabla un “procedimiento preparatorio”, debe concluir dentro de un plazo de 30 días, periodo reducido con respecto a los 60 días con que se contaba para realizar las investigaciones preliminares de acuerdo con la ley vigente.

Por otra parte, la “investigación administrativa” sería una nueva fase de descubrimiento que no tiene contrapartida en la ley vigente. Esta nueva investigación sería realizada por la Dirección General y tendría que concluirse en un plazo de 180 días, aunque la DG podría ampliarlo por causas justificadas.

⁷³ La negativa de la Dirección General para abrir una investigación administrativa podría ser apelada por un demandante sólo ante la Dirección General y la decisión de esta última sobre las apelaciones (así como las decisiones para cerrar un caso al final de una investigación administrativa) sería definitiva y no estaría sujeta a revisión automática por el Pleno, como lo están en la ley vigente.

Los trámites para un procedimiento administrativo prácticamente no cambian, excepto en el caso del periodo de descubrimiento luego de que el demandado presenta su defensa, que se ampliaría a 60 días (contra 45 días en el régimen actual). Una vez que el caso se presentara ante el Pleno, el único cambio procesal reside en que el Director General o el Comisionado Relator podría permitir la participación en el caso de cualquier tercera persona que se viera afectada por la decisión del Pleno o que tenga capacidad para representar los intereses de un grupo afectado.

Los acuerdos por consenso al amparo del Artículo 53 seguirían existiendo, pero se añadiría nuevo lenguaje para contemplar expresamente la posibilidad de rechazo de un acuerdo cuando (1) exista suficiente evidencia para garantizar la condena; (2) la adopción del acuerdo no sería útil para los objetivos de la Ley 8884; o (3) las partes no pueden acordar los términos del convenio.

En lo relacionado con los fallos emitidos por el CADE, el consenso de la comunidad de defensa de la competencia es que la calidad del análisis ha mejorado continuamente desde 2000 y que las decisiones pueden catalogarse en la actualidad como “adecuadas” o mejores. Se han ventilado críticas en el sentido de que las decisiones del CADE no prestan suficiente atención al establecimiento de precedentes. Normalmente, se discute poco acerca de fallos en casos anteriores o de lineamientos analíticos (como la Resolución 20) que el CADE ha emitido con anterioridad. No obstante, la queja no se limita al CADE, pues los profesionistas del gremio la amplían a todo el sistema judicial brasileño.

Aún así, los retrasos en los trámites del SBDC siguen siendo un problema. Como se comentó anteriormente con respecto a las fusiones, aunque se han realizado progresos sustanciales durante los últimos años con respecto al procesamiento de las notificaciones de fusión simples, los casos más complejos requieren varios años para ser resueltos. De igual modo, los casos de conducta pueden llevar muchos años de esfuerzos. Incluso las

investigaciones preliminares realizadas por la SDE al amparo del Artículo 30, que el estatuto obliga a tender concluidas en 30 días, en promedio se llevan seis meses. El cuadro a continuación muestra el horizonte temporal de cinco casos de conducta procesados en el SBDC. Dos de ellos, relacionados con periódicos y líneas aéreas se han comentado en páginas anteriores de este informe. Los otros tres se mencionaron en el Informe anterior como casos pendientes de resolución en 2000.⁷⁴ Todos los casos se refieren a cárteles de fijación de precios, excepto el de los medicamentos genéricos, que involucró un acuerdo entre empresas farmacéuticas para boicotear a distribuidores que vendían productos genéricos.

Cuadro 5. Horizonte temporal en cinco casos del SBDC

	Inicio de la investigación	Situación en el SBDC
Aerolíneas	1999	Fallo del CADE -- 2004
Periódicos	1999	Fallo del CADE -- 2005
Lisina	1999	Investigación pendiente en la SDE
Vitaminas a granel	2000	Caso transmitido al CADE – junio de 2005
Medicamentos genéricos	2000	Caso transmitido al CADE – agosto de 2003; orden de investigación adicional por parte del CADE – febrero de 2005

Fuente: SBDC, 2005

Por su parte, la SDE ha tomado medidas recientes para acelerar el avance de casos importantes de cárteles. Por ejemplo, la investigación relacionada con el caso de la roca triturada, dio inicio en julio de 2003 y se transmitió al CADE en noviembre de 2004.⁷⁵ También es importante destacar que la SDE emite órdenes precautorias al amparo del Artículo 52 al iniciar las investigaciones de conducta más importantes que no tengan relación con cárteles, lo que ocasiona que se suspenda la conducta anticompetitiva durante el trámite. Por ejemplo, esto sucedió con respecto al caso de los medicamentos genéricos, en el cual la orden precautoria impedía a los demandados continuar el boicot. Sin embargo, la extensa duración de los trámites en el SBDC resultan en ineficiencias. La duración típicamente corta en el puesto de los investigadores del SBDC y de los comisionados del CADE significa que la acumulación del conocimiento acerca de un caso dado debe ser dominada por grupos sucesivos. Existen varias razones para el retraso que caracteriza los procedimientos del SBDC,

como el de la duración del encargo que se mencionó y la deficiencia crónica del número de personal disponible. Los temas relacionados con el número del personal y su rotación se analizan en una sección posterior de este informe. En el caso de la SDE, otra fuente de retraso surge de la necesidad de coordinar las incursiones de investigación con la policía y negociar los acuerdos de indulgencia con los Fiscales Públicos.

Una vez que un caso llega al CADE, los retrasos pueden resultar de la falta de quórum, generada por una combinación de puestos vacantes y de descalificación de comisionados asistentes que reduce el número de votantes a menos de los cinco que exige la ley. Las circunstancias que requieren descalificar a un comisionado no sólo se presentan cuando éste ha trabajado antes en el sector privado, sino también cuando ha estado empleado en la SDE o la SEAE con anterioridad. También, de conformidad con los procedimientos internos del CADE, los comisionados (aparte del Comisionado Relator) reciben el informe del caso sólo cinco días antes de la sesión en la que se emite el fallo.⁷⁶ Este sistema lleva a solicitudes de extensión del plazo para analizar casos complejos con mayor profundidad y, a menudo con base en ello, a mociones para realizar investigaciones adicionales. También puede generar retrasos el cumplimiento de la disposición reglamentaria del Artículo 42, que requiere que el Procurador General del CADE presente su opinión ante el Pleno con respecto a todos los casos.⁷⁷

Por su parte, el Artículo 50 de la Ley 8884 contempla expresamente que, una vez emitidos, los fallos del CADE no están sujetos a revisión por ninguna otra instancia del Ejecutivo, y que dichos fallos “deberán ejecutarse a la brevedad”. Sin embargo, como se comentará más adelante, todos los fallos del CADE están sujetos a revisiones del Poder Judicial, a instancias de las partes afectadas. El Procurador General del CADE es responsable por tomar la medida jurídica adecuada para garantizar la ejecución del fallo del Pleno. Como se requiere por ley, las órdenes del CADE imponen una multa por la violación determinada, y también especifican una sanción diaria que se acumula en caso de que el demandado no cumpla con ninguna de las prohibiciones de conducta o los requerimientos establecidos en el fallo.

Para los casos relacionados con conductas violatorias del Artículo 20 (es decir, casos de conducta indebida no referentes a fusiones), la sanción mínima que se establece en la ley es de 1 por ciento de los ingresos brutos antes de impuestos obtenidos durante el año precedente, siempre y cuando el monto impuesto no sea menor que la ganancia realizada por la violación (Art. 23 I). El estatuto no especifica si los ingresos brutos deberán determinarse con referencia a los ingresos mundiales del demandado o sólo con respecto a los generados por ventas en el mercado brasileño afectado por la falta. Normalmente, el CADE se ha referido a las ventas mundiales,

aunque su fallo de septiembre de 2004 acerca del cártel de aerolíneas en la ruta Río de Janeiro-São Paulo se basó en las ventas brasileñas. La sanción máxima para las faltas al amparo del Artículo 20 es de 30 por ciento del ingreso bruto antes de impuestos obtenidos en el año precedente (Art. 23 I). Los ejecutivos responsables por conductas corporativas ilegales pueden enfrentarse a una multa de entre 10 y 50 por ciento de la sanción corporativa (Art. 23 II). Las asociaciones y otras entidades que no realicen actividades comerciales o para las que el ingreso bruto no es relevante, pueden recibir una sanción de entre 3,000 y 6 millones de unidades fiscales de referencia (entre 2,460 y 2.46 millones de dólares) (Art. 23 III). Por su parte, se duplica la sanción en el caso de faltas recurrentes (Art. 23, párrafo único).

El incumplimiento con una orden correctiva del CADE, una medida precautoria, un compromiso de suspensión y desistimiento, o un compromiso de desempeño, puede generar la imposición de una sanción diaria de entre 5,000 hasta 100,000 unidades fiscales de referencia (UFIR) (entre 2,050 y 41,000 dólares) (Art. 25), que se acumulan hasta por 90 días.⁷⁸ Como se subrayó en la sección referente a las notificaciones de fusión, el Artículo 54, párrafo 5, faculta al CADE a imponer multas de entre 60,000 y 6 millones de UFIR (entre 22,800 y 2.28 millones de dólares) por incumplimiento con el plazo máximo de notificación de fusiones. En mayo de 2004, el CADE emitió la Resolución 36, que establece un conjunto detallado de lineamientos para determinar el monto de la sanción que se impondrá por una notificación fuera de tiempo. Además de estas sanciones por registro tardío, no se impone otro tipo de castigo por la proposición de una fusión que el CADE no apruebe o que apruebe con condiciones, a menos que el demandado viole posteriormente la orden correctiva del CADE.

La falta de presentación o alteración de documentos solicitados durante una investigación puede generar una multa de entre 5,000 y 100,000 UFIR (entre 2,050 y 41,000 dólares) acumulable hasta por 90 días (Art. 26). De conformidad con las modificaciones de 2000, la falta de presentación de una persona a un examen oral genera una multa de entre 500 hasta 10,700 reales (entre 195 y 4,175 dólares) (Art. 26 ¶5). Estas sanciones pueden ser impuestas por la SDE, la SEAE o el CADE, dependiendo del organismo que emita la demanda de investigación. De manera similar, el Artículo 26-A autoriza la imposición de una sanción que va desde 21,200 hasta 425,700 reales (entre 8,270 y 166,000 dólares) por impedir una investigación en el domicilio de la empresa, de conformidad con el Artículo 35 §2.

La Ley 8884 contempla que, al imponer sanciones, el CADE debe considerar varios factores, incluyendo el impacto de la falta en el mercado y el daño causado, el beneficio para quien cometió la falta, su buena fe y sus recursos económicos (Art. 27). El Artículo 84 requiere que todas las sanciones recaudadas se remitan al Fondo para la Defensa de los Derechos

Difusos (*Fundo Gestor de Defesa dos Direitos Difusos* o CFDD). El CFDD es administrado por un Consejo integrado por representantes del gobierno y el público. El fondo eroga recursos para apoyar proyectos educativos o científicos relacionados con la protección del “medio ambiente, los consumidores, el orden económico, la competencia abierta [y] el patrimonio artístico, estético, histórico, turístico y del paisaje”.

La mayor parte de las multas impuestas por el CADE corresponden a dos categorías, las relacionadas con el Artículo 23 en conjunto con una falta de conducta y las impuestas con referencia al Artículo 54, por notificación tardía de fusión. En los cuadros siguientes se presenta el historial de imposición y recaudación de estas sanciones.

Recuadro 9. Multas y sanciones: modificaciones propuestas

Con base en la legislación propuesta, la multa mínima (en la actualidad lo que resulte mayor de entre el 1 por ciento de los ingresos brutos o la ganancia realizada a partir de la falta) se establecería en 6,000 reales (2,340 dólares) y el nivel máximo (que actualmente asciende a 30 por ciento del ingreso bruto del año precedente) sería de 200 millones de reales (78 millones de dólares). De acuerdo con la ley vigente, los ejecutivos responsables por la conducta ilegal de una empresa están sujetos a una sanción de entre 10 y 50 por ciento de la multa impuesta a la compañía. La propuesta aplica a estos ejecutivos una multa con los mismos niveles mínimo y máximo que se imponen a las corporaciones. Las multas contra personas físicas serían más factibles, dada la reducción significativa en la sanción mínima a las empresas.

Por su parte, no cambiarían las multas por violar una orden correctiva del CADE, por no presentar documentos o no presentarse a un examen oral o impedir una investigación (excepto en el caso de su reexpresión en términos de reales en lugar de en UFIR), pero se sumaría una nueva disposición que contemplara una sanción de entre 5,000 y 5 millones de reales (entre 1,950 y 1.95 millones de dólares) por presentar documentos o testimonios falsos. Las características de la propuesta que cambian las sanciones asociadas con el proceso de revisión de fusiones se tratan en la sección correspondiente a éstas.

Otro cambio importante se refiere al uso de los ingresos por concepto de multas. De acuerdo con la propuesta, los ingresos provenientes de las sanciones no se remitirían únicamente al Fondo de Defensa de los Derechos Difusos, sino que se asignan a razón de 25 por ciento al CADE y la SEAE y 50 por ciento al Fondo.

Cuadro 6. Sanciones impuestas y recaudadas en casos de conducta al amparo del Artículo 23, 2000-2004

Año	Impuesta (mill. de reales)	Recaudadas (BRL)	Porcentaje Recaudado
2002	2.8	12,770	0.45 %
2003	8.3	620,000	7.46 %
2004	5.6	0	0 %

Fuente: SBDC, 2005

Cuadro 7. Sanciones impuestas y recaudadas en casos de notificación tardía de fusión al amparo del Artículo 54, 2002-2004

Año	Impuesta (mill. de reales)	Recaudado (mill. de reales)	Porcentaje Recaudado
2000	16.3	8.7	53.4 %
2001	9.9	5.7	57.5 %
2002	7.9	4.8	60.5 %
2003	2.2	1.1	50.1 %
2004	3.0	1.4	48.8 %

Fuente: SBDC, 2005

La cantidad de sanciones por presentación de notificaciones de fusión fuera del plazo estipulado ha sido mayor que la de multas recaudadas por faltas de conducta. Esto se debe a que, al menos algunas de las partes a las que se cobra una multa por faltas en el registro de la notificación de una fusión pagan de manera voluntaria, mientras que los acusados de faltas de conducta rara vez lo hacen. Si el pago no se realiza de manera voluntaria, el Procurador General del CADE debe iniciar un proceso de recaudación de la multa ante el tribunal.⁷⁹ Normalmente, los demandados responden a tal proceso con la moción de prorrogar la sanción durante el proceso legal. La Ley 8884 contempla que la ejecución de una sanción no debe ser prorrogada a menos que se deposite en el tribunal una cantidad equivalente a la multa o un bono de garantía de pago (Art. 65).⁸⁰ El CADE invoca esta disposición de manera rutinaria y ha tenido éxito al requerir que se depositen bonos cuantiosos por parte de demandados como el Iguatemi Shopping Centre (1 millón de reales), Xerox do Brasil (2.4 millones de reales) y White Martins (38 millones de reales). En contraste, el tribunal de primera instancia en el

caso del cártel del acero declinó exigir depósito alguno, lo que el CADE está impugnando en un proceso de apelación. Las órdenes del tribunal para la ejecución de las multas pueden ser ejecutadas por medio del embargo y venta de activos y por otras vías, incluyendo el nombramiento de un síndico para operar una corporación deudora (Arts. 63 y 69). Hasta la fecha, pocos fallos definitivos han sido emitidos en acciones de los tribunales que modifiquen la imposición de sanciones por parte del CADE en casos de conducta. Con respecto a las sanciones impuestas por registro de notificaciones de fusión fuera de tiempo, el CADE ha ganado 17 (55 por ciento) de los 31 casos en primera instancia que se han fallado a la fecha, pero ha perdido las dos decisiones que han sido presentadas por tribunales de segunda instancia. Los fallos adversos en estos casos generalmente han surgido de desacuerdos judiciales con el enfoque del CADE en lo correspondiente a la definición de la “fecha de activación” que da inicio al periodo de 15 días para notificar transacciones.

El CADE también ha impuesto algunas multas de conformidad con el Artículo 25 por falta de cumplimiento con órdenes definitivas o acuerdos de resolución en casos de conducta o con medidas preventivas mencionadas en el Artículo 52. En 2002 no se impusieron sanciones de este tipo pero, en 2003, se impuso un total de 7.3 millones de reales y 1.5 millones de reales en 2004 en multas al amparo del Artículo 25. A principios de 2005, la compañía British America Tobacco (BAT) recibió una sanción de 957,700 reales por incumplir un acuerdo de solución fechado en 2000. El acuerdo había resuelto un caso de abuso de dominio en el que BAT, que controlaba más de 50 por ciento de las ventas de cigarrillos en Brasil, fue acusada de imponer, ilegalmente, requisitos de venta exclusiva y otras condiciones de comercialización (como la exhibición exclusiva de productos) en establecimientos de venta de cigarrillos al menudeo. La mayor parte de las multas al amparo del Artículo 25 están bajo revisión judicial y no han sido cobradas.

Las únicas otras bases para imponer sanciones se relacionan con el Artículo 26 (por falta de presentación de documentos o de asistencia para examen oral en una investigación) y el Artículo 26-A (por obstrucción de un examen llevado a cabo en el domicilio de la empresa al amparo del Artículo 35 §2). En 2002, el CADE no impuso multas de conformidad con el Artículo 26, mientras que, en 2003, impuso 332,000 reales. De igual manera que las anteriores, estas sanciones están en litigio y no han sido cobradas. Por su parte, no se han presentado circunstancias que ameriten que la SDE o la SEAE impongan multas de conformidad con los Artículos 26 o 26-A.⁸¹

En lo que respecta a casos de conducta, la mayor parte de las órdenes definitivas presentadas por el CADE en estos procedimientos, requieren tanto el pago de una multa como la aplicación de medidas adicionales por

parte del demandado, como la suspensión de la publicación de un cuadro de tarifas de una asociación, o la venta de partes de reposición a compañías de servicios o la publicación de una notificación en el periódico del fallo del CADE. Las órdenes con requisitos de conducta especifican una sanción diaria que se impondrá en caso de desobedecer la orden (Art. 25). El CADE trata con las faltas a las órdenes de conducta presentando una moción de recaudación para la multa diaria y una moción separada solicitando una orden del tribunal para obligar al cumplimiento del requisito de conducta.⁸² Sin embargo, a la fecha, el CADE rara vez ha entablado demandas para obligar a cumplir requisitos de conducta. Como se comentará más adelante, las empresas demandadas sujetas a órdenes de conducta normalmente buscan obstaculizar el cumplimiento de sus obligaciones mediante una moción de desagravio judicial de la decisión del CADE.

Las partes sujetas a investigaciones por parte de la SDE o la SEAE o procedimientos de adjudicación por parte del CADE no necesitan esperar los resultados de una demanda de recaudación de multas para impugnar las acciones del organismo ante el tribunal.⁸³ De hecho, se puede solicitar desagravio judicial no sólo contra un fallo definitivo de un organismo, sino en cualquier momento durante el proceso. En el Recuadro siguiente se presenta una descripción resumida del proceso de revisión judicial en Brasil.

Como asunto práctico, las partes involucradas en una investigación de la SDE normalmente no presentan mociones en los tribunales para revisar fallos de la SDE, debido a que las determinaciones de este organismo pueden apelarse ante el CADE. Desde 2000 se han observado pocas excepciones. En 2003 se solicitaron dos requerimientos judiciales por parte de los demandados para impedir que la SDE emitiera su opinión definitiva en la investigación de un cártel de productos de acero (vergalhões). Los tribunales rechazaron ambas peticiones. Por otro lado, en el caso de Helibrás (comentado en páginas anteriores con respecto a los acuerdos de solución al amparo del Artículo 53), Helibrás buscó, sin éxito, un requerimiento del tribunal contra una orden precautoria de la SDE de conformidad con el Artículo 52 que requería que se pusieran manuales y partes a disposición de las compañías que buscaban prestar servicios de mantenimiento a compradores de helicópteros.⁸⁴ No se han iniciado más demandas contra la SDE, como tampoco contra la SEAE. Cabe apuntar que, en cualquier moción que se presente, en su calidad de organismos del Poder Ejecutivo, la SDE y la SEAE están representadas por la Oficina del Procurador General Federal.

Recuadro 10. La revisión judicial en Brasil

Las peticiones de entidades privadas de revisión de las medidas tomadas por un organismo del gobierno son tramitadas por los tribunales federales de primera instancia. Por ley, las impugnaciones de las decisiones de los tres organismos del SBDC deben presentarse ante el tribunal ubicado en Brasilia. El juez de primera instancia tiene la autoridad de adjudicar la mayor parte de las demandas (incluyendo las relacionadas con un estatuto aplicado de forma inconstitucional, pero excluyendo los reclamos de inconstitucionalidad en la redacción de una ley), y también pueden llevar a cabo procedimientos de presentación de evidencias para complementar el registro factual.

Las apelaciones de la parte privada o del organismo con respecto al fallo de un juez de primera instancia se realizan en el Tribunal de Apelaciones de la región geográfica en la que se otorgó la decisión judicial inicial. En Brasil existen cinco regiones, y cada una cuenta con un tribunal de apelaciones regional con múltiples miembros. Las apelaciones son escuchadas primero por un “panel” del tribunal y después, pueden apelarse ante una “sección” del tribunal. El número de jueces que integra un panel o sección es fijado por las reglas internas de cada tribunal regional.⁸⁵ Las apelaciones de los tribunales regionales pasan al Tribunal Superior de Justicia (TSJ), donde son escuchadas también primero por un panel y después por una sección.⁸⁶

En los casos que involucran demandas de aplicación inconstitucional de leyes se puede apelar a una instancia más allá del TSJ, el Supremo Tribunal Federal (STF), un cuerpo de 11 jueces que sólo trata cuestiones constitucionales. Algunas partes designadas, entre las que se encuentran los Fiscales Públicos, tienen autorización para presentar ciertas demandas constitucionales (incluyendo las que alegan que una ley es inconstitucional de acuerdo con su redacción) de manera directa ante el STF, sin proceder antes a un tribunal inferior. En el STF, las apelaciones que provienen de tribunales inferiores son escuchados primero por un panel y, luego, si existe apelación ulterior o son certificados por el panel asignado, son adjudicados por los 11 jueces en sesión plenaria. Los casos presentados directamente ante el STF son escuchados en primera instancia por los 11 jueces.

En cambio, se han registrado muchas mociones que buscan la intervención judicial durante la vigencia de los procedimientos administrativos del CADE. Los demandados en el caso del cártel de productos de acero (vergalhões), argumentando que se les había negado una oportunidad adecuada para presentar evidencia en su descargo, lograron obtener una orden aplazando la reunión del CADE para presentar un fallo definitivo sobre su conducta. De igual manera, está pendiente una apelación del CADE. Por su

parte, en los casos del cártel de venta al menudeo de combustible y de Microsoft/TBA, las peticiones interlocutorias a los tribunales plantearon la cuestión de si los demandados en un procedimiento del CADE pueden insistir en resolver el asunto por medio de un compromiso de suspensión y desistimiento con base en el Artículo 53. Con respecto a este tema, en un inicio, el CADE hubo de enfrentar varios fallos adversos del tribunal. Recientemente, sin embargo (y en el caso de Microsoft) ha logrado argumentar que la oportunidad de establecer un arreglo conciliatorio no es un derecho legal, sino una cuestión de mutuo acuerdo entre el CADE y el demandado. También, como se describió anteriormente en la sección correspondiente a las relaciones entre el CADE y el Fiscal Público, entre 2003 y 2004 el Fiscal Público del CADE presentó varias peticiones interlocutorias. En el proceso de fusión de Nestlé-Garoto, por ejemplo, el Fiscal afirmó que el Procurador General del CADE debería estar impedido para presentar su opinión porque era la sobrina de un abogado que había asesorado a Nestlé. Otra medida del Fiscal en el mismo caso se relacionó con una reclamación en torno a que el Pleno había determinado equivocadamente al comisionado que debía fungir como Presidente en funciones. Una tercera moción apoyaba la petición de Microsoft en el caso de TBA que buscaba la aceptación obligatoria de un compromiso de cese y desistimiento. Las tres peticiones del Fiscal fracasaron.

El fallo definitivo que emitió el CADE al final del procedimiento administrativo es, por supuesto, un acto del organismo sujeto a revisión judicial. Como se comentó en párrafos anteriores, en la experiencia del CADE, las partes normalmente no apelan decisiones que imponen multas por la presentación de una notificación de fusión extemporánea, como tampoco (las pocas) decisiones en casos de conducta que implican una sanción pero no imponen requisitos o restricciones en la conducta futura del demandado. En estas instancias, las partes pagan de manera voluntaria o esperan la demanda de recaudación para presentar su defensa. Las partes normalmente no buscan la revisión judicial de las decisiones del CADE que imponen condiciones a las fusiones, debido a que las condiciones habían sido negociadas con antelación o no se consideran suficientemente onerosas para justificar la resistencia. En otro sentido, las partes normalmente apelan las decisiones de conducta del CADE que implican más que la imposición de una multa.

La postura del CADE acerca de la revisión judicial es que los tribunales deberían limitarse a analizar la conveniencia legal de los procedimientos del organismo y deberían contemplar cualquier problema contra la competencia como un asunto sometido a la discreción del CADE. A pesar de que algunos tribunales han aceptado esta perspectiva, otros han analizado y revertido fallos del CADE en defensa de la competencia. Existe un considerable desacuerdo

dentro del poder judicial al respecto de cómo revisar los casos del CADE. La ley de competencia es un tema relativamente nuevo en el sistema judicial brasileño, y algunos jueces que concluyen que es apropiada una revisión judicial de los problemas con la defensa de la competencia se centran, sin embargo, en puntos procesales para evitar tratar con asuntos con los que no están familiarizados. En cualquier caso, la revisión judicial añade años de litigio antes de que se pueda concluir de forma definitiva un caso del CADE. Por ejemplo, el CADE emitió su fallo acerca del caso del cártel del acero en 1999, pero el tribunal de primera instancia no dio a conocer su decisión hasta 2003. En la actualidad, el fallo está siendo considerado en el tribunal de segunda instancia. Las agendas de los tribunales brasileños normalmente están desbordadas, y la complejidad de la jurisprudencia en defensa de la competencia retrasa la resolución acelerada de casos del CADE.⁸⁷ Como se describe en mayor detalle en la sección de defensa de la competencia de este informe, el SBDC recientemente puso en marcha una serie de iniciativas para fomentar la comprensión de la ley de competencia entre los miembros del poder judicial.

Normalmente, cuando las partes demandan en busca de revisar un fallo del CADE que impone restricciones o requisitos de conducta, también presentan de inmediato una petición al tribunal para aplazar la aplicación de la orden del CADE. La experiencia del CADE ha sido que este tipo de mociones de aplazamiento inmediato con frecuencia se otorgan en el tribunal de primera instancia, para luego revertirse en la apelación. El Procurador General del CADE apunta dos razones por las que los demandados han tenido éxito en la etapa inicial. En primer lugar, las peticiones de desagravio inmediato a menudo son escuchadas por jueces recién ingresados, que tienden a ser susceptibles a afirmaciones de agentes privados en el sentido de que están en peligro inminente de enfrentar daños irreparables infligidos por un organismo del gobierno. En segundo término, los solicitantes han aparecido *ex parte* ante el tribunal (sin la presencia de representantes legales del gobierno), con lo que cuentan con la ventaja de presentar su reclamo mientras que el interés del gobierno sólo tiene representación por escrito. Recientemente, el CADE ha establecido con éxito su derecho —de acuerdo con los principios aplicables del procedimiento civil— de aparecer ante el tribunal y presentar argumentos acerca de este tipo de mociones de emergencia.⁸⁸

En los casos de conducta, la revisión judicial de los fallos definitivos del CADE presenta resultados mixtos. De siete casos resueltos en segunda instancia y relativos a fallos de conducta, el CADE ganó una apelación (del cártel del acero, en la que se revirtió el rechazo del tribunal de primera instancia para ordenar el depósito de las multas aplicadas por el CADE)⁸⁹ y cuatro apelaciones en casos de exclusividad de Unimed. Por su parte, el

CADE perdió dos apelaciones en casos que involucraron tablas de tarifas de servicios médicos. En ambos casos, los tribunales adoptaron el puntos de vista de que (1) las tablas de tarifas eran meramente sugerencias de precios y no representaban un acuerdo, y (2) de cualquier manera, la ley de competencia no era aplicable a la profesión médica. En el caso del cártel del acero, aunque el tribunal de primera instancia sostuvo la determinación del CADE en el sentido de la conducta ilegal, lo hizo sobre bases menos satisfactorias. El tribunal concluyó que, en ausencia de una explicación económica, la sola fijación paralela de precios bastaba para encontrar una falta. En opinión del tribunal, la prueba de colusión no era esencial, por lo que el CADE había recurrido de forma innecesaria a estos “factores adicionales”, como las reuniones entre los demandados, para comprobar la ocurrencia de colusión. Tanto la decisión relacionada con el cártel del acero como la de las Unimed y la de las tarifas para asociaciones médicas, están siendo objeto de apelación adicional.

Un conjunto aparte de casos apelados ha probado si debe pagarse en su totalidad la cuota por presentación de notificación de fusión en casos en los que la transacción sea analizada por ANATEL (el organismo regulador del sector de telecomunicaciones) en lugar de por la SDE o la SEAE. Las partes en la fusión afirmaron que deberían pagar sólo la tercera parte de la cuota de registro destinada al CADE y no las correspondientes a las cuentas de la SDE y la SEAE. Hasta la fecha, siete decisiones judiciales se han dividido a razón de cinco a dos a favor de la postura del CADE de que debe imponerse la totalidad de la cuota.

En otro tema, sólo un caso relacionado con la constitucionalidad de la Ley 8884 ha sido considerado por el Tribunal Federal Supremo. El caso en cuestión fue presentado por la Confederación Nacional de la Industria, una asociación profesional que, de acuerdo con la Constitución brasileña, tiene el rango necesario para presentar demandas de inconstitucionalidad de un estatuto directamente ante el Tribunal Supremo.⁹⁰ La queja afirma que varias disposiciones de la Ley 8884 son inconstitucionales, incluyendo, en especial, la prohibición sustantiva de conductas que aparece en los Artículos 20 y 21 XXIV que se relacionan con la fijación de precios abusivos y las sanciones asociadas. Con una votación de cinco a dos, se rechazó una moción de la Confederación para obtener un requerimiento preliminar de desagravio. Sin embargo, las demandas subyacentes siguen pendientes ante el Tribunal.

El volumen de litigios en tribunales que enfrenta el CADE es formidable. En una investigación realizada por el Procurador General del CADE en noviembre de 2004, se registraron 728 casos pendientes en los que el CADE participaba como demandante, demandado o mediador. De este total, 129 fueron procedimientos de ejecución de multas, mientras que

279 eran casos en el tribunal de primera instancia que involucraban algún aspecto de la obligación al cumplimiento de la ley distinto de la ejecución de multas. Por otra parte, 253 casos se encontraban en los tribunales de apelación: 240 en los tribunales de segunda instancia, 12 en el Tribunal Superior de Justicia y uno en el Tribunal Federal Supremo.⁹¹ Un último conjunto de 67 casos se relacionaron con asuntos varios, como litigios con empleados, procesos en el tribunal de instancia, etcétera.

Además del procesamiento de procedimientos administrativos formales y revisiones judiciales, el CADE ofrece un mecanismo alternativo para las partes interesadas en obtener el punto de vista del CADE sobre una conducta específica. De acuerdo con un procedimiento establecido en 1998 por la Resolución 18, cualquier persona, entidad comercial u organismo público puede solicitar una opinión no vinculatoria del CADE o realizar “consultas” sobre cualquier tema de su competencia.⁹² El solicitante deberá presentar información acerca de la conducta referida (que podría incluir propuestas de fusión) y el CADE le aconsejará si considera que la actividad constituye una falta a la Ley 8884. La solicitud deberá referirse a una actividad hipotética o contemplada. Si la solicitud trata de una actividad en curso, el CADE requerirá que se presente una notificación si el asunto se refiere a una fusión que ha evolucionado más allá de la “fecha de activación” y transferirá las consultas acerca de la validez de las conductas para su investigación en la SDE. El solicitante de una consulta deberá pagar una cuota de 5,000 reales (cerca de 2,000 dólares).

En el Informe de 2000 (página 195) se destacaba que se habían emitido 24 opiniones al amparo de la Resolución 18 desde su adopción a fines de 1998 hasta mediados de 2000. Estas opiniones se referían a temas como propuestas de acuerdos horizontales y limitaciones a la competencia impuestas por gobiernos locales o estatales. Desde 2000, la actividad al amparo de la Resolución 18 ha disminuido de manera significativa. De aquí que, en 2000, se hayan registrado 19 solicitudes, seguidas por seis en 2001 y otras seis en 2002, luego dos en 2003 y dos en 2004. De las 16 solicitudes presentadas durante los últimos cuatro años, cinco se relacionaban con transacciones consumadas que el CADE convirtió en procedimientos de revisión de fusiones al amparo del Artículo 54. Siete más fueron cerradas sin acción alguna. Las opiniones que emitió el CADE en los cuatro casos restantes (1) desaprobaban la propuesta de una asociación comercial para utilizar una lista de precios sugeridos; (2) aprobaban un plan de un fabricante del sector farmacéutico para publicar precios sugeridos al menudeo para medicamentos en su sitio Internet; (3) aprobaban la creación de una asociación civil sin fines de lucro para administrar un código de ética para desarrolladores de proyectos de bienes raíces (sujeta a la condición de eliminar ciertas disposiciones de exclusión en la propuesta del código); y (4)

concluían que no se requería notificación alguna con relación al Artículo 54 para ciertas adquisiciones relativas a torres de telecomunicaciones. El CADE no conoce razones específicas para que el número de solicitudes al amparo de la Resolución 18 haya disminuido.

Un aspecto adicional de las prácticas de obligación al cumplimiento del SBDC merece ser mencionado aquí. En la actualidad, los organismos del SBDC están llevando a cabo un ambicioso estudio en colaboración con el Instituto Brasileño de Investigación Económica Aplicada (IPEA, por sus siglas en portugués) para desarrollar métodos que empleen técnicas cuantitativas y econométricas en el análisis de casos que atenten contra la competencia. Los temas analizados por los equipos de investigación del proyecto incluyen métodos para definir el mercado relevante; para especificar y estimar las funciones de demanda y costos; y probar escenarios posteriores a fusiones mediante el uso de técnicas de diseño de modelos. Asimismo, se está estudiando la creación de protocolos para evaluar la colusión tácita, la conducta de cártel, los precios de *dumping*, la integración vertical y las limitaciones a la distribución vertical. En un seminario que se llevó a cabo en Brasilia a fines de abril de 2005 se presentaron artículos analizando la literatura más reciente sobre estos temas y que proponían adiciones o modificaciones a los métodos analíticos actuales. Los participantes en el seminario, entre los que asistieron miembros de la comunidad académica, abogados, economistas y miembros de organismos reguladores, ofrecieron comentarios sobre los artículos, que están siendo revisados y preparados para su publicación a fines de 2005.

3.3 *Otros métodos de obligación al cumplimiento*

Los estados brasileños no cuentan con sus propias leyes de competencia civil y no existen otros organismos que los pertenecientes al SBDC con autoridad para hacer cumplir la Ley 8884. Sin embargo, la conducta que atente contra la competencia se atiene a ser procesada penalmente al amparo de la Ley federal de Delitos Económicos (Número 8137/90). El Artículo 4 de esta ley define que la conducta delictiva incluye lo siguiente:

1. acuerdos entre competidores diseñados para fijar precios o cantidades, dividir mercados o controlar canales de oferta o distribución;
2. el abuso del poder económico, el dominio de mercados o la eliminación de la competencia por medio de convenios entre empresas (incluyendo las fusiones, adquisiciones, la suspensión de actividades económicas y la obstaculización de competidores);

3. la explotación del poder monopólico mediante el incremento de precios sin justificación alguna;
4. la realización de ventas a precios inferiores a su costo para obstaculizar la competencia;
5. la discriminación de precios, mediante acuerdo o por otras vías, para perjudicar a un competidor o a un vendedor de un insumo, o para crear un monopolio o eliminar la competencia; y
6. la destrucción de equipo de fabricación, a fin de crear un monopolio o eliminar la competencia.

La ley sólo se aplica a personas y no a entidades corporativas o comerciales. Las violaciones de la misma se castigan mediante una multa y el encarcelamiento durante dos a cinco años. La pena puede endurecerse entre una tercer parte y la mitad si el delito causa daños serios a los consumidores, es cometido por un servidor público o se relaciona con un mercado esencial para la vida o la salud.

Todas las leyes penales de Brasil tienen alcance federal, así que no existen leyes estatales que determinen delitos económicos. En la práctica, la obligación al cumplimiento de la Ley 8137 es responsabilidad de los fiscales federales y de los estados, sistema que, hasta cierto punto, presenta ambigüedades legales con respecto a la división de la jurisdicción estatal y federal. Los organismos del SBDC no tienen autoridad para obligar al cumplimiento de la Ley 8137, pero tienen la obligación de remitir cualquier evidencia de conducta delictiva a las autoridades competentes.

Durante los últimos dos años, la cooperación entre el SBDC y los fiscales penales ha sido creciente con respecto a las investigaciones en defensa de la competencia. Como se comentó con anterioridad, los exámenes de la SDE y las incursiones sorpresa civiles proporcionan evidencia que puede ser utilizada por fiscales penales para obtener autorización judicial para intervenir comunicaciones. La información recabada por la SDE también puede ser utilizada por fiscales en casos penales. Los miembros del personal de la SDE también realizan investigaciones en colaboración con fiscales penales y, en esos casos, han participado en incursiones sorpresa. La SDE se beneficia de la información tomada de intervenciones a las comunicaciones que se le proporciona y de la ayuda de oficiales de policía para garantizar la seguridad física durante las incursiones sorpresa. En casos relacionados con empresas que tienen grandes bases de datos computarizadas, la SDE también ha recibido la ayuda de expertos de la policía en el aspecto legal de las tecnologías de la información. Los resultados se han reflejado en una mejoría de la calidad de la evidencia de que dispone la SDE en sus investigaciones y toda una serie

de acusaciones de fijación de precios por parte de cárteles y de condenas al amparo de la Ley 8137.⁹³

El SBDC está comprometido con la expansión y la mejoría de sus relaciones de cooperación con los fiscales, no sólo para prohibir las conductas que atenten contra la competencia mediante la obligación directa al cumplimiento de la ley sino, como se destacó en párrafos anteriores, para facilitar la puesta en marcha del programa de indulgencia. En la sección de defensa de la competencia en este informe, se describen con mayor detalle las iniciativas recientes del SBDC entre fiscales públicos.

Con respecto a la obligación al cumplimiento de la defensa de la competencia en el ámbito privado, un demandante insatisfecho con un fallo del CADE no tiene derecho a apelar ante el SBDC ni a obtener revisión judicial. Sin embargo, de acuerdo con el Artículo 29 de la Ley 8884, las entidades privadas pueden presentar sus propias demandas ante el tribunal por daños surgidos de conductas que atenten contra la competencia.⁹⁴ Los agentes privados pueden también buscar el resarcimiento de daños por acciones que atenten contra la competencia presentando acciones en el tribunal al amparo de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 8078/90). De manera similar, algunos representantes de grupos (como los fiscales públicos, los Procons, y las organizaciones no gubernamentales de defensa del consumidor) pueden presentar acciones legales por daños en beneficio de grupos de acuerdo con la ley de Acciones Legales Públicas (Número 7347/85). No se dispone de registros acerca del número o el resultado de las demandas privadas de defensa de la competencia al amparo del Artículo 29 u otras leyes, pero el SBDC considera que se han registrado muy pocas de estas acciones buscando resarcir daños en Brasil.

Si cualquier demanda privada involucra “la aplicación de la Ley 8884”, el Artículo 89 exige que el tribunal que presida notifique al CADE y lo invite a asistir al proceso. El CADE tiene la política de aceptar este tipo de invitaciones sólo cuando la conducta de que se trate en la acción privada haya estado sujeta a un procedimiento del CADE y el organismo haya emitido un fallo definitivo sobre la legalidad de la conducta. Al año se reciben cerca de 30 notificaciones, a menudo con respecto a demandas entre empresas comerciales en las cuales una de las partes ha citado la Ley 8884 para apoyar su argumento. Los representantes del Procurador General del CADE aparecen en los casos en los que sea conveniente.

3.4 Aspectos internacionales de la obligación al cumplimiento

Las conductas que atentan contra la competencia fuera de Brasil y que afectan los mercados brasileños pertenecen al ámbito de la Ley 8884, que incorpora una prueba de “impactos extraterritoriales” (Art.2 §1). Cualquier

empresa extranjera con una “sucursal, agencia, subsidiaria, oficina, un establecimiento, agente o representante” en Brasil, se considera residente de Brasil y puede entregar una orden judicial sin consideración de la situación del representante legal como agente de la entidad extranjera (Art. 2 §2).⁹⁵ En procedimientos del SBDC, las empresas extranjeras reciben el mismo trato que las nacionales.

El impacto del comercio internacional sobre los mercados brasileños se integra por completo en el análisis de defensa de la competencia que realiza el SBDC. Por ejemplo, en casos de fusiones, la SDE y la SEAE normalmente definen el mercado geográfico como internacional si las importaciones representan 30 por ciento o más del “valor de consumo aparente” (es decir, la producción interna total más las importaciones menos las exportaciones) del producto relevante.⁹⁶ En el caso en el que las importaciones no representen un porcentaje de tal tamaño, el mercado relevante se puede considerar interno, pero la fusión será aprobada si las importaciones tienen posibilidad de aumentar como respuesta a incrementos de precios pequeños pero significativos. Al evaluar las perspectivas de aumento de las importaciones, el SBDC considera los costos de transporte, las tarifas, la capacidad de producción, las condiciones locales de distribución, las barreras no tarifarias y las preferencias de los consumidores para determinar el precio al que la oferta de importaciones se convierte en elástica.⁹⁷

El SBDC ha buscado desarrollar la cooperación internacional mediante convenios bilaterales y multilaterales. A la fecha, se han establecido tres convenios bilaterales, mientras que se están negociando otros. El primer acuerdo bilateral formal de cooperación entre el SBDC y un organismo extranjero de defensa de la competencia se firmó en 1999 con Estados Unidos (representado por el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos), y fue ratificado por el Congreso brasileño en marzo de 2003. El convenio contempla (1) la notificación con respecto a actividades de obligación al cumplimiento en un país que afecten los intereses del otro; (2) el intercambio de información (sujeto a las restricciones de confidencialidad aplicables); (3) actividades conjuntas y coordinadas de obligación al cumplimiento; (4) la opción de que un país solicite al otro la investigación de una conducta que se presente dentro de sus fronteras y que afecte al país solicitante; y (5) diversas actividades técnicas de cooperación, incluyendo la capacitación y el intercambio de personal. En diciembre de 2001, se firmó un acuerdo bilateral similar con Rusia, que se encuentra esperando ratificación del Congreso.

Un tercer convenio bilateral, también similar al firmado con Estados Unidos, se firmó con Argentina en octubre de 2003, y también está en espera de ratificación por parte del Congreso. Este convenio refleja un esfuerzo por parte del SBDC por hacer avanzar la política de competencia y la cooperación entre

los países del Mercosur. El Mercosur (Mercosul en Brasil) es un acuerdo de mercado común establecido en 1991 por Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay.⁹⁸ Sus elementos relacionados con la competencia datan de fines de 1996, cuando los miembros firmaron un ambicioso Convenio de Defensa de la Competencia que pedía la creación de un Comité de Defensa de la Competencia (CDC) a nivel supranacional. El CDC tendría facultades para ordenar que los organismos de obligación al cumplimiento de las leyes de competencia en cada país miembro realizaran investigaciones acerca de asuntos específicos y contaría con autoridad resolutoria para fallar en casos e imponer sanciones. El Acuerdo de 1996 también contemplaba la adopción de mecanismos de cooperación entre los miembros, incluyendo el intercambio de información, las investigaciones conjuntas, el registro de las decisiones del organismo nacional de obligación al cumplimiento y la capacitación del personal. El Acuerdo fue ratificado por Paraguay en 1997 y por Brasil en 2000, pero no por Argentina ni por Uruguay. Resulta poco probable que el Acuerdo entre en vigencia en el futuro cercano, pues algunos de los países del Mercosur aún no cuentan con leyes de competencia o con un organismo de obligación al cumplimiento. Asimismo, los miembros se han mostrado reacios a la perspectiva de un organismo supranacional de obligación al cumplimiento de la ley.

En un esfuerzo por establecer una estructura menos controvertida, el Comité Técnico sobre Competencia del Mercosur aprobó en octubre de 2003 un Memorándum de Entendimiento sobre la cooperación. El ME incluía disposiciones sobre procedimientos de notificación, intercambio de información y asistencia técnica. El Memorándum fue aprobado por Argentina en agosto de 2004, pero está pendiente en el Ministerio de Asuntos Exteriores de Brasil. Las dificultades relacionadas con la entrada en vigor de acuerdos bajo el auspicio del Mercosur han llevado al SBDC a centrarse en la firma de acuerdos bilaterales, como el estructurado con Argentina, para contar con un método práctico para facilitar la cooperación en cuestiones de política de competencia.

Los miembros del personal del SBDC, especialmente los de la SDE, a menudo están en comunicación con sus contrapartes en Estados Unidos y Argentina, a fin de intercambiar información de casos, debatir temas analíticos y discutir técnicas de investigación. Fuera del continente americano, el SBDC mantiene contacto estrecho con autoridades de defensa de la competencia en Francia, y espera establecer acuerdos formales con ese país en el futuro cercano. Por otra parte, se está negociando un convenio de cooperación técnica con Portugal, centrado en la discusión bilateral acerca de las mejores prácticas y el intercambio de personal para fines de capacitación. También se ha entablado una relación entre el SBDC y el personal de la Dirección General de Competencia de la Unión Europea, a fin

de intercambiar información no confidencial acerca de las investigaciones que se están llevando a cabo de manera simultánea en las dos jurisdicciones.

El SBDC participa en una serie de organizaciones internacionales relacionadas con la política de competencia, incluyendo al Comité de Competencia de la OCDE (como observador), la Red Internacional de Competencia (RIC), la UNCTAD y el Foro Latinoamericano de Competencia. Desde 1999, la OCDE y el SBDC han participado en un proyecto de cooperación que involucra la contribución de la OCDE al desarrollo de borradores de modificaciones a la ley de competencia y la participación de representantes de la Organización en seminarios realizados en Brasil. Desde 2001, la SEAE y el CADE tienen acceso a la base de datos OLIS de la OCDE para consultas técnicas. Brasil también es miembro activo de la RIC. Entre 2003 y junio de 2005, la SEAE fungió como co-presidente del Grupo de Trabajo de Implementación de Políticas de Competencia (CPI WG por sus siglas en inglés) y co-presidente del Subgrupo 3 del CPI enfocado a la Defensa de la Competencia en Sectores Regulados. El CADE tomó estos lugares a partir de junio. La SDE es co-presidente del Subgrupo 1 del Marco General correspondiente al Grupo de Trabajo sobre Cánceles. Las actividades del SBDC en la UNCTAD (siglas en inglés de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo) incluye su participación en conferencias, proyectos de asistencia técnica (como receptor y donador) y reuniones del Grupo Intergubernamental de Expertos (IGE) de la UNCTAD. El SBDC y la UNCTAD se han unido para organizar conferencias de capacitación en Brasil para fiscales públicos y personal de los organismos reguladores, al igual que un seminario sobre temas de política de competencia en conjunto con la Conferencia UNCTAD XI, que se realizó en 2004 en Sao Paulo.

En Brasil, la SEAE desempeña un papel de asesor en los procedimientos comerciales que tratan con casos de *dumping* y competencia desleal en importaciones. Las reclamaciones de agentes privados en torno a importaciones desleales son investigadas por el Departamento de Defensa Comercial (DECOM) en el Ministerio de Desarrollo Industria y Comercio Exterior (MDIC). El DECOM elabora opiniones preliminares que se someten a comentarios de las partes y de organismos gubernamentales interesados. Posteriormente, el DECOM transmite la recomendación de decisión a la Cámara de Comercio Exterior (CAMEX) para su determinación definitiva. El MDIC preside la CAMEX, que entre sus miembros incluye a los Ministerios de Finanzas, de Asuntos Civiles, de Relaciones Exteriores, de Agricultura, Ganadería y Abasto y el de Planeación, Presupuesto y Administración.

La opinión del Ministerio de Finanzas en casos de *dumping* se formula en conjunto con la SEAE y la Secretaría de Asuntos Internacionales (SAIN).

La función de la SEAE reside en analizar el grado de daño económico causado por las importaciones en cuestión y evalúa si el desagravio propuesto por el DECOM es equiparable al daño. La SEAE también puede realizar comentarios sobre la dinámica competitiva del mercado afectado y la viabilidad económica del *dumping*, temas que no toca normalmente el DECOM. Como sucede en muchos otros países, el esfuerzo por introducir análisis de política de competencia en casos de *dumping* en Brasil enfrenta grandes obstáculos legales y políticos. Sin embargo, la SEAE algunas veces logra persuadir a la CAMEX para eliminar sanciones impuestas con anterioridad, aunque sea por medios indirectos. Por ejemplo, recientemente, la investigación de la SEAE del mercado de insulina en Brasil en conexión con la adquisición de Biobrás por parte de Novo Nordisk, llevó a la eliminación de las medidas contra el *dumping* en ese mercado. La SEAE recomendó que el CADE solicitara a la CAMEX la eliminación de las medidas existentes como medio para fomentar la competencia en la industria. En marzo de 2005, el Ministerio de Comercio respondió a la solicitud del CADE mediante la suspensión de las medidas contra el *dumping* que se habían impuesto sobre la importación de insulina de Dinamarca y un programa de seguimiento de precios de las importaciones de insulina provenientes de Francia y Estados Unidos.

La interacción entre el SBDC y el MDIC no se limita a la participación de la SEAE en casos de comercio desleal. Los organismos del SBDC, con representantes del MDIC, son parte de la delegación brasileña ante el Mercosur para la negociación de un Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA). Entre los temas tocados en las negociaciones del ALCA se encuentran las disposiciones para garantizar que las prácticas que atenten contra la competencia no limitarán el proceso de apertura comercial; los mecanismos para fomentar la cooperación y el intercambio de información entre autoridades de defensa de la competencia; y procedimientos para coordinar las políticas comerciales y de competencia, incluyendo medidas contra el *dumping*. Asimismo, el CADE y el MDIC están desarrollando en la actualidad un convenio de cooperación diseñado para facilitar el intercambio de información del sector industrial entre ambos organismos.

3.5 Recursos, acciones y prioridades implícitas de los organismos

Los recursos para financiar los tres organismos que integran el SBDC son similares, pero no idénticos. El sistema presupuestario del gobierno brasileño conlleva dos procesos distintos, uno para los recursos humanos y otro para los demás gastos. Los fondos no relacionados con salarios se erogan para investigación de contratos, equipo y material de oficina,

programas de capacitación para empleados, conferencias, viáticos y funciones de apoyo contratadas externamente (como la seguridad, la limpieza y los servicios secretariales).

Una fuente de fondos no salariales para los tres organismos del SBDC es la cuota de notificación del Artículo 54. Establecida en 1999 como una cuota de 15,000 reales pagadera al CADE, su nivel aumentó a 45,000 reales con las modificaciones de 2000 a la Ley 8884, que contemplaba que lo ingresado se dividiría a partes iguales entre los tres organismos del SBDC. Así, los ingresos por cuotas comenzaron a fluir hacia la SDE en 2001 y la SEAE en 2002. Cabe apuntar que las cuotas por notificación no se depositan directamente en las cuentas de los organismos. El Ministerio de Planeación, Presupuesto y Administración (PPA) tiene autoridad sobre los límites presupuestarios de los organismos y determina qué parte de los ingresos por cuotas de notificación que corresponden a cada organismo en efecto se les asigna. Asimismo, el caso de la SDE y la SEAE, los ingresos por cuotas se canalizan a las cuentas superiores del Ministerio, para que luego los encargados del presupuesto los reasignen entre las oficinas ministeriales.

Por su parte, los fondos para los gastos no salariales del CADE provienen del cobro de cuotas⁹⁹ y de una asignación presupuestaria del gobierno. El presupuesto no salarial de los últimos años en la SDE ha consistido de la parte de las cuotas de notificación que le asigna el Ministerio de Justicia. La SEAE recibe parte de las cuotas de notificación en cumplimiento del Artículo 54 y una asignación presupuestaria aparte del Ministerio de Finanzas, al igual que lo recaudado por las cuotas cobradas a agentes privados que solicitan a la SEAE la autorización de loterías promocionales.¹⁰⁰ El cuadro a continuación muestra el monto anual total de fondos (de todas las fuentes) de que dispone cada organismo para gastos no salariales. Las cifras que presenta el CADE son más altas, pues debe pagar renta de edificio, servicios telefónicos y muchos otros servicios de apoyo que se administran de manera central en los ministerios y, por ello, no se incluyen en los presupuestos de la SDE o la SEAE.

Cuadro 8. Tendencias de los recursos asignados a la política de competencia – Fondos para gasto no salarial (millones de dólares de EE.UU.)

	2000	2001	2002	2003	2004
CADE	3.81	3.62	2.09	1.85	2.56
SDE	0.11	3.28	0.74	0.34	1.15
SEAE	0.53	1.95	2.66	3.16	3.42
Total	4.45	8.85	5.49	5.35	7.13

Fuente: SBDC, 2005

Los fondos para salarios y otros gastos asociados con los recursos humanos (como costos de jubilación y prestaciones de transporte y guarderías) son proporcionados a los organismos del SBDC por sus ministerios o por el Ministerio de Planeación, Presupuesto y Administración (PPA). Los gastos anuales en salarios del CADE se muestran a continuación.

Cuadro 9. Gasto salarial del CADE (millones de dólares de EE.UU.)

CADE	2000	2001	2002	2003	2004
Gasto salarial	1.59	1.34	1.11	1.19	0.92

Fuente: CADE, 2005

A fines de 2003, el Congreso promulgó una orden provisional permitiendo al CADE retener 28 asistentes profesionales mediante contratos temporales válidos hasta el 31 de diciembre de 2005. El CADE contrató abogados y economistas para fungir como analistas de los comisionados, a un costo de 227,400 dólares provenientes de su asignación de cuotas por notificación. Los gastos salariales regulares del CADE para 2004 ascendieron a 694,400 dólares. La SDE y la SEAE no pudieron proporcionar datos históricos de su gasto en salarios debido a que ambas son parte de grandes ministerios que no desagregan los datos de salarios para oficinas individuales de manera rutinaria. Los informes de la SDE destacan que su gasto en salarios para 2004 ascendió a 1.56 millones de dólares, mientras que la cifra comparable para la SEAE fue de 2.62 millones de dólares, lo que resulta en un total de los tres organismos de 5.1 millones de dólares para ese año.

Abajo se muestran los datos del personal que trabaja en los organismos. Por una parte, los empleados profesionales son principalmente abogados y economistas aunque también de algunas otras profesiones.

Cuadro 10. Empleados del SBDC – 2000-2004

Empleados del CADE

	2000	2001	2002	2003	2004
Profesionistas	55	32	70	68	85
Apoyo	62	89	66	54	89
Total	117	121	136	122	174

Empleados de la SDE

	2000	2001	2002	2003	2004
Profesionistas	18	33	40	34	35
Apoyo	10	16	16	16	20
Total	28	49	56	50	55

Empleados de la SEAE

	2000	2001	2002	2003	2004
Profesionistas	60	71	71	71	66
Apoyo	140	148	148	93	94
Total	200	219	219	164	160

Combinación de empleados del CADE, la SDE y la SEAE

	2000	2001	2002	2003	2004
Profesionistas	133	136	181	173	186
Apoyo	212	253	230	163	203
Total	345	389	411	336	389

Fuente: SBDC, 2005

Los empleados del SBDC no son ni servidores civiles de carrera (que mantienen puestos con obligaciones definidas por la ley de servicio civil de Brasil) ni servidores civiles contratados. Los empleados de carrera deben presentar un examen de oposición para obtener sus puestos, pero gozan de una serie de prestaciones para este tipo de empleados y no pueden ser despedidos libremente. Los empleados por contrato no obtienen su puesto por oposición y su misión termina normalmente al terminar la vigencia del contrato.

Una característica crucial del sistema de personal en Brasil es que la mayoría de los empleados por contrato reciben su pago de fondos no salariales y tienen prohibido desempeñar tareas sustantivas en el organismo. Así, se les restringe a funciones como los servicios secretariales, el transporte, la seguridad y la limpieza. La principal excepción a esta regla se refiere a los empleados por contrato para los que se utiliza la figura de "DAS"¹⁰¹ que son las siglas para *Direção e Assessoramento Superior*, que se traduciría como "gerencia y asesoría de alto nivel". La figura de DAS cuenta con siete niveles y se diseñó en un principio como mecanismo para emplear personal eventual mediante contratos para ejercer funciones gerenciales.¹⁰² Con el tiempo, los grados inferiores del DAS se han utilizado

no sólo para personal eventual, sino para complementar los salarios de los empleados permanentes. Los empleados permanentes que cuentan con un puesto DAS reciben, además del salario asociado con su puesto como servidores civiles, parte del salario asociado con su nivel DAS (en la mayoría de los casos 65 por ciento). Los organismos buscan contar con puestos DAS porque los niveles altos pueden utilizarse para contratar gerentes ejecutivos y los bajos se pueden utilizar como compensación adicional para conservar personal permanente de nivel más bajo, evitando que sean reclutados por otros organismos. El Ministerio de Planeación (MPP) controla el número de plazas permanentes y por contrato de que dispone un organismo, al igual que el número y nivel de las plazas DAS. Los empleados por contrato con plazas DAS están sujetos a rescisión del mismo cuando cambia el equipo político, aunque este tipo de cambios normalmente sólo afecta a los ejecutivos de mayor nivel.

Más adelante se muestra la asignación actual entre empleados permanentes y por contrato y de plazas DAS entre los tres organismos que integran el SBDC.

Cuadro 11. El empleo en el SBDC

		CADE	SDE	SEAE	Total
Servidores civiles permanentes	DAS	27	16	50	93
	No-DAS	12	4	52	68
	Total	39	20	102	161
Servidores civiles por contrato	DAS	11	20	42	73
	No-DAS	124	15	16	155
	Total	135	35	58	228
Total		174	55	160	389

Fuente: SBDC, 2005

El trabajo sustantivo de un organismo lo llevan a cabo los servidores civiles permanentes y los empleados por contrato con plaza DAS y nivel profesional. Como lo muestra el cuadro, a fines de 2004, la fuerza laboral profesional del CADE ascendía a 85 personas, mientras que la cifra comparable para la SDE era de 35 y de 66 para la SEAE.¹⁰³ Cuando se promulgó la Ley 8884 en 1994, se requirió la creación inmediata de una plantilla de personal permanente para el CADE (Art. 81). La importancia de esta disposición se relaciona con el hecho de que los servidores civiles permanentes no pueden ser contratados más que para ocupar plazas establecidas en la ley del servicio civil. Cuando se crearon en Brasil los organismos reguladores del sector durante los años noventa, las plazas

permanentes del servicio civil se diseñaron para ser ocupadas por personal profesional que desempeñara la misión sustantiva de cada organismo. Sin embargo, nunca se creó una plaza de este tipo para el CADE, lo que significa que este organismo debe utilizar empleados DAS por contrato para realizar tareas relacionadas con su misión que no corresponden a la descripción de plazas dentro de la ley del servicio civil.¹⁰⁴ Sin embargo, como se desprende del cuadro, el CADE sólo tiene 11 plazas DAS por contrato a su alcance. Asimismo, de los 39 servidores civiles permanentes en la lista del CADE, sólo 16 (12 procuradores públicos en la Oficina del Procurador General¹⁰⁵ y cuatro empleados en plazas de servicios administrativos) están de hecho asignados al CADE. De los 23 restantes, 17 son empleados permanentes de otros organismos federales (principalmente de los Ministerios de Justicia y Finanzas) y seis son empleados de gobiernos estatales.

La ausencia de plazas de carrera, de la mano con el problema generalizado de los bajos salarios gubernamentales en Brasil, enfrenta al CADE con una escasez crónica de personal con la preparación adecuada. Los candidatos interesados en obtener un empleo relacionado con la ley de competencia tienden a preferir trabajar en los ministerios, mejor establecidos y más prestigiosos. En el caso de los empleados DAS por contrato que el CADE puede tener en su lista, la rotación es de cerca de 40 por ciento al año. Los empleados en los niveles bajos de las plazas DAS ganan alrededor de 400 dólares al mes, e incluso los ubicados en el nivel DAS 4 (más alto), sólo ganan 1,600 dólares al mes. Estos salarios son insuficientes para retener personas con preparación universitaria. No obstante, el ritmo de rotación es más bajo (de cerca de 25 por ciento al año) entre los servidores civiles permanentes, cuyos salarios incluyen un suplemento DAS, aunque incluso estos empleados pueden dejar fácilmente su plaza al ser reclutados por otros organismos que ofrecen niveles DAS más altos. Como lo planteó con claridad el Informe de 2000 y es reconocido unánimemente por cualquier persona asociada con la comunidad de defensa de la competencia en Brasil, el CADE sufre de “la falta de un grupo permanente y estable de funcionarios de carrera cuya presencia conserve la ‘memoria institucional’ y aumente la experiencia en el tiempo en cuanto a la obligación al cumplimiento” (página 207).¹⁰⁶ La falta de un personal permanente adecuado genera problemas además de los asociados con las deficiencias de la memoria institucional, entre los que se incluye buena parte de los retrasos en los trámites del CADE. El Informe de 2000 instaba a que el establecimiento de una plantilla de personal de carrera para el CADE fuera definido como “alta prioridad en el gobierno y el Congreso” (página 207). La legislación propuesta para reestructurar la ley de competencia contempla, al igual que la Ley 8884 (Art. 81), que se promulgue una “ley específica” para crear una plantilla de personal permanente de carrera para el SBDC. No obstante, el gobierno no ha emitido proyectos de ley en este sentido.

El Informe de 2000 indicaba (página 207) que la SDE, con un total de 18 profesionistas en su lista de 2000, parecía carecer del personal suficiente. El número de profesionistas aumentó a 35 en 2004, pero su carga laboral también aumentó de forma sustancial, con cerca de 800 casos pendientes en su agenda.¹⁰⁷ La perspectiva general entre la comunidad de defensa de la competencia es que la SDE carece aún del personal suficiente. El Secretario de la SDE advierte que, aunque el proceso de revisión de fusiones es más eficiente, los recursos liberados con ello se emplean en investigaciones de cárteles. Desde el punto de vista del Secretario, el personal de la SDE está trabajando a toda capacidad.

Por su parte, en la SEAE, el número de profesionistas que trabaja en temas de política y análisis de competencia pasó de 60 en 2000 a 71 entre 2001 y 2003. El número cayó a 66 en 2004, pero sólo como reflejo de una reducción temporal asociada con la disminución natural en el personal luego de una reorganización llevada a cabo en la SEAE a fines de 2004. Como se describió en el Informe de 2000 (página 188), la SEAE estaba dividida en esa época en cuatro principales elementos organizacionales, como reflejo de la división de la economía brasileña en segmentos: industria, servicios, infraestructura y agricultura. En octubre de 2004, la SEAE se reorganizó en ocho oficinas, anticipando los cambios que ocurrirían al promulgarse la propuesta de modificación a la Ley 8884. La legislación asigna al nuevo CADE la mayor parte de las actividades de obligación al cumplimiento de la ley, dejando a la SEAE principalmente como defensora de la competencia en aspectos regulatorios considerados por el gobierno o por organismos sectoriales. En consecuencia, la SEAE ha consolidado sus actividades de revisión de fusiones en una sola oficina (ubicada en Río de Janeiro), a la cual también se asigna todo el trabajo relacionado con procedimientos de tarifas y *dumping*. Asimismo, se consolidaron las investigaciones de conducta en una sola oficina, con centro en Brasilia y una pequeña representación en Río. Otras cinco oficinas de la SEAE, todas ubicadas en Brasilia, están organizadas para reflejar los ámbitos en los que la SEAE interactúa con los otros órganos del gobierno: comunicaciones y medios; agua, saneamiento y energía; seguro de salud y medicamentos; agricultura; y transporte. La octava oficina se encarga de las responsabilidades de la SEAE por la regulación de loterías promocionales.

Por otro lado, la rotación de personal en la SDE y la SEAE, aunque menos sería que en el CADE, aún representa un problema. Debido a que la SDE y la SEAE son parte de ministerios de gran tamaño, sus empleados tienen la ventaja de contar con mejor acceso a plazas permanentes del servicio civil.¹⁰⁸ No obstante, ambos organismos deben crear incentivos para retener a sus empleados permanentes y, ofreciéndoles suplementos DAS de nivel 3 y 4, han logrado extender a cerca de seis años la duración

promedio de estos empleados en sus puestos. Por otra parte, los dos organismos no han sido más exitosos que el CADE para retener al personal por contrato mediante el ofrecimiento de niveles DAS en las categorías más bajas. Este tipo de empleados normalmente permanece en su puesto entre dos y tres años.

El cuadro siguiente muestra las actividades de obligación al cumplimiento del SBDC durante los últimos cinco años. Aproximadamente 5 por ciento de los casos de conducta fueron iniciados *ex officio* por la SDE. Del resto, la mitad fueron entablados por demandantes privados y la otra mitad por organismos del gobierno (como la SEAE, los Fiscales Públicos, los Procuradores Federales, los organismos reguladores sectoriales, otros ministerios del gobierno y las Procons). La fluctuación en el número de “asuntos presentados” durante los últimos tres años (31 en 2002, 51 en 2003 y 37 en 2004) se explica por una “limpia doméstica” en la SDE realizada por el equipo entrante, que concluyó una serie de asuntos pendientes e identificó algunos casos adicionales que requerían ser desechados debido a que habían prescrito de acuerdo con la ley en este sentido.

Según el Informe de 2000 (página 208), la SEAE estimó que sus actividades de revisión de fusiones consumían hasta 70 por ciento de los recursos del organismo. En este sentido, se consideró que la proporción era menor en la SDE, pero también alta en el CADE. En la página 211, el Informe recomienda una reducción en los recursos dedicados a las fusiones y un incremento correspondiente en el esfuerzo orientado a la conducción de investigaciones. La SDE y la SEAE consideran que han aumentado de manera efectivamente la eficiencia del proceso de revisión de fusiones, con lo que se han liberado recursos para ser reasignados a las investigaciones de cárteles. La SDE estima que en la actualidad dedica cerca de 20 por ciento de sus recursos a revisiones de fusiones, mientras que el CADE afirma que no puede proporcionar una estimación de su utilización de recursos en esa función. De acuerdo con la SEAE, 65 por ciento de sus recursos relacionados con la ley de competencia se dedicaron a las fusiones, hasta la reorganización de octubre de 2004, cuando las prioridades del organismo se realinearon para centrarse en la defensa de la competencia.

Cuadro 12. Tendencias en las actividades de la política de competencia 2000-2004

	Casos de conducta ¹	Fusiones ²
2004:asuntos presentados al CADE	37	511
Asuntos concluidos	32	651
Total de sanciones impuestas (mill. de reales)	5.6	4.2
2003:asuntos presentados al CADE	51	511
Asuntos concluidos	22	526
Total de sanciones impuestas (mill. de reales)	8.3	2.2
	Casos de conducta ¹	Fusiones ²
2002:asuntos presentados	31	519
Asuntos concluidos	31	518
Total de sanciones impuestas (mill. de reales)	2.8	6.6
2001:asuntos presentados	30	621
Asuntos concluidos	34	584
Total de sanciones impuestas (mill. de reales)	No se dispone de datos	10.1
2000:asuntos presentados	32	668
Asuntos concluidos	39	523
Total de sanciones impuestas (mill. de reales)	No se dispone de datos	30.0

1. Casos de conducta transmitidos por la SDE o ANATEL al CADE al amparo del Art. 39, Ley 8884.

2. Casos de fusiones transmitidos por la SDE o ANATEL al CADE al amparo del Art. 54 ¶ 6, Ley 8884.

Fuente: SBDC, 2005

4. Límites de la política de competencia: exenciones y regímenes regulatorios especiales

En su terminología, la Ley 8884 se aplica a “personas, compañías públicas y privadas, y asociaciones individuales y corporativas” sin importar cómo estén organizadas “sin tomar en cuenta el ejercicio de actividades consideradas como monopolio legal” (Art. 15). El SBDC toma la postura de que la Ley 8884 es aplicable al gobierno federal y sus organismos, aunque nunca se ha registrado un caso que ponga a prueba esta proposición. De hecho, el SBDC interactúa con el gobierno federal en temas de competencia por medio de la defensa de la misma. Por su parte, por motivos relacionados con el federalismo, se considera que los gobiernos de los estados y sus organismos quedan fuera del ámbito de la Ley 8884.

Las empresas comerciales propiedad de los gobiernos federales o estatales están claramente contempladas, y el CADE ha participado de manera esporádica en casos de conducta y fusiones que involucran a Petrobrás, la empresa federal de hidrocarburos. Aunque el CADE no ha fallado en casos que involucren a Petrobrás desde 1999, en la actualidad la SDE está realizando una investigación acerca de aseveraciones de trato discriminatorio por parte de una compañía de tuberías de gas natural de Petrobrás. Entre los casos pendientes de fallo se encuentra el de la adquisición de estaciones de gasolina y de distribuidores de gas LP propiedad de AGIP por parte de Petrobrás y un proyecto conjunto de gasoducto entre Petrobrás y White Martins. No existen otras experiencias recientes con empresas federales, excepto por la serie de adquisiciones realizadas por el Instituto de Reaseguros Brasileño, el monopolio federal de reaseguramiento. El SBDC considera las empresas comerciales propiedad del Estado son muy pocas y no cuenta con un historial de casos en ese ámbito.

La Ley 8884 se aplica a las entidades privadas de toda la economía y, por ende, a las compañías que operan en sectores regulados. La única excepción a este principio surgió en el sector bancario, como se describe más adelante. Al aplicar la ley a las empresas reguladas, el CADE evita crear conflictos con el esquema operativo regulatorio. Así, mientras el CADE revisa fusiones y ataca la colusión horizontal en sectores regulados, no demanda a empresas por conductas unilaterales obligadas o controladas por organismos regulatorios.

El Informe de 2000 (página 209) recomendaba que los organismos del SBDC se centraran en prestar mayor atención a la obligación al cumplimiento en casos de posibles abusos de la competencia de empresas recién privatizadas, pero aún dominantes, de la industria de redes, incluyendo en especial a las de telecomunicaciones, energía y transporte. Desde 2000, en cada uno de los sectores regulados se ha realizado por lo menos alguna actividad relacionada con la obligación al cumplimiento de la ley, aunque el SBDC caracteriza el número total de casos como relativamente reducido. Esta sección del informe describe la actividad de obligación al cumplimiento del SBDC en sectores regulados, mientras que la siguiente comenta las actividades de los organismos del Sistema como defensores de la competencia con respecto a las políticas regulatorias sectoriales.

A pesar de que la mayoría de las leyes sectoriales requieren que el organismo regulador considere los principios de la competencia en sus decisiones¹⁰⁹, pocas mencionan directamente la Ley 8884. La autoridad del CADE en esos ámbitos surge entonces por implicación a partir del amplio lenguaje jurisdiccional del Artículo 15. Sin embargo, las leyes sectoriales

para los hidrocarburos y las telecomunicaciones se refieren expresamente a la Ley 8884. La Ley de Hidrocarburos de 1997, que cubre los sectores de petróleo y gas natural, requiere que el organismo regulador del sector (la Agencia Nacional del Petróleo, ANP) notifique tanto a la SDE como al CADE si detecta evidencia que sugiera faltas a la ley de competencia. A su vez, el CADE debe notificar a la ANP de cualquier sanción que aplique a empresas del sector, de modo que la ANP pueda tomar las medidas legales apropiadas (como la cancelación de permisos).¹¹⁰

Con respecto al petróleo y sus derivados, incluyendo el gas licuado de petróleo (GLP), en 2002 terminó la regulación de precios para todos los eslabones de la cadena de producción. En la actualidad, los precios de extracción, refinación y distribución local flotan libremente. Por su parte, la ANP regula las redes esenciales de transporte, incluyendo ductos e instalaciones de carga en terminales marinas. Desde 2000, los procedimientos de conducta del CADE en este ámbito se centran en casos de fijación de precios contra vendedores de gasolina al menudeo y distribuidores del GLP, descritos en páginas anteriores. La ANP da seguimiento cercano a los precios de los combustibles y notifica a la SDE en caso de encontrar patrones sospechosos. Aunque en 2002 se realizaron varias reuniones entre el CADE y la ANP a fin de formular un acuerdo de cooperación para intercambiar información y puntos de vista sobre temas de competencia del sector, el proyecto nunca se concluyó. Sin embargo, el SDE ha sido más exitoso en este sentido, habiendo establecido en 2000 un convenio con la ANP para llevar a cabo investigaciones en el sector.

La jurisdicción regulatoria del gobierno federal en el sector del gas natural difiere de la de la mayoría de los sectores, debido a que sólo abarca el comercio interestatal. De acuerdo con la Constitución brasileña, a cada estado se le otorga el control sobre la distribución local. En 2002, al mismo tiempo que los precios del petróleo, se desregularon los precios del gas pero la ANP continúa regulando los gasoductos. A nivel estatal, los 26 gobiernos emplean distintos enfoques. En una serie de estados se ha continuado con la operación directa de la red de distribución, mientras que otros han privatizado el sistema y establecido un organismo regulador. En otros más, se han subastado las concesiones para operar la red. Las ventas de concesiones son transacciones que deben notificarse de acuerdo con el Artículo 54 si se alcanzan los umbrales de volumen de ventas o de participación de mercado. De igual manera, debe notificarse la formación de un consorcio para licitar una concesión. El CADE ha revisado una serie de transacciones que involucran concesiones. De este modo, en 2004, el CADE aprobó sin condiciones el otorgamiento de una concesión a Gás Natural São Paulo Sul para distribuir gas natural en la zona sur del estado de São Paulo, mientras que cobró una multa a la empresa por notificación

tardía. De forma similar, el CADE aprobó las transacciones asociadas con la formación en 2004 de una empresa de distribución de gas en el estado de Goiás, de la cual la entidad retuvo una participación de 51 por ciento. Las acciones restantes se vendieron a un consorcio seleccionado por invitación pública.

Un caso fechado en 2001 referente al sector de gas natural describe el enfoque del CADE con respecto al análisis de conductas adoptadas por empresas reguladas. Antes de 1997, la distribución del gas natural en el estado de Río de Janeiro pertenecía a un monopolio del estado. En 1997, el estado dividió los activos de distribución en dos empresas que atendían dos zonas geográficas distintas, privatizó ambas compañías y estableció un organismo regulador estatal. Al siguiente año, ambas empresas elevaron sus precios de forma significativamente superior a la inflación. Los clientes se quejaron de que los distribuidores abusaban de su posición dominante. La decisión del CADE fechada en 2001, que desechara la demanda, consideró la aplicación de la “doctrina de acción del estado” en Brasil. Esta doctrina, desarrollada como parte de la jurisprudencia de defensa de la competencia en Estados Unidos, funciona para excluir a la autoridad federal de defensa de la como cuando un estado desplaza la competencia de mercado y regula activamente la conducta privada en cuestión. El CADE concluyó que los distribuidores no habían actuado de manera ilegal, pues sus precios se encontraban dentro de los límites permitidos por el regulador estatal.

La Ley de Telecomunicaciones de 1997 es mucho más elaborada que la de Hidrocarburos, al contemplar de manera explícita la aplicación de la ley de competencia a las empresas de telecomunicaciones y otorgando a la Agencia Nacional de Telecomunicaciones (ANATEL) un papel formal en el proceso de obligación al cumplimiento de la ley. De acuerdo con el Artículo 7 de la Ley “se aplicarán a la industria de telecomunicaciones las reglas generales que rigen la protección del orden económico [que incluye a la Ley 8884] mientras no entren en conflicto con las disposiciones de la Ley.” El Artículo 19 contempla que ANATEL tiene “la autoridad legal para controlar, evitar e impedir cualquier violación al orden económico en la industria de telecomunicaciones, sin perjuicio de las facultades otorgadas al CADE”. El impacto de estas disposiciones reside en que los casos de conducta y fusión en el sector pueden ser considerados por ANATEL, el CADE o ambos. Sin embargo, la Ley de Telecomunicaciones tiene precedencia en términos de la aplicación de los requisitos de notificación de fusiones que exige la Ley 8884. Esto se debe a que la Ley crea un régimen especial para las fusiones de telecomunicaciones, de acuerdo con el que se debe presentar notificación previa de la transacción con ANATEL (convirtiéndolo en la única circunstancia en Brasil en la que se contempla el control previo a la fusión). La jurisdicción de ANATEL sobre los casos de

conducta y fusiones se limita a los “servicios de telecomunicaciones” definidos para incluir los sistemas de telefonía fija y las funciones de transmisión de las cadenas televisivas, las operaciones de la TV por satélite y las empresas de telefonía celular.

En la página 219, el Informe de 2000 destacaba que el CADE y ANATEL habían establecido un grupo de trabajo para tratar problemas potenciales al respecto del traslape de disposiciones jurisdiccionales. El CADE afirma que, desde 2000, ambos organismos han logrado desarrollar con éxito un convenio de cooperación de acuerdo con el cual ANATEL toma el papel de la SDE y la SEAE en casos de fusión que involucran a los servicios de telecomunicaciones. De acuerdo con este convenio, la ANATEL lleva a cabo la investigación y presenta una opinión técnica, mientras que el CADE presenta el fallo definitivo. En cambio, con respecto a casos de conducta, la ANATEL comparte la jurisdicción concurrente con la SDE y la SEAE, de manera que uno o los tres organismos pueden llevar a cabo investigaciones y presentar recomendaciones al CADE. Con el paso del tiempo, el CADE y la ANATEL han firmado varios convenios de cooperación escritos, cada uno de los cuales ha vencido posteriormente. El CADE informa que, hasta la fecha, ambos organismos están en vías de negociar un nuevo convenio. Sin embargo, el proyecto se suspendió cuando terminó la gestión del presidente de ANATEL. Los procedimientos de interacción entre la ANATEL y la SDE y la SEAE no están bien desarrollados, y consisten sobre todo de contactos informales entre personal de los organismos.

En los últimos cinco años, el CADE ha considerado varios casos de conducta y fusiones enviados por ANATEL. Por ejemplo, en 2001, el CADE dirigió una demanda de abuso de dominio contra el Grupo Globo, la cadena televisiva más grande de Brasil. Globo controlaba tanto el Canal Globo, el principal canal de televisión de Brasil, como Sky TV, la compañía más importante de televisión de paga por satélite en ese país. El demandante era TVA Sistema de Televisão, dueña de la empresa competidora de TV satelital, DirectTV. TVA afirmaba que Globo se había rehusado ilegalmente a otorgar a TVA la licencia de transmisión por satélite de Canal Globo. ANATEL investigó y concluyó que no existía abuso de dominio, pues el Canal Globo no era un elemento esencial para el servicio de TV por satélite. El CADE estuvo de acuerdo y desechó el caso, observando que TVA era un competidor viable incluso sin ese canal, y que exigir que los servicios de satélite compartieran programación reduciría la competencia y retrasaría los incentivos de innovación. En un caso de fusión de 2002, el CADE aprobó sin restricciones una proyecto conjunto de Portugal Telecom y Telefónica Internacional para crear la empresa de servicios celulares Vivo.

En casos de fusión, ANATEL tiene autoridad jurídica para emitir una orden impidiendo la consumación de una transacción hasta completar su revisión. El CADE puede emitir una medida precautoria por separado o establecer un APRO al amparo de la Resolución 28 del CADE, a fin de tratar con los aspectos de una fusión que no forma parte de la jurisdicción de ANATEL. Por ejemplo, en la fusión de News Corporation y Hughes, que se describió en páginas anteriores, ANATEL emitió una orden impidiendo que las dos empresas de TV satelital consumaran la transacción subyacente, mientras que el CADE emitía una orden impidiendo que las partes establecieran nuevos contratos contemplando la distribución exclusiva de programación de televisión en Brasil.

Algunas veces, el CADE ha solicitado que la SDE o la SEAE (o ambas) presenten opiniones técnicas adicionales en casos de fusión que entran en la jurisdicción de ANATEL y en casos de conducta que no hayan investigado la SDE y la SEAE.¹¹¹ Así, el CADE buscó opiniones de la SEAE con respecto al requerimiento temporal descrito en la fusión entre News Corporation y Hughes. De igual manera, se buscaron las opiniones tanto de la SDE como de la SEAE en un caso de abuso de dominio contra Telecomunicações de São Paulo (Telesp). En ese caso, la empresa demandante, Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. (Embratel), afirmó que Telesp estaba cobrando tarifas discriminadoras por el acceso a su red. La SDE y la SEAE acordaron que la conducta podría en efecto ser discriminadora y el CADE emitió una orden precautoria siguiendo sus recomendaciones.

La SDE y la SEAE también realizan investigaciones en casos de fusiones y de conducta acerca de aspectos del sector de telecomunicaciones que quedan fuera de la jurisdicción de ANATEL. Las investigaciones de fusiones de los últimos años generalmente han involucrado mercados con relación vertical con los servicios de telecomunicaciones. Las adquisiciones de prestadores de servicios de Internet por parte de compañías de telefonía fija y de empresas de TV satelital por parte de proveedoras de programación de TV han sido un punto de interés particular. Así, en 2002, la SEAE analizó otra transacción que involucró al Grupo Globo, que (además de SkyTV) también es propietario de SporTV, el principal canal de deportes en la TV brasileña de paga. La transacción involucraba la adquisición por parte de Globo de un interés de 25 por ciento en ESPN Brasil, un canal de deportes de la TV de paga que competía con SporTV. La SEAE concluyó que Globo mantenía una posición monopólica en el mercado de “canales premium de deportes para la TV de paga” y una postura monopsonica con respecto al mercado de presentaciones de eventos deportivos de categoría estelar por TV de paga. Debido a que la entrada era difícil en ambos mercados, la SEAE recomendó imponer ciertas restricciones para reducir la

posibilidad de que Globo abusara de su poder de mercado. Las propuestas de la SEAE se diseñaron para impedir que Globo (1) otorgara permisos exclusivos a SkyTV por la transmisión satelital de eventos deportivos estelares; o (2) exigiera derechos exclusivos de transmisión para estos eventos. En la actualidad, el caso se encuentra pendiente en la SDE.

En el ámbito de las investigaciones de conducta que realizan la SDE y la SEAE en mercados relacionados con la jurisdicción de ANATEL pero fuera de ella, destaca un caso más contra el Grupo Globo. En su demanda por abuso de dominio, Associação Neo TV afirmó que Globo se rehusaba a otorgar licencias de SporTV a competidores de sus servicios de TV por satélite, SkyTV y NET. Las propuestas de la SEAE eran similares a las del caso de adquisición de ESPN Brasil. En la actualidad, el caso se encuentra pendiente en la SDE. En dos casos investigados por la SDE que no involucraron a Globo, el CADE falló en 2004 rechazando la existencia de prácticas de *dumping* en la venta al menudeo de teléfonos celulares por parte de Telefônica Celular, Telet Celular y Telebrasília Celular.

De igual forma que la ANP y la ANATEL, la Agencia Nacional de Energía Eléctrica (ANEEL) fue creada en 1997, y sus estatutos también requieren que se hagan efectivos los principios de la competencia cuando sea posible. La ANEEL cuenta con convenios de cooperación con tres organismos de competencia, de acuerdo con los que las partes convienen en compartir información y experiencia técnica y analizar conjuntamente la interacción entre la ley de competencia y el sistema regulativo del sector. La ANEEL proporciona informes a la SDE acerca de sospechas de violaciones a la ley de competencia y opiniones técnicas en casos de conducta y de fusiones. Desde 2000, la única actividad de obligación al cumplimiento por parte del SBDC en ese sector se ha relacionado con las fusiones, todas aprobadas por el CADE sin restricciones luego de ser analizadas dentro del procedimiento acelerado. Las transacciones han incluido adquisiciones de pequeños productores o de productores o distribuidores regionales de energía eléctrica y la formación de consorcios para licitar permisos de distribución y concesiones para construir plantas de generación de electricidad.

El Departamento de Aviación Civil (DAC) del Ministerio de Defensa de Brasil sigue manteniendo la autoridad reguladora sobre las aerolíneas del país. Entre el DAC y los organismos de competencia no existen acuerdos formales de cooperación y la interacción entre ellos es poca. La ley de competencia se aplica plenamente a la aviación civil, y el caso más importante del SBDC desde 2000 fue la demanda contra las principales líneas aéreas por fijación de precios en la ruta entre Río de Janeiro y São Paulo.

La Agencia Nacional de Transportación Terrestre (ANTT) fue creada en 2002¹¹², con el encargo de regular los servicios de transporte ferrocarrilero de carga y el transporte interestatal e internacional en autobús.¹¹³ En un convenio fechado en 2002 entre la SEAE y la ANTT se establece el intercambio de información, el análisis conjunto de técnicas para aplicar los principios de la competencia a temas de regulación en el sector y la discusión de metodologías para la regulación tarifaria. Existen también disposiciones que tratan con la cooperación en los procedimientos de obligación al cumplimiento de la ley de competencia (incluyendo las investigaciones conjuntas). El CADE y la ANTT adoptaron un convenio en 2003 con términos similares, pero con un enfoque particular en la cooperación para evitar conflictos entre la obligación al cumplimiento de la ley de competencia y las decisiones regulativas en el sector. Sin embargo, se ha presentado poca actividad (o ninguna) al amparo de estos dos convenios.

Con respecto a los ferrocarriles, buena parte de la actividad del CADE se ha centrado en la Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), una compañía de gran tamaño dedicada a la minería y el acero que se privatizó en 1997. CVRD mantiene concesiones de operación para una serie de líneas ferrocarrileras de carga e instalaciones costeras que prestan servicios tanto a sus propias minas y centros de producción de acero como a otros clientes. Algunos de estos clientes que atienden las líneas de CVRD son competidores en el sector minero o de producción de acero, circunstancia que ha llevado a una serie de casos en los que se ha argumentado trato discriminatorio por parte de CVRD. En los casos en los que la discriminación no se relaciona con tarifas reguladas por la ANTT, la jurisdicción del CADE es la que priva. Este sería el ejemplo de un caso entre CVRD y la Samitri Mineral Company con respecto a la transportación y exportación de la producción de hierro de Samitri. El contrato impedía a Samitri la venta de su mineral en ciertos mercados extranjeros y de cualquier cantidad de su producción a precios menores que los de CVRD. En su fallo de 2004, el CADE llevó a cabo lo que, en el fondo, era un análisis de proyecto conjunto, para concluir que el convenio no era ilegal, destacando que CVRD había realizado una gran inversión para construir una línea de ferrocarril hacia la mina de Samitri, y que CVRD tenía entonces un interés legítimo en la explotación de los activos de mineral de hierro de Samitri.

Otro caso pendiente que trata con el sector ferrocarrilero involucra una fusión, realizada en 2000, en la que CVRD adquirió compañías mineras dedicadas a la extracción de hierro y las líneas de ferrocarril asociadas en el sureste de Brasil. La SEAE y la SDE acordaron que podrían surgir efectos adversos tanto en el mercado de mineral de hierro como en el de servicios ferrocarrileros, y propuso varias condiciones correctivas al CADE. El consulta con la SDE, la ANTT invocó su propia autoridad legal para emitir

una orden precautoria imponiendo ciertas restricciones a CVRD hasta que el CADE tomara una determinación. En 2005, el CADE determinó que las transacciones podrían proceder, siempre y cuando se sujetaran a condiciones diseñadas para prevenir impactos en contra de la competencia. Con respecto a la transportación en autobús, una decisión del CADE en junio de 2005 determinando la existencia de un cártel de compañías de autobuses, fue el primer caso en el sector desde 2000. En la actualidad, la SDE está realizando varias investigaciones sobre este tema. La SDE y la SEAE se encuentran realizando la revisión de una fusión entre Gontijo Participações y Viação São Geraldo, dos de las empresas de transporte en autobús más grandes de Brasil.

En cuanto a los puertos, cada uno es controlado por una Autoridad Portuaria, que otorga concesiones que autorizan a agentes privados para operar y prestar servicios de manejo de carga dentro de las instalaciones. En algunos puertos, también existen terminales independientes, de propiedad privada, justo fuera de los límites de los puertos. En un caso, conocido como THC2, sobre el que el CADE dio su fallo recientemente, se trató el tema de las cuotas de manejo de carga cobradas por operadores de la terminal contra los almacenes independientes. El caso involucraba afirmaciones de que ciertos operadores elevaban los costos de sus rivales al cobrar cantidades desproporcionadamente mayores para entregar un contenedor de carga a un almacén ubicado fuera de la terminal de lo que cobraban por entregar el mismo contenedor a un almacén dentro del puerto. El CADE encontró que los diferenciales de precios constituyeran abuso de dominio, pues representaban una parte significativa de los costos de almacenaje e inducían a los transportistas a utilizar el almacén del operador de la terminal, con lo que se obstaculizaba la competencia en el mercado de almacenamiento. En otro proceso relacionado con los puertos, se está realizando una investigación acerca de afirmaciones de fijación de precios por parte de operadores de remolcadores en el Puerto de Santos.

En cuanto al sector financiero, el Banco Central de Brasil (BACEN) tiene la responsabilidad regulativa de la banca y otras instituciones financieras. Así, ejerce controles regulativos “prudenciales” sobre los nuevos estatutos de los bancos y las fusiones entre ellos; establece los requisitos de capital, reservas e inversión; e instruye acerca de los sistemas de control interno y de contabilidad. También en el Ministerio de Finanzas existen organismos reguladores separados para los sectores de seguros y valores. En la página 229 del Informe de 2000 se destaca que, aunque la banca no está exenta de la ley de competencia, “el Banco Central continúa ejerciendo la máxima autoridad en temas de competencia en el sector”. En particular, el Banco ha demandado contar con control exclusivo sobre las fusiones bancarias, argumentando que debe garantizar la disposición

adecuada de los “bancos problema” y hacer cumplir los límites constitucionales de entrada para las instituciones de la banca extranjera.

En 2001, la Oficina del Procurador General Federal emitió una opinión legal concluyendo que la especificidad de la ley bancaria brasileña tomaba precedencia sobre el lenguaje más general de la Ley 8884, por lo que efectivamente otorgaba al Banco Central la jurisdicción exclusiva sobre la banca para todo fin. El CADE nunca ha accedido a esa opinión, tomando la postura de que la Ley 8884 (promulgada después de la ley bancaria), por sus términos, es aplicable a todas las empresas comerciales, y que el CADE, en tanto que organismo autónomo, no está limitado por una opinión legal emitida por el Poder Ejecutivo. Dos tribunales de primera instancia han considerado si deben notificarse las fusiones bancarias al CADE al amparo del Artículo 54. Un tribunal sostuvo que, en efecto, concluyendo que el Artículo 54 era aplicable incluso cuando la fusión había sido revisada por el Banco Central. Un segundo tribunal en un caso distinto de fusión bancaria sostuvo la opinión contraria, argumentando que la revisión del Banco Central tenía precedencia y que la opinión del Procurador General Federal se aplicaba a todo el gobierno federal, incluyendo al CADE. Ambos casos están en procesos de apelación. Durante los últimos años, el CADE no ha considerado casos de conducta relacionados con bancos, pues la SDE, como organismo del Poder Ejecutivo, está obligada por la opinión legal, por lo que no lleva a cabo investigaciones en el sector.¹¹⁴

Así, se realizaron negociaciones entre el CADE y el BACEN para resolver la controversia por consenso. En un acuerdo enviado al Congreso en 2003 y aprobado por el Comité Constitucional y de Justicia de la Cámara de Diputados en diciembre de 2004, está pendiente ante el pleno del Congreso. El proyecto contempla que el Banco Central tenga responsabilidad exclusiva por la rescisión de fusiones que involucren un riesgo para la estabilidad general del sistema financiero. En todos los demás casos de fusión, el CADE tendrá autoridad dispositiva. Por su parte, la autoridad para el manejo de casos de conducta en el sector bancario residirá exclusivamente con el SBDC. Desde tiempo atrás, el CADE y el BACEN han mantenido un convenio de trabajo que se utiliza sobre todo como mecanismo para intercambiar información. En la actualidad, los dos organismos están negociando un acuerdo más amplio para fomentar la cooperación y un plan de trabajo conjunto para realizar revisiones de fusiones.

La capacidad de aplicación de la Ley 8884 a las actividades de fijación de precios de las empresas privadas está, por supuesto, limitada cuando el gobierno controla los precios. Aparte de la regulación de las redes de servicios públicos, los únicos controles directos de precios en Brasil hoy en día se aplican a los productos farmacéuticos. Al amparo de un programa

iniciado a fines de 2000, la Cámara Reguladora del Mercado de Medicamentos (CMED) fija precios máximos para cerca de 90 por ciento de todos los productos farmacéuticos de venta restringida y libre. Los miembros de la CMED son representantes de los Ministerios de Salud, Finanzas, Justicia y Desarrollo, Industria y Comercio Exterior.¹¹⁵ La SEAE funge como delegada del Ministerio de Finanzas ante la CMED y la SDE es la representante del Ministerio de Justicia. La información acerca de su papel en las deliberaciones de la CMED aparece en la sección dedicada a la defensa de la competencia. La existencia de regulación en los precios de los medicamentos no impide al SBDC obligar al cumplimiento de la ley de competencia con respecto a fusiones y otras formas de conducta de las empresas farmacéuticas, como se demostró en los casos que involucraron un boicot a los medicamentos genéricos y la fusión de las productoras de insulina Novo Nordisk y Biobrás.

Los procedimientos normales para hacer cumplir la Ley 8884 en sectores regulados se incluyen en el proyecto de ley general (pendiente) para los organismos reguladores sectoriales. Los organismos sectoriales deben dar seguimiento a sus industrias en cuanto al cumplimiento con la ley de competencia, reportar sospechas de violación y proporcionar informes técnicos al CADE para su utilización en procedimientos de obligación al cumplimiento. El CADE, por su parte, debe notificar al organismo correspondiente las decisiones tomadas en casos de conducta y fusiones, de modo que éste tome las medidas legales necesarias.

5. Defensa de la competencia

En cuanto a las actividades que se realizan en el seno del SBDC, la defensa de la competencia tiene dos dimensiones. La primera refleja el papel de los organismos como consultores del gobierno y de los organismos regulatorios sectoriales en lo relacionado con la legislación y las disposiciones que implican a la política de competencia. La segunda consiste en actuar en defensa de un mayor reconocimiento y aceptación pública de los principios de la competencia. En lo que respecta a la primera dimensión, una función importante de defensa reside en detener la creación de cualquier programa regulativo que vaya en contra de los principios de la competencia. Por ejemplo, en 2003, el gobierno federal estaba preocupado por el precio del gas licuado de petróleo (GLP), al ser un bien esencial para la población rural brasileña. La SEAE y la SDE participaron en un debate acerca de la posibilidad de proponer legislación que estableciera un sistema de control de precios para el GLP, argumentando con éxito que las modificaciones a las regulaciones técnicas existentes, y la obligación a cumplir los principios de la competencia lograrían mejores resultados que los controles de precios.

De manera similar, en el sector de venta de combustible al menudeo, los organismos del SBDC se han enfrentado a intentos de fiscales locales por establecer sistemas de controles de precios por orden judicial. Los fiscales buscan órdenes de tribunales para fijar precios máximos a la gasolina (cuando se considera que son demasiado altos) o, de manera alternativa, órdenes para fijar precios mínimo (cuando se consideran posibilidades de *dumping*). En muchos de estos casos, el SBDC ha logrado persuadir a los fiscales que los precios “indebidamente elevados” fueron resultado de la actuación de un cártel local, y que los precios “indebidamente bajos” simplemente fueron el resultado de la competencia legítima.

En otro frente, la SEAE ha participado en las discusiones de una propuesta del Ministerio de Cultura para establecer un nuevo programa de regulación. El Ministerio recomendó que la Agencia Nacional de Cine (ANCINE), que concentra sus esfuerzos en el fomento de la producción local de películas, se transformara en un organismo regulador de producciones audiovisuales. La SEAE representó al Ministerio de Finanzas en las discusiones intragubernamentales que culminaron en una decisión de restringir los cambios en este sector a la revisión de los incentivos fiscales que se ofrece a los cineastas en la actualidad. La SEAE está en consultas con el Ministerio de Cultura para presentar una propuesta conjunta para este estudio.

Un segundo tipo de defensa de la competencia trata con la proposición de mejorías, centradas en la competencia, a los programas existentes del gobierno que afectan las operaciones de los mercados. Por ejemplo, la SEAE está dedicada a un proyecto de reforma para el proceso de registro de pesticidas, a fin de acelerar la disponibilidad en el mercado de productos “genéricos” en este rubro. Desde 2002, no se han emitido certificaciones de pesticidas, y se tiene más de 100 solicitudes pendientes. La SEAE estima que la simplificación del procedimiento resultaría en una reducción de hasta 30 por ciento en los precios de estos productos. La SEAE también funge como defensora de la competencia para otros programas gubernamentales, entre los que destacan proyectos para estimular la producción y utilización de combustible vegetal (biodiesel) como fuente alternativa de energía, la creación de un sistema eficiente de operación de mercados para los certificados de emisiones de carbono al amparo del Protocolo de Kyoto, y un mecanismo para desarrollar una regla de límites de precios para las tarifas del servicio postal.

El tercer tipo de actividad en defensa de la competencia son los comentarios sobre las regulaciones propuestas para su adopción por los organismos reguladores del sector. Los organismos del SBDC afirman que buscan fomentar la competencia en los mercados regulados mediante el análisis de las reglas propuestas, la publicación de estudios de competencia en

sectores regulados específicos y la invitación al personal de estos organismos para participar en seminarios y otros debates. No obstante, han caracterizado el impacto de sus esfuerzos como “muy limitados”.

**Recuadro 11. Procedimientos de defensa de la competencia:
modificaciones propuestas**

La propuesta general para revisar los procedimientos aplicables a los organismos reguladores sectoriales incluye disposiciones que tratan con la defensa de la competencia. Los organismos reguladores tienen la obligación de solicitar una opinión de la SEAE 15 días antes de presentar sus propuestas de normas y regulaciones para comentario público. Asimismo, se requiere que, dentro de los 30 días siguientes, la SEAE registre una opinión pública sobre las implicaciones de la propuesta en términos de competencia. Debido a que la propuesta de ley sujeta las regulaciones a un periodo obligatorio de 30 días para comentarios públicos, el plazo máximo para que la SEAE comunique su opinión garantiza que las entidades reguladas y los miembros del público tendrán la posibilidad de estudiar la opinión de la SEAE y hacer comentarios al respecto antes de que venza el plazo para comentarios públicos. Los organismos reguladores tienen la obligación de responder oficialmente a comentarios realizados durante este plazo. La respuesta del organismo debe publicarse por lo menos tres días hábiles antes de que los comisionados del CADE se reúnan a discutir la propuesta.

Con respecto a las actividades de defensa de la competencia que realiza el SBDC en sectores específicos, los organismos no han reportado medidas recientes relacionadas con la regulación del petróleo, el GLP y el gas natural, aparte de una conferencia patrocinada conjuntamente por el SBDC y la OCDE en 2003. Con el título de “Taller internacional sobre la interfase entre competencia y regulación en los sectores de GLP, combustible y gas natural” (*International Workshop on the Interface between Competition and Regulation in the LPG, Fuel, and Natural Gas Sectors*) entre los asistentes se contó personal de los tres organismos del SBDC, la ANP y el Ministerio de Energía, además de una serie de participantes internacionales. Por su parte, en el renglón de las telecomunicaciones, también es escasa la interacción entre el SBDC y ANATEL en temas regulatorios. Sin embargo, varios comisionados del CADE (en funciones y del pasado) participaron en un curso de capacitación que se llevó a cabo en 2003. El curso tocó temas de competencia y fue organizado para ANATEL por el Instituto Brasileño para el Estudio de las Relaciones de Competencia y Consumo (IBRAC).¹¹⁶

En el sector de energía eléctrica, la SEAE asistió al Ministerio de Minas y Energía en el desarrollo de reglas de licitación para una entidad agrupada de ventas al mayoreo por medio de la cual las empresas de generación de electricidad podrán vender su producción. Luego de extensas pruebas de métodos de licitación, la SEAE recomendó (y el Ministerio adoptó) la imposición de ciertas restricciones diseñadas para prevenir la colusión y fomentar una identificación más precisa de las curvas de demanda de los distribuidores.

En otro tema, la industria de las aerolíneas ha recibido una atención considerable en lo relacionado con la defensa de la competencia, en especial por parte de la SEAE. Como se describió en el Informe de 2000 (página 225), la autoridad reguladora de las líneas aéreas (la DAC) nunca se ha mostrado entusiasta ante la perspectiva de abrir el mercado. Hasta 2000, cuatro aerolíneas dominaban la industria brasileña: Varig, TAM, Transbrasil y Vasp. En 2001, la devaluación del real en 1999 y el aumento en los precios de los combustibles llevó a Transbrasil a la quiebra. Vasp también dejó de operar en 2005, después de una época en declive. La propuesta de fusión entre TAM y Varig, desechada recientemente, también fue motivada por las dificultades financieras de ambas empresas. Los problemas de las aerolíneas tradicionales contrastaron notablemente con la experiencia de GOL, una nueva aerolínea de bajo costo cuya participación de mercado y oferta de rutas aumentó de forma considerable luego de su entrada al mercado en 2001.

La SEAE elaboró varios artículos técnicos en 2001 instando a una mayor liberalización de las regulaciones para las líneas aéreas, aunque sin efecto alguno en las políticas del DAC. En 2003, el DAC decidió que las aerolíneas establecidas necesitaban ayuda, imponiendo restricciones a la capacidad mediante la regulación de la compra de aviones y la prohibición de nuevas entradas a rutas a menos que los participantes contaran con un factor de carga alto. La SEAE publicó una serie de artículos criticando estas medidas. A principios de 2004, el DAC actuó aún más agresivamente, al pretender prohibir a GOL comenzar a vender billetes de avión a precios que el DAC consideraba de *dumping*. Otro artículo de la SEAE criticó también esta medida. Sin embargo, incluso antes de que apareciera ese artículo, el Director General interino del DAC fue llamado ante un Comité del Senado y se le pidió que explicara por qué se atribuía la autoridad de obligación al cumplimiento que era facultad exclusiva del SBDC. El Director General respondió que tenía autoridad inherente para salvaguardar la industria aplicando cualquier medida que considerara necesaria. La respuesta no fue considerada satisfactoria por el Comité. Dos semanas más tarde, el gobierno instaló a un nuevo Director General y la venta de boletos de GOL siguió adelante. El Congreso está considerando promulgar legislación que establezca una autoridad civil para la regulación de las líneas aéreas de pasajeros.

Por otro lado, en los sectores de transporte ferroviario y transportación interestatal por autobús, la SEAE y la ANTT concuerdan en que se requieren mejoras en el sistema regulatorio, pero se ha hecho poco por llegar a medidas específicas. En 2003, la SEAE contrató al Instituto de Investigaciones en Economía Aplicada (IPEA, por sus siglas en portugués) para desarrollar los cambios regulativos recomendados a los autobuses, proyecto que sigue aún pendiente. La SEAE está en consultas con la ANTT acerca de las mejoras en el sistema de licitación utilizado para otorgar concesiones para la construcción y operación de carreteras de cuota.

Con respecto a los puertos marítimos, el organismo identificado como responsable de acuerdo con el Informe de 2000 (página 227) por el desarrollo de la política general de regulación del sector (el Grupo Ejecutivo para la Modernización de los Puertos, GEMPO, por sus siglas en portugués), fue desplazado por un nuevo organismo, GT Portos. A diferencia de GEMPO, este grupo incluye al Ministerio de Finanzas entre sus miembros, y la SEAE funge como una de las entidades representantes del Ministerio. La actividad a la fecha incluye discusiones con la ANTAQ (Agencia Nacional para Puertos y Navegación) relacionadas con el aumento en la competencia en el mercado de servicios de dragado y la propuesta de mejoras en la eficiencia de los puertos para fomentar la actividad exportadora en Brasil. Por otra parte, en el sector de instituciones financieras, las discusiones entre el SBDC y el Banco Central normalmente se han centrado en temas relacionados con la división de la jurisdicción, aunque se han dedicado algunos esfuerzos para analizar las posibles mejoras a favor de la competencia en la regulación financiera.

Como se destacó en párrafos anteriores, la SEAE funge como delegada del Ministerio de Finanzas y la SDE del Ministerio de Justicia ante la Cámara Reguladora del Mercado de Medicamentos (CMED), la entidad responsable por el establecimiento de límites superiores a los precios y otro tipo de regulación del mercado para los medicamentos controlados y algunos de venta libre. La SEAE y la SDE se unieron para diseñar la metodología de determinación de ciertos factores en la fórmula legal de establecimiento de precios aplicada por la CMED, así como para tocar temas específicos de fijación de precios cuando un medicamento entra al mercado por primera vez. Los dos organismos que participan en un grupo técnico compuesto por miembros de la CMED, representantes de la industria y consumidores, creado recientemente para considerar la eliminación de controles de precios para medicamentos de venta libre. De igual manera, ambos organismos participan en un grupo establecido para considerar temas de regulación en el mercado de seguros privados de salud.

Un cuarto tipo de defensa de la competencia surge en el contexto de la privatización. Lo obtenido de las privatizaciones presenta dos

oportunidades de participación para los organismos de competencia. La primera es en la etapa de planeación, cuando se diseñan los procedimientos para llevar a cabo la venta y se estructuran los paquetes de activos. En ese contexto, el organismo de competencia puede defender el establecimiento de reglas que favorezcan la competencia y desalienten la creación de monopolios privados. La segunda es en el momento de la venta misma, cuando el organismo de competencia actúa como autoridad de obligación al cumplimiento de la ley para impedir compras que atenten contra la competencia. Como se destacó al inicio de este informe, Brasil no ha realizado privatizaciones desde 2002. Los registros a disposición del SBDC no muestran si se presentó participación de organismos en la etapa de planeación para las privatizaciones que se dieron entre 2000 y 2001. Aún así, el CADE sí revisó las transacciones asociadas con la privatización de CVRD. La venta de acciones de Petrobrás se estructuró como oferta pública que no planteó problemas relacionados con la política de competencia.

Un quinto tipo de defensa de la competencia se centra en las regulaciones que la obstaculizan que adoptan los estados y los gobiernos locales. El Artículo 7 X de la Ley 8884 contempla que el CADE puede “requerir de los organismos del Poder Ejecutivo federal y de las autoridades territoriales de los estados, municipios y el Distrito Federal, tomar todas las medidas necesarias para el cumplimiento de esta Ley”. A pesar de que el CADE no puede obligar a que se acepten sus recomendaciones, el lenguaje legal otorga al CADE un estatuto para comentar acerca de los programas regulativos de los estados. Como se describió en el Informe de 2000 (página 195), hasta ese punto, el CADE había presentado tres solicitudes al amparo del Artículo 7X, incluyendo una en 1998 para la desregulación de las tarifas de taxis en la ciudad de Brasilia. Aunque la recomendación de los taxis no fue adoptada, el municipio sí tomó medidas para reducir los niveles de tarifas de los taxis. El Informe de 2000 (página 210) recomendó que el CADE explotara su autoridad moral y política en tanto que organismo nacional de competencia empleando el Artículo 7X y el procedimiento de consulta al amparo de la Resolución 18 para tratar cualquier tipo de limitación a la competencia impuesta por los gobiernos estatales y locales.

El CADE ha informado que no tiene registros de actividad alguna al amparo del Artículo 7 X desde 2000. Sin embargo, dos procedimientos recientes, que se describen en otras secciones de este informe, han llevado a solicitudes exitosas con respecto al Artículo 7 X. En el primer caso, que involucra acciones concertadas por la asociación de vendedores de combustible al menudeo de Brasilia para obtener una orden municipal prohibiendo el establecimiento de estaciones de venta en supermercados y centros comerciales, la ciudad rehusó emitir la orden en respuesta a la recomendación del CADE. En el segundo caso, que se relacionó con la

adquisición de Briobrás por parte de Novo Nordisk, el Ministerio de Comercio suspendió ciertas medidas anti-*dumping* que habían sido impuestas en relación con la importación de insulina.¹¹⁷ Aparte de la actividad del CADE con relación al Artículo 7 X, la SEAE informa estar participando en un proyecto para desarrollar lineamientos federales para la regulación local de servicios de agua y alcantarillado.

Una sexta manera de defender la competencia es mediante el estudio de la dinámica de la competencia en mercados específicos de Brasil y la publicación de informes acerca de los sectores estudiados. La SEAE publica regularmente “Artículos de Trabajo” técnicos que tratan con temas de política de competencia en determinados mercados. Desde 2000, los sectores tratados en los artículos de la SEAE han incluido el farmacéutico, el de ferrocarriles de carga, la aviación, el petróleo, las telecomunicaciones, la electricidad, los supermercados, los seguros de salud y los sistemas de alcantarillado.¹¹⁸ En 2004, la SDE comisionó al IPEA la elaboración de estudios de los sectores de servicios de salud y la banca.

Una última manera de defender la competencia es por medio de capacitación y seminarios que el SBDC ofrece a otros organismos del gobierno. A lo largo de los últimos dos años, el SBDC ha llevado a cabo una serie de iniciativas diseñadas para fomentar la comprensión y el reconocimiento de la ley de competencia, tanto entre los miembros del Poder Judicial como entre los fiscales públicos. En diciembre de 2004, el CADE se unió con la OCDE y una asociación de jueces para ofrecer a los jueces de Brasilia un taller de dos días de duración sobre tópicos de competencia. La SDE ha organizado dos conferencias para proporcionar capacitación sobre asuntos de competencia para fiscales públicos y jueces federales, y la SEAE ha asistido a la Oficina del Fiscal Federal en la organización de un curso sobre la ley de competencia para fiscales. Los funcionarios del SBDC también han recibido invitaciones con frecuencia creciente para asistir y participar como ponentes en conferencias organizadas por jueces y fiscales.¹¹⁹ En una iniciativa aparte, el departamento de competencia de la SDE (el Departamento de Protección y Defensa Económica, DPDE) ha cooperado con el Departamento de Protección y Defensa del Consumidor (DPDC) para presentar conferencias y talleres de capacitación conjuntos acerca de la ley de competencia para organismos de defensa del consumidor en los estados brasileños. Desde principios de 2003, se han realizado cuatro conferencias y más de 20 talleres locales.

La segunda dimensión de la defensa de la competencia incluye los esfuerzos por fomentar un mayor reconocimiento y aceptación de los principios de la competencia entre la sociedad en general. Los organismos que integran el SBDC comprenden plenamente la importancia de esta

dimensión. En especial, el CADE y la SEAE han desarrollado una serie de programas para aumentar la comprensión pública. Durante los últimos cinco años, los dos organismos han realizado numerosas presentaciones ante la comunidad empresarial acerca de las políticas de competencia y temas de obligación al cumplimiento de la ley de competencia. Entre los grupos que han sido objeto de estas presentaciones se encuentran las asociaciones comerciales e industriales más importantes, como la Federación de Industrias del Estado de São Paulo (FIESP), el CIESP (el Centro de Industrias del Estado de São Paulo) y la CNI (Confederación Nacional de la Industria), muchas de las cámaras de comercio que representan a las empresas internacionales y más de una docena de otras asociaciones comerciales y profesionales. Otro tipo de presentaciones que se ha llevado a cabo para grupos de profesionistas, se centró más en temas legales técnicos. Por ejemplo, cuando el procedimiento acelerado para fusiones se instituyó en 2003, se invitó a los bufetes de abogados a sesiones de la SEAE en Río de Janeiro, São Paulo y Brasilia para comentar el tipo de casos que serían revisados en el proceso simplificado. También se han realizado presentaciones sobre otros temas legales ante el comité de competencia del Colegio de Abogados de Brasil (OAB, por sus siglas en portugués); instituciones relacionadas con la ley de competencia, como el Centro de Estudios de las Sociedades de Abogados (CESA), el Grupo de Estudios de Derecho Económico (GEDECON) y el Instituto Brasileño para el Estudio de las Relaciones de Competencia y Consumo (IBRAC) y a académicos y estudiantes de varias escuelas de derecho, departamentos universitarios de leyes y economía y otras instituciones académicas. En 2003, el SDE realizó una serie de presentaciones para discutir nuevas técnicas de investigación de cárteles y fomentar el programa de certificación con el cumplimiento de los principios de la competencia. Recientemente también, representantes de los tres organismos han presentado y explicado detalles de la legislación propuesta para revisar la Ley 8884.

Los sitios que mantiene cada uno de los organismos en Internet son medios importantes a través de los cuales el SBDC se comunica con el público.¹²⁰ Los sitios contienen legislación de defensa de la competencia, fallos de casos, resoluciones, órdenes, lineamientos de cumplimiento, comunicados de prensa, informes anuales, artículos, artículos de trabajo y vínculos con material relacionado. El sitio del CADE también tiene una sección detallada de preguntas frecuentes sobre temas de competencia y el sitio de la SDE proporciona información sobre cárteles y explica cómo presentar una demanda sobre conductas en detrimento de la competencia.¹²¹ Entre el material impreso se incluye un folleto del CADE que proporciona información básica sobre la ley de competencia y el SBDC y el Diario del CADE, que contiene fallos y resoluciones importantes del CADE, así como artículos sobre ley de competencia y temas de política escritos por personal

del SBDC, abogados y economistas del sector privado y académicos. La SDE y la Agencia Nacional del Petróleo (ANP) se unieron para publicar un folleto con información sobre conductas que atentan contra la competencia en el mercado de combustible.

Otro método de defensa de la competencia que emplea el SBDC es mediante el fomento de la educación académica acerca de la ley y las políticas en este ámbito. Cada año, el CADE patrocina dos conferencias en las que se entrega un premio al mejor artículo sobre política de competencia escrito por un estudiante universitario.¹²² Los tres organismos ofrecen programas de capacitación dos veces por año para familiarizar a los estudiantes universitarios con las funciones del SBDC. Los programas, que han atraído a un número creciente de estudiantes de leyes, de economía y de escuelas de negocios, proporcionan experiencias prácticas para futuros especialistas en el tema, al igual que un conocimiento más amplio sobre el campo de la competencia para estudiantes en otras disciplinas.¹²³

Con respecto a las relaciones con los medios, cada uno de los tres organismos cuenta con un asesor de comunicaciones, y la SEAE y la SDE también cuentan con la ayuda del personal de comunicación de sus respectivos ministerios. Al tratar con los medios, los organismos hacen hincapié en maximizar la transparencia en congruencia con las restricciones que impone la confidencialidad. Cuando se van a anunciar cuestiones relacionadas con casos e iniciativas de política de competencia relevantes, se convoca a conferencias de prensa, elaborándose también comunicados de prensa con un estilo sin tecnicismos adaptado al lector general. Los periodistas que cubren la fuente del SBDC califican muy favorablemente las relaciones de los organismos con los medios, aunque son menos entusiastas con respecto a las limitaciones de confidencialidad. A medida que los periodistas amplían su conocimiento acerca del SBDC, la calidad y precisión de la cobertura ha aumentado en proporción directa.¹²⁴ Por otra parte, los periodistas establecen contacto con funcionarios del SBDC con frecuencia creciente, como fuentes de apoyo sobre temas de regulación económica sin relación con la ley de competencia.

En este sentido, el CADE informa que ha sido objeto de interés creciente de la prensa durante los últimos años. Las estadísticas acerca del número de historias de los medios al respecto del CADE muestran un incremento de 213 notas en 2003, a 390 en 2004. La SDE estima que cerca de 150 notas por año tratan con las actividades de competencia que realiza esta dependencia. En un estudio que realizó la SDE acerca de las notas que aparecieron sobre la dependencia entre noviembre y diciembre de 2003 y julio y agosto de 2004, se observó que 59 por ciento eran favorables y 5 por ciento desfavorables. El 36 por ciento restante fue caracterizado por la SDE como meramente informativas. Por su parte, las estadísticas de la SEAE

acerca del número de historias que se refieren a la dependencia son variadas, mostrando 193 notas en 2000, cayendo a 94 en 2001, para luego llegar a un máximo de 253 en 2002 y volver a descender a 155 en 2003 y 86 en 2004. Las notas acerca de la SEAE hasta el primer trimestre de 2005 alcanzaron 64, a un ritmo que, extrapolado, llegaría a las 192 al final del año. La SEAE advierte que las estadísticas sólo reflejan los artículos en los que la dependencia ha sido citada por su nombre, y que las notas acerca de la ley de competencia son erráticas acerca de las menciones específicas del organismo.

Entre los líderes empresariales y las grandes corporaciones, el conocimiento acerca del SBDC, la ley de competencia y la política de competencia ha aumentado en general de manera importante durante los últimos cinco años. Estos conocimientos también están comenzando a filtrarse entre las empresas de menor tamaño y el público en general, por lo menos en los grandes centros de población, aunque sigue siendo un obstáculo la percepción común de que se supone que la ley de competencia debería controlar los precios altos. Pasando del nivel de comprensión al de compromiso, las grandes asociaciones empresariales de Brasil apoyan notablemente la política de competencia, argumentando que su puesta en marcha fomentará la competitividad de Brasil de forma eficaz en los mercados internacionales. Aunque la comunidad empresarial no siempre concuerda con las decisiones del SBDC en casos específicos, sí apoya la legislación para consolidar las instituciones encargadas de la ley de competencia y para la introducción de un sistema de notificación previo a las fusiones.

6. Conclusiones y opciones de política

6.1 *Fortalezas y debilidades en la actualidad*

A pesar de estas serias desventajas, el SPCB ha realizado grandes avances durante los últimos cinco años en la puesta en marcha de políticas de competencia sólidas. En particular, desde 2003 el sistema ha tratado con eficacia los problemas más serios en sus facultades de control. La mayor parte de las recomendaciones que se presentaron en el Informe de 2000, sobre las que ha sido posible actuar, se han puesto en marcha. Así, se redujo de manera considerable el esfuerzo que se dedicaba a revisar fusiones que no tenían efectos adversos sobre la competencia gracias a la aplicación del procedimiento acelerado y los de revisión conjunta, y los recursos liberados se re canalizaron a la obligación a cumplir las disposiciones en contra de los cárteles. En este contexto, se reinterpretaron las normas de notificación de

fusiones para limitar los requisitos de registro a las transacciones con un nexo suficientemente nacional (a pesar del impacto adverso sobre los ingresos derivados de las cuotas de notificación que reciben los organismos). Las funciones de investigación entre la SDE y la SEAE se consolidaron y se coordinaron para aumentar la eficiencia y se prestó, por lo menos, cierta atención a la obligación al cumplimiento en sectores en los que operaban en el pasado monopolios gubernamentales. En la actualidad, se cuenta con nuevas facultades legales para realizar investigaciones domiciliarias y establecer un programa de indulgencia, posibilidades que se utilizan con frecuencia.

También se han observado muchas otras mejoras en rubros que no se trataron en el Informe de 2000. Asimismo, se eliminaron los rezagos en la revisión de casos de conducta y fusiones. También se introdujo un sistema para certificar programas corporativos de cumplimiento con las disposiciones de competencia. Se desarrollaron y se aplicaron técnicas para impedir la integración de las partes en una fusión durante procedimientos de revisión realizados por los organismos, eliminando el incentivo perverso para que las partes retrasaran el proceso de revisión de las fusiones. De forma similar, se emplearon los requerimientos como herramienta para detener las conductas anticompetitivas en casos no relacionados con fusiones mientras se llevaban a cabo procedimientos de investigación. La creación de un centro de métodos cuantitativos por parte de la SDE contribuyó al avance de la capacidad para realizar análisis económico sofisticado. Asimismo, se comisionaron estudios económicos para desarrollar mejores métodos para emplear técnicas cuantitativas y econométricas. En los tribunales, el CADE estableció su derecho a participar en audiencias de emergencia para aplazar órdenes del CADE y requirió, con éxito, que las multas impuestas se depositaran en el tribunal durante los procedimientos judiciales para aplazar la ejecución de la multa.

El SBDC amplió de forma intensa su interacción con autoridades extranjeras de defensa de la competencia y expandió su participación en organizaciones multinacionales para este fin, tanto en América del Sur como en otros países. En lo que concierne a la defensa de la competencia, los organismos del SBDC (principalmente por medio de la SEAE, aunque no de manera exclusiva) se resistieron con éxito a la aplicación de una serie de programas y propuestas de regulación que atentaban contra la competencia. Los tres organismos han participado en los intensos esfuerzos por aumentar el entendimiento de las leyes de competencia entre los fiscales públicos y los miembros del poder judicial, y la SDE ha utilizado con eficacia su departamento de protección al consumidor para contribuir a formar a las organizaciones locales de este segmento acerca de la política de competencia. Los tres organismos también participan de forma activa en el

desarrollo de una cultura de competencia en Brasil. Por último, los organismos superaron añejos desacuerdos para presentar una propuesta unificada para realizar revisiones legislativas sustanciales a la ley de competencia.

Sin embargo, varias de las recomendaciones realizadas en el Informe de 2000 no tuvieron seguimiento por parte del SBDC. Así, el CADE dedicó poca atención a tratar con las restricciones contra la competencia impuestas por los gobiernos estatales y locales, la obligación al cumplimiento de las leyes y la defensa de la competencia demostraron muy poca visibilidad en algunos sectores y el CADE no mostró la voluntad para depender únicamente del “primer documento vinculante” como circunstancia de activación en notificaciones de fusión. Otros ámbitos en los que podrían hacerse mejoras se relacionan con la transparencia de las decisiones y los lineamientos del CADE, así como con su manera de enfocar el litigio privado en defensa de la competencia. No obstante, los renglones en los que el SBDC merece un reconocimiento exceden, tanto en número como en relevancia, a los aspectos en los que su desempeño fue de algún modo deficiente.

Entre las fortalezas particulares del SBDC se incluye una gran dedicación institucional por alcanzar niveles altos de integridad, autonomía, solidez de políticas y justicia de los procedimientos, sin olvidar un excelente cuadro de liderazgo y una comunidad empresarial que presta un apoyo importante. Entre sus debilidades se puede mencionar su estructura institucional contraproducente y una plantilla de personal que no es suficiente en número, ni cuenta con la compensación adecuada para poder retener a empleados calificados en el largo plazo. Entre las consecuencias de estas desventajas se encuentra la deficiente memoria institucional, las ineficiencias y los rezagos. También existen disposiciones legales con relación a la notificación en las fusiones y el programa de indulgencia que interfieren con una obligación al cumplimiento eficiente y eficaz. La falta de familiaridad de los tribunales con la ley de competencia es otra fuente de dificultades.

Las recomendaciones que se presentan a continuación, clasificadas en dos grupos, fueron diseñadas para tratar toda la gama de temas de política y leyes de competencia que enfrenta el SBDC. El primer grupo concierne a las recomendaciones que sugieren tomar medidas por ramas del gobierno federal distintas del SBDC, mientras que las del segundo grupo se relacionan con cambios que puede poner en práctica el CADE.

6.2 *Recomendaciones*

Recomendaciones al gobierno federal

6.2.1 *Consolidar las funciones de investigación, enjuiciamiento y adjudicación del SBDC en un solo organismo autónomo.*

Existe un consenso claro en Brasil, apoyado por una década de experiencia, acerca de que la estructura actual del SBDC no sólo es ineficiente, sino contraproducente. Al combinar la SDE con el CADE y reorientar la SEAE hacia la defensa de la competencia más que la investigación de casos, la legislación propuesta consolida todas las funciones esenciales del SBDC para hacer cumplir la ley en un solo organismo autónomo. Aunque no existe un esquema organizacional correcto para los organismos de competencia, el modelo de una sola entidad ha demostrado ser exitoso en muchas jurisdicciones, y su adopción en Brasil sería un avance con respecto a la situación actual.

En la página 215 del Informe de 2000 se observaba que la independencia del CADE se veía comprometida bajo el estatuto actual, debido a que sólo la SDE (organismo del Poder Ejecutivo) tenía la facultad de iniciar casos de obligación al cumplimiento de la ley, con lo que el CADE carecía de la autoridad plena “sobre la dirección general de la política de competencia en el país (página 215). Aunque la propuesta de ley elimina la participación del Poder Ejecutivo en los procesos del CADE, la capacidad de la Plenaria para controlar la orientación de la obligación al cumplimiento se verá disminuida aún más, debido a que las decisiones del Director General para cerrar (o no abrir) investigaciones administrativas pueden ser apeladas sólo ante el Director General y no ante el Pleno.

El formato de organismo único que se refleja en la propuesta de ley implica contar con un fiscal sólido y completamente independiente del cuerpo resolutivo. Un modelo alternativo que mantuviera la separación de las funciones procesales y resolutorias pero que permitiera cierto nivel de interacción entre ambas requeriría facultar al Presidente del CADE para nombrar (y destituir) al Director General, previa aprobación del Pleno. Este modelo también ha funcionado en otras jurisdicciones, y merece ser considerado en la medida en la que Brasil desee depositar una mayor autoridad para controlar la agenda de obligación al cumplimiento de la ley en manos del Presidente y el Pleno en lugar de en manos del Director General.

6.2.2 *Proteger la autonomía de este CADE reconstituido mediante la ampliación de los periodos en funciones de los comisionados, el Director General y otros altos funcionarios a, por lo menos, cuatro años (y de preferencia cinco), y con nombramientos escalonados.*

Tanto la ley vigente como la propuesta establecen al CADE como entidad autónoma, libre del control del Poder Ejecutivo. Esta autonomía es totalmente apropiada dado el poder del CADE para emitir juicios e imponer penas por violaciones a la Ley 8884. Sin embargo, la autonomía no significa, por supuesto, un aislamiento total del resto del gobierno. Las decisiones del CADE están sujetas a revisión por parte de los tribunales, la integridad de sus procesos es vigilada por el Fiscal Público y tanto el Presidente como el Congreso desempeñan un papel crucial en el nombramiento de los comisionados y otros funcionarios de alto nivel del organismo.

La redacción de la ley actual (Art. 4, párrafo 1), al contemplar que los comisionados cumplan un periodo de dos años con posibilidad de ser nombrados para un segundo periodo reduce la autonomía del CADE, al crear incentivos para que los comisionados en funciones ajusten sus decisiones a fin de ser nombrados de nuevo. Incluso si ese ajuste de decisiones no ocurriera nunca, lo reducido del periodo en funciones genera la sospecha de que podría darse. De cualquier manera, un periodo de dos años es ineficientemente corto para los comisionados encargados de resolver problemas técnicos y complejos litigados en un procedimiento acusatorio. La experiencia acumulada de los comisionados es demasiado valiosa para una destitución tan prematura.

La propuesta de ley contempla periodos de cuatro años para los comisionados, el Procurador General y el Economista en Jefe, y de dos años para el Director General. Todos estos puestos son de nombramiento presidencial con aprobación del Senado, y todos (incluyendo al Director General), contemplan que la duración sea de por lo menos cuatro años, por los motivos antes expuestos. También debería considerarse el establecimiento de periodos de cinco años, ya que los funcionarios de los organismos autónomos deberían tener nombramientos más largos que los de la entidad política que los determina. El Presidente de Brasil cumple un mandato de cuatro años, por lo que establecer los nombramientos de los organismos durante el mismo plazo significaría que cada presidente podría sustituir a todos los integrantes de un organismo.

Ya sea que los mandatos tengan una duración de cuatro o de cinco años, deberían ser escalonados, como se contempla en la propuesta. La perspectiva de que un presidente pudiera sustituir a todos los comisionados

durante el curso de un mandato presidencial de cuatro años no es tan problemático en términos de autonomía como los es el reemplazo simultáneo de todos o la mayoría de los comisionados en un mismo punto en el tiempo.

6.2.3 *Al realizar nombramientos, se debería otorgar la consideración debida a la importancia de la experiencia técnica en economía y legislación de competencia.*

Los organismos de competencia aplican normas legales muy generales a lo que pueden ser modalidades muy complejas de actividad comercial. La experiencia técnica es un elemento importante para llegar a decisiones que distingan con precisión entre las conductas dañinas y las benéficas. La precisión en el análisis no sólo es importante por el riesgo que ello implica para las partes, sino también porque los errores de consideración al obligar a cumplir una ley de competencia pueden obstaculizar la vitalidad económica, desalentar la inversión y reducir la innovación de manera importante.

6.2.4 *Fijar el quórum del Pleno en cuatro en lugar de cinco participantes en las ocasiones en las que el número de comisionados disponibles para votar sobre un caso se reduzca a cuatro por causa de vacancia o descalificación.*

Ahora, la Ley, por medio del Artículo 49, requiere un quórum de cinco comisionados en toda circunstancia,. En efecto, algunas veces se retrasa la emisión de fallos debido a que no se cuenta con el número suficiente de comisionados para que haya quórum. Una excepción modesta permitiría que un quórum de cuatro miembros resolviera casos en los que el número de comisionados tuviera que reducirse a cuatro por causa de vacancia, descalificación o discapacidad.¹²⁵

6.2.5 *Promulgar leyes que creen plazas de carrera en el CADE y proporcionen los recursos adecuados para contratar y retener un número suficiente de elementos calificados entre el personal profesional.*

No debe esperarse que un organismo funcione durante una década utilizando personal “prestado” y temporal, en especial cuando el desempeño eficaz y eficiente de la misión del organismo depende en tan gran medida del conocimiento institucional acumulado. Sin plazas permanentes y de carrera, el CADE no será capaz de competir con eficacia contra otros organismos en lo relacionado con la contratación de personal calificado. El

Informe de 2000 (página 200) concluyó que el suministro de personal para el CADE debía ser definido como “alta prioridad en el gobierno y el Congreso”, urgencia que se repite aquí enfatizando en la palabra “alta”.

Sin embargo, los problemas que enfrenta el CADE no se resolverán simplemente por medio de la creación de plazas de carrera. El número de plazas y su compensación también tiene una importancia crucial. El personal adscrito en la actualidad al CADE, incluso los 28 asistentes temporales, no basta para permitir la conclusión expedita del trabajo del organismo, con lo que se contribuye al retraso que sufren los procedimientos del CADE. Por su parte, la situación en la SDE es peor, al contar con un personal de 35 profesionistas intentando resolver 800 asuntos pendientes. De cualquier modo, si la SDE y el CADE aumentan sus esfuerzos por hacer cumplir las leyes en contra de los cárteles se justificaría el incremento de recursos para ambos organismos (como se recomienda en otras secciones de este informe). Hasta este punto, el SBDC ha hecho todo lo que está en su poder para exprimir tanta productividad como es posible de los recursos existentes. De aquí que no sea posible obtener más productividad sin personal adicional.

Asimismo, para que el CADE logre contratar y retener personal calificado es importante que tengan una compensación adecuada (incluyendo a las plazas DAS). A medida que la estancia de los empleados en sus plazas se extienda, se podría esperar que se redujeran los problemas que se pueden atribuir, por lo menos en parte, a un personal carente de experiencia y sobreexplotado, como la solicitud de información indebida y engorrosa y las revelaciones inadvertidas de información confidencial.

Sin embargo, con respecto a la Oficina del Procurador General del CADE surge otro problema con el personal. A pesar de que los abogados de esa oficina reportan al Procurador General del CADE y no al Procurador General Federal, este último determina cuántos abogados deben asignarse al CADE. El número actual es 13, de entre 18 y 20 que se mencionaban en el Informe de 2000 (página 187). Mientras tanto, el número y la complejidad de los casos pendientes en los tribunales que involucran al CADE como parte, ha aumentado de manera considerable entre 2000 y 2004. El impacto efectivo sobre el mercado de muchos de los fallos que emite el CADE depende de su obligación al cumplimiento en el plano judicial, por lo que garantizar que el CADE tenga la representación adecuada en los tribunales es igualmente importante que contar con el personal adecuado para sus procesos. El número de abogados asignados a la Oficina del Procurador General debe aumentar.

6.2.6 Considerar el establecimiento de oficinas regionales del CADE

Como punto final en el tema de los recursos, debería considerarse la factibilidad económica de establecer oficinas regionales del CADE en diversos lugares de Brasil. Ninguna otra agencia además del CADE tiene facultades para hacer cumplir la Ley 8884 y se puede esperar que surjan muchos casos que justifiquen ser procesados en centros de población diferentes de Brasilia. Mantener una presencia local también mejoraría la relación del CADE con los fiscales públicos locales y facilitaría sus esfuerzos para fomentar la comprensión pública de la política de competencia e incrementar su apoyo.

6.2.7 Revisar la propuesta de ley para eliminar la asignación de los ingresos por multas al CADE y la SEAE.

De acuerdo con la ley actual, todos los ingresos provenientes de las multas recaudadas se remiten al Fondo para la Defensa de los Derechos Difusos (CFDD, por sus siglas en portugués). La ley propuesta asigna 25 por ciento de los ingresos por multas al CADE y un monto igual a la SEAE, con el 50 por ciento restante canalizado al Fondo. No resulta deseable dar a un organismo de obligación al cumplimiento de la ley un interés presupuestario del tamaño de las multas que imponga de forma discrecional. Incluso si el organismo no se ve influenciado por la perspectiva de ingresos por multas, no hay forma de comprobar la imparcialidad del mismo ante las compañías a las que se imponen estas multas. La mejor práctica consiste en remitir las multas a una cuenta general que no esté asociada con el organismo de obligación al cumplimiento.¹²⁶

6.2.8 Modificar el proceso de notificación y revisión de fusiones para

- Adoptar una norma explícita que revise las implicaciones competitivas de las transacciones de fusión.

La Ley 8884 no contiene en la actualidad una norma explícita a la luz de la cual evaluar la legalidad de las fusiones. Para proporcionar transparencia a las partes afectadas en una fusión y orientación al organismo de competencia, la ley de control de fusiones debería incluir una norma expresa al respecto. La legislación propuesta incluye lenguaje que prohíbe las fusiones que “eliminan la competencia en una parte sustancial del mercado relevante, que creen o fortalezcan una posición dominante o que puedan dominar un mercado relevante.” La redacción, similar a la adoptada

en 2004 por la Unión Europea, establece una base adecuada para evaluar las fusiones.

- Establecer un sistema de notificación previo a la fusión.

Tanto el SBDC como la comunidad empresarial concuerdan en que el sistema actual de notificación posterior a la fusión en Brasil es poco manejable e ineficiente. La legislación propuesta establece un sistema de notificación previo a la fusión, contemplando que las partes de esta transacción deben mantener “las condiciones de competencia” entre ellas y no tienen la facultad para ejecutar una transacción notificada sino hasta que haya sido evaluada por el CADE.

- Eliminar la notificación actual de participación de mercado y adoptar umbrales basados en el volumen de ventas interno tanto de las partes mayores como de las menores en la transacción.

La ley actual requiere que una fusión sea notificada si la entidad resultante controla 20 por ciento de un mercado relevante o si cualquiera de las compañías participantes tiene un volumen anual de ventas de 400 millones de reales. La redacción legal no especifica que el volumen de ventas deba ser medido en función de las ventas en Brasil, por lo que puede interpretarse como si se refiriera a ventas en el mercado global. Esta formulación tiene tres defectos. Primero, el defecto de restringir el volumen de ventas al mercado brasileño lleva a la red de notificaciones muchas transacciones que no tienen significancia competitiva reconocible en Brasil. La comunidad internacional de defensa de la competencia concuerda en que los países no deberían buscar mantener la jurisdicción de fusiones que carecen de nexos suficientes con el país en cuestión.¹²⁷ Recientemente, el CADE decidió que la redacción existente debería interpretarse sólo para considerar el volumen de ventas en Brasil, pero esta restricción debería incluirse en la disposición legislativa más que sometida a la interpretación del organismo de defensa de la competencia.

Segundo, una de las pruebas de notificación existentes depende de la participación de mercado. De nuevo, la comunidad de defensa de la competencia concuerda en que los requisitos sólo deberían centrarse en normas que sean cuantificables de manera objetiva, y recomienda específicamente que no se utilice el empleo de la participación de mercado como prueba.¹²⁸

Tercero, la prueba existente de volumen de ventas sólo se activa si una de las partes en la transacción la cumple, sin importar el tamaño de la otra parte. Esto también puede generar el requerimiento de notificar fusiones que no tienen potencial anticompetitivo. La recomendación que genera consenso internacional acerca de este punto es que la notificación “no debe

requerirse únicamente sobre la base de la actividad local de la empresa compradora, por ejemplo, con referencia a una prueba combinada de ventas locales o de activos que podría ser satisfecha sólo por la parte compradora, sin importar cualquier actividad local que realice la compañía que será adquirida”.¹²⁹

La propuesta de ley trata todos estos defectos al requerir notificación sólo si (1) al menos uno de los participantes en la transacción tiene un volumen de ventas total en Brasil de 150 millones de reales, y (2) por lo menos otro participante en la transacción tiene un volumen de ventas total en Brasil de 30 millones de reales. Así, el volumen de ventas se limita únicamente a las ventas en Brasil, se elimina la prueba de participación de mercado y sólo se requiere notificación si las partes mayor y menor en la fusión tienen la cantidad relevante de volumen de ventas en Brasil.

- Eliminar la notificación de transacciones no relacionadas con fusiones.

En los casos en los que los sistemas de notificación no sólo cubren las fusiones sino todos los convenios restrictivos, la experiencia común es que los costos impuestos sobre la comunidad empresarial y el organismo de obligación al cumplimiento exceden los beneficios resultantes en términos de la competencia. Al restringir expresamente el requisito de notificación a las “fusiones”, la ley propuesta elimina en efecto la redacción de la ley existente que requiere notificar las transacciones no relacionadas con fusiones.¹³⁰

- Considerar la aceleración de la revisión y aprobación de transacciones que no planteen cuestionamientos relacionados con la competencia.

La ley actual no requiere notificación previa a la consumación de transacciones, por lo que no suspende de manera automática las transacciones mientras el SBDC realiza su revisión. La propuesta establece un sistema de notificación previo a la fusión de acuerdo con el que se prohíbe la consumación de las transacciones notificadas hasta haber completado la revisión. El consenso internacional con respecto a estos sistemas de notificación “suspensivos” es que deberían incluir un mecanismo que permitiera una conclusión acelerada del periodo de espera para transacciones que no planteen temas competitivos de importancia crucial.¹³¹

De conformidad con la propuesta de ley, la Dirección General debe publicar una notificación resumida de la transacción propuesta dentro de los cinco días siguientes a la fecha en la que se considere que la notificación ha sido completada. Dentro de los 20 días posteriores a la publicación de la

notificación, la Dirección General debe solicitar información adicional o aprobar la transacción. En caso de ser aprobada, el Pleno tiene un plazo de 15 días dentro de los cuales puede publicar un anuncio de su determinación para revisar la decisión de la Dirección General. Si el Pleno no actúa durante ese plazo, la aprobación de la transacción queda confirmada y podrá entonces consumarse. Así, el sistema propuesto supone un mecanismo de conclusión acelerada de acuerdo con el cual las transacciones que no generen controversia sean aprobadas en un plazo no mayor de 40 días después de su registro (o tal vez antes si la Dirección General actúa en menos de 20 días).

- Establecer una fecha límite definitiva en función de la cual el CADE debe determinar si bloqueará o no una fusión.

De acuerdo con la ley vigente, el CADE debe emitir un fallo definitivo sobre una fusión dentro de un plazo de 60 días luego de recibir la recomendación de la SDE (sujeto a suspensión para recabar información adicional). Si el CADE no cumple con este plazo, se considera que la fusión ha sido aprobada.

Como se destacó en párrafos anteriores, la propuesta de ley introduce un procedimiento de conclusión anticipada de acuerdo con el que una transacción inobjetable puede consumarse en un plazo de 40 días después de notificada. En el caso de transacciones que planteen problemas de competencia, el proyecto de ley establece una serie de plazos límite que dan seguimiento a cada etapa del proceso, más que un solo plazo a cumplir para la revisión completa. La Fase I de investigación por parte de la Dirección General (DG) debe estar concluida dentro de los 60 días posteriores a la presentación satisfactoria de la información requerida por las partes, en cuyo momento la DG deberá aprobar la fusión o transferirla al Pleno para su consideración. Por su parte, en caso de que la DG apruebe la fusión, el Pleno tiene 15 días para designar una revisión de la aprobación misma.

Una vez que un caso en disputa se agenda para su revisión en el Pleno, las partes cuentan con 30 días para presentar su defensa y, a partir de ese plazo, el Comisionado Relator tiene 20 días para ordenar investigación adicional o programar el asunto para ser juzgado en el Pleno. Si se requiere investigación adicional, su conclusión da inicio a un periodo de diez días para que la Dirección General y las partes presenten argumentos adicionales, seguido por un periodo de 20 días en el que el Comisionado Relator debe programar el asunto para ser juzgado ante el Pleno. Sin embargo, el Pleno no tiene plazo determinado para presentar su fallo definitivo.

La comunidad internacional de defensa de la competencia concuerda en que los organismos dedicados a este fin deben contar con el tiempo

suficiente para analizar transacciones complejas, pero reconoce también que plazos largos pueden ocasionar el abandono de las transacciones, obstaculizar la planeación de la transición por parte de los participantes en la fusión, y obligar a diferir la realización de las eficiencias generadas por la fusión. El principio general expresado por la RIC sobre este punto es que las revisiones de fusiones deberían “completarse dentro de un marco temporal razonable. Un plazo de revisión razonable debería tomar en cuenta, entre otras cosas, la complejidad de la transacción y los posibles temas relacionados con la competencia, la disponibilidad y dificultad de obtención de la información, y la oportunidad de las respuestas de las partes en la fusión a las solicitudes de información.”¹³² De manera similar, la OCDE afirma que las revisiones de fusiones “deberían llevarse a cabo y las decisiones tomarse dentro de un marco temporal razonable y determinable”.¹³³

Las recomendaciones de la RIC proporcionan detalles adicionales con respecto a los periodos de espera en sistemas suspensivos de revisión de fusiones, recomendando que las jurisdicciones “busquen la convergencia de sus periodo de espera dentro de los marcos temporales que utilizan comúnmente los organismos internacionales de competencia.” Así, los periodos iniciales de espera deberían vencer en seis semanas o menos, y las revisiones ampliadas o de ‘Fase II’, deberían terminar o poderse terminar dentro de seis meses o menos luego de la presentación de la(s) notificación(es) inicial(es).¹³⁴ Sin embargo, cabe apuntar que estos plazos recomendados son para la finalización de los periodos de espera, y que no son plazos para la adjudicación definitiva de los méritos de la transacción. La RIC continúa sus recomendaciones para los periodos de espera con la afirmación de que las partes deberían ser libres de consumir transacciones al vencimiento de los periodos de espera “a menos que el organismo de competencia tome medidas formales para ampliar el periodo de espera (como, por ejemplo, al iniciar los procedimientos de la Fase II), a fin de imponer condiciones para cerrar la transacción o prohibirla”.¹³⁵

La propuesta de ley contempla que, dentro de los 40 días posteriores al registro de la notificación, la revisión en Fase I del registro inicial concluiría con una cancelación anticipada o la conversión del caso a un procedimiento de investigación de Fase II. Así, la propuesta se adapta a la recomendación de la RIC con respecto a la duración de la Fase I. De acuerdo con la propuesta, la Fase II tiene una duración de 165 días, momento en el que el asunto tendrá que ser programado para ser juzgado por el Pleno si no se resuelve por otro medio. A pesar de ser menor que el periodo de seis meses recomendado por la RIC, la deficiencia se encuentra en que el último evento sujeto a un plazo es la entrega del caso al Pleno. Las partes no pueden consumir la fusión durante el tiempo que tome el Pleno para deliberar.

Una solución eficaz consistiría en permitir a las partes consumar la transacción 20 días después de que el Comisionado Relator programe el caso para deliberación del Pleno, a menos que se emita mientras tanto una orden precautoria al amparo de la Resolución 28. Una orden basada en la Resolución 28 requiere que se encuentre necesario emitir un requerimiento preliminar y es, en sí, una orden sujeta a revisión judicial. Sumar este requerimiento al final del proceso de revisión de la fusión requeriría que el Pleno demostrara públicamente la razón por la que una transacción debería continuar siendo bloqueada durante más de seis meses.

- Establecer procedimientos formales de conciliación en casos de fusiones.

La ley vigente no establece mecanismos formales de conciliación por consenso para casos de fusiones. Debería alentarse la resolución negociada de los casos de fusión, debido a que muchas transacciones problemáticas desde la perspectiva de la competencia podrían salvarse con la modificación adecuada de los elementos de la misma. La propuesta de ley incluye una disposición que faculta a la Dirección General (con la participación obligatoria del Comisionado Relator) para negociar un acuerdo conciliatorio en el caso de una fusión notificada en cualquier punto del tiempo antes de que el caso sea agendado ante el Pleno como transacción cuestionada. Una vez negociado, el arreglo deberá publicarse durante diez días, por lo menos, para recibir observaciones al respecto, luego de lo cual la DG puede elegir renegociar la propuesta o transmitirla al Pleno para su proceso final. El periodo de comentario público es una característica bienvenida de los procedimientos de conciliación negociada, pues contribuye a garantizar al organismo que ha evaluado correctamente el posible impacto del arreglo sobre el mercado relevante.

Modificar el programa de indulgencia para

- Eliminar el riesgo de los participantes en el programa de indulgencia a ser demandados de acuerdo con leyes penales distintas de la de Delitos Económicos.

El Artículo 35-C de la Ley 8884 protege a los participantes en el programa de indulgencia de ser acusados al amparo de la ley brasileña de delitos económicos (número 8137/90), pero no trata otras leyes penales (como las que castigan la extorsión y la conspiración) que serían vehículos posibles para atacar a participantes de un cártel. Los incentivos de un conspirador para buscar indulgencia se ven obstaculizados por este riesgo. De aquí que debiera modificarse la ley para impedir cualquier tipo de persecución penal por conductas que constituyan una violación de la ley

competencia y es la base de la situación de una empresa como participante en el programa de indulgencia.

- Reducir la exposición de los participantes en el programa de indulgencia a las sentencias por daños en el ámbito civil

De acuerdo con la ley vigente, los participantes en el programa de indulgencia no reciben protección de las demandas civiles que puedan presentar agentes privados. Aunque esto puede funcionar como disuasor para que un conspirador solicite indulgencia, en general no existen razones de peso para excusar a un conspirador de su responsabilidad por los daños causados a las víctimas de la conspiración. Sin embargo, el sistema legal brasileño aplica una “responsabilidad conjunta y solidaria” a los miembros de una conspiración. Esto significa que se puede requerir que un conspirador pague más de su parte del daño si otros miembros de la conspiración están protegidos contra la posibilidad de un juicio. El principio subyacente a la responsabilidad conjunta y solidaria es que cada miembro de una conspiración (como un cártel de fijación de precios) deberá estar expuesto a enfrentar la responsabilidad por el monto total de los daños causados por el esquema de conspiración.

Una opción para tratar con el riesgo de los solicitantes de indulgencia de enfrentar demandas por daños civiles, sería la de eliminar su responsabilidad conjunta y solidaria, de manera que nunca fueran responsables por más daños que los causados por su propia conducta. Una opción adicional consistiría en reducir o eliminar la sentencia de los daños contra el acusado en el programa de indulgencia en la medida en la que se cuente con fondos compensatorios de otros conspiradores.¹³⁶

- Adoptar disposiciones que garanticen que la evidencia incriminadora proporcionada por los solicitantes para el programa de indulgencia no se utilicen contra ellos si se encuentra que no cumplen las condiciones para participar en el programa.

La ley vigente (Art. 35-B, §10) contempla que lo propuesto por solicitantes de indulgencia que luego resulte que no cumplen con las condiciones necesarias para formar parte del programa, será mantenido como información confidencial por parte del SBDC y no será tratado como admisión de que la parte cometió la acción en disputa o que dicha acción es ilegal. Sin embargo, la ley no restringe el uso interno de la información por parte del SBDC. Esta es otra forma de exposición al riesgo que puede desalentar las solicitudes de indulgencia. El SBDC debería adoptar disposiciones que prohíban a los funcionarios receptores del programa la revelación al personal de investigación de cualquier información

confidencial recibida de los solicitantes del programa que luego se determina que no cumplen las condiciones necesarias para pertenecer a él.¹³⁷

6.2.9 Considerar el nombramiento de jueces especializados y paneles de apelación para resolver temas relacionados con la ley de competencia.

Ya sea que el CADE logre o no persuadir al Poder judicial para que revise las decisiones del CADE sólo en cuanto a irregularidades de procedimiento y no con respecto a temas que atenten contra la competencia, los tribunales brasileños tendrán que enfrentarse a cuestiones relacionadas con la competencia al emitir una sentencia al amparo de la Ley de Delitos Económicos y las demandas civiles que buscan resarcir daños en términos de la competencia. Aunque existen limitaciones constitucionales para la creación de tribunales especializados, el juez principal de un tribunal regional de apelaciones puede designar paneles especializados para escuchar apelaciones de casos relacionados con las leyes de competencia, y puede sugerir a los tribunales de primera instancia en la región que se nombren jueces especializados para escuchar casos de competencia en primera instancia. Si se designa a los jueces para fungir como especialistas, deberían recibir la capacitación adecuada para analizar temas económicos, lo que también podría emplearse para resolver casos que involucren a organismos reguladores del sector o que, por otros motivos, planteen problemas económicos.¹³⁸

6.2.10 Limitar la Ley de Delitos Económicos a violaciones de cárteles.

La ley federal de Delitos Económicos (número 8137/90) no sólo prohíbe la formación de cárteles entre competidores para fijar precios, dividir mercados o arreglar licitaciones, sino también las conductas unilaterales que involucran declaraciones de abuso de poder económico, aumentos de precios sin justificación, *dumping* y discriminación de precios. El CADE está mejor equipado para tratar con estas conductas al amparo de la Ley 8884. La Ley de Delitos Económicos debería entonces modificarse para eliminar de su ámbito las conductas no relacionadas con cárteles.

6.2.11 Considerar limitar las demandas civiles por daños monopólicos a partes y conductas que hayan estado sujetas a una sentencia específica de ilegalidad por parte del CADE.

Los demandantes privados en Brasil pueden presentar casos en busca de daños al amparo de la Ley 8884 y otras leyes. De la misma manera en que la exposición a ser demandado al amparo de la Ley de Delitos Económicos puede desalentar las conductas a favor de la competencia, el riesgo de enfrentar demandas privadas por daños relacionados con conductas anticompetitivas puede tener el mismo efecto. Las demandas privadas por daños pueden iniciarse en cualquier tribunal de primera instancia en Brasil, y no se cuenta con información para determinar la frecuencia con la que se entablan o con la que resultan en sentencias contra conductas que no han sido caracterizadas adecuadamente como anticompetitivas. Una manera para limitar las demandas civiles sólo a reclamos legítimos consistiría en modificar la ley de manera que este tipo de demanda sólo puedan presentarse contra partes y por conductas que hayan estado sujetas a un fallo específico de ilegalidad por parte del CADE. Esta modificación podría incluir una cláusula que limite la vigencia de la misma, de acuerdo con la que la restricción vencería luego de cierto número de años a menos que se renueve. Este tipo de cláusula proporciona oportunidades para recabar información y evaluar los registros de obligación al cumplimiento en temas de defensa de la competencia entre agentes privados en Brasil. Si no se considera apropiado promulgar una ley semejante, en el futuro, deberían realizarse esfuerzos para recolectar información sobre el volumen, la naturaleza y los resultados de los litigios sobre competencia en el ámbito privado.

6.2.12 Adoptar las disposiciones en el proyecto general de ley para los organismos del sector que establecen procedimientos estandarizados para obligar al cumplimiento de la ley de competencia

Aunque la Ley 8884 es aplicable a empresas en sectores regulados, la mayoría de las leyes de los organismos no se refieren de manera específica a la ley de competencia ni establecen procedimientos de cooperación para su cumplimiento entre el organismo sectorial y el CADE. El proyecto general de ley para los organismos reguladores sectoriales incluye disposiciones que requieren a los organismos dar seguimiento a sus industrias en cuanto al cumplimiento con la ley de competencia, reportar sospechas de violación y proporcionar informes técnicos al CADE para su utilización en procedimientos de obligación al cumplimiento. Por su parte, el CADE debe notificar al organismo correspondiente las decisiones tomadas en casos de

conducta y fusiones que puedan afectar al sector, de modo que el organismo tome las medidas legales necesarias.

6.2.13 Adoptar las disposiciones en el proyecto de ley general para los organismos del sector que establecen procedimientos estandarizados para la participación de la SEAE en procedimientos de los organismos para promulgar normas y regulaciones.

De conformidad con la ley propuesta para reorganizar el SBDC, se reorienta el enfoque de la SEAE hacia la defensa de la competencia y se le asigna responsabilidad específica por el fomento de la competencia mediante la realización de consultas con organismos reguladores y la emisión de opiniones sobre las propuestas de reglamentación. El proyecto general de ley para los organismos reguladores sectoriales incluye las disposiciones complementarias necesarias para establecer un papel específico para la SEAE en términos de procedimientos para el establecimiento de reglas. Así, se requiere que los organismos reguladores sectoriales soliciten la opinión de la SEAE 15 días antes de presentar sus propuestas de normas y regulaciones para comentario público. Por su parte, se requiere que, en un plazo de 30 días, la SEAE emita una opinión pública sobre las implicaciones de la propuesta en términos de competencia. Los organismos reguladores tienen la obligación de responder oficialmente a comentarios realizados durante este plazo.

6.2.14 Adoptar el proyecto de ley pendiente de aprobación para la obligación al cumplimiento de la ley de competencia en el sector bancario.

El proyecto de ley, diseñado conjuntamente por el Banco Central y el CADE, proporciona un vehículo adecuado para resolver el añejo desacuerdo entre los dos organismos acerca de la aplicación de la ley de competencia a las instituciones financieras. El proyecto contempla que el Banco Central tenga responsabilidad exclusiva por la revisión de fusiones que involucren un riesgo para la estabilidad general del sistema financiero. En otros casos de fusión, el Banco investigará en conjunto con el SBDC, y el CADE tendrá autoridad dispositiva. Por su parte, la autoridad para el manejo de casos de conducta en el sector bancario residirá exclusivamente con el SBDC.

Recomendaciones para el CADE

6.2.15 Tratar con las limitaciones contra la competencia que aplican gobiernos estatales y locales.

Esta recomendación renueva la presentada en el Informe de 2000 (página 195) que instaba al CADE a explotar su autoridad moral y política en tanto que organismo nacional de competencia empleando el Artículo 7 X y el procedimiento de consulta al amparo de la Resolución 18 para tratar cualquier tipo de limitación a la competencia impuesta por los gobiernos estatales y locales. El Artículo 7 X confiere poderes no sólo para que el CADE solicite que los organismos federales tomen medidas, sino también de “las autoridades estatales, municipales, territoriales y del Distrito Federal”. El CADE ha empleado la autoridad conferida por el Artículo 7 X para tratar temas relacionados con regulación local en ocasiones contadas y, durante los últimos años, sólo cuando surgieron problemas de regulación en el contexto de un procedimiento de obligación al cumplimiento de la ley. En su página 195, el Informe de 2000 observó que el CADE podría desempeñar una “función altamente útil” al evaluar esquemas de regulación, reflejando el punto de vista de que las limitaciones contra la competencia impuestas por la ley a menudo son más dañinas que cualquier restricción impuesta por un convenio privado. Como se describió en otras secciones de este informe, el departamento de competencia de la SDE (el Departamento de Protección y Defensa Económica, DPDE) ha cooperado con el Departamento de Protección y Defensa del Consumidor (DPDC), también adscrito a la SDE, para presentar conferencias y talleres de capacitación conjuntos acerca de la ley de competencia para organismos de defensa del consumidor en los estados brasileños. Este programa podría fungir como vehículo para identificar sistemas regulativos locales que justifiquen ser considerados por el CADE.

6.2.16 Fungir como defensora de la competencia con respecto a la legislación federal y los programas de regulación.

Aunque el proyecto de ley asigna a la SEAE una responsabilidad especial por la evaluación de las implicaciones competitivas de las actividades regulativas del gobierno, el CADE conservará aún el poder que le otorga el Artículo 7 X de la ley de competencia para solicitar que los organismos federales tomen las medidas necesarias para cumplir con la ley de competencia. El CADE ha interpretado que el Artículo 7 X le confiere autoridad para recomendar cambios en las regulaciones que atenten contra la competencia, y debería conservar esta interpretación. El CADE desempeña un papel crucial en el proceso regulativo como el único organismo

autónomo con la autoridad y experiencia adecuadas para opinar acerca de temas de competencia. Por su parte, la SEAE, en tanto que organismo del Poder Ejecutivo es responsable en última instancia ante el Ministerio de Finanzas y, con base en ello, está sometido, al menos potencialmente, al control político de sus posturas de defensa de la competencia.

6.2.17 Actualizar los Lineamientos Horizontales para Fusiones de 2001.

Los lineamientos para fusiones no sólo establecen el marco analítico para que el organismo de competencia considere casos de fusión, sino también hace que el proceso de revisión de fusiones sea más transparente y predecible ante el sector privado. Por esta razón, la comunidad internacional de defensa de la competencia alienta a los organismos dedicados a esta actividad que revisen sus lineamientos con regularidad para reflejar las prácticas vigentes y poner en marcha las mejoras.¹³⁹ Los lineamientos actuales para las fusiones que emitió el SBDC en agosto de 2001 no parecen reflejar los elementos analíticos que en efecto se utilizan en el análisis de las fusiones. Como se ha destacado en otras secciones, los lineamientos no mencionan el índice de Herfindahl-Hirschman (HHI) para medir el nivel de concentración del mercado o la defensa de las empresas en quiebra, aunque, de hecho, el CADE emplea ambos conceptos en sus decisiones de fusión. Un proyecto para revisar los lineamientos también presentaría oportunidades para que el SBDC tratara las recomendaciones emitidas por la Red Internacional de Competencia para formular lineamientos de revisión de fusiones.¹⁴⁰

6.2.18 Garantizar que los fallos permitan que el público compruebe la racionalidad y la justicia en la aplicación de la ley de competencia.

La transparencia es una característica importante de la toma de decisiones por parte de los organismos de competencia debido a que el sector privado requiere un entendimiento claro de las limitaciones legales si ha de dedicarse a realizar planes de negocios de forma eficiente. Asimismo, las perspectivas para lograr un alto nivel de cumplimiento con la ley de competencia dependen en gran medida de la asesoría que los profesionistas dedicados a la práctica relacionada con la ley de competencia proporcionen a sus clientes del sector empresarial. Además, no es posible dar una asesoría confiable si las políticas de obligación al cumplimiento no son predecibles. En comentarios orientados a los procedimientos de revisión de fusiones, pero igualmente aplicables a casos de conducta, la Red Internacional de Competencia ha recomendado lo siguiente:

Que se proporcione una explicación razonada para las decisiones que pongan en disputa, impidan o condicionen la aprobación de una transacción y decisiones de aprobación que establezcan un precedente o representen un cambio en la práctica o política de obligación al cumplimiento. . . . Lo importante es que la información disponible permita al público dar seguimiento a la congruencia, predictibilidad y justicia en la aplicación del proceso de revisión de fusiones.¹⁴¹

De manera similar, la OCDE ha instado a sus países miembros a “garantizar que las reglas, políticas, prácticas y procedimientos involucrados en el proceso de revisión de fusiones sean transparentes y estén a disposición del público, incluyendo la difusión de explicaciones razonadas para disputar, impedir o condicionar formalmente la aprobación de una fusión”.¹⁴²

Las decisiones emitidas por el CADE están razonadas plenamente, pero no siempre relacionan el análisis con los lineamientos aplicables o identifican si el organismo está introduciendo un elemento analítico nuevo o modificado. Sería deseable prestar algo más de atención a los intereses del sector privado en el entendimiento de la evolución del enfoque analítico del CADE.

6.2.19 Permitir la resolución de casos de conducta mediante el consenso, incluso cuando el acusado admita haber mostrado conductas ilegales

El Artículo 53 de la ley vigente prevé la resolución de casos de conducta por consenso. La resolución de un caso al amparo del Artículo 53 no implica admisión de responsabilidad o culpa por parte del demandado y el CADE no impone una multa monetaria. Sin embargo, este tipo de arreglos son extremadamente raros, sobre todo porque la SDE no entablará negociaciones de resolución si ya cuenta con evidencia suficiente para sentenciar al demandado por la violación que está bajo investigación. Asimismo, los términos del Artículo 53 lo invalidan en casos de violación horizontal que involucran fijación de precios, arreglo de licitaciones, división de mercado y conductas similares (Art. 53 §5).

La política de la SDE acerca del Artículo 53 ha sido diseñada para evitar que los demandados esperen la conclusión de la investigación de la SDE antes de buscar un arreglo. Este enfoque, al igual que la negación por ley de los arreglos en casos de cárteles, refleja una política sana en la que el arreglo no trae consigo la admisión de responsabilidad ni la sanción. Sin embargo, sí debería contarse con un mecanismo de arreglo cuando un demandado en cualquier tipo de caso de conducta no desee disputar los cargos del CADE y

desea declararse culpable, pagar una multa y aceptar una orden de suspensión de la conducta ofensiva. De acuerdo con la ley propuesta, la multa mínima en un procedimiento del CADE será de 6,000 reales (2,400 dólares), en lugar del 1 por ciento del volumen anual de ventas que requiere la ley vigente. La capacidad para negociar una multa mínima debería representar un incentivo para que las empresas entren en un arreglo, en lugar de involucrar al CADE en litigios administrativos prolongados y procedimientos judiciales de revisión. El CADE podría emitir una orden correctiva apropiada (luego de un plazo para comentario público) e imponer una multa reducida, restaurando en efecto la competencia sin los retrasos y los gastos asociados con el litigio. Resulta difícil para un organismo de competencia funcionar con eficacia si todos sus casos son disputados. El CADE debería considerar esta y otras formas de alentar a los demandados a resolver los casos de conducta por consentimiento.

6.2.20 Tratar las demandas privadas que busquen la adjudicación de daños a la competencia como oportunidades para ejercer la defensa de la competencia y generar más información sobre el impacto competitivo de dicho litigio.

De acuerdo con el Artículo 89, un tribunal en el que se ha presentado una demanda privada que involucra la aplicación de la Ley 8884 debe notificar e invitar al CADE a contribuir en el proceso. El CADE tiene la política de aceptar este tipo de invitaciones sólo cuando la conducta de que se trate en la acción privada haya estado sujeta a un procedimiento del CADE y el organismo haya emitido un fallo definitivo sobre la legalidad de la conducta. En los casos en los que el CADE no ha participado en un procedimiento, el organismo debería considerar tratar estas invitaciones como oportunidades para defender la competencia. En particular, con respecto a los casos privados que involucran ataques a conductas como el *dumping* o los precios abusivamente altos, el CADE puede proporcionar asesoría útil al tribunal acerca de cómo evaluar estas demandas al amparo de la Ley 8884. En este sentido, el CADE debe también dedicarse a desarrollar una base de datos que contenga información sobre el volumen, la naturaleza y el resultado de demandas civiles por daños en el ámbito de la competencia presentadas con base en el Artículo 29 de la Ley 8884 y otras leyes, como el Código de Defensa del Consumidor y la ley de acción legal colectiva, que proporcionan las bases para las demandas basadas en conductas que atentan contra la competencia.¹⁴³ La información de este tipo es necesaria para evaluar si el litigio privado de defensa de la competencia contribuye o funciona en detrimento de la obligación efectiva al cumplimiento de la ley de competencia.

6.2.21 Continuar con los programas existentes para:

- enfocar los esfuerzos de obligación al cumplimiento de la ley en casos de cárteles;
- establecer acuerdos de cooperación en el ámbito de la obligación al cumplimiento de la ley con organismos reguladores sectoriales y enjuiciar la conducta anticompetitiva de las empresas en sectores regulados;
- establecer consensos con la Oficina del Fiscal Público que respeten el papel de los fiscales públicos asignados al CADE de conformidad con el Artículo 12 de la Ley 8884;
- fomentar el entendimiento y la apreciación de la ley de competencia entre (1) los fiscales públicos, para facilitar su cooperación en la operación del programa de indulgencias y desalentar la coerción anticompetitiva al cumplimiento de la Ley de Delitos Económicos¹⁴⁴; y (2) los miembros del poder judicial, para aumentar la calidad del análisis que aplican los tribunales en casos que traten temas de competencia;
- aumentar el reconocimiento y la aceptación de los principios de la competencia entre la sociedad en general, como defensor del desarrollo de una cultura de competencia en Brasil.¹⁴⁵

Como se ha descrito en este informe, el CADE y la SDE han puesto en marcha programas en cada una de estos cinco rubros. Todos estos esfuerzos son importantes para el progreso de la ley y la política de competencia y merecen un apoyo continuo.

Notas

1. Publicado como *Competition Law and Policy Developments in Brazil*, OECD Journal of Competition Law and Policy, octubre 2000, vol. 2, No. 3. Los números de página citados corresponden a esta publicación.
2. Posteriormente, se liberó al real para permitirle flotar contra el dólar como resultado de la crisis de balanza de pagos de 1999.
3. El proyecto de ley descrito en este informe representa el consenso de los organismos del SBDC publicado por el gobierno en febrero de 2005. El borrador está siendo objeto de revisiones antes de su presentación formal ante el Congreso, por lo que la descripción en este informe debe entenderse como un reflejo de las reformas propuestas conjuntamente por los organismos y no como una predicción de lo que surgirá del proceso legislativo.
4. Proyecto de ley alternativo para modificar la Ley 3337/04 (Congresista Picciani).
5. Proyecto de Ley Complementaria Número 344.
6. De acuerdo con los organismos del SBDC, la referencia a la “función social de la propiedad” tanto en la Constitución como en la ley de defensa de la competencia reflejan la tesis de que los propietarios no necesariamente tienen derecho a retener la totalidad de los beneficios que se derivan de la propiedad, sino que podrían estar obligados a compartirlas de algún modo con el resto de la sociedad.
7. La propuesta para modificar la Ley 8884 deja prácticamente sin cambio las faltas de conducta especificadas en los Artículos 20 y 21, excepto en que la referencia al abandono o la destrucción de cultivos o cosechas que se hace en el Artículo 21 XVII se sustituye por una referencia expresa a demandas u otorgamientos de exclusividad (incluyendo la territorial) en la distribución de productos o servicios.
8. El Procurador General del CADE advierte que esta cláusula podría aplicarse si, por ejemplo, la Compañía A (productora de trastos) convenciera falsamente a los compradores de trastos que la Compañía B

(una fabricante competidora de trastos) utiliza materias primas inferiores, forzando así a B a reducir sus precios como respuesta a la caída en la demanda.

9. El párrafo final del Artículo 21 contempla que “para fines de la caracterización de una imposición abusiva de precios o un incremento irracional en estos, deberán considerarse los siguientes incisos, con la debida atención a otras circunstancias relevantes en la economía o el mercado: (I) el precio de un bien o servicio, o cualquier incremento en él, con respecto a cualquier cambio en el costo de su insumo respectivo o con mejorías en la calidad; (II) el precio de un producto fabricado con anterioridad, comparado con su sustituto en el mercado sin cambios sustanciales; (III) el precio de un producto o servicio similar, o cualquier mejoría del mismo, en mercados competitivos similares; y (IV) la existencia de acuerdos o convenios de cualquier tipo que causen un incremento en los precios de un producto o servicio o en sus respectivos costos.”
10. Los lineamientos mismos establecen que también tienen la intención de servir como guía para el público y que, en ese sentido, han sido emitidos con base en la autoridad que se confiere al Consejo al amparo del Artículo 7 XVIII de la Ley de Competencia para “hacer del conocimiento del público los tipos de violación del orden económico”.
11. Debido a que el *predatory pricing* no se caracteriza convencionalmente como una práctica “horizontal”, el personal del SBDC anticipa que este aspecto de los lineamientos se verá alterado cuando estos últimos se revisen de nuevo.
12. Por supuesto, un caso de cártel también requiere prueba de colusión. Los lineamientos contemplan que la evidencia probatoria “no necesita restringirse a pruebas documentales, sino que también puede incluir evidencia circunstancial, como la ausencia de razonamiento económico para adoptar una práctica que no necesariamente es ilegal”. Anexo II, § B1.2. A pesar de este lenguaje, el CADE no recurre a la falta de explicación económica para atacar este tipo de conducta como fijación paralela de precios. Para encontrar colusión, se requieren “factores adicionales”, como reuniones o intercambio de datos entre las empresas participantes.
13. Por ejemplo, la SEAE se reestructuró para crear nueva unidades en São Paulo, Rio de Janeiro y Brasilia dedicadas exclusivamente a investigaciones de cárteles.
14. En términos estadísticos, el SBDC caracteriza los casos de asociaciones médicas como abuso de dominio, más que como conducta horizontal, con

base en el argumento de que la demanda se presenta contra una sola entidad dominante (la asociación) más que contra los médicos en forma individual (que, en general, no tienen mucha opción que la de convertirse en miembros de la asociación). En contraste, este informe trata los casos como “horizontales”, pues traen consigo acuerdos que restringen el intercambio entre miembros de la asociación que, de otra manera, serían competidores.

15. En marzo de 2005, en una medida por separado, el CADE aceptó un arreglo negociado entre la SDE y la ATPCO, de acuerdo con la cual esta última suspendía de su sistema la característica de notificación con tres días de anticipación con respecto a las aerolíneas brasileñas.
16. Como en el caso de las asociaciones médicas, el SBDC caracteriza los casos de las Unimed como abusos de dominio más que como conducta horizontal. De nuevo, en este informe se tratan estos casos como “horizontales”, pues traen consigo acuerdos que restringen el intercambio entre miembros de la asociación que, de otra manera, serían competidores.
17. Sin embargo, la SDE está llevando a cabo un proceso legal para analizar si el convenio fungió como ocultamiento de colusión entre TAM y Varig con respecto al número de vuelos programados. La investigación inicial de la SEAE apuntó hacia que ambas aerolíneas habían suspendido vuelos lucrativos luego de aplicarse el convenio.
18. El CADE también recomendó que Brasilia apelara a la restricción relacionada con la ubicación de gasolineras en estacionamientos, y su recomendación fue adoptada recientemente por el gobierno municipal. Mientras tanto, los demandados han apelado la decisión del CADE ante los tribunales, argumentando en parte que un acuerdo para buscar legislación que atente contra la competencia nunca puede ser ilegal.
19. Con argumentos similares, el CADE también rechazó otras demandas de *dumping*, incluyendo las relacionadas con la venta al menudeo de teléfonos celulares (2004), cerveza (2004) y medicamentos (2000 y 2003).
20. Este caso se discute en mayor detalle más adelante en este informe.
21. Orden Conjunta No. 50, p. 1, n. 1 (1 de agosto de 2001).
22. Antes de octubre de 2000, todas las referencias a multas en la ley se expresaban en términos de unidades fiscales de referencia, cuyo valor se ajustaba con la inflación. Este concepto se abolió en octubre de 2000. Desde entonces, todas las nuevas multas que aparecen en las leyes se

expresan en términos de reales, la divisa brasileña. El valor final de una unidad fiscal de referencia se determinó en 1.0641 reales, o cerca de 0.42 dólares al tipo de cambio reciente de 0.39 dólares por un real.

23. Por ejemplo, el CADE no impone una multa por separado en casos de cárteles ilegales por no presentar una notificación. Una consecuencia práctica de esto es que el CADE no mantiene un “registro de cárteles”.
24. La Ley número 9781/99 estableció una cuota inicial de 15,000 reales y ordenó que lo recaudado se depositara en la cuenta del CADE. Por su parte, la Ley 10149/00 aumentó la cuota a 45,000 reales, dividiendo lo recaudado en partes iguales para el CADE, la SDE y la SEAE.
25. Estas condiciones son las mismas que las que se aplican para determinar la conducta permisible de acuerdo con el Artículo 81(3) de la ley de competencia de la Unión Europea.
26. La norma es esencialmente idéntica a la asentada en la nueva reglamentación de fusiones (No. 139, Art. 2(3) adoptada por la Unión Europea en 2004.
27. Ciertas secciones de los Lineamientos (como los párrafos 13, 14 y 25), sugieren que se aplique una norma de “excedente total” en la evaluación de las fusiones, mientras que en otras (como el párrafo 87) se indica que es necesario un aumento en el excedente del consumidor para aprobar una fusión que aumente el poder de mercado de las partes. La decisión del CADE en el reciente caso Nestlé-Garoto utilizó la norma del excedente del consumidor sin determinar si era el único enfoque permisible para la evaluación de fusiones.
28. El Artículo 58, párrafo 2 contempla que los compromisos de desempeño “cumplirán objetivos de volumen o calidad dentro de plazos determinados con antelación”. Al formular los compromisos, el párrafo 1 del Artículo 58 también requiere que el CADE “tome en consideración el alcance de la competencia internacional en una industria determinada y su impacto en los niveles de empleo, entre otras circunstancias relevantes”.
29. En el Informe de 2000 (página 201) se destacaba que el CADE había impuesto condiciones a cerca de 3 por ciento de las transacciones notificadas entre 1998 y 1999, el mismo porcentaje que caracterizó al periodo entre 2000 y 2004. Las estadísticas de los organismos de competencia en otros países muestran tasas de intervención en fusiones dentro del mismo intervalo. Algunos profesionistas dedicados al tema en Brasil han destacado que el 3 por ciento del CADE no es congruente con el punto de vista de que los umbrales de notificación de las fusiones son demasiado amplios. Esto es, si en Brasil se reporta un gran número de

fusiones inocuas que no se reportarían en otros países, la tasa de intervención del CADE debería ser menor que las tasas de otros países. Una respuesta posible a este punto es que la tasa “estructural” de intervención del CADE es sustancialmente más baja que 3 por ciento, ubicándose en 0.26 por ciento (siete transacciones, de las cuales cuatro fueron casos estructurales y tres desaprobaciones, de 2,672 casos reportados).

30. Antes de 2000, los compromisos de desempeño impuestos por el CADE en varios casos de fusión requirieron que se organizaran programas de capacitación y reubicación para empleados desplazados por el cierre de plantas. El caso más reciente en el que se han impuesto estos requisitos fue la fusión de AmBev en el mercado cervecero en 2000, descrita en el Informe previo (páginas 204-205).
31. A últimas fechas, la SDE ha estado desarrollando su propia experiencia económica. Así, ha establecido un centro de métodos cuantitativos, dirigido por un economista en jefe, para aumentar el volumen y la calidad del análisis econométrico en las investigaciones de la Secretaría.
32. Véase, por ejemplo, “New Commissioner Joins CADE,” *Global Competition Review*, 11 de mayo, 2005.
33. ADC Telecommunications Inc. / Krone International Holding Inc., anunciada el 19 de enero de 2005. El CADE espera emitir en el futuro próximo una resolución formal confirmando esta interpretación.
34. El Informe de 2000, en su página 207, destacó que, en 1998, el CADE consideró que 7 por ciento de las notificaciones había sido registrado con retraso, número que pasó a 19 por ciento en 1999.
35. De acuerdo con la ley brasileña, para obtener un requerimiento un derecho subyacente debe claramente estar en juego (es decir, la demanda debe estar bien fundada aparentemente dentro del derecho o “*fumus boni juris*”) y debe haber un riesgo de infligir daño irreparable a ese derecho si se niega el auxilio (es decir, el retraso debe representar un riesgo o “*periculum in mora*”).
36. El Artículo 4 de la Resolución también contempla que, en circunstancias que lo ameriten, la orden puede emitirse sin notificación previa a las partes, pero el CADE nunca ha utilizado tal facultad.
37. Por ejemplo, el APRO de 2002 que se estableció con respecto a la adquisición de SÉ Supermercados por parte de la Companhia Brasileira de Distribuição requería que no se cerrara ninguna tienda y que la proporción de empleados con respecto a las ventas totales se mantuviera por lo menos

al nivel de la proporción promedio para las diez principales cadenas de supermercados de Brasil.

38. Antes de la puesta en marcha del procedimiento conjunto de análisis de fusiones en enero de 2004, la SDE y la SEAE normalmente llegaban a conclusiones similares en casos de fusiones, aunque algunas veces diferían en las condiciones correctivas que debían imponerse en casos problemáticos. En la mayoría de los casos transferidos al CADE desde enero de 2004, los dos organismos han formulado una sola recomendación conjunta. El CADE casi siempre aprueba las transacciones en las que la SDE y la SEAE tienen una recomendación favorable. En los casos en los que se recomienda el condicionamiento, el CADE cambia algunas veces los términos de las condiciones propuestas. A menudo, estos cambios surgen de las propuestas de modificación que presentan las partes en la fusión una vez que el caso llega al CADE.
39. Una disposición adicional que se añadió en 2004 por medio de la Orden Conjunta No. 8/2004 ampliaba el procedimiento sumario a las transacciones en las que ningún participante registrara un volumen de ventas en Brasil superior a los 400 millones de reales. Excepto por las transacciones reportables bajo la prueba de la participación de mercado de 20 por ciento, esta disposición ha sido invalidada por la decisión del CADE de recurrir únicamente a las ventas en Brasil al aplicar el umbral de volumen de ventas.
40. Esto no sucedía en el pasado con respecto a la SDE, que normalmente sobrepasaba su límite de 30 días, incluso luego de hacer ajustes para contemplar las solicitudes de información.
41. Una sección de la ley propuesta, que trata con los procedimientos en las reuniones del Pleno, otorga a la SEAE la oportunidad de presentar argumentos orales con respecto a cualquier caso en el que haya estado involucrada. Esta disposición contrasta con la regulación procesal (Resolución 12, párrafo 12) que establece que sólo el “demandado, demandante o el investigador o sus respectivos abogados” pueden estar invitados a presentar declaraciones durante las deliberaciones del CADE a fin de emitir un fallo. De acuerdo con el Informe de 2000 (página 206), la SDE y la SEAE “lamentaron” no poder comparecer ante el CADE durante las deliberaciones del caso de la fusión de empresas cerveceras en el que participó AmBev para defender sus recomendaciones contra las críticas de las partes en la fusión.
42. Al amparo del Artículo 54 párrafo 5 vigente, la multa por un registro extemporáneo fluctúa entre 60,000 y 6 millones de unidades fiscales de referencia (UFIR). Dada la abolición de las UFIR, la propuesta de ley reexpresa los límites de 60,000 a 6 millones de reales. Esto resulta en una

ligera reducción de los límites, pues el valor de una unidad fiscal de referencia se fijó en 1.0641 reales. El borrador de la ley convierte también a reales los límites de los demás artículos de la Ley 8884 que en la actualidad están expresados en UFIR (específicamente, los Artículos 23, 25 y 26).

43. La SDE se divide en dos departamentos, uno con responsabilidades relacionadas con la ley de competencia (el Departamento de Protección y Defensa Económica, DPDE) y el otro responsable de la ley de protección al consumidor (el Departamento de Protección y Defensa del Consumidor, DPDC).
44. El Artículo 10 §III, que contempla que el Procurador General (previa aprobación del CADE) puede “solicitar medidas al tribunal a fin de impedir violaciones al orden económico” se considera problemático y nunca ha sido utilizado. Cuando se ha requerido un mandato de desagravio, la SDE invoca el Artículo 52, conforme al cual se pueden emitir órdenes para impedir daños a la competencia durante un procedimiento administrativo.
45. Teóricamente, el Procurador General del CADE está subordinado al Procurador General Federal. En la práctica, opera de manera independiente. De forma similar, los abogados que forman parte del personal de la Oficina del Procurador General del CADE son provistos por la Oficina del Procurador General Federal y, teóricamente, son responsables ante esta segunda dependencia. De hecho, se encuentran bajo las órdenes del Procurador General del CADE.
46. Tres de estos casos se describen en la sección de este informe que trata con la revisión judicial de los procedimientos del CADE.
47. Otra disposición de la Ley 8884 que menciona al Fiscal Público es el Artículo 10 §IV, que autoriza al Procurador General del CADE (con la aprobación previa del CADE) a resolver casos pendientes de fallo en el tribunal por medio de negociación luego de “escuchar a un representante” del Fiscal Público. En la historia del CADE no se registran arreglos de casos pendientes de fallo en los tribunales, de aquí que no haya habido oportunidad de determinar el papel del Fiscal en esa situación.
48. Los nombramientos de los Comisionados se escalonan de manera expresa, a fin de que, dentro de cualquier ciclo de cuatro años, venzan dos plazas en el segundo año, dos más en el tercero y tres en el cuarto año.
49. Antes de las modificaciones de 2000, la SEAE no gozaba de poderes de investigación como tales al amparo de la Ley 8884. En la página 188 del Informe de 2000 se destacaba que una ley distinta (la número 9021),

facultaba a la SEAE con ciertas capacidades de investigación. Al amparo del Artículo 10 de la Ley 9021, la SEAE puede requerir a una empresa que justifique sus acciones en caso de que la SEAE cuente con evidencia de que la empresa podría haber violado la Ley 8884 al imponer precios excesivos o aumentos abusivos. A partir de 2000, La SEAE dejó de emplear la Ley 9021, inclinándose por la autoridad ampliada que le confiere la Ley 8884.

50. El Secretario de la SDE también tiene discreción sobre la posibilidad de revelar o no la existencia de una investigación preliminar. Antes de la promulgación de las modificaciones de 2000 era obligatorio mantener la confidencialidad acerca de estas investigaciones. Las modificaciones también facultaron a la SEAE con discreción acerca de la posibilidad de revelar la existencia de cualquier investigación de la SEAE (Art. 35-A, §2).
51. La prescripción legal aplicable a las violaciones a la Ley 8884 depende de si la conducta respectiva también viola alguna ley penal. De ser así, el límite de prescripción para que la SDE inicie un procedimiento administrativo es de 12 años a partir de la fecha de la violación. (Ley Número 9873/99). De lo contrario, prescribe en cinco años Orden No. 849 de la SDE (22 de septiembre de 2000), Art. 54.
52. Entre 2000 y 2004, el CADE revisó 127 determinaciones de la SDE para cerrar investigaciones preliminares: 34 en 2000, 32 en 2001, 7 en 2002, 1 en 2003 y 53 en 2004.
53. El Artículo 30, párrafo 2 también contempla que las quejas formales dirigidas a la SDE por el Senado o la Cámara de Diputados deben pasar directamente a un procedimiento administrativo sin investigación preliminar.
54. La Orden 849 (2000) de la SDE establece las reglas de operación de la Secretaría en cuestión de investigaciones preliminares, procedimientos administrativos, audiencias de desahogo de pruebas, testigos periciales, transferencias de casos al CADE, desagravio temporal al amparo del Artículo 52, arreglos al amparo del Artículo 53, indulgencia y la protección de información confidencial.
55. En casos de conducta con respecto a los cuales la SEAE ha optado por proporcionar una opinión, las conclusiones a las que llega el organismo normalmente son congruentes con las de la SDE, aunque el método de análisis difiera. Los fallos definitivos del CADE con respecto a la legalidad de la conducta objeto de estudio rara vez difieren de las conclusiones recomendadas por la SDE (y la SEAE). Sin embargo,

algunas veces el CADE formula una corrección distinta donde se encuentra la falta.

56. De acuerdo con la ley brasileña, sólo se puede utilizar el recurso de la intercepción de comunicaciones en investigaciones penales.
57. Las regulaciones de aplicación para el programa se presentan en el Capítulo V de la Orden 849 (2000) de la SDE.
58. Una corporación o individuo que intente establecer un acuerdo de indulgencia, pero no cumple las condiciones para ello, puede establecer otro acuerdo con respecto a una conducta ilegal de la que la SDE no esté enterada. En ese caso, la pena para el demandado en el procedimiento original se reducirá en una tercera parte, sin perjuicio de la garantía sobre los beneficios plenos de la indulgencia con respecto a la nueva infracción (Art. 35-B, §§ 7, 8).
59. Otra objeción constitucional que, generalmente no se considera persuasiva, se basa en una disposición de la Constitución brasileña (Art. 98 I) que contempla expresamente la “conciliación” de casos penales de poco alcance en tribunales locales especiales. Se interpreta que la falta de una referencia constitucional a la “conciliación” de cualquier otro tipo de casos penales implica que los demandados en esos casos no cumplen las condiciones necesarias para participar en un acuerdo de indulgencia.
60. Estos acuerdos en efecto protegen a los participantes en programas de indulgencia, debido a que otros demandantes se someten a la jurisdicción del fiscal que tome medidas primero en un caso específico.
61. De acuerdo con un comentarista, el establecimiento de un programa de cumplimiento con la ley de competencia se ha convertido en una prioridad para las empresas multinacionales que operan en Brasil. Véase, Zarzur, Cristianne, “Cartel investigation in Brazil—moving forward into global trends”, *Global Competition Review* (2004), disponible en http://www.globalcompetitionreview.com/ara/bra_cartels.cfm
62. No se emiten órdenes precautorias en casos de cártel debido a que un mandato que prohíba la “colusión” no suma nada a la prohibición legal existente.
63. También en este caso se está investigando (aunque sin estar afectada por la orden temporal) la conducta de la Asociación en el cabildeo exitoso del gobierno municipal de Brasilia para la obtención de una orden de acuerdo con la que sólo los miembros de la Asociación tienen permitido vender equipo contra incendios en el Distrito Federal.

64. No se aplica un requerimiento similar de publicación a los acuerdos negociados con el Comisionado Relator una vez que el caso esté pendiente de proceso ante el Consejo. Sin embargo, como asunto práctico, el principio de que el arreglo no es apropiado en los casos en los que el gobierno cuenta ya con suficiente evidencia para encontrar una infracción asegura que los casos que llegan al CADE rara vez cumplirán los requisitos para terminar en un arreglo negociado.
65. Resolución 20, Art. 2 (9 de junio de 1999) del CADE.
66. Las modificaciones de 2000 no ampliaron al CADE la nueva facultad que otorga el Artículo 35-A para solicitar que la Oficina del Procurador Federal obtenga órdenes judiciales para cateos sin notificación previa. El Artículo 35-A está reservado a la SDE y la SEAE.
67. Resolución 20, Art. 3 (9 de junio de 1999) del CADE.
68. Resolución 12 (1998), Artículo 15 del CADE. La Resolución 12 establece reglas internas de operación para el Consejo, incluyendo procedimientos para las reuniones del Consejo, audiencias de desahogo de pruebas, ejecución de sentencias y protección de información confidencial.
69. El CADE también puede recomendar a los organismos gubernamentales apropiados que se otorguen permisos obligatorios a patentes propiedad del demandado y que se suspenda cualquier incentivo fiscal o subsidio otorgado al demandado.
70. La reglamentación procesal de la SDE establece que los procesos del organismo deben realizarse a fin de “observar, entre otras cosas, las reglas de legalidad, propósito, motivación, razón, proporcionalidad, moralidad, defensa plena, procedimientos adversos, seguridad legal, bienestar y eficiencia públicos”. Orden No. 849 de la SDE, Art. 2 (2000).
71. Orden No. 849 de la SDE, Capítulo VIII (2000), Resolución 12 del CADE, Punto II, Sección 2 (1998).
72. Los organismos del SBDC afirman que han fortalecido los procedimientos para salvaguardar el material confidencial de ser revelado de manera no intencionada o por otras razones.
73. El proyecto mantiene la disposición en la ley vigente de acuerdo con la que las quejas dirigidas a la SDE por el Senado o la Cámara de Diputados deben pasar directamente a un procedimiento de investigación formal (“investigación administrativa”) sin investigación preliminar (“procedimiento preparatorio”). La disposición se amplía para hacerse aplicable también a las recomendaciones de la SEAE (que, como se

comentó con anterioridad, ya no ejerce su propia autoridad de investigación obligatoria).

74. Véase el Informe de 2000, página 194.
75. A su vez, el CADE falló acerca del caso en julio de 2005.
76. Resolución 12, Art. 15 (1998) del CADE.
77. Cabe tal vez notar también que Brasil tiene una larga tradición de gobiernos altamente burocratizados en los que los largos retrasos son normales. Véase Rosenn, Keith S., "Brazil's Legal Culture: The Jeito Revisited", *Florida International Law Journal* 1 (1984).
78. Las penas dispuestas en el Artículo 25 no se aplican a las órdenes precautorias y mantienen por separado los convenios (APRO) establecidos en casos de fusión al amparo de la Resolución 28 del CADE, debido a que estos rubros no están fundamentados en la Ley 8884. Los Artículos 12 y 13 de la Resolución establecen que estas órdenes y convenios especificarán una multa diaria que impondrá el CADE en caso de incumplimiento. A la fecha, el CADE no ha impuesto multa alguna al amparo de estas disposiciones.
79. La Ley 8884 contempla que el CADE tiene discreción para presentar acciones judiciales que busquen la ejecución de multas en el Distrito Federal (Brasilia) o en el distrito en el que se encuentra el domicilio del demandado (Art. 64). La preferencia general del CADE consiste en registrar los casos en Brasilia, por así convenir a la oficina del CADE y porque es más probable que los tribunales de Brasilia tengan experiencia previa (y por lo tanto estén más familiarizados) con el CADE como organismo de obligación al cumplimiento de la ley. Sin embargo, el CADE busca la ejecución en el domicilio del demandado en casos en los que sea necesario el embargo de activos para cubrir el pago de la multa.
80. El interés se acumula a una tasa legal contra el monto de la multa impuesta, de manera que se desalienta a que los demandados incurran en litigios innecesarios sólo para retrasar el pago.
81. La Oficina del Procurador Federal es responsable por el cobro de las multas impuestas por la SDE o la SEAE.
82. De acuerdo con el Artículo 66 de la Ley 8884, un tribunal, en las circunstancias apropiadas, puede ordenar el cumplimiento inmediato con las disposiciones de conducta incluidas en un fallo del CADE "sin detrimento del depósito de las multas o fianzas ante el tribunal".

83. La ley de competencia no contempla la revisión judicial de los fallos del organismo. El Artículo 5 § XXXV de la Constitución brasileña garantiza la revisión judicial de cualquier acto que dañe o amenace los derechos de una parte.
84. Aunque las decisiones del CADE que aprueban las órdenes precautorias de la SDE al amparo del Artículo 52 parecen blancos fáciles para el cuestionamiento judicial por las partes afectadas, la Oficina del Procurador General del CADE no tiene registro alguno de tales litigios.
85. Para el primer tribunal regional, que está domiciliado en Brasilia y trata con frecuencia casos del SBDC, se tienen tres jueces en un panel y cinco en una sección.
86. En los tribunales regionales y el Tribunal Superior de Justicia, tanto los paneles como las secciones comprenden menos que el número total de jueces en el tribunal. Normalmente, el tribunal en pleno sólo se reúne para tratar asuntos administrativos.
87. El Artículo 68 de la Ley 8884 contempla que la ejecución de las decisiones del CADE “tendrá prioridad sobre otros tipos de acción” (excepto por los casos de *habeas corpus* de ciertos autos. Sin embargo, esta disposición no se aplica a acciones iniciadas por demandados contra fallos del CADE.
88. El CADE invoca varias disposiciones de una ley de procedimiento civil (número 8437/92) en este tema. El proyecto de modificación de la ley de competencia incluye una disposición que hace que la Ley 8437 sea expresamente aplicable a decisiones emitidas por el CADE.
89. La aplicación del fallo de un tribunal de segunda instancia se ha aplazado mientras el tribunal considera la moción de aclaración del demandado.
90. Artículo 103 IX de la Constitución. Debido a que el caso se presentó contra el Congreso y el Presidente de la República y no surgió de un procedimiento del CADE, este organismo no es parte ante el Tribunal.
91. En el caso ante el Tribunal Federal Supremo, una Unimed afirma que la aplicación de la Ley 8884 a este tipo de cooperativas de salud sin fines de lucro como son las Unimed violaría el derecho de asociación al amparo del Artículo 5 XVII de la Constitución brasileña.
92. La Resolución implementa el Artículo 7 XVII de la Ley 8884, que faculta al CADE para “responder consultas en asuntos dentro de la esfera de su autoridad”.

93. No se dispone de estadísticas acerca del número de acusaciones por faltas a los principios de la competencia.
94. El Artículo 29 también contempla que cualquier procedimiento pendiente del CADE que examine el mismo problema de conducta que la demanda privada no puede aplazarse mientras la acción privada esté pendiente de resolución.
95. A fin de entregar una notificación a personas domiciliadas en el extranjero, el SBDC debe recurrir a exhortos emitidos por el Tribunal Federal Supremo.
96. Esta formulación fue adoptada por el SBDC en un caso de 2003 que involucró a Woodward Governor Company y Knowles Intermediate Holding, Inc.
97. El papel del comercio internacional también se menciona explícitamente en el Artículo 58 de la Ley 8884, que es la disposición que autoriza al CADE a imponer “compromisos de desempeño” a las partes en la fusión. La ley contempla que, al formular los compromisos, el CADE “tome en consideración el alcance de la competencia internacional en una industria determinada y su impacto en los niveles de empleo, entre otras circunstancias relevantes” (Art. 58 ¶ 1).
98. Los cuatro miembros del Mercosur mantienen una tarifa externa común y negocian en bloque en los foros comerciales internacionales. Chile y Bolivia se convirtieron en miembros asociados del Mercosur en 1996 y 1997, respectivamente, pero no participan en la tarifa externa común.
99. Además de las cuotas por notificación del Artículo 54, el CADE también recauda cuotas misceláneas por consultas al amparo de la Resolución 18, por servicios de fotocopiado y la venta de publicaciones.
100. Este cargo, instituido en 2002 y conocido como “Cuota de Fiscalización” generó ingresos (en miles de dólares) de \$550 en 2002, \$480 en 2003 y \$300 en 2004.
101. Los 28 asistentes temporales del CADE son otra excepción.
102. Por ley, sólo el Presidente de la República nombra a los tres niveles superiores DAS. En el sistema DAS, el nivel 7 es una plaza de Ministro, el nivel 6 es una plaza de Secretario de Ministerio (o de Presidente en el CADE) y el nivel 5 es de Subsecretario de Ministerio o Director de Departamento (o comisionado del CADE).
103. El notablemente elevado número de empleados por contrato sin plazas DAS en el CADE (de 124 contra 15 y 16 en los otros dos organismos),

sugiere que el CADE tiene un contingente anormalmente alto de personal de servicios de apoyo. La impresión puede ser errónea por dos razones. Primero, como se destacó arriba, 28 de los empleados del CADE sin plaza DAS son profesionistas contratados temporalmente para realizar trabajos sustantivos. Segundo, tanto la SDE como la SEAE reciben servicios de apoyo de las oficinas centrales del ministerio, cuyos empleados no aparecen en las nóminas de la SDE o la SEAE.

104. La descripción de una plaza específica del servicio civil ha demostrado ser particularmente útil tanto para la SDE como para la SEAE, debido a que es lo suficientemente amplia como para cubrir la misión relacionada con la obligación al cumplimiento de la ley de competencia. La plaza responde al nombre de “Especialista en Políticas Públicas y Gestión Gubernamental” (*Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental*, o “gestor”) y fue diseñada para empleados dedicados al análisis e implementación de políticas. Las plazas de gestor son creadas y asignadas por el Ministerio de Planeación, Presupuesto y Administración y son relativamente escasas. A fines de 2004 la SDE empleó 12 gestores, mientras que la SEAE empleó 23, la mayoría de los cuales se encontraban en puestos con suplemento salarial DAS. En contraste, el CADE sólo empleó un gestor, quien también mantenía una plaza DAS.
105. Aun cuando los juristas pertenecientes a la Oficina del Procurador General de CADE informan a éste y no al Procurador General Federal, es a éste a quien compete determinar cuantos procuradores deben asignarse a CADE. El número actual es 13, cifra inferior a los 18 a 20 que se indicaban en el Informe de 2003 (Pág. 187)
106. Uno de los costos de las deficiencias en la memoria institucional se encontró en el proceso de elaboración de este informe, pues resultó difícil para el CADE responder a preguntas acerca de sus actividades entre 2000 y 2001. Pocos empleados de aquella época permanecen en el organismo y la investigación de archivos demostró consumir mucho tiempo.
107. De los 800 asuntos, cerca de la mitad son demandas que han sido agendadas, pero para las cuales no se ha determinado si debe abrirse una investigación. Cerca de 200 son investigaciones preliminares y otras 200 son procedimientos administrativos y 25 son casos de fusiones.
108. Aún así, existen algunas funciones tanto en la SDE como en la SEAE que no corresponden fácilmente a descripciones de plazas del servicio civil. Por ello, ambos organismos intentan obtener plazas de gestor del Ministerio de PPA. Como se comentó antes, a fines de 2004 la SDE empleó 12 gestores y la SEAE 23.

109. Las referencias normalmente aparecen en una lista de “principios constitucionales” que se consideran aplicables a la regulación económica. Por ejemplo, el Artículo 5 de la Ley de Telecomunicaciones requiere que el organismo de este sector considere principios de “libre competencia, libre iniciativa, protección del consumidor y restricción de abusos en el poder económico”, al igual que “la soberanía nacional, la función social de la propiedad, la reducción de las disparidades regionales y sociales y la continuidad del servicio” al tomar decisiones.
110. Ley 9478/97, Art. 10.
111. Para este fin, el CADE invoca el Artículo 7 de la Ley 8884, que autoriza al organismo a “solicitar información de personas, organismos, autoridades y otras entidades públicas o privadas” en la consecución de sus obligaciones legales.
112. La regulación se encontraba antes en manos del Ministerio de Transporte.
113. Existe poco transporte ferroviario entre ciudades o estados en Brasil, y el servicio de autobuses al interior de los estados es regulado por estos. La transportación en camiones de carga no está regulada excepto por lo que concierne a las disposiciones técnicas y de seguridad.
114. El Informe de 2000 (página 229) destacó que el Código de Defensa del Consumidor se aplicaba a los bancos y que el departamento de defensa del consumidor de la SDE había procesado toda una serie de casos contra instituciones bancarias. Esto ha seguido cumpliéndose desde entonces, aunque el tema de la posibilidad de aplicación del Código a los bancos ahora se encuentra pendiente ante el Tribunal Federal Supremo.
115. La CMED se creó con base en la Ley 10742/03. Antes de 2003, la autoridad en términos del establecimiento de precios de medicamentos estaba depositada en la CAMED, entidad predecesora establecida en 2000. La Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria es la responsable por la administración de los límites superiores a los precios que establece la CMED.
116. La IBRAC, miembro especialmente notable de la comunidad relacionada con la ley de competencia en Brasil, es una asociación no gubernamental de cerca de 500 corporaciones, bufetes legales y personas físicas (abogados, economistas y académicos) interesados en el fomento y desarrollo de la ley y las políticas de competencia en el país.
117. Un caso que está siendo investigado por la SDE puede también llevar a una solicitud del CADE al amparo del Artículo 7 X. Como se describió anteriormente, la SDE está analizando las acciones concertadas de una

asociación de fabricantes de extinguidores de fuego en Brasilia para obtener una orden municipal en el sentido de que sólo se autorice a miembros de la asociación a vender equipo contra incendios dentro del Distrito Federal.

118. Al amparo tanto de la Ley 8884 como de la propuesta de ley, la capacidad de la SEAE para emplear herramientas de investigación obligatoria no se extiende a los estudios del mercado en general. La SEAE cuenta con autoridad para realizar demandas ejecutables de testimonios o documentos (para su uso directo de acuerdo a la ley vigente y por solicitud ante la Dirección General en la propuesta de ley), sólo cuando existen fundamentos para sospechar algún tipo de conducta ilegal. Sin embargo, la SEAE no considera que la falta de proceso obligatorio para los estudios generales de mercado sea un problema, pues piensa que cualquier mercado para el que sean necesarias demandas ejecutables presentará circunstancias que justifiquen una investigación de cumplimiento de la ley.
119. Parte del esfuerzo educativo se centra en la explicación de los efectos dañinos de los cárteles y de las desventajas de regular los precios de forma “indirecta” mediante órdenes judiciales que ataquen los precios “abusivos” o “depredadores” (*dumping*). También se dedica atención al tema cercanamente relacionado de por qué son indeseables las tarifas emitidas por organizaciones profesionales.
120. CADE: www.cade.gov.br/; SDE: www.mj.gov.br/sde/; SEAE: www.fazenda.gov.br/seae/. El sitio de la SEAE también incluye material en inglés.
121. Los tres organismos están trabajando en un proyecto para desarrollar un sitio colectivo en Internet que sirva como portal común para el SBDC.
122. Uno de los premios tiene financiamiento del IBRAC y el ETCO (Instituto Brasileño de Ética en la Competencia); el otro es financiado por el CIEE (Centro para la Integración de Empresas y Escuelas).
123. Los principios económicos se han incorporado de manera gradual a los planes de estudios de derecho y los temas de competencia y regulación se han convertido en un área de especialización en los departamentos universitarios de economía y derecho.
124. El SBDC cita el auge mediático que recibió gracias a un artículo publicado en noviembre de 2004 en la revista Exame, una de las principales publicaciones de negocios en Brasil. El artículo se tituló “Alguaciles del Mercado” y presentaba perfiles de los dirigentes de cada uno de los tres organismos de competencia y de la Comisión de Valores

de Brasil, detallando el trabajo realizado por cada organismo. A partir de este artículo se presentaron otros acerca de los organismos en muchos de los principales periódicos brasileños (como O Globo, O Estado de São Paulo, Folha de São Paulo, y Valor Econômico) y en la revista semanal Época.

125. Por supuesto los poderes ejecutivo y legislativo actúan para llenar las vacantes sin retrasos indebidos.
126. Por otra parte, no existe base similar para objetar los sistemas de acuerdo con los cuales las cuotas atribuibles a los servicios prestados (como para revisar notificaciones de fusiones) se remiten al organismo que presta el servicio.
127. Véase OCDE, *Recommendation of the Council Concerning Merger Review* (23 de marzo de 2005) [en adelante “Merger Review Recommendation”] §IA1.2(1), disponible en: <http://www.oecd.org/competition>; International Competition Network, Merger Working Group, Merger Notification and Procedures Subgroup, *Recommended Practices for Merger Notification Procedures* [en adelante “ICN Merger Notification Procedures”], § IB comment 1, disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/mnprecpactices.pdf>.
128. ICN Merger Notification Procedures, § IIB, comment 1.
129. ICN Merger Notification Procedures, § IC, comment 3.
130. Las partes que desean obtener el punto de vista del CADE acerca de la legitimidad en términos de competencia de las transacciones propuestas no relacionadas con fusiones pueden solicitar una consulta al amparo de la Resolución 18 del CADE, cuyo costo (5,000 reales) es mucho menor que los 45,000 reales que cuesta la cuota de notificación.
131. OECD Merger Review Recommendation, § IA1.2 (4); ICN Merger Notification Procedures, § IVC, comment 5.
132. ICN Merger Notification Procedures, § IVA, comment 1.
133. OECD Merger Review Recommendation, § IA1.3.
134. ICN Merger Notification Procedures, § IVC, comment 2.
135. ICN Merger Notification Procedures, § IVC, comment 4.
136. En Estados Unidos, donde las entidades privadas normalmente pueden recaudar triples daños por violaciones a los principios de la competencia, recientemente se promulgó una legislación para tratar el problema de la

exposición del participante en el programa de indulgencia a sentencias de daños civiles. La Sección 213(a) de la Ley de Mejoras y Reformas de las Sanciones Penales contra la Competencia (de 2004 (Título II de la Ley Pública 108-237, 118 Estatuto 661, codificado como nota a 15 USC § 1) contempla que, en un proceso de daños privados, la parte que ha recibido la indulgencia por parte de la División Antimonopolios de los Estados Unidos sólo se sujetará a la imposición de los daños efectivos atribuibles a la conducta ilegal de la parte.

137. Como se describió en párrafos anteriores, las entidades privadas también han planteado otras inquietudes acerca del programa de indulgencia, destacando que existe incertidumbre acerca de (1) la discreción por ley del CADE (en casos en los que la SDE tenía conocimiento previo de la conducta ilegal) para evaluar la cooperación y buena fe de una parte en la determinación de las reducciones de las sanciones y (2) la falta de claridad de la situación constitucional del programa en tanto que infracción argumentable del poder judicial. Acerca del primer punto cabe solamente apuntar que el CADE tiene amplios incentivos para realizar evaluaciones justas, pues de otro modo el programa no permitiría el progreso eficaz de los intereses del CADE en relación con el cumplimiento de la ley. En cuanto al segundo punto, no existe solución alguna hasta que el Tribunal Federal Supremo emita su fallo sobre la constitucionalidad del programa.
138. La única recomendación adicional que puede ofrecerse con respecto a los casos judiciales que involucren al CADE es que los tribunales que tratan objeciones a fallos del CADE que imponen multas deberían observar estrictamente el Artículo 65 de la Ley 8884. De acuerdo con dicho artículo, las partes que buscan aplazar la ejecución de las multas deben depositar el colateral apropiado en el tribunal en función del monto en disputa.
139. ICN Merger Notification Procedures, § VIIIC, comment 3; cf. OECD Merger Review Recommendation, § ID.
140. Véase *International Competition Network, Merger Working Group, Analytical Framework Subgroup, Discussion Draft Merger Guidelines Workbook* [borrador 16 de mayo de 2005], disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/annualconferences.html>. El SBDC también debería actualizar sus lineamientos para casos de conducta con relación a la Resolución 20 o retirarlos, pues rara vez se citan de manera explícita en los fallos del CADE y no parecen reflejar las políticas actuales del SBDC para la evaluación de casos.
141. ICN Merger Notification Procedures, § VIIIC, comment 2.
142. OECD Merger Review Recommendation, § IA.2.

143. La relación que existe entre el departamento de protección del consumidor de la SDE y las entidades locales para este propósito puede utilizarse para facilitar este esfuerzo de recolección de datos.
144. Como parte de este programa, el SBDC debería fomentar el desarrollo de una base de datos que contenga información acerca del volumen, la naturaleza y el resultado de las demandas penales al amparo de la Ley de Delitos Económicos.
145. Los esfuerzos del CADE para defender la cultura de la competencia deberían continuar, incluso si la SEAE también participa en esta actividad en términos de la redacción en la propuesta de ley que confiere a la SEAE la responsabilidad por el fomento de la competencia “ante la sociedad civil en general”.

ISBN 978-92-64-01221-9

Derecho y Política de la competencia en América Latina

Exámenes inter-pares en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú

© OECD / IDB 2007

DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA EN CHILE

Examen Inter-Pares

-- 2004 --

Índice

Actualizado desde abril de 2003	224
Resumen	227
1. Contexto económico y político	231
1.1 El contexto económico actual	231
1.2 El contexto histórico	232
1.3 La primera ley Chilena de protección de la libre competencia	232
1.4 Políticas económicas generales entre 1970 y 1973	233
1.5 La actual ley de defensa de la libre competencia de Chile.....	233
1.6 Políticas económicas desde 1973	234
2. Objetivos de la ley de defensa de la libre competencia de Chile	236
3. Contenido de la ley de defensa de la libre competencia	244
3.1 Organismos de resguardo de la libre competencia.....	244
3.2 Marco sustantivo de la ley	253
3.3 Cobertura de la ley	255
4. Infracciones sustantivas a la ley de defensa de la libre competencia .	257
4.1 Acuerdos horizontales.....	260
4.2 Acuerdos y prácticas verticales.....	263
4.3 Monopolización o abuso de posición dominante	265
4.4 Fusiones y adquisiciones.....	267
4.5 Competencia desleal	270
5. Política y ley de libre competencia en actividades reguladas	272
5.1 Telecomunicaciones.....	272
5.2 Electricidad	275
5.3 Servicios bancarios y financieros.....	276
5.4 Servicios sanitarios y de aguas negras	278
5.5 Transporte	279
5.6 Otros ramos de actividad económica	280

6.	Promoción y defensa de la libre competencia	281
7.	Opciones de política	283
Apéndice A		295
Apéndice B	Visión estadística general de la aplicación de la ley chilena de defensa de la libre competencia	296
Notas		291
Referencias		304

Actualizado desde abril de 2003

El presente informe sobre la ley y la política que rigen la libre competencia en Chile es una versión editada del informe que sirvió de base para el examen inter-pares realizado en el Foro Latinoamericano del BID y la OCDE celebrado el 8 de abril de 2003 en la sede de la OCDE en París, Francia. El texto del informe incorpora algunos acontecimientos pertinentes registrados en el ínterin, tales como la ratificación por parte de la Corte Suprema de Justicia de dos fallos relativos a la libre competencia. Además, desde entonces se han efectuado numerosas reformas que ameritan tratamiento aparte. En primer lugar, y tal como se esperaba, se ha promulgado la ley sobre la libre competencia propuesta que se describe en el informe. En segundo lugar, el organismo encargado de resguardar la libre competencia en Chile, la Fiscalía Nacional Económica (FNE), ha adoptado cuatro reformas fundamentadas en recomendaciones contenidas en el informe.

Modificaciones a la ley de libre competencia

La Ley No.19.911 de Chile, publicada el 14 de noviembre de 2003, modifica la legislación anterior sobre la libre competencia mediante la creación del nuevo Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la introducción de otras varias reformas. La Ley entrará en vigor dentro de seis meses a partir de su fecha de publicación.

El Tribunal, tal como se ha propuesto, será un órgano jurisdiccional especial e independiente, investido de atribuciones judiciales, aunque formalmente no formará parte del Poder Judicial. El Tribunal tendrá cinco miembros. El presidente del Tribunal, que debe ser abogado de profesión y contar al menos con 10 años de ejercicio especializado en materia de libre competencia, será designado por el presidente de la República, de una nómina de cinco postulantes elaborada por la Corte Suprema de Justicia mediante concurso público de antecedentes. Los demás miembros del Tribunal (dos abogados y dos economistas) serán seleccionados de la siguiente manera. Un abogado y un economista serán designados por el presidente de la República de una lista de tres postulantes elaborada por el Consejo del Banco Central, elaborada igualmente mediante concurso público de antecedentes. El otro abogado y economista serán designados directamente por el Consejo del Banco Central, de una lista de postulantes seleccionados mediante concurso público de antecedentes. El Tribunal también tendrá cuatro suplentes, designados por el presidente de la República y el Consejo del Banco Central, de la misma lista de postulantes.

Todos los candidatos deben tener experiencia profesional especializada en materia de libre competencia.

Los miembros del Tribunal ocuparán sus cargos por períodos de gestión de seis años y podrán desempeñarse en el cargo por más de un período. Durante su período de gestión sólo podrán ser separados de su cargo por causal justificada. No podrán ser miembros del Tribunal funcionarios públicos, como tampoco ejecutivos ni empleados de sociedades mercantiles abiertas (ni de sus filiales o empresas vinculadas). Los miembros del Tribunal recibirán una remuneración fija, así como honorarios que variarán dependiendo del volumen de trabajo. (Por ley, el Tribunal debe sesionar al menos dos veces por semana, aunque idealmente se espera que lo haga tres veces por semana, como mínimo.) El Tribunal también contará con su propio personal de planta.

Hay otras modificaciones que aclaran la manera en que se deben considerar tipos específicos de conductas anticompetitivas y que prohíben la “competencia desleal”, únicamente cuando con tales conductas se pretenda alcanzar, mantener o acrecentar una posición dominante. Ahora la ley establece un procedimiento limitado de resolución de disputas. Se elimina la privación de libertad como medida punitiva, pero se incrementa el monto de las sanciones pecuniarias a 10 millones de dólares estadounidenses (US\$10.000.000). Ahora el fiscal nacional económico, quien preside el organismo de resguardo de la libre competencia, dispone de nuevas atribuciones que incluyen la facultad de suscribir acuerdos con organismos nacionales y entidades foráneas.

Modificaciones del órgano de resguardo de la libre competencia

La Fiscalía Nacional Económica ha adoptado cuatro reformas mediante las cuales se procura atender aspectos señalados por el examen inter-pares. En primer lugar, la Fiscalía ha creado una nueva oficina en el Ministerio de Economía que tiene a su cargo el análisis de los posibles efectos que pudieren tener las fusiones propuestas en la libre competencia. Chile no cuenta aún con un sistema de notificación previo a las fusiones y no lo considera necesario. No obstante, la creación de esta oficina de fusiones reviste una importancia especial, como manifestación oficial y pública del firme propósito de evaluar las fusiones de empresas.

En segundo lugar, la Fiscalía ha creado una unidad nueva dentro del Departamento Legal, encargada de analizar todo instrumento legislativo o reglamentario propuesto que pueda tener efectos contraproducentes a la libre competencia. En pocas palabras, Chile ha dado un paso considerable hacia

el establecimiento de un programa sistemático de promoción y defensa de la libre competencia.

En tercer lugar, la Fiscalía ha adoptado un orden interno que regirá la manera en que los investigadores redactan los informes en que plasman sus hallazgos. Dicho orden establece, por ejemplo, que los investigadores deben siempre incluir información sobre los mercados correspondientes y deben coordinar sus informes con el Departamento Legal, a fin de garantizar la suficiencia jurídica de sus análisis.

En cuarto lugar, la Fiscalía ha tomado medidas para hacer que la comunidad empresarial y la colectividad en general estén mejor informadas sobre las cuestiones jurídicas relacionadas con la libre competencia. El 30 de noviembre, la Fiscalía celebró el primer Día de la Competencia de Chile; una ocasión que reunió aproximadamente a 250 abogados y otros profesionales para conocer las modificaciones de la legislación sobre la libre competencia recién adoptadas y otras cuestiones pertinentes. Entre los oradores estuvo el Sr. Fernando Sánchez Ugarte, presidente de la Comisión Federal de Competencia de México y quien presidió el examen inter-pares de Chile en la reunión del Foro Latinoamericano del BID y la OCDE, en abril de 2003. El Sr. Sánchez Ugarte se hizo eco del informe del examen inter-pares, felicitó a Chile por haberse convertido en precursor de las políticas de libre competencia y subrayó el papel fundamental de dichas políticas en la regulación de la actividad económica. Además, manifestó su respaldo a las modificaciones propuestas y sugirió la aplicación de medidas adicionales en algunas áreas, a fin de reducir la vulnerabilidad de Chile a la actividad de los carteles internacionales y las fusiones que restringen la libre competencia.

Resumen

En los últimos 30 años Chile ha venido realizando discretamente una labor precursora en el campo de la legislación y las políticas de libre competencia en Sudamérica y los países en desarrollo. Chile y sus organismos de resguardo de la libre competencia han pasado a la vanguardia de la aplicación de los principios que rigen las políticas de libre competencia en algunos ámbitos del sector de infraestructura. En el presente estudio se examinan la ley y la política de libre competencia de Chile, con la misma orientación que sigue la División de Competencia de la OCDE en los procesos de examen inter-pares de sus países miembros. En el presente documento se detalla el sistema actual, se describen las reformas que están considerando aplicar o que ya aplican los funcionarios chilenos, y se recomiendan medidas adicionales a ser consideradas con el objeto de maximizar los aportes de las políticas de libre competencia a la eficiencia y el crecimiento económico de Chile.

La Ley de Defensa de la Libre Competencia actualmente vigente en Chile fue promulgada en 1973, como parte de un programa concebido para revertir las medidas tomadas por el gobierno anterior, encaminadas hacia una economía planificada y controlada por el gobierno. En un principio los recursos asignados a la aplicación de la ley fueron escasos y dicha aplicación no llegó a ser especialmente vigorosa ni formó parte importante del programa de reforma de Chile, el cual hacía hincapié en la apertura del comercio, la privatización y la desregulación. No obstante, gracias en parte a su introducción discreta y también a su correspondencia con la orientación general chilena hacia una economía de mercado, la aplicación de esta Ley ha pasado a ser un elemento aceptado, si bien todavía no medular, del sistema chileno de reglamentación jurídica y económica. Aunque la legislación y las políticas de libre competencia han sufrido reveses en algunos países latinoamericanos, el gobierno chileno, de orientación centrozquierdista, ha propuesto recientemente una “agenda pro-desarrollo”, concebida conjuntamente por el gobierno y el sector privado, cuyo primer punto es la reforma reglamentaria de la libre competencia, cuyo elemento principal es, a su vez, la mejora de la aplicación de la ley de libre competencia. Otros elementos son la reforma reglamentaria en sectores claves, tales como las telecomunicaciones y la electricidad, y reformas en los mercados de capitales, los cuales también pueden promover la competencia y la eficiencia. Se espera que la parte de esta propuesta referente a la libre competencia se promulgue este año.

Las modificaciones propuestas a la Ley de Defensa de la Libre Competencia tienen que ver principalmente con la creación del nuevo Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la dotación de los fondos necesarios para su funcionamiento. Este nuevo Tribunal funcionará independientemente y contará con su propio personal de planta. Sus miembros serán seleccionados por su capacidad y recibirán remuneración por su labor en el Tribunal durante dos o tres días a la semana. Se trata de una reforma sumamente importante. Las instituciones que reemplazará parecen haber funcionado de manera productiva e independiente, si bien no exenta de obstáculos considerables, ya que algunos de sus miembros también pertenecían a otros ministerios, ninguno de ellos recibía remuneración por su labor y sólo se le dedicaba a este proyecto medio día por semana. Será fundamental hacer todo lo posible para poder fortalecer y resguardar la autonomía del Tribunal en la práctica. Incluso los representantes de intereses empresariales chilenos parecen entender que los organismos encargados de resguardar la libre competencia necesitan disponer de más fondos para poder actuar de manera oportuna, sin menoscabar la calidad de sus análisis. Chile debe además sopesar la conveniencia de introducir cambios legislativos adicionales para reducir la vulnerabilidad del país a las fusiones que pueden restringir la libre competencia.

Los organismos encargados de resguardar la libre competencia han actuado de manera especialmente diligente en cuanto a los monopolios en el sector de la infraestructura. En una ocasión, la Comisión Resolutiva Antimonopolios de Chile prohibió al organismo regulador de las telecomunicaciones que asignara partes del espectro radioeléctrico a dos compañías que aquella había elegido, y le ordenó a ese organismo regulador realizar una licitación pública. Los organismos reguladores de los sectores de telecomunicaciones y de la electricidad no están autorizados a fijar las tarifas correspondientes, a menos que la Comisión Resolutiva determine que en el mercado en cuestión no existen condiciones de competitividad. Un fallo de la Comisión de que los servicios nacionales de telefonía no eran competitivos estableció seis disposiciones concebidas para crear un mercado verdaderamente competido.

En el ámbito del derecho tradicional, los antecedentes de aplicación de la ley a las empresas que funcionan en mercados que pueden y deben ser competidos no han sido particularmente auspiciosos. La diferencia es en parte resultado de la fijación en los monopolios del sector de la infraestructura; una prioridad que puede estar resultando más importante hasta ahora para la economía chilena como un todo. Sin embargo, también parece obedecer a otras consideraciones, muchas de las cuales, si bien están siendo atendidas, ameritan un mayor cuidado. Por ejemplo, aunque los organismos chilenos de resguardo de la libre competencia, al igual que la mayoría de sus homólogos en otros países, están fundamentando cada vez más sus políticas y decisiones en principios económicos, las decisiones de la Comisión Resolutiva Antimonopolios y de la Corte Suprema de Justicia no han sido muy explícitas en cuanto a las

repercusiones de esos principios económicos en las normas jurídicas aplicables a determinadas formas de conducta, o a cuestiones tan básicas como la definición de “productos” y “mercados geográficos”, o cómo decidir si una empresa tiene una posición dominante o monopólica. Aclarar los preceptos jurídicos aplicables y mejorar el grado de previsibilidad deberían ser cuestiones prioritarias, especialmente en vista de que entre las modificaciones propuestas se incluye la eliminación de las Comisiones Preventivas, cuyos fallos son los que han resultado más esclarecedores. El organismo chileno encargado de la aplicación de la ley, la Fiscalía Nacional Económica, está tomando algunas medidas importantes para reducir el grado de incertidumbre. Hacia fin de año se podrán consultar resúmenes y el texto completo de todas las decisiones de las Comisiones Preventivas y la Comisión Resolutiva en el sitio web de la Fiscalía, y en su momento también se irán agregando a éste los dictámenes y resoluciones de la propia Fiscalía. Sin embargo, en vista de la incertidumbre actual y de la naturaleza concluyente de muchos de los fallos de las Comisiones, la Fiscalía debería analizar la conveniencia de emitir lineamientos o declaraciones de políticas de cumplimiento no obligatorio sobre la aplicación de las leyes, o hallar alguna otra manera de fijar su posición en cuanto a los elementos de tipos particulares de infracciones, a fin de aclarar el marco general de su interpretación de la ley y orientar en cuanto a su enfoque de aspectos fundamentales del análisis y los procedimientos de la libre competencia.

El aporte de la Ley de Protección de la Libre Competencia a la productividad de Chile podría no alcanzar su pleno potencial si la aplicación de ésta no abarca una gama más amplia de campos de actividad económica y si no asume un papel más enérgico en la impugnación de todas las formas de conducta —fusiones, monopolización y carteles— que producen efectos considerables de restricción de la libre competencia o tienen el potencial para hacerlo. El tratamiento prudente por parte de los organismos de resguardo de la libre competencia parece haber contribuido a facilitar la aceptación gradual de la aplicación de las reglas de la libre competencia. Pero la tradición de prudencia, incluida la aparente renuencia a señalar infracciones e imponer sanciones pecuniarias, obedece en parte al punto de vista en Chile de que los delitos económicos contra la colectividad no revisten gravedad y que los costos de los monopolios no pueden ser mayores que los costos de la aplicación de la ley de libre competencia. Una combinación de promoción y defensa general de la libre competencia que explique los costos de los monopolios y los carteles, y que contenga preceptos para su aplicación que aclaren la renovada atención de la Fiscalía en la eficiencia económica, debería contribuir a garantizar al sector académico, el sector privado y los encargados de la política económica, que los beneficios de la aplicación vigorosa de la libre competencia en Chile superarán con creces los costos.

Los organismos encargados de resguardar la libre competencia en Chile han venido propugnando muy activamente la libre competencia en cuanto a los

monopolios del sector de la infraestructura, y Chile se encuentra en las etapas iniciales del desarrollo de un programa más amplio. Conviene hacer notar que la División de Desarrollo de Mercados del Ministerio de Economía también funciona como entidad de promoción y defensa de la libre competencia (y aporta miembros a las comisiones que tienen que ver con la libre competencia). Chile debería tomar medidas para dotar a la Fiscalía y al Tribunal de las atribuciones y facultades necesarias para desempeñarse como organismos propugnadores del uso de la política de libre competencia en el análisis de todas las leyes y los reglamentos nacionales y locales que pudieran entorpecer la libre competencia. El valor de este papel de promoción y defensa como complemento de la función de aplicación de la ley se reconoce en las recomendaciones del Informe sobre la reforma de la regulación de 1997 de la OCDE. El objetivo no es promover la libre competencia por encima de otros valores, sino asegurar que la protección de otros valores no interfiera innecesariamente con la capacidad de las empresas de responder con eficiencia a la demanda de los consumidores. Por su parte, la Fiscalía, y en su oportunidad el Tribunal mismo, deben esforzarse en demostrar a las entidades gubernamentales, la colectividad general y la comunidad empresarial, el valor de contar con una perspectiva en cuanto a la política de libre competencia al evaluar leyes o reglamentos, vigentes o propuestos, que den la impresión de no tener en cuenta la libre competencia. Por ahora, la Fiscalía debe empeñarse en identificar aquellas situaciones en las que la normativa pueda estar produciendo efectos anticompetitivos considerables. La Fiscalía cuenta con experiencia y conocimientos pertinentes, y una carta, informe, ponencia, testimonio u otro tipo de intervención suya bien podría respaldar las iniciativas de reforma en otros ámbitos o explicar la importancia de algunas reformas. Por ejemplo, la agenda pro-desarrollo propone reducir los efectos negativos del otorgamiento poco ágil y transparente de licencias y demás procedimientos, especialmente al nivel municipal, mediante la promulgación de una ley en virtud de la cual todas aquellas solicitudes que no hayan recibido respuesta dentro de cierto plazo se consideren aprobadas. Una forma en la que el elemento burocrático tiene un efecto económico negativo es a través de la creación de impedimentos injustificables al ingreso a los mercados. Explicar este aspecto del problema y apoyar las iniciativas para minimizarlo puede continuar siendo un elemento relativamente económico de la promoción y defensa de la libre competencia, que resulte de por sí útil y que además demuestre que esta política no es enemiga de las empresas. La Fiscalía (y a su debido tiempo, el Tribunal) también deberían analizar la conveniencia de dedicarle considerablemente más atención a explicar de qué forma la ley y la política de libre competencia benefician a los consumidores, las empresas y la economía en general. En vista de la preocupación del gobierno chileno por cuestiones de equidad, incluidas la protección social, la educación y la salud, el programa de promoción podría incluir un elemento de hincapié en la forma en que la política de libre competencia puede servir como instrumento que ayude a los responsables de políticas a alcanzar las metas de justicia del modo más eficiente posible.

1. Contexto económico y político

1.1 *El contexto económico actual*

Chile, con una población de 15 millones de habitantes, es una economía sudamericana relativamente pequeña. También es una economía sumamente abierta: sus casi 30 años de liberalización sistemática del comercio se han traducido recientemente en una serie de acuerdos de libre comercio. Durante los años 90, Chile exhibió un crecimiento vigoroso de su PIB, el cual promedió casi 7% anual y fue impulsado principalmente por las exportaciones y un vigoroso ciclo de inversión en el sector de recursos naturales (minería de cobre, cría de salmón y aprovechamiento de recursos forestales). Después de la crisis económica de Asia, las tasas de crecimiento anual se redujeron a 2-3% y el desempleo aumentó casi a 10%. No obstante, la economía chilena ha exhibido una notable estabilidad, especialmente si se la compara con las de países vecinos. Las tasas de interés son bajas, se ha mantenido la responsabilidad fiscal y Moody's ha ubicado al sistema bancario chileno en el tope de su clasificación de todos los países sudamericanos. Además, el gobierno nacional ha tomado medidas para mejorar la transparencia, luchar contra la corrupción y desarrollar instituciones estables; pasos estos que le han valido al país apreciaciones favorables en cuanto a transparencia y competitividad en las clasificaciones mundiales. El hecho de que Chile no sea una federación de estados soberanos, sino más bien un Estado nacional, puede haber contribuido con la concreción de dichas reformas. Además, Chile ha sabido emplear provechosamente su sistema jurídico, considerado uno de los mejores de Sudamérica.

Desde 1997 Chile ha respondido a la ralentización económica de varias maneras distintas, entre ellas la apertura del mercado de capitales en 2000-2001. Casi todas las empresas propiedad del Estado han sido privatizadas, y la Corporación Nacional del Cobre (CODELCO) se mantiene todavía en manos oficiales, no por motivos de competencia sino más bien para proteger el futuro de Chile, en su condición de activo del cual el gobierno no puede disponer¹. Gracias a la estabilidad económica y política de Chile, las empresas multinacionales suelen considerar al país como una plataforma para acceder al resto de Sudamérica, a pesar de su reducido tamaño. Los chilenos promueven esa disposición, aunque a veces temen que pueda conducir a la monopolización de los mercados internos por parte de empresas extranjeras (como los bancos españoles, por ejemplo). En todo caso, la actual agenda pro-desarrollo ha adoptado una mejor aplicación de la normativa sobre la libre competencia, como medio para estimular una mayor eficiencia y crecimiento². La creación de este programa, inclusive en lo atinente a la legislación de libre competencia, no sólo contó con la

colaboración de representantes del sector privado, sino también con sus observaciones al gobierno en cuanto a medidas que pueden trabar el espíritu emprendedor y disminuir la flexibilidad del mercado laboral.

1.2 *El contexto histórico*

La intervención del Estado en la economía chilena se generalizó a partir de la adopción, en 1925, de una constitución que acrecentó considerablemente las atribuciones del Poder Ejecutivo. A partir de 1931, cuando la depresión económica mundial condujo a una efímera toma de control del gobierno chileno por parte de una dirigencia militar de orientación socialista, se hizo aún más pronunciada la promoción gubernamental de campos de actividad económica específicos y su participación directa en ellos. A lo largo de los dos decenios siguientes, el Estado aplicó políticas de industrialización basadas en la sustitución de importaciones por varios medios, entre ellos, la creación de la Corporación de Fomento de la Producción (conocida comúnmente por sus siglas, “CORFO”), la cual, para 1950, poseía participación patrimonial en 80 de las mayores empresas chilenas y participación mayoritaria en 39 de ellas. Aquellas políticas estrecharon los vínculos entre el gobierno y las grandes empresas, lo cual, combinado con aranceles elevados, contribuyó a aislar a Chile de los mercados internacionales. Hacia finales de los años 50 ya se hacía evidente el agotamiento de las políticas del pasado, aunque todavía no se había llegado a un consenso sobre el nuevo rumbo a tomar.

1.3 *La primera ley chilena de protección de la libre competencia*

La primera ley sobre la libre competencia de Chile se promulgó en 1959, un año después de que una misión internacional recomendara el abandono de los controles de precios, la promulgación de una ley de protección de la libre competencia y el manejo de los aranceles aduaneros cuando los precios subieran demasiado. Aquella ley prohibía al Estado otorgar monopolios a grupos privados y tipificaba las conductas o acuerdos tendientes a prevenir la libre competencia como delitos de derecho público (administrativos) o penales. La aplicación de dicha ley le correspondió a una comisión cuyos miembros eran un magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el superintendente de Valores y Seguros, y el superintendente de Bancos. La Comisión estaba facultada para investigar situaciones, decidir si recomendar o no la promoción de causas penales, emitir dictámenes en causas no penales, así como reglas de carácter general, y decidir si procedía o no el otorgamiento de alguna concesión monopólica. Aunque aquella comisión estuvo investida de tales atribuciones, no llegó a ser un organismo

poderoso. Los relatos de la cantidad de causas que la comisión llegó a conocer entre 1959 y 1972 son encontrados. Sin embargo, independientemente del número, la mayoría de ellas se resolvió durante los primeros dos años. Desde 1963 hasta 1972, el organismo sólo conoció siete causas, todas ellas de escasa importancia. De hecho, en vista de que durante ese lapso el gobierno chileno fijó los precios de muchos productos y servicios, parece poco probable que haya habido alguna expectativa de que la ley de libre competencia de 1959 llegase a desempeñar un papel de importancia para evitar que las empresas restringieran su producción o cobraran precios monopólicos.

1.4 *Políticas económicas generales entre 1970 y 1973*

Las políticas económicas chilenas experimentaron una transformación considerable en 1970, tras la elección de un socialista con tendencias marxistas como presidente. El gobierno aumentó la contratación de trabajadores y sus salarios, congeló precios y asumió la propiedad o el control de explotaciones agrícolas y otras empresas. Entretanto la inflación se disparó, la productividad disminuyó y la escasez (junto con las largas filas de personas) se convirtió en algo corriente. En septiembre de 1973 dirigentes militares derrocaron al gobierno e instauraron uno nuevo que inmediatamente comenzó a revertir las políticas de los tres años precedentes.

1.5 *La actual Ley de Defensa de la Libre Competencia de Chile*

El instrumento que actualmente rige la competencia en Chile —la Ley de Defensa de la Libre Competencia— fue promulgado en diciembre de 1973, como parte del programa del gobierno militar. Dos semanas más tarde ya se había creado el organismo encargado de aplicar la nueva normativa. La nueva Ley era y es sustantivamente similar a la ley anterior, pero ha creado un nuevo sistema institucional que se mantiene vigente hasta la fecha. Entre las instituciones creadas bajo este nuevo marco figuran un organismo de aplicación de la ley, la “Fiscalía Nacional Económica” —una importante entidad cuasi-judicial conocida a menudo como “Comisión Antimonopolio”, así como una serie de Comisiones Preventivas (una Central y varias Regionales). Hay varias propuestas legislativas pendientes que contemplan la eliminación de la Comisión Antimonopolio y las Comisiones Preventivas, y su reemplazo con un nuevo tribunal antimonopolio. Antes de pasar a tratar la forma en que se ha desenvuelto la nueva Ley de Defensa de la Libre Competencia desde 1973, conviene repasar el contexto económico en el que ha tenido lugar dicho desenvolvimiento. A tales efectos, cabe dividir ese lapso de 30 años en cuatro etapas.

1.6 *Políticas económicas desde 1973*

Las principales reformas aplicadas por el gobierno militar tuvieron lugar, o cuando menos se originaron, entre 1973 y 1982. En un principio, el gobierno se concentró en deshacer lo que el gobierno anterior había hecho; redujo el empleo en el sector público (al final, en 20%), restituyó las propiedades que habían sido expropiadas ilegalmente y levantó los controles de precios. (En un principio, puede que la Ley y los organismos de resguardo de la libre competencia hayan sido creados en buena medida como un gesto político destinado a disipar los temores de los consumidores en cuanto a posibles aumentos de precios.) El gobierno también puso en marcha un programa más amplio de apertura, incluida la reducción unilateral de aranceles de importación, que para 1975 había evolucionado hasta convertirse en un programa dirigido por un grupo de economistas tecnócratas del sector civil a los que se dio en llamar “Chicago boys”, por su juventud, sus vínculos con la Universidad de Chicago y su convicción —en ocasiones extrema— en cuanto a los mecanismos de mercado. Para 1982, el gobierno había eliminado todos los controles de precios, menos los de los monopolios naturales, había abierto los mercados de capitales y privatizado la mayoría de las empresas productoras de bienes comercializables y algunos servicios, incluidos los bancarios y financieros. Durante esa etapa del programa de privatización se le otorgó escasa importancia a la política de libre competencia, lo que condujo a algunos problemas que todavía no se han resuelto, pero hasta donde se sabe los organismos encargados de resguardar la libre competencia consiguieron ganarse cierta medida de apoyo popular, al eliminar privilegios económicos del Estado u otorgados por éste. Hacia las postrimerías de ese lapso, los préstamos incobrables resultantes de la sobrevaluación del peso y la falta casi total de supervisión de la banca condujeron a una grave crisis financiera, que al parecer convenció a algunos responsables de políticas de que la desregulación puede resultar perjudicial.

Desde 1985 hasta 1990, el gobierno se hizo más pragmático en materia de política económica, pero la liberalización de la economía siguió adelante. Hubo más privatizaciones, entre otros, en los sectores eléctrico, de las telecomunicaciones y siderúrgico. A su tiempo, los organismos de resguardo de la libre competencia comenzaron a desempeñar un papel más importante en algunos ramos del sector de la infraestructura. Aunque las reformas económicas tuvieron un gran éxito, la red de protección social continuó debilitándose a causa de los programas de austeridad del gobierno, así como por lo que muchos percibieron como un exceso de desregulación. En vista de que el gobierno, al mismo tiempo que aplicaba una política de desregulación con el fin de fomentar la competencia estaba debilitando la red de protección social, se ha sugerido que algunos chilenos equipararon

incorrectamente la política de libre competencia con el liberalismo económico y la hostilidad hacia los programas de asistencia social.

En 1990, el gobierno militar fue reemplazado por el primero de una serie de gobiernos civiles electos. Aunque los líderes de esos gobiernos criticaron ciertos aspectos del programa de apertura económica, sus elementos básicos han seguido adelante, si bien con lo que se considera una orientación más equilibrada (por ejemplo, procurando fomentar la competencia, pero sin llegar a seguir un enfoque de liberalismo económico). La privatización comenzó a concentrarse en el transporte aéreo y ferroviario, la minería y la electricidad. Patricio Aylwin Azócar, quien fue electo presidente en 1989, asumió la posición de que “en una economía eficiente no hay cabida para controles de precios” y “el mercado no se puede reemplazar como mecanismo para que los consumidores articulen sus preferencias”. Eduardo Frei Ruiz-Tagle, quien fue electo presidente en 1993, siguió políticas económicas afines. El crecimiento de la economía, de casi 7% anual, facilitó la labor de reconstrucción de la red de protección social. La ley de libre competencia formó parte integral de las reglas del juego, pero su aplicación no fue una prioridad y los recursos asignados a ello fueron escasos. No obstante, los organismos encargados de resguardar la libre competencia continuaron desempeñando un papel cada vez más importante con respecto a las actividades y la regulación de los monopolios naturales.

Desde 1997, la política económica se ha concentrado en producir un crecimiento cada vez más vigoroso. Ha proseguido la privatización y actualmente casi ha culminado. Captar capitales ha sido difícil, por lo cual se le ha dedicado aún más atención a la inversión y la productividad, lo que a su vez ha llevado a una reforma del mercado de capitales y la promulgación de una ley, en 1999, que casi duplicó el personal de planta de la Fiscalía (a casi 60 personas), al tiempo que se aumentaron los salarios y se modificaron los criterios de selección de los nuevos funcionarios públicos, a fin de que la Fiscalía pudiera contar con un personal más profesional³. Las nuevas modificaciones que ha propuesto el presidente Ricardo Lagos Escobar, quien fue electo en enero de 2000, sugieren que la aplicación de la ley de libre competencia se ha convertido nuevamente en una prioridad, y que en el futuro los organismos encargados de velar por la libre competencia en Chile se podrán convertir en colaboradores mucho más importantes de la eficiencia económica del país y del bienestar general de sus ciudadanos.

2. Objetivos de la Ley de Defensa de la Libre Competencia de Chile

El gobierno chileno considera que el objetivo principal de la Ley de Defensa de la Libre Competencia es promover la eficiencia económica, con la expectativa de que ello contribuya en el largo plazo a maximizar el bienestar de los consumidores. No obstante, la Ley no hace mención de este objetivo (ni de algún otro) e incluye una disposición que sugiere un objetivo desligado completamente de la eficiencia. Al menos durante los primeros 15 años, los organismos chilenos de aplicación de la Ley le otorgaron una prioridad decisiva a una gama de valores distintos a la eficiencia y el bienestar del consumidor. La falta de objetivos específicos en la Ley, combinada con un cambio de orientación hacia una mayor eficiencia en la práctica, es un patrón frecuente en muchos países miembros de la OCDE. Una de las modificaciones propuestas es introducir en la letra de la Ley una declaración de objetivo que indique que éste sea la “defensa de la libre competencia”⁴. Indicar explícitamente dicho objetivo tendería a hacer más difícil que cualquier parte invoque objetivos que no tienen nada que ver con la libre competencia o con la eficiencia.

Tanto el cambio de orientación como la persistente relevancia de objetivos ajenos a la eficiencia son importantes. Hay tres problemas principales:

- Determinar si los criterios para analizar conductas presuntamente ilícitas también se han adaptado a la nueva orientación hacia una mayor eficiencia,
- Determinar si los objetivos ajenos a la eficiencia inciden en el análisis normal y en qué circunstancias, y
- Determinar si el empresariado y la colectividad general están debidamente informados de la interpretación actual de los objetivos de la Ley y de los criterios jurídicos aplicables a los diversos tipos de casos.
- Las expresiones “eficiencia económica” y “bienestar del consumidor” suelen referirse al “excedente del consumo”, en vez de al “excedente total” o a una medida subjetiva de los intereses de los consumidores. En este sentido, el “bienestar del consumidor” se plantea en términos del cúmulo total de beneficios que perciben los consumidores colectivamente. Las eficiencias pueden beneficiar al grupo como un todo, aunque tengan efectos distintos y puedan colocar a algunos consumidores en una posición menos ventajosa. Esta noción es un punto de referencia útil, aunque no hay consenso sobre la definición de eficiencia económica o de bienestar del consumidor. Los objetivos explícitos o implícitos que guardan alguna relación con la libre competencia mas no necesariamente

con la eficiencia económica, pueden incluir protección a las pequeñas empresas, la preservación de la libertad de elección por parte del consumidor, la prevención de los aumentos de concentración, o la garantía de que las empresas tendrán libertad de competencia. Considerar que tales objetivos son decisivos puede dar cabida a conductas anticompetitivas o prevenir la realización de eficiencias que beneficien a los consumidores. Por ejemplo, la libertad de elección de los consumidores y la libertad de competencia son ambos objetivos generales de la política de libre competencia, pero a veces pueden no corresponderse con el uso de restricciones verticales eficientes.

Objetivos de la política de libre competencia y su concordancia con otros objetivos sociales

El presente informe se concentra en los objetivos de la ley chilena de libre competencia y sus divergencias con los objetivos de la política de libre competencia del país. Si bien puede haber diferencias de prioridades y objetivos desligados de la eficiencia de un país a otro en la aplicación de sus leyes, los objetivos básicos de la política de libre competencia no varían en un sentido fundamental.

El término “política de libre competencia” se utiliza de distintas maneras. A veces es un sinónimo de la ley de libre competencia y otras se refiere a un conjunto de políticas de las cuales la ley de libre competencia es apenas un elemento. A menudo —y con esta acepción se emplea en el presente informe— se refiere a un modo de entender la regulación gubernamental; una alternativa a la planificación centralizada, el liberalismo económico y la economía dirigida, cuya esencia radica en que las leyes y reglamentos no deben contener restricciones a la libre competencia y la libre elección por parte de los consumidores que no sean necesarias para alcanzar sus objetivos. En tal sentido, la política de libre competencia constituye un complemento de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, pero es distinta de ésta. Algunos países han formalizado este sentido de “política de libre competencia”. Un ejemplo notable de ello es Australia, cuya Política Nacional de Competencia, supervisada por el Consejo de Competencia Nacional, establece explícitamente que los reglamentos no deben restringir la libre competencia, a menos que se pueda demostrar que los beneficios que puede aportar una restricción determinada a la comunidad en general superan los costos de la misma, y que sólo es posible alcanzar los objetivos de la regulación mediante la restricción de la competencia.

En el ámbito internacional existe un amplio consenso de que los objetivos fundamentales de la ley y la política de libre competencia están promoviendo y protegiendo el proceso competitivo en aras de la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Sin embargo, el tratamiento de este tema en el Foro Global de la OCDE sobre Competencia, celebrado en febrero de 2003, también reveló que puede resultar importante para los países con economías en desarrollo procurar objetivos desligados de la eficiencia, e incluso darles preeminencia en ciertas circunstancias. Por ejemplo, se sostuvo que las economías pequeñas deben analizar detenidamente las afirmaciones de que una fusión dada puede permitir alcanzar economías de escala, pero también hubo quien afirmó que en las economías en desarrollo puede ser preferible darle mayor importancia a la protección de una estructura de mercado competitiva, incluso a costa de cierta medida de eficiencia. Además, la mayoría de los países miembros de la OCDE tienden a eliminar los objetivos de interés público, tales como la competitividad de las exportaciones, la promoción de la pequeña empresa, o el mantenimiento de los niveles de empleo, pero no es raro hallar esos objetivos en las leyes de economías en desarrollo.

La aplicación de la ley de libre competencia puede generar conflictos con otras políticas si prohíbe conductas autorizadas o incluso requeridas por los objetivos de éstas. A fin de evitar tales conflictos, la ley de libre competencia debe contemplar exenciones o exclusiones. Por el contrario, la política de libre competencia no plantea conflictos con otros objetivos sociales, tales como proteger a los consumidores de productos inseguros u ocuparse de los miembros más desfavorecidos de la sociedad. La política de libre competencia no coloca a ésta por encima de otros valores, no maximiza la rivalidad entre competidores a costa de otros objetivos, ni impide la regulación gubernamental tendiente a promover otros valores. Por el contrario, procura maximizar el bienestar de la sociedad, previniendo la ineficiencia económica y el desperdicio causados cuando leyes y reglamentos limitan innecesariamente la capacidad de las empresas de responder eficientemente a la demanda de los consumidores. Aunque a menudo puede haber discrepancias entre el individuo y la sociedad en cuanto a las restricciones efectivamente necesarias para alcanzar otros objetivos sociales, no existe un desacuerdo real en cuanto al objetivo de la política de libre competencia de aumentar el bienestar general de la sociedad mediante el aumento de la eficiencia y la competencia, y la disminución del desperdicio económico y la asignación ineficiente de recursos.

La política de libre competencia, al llamar la atención sobre los costos que imponen a la sociedad las restricciones gubernamentales excesivamente amplias, puede resultar útil para los responsables de las políticas al elegir un sistema reglamentario eficiente, cada vez que concluyen que ciertas

restricciones son necesarias para la libre competencia a causa de alguna deficiencia del mercado u otros factores. Hay varios ejemplos que pueden contribuir a confirmar esta observación:

- En Canadá, el comisionado de la Competencia se manifestó a favor de la reestructuración de la industria eléctrica, indicando que la reforma de mercado se puede efectuar de una manera que no sólo concuerde con los objetivos de protección del medio ambiente, sino que de hecho podría contribuir a alcanzarlos.
- Aunque los requisitos para el otorgamiento de licencias y las normas gubernamentales pueden ser beneficiosos en materia de salud o seguridad, pueden perjudicar a los consumidores si son tan amplios que previenen conductas de eficiencia. En Estados Unidos, la política de libre competencia ha demostrado que los obstáculos a la prestación de servicios de optometría en lugares de actividad comercial tales como centros comerciales hacen aumentar los costos sin contrapartida alguna en términos de beneficios.

La política de libre competencia puede contribuir a fortalecer la red de protección social que abarca a los menos favorecidos. El enfoque de orientación competitiva adoptado por Chile con respecto al sector de las telecomunicaciones, permite que las empresas de telecomunicaciones presten servicios de manera eficiente y a costos menores, lo que a su vez hace posible que los consumidores y el gobierno dispongan de más recursos para destinar a otras necesidades. Y la política de libre competencia, actuando como una suerte de “microeconomía aplicada”, puede contribuir a reformar aspectos de la normativa chilena de salud, que, según se informa, generan incentivos perjudiciales que restringen indebidamente la prestación de dichos servicios.

En Chile, al menos durante los primeros 15 años de la aplicación de la legislación de libre competencia, los organismos encargados de la misma parecen haberle dado mayor importancia a la libertad de competir que a la eficiencia económica. Durante ese tiempo, las restricciones verticales tales como el trato comercial exclusivo y los territorios exclusivos básicamente fueron considerados ilícitos por naturaleza, porque impidieron que otras empresas funcionaran como distribuidoras. No se tomaba en cuenta para nada si las restricciones se justificaban o no desde el punto de vista de la eficiencia y, por ende, si beneficiaban o no a la libre competencia y a los consumidores⁵.

La orientación original en Chile reconoce la importancia de la libertad económica como un valor. La Ley de Defensa de la Libre Competencia prohíbe “los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas” y una modificación promulgada en 1979 agrega la prohibición de conductas restrictivas de la “libertad de trabajo”, cuyo cometido parece haber sido prohibir el requisito de que los profesionales se afilien a alguna organización para poder ejercer su profesión. Igualmente, tal como ocurrió con las constituciones de varios países europeos, la Constitución de 1980 otorga a los ciudadanos el derecho de dedicarse a la actividad económica de su preferencia. A la sazón, la mayoría de los organismos de resguardo de la libre competencia del mundo le otorgaron una importancia considerable —a menudo determinante— al objeto de impedir restricciones a la autonomía empresarial. Los antecedentes recientes de aplicación de la ley en Chile incluyen ejemplos de una orientación más eficiente, que se fija más en el impacto de restricciones al mercado que en sus efectos sobre una o más empresas. Sin embargo, el hincapié constitucional y normativo en la libertad de empresa sugiere la posibilidad de que se le continúe asignando una importancia especial a dicho valor en las causas de libre competencia en Chile, incluso si ello puede parecer contraproducente a los defensores de una orientación estricta basada en la eficiencia⁶.

Además de los objetivos inspirados en la competencia, algunos países le adjudican otros objetivos de “interés público” a sus leyes de libre competencia, o permiten pasar por alto los objetivos inspirados en la eficiencia económica y el bienestar del consumidor, a fin de proteger algún objetivo de política desligado de la libre competencia. Estos objetivos de interés público, muchos de los cuales son elementos de la “política industrial”, incluyen la creación de empleos, el desarrollo regional, causas nacionales (a veces expresadas en términos de promoción de una economía de exportación o de competitividad externa), propiedad nacional, estabilidad económica, políticas de control de la inflación, progreso o bienestar social (cuantificado según criterios distintos al del bienestar del consumidor), paliación de la pobreza, difusión de la propiedad (o la riqueza) entre grupos históricamente desfavorecidos y seguridad nacional. Sin embargo, incorporarlos en las leyes de libre competencia o permitir que en su nombre se pasen por alto los fallos de las causas de libre competencia disminuye el nivel de previsibilidad y certeza, y su ambigüedad permite invocarlos con la intención de favorecer intereses políticamente fuertes y circunscritos, a pesar de su presentación como propios del “interés público”. Además, existen otros mecanismos distintos a las políticas de libre competencia que son, en general, más eficientes y eficaces para alcanzar esos objetivos.

La Ley de Defensa de la Libre Competencia de Chile contiene una disposición inusitada que presupone un objetivo desligado de la eficiencia.

En 1979 se modificó la lista de conductas tendientes a restringir la libre competencia incluida en la Ley, a fin de reconocer la libertad de los trabajadores “para organizarse, reunirse, o negociar colectivamente” dentro de cada empresa. La interferencia con los procesos de sindicalización o los procesos internos de negociación colectiva en las empresas quedó así tipificada como delito en la Ley de Defensa de la Libre Competencia. Debido a que la creación de sindicatos y la negociación de contratos colectivos restringen la competencia entre los trabajadores y pueden considerarse carteles que carecen de justificación desde el punto de vista de la eficiencia, aunque la mayoría de las leyes de libre competencia reconocen su valía como instrumentos de promoción de objetivos sociales, las excluyen específicamente. Puede que el objeto de la disposición haya sido distinguir entre la negociación colectiva interna de las compañías y la negociación colectiva general que abarca un mismo ramo de actividad económica. De ahí cabe deducir que interferir en las negociaciones colectivas de un ramo completo de actividad económica no constituye una violación de la Ley de Defensa de la Libre Competencia.

En Chile, los organismos de resguardo de la libre competencia a veces le han otorgado una importancia decisiva a objetivos desligados de la eficiencia que no se mencionan en la Ley. Por ejemplo, la reducción unilateral de aranceles de importación por parte del gobierno militar en 1974 y la crisis económica de 1982 suscitaron ambas el temor generalizado del aumento del desempleo y, al menos en casos de fusiones, según se sabe, los organismos encargados de velar por la libre competencia consideraron la prevención del desempleo, la dificultad especialmente gravosa localizada, la quiebra y el “interés público” como factores que podrían justificar fusiones anticompetitivas. En ocasiones ése fue el proceder de la Fiscalía o de las Comisiones, aparentemente con poca o ninguna explicación del modo en que se esperaba compaginar esos intereses opuestos. En otros casos se empleó el proceso de exclusión especial de la Ley, mediante decreto supremo e informe de la Comisión Antimonopolio, en el que se indicaba que era preciso proceder con una fusión por lo demás ilícita, en aras de la estabilidad o el desarrollo de inversiones internas.

A todas luces, los organismos de resguardo de la libre competencia se han venido apartando de esos objetivos desligados de la eficiencia y la libre competencia. De hecho, algunas declaraciones parecen insinuar que la eficiencia económica no es simplemente la prioridad principal, sino el único objetivo real de la Ley. Así, la innovación y el bienestar del consumidor se consideran no como objetivos en sí mismos, sino como el resultado esperado de la eficiencia, mientras que la competencia desleal se considera una prioridad sólo si incide negativamente en el mercado en general, y la estructura de mercado reviste importancia únicamente en la medida en que

guarde relación con conductas que perjudiquen al mercado como un todo. Se dice que la protección a la pequeña empresa no es prioritaria. Desde esta óptica, éste es el sistema fundamentado en la eficiencia más “puro” que puede haber actualmente.

Por otro lado, no cabe sino sospechar que los objetivos desligados de la eficiencia han continuado desempeñando un papel importante. Podrían contribuir a explicar por qué Chile ha presentado tan relativamente pocas objeciones a fusiones potencialmente anticompetitivas. También pueden explicar los resultados obtenidos en algunos de esos casos. Por ejemplo, en 1994, la Comisión Resolutiva conoció la impugnación presentada por las dos mayores aerolíneas chilenas a una decisión de la Comisión Preventiva de que la fusión de ambas ocasionaría restricciones a la libre competencia. La empresa resultante de dicha fusión controlaría alrededor de 85% del tráfico interno de pasajeros. Las aerolíneas no presentaron el argumento convencional de excepción de empresa en crisis, junto con afirmaciones o pruebas de la inminencia de la quiebra o siquiera de caída de la rentabilidad. En vez de ello, afirmaron que su viabilidad a largo plazo peligraba porque no habían podido alcanzar economías de escala, al parecer, sin ofrecer mayores pruebas con respecto a dichas economías. En su fallo, la Comisión Resolutiva indicó que la fusión produciría eficiencias, pero no ahondó en este aspecto ni analizó si dichas eficiencias compensarían o no la pérdida de eficiencia. Por el contrario, la Comisión al parecer dio la luz verde para la fusión, sobre la base de que el mercado era competido y que el acceso potencial al mismo bastaría para impedir que la empresa producto de la fusión ejerciera poder de mercado⁷. Pero la Comisión ordenó a la empresa la creación de un sistema “autoregulado” de determinación de precios, que estableciera una correlación entre el precio de los pasajes en rutas no competidas con los de las rutas competidas, lo que sugiere que la Comisión no tenía la plena confianza de que la competencia potencial pudiera mantener precios competitivos. Tal ambivalencia sugiere que el resultado puede tener más que ver con la política del ramo de actividad que con la política de libre competencia. Curiosamente, tres años más tarde, la Comisión Resolutiva multó a la empresa producto de la fusión y a otra compañía, por haber incurrido en prácticas de precios predatorios, con la intención de sacar del mercado a una pequeña aerolínea, ofreciendo descuentos considerables en la única ruta en la que ésta competía con ellas.

La manera en que los organismos de resguardo de la libre competencia han manejado fusiones en el mercado bancario recientemente también ha llevado a algunos a cuestionar la noción que de los objetivos de la Ley tienen esas entidades. La fusión de dos importantes bancos españoles que también operan en Chile le dio a la empresa resultante control de 27% del mercado nacional. La Fiscalía impugnó la fusión, considerándola

anticompetitiva. La medida condujo a una disputa para determinar si las leyes de supervisión del sistema bancario chileno creaban o no una exclusión implícita de la Ley de Defensa de la Libre Competencia. La Comisión Resolutiva decidió que tenía competencia para conocer de la fusión, pero también determinó que la misma no era anticompetitiva. Este resultado puede haber sido producto de la influencia de la promulgación de leyes que facilitan un acceso más fácil a los bancos. Poco después, dos grandes bancos chilenos se fusionaron para dar origen a una institución financiera con el control de 20% del mercado nacional, 70% del cual era controlado por los cinco bancos principales. La incapacidad de los organismos encargados de velar por la libre competencia de impugnar esa fusión, llevó a algunos a sugerir que la Fiscalía estaba siendo menos rigurosa en la aplicación de la normativa a las fusiones de bancos nacionales.

Una disposición de una ley en materia de protección de la libertad de expresión se ha percibido como una declaración de que a la Ley de Defensa de la Libre Competencia le corresponde un papel especial en la prevención de concentraciones indebidas de los medios de comunicación. Por ley, se debe consultar el parecer de las Comisiones Preventivas en todos los casos de fusiones o adquisiciones que tengan que ver con el traspaso de estaciones de televisión o radio, y dichas Comisiones tienen 30 días de plazo para decidir si tales traspasos resultarán o no anticompetitivos. En muchos países es normal que haya reglas o criterios especiales, en parte porque no hay consenso sobre si le corresponde a las leyes de libre competencia dar algún tipo de orientación basada en principios firmes en tales casos o, de ser así, cómo hacerlo.

Puede que la equidad, otro de los objetivos ajenos a la eficiencia, sea el trasfondo de las “instrucciones de carácter general” emitidas recientemente en cuanto a la discriminación de precios en la comercialización y distribución de productos farmacéuticos por parte de laboratorios, almacenes centralizados de distribución, importadores y farmacias. El gobierno redujo las barreras de entrada, eliminó los precios máximos y los márgenes de utilidad máximos, lo cual condujo a un período de intensa competencia de precios, caracterizado en parte por descuentos secretos. Los organismos de resguardo de la libre competencia, después de promover numerosas demandas de discriminación de precios específicas, emitieron una “instrucción de carácter general”, requiriendo que todos los participantes del mercado a elaboraran y dieran a conocer públicamente listas de precios no discriminatorias, y se ciñeran a ellas. La instrucción impuso una restricción a la libertad de las empresas de ofrecer descuentos secretamente, y lo hizo en un mercado competido en el que (supuestamente) ninguna de ellas tenía poder de mercado. Por lo tanto, en esa situación dio la impresión de que las

consideraciones de equidad (el rechazo a los descuentos secretos) se impusieron a la libertad y la eficiencia económicas. (Actualmente la Fiscalía procura imponer multas a varias compañías que ni siquiera han elaborado y hecho públicas sus listas de precios. Ese seguimiento del cumplimiento de las órdenes de la Comisión resulta sumamente valioso, como medio de sentar su credibilidad como organismo de aplicación firme de la ley.)

El acercamiento de la posición de Chile hacia una mayor eficiencia no se ha explicado con claridad y coherencia. Algunos representantes empresariales y académicos dicen no tener plena certeza de los medios idóneos para evaluar las posiciones de dominio y sobre los preceptos jurídicos aplicables a algunos tipos de conductas, y esa posición parece tener cierto fundamento. Los funcionarios a cargo de la libre competencia observan que Chile es un país donde impera el Derecho Civil y que por tanto debería ser posible reducir el nivel de incertidumbre en esa materia. La aplicación de la legislación sobre la libre competencia en Chile ha llegado a un punto en el que luce sumamente importante para la productividad del país aclarar las reglas jurídicas aplicables. La Fiscalía debería analizar la utilidad de elaborar y emitir pautas no obligatorias de aplicación de la ley que expliquen su posición en cuanto a los objetivos de la Ley y los preceptos jurídicos aplicables. El nuevo Tribunal debería aclarar los criterios jurídicos aplicables, redactando fallos que expongan los elementos de los delitos (y el valor probatorio de formas específicas de pruebas) en términos que se correspondan con los objetivos de la Ley. Las pautas —o declaraciones de política, artículos, ponencias, etc.— sobre la aplicación de la Ley podrían desempeñar una importante función de promoción de la libre competencia y de fomento de una mayor transparencia, si procurasen explicar los principales objetivos de política de la Ley; de qué manera la aplicación de la normativa de libre competencia procura esos objetivos, los elementos claves del marco analítico empleado por la Fiscalía para decidir si la conducta de ciertas empresas o ciertas fusiones entre ellas son ilícitas, de qué modo se sopesan las consideraciones sobre eficiencia y cómo se relacionan los preceptos jurídicos con el logro de los objetivos de la Ley.

3. Contenido de la Ley de Defensa de la Libre Competencia

3.1 Organismos de resguardo de la libre competencia

En virtud de la Ley de 1973 se creó un marco institucional tripartito, integrado por un organismo de aplicación de la Ley (la Fiscalía), un tribunal especial (la Comisión Resolutiva Antimonopolios) y un número de Comisiones Preventivas cuya función es de naturaleza mayormente asesora.

Según las modificaciones propuestas, las Comisiones Resolutiva y Preventivas serán reemplazadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de funcionamiento independiente.

El fiscal nacional económico encabeza el organismo encargado de investigar y promover las causas. El fiscal, quien debe ser abogado de profesión, es de libre nombramiento y remoción por parte del presidente de la República. Para fines presupuestarios, la Fiscalía está adscrita al Ministerio de Economía, pero es autónoma con respecto de éste. Por ley, ese funcionario está sujeto a la supervisión del presidente, a través del Ministerio de Economía, y “en el ejercicio de sus funciones será independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe”, a objeto de “defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones” y “representando el interés general de la colectividad en el orden económico”. Además, el cargo de fiscal mantiene una tradición de independencia. A pesar del proceso actual de reemplazo de las Comisiones con un tribunal independiente, no se ha producido llamado alguno por una mayor independencia de la Fiscalía.

La Fiscalía no ha sido un organismo poderoso, aunque la mayoría de sus titulares han sido personas altamente respetadas e influyentes. Hasta 1999, cuando la Fiscalía pudo casi duplicar su personal de planta (a unas 60 personas) y pagar salarios más elevados, la entidad se consideró en general como una institución de “nivel secundario” y no contaba con recursos suficientes, debido a que su misión no se tenía como suficientemente importante. Existe el consenso general de que si bien en un principio la Fiscalía no supo aprovechar debidamente sus nuevos recursos para alcanzar su importancia potencial, los cambios recientes en la gerencia y la reorganización lo harán posible. El actual fiscal, nombrado en agosto de 2001, es un respetado funcionario público de carrera, abogado de profesión y en su momento profesor de Derecho, además de desempeñarse como fiscal de Valores y Seguros de Chile, formó parte de la Comisión entre 1994 y 1996, y prestó sus servicios brevemente en la antigua Comisión Antimonopolios, en 1972.

El fiscal ha reorganizado la Fiscalía, que ahora cuenta con tres departamentos operativos principales. El nuevo Departamento Legal tiene la responsabilidad principal de adelantar las investigaciones. Otra de las nuevas dependencias es el Departamento de Análisis Económico y de Mercados no Regulados, que cuenta con siete economistas que trabajan principalmente con abogados en las investigaciones. El nuevo Departamento de Análisis Técnico y de Mercados Regulados está integrado principalmente por “ingenieros industriales” —economistas con especialización en ramos de actividad regulados— que se ocupan de cuestiones normativas en

general, pero que también colaboran en las actuaciones cotidianas de las causas. En consonancia con el renovado interés de la Fiscalía en la promoción y defensa de la libre competencia y la participación en la cooperación internacional, se ha creado además un nuevo Departamento de Estudios y Relaciones Internacionales. Otra dependencia actúa como Departamento de Apoyo a Comisiones. En cada una de las regiones hay una persona que actúa a medio tiempo como fiscal económico regional, un cargo a ser eliminado en virtud de las modificaciones propuestas. Hay además un subfiscal nacional económico, que asiste al fiscal en la supervisión de las actuaciones de esas divisiones e individuos.

Las Comisiones Preventivas son el elemento más inusitado de la estructura institucional chilena. A dichas Comisiones, descritas a menudo como órganos consultivos, se les ha otorgado la responsabilidad de aclarar dudas y determinar cómo individuos, empresas y entidades gubernamentales han tratado las actividades restrictivas de la libre competencia. También pueden solicitar que la Fiscalía abra averiguaciones y pueden ordenar el cese de toda conducta que consideren ilícita. Además, a petición de la Fiscalía, están facultadas para: a) tomar medidas preventivas de suspensión, hasta por el término de 30 días, de la aplicación de convenios de reparto de cuotas de producción, de distribución y zonas de mercado o de cualquiera otra índole que pudieren atentar contra la libre competencia, y b) solicitar del Ministerio de Economía o de cualquier otro organismo o servicio público el ejercicio de sus facultades reguladoras de la actividad económica, con carácter preventivo, a fin de impedir los efectos perjudiciales de los actos que se investigan. La Comisión Preventiva Central, a la cual corresponde la jurisdicción de Santiago así como competencia para conocer de causas que afecten a más de una región, consta de un representante del Ministerio de Economía (quien la preside), un representante de la Tesorería General de la República, dos docentes universitarios (uno abogado y el otro economista) nombrados por el Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas y un representante de las juntas de vecinos. La Comisión sesiona una vez por semana, por espacio de medio día. Existen 11 Comisiones Preventivas Regionales, algunas de las cuales no han emitido fallo alguno en los últimos años. Todos los integrantes de las Comisiones desempeñan sus funciones sin recibir remuneración.

La Comisión Antimonopolio (o, más formalmente, “Comisión Resolutiva Antimonopolios”) es el cuerpo de mayor jerarquía del sistema chileno de resguardo de la libre competencia. Se trata básicamente de un tribunal especial. No forma parte orgánica del Poder Judicial, pero está presidida por un magistrado de la Corte Suprema de Justicia y está sujeta a la supervisión de ésta. Sus demás integrantes son los jefes de servicio del Ministerio de Economía y la Tesorería General de la República, el rector de

una facultad de Derecho y el rector de una facultad de Economía. La función principal de la Comisión es emitir fallos en causas promovidas ya sea por la Fiscalía o por denunciantes particulares. (En las ocasiones en que es un denunciante privado quien promueve una causa, la Fiscalía puede decidir si hacerse o no parte del proceso, aunque la Comisión puede solicitar a la Fiscalía que emita un informe.) Además, la Comisión puede abrir una averiguación (aunque rara vez lo hace) por su propia iniciativa y en los casos apropiados puede solicitar el auxilio de la fuerza pública, incluso con facultad de allanamiento y descerrajamiento. También decide sobre las apelaciones de las solicitudes de información de la Fiscalía y los fallos de las Comisiones Preventivas. Está investida de las más amplias facultades de reparación jurídica, las cuales pueden incluir la imposición de sanciones pecuniarias, órdenes de cesación y abstención, la disolución o reestructuración de empresas y la inhabilitación de individuos para ocupar cargos en entidades profesionales o gremiales. Los miembros de la Comisión sesionan durante medio día una vez por semana, y también prestan sus servicios sin recibir remuneración.

La Comisión también tiene otras atribuciones de naturaleza menos judicial. En ciertas ocasiones, las averiguaciones de la Fiscalía no conducen a una acción judicial, sino más bien a la elaboración de un informe sobre las circunstancias de competencia de algún mercado y una solicitud de que la Comisión proponga la modificación o derogación de leyes o reglamentos que puedan ser el origen de los problemas de competencia planteados. Igualmente, además de emitir órdenes de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades halladas culpables de haber infringido la ley, la Comisión puede emitir “instrucciones de carácter general” —reglas de obligatorio cumplimiento que ordenan a todos los integrantes de algún ramo de actividad económica actuar en formas específicas, a fin de evitar restricciones a la libre competencia. Un ejemplo de ello es la instrucción de carácter general contra la discriminación de precios en el mercado farmacéutico mencionada anteriormente. En otra situación reciente, atendiendo a una solicitud del Banco Central, la Comisión instruyó a las tiendas por departamentos y demás proveedores de crédito al consumo que cumplieran las mismas reglas sobre divulgación de tasas de interés que impone la Superintendencia de Bancos a las instituciones financieras bajo su tutela. El razonamiento de dicha instrucción parece ser la prevención de la competencia desleal por parte de los proveedores de crédito ubicados fuera del ámbito de regulación de la Superintendencia.

Además, la Comisión Resolutiva cumple actualmente un papel importante en la determinación de aquellas circunstancias en las que no se aplican las reglas normales de la libre competencia, aunque se ha propuesto la eliminación de este sistema por la nueva ley. Para que el Estado pueda

conceder un monopolio a algún grupo privado o autorice conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Libre Competencia, es preciso que la Comisión Resolutiva emita primero un “informe favorable”. De igual modo, las leyes que regulan a los sectores eléctrico y de las telecomunicaciones establecen la posibilidad de que la entidad reguladora del ramo fije las tarifas, pero únicamente cuando la Comisión Resolutiva determine que faltan condiciones de competencia. Más adelante se describe el ejercicio de estas atribuciones más detenidamente.

Como resultado de fallos que ha emitido en causas relacionadas con la procura y el otorgamiento de licencias por parte del gobierno, la Comisión tiene competencia en la supervisión de ciertos aspectos de tales procesos. En 2001, la Comisión procesó cinco causas en las que tuvo que verificar si las solicitudes de oferta satisfacían los requisitos establecidos en un fallo anterior de la Comisión.

Recursos financieros

Los ingresos contemplados en el presupuesto de la Fiscalía provienen casi en su totalidad de las partidas contempladas anualmente en la Ley de Presupuestos de Chile. Para efectos presupuestarios, la Fiscalía forma parte del Ministerio de Economía, pero también dispone de una partida presupuestaria independiente. Hasta 1999, la Fiscalía no había contado con autorización para tener un personal de planta de más de 35 personas. Ese año, en virtud de la legislación concebida para mejorar la aplicación de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, se autorizó el aumento del personal de planta a 60 personas y el incremento de los salarios respectivos, al tiempo que se modificaron los requisitos de selección de funcionarios públicos para permitir a la Fiscalía contratar personal calificado. La Tabla A-1 del Apéndice A muestra los niveles de recursos de la Fiscalía durante los últimos cinco años.

La Comisión Resolutiva y las Comisiones Preventivas no disponen de presupuesto propio. Los comisionados no reciben remuneración alguna por sus servicios. Una dependencia aparte de la Fiscalía actúa como Departamento de Apoyo a Comisiones. Según las modificaciones propuestas, el Tribunal será un organismo independiente, con su propio presupuesto y personal.

Procedimientos

La Fiscalía debe investigar todas las denuncias legalmente válidas y puede abrir averiguaciones de oficio. Esto último solía constituir una parte considerable de la carga de trabajo de la Fiscalía, pero el porcentaje de tales

averiguaciones ha disminuido considerablemente en los últimos años. La disminución del número de averiguaciones de oficio podría resultar problemática si se convierte en una falta de iniciativa por parte de la Fiscalía en la identificación de indicios de posibles conductas ilícitas. Una vez que se ha notificado al presidente de la Comisión Resolutiva, el fiscal puede decretar la confidencialidad de una averiguación y obtener la colaboración de organismos policiales. De ordinario, el fiscal debe notificar sobre la averiguación a la parte investigada, pero la Comisión Resolutiva puede prescindir de este requisito en aquellos casos en que dicha notificación pudiera poner en peligro la investigación. El fiscal tiene las atribuciones necesarias para conminar a la presentación de documentos y obtener la cooperación de organismos públicos, entidades propiedad del Estado, empresas privadas y particulares. Los funcionarios públicos están obligados a mantener en estricta confidencialidad toda información que obtengan en razón de sus responsabilidades, salvo cuando dicha información se deba utilizar en actividades de aplicación de la ley y en actuaciones por ante las Comisiones o los tribunales de justicia. La interferencia con averiguaciones que esté adelantando la Fiscalía puede ser sancionada con penas de privación de libertad de hasta 15 días.

Los resultados de las averiguaciones de la Fiscalía por lo general se plasman en un informe que básicamente es un dictamen administrativo, que se somete a consideración de una de las Comisiones Preventivas o de la Comisión Resolutiva. Si la Fiscalía determina que se debe iniciar una actuación oficial, el informe se acompaña de un requerimiento, es decir, una acusación formal que conlleva una sanción pecuniaria u otro recurso. Tales informes son documentos públicos.

Los procedimientos que siguen las Comisiones Preventivas y la Comisión Resolutiva se rigen por la Ley de Defensa de la Libre Competencia y otras, y los procedimientos de la Comisión Resolutiva son más detallados y formales. Una denuncia promovida por la Fiscalía o un denunciante particular por ante la Comisión Resolutiva debe recibir respuesta dentro de un plazo de 15 días. Después de ese plazo, aunque el procedimiento se realiza principalmente por escrito, en general se abre un lapso probatorio de 10 días hábiles. Durante los primeros dos días de ese lapso, los interesados pueden presentar hasta cuatro testigos para rendir declaración jurada en cuanto a medios de prueba específicos y se pueden presentar otras formas de prueba durante ese lapso. El testimonio es recibido por uno solo de los comisionados. Esta etapa inicial de presentación de testimonios puede prolongarse por varias semanas, incluso en causas en las que el número de testigos es reducido, y ello se debe a que rara vez se dedica más de medio día por semana a la presentación de testimonios. El testimonio se transcribe y pasa a formar parte del expediente de la causa,

junto con la documentación presentada por las partes y cualquier elemento probatorio que la Comisión obtenga por su propia cuenta. En su debido momento, la Comisión celebra una “audiencia” que consiste en la presentación oral de alegatos por parte de los abogados de las partes. Teóricamente, la Comisión dispone entonces de 45 días de plazo para emitir su fallo, pero ese término a menudo se extiende; en dos causas aún en curso, dicho plazo se ha extendido considerablemente.

Las actuaciones judiciales pueden tomarse mucho tiempo a causa del funcionamiento a medio tiempo del proceso y también porque puede transcurrir un tiempo prolongado desde el nombramiento de los testigos y la presentación de sus testimonios y la audiencia, y también entre ésta y el fallo firme. Las labores propias del proceso por lo general prosiguen durante ese tiempo, pero en causas privadas pueden transcurrir períodos de tiempo sumamente prolongados sin que ocurra nada o casi nada. Incluso causas promovidas por la Fiscalía misma a veces sufren demoras considerables. Pero también puede ocurrir que las causas se desenvuelvan más rápidamente. En julio de 2002, un centro comercial presentó la queja de que las restricciones impuestas por otro centro comercial a los arrendatarios de sus locales comerciales eran ilícitas. En diciembre, la Fiscalía determinó que las restricciones en cuestión eran ilícitas y elevó la causa a la Comisión Resolutiva. En ese caso no hubo revelación de pruebas, la presentación oral de los alegatos se realizó en enero de 2003, el fallo se dictó a mediados de marzo y fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia antes de fin de año.

Los particulares también pueden presentar denuncias ante la Fiscalía, sin necesidad de contar con representación legal. Como cuestión jurídica, las denuncias ante las Comisiones Preventivas pueden ser presentadas por particulares, aunque por tradición son presentadas por abogados. Por ley, todas las denuncias presentadas a la Comisión Resolutiva deben ser presentadas por abogados. La coincidencia parcial de las atribuciones de los diversos organismos de resguardo de la libre competencia para abrir averiguaciones, junto con la compleja normativa sobre apelaciones de fallos negativos por parte de los diversos organismos, han creado una situación en la que los especialistas avezados tratan de radicar la causa en el tribunal que perciban como más conveniente, con el objeto de obtener ventaja.

Las impugnaciones de fallos de la Comisión Resolutiva por ante la Corte Suprema de Justicia pueden ser presentadas por entidades distintas al fiscal únicamente si requieren la disolución o reestructuración de una empresa, la inhabilitación de una persona para ocupar ciertos cargos o el pago de sanciones pecuniarias. El fiscal puede apelar tales fallos, así como también cualquier otra decisión de que un demandado no ha infringido la ley.

Los fallos de las Comisiones son materia de dominio público. Hay una empresa privada que se ha encargado de publicar los fallos de la Comisión Resolutiva hasta el año 2000. En una iniciativa importante, la Fiscalía ha elaborado una base de datos que contiene los resúmenes de 334 fallos de la Comisión Resolutiva y 344 fallos de las Comisiones Preventivas, y está en proceso de publicar las bases de datos en su sitio web. Se están sumando resúmenes nuevos que, además, resaltarán aspectos importantes de las causas. Se planea tener publicado para fin de año el texto completo de casi todos los 2.000 fallos que se han emitido desde la aprobación de la Ley.

El fiscal ha decidido recientemente que los informes de la Fiscalía sobre las averiguaciones también se deberían incluir en el sitio web, y 17 de ellos ya están listos para ser publicados en el mismo. Se trata de una medida importante, porque los informes son documentos públicos que se pueden obtener previa solicitud, pero que nunca antes habían sido publicados. Al parecer contienen interpretaciones relativamente detalladas de la Ley y su aplicación a los hechos en cuestión, y, de haberse publicado con anterioridad, indudablemente se habrían traducido en una menor medida de incertidumbre en cuanto a los principios jurídicos aplicables. Sin embargo, en vista del nivel actual de incertidumbre, la cantidad de tiempo que se necesita para publicar todos los informes y fallos, y el hecho de que es poco probable que los informes y fallos acumulados no brinden un marco analítico general para la interpretación de la Ley ni una interpretación actualizada de algunas de sus disposiciones, una de las recomendaciones más importantes del presente informe es que se emitan lineamientos sobre la aplicación de la Ley o declaraciones de política.

Recursos judiciales

La Fiscalía está facultada para imponer sanciones penales por contravenciones a la Ley de Defensa de la Libre Competencia, pero eso no ocurre en la práctica.

El monto máximo de una sanción pecuniaria es de aproximadamente US\$230.000, pero la imposición de multas es poco frecuente y menos aún se aproxima a ese nivel máximo. De hecho, tal como se expone más adelante, durante casi 30 años de aplicación de las leyes de libre competencia, sólo se han impuesto multas en 73 causas (entre ellas, nueve de acuerdos horizontales, cuatro de acuerdos verticales y 43 de monopolización), y el total de las multas aplicadas es de menos de US\$1.000.000. La multa media es de US\$13.500, aproximadamente. En promedio, las multas más cuantiosas aplicadas por la Comisión Resolutiva (alrededor de \$55.000) se registraron en ocho causas de competencia desleal y la Corte Suprema de Justicia ha reducido las multas impuestas por la Comisión en casi 50%, en

promedio. Las modificaciones propuestas a la Ley contemplan un aumento considerable de las multas civiles aplicables, hasta US\$15.300.000, y la eliminación de la sanción penal. También establecen multas para los directores, administradores y todas las personas que hayan contribuido con conductas ilícitas, y adjudica a directores, administradores y todos aquellos que hayan obtenido provecho de tales conductas, la responsabilidad subsidiaria con respecto de las multas impuestas a su empresa.

La Ley de Defensa de la Libre Competencia no contempla un procedimiento de “acuerdo” u otro formal alguno para resolver problemas mediante una orden obligatoria negociada o una sanción pecuniaria, o ambas cosas. Básicamente, esto puede obligar a las empresas a defender plenamente su conducta, incluso en circunstancias en que ellas y la Fiscalía pudieran resolver el problema por otra vía mucho menos onerosa. Las modificaciones propuestas incluyen un procedimiento de conciliación, que al parecer permite que la Fiscalía y una de las partes lleguen a un acuerdo negociado sobre un fallo, con sujeción a la aceptación del Tribunal. Se trata de un paso considerable, aunque al parecer la modificación no autoriza a la Fiscalía y a la parte a someter a consideración del Tribunal la propuesta acordada, a fin de resolver una causa con una orden convenida y una multa.

En general, quienquiera que haya sido perjudicado por la conducta ilícita de un tercero, tiene derecho de entablar demanda por ante un tribunal por daños y perjuicios ocasionados por dicha conducta. En cuestiones de competencia no se puede otorgar compensación por daños y perjuicios, a menos que una de las Comisiones determine que la parte demandada ha infringido la ley, porque un tribunal civil no sería competente para emitir tal decisión de ilegalidad. Puede que la Constitución de 1980 establezca otro cauce para ventilar demandas privadas. Toda persona a la que se le haya negado un derecho constitucional puede recurrir a un tribunal de apelación. Éste puede ser un medio para obtener un fallo judicial contra conductas reñidas con la libre competencia. Según estos principios generales del derecho en Chile, los funcionarios a cargo de la libre competencia no siguen el cauce de los pleitos privados y no saben con qué frecuencia se han seguido los mismos en el ámbito de la competencia.

La nueva estructura propuesta para la aplicación de la ley

El objetivo principal de las modificaciones propuestas a la Ley de Defensa de la Libre Competencia en la agenda pro-desarrollo es la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, un organismo independiente que asuma el lugar de todas las Comisiones. Según las modificaciones correspondientes, las cuales están siendo discutidas en el Congreso, los postulantes a miembros quedarían sujetos al examen público

de su idoneidad para el cargo, se establece un mínimo de dos días de labor por semana para el Tribunal, se contempla la provisión de fondos para cubrir hasta tres días de labor por semana, se establece la separación clara entre las funciones del Tribunal y las de la Fiscalía, y se establece su naturaleza como órgano jurisdiccional especial e independiente del gobierno.

3.2 *Marco sustantivo de la Ley*

El Artículo 1 de la Ley establece una prohibición de corte muy general de los “atentados contra la libre competencia en las actividades económicas”. Aunque dicha prohibición es una disposición penal, predominan en la Ley los elementos de derecho público. Tal como se profundiza en cierta medida en la lista ilustrativa de conductas reñidas con la libre competencia del Artículo 2 y la breve alusión en el Artículo 6 a “los atentados a la libre competencia o de los abusos en que incurra quien ocupe una situación monopólica”, la prohibición del Artículo 1 es la base de todas las medidas de aplicación de la Ley, ya se refieran a acuerdos horizontales, acuerdos verticales, monopolización (abuso de posición dominante), fusiones o competencia desleal. La prohibición inicial, tanto en términos generales como en su naturaleza penal, se corresponde con el punto de vista de que la Ley se basó en la Ley Sherman Antimonopolios de Estados Unidos (Sherman Antitrust Act). No obstante, Chile es primordialmente una jurisdicción de Derecho Civil, y por tanto ni sus leyes ni la aplicación de las mismas se orientan según las causas ventiladas en Estados Unidos.

El Artículo 2 presenta una lista de arreglos anticompetitivos para fines ilustrativos. Establece cinco categorías específicas de “actos o convenciones” cubiertos por el Artículo 1. Un sexto punto previene que la lista es para fines ilustrativos y que no es exhaustiva, al aludir en general, a “cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia”. La primera, tercera y cuarta categorías son estándar, pero la segunda y la quinta son inusitadas. Las categorías abarcan las medidas o convenios relacionados con lo siguiente:

- *Los que se refieran a la producción*, tales como el reparto de cuotas, reducciones o paralizaciones de ellas. Al parecer, esto se aplica a acuerdos horizontales y los acuerdos cubiertos constituirían carteles absolutos.
- *Los que se refieran al transporte*. No está claro por qué se menciona específicamente al sector del transporte. Esta disposición no ha tenido efecto alguno en el tratamiento de las causas relacionadas con el transporte, al menos en los últimos años.

- *Los que se refieran al comercio o distribución, tales como el reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o la distribución exclusiva.* Esto cubre toda una gama de restricciones verticales a la libre competencia distintas a los precios. Hay quien piensa que también abarca la asignación horizontal de mercados, pese a que ello parece estar cubierto por la primera categoría.
- *Los que se refieran a la determinación de los precios de bienes y servicios.* Esto se aplica tanto a los acuerdos horizontales para la fijación de precios como al mantenimiento de los precios de reventa.
- *Los que se refieran a la libertad de trabajo o a la libertad de los trabajadores para organizarse, reunirse, o negociar colectivamente.* Esta inusitada disposición se trata anteriormente, en el ámbito de los objetivos de la Ley de Defensa de la Libre Competencia de Chile.

Persiste cierta medida de incertidumbre en cuanto a los efectos jurídicos del Artículo 2. Inicialmente, la Fiscalía y las Comisiones al parecer asumieron la posición de que el Artículo 2 no tenía únicamente fines ilustrativos de conductas tendientes a entorpecer la libre competencia, sino que constituía una declaración de que las formas relacionadas de conducta son siempre (o por su propia naturaleza) ilícitas. Este enfoque justificó la impugnación de restricciones verticales distintas a los precios, sin tomar en cuenta las eficiencias ni el poder de mercado. Los organismos de resguardo de la libre competencia ya no aplican el criterio de restricción vertical, y esto ha sido interpretado por algunos como el reconocimiento de que el Artículo 2: a) cumple simplemente con fines ilustrativos de conductas que pueden infringir el Artículo 1 y que, por lo tanto, b) no establece ni autoriza la aplicación de un precepto jurídico distinto⁸. Este argumento significa que el Artículo 2 no autoriza de por sí el tratamiento de ninguna infracción a la Ley de Defensa de la Libre Competencia, incluidos los carteles absolutos, el mantenimiento del precio de reventa y la competencia desleal. Por otro lado, los funcionarios a cargo de velar por la libre competencia asumen en general la posición de que los carteles absolutos son ilícitos por su propia naturaleza, y fundamentan esa suposición ya sea en el Artículo 2 o bien en una interpretación flexible del Artículo 1. El argumento fundamentado del Artículo 1 luce considerablemente más convincente⁹.

Las modificaciones propuestas en el marco de la agenda pro-desarrollo incluyen la revisión de la lista del Artículo 2, a fin de eliminar de ella los dos puntos inusitados y establecer descripciones más precisas de las conductas abarcadas. La agenda menciona lo siguiente: a) acuerdos explícitos o implícitos o prácticas de colusión, cuyo objetivo sea fijar los

precios de reventa o de compra, limitar la producción o asignar zonas o cuotas; b) el abuso de la posición dominante por parte de una empresa o un grupo de empresas con un propietario común, mediante la fijación de los precios de compra o de venta, compra o venta vinculada, reparto de mercados o cuotas, u otras conductas similares, y c) prácticas predatorias con el objeto de obtener o acrecentar una posición dominante. La modificación parece eliminar de la lista las restricciones verticales distintas a los precios. Si el Artículo 2 constituye una autorización normativa del uso de la regla de la naturaleza, entonces la eliminación de las restricciones verticales distintas a los precios tipifica la práctica actual de utilizar el análisis de la regla de la razón para evaluar tales acuerdos. Sin embargo, el texto nuevo deja sin responder la importante y vieja pregunta sobre si el Artículo 2 justifica someter las formas incluidas en la lista de conductas a la regla de naturaleza.

3.3 *Cobertura de la Ley*

La prohibición del Artículo 1 se aplica a todo individuo, toda empresa (independientemente de que sea propiedad del Estado) y en algunas circunstancias a los ministerios y otras dependencias gubernamentales. Una característica inusitada de la ley chilena, que también comparten Rusia y otros países en vías de transición, es que se aplica en cierta medida a decisiones de ministerios o dependencias gubernamentales, incluso cuando actúan como entidades reguladoras y no sólo cuando actúan en materia patrimonial propia. Se ha aplicado a acciones gubernamentales discriminatorias que crean un “campo de juego irregular”. No se considera que la Ley abarque las “restricciones a la producción” gubernamental en forma de normas no discriminatorias sobre calidad u otras limitaciones en materia de quién puede acceder a un mercado. A nivel nacional, la Ley se ha aplicado al Ministerio de Transporte, la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, la Dirección General de Aguas y la Dirección de Aprovechamiento del Estado. También se aplica a los municipios.

Prácticamente todas las leyes de libre competencia excluyen de manera explícita o implícita las conductas requeridas por ley, entre ellas, las acciones de carácter privado autorizadas mediante reglamento gubernamental o decisiones oficiales. En general, el fundamento de tal exclusión es el temor de que la aplicación de la ley de competencia pueda interferir excesivamente con otras normativas gubernamentales. La posición de Chile en cuanto a las conductas reguladas no está totalmente en claro. Con respecto a las medidas de libre competencia contra entidades gubernamentales que actúan en su condición de entidades reguladoras, al

parecer Chile ha tratado de evitar las interferencias legítimas con la normativa gubernamental limitando el ámbito de la Ley a las normas o conductas discriminatorias. Sin embargo, puede resultar difícil decidir qué constituye una norma o conducta discriminatoria, y existe en cierta medida el potencial de interferencia con regulaciones legítimas. Por otro lado, excluir las medidas gubernamentales del ámbito de la Ley puede impedir el uso de un instrumento que Chile, Rusia y otros países han encontrado sumamente útil. Decidir cuándo una conducta privada es “suficientemente” regulada de conformidad con alguna otra política como para justificar su exclusión es, de por sí, un problema significativamente difícil de política.

Exclusión de ramos de actividad económica

La Ley de Defensa de la Libre Competencia no establece exclusión expresa alguna. Igual que ocurre en otros países, en Chile existen monopolios legales y hay instancias en las que las leyes (tales como las que rigen la propiedad intelectual), otorgan derechos exclusivos. Dado que la posesión de un monopolio no constituye un delito, estas leyes en realidad no generan exclusiones, siempre y cuando el abuso de posiciones monopólicas o de derechos exclusivos esté sujeto a derecho. Éste es el caso en Chile, en términos generales y quizá universales. Por ejemplo, Chile otorga los tipos habituales de derechos de propiedad intelectual y también establece que los usos de tales derechos que resulten restrictivos de la libre competencia podrán ser sancionados de conformidad con la Ley de Defensa de la Libre Competencia. La Constitución de Chile establece que el Estado es el único propietario de todas las minas, independientemente de a quién pertenezcan las superficies de terreno; ello incluye la propiedad del derecho de explorar y explotar yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos. Sin embargo, todo parece indicar que procedería aplicar la Ley de Defensa de la Libre Competencia si el Estado incurriese en acciones de abuso de su monopolio. No existe una exclusión expresa para los trabajadores, pero la Constitución y demás leyes consagran el derecho de constituir sindicatos y participar en la negociación de contratos colectivos en empresas. Según los principios comunes de interpretación de la legislación, existe una exclusión implícita de los acuerdos inherentes a esos procesos. La Comisión Resolutiva se abstuvo de emitir fallo en cuanto a una tabla de honorarios mínimos de ingenieros, sobre la base de que los trabajadores no estaban sujetos a la Ley. La validez de esa interpretación no se ha comprobado recientemente, dado que otras leyes autorizan tales tablas de honorarios si las mismas son de carácter estrictamente voluntario, pero los funcionarios de la libre competencia consideran que en la actualidad la Comisión decidiría que la Ley sí es aplicable a aquel caso. Nada hace pensar que las organizaciones sindicales deban estar excluidas de su aplicación. No hay una exclusión

expresa para la agricultura, y dado que al parecer no se han presentado denuncias, por ejemplo, contra cooperativas campesinas, aparentemente no hay fallos que analicen detenidamente hasta qué punto la regulación de la actividad campesina por parte del gobierno crea una exclusión implícita. En el caso de una reciente fusión de bancos, se sostuvo que la Ley General de Bancos exentaba a esas fusiones de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, pero se ratificó la aplicabilidad de la misma.

Otras exclusiones

El Artículo 4 dispone que no podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades económicas. Se interpreta que esta disposición establece la regla general de que, como no sea mediante legislación, el Estado no puede otorgar monopolio alguno a grupos privados ni permitir que éstos participen en conductas prohibidas por el Artículo 1. Por lo general, tales otorgamientos o autorizaciones sólo se pueden dar a “instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de administración autónoma o municipales”. Sin embargo, siempre que el interés nacional lo exija, el presidente de la República podrá autorizar a particulares a recibir monopolios o a participar en conductas cubiertas en el Artículo 1, mediante decreto supremo debidamente fundado, y la Comisión Resolutiva debe emitir previamente un informe favorable. En vista de que el presidente está obligado a obtener primero el visto bueno de la Comisión Resolutiva, este proceso constituye menos una omisión del interés público que un eco de la inusitada prohibición chilena de otorgar derechos monopólicos. En los años 70 y 80 este proceso se utilizó en varias ocasiones, principalmente para autorizar fusiones consideradas necesarias para la supervivencia de alguna de las dos partes o ambas, pero no se ha empleado en los últimos años y es probable que se elimine en virtud de las modificaciones propuestas.

4. Infracciones sustantivas a la Ley de Defensa de la Libre Competencia

La muy amplia prohibición de la ley chilena de actos o acuerdos que pretendan limitar la libre competencia proporciona fundamento suficiente para dar cumplimiento a la Ley de Defensa de la Libre Competencia en todos sus aspectos. Sin embargo, parece haber un número considerable de cuestiones sustantivas básicas por resolver, debido a que los preceptos han evolucionado pero ha habido escasas explicaciones de los requisitos de la ley. En los primeros años, los acuerdos contemplados en las categorías relacionadas en el Artículo 2 se consideraron ilícitos por naturaleza. El

creciente uso de los principios económicos ha producido un alejamiento de reglas que fueron claras, si bien arbitrarias y, a veces, contraproducentes. Las Comisiones Preventivas ocasionalmente han acompañado sus fallos con explicaciones de sus razonamientos, en formas que pueden aportar cierta medida de previsibilidad y certidumbre, pero esos fallos no son firmes. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia sí son definitivos, pero no cabe esperar que sirvan como fundamento para la jurisprudencia básica de libre competencia. La Comisión Resolutiva, de la que cabría esperar que sentara y explicara la jurisprudencia sobre la libre competencia de modo firme, se ha visto entorpecida en esta tarea por la falta de recursos.

Entre las cuestiones que al parecer no se han aclarado de modo sistemático y definitivo figuran las siguientes:

- ¿Se siguen aplicando en Chile normativas basadas en el criterio de la naturaleza de las conductas? De ser así, ¿qué conducta es ilícita por naturaleza? Algunos académicos y funcionarios gubernamentales sostienen que la ley requiere el uso de la regla de la razón en todos los casos, y algunos funcionarios de resguardo de la libre competencia han afirmado que están obligados a demostrar la existencia de precios o ganancias excesivos, así como barreras de entrada, incluso en causas de fijación de precios. Otros funcionarios de la libre competencia consideran que los carteles son ilegales por naturaleza, pero no tienen el mismo nivel de certeza en cuanto a la situación de la imposición de precios de reventa y la competencia desleal.
- Si actualmente los carteles absolutos no se consideran ilegales por naturaleza, ¿deberían serlo? ¿Podría la aplicación de la ley mejor aportar a la eficiencia económica y el crecimiento de Chile si se empleara un enfoque de naturaleza, en virtud del cual se presumiere irrefutablemente que ciertos acuerdos perjudican la libre competencia y no se justifican?
- Si se emplea la regla de la razón, ¿qué se debe demostrar para comprobar que se ha producido una infracción? Acuerdos que no son ilegales por naturaleza, a menudo pueden ser impugnados sin que medie una definición detallada del mercado y sin un análisis del poder de mercado que correspondería, por ejemplo, en una causa de abuso de posición dominante.
- ¿La imposición del precio de reventa es ilegal por naturaleza? Un caso reciente parece indicar que no, pero algunos funcionarios sostienen que podría tratarse de lo contrario.
- ¿Debe la Ley de Defensa de la Libre Competencia prohibir toda instancia de competencia desleal que no incida negativamente en el mercado como un todo? Algunos valoran la capacidad de impugnar

formas de competencia desleal para las que no se dispone de otro recurso judicial. El principio de que la competencia desleal infringe la ley, incluso cuando no llega a tener un impacto general en el mercado, se puede establecer tan firmemente que se haga necesaria nueva legislación para adoptar una orientación distinta.

- ¿Cómo se definen los productos y los mercados geográficos? ¿Cómo comprobarlos y qué evidencia requerir? Al parecer no hay una definición general de “mercado del producto” ni de “mercado geográfico”, como tampoco un procedimiento general para definir los mercados en casos específicos.
- ¿Son la posición dominante y el poder de mercado una misma cosa? Si existe alguna diferencia, ¿qué tan determinante puede ser la misma en un caso real? ¿De qué modo se puede determinar si una compañía tiene una posición dominante o poder de mercado? ¿Qué clase de evidencia resulta útil, pertinente o necesaria? ¿Se presume que existe una posición dominante o poder de mercado si una compañía posee una participación de mercado superior a cierto nivel? ¿Debe haber también alguna muestra de barreras o impedimentos al acceso al mercado? ¿En qué porcentaje de participación de mercado surge la presunción? ¿Cómo se puede refutar esa suposición? ¿Es posible identificar refugios a cualquier nivel de participación de mercado o de concentración, como ocurre con los lineamientos de varias jurisdicciones de la OCDE?
- En las causas de fusión, ¿hay suposiciones basadas en la participación de mercado? ¿Cuál es el significado de las barreras de entrada al mercado? Algunos funcionarios chilenos han indicado que en los casos de fusión aplican tanto una prueba de “posición dominante” como una prueba de “entorpecimiento de la libre competencia”. ¿Qué significa esto en términos de lo que se debe demostrar para poder determinar una defensa fundamentada en la eficiencia? Las reglas o principios que rigen estas cuestiones son importantes para el análisis sustantivo de las fusiones, independientemente de que Chile continúe o no contando con un sistema de notificación previa.

El aspecto más interesante y extraordinario de la aplicación de la Ley de Defensa de la Libre Competencia de Chile es la medida en la que la misma se ha concentrado en los monopolios del sector de la infraestructura. Se ha sugerido que muchos países latinoamericanos han errado al comenzar siguiendo un modelo estadounidense, porque tal modelo no necesariamente es adecuado para resolver problemas fundamentales que se remontan a los antecedentes de intervencionismo del Estado en la actividad económica¹⁰. Chile parece ser la excepción, por haberse concentrado primero en los monopolios de la infraestructura.

La exposición siguiente del modo en que se aplica la Ley de Defensa de la Libre Competencia a restricciones específicas incluye alguna mención de la cantidad y variedad de causas vistas por las Comisión Preventiva Central y la Comisión Resolutiva entre 1974 y 1993, y también en 2001. Esa información concuerda con el análisis estadístico que se presenta en el Apéndice B del presente informe.

4.1 *Acuerdos horizontales*

Entre 1974 y 1993, la Comisión Resolutiva aparentemente procesó 45 causas de acuerdos horizontales, emitiendo fallo de ilegalidad en 29 de ellas y de licitud en las otras 16. La Comisión Preventiva Central sólo conoció de seis causas y halló cinco infracciones. Los datos disponibles no indican en cuántas de esas causas hubo acuerdos entre competidores en proceso de integrar sus operaciones (es decir, empresas conjuntas potencialmente eficientes), en cuántas hubo fijación de precios u otros acuerdos que cabría calificar de “carteles absolutos”, de conformidad con la Recomendación de 1998 de la OCDE¹¹, y en cuántas hubo otras clases de acuerdos “dudosos” entre competidores independientes (por ejemplo, acuerdos para mantener el mismo horario laboral o abstenerse de ejercer formas particulares de competencia, acuerdos horizontales para negarse a comprar o vender, salvo en términos definidos colectivamente). En 2001, parece que la Comisión Resolutiva emitió una orden precautoria en una causa de acuerdo horizontal, mientras que la Comisión Preventiva Central no procesó ninguna causa de ese tipo.

No sorprende que haya habido pocas causas de posibles carteles absolutos, los cuales son difíciles de investigar y más difíciles aún de comprobar. Además, funcionarios y académicos chilenos concuerdan con la opinión expresada en la asamblea de febrero de 2003 del Foro Global de la OCDE sobre Competencia de que, en una economía pequeña, la elite empresarial puede estar en condiciones de limitar la producción y aumentar los precios mediante la colusión tácita (es decir, sin necesidad de llegar a un acuerdo verbal o escrito). También se sugirió que si las empresas han alcanzado un acuerdo explícito, la comunidad empresarial de esa economía, reducida y muy unida, podría hacer prácticamente imposible dar con algún ejecutivo que esté dispuesto a proporcionar pruebas manifiestas contra sus compañeros de asociación ilícita, porque ello significaría no poder volver a ocupar un cargo ejecutivo en Chile nunca más. No obstante, la Fiscalía pudo utilizar el testimonio de un miembro de un cartel al menos en una de las causas.

Al parecer, la Fiscalía ha procurado en general demostrar la existencia de prácticas de fijación de precios mediante sondeos que evidencian una

uniformidad o fluctuaciones de precios que no es posible explicar de otro modo. A falta de otra explicación plausible, tal uniformidad puede constituir una prueba convincente de fijación de precios. La Comisión Resolutiva aparentemente ha determinado la existencia de fijación de precios basándose en esa clase de pruebas. Pero en otras causas, la Comisión no ha aceptado pruebas económicas u otras circunstanciales de la existencia de acuerdos. Según el profesor Ricardo Paredes, el momento y la naturaleza de las fluctuaciones de precios y otras pruebas circunstanciales en una causa de 1993 contra los dos laboratorios farmacéuticos más importantes de Chile demostraron claramente la existencia de un acuerdo de cartelización, pero la Comisión Resolutiva desestimó la demanda por falta de pruebas “concretas” de que representantes de las compañías involucradas habían llegado a un acuerdo¹².

En algunas causas puede haberse requerido la presentación de pruebas de la existencia de barreras de entrada y ganancias excesivas, así como otros indicios de precios monopólicos, a fin de demostrar que los competidores habían establecido un cartel absoluto. En otras jurisdicciones, los elementos probatorios de tales conductas podrían ser pruebas circunstanciales de la existencia de un acuerdo, aunque dichas pruebas no se requieren para demostrarlo. De haber pruebas claras y directas de un acuerdo, las pruebas evidentes de barreras de entrada o ganancias excesivas no tendrían valor probatorio independiente al respecto. En las jurisdicciones donde la fijación de precios y otras actividades de cartelización no son ilícitas por naturaleza, se pudiera considerar que las pruebas de barreras son necesarias para demostrar la existencia de efectos restrictivos de la competencia, pero es poco probable que se requiera la presentación de pruebas de precios monopólicos o ganancias excesivas.

La Fiscalía logró demostrar la fijación de precios en 1995, en una causa en la que hubo involucrada una farmacia. Los precios bajos ofrecidos por una empresa de reciente presencia en el mercado provocaron una guerra de precios entre las cuatro farmacias existentes en Santiago. A fin de poner fin a la guerra de precios, las cuatro compañías convinieron en fijar sus precios, y la Fiscalía logró demostrarlo mediante estudios de precios y declaraciones emitidas por algunos ejecutivos que participaron en esa asociación delictiva. Se impuso a cada una de las tres farmacias ya establecidas una multa de US\$80.000, aproximadamente, mientras que a la competidora más reciente se le impuso una multa de alrededor de la mitad de ese monto, en vista de su cooperación en la recopilación de pruebas de la existencia del cartel.

Actualmente hay al menos cuatro causas abiertas de cartelización. Dos de ellas tienen que ver con carteles entre las mismas empresas procesadoras de leche. La primera de ellas se inició en 1997 y la segunda en 2001. El

hecho de que ambos procesos no se hayan resuelto a la fecha desdice de la eficiencia del proceso judicial. Los daños planteados en esas demandas radican en que las plantas procesadoras han fijado precios sumamente bajos a pagar a los productores de leche. Aunque esas causas continúan pendientes, la Comisión Resolutiva ha regulado las prácticas de determinación de precios de las plantas procesadoras. En la primera causa, la orden precautoria de la Comisión tuvo la intención de prevenir discriminación arbitraria de precios, al exigir que las plantas procesadoras de leche publicaran avisos de los términos y precios de sus compras de leche cruda, y que se apegaran a los mismos. En la segunda causa, la Comisión llegó a emitir una orden precautoria de congelación de precios, para impedir que los miembros del presunto cartel de compradores redujeran los precios a pagar. Esa orden se mantuvo vigente por varios meses.

Otra de las causas abiertas tiene que ver con la distribución de gasolina. El mercado se encuentra sumamente concentrado al nivel de mayoreo y se está concentrando cada vez más al nivel de expendio al detal. Hay poca competencia de precios y existe la percepción generalizada de que los precios suben con rapidez y bajan con lentitud. La Fiscalía ha abierto un procedimiento contra cuatro compañías sin haber presentado cargos explícitos de colusión. La causa se encuentra actualmente en la etapa de divulgación de elementos probatorios. A modo de recurso judicial, la Fiscalía está tratando de obtener un reparo de carácter estructural principalmente. Por ejemplo, la Fiscalía ha solicitado a la Comisión Resolutiva que recomiende al gobierno la modificación de dos leyes que crean barreras de entrada (una que previene la instalación de nuevas cisternas de gasolina en algunas zonas y otra que impide a todas las empresas menos las de propiedad gubernamental el tendido de oleoductos). También ha solicitado una orden que obligue a una empresa a permitir el acceso a su oleoducto, y otra, dirigida a las cuatro empresas, conminándolas a no convenir en fijar sus precios. La última causa abierta de cartelización tiene que ver con la colusión entre dos compañías de televisión por suscripción.

La Fiscalía está tomando medidas destinadas a mejorar la aplicación de la ley a los carteles absolutos. Una de las modificaciones propuestas en la agenda pro-desarrollo es la eliminación de las sanciones penales previstas en la Ley, al mismo tiempo que se aumenta considerablemente el monto de las sanciones pecuniarias a imponer. Dado que la colectividad en general y los responsables de las políticas en Chile todavía no han aceptado la noción de que los carteles constituyen actividades delictivas graves, el intercambio de sanciones penales no purgadas por multas mucho más cuantiosas puede conducir a más medidas punitivas efectivas. La Fiscalía debería revisar la obra publicada sobre sanciones a los carteles absolutos, a fin de preparar el material necesario para las causas y también para la defensa y promoción de la libre competencia, a fin de promover el respaldo a la imposición de

multas significativas a los infractores. Dicha obra publicada registra la medida de los perjuicios que ocasionan los carteles, los cuales han sido calculados por algunos hasta en 20% del volumen de la actividad comercial afectada —a veces más— y demuestra por qué las multas deberían ser por montos varias veces superiores a las ganancias obtenidas ilícitamente, a fin de prevenir que las compañías se limiten a tratar esas sanciones como un elemento más del costo de hacer negocios¹³.

Además, los organismos de resguardo de la libre competencia deberían aclarar que los carteles absolutos son ilegales por naturaleza, o analizar la conveniencia de volver a instaurar la regla de naturaleza. Muchos países aplican criterios básicamente de naturaleza, lo cual aporta beneficios evidentes en cuanto a su aplicación. Los costos por lo general son producto de calificar incorrectamente a empresas conjuntas como carteles. En vista del prudente enfoque que han seguido los organismos de resguardo de la libre competencia en Chile, puede que el riesgo de tales errores de calificación sea leve.

Por último, Chile también debería concentrarse en acuerdos horizontales tales como los boicots de exclusión (que en muchas jurisdicciones se consideran carteles absolutos), facilitar ciertas prácticas (tales como el intercambio de información) y lo que cabría calificar de “ententes” o restricciones por efecto (tales como los acuerdos para adoptar el mismo horario de trabajo o abstenerse de emplear publicidad veraz y no engañosa, u otros medios de competir para captar clientes). Las prácticas de facilitación pueden o no resultar anticompetitivas en sí mismas, pero pueden —y deberían— estar prohibidas cuando aumenten considerablemente el riesgo real o implícito de colusión tácita. Algunos de esos tipos de acuerdo no sólo constituyen prácticas de facilitación potenciales, sino que además usualmente resultan de por sí anticompetitivos. En algunas jurisdicciones se considera que algunos de ellos son ilegales por naturaleza, y en las causas en que no procede la regla de naturaleza, quizá sea posible utilizar suposiciones refutables. Por ejemplo, en vez de exigir pruebas de los productos y mercados geográficos pertinentes, podría presentarse la suposición refutable de que los productos o servicios cubiertos por el acuerdo conforman un mercado válido. También se podría suponer, de modo refutable, que las partes involucradas cuentan con suficiente poder como para que su acuerdo sea exitoso. En cualquier caso, todas estas clases de acuerdos son mucho más fáciles de demostrar que los carteles absolutos y secretos.

4.2 *Acuerdos y prácticas verticales*

Chile le ha dedicado mucha más atención a los acuerdos verticales y otras prácticas que tienen que ver con la relación entre empresas en distintos

niveles de la cadena de distribución. Entre 1974 y 1993, la Comisión Resolutiva dictaminó en 53 causas de acuerdos verticales en las cuales hubo discriminación y en 35 causas de monopolización en las cuales hubo acuerdos verticales de ventas vinculadas o discriminación de precios. En 2001 también se procesaron muchas más causas de acuerdos verticales que horizontales.

Los organismos de resguardo de la libre competencia han venido tratando las restricciones y las prácticas verticales con una orientación fundamentalmente de naturaleza, censurándolas sin determinar si la compañía en cuestión tiene o no poder de mercado o si la conducta en cuestión se justifica o no por motivos de eficiencia. La negativa a vender sin dar una justificación plausible se ha venido censurando de modo regular. La discriminación de precios se ha considerado ilícita, a menos que se haya ofrecido a todos los compradores por igual los mismos descuentos y demás términos favorables según elementos “objetivos”. Los descuentos por volumen de costo justificado siempre se han considerado objetivos, pero las diferencias de precios producto de otras diferencias de costos no se han aceptado. A finales de los años 80 se comenzó a aceptar otras formas de justificación de costos, pero persiste cierta medida de confusión en este campo, y la falta de una norma jurídica clara a este respecto puede resultar especialmente perjudicial, porque puede impedir que las compañías ofrezcan o negocien descuentos legítimos que favorezcan la libre competencia.

El análisis económico de los acuerdos y prácticas verticales ha evolucionado considerablemente en los últimos 30 años. Ya sea que las restricciones verticales distintas a los precios o las discriminaciones de precios se justifiquen desde el punto de vista de la eficiencia, actualmente se acepta que las mismas no son inherentemente perjudiciales —y hasta pueden resultar eficientes— si la compañía que las impone no cuenta con poder de mercado. Por lo tanto, en los regímenes de aplicación de normas de libre competencia orientados firmemente hacia la eficiencia, la prueba de que se cuenta con poder de mercado puede ser un elemento obligatorio para demostrar que se ha producido una infracción. Los regímenes que no siguen la misma orientación económica pueden censurar restricciones que consideren injustificadas, aunque no haya poder de mercado.

La mayor atención dada por Chile a cuestiones de eficiencia se ha traducido, por ejemplo, en un dictamen consultivo de 1992 a la empresa Daihatsu, en la que se aprobó el sistema de distribución exclusiva propuesto por ésta, sobre la base de que el mercado era tan competido que no era posible incurrir en abusos de posición monopólica. Además, la decisión de la Comisión Resolutiva en 2001 en una causa contra Toyota demuestra que Chile puede haber ido más lejos que la mayoría de los países, al sugerir que la imposición del precio de reventa no es ilegal por naturaleza. Toyota fijó

los precios mínimos de reventa de sus piezas de repuesto originales. La Comisión indicó que la imposición del precio de reventa se puede justificar desde el punto de vista de la eficiencia y que en el mercado automotor existía una competencia vigorosa, pero decidió que los consumidores no tienen alternativa alguna al comprar repuestos originales y que, por lo tanto, los beneficios que puede traer la eficiencia (tales como un mejor servicio) no eran suficientes. Dos miembros de la Comisión disintieron, sobre la base de que el mercado automotor era competido y que la restricción promovía la eficiencia y el bienestar de los consumidores.

Aunque el caso de Toyota sirve en cierta medida como ejemplo de la evolución de Chile en esta materia, también sirve para ilustrar por qué su enfoque de las restricciones verticales (y otras instancias de la regla de la razón) ameritan una mayor clarificación. Básicamente, la decisión mayoritaria en la causa de Toyota convino en que el mercado en cuestión era el de piezas de repuesto originales para vehículos marca Toyota. En ese mercado, Toyota obviamente mantenía una posición de monopolio absoluto. Por otro lado, la opinión disidente parece haber indicado que no existe un mercado independiente de repuestos originales para vehículos Toyota, y que el mercado en cuestión era de automóviles y piezas de repuesto. Ni en la breve exposición del fallo ni en el resumen de la disensión, de apenas una oración, se menciona la necesidad de definir los productos y mercados geográficos, y menos aún se tratan las complejidades de ese proceso en esa causa. Puede que tanto la opinión mayoritaria como la disidente hayan analizado la cuestión rigurosamente, pero en vista de que el análisis no se incluye en el fallo, ni siquiera los especialistas en materia de libre competencia se pueden figurar de qué modo la Comisión estima que se deben abordar esas cuestiones.

4.3 *Monopolización o abuso de posición dominante*

En Chile ha habido más causas de libre competencia relacionadas con la monopolización (también conocida como abuso de posición dominante) que con cualquier otra clase de violación posible de la Ley de Defensa de la Libre Competencia. La concentración de Chile en la monopolización entre 1974 y 1993 es normal para un país cuya economía está en proceso de transición de un régimen de propiedad y control gubernamental. Los datos disponibles no indican cuántas de las causas de monopolización de Chile han tenido que ver con monopolios de infraestructura, aunque sí se tiene en claro que los organismos de resguardo de la libre competencia le han dedicado recursos muy considerables a esos ramos de actividad.

Los organismos reguladores chilenos al parecer han tenido la autoridad y las atribuciones necesarias para resolver los problemas relacionados con

los precios y los requisitos de servicios que la Comisión Resolutiva ha identificado como restrictivos de la libre competencia, al menos en los últimos años. Gracias a ello, a diferencia de sus homólogos en Europa Central y Oriental, los organismos chilenos encargados de velar por la libre competencia no se han visto en la necesidad de promover causas de monopolización en las que se objete la determinación de precios y otras prácticas de las empresas de servicios públicos. Más bien, sus causas principales relacionadas con estos ramos de actividad han tenido que ver con adquisiciones y otros aspectos estructurales. Esas causas se tratan en una sección posterior del presente informe.

Si las empresas de servicios públicos no han sido el blanco en muchas de las causas de monopolización en Chile, entonces la cantidad de causas de monopolización resulta sorprendentemente elevada. No hay una idea clara de la distribución de esas causas por ramo de actividad y por conducta impugnada, como tampoco está en claro la manera en que Chile ha tratado las conductas que explotan el poder de mercado, tales como los monopolios y los precios “excesivos”, por contraste con las conductas que mantienen o extienden el poder de mercado, tales como los precios predatorios y otras acciones excluyentes o acuerdos que acrecienten las barreras de acceso. Puede que las objeciones de la Ley de Defensa de la Libre Competencia a la fijación de precios excesivos por parte de compañías en mercados potencialmente competidos no traiga beneficios de largo plazo, porque pueden prolongar los monopolios al impedir accesos legítimos que podrían acabar con ellos. Por este motivo, en algunas jurisdicciones, los precios excesivos no se consideran un abuso o monopolización y en muchas otras rara vez se cuestionan. La existencia de mercados de capitales eficientes y otros factores pueden convertir los nuevos ingresos en un recurso más eficaz que los pleitos legales. En las economías en vías de desarrollo y en transición, cuando es menos probable que los nuevos ingresos se produzcan con la misma rapidez, tales causas son más comunes, aunque en algunas de ellas se prefiere no promover tales causas por motivos de políticas. En Chile las Comisiones procesaron al menos dos causas de precios excesivos en 2001. Una de ellas tuvo que ver con el tren subterráneo de Santiago, el cual cabe suponer que no enfrenta amenaza alguna al ingreso. Al parecer ha habido una sola causa de precios excesivos en un mercado potencialmente competido (gases de uso clínico) y una causa de precios predatorios (una demanda contra Carrefour que acabó por ser desestimada). Hubo al menos dos causas de discriminación de precios: una de las cuales (en el ramo farmacéutico) aparentemente no tuvo nada que ver con el poder de mercado y la otra (la compra de leche cruda) tuvo que ver con una presunta discriminación de precios por parte de miembros de un cartel, cuyo acuerdo presumiblemente eliminó la amenaza de acceso.

Una causa de monopolización que resulta interesante tuvo que ver con una compañía con el derecho exclusivo de operar el sistema de pagos interbancarios por Internet. Toda empresa que quisiera prestar servicios de pago de facturas a través de Internet debía tener acceso al sistema de esa compañía, y ésta tenía subsidiarias que ofrecían esos servicios. Según las normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, para que una compañía pudiera ofrecer esos servicios utilizando los sistemas de la demandada, debía suscribir un contrato con un banco, lo que en cierta forma hace a los bancos responsables de las compañías que ofrecen servicios de pago de facturas a través de Internet. La compañía en cuestión negó a una nueva participante en el mercado el acceso a sus instalaciones esenciales, aunque ya había suscrito el contrato necesario con un banco, y se determinó que tal medida constituía una creación ilegal de barreras de ingreso.

Aunque la Comisión Resolutiva puede ordenar la “modificación o disolución de personas jurídicas” y la Corte Suprema de Justicia ratificó el fallo *de facto* de la Comisión de que Telefónica debía vender acciones, la Comisión luce sumamente renuente a utilizar plenamente sus atribuciones de modificación o disolución para exigir la venta de activos.

A pesar del gran número de causas de monopolio, las entrevistas y limitada investigación documental realizada para este estudio, sugieren que la labor de las autoridades de la libre competencia en este campo no ha sido particularmente relevante fuera del ámbito de la infraestructura. El motivo de ello puede ser, en parte, que la falta de lineamientos formales o informales sobre la definición de mercados y la determinación de posiciones dominantes puede desaconsejar denuncias por parte de la Fiscalía y de la colectividad en general.

4.4 *Fusiones y adquisiciones*

Las fusiones y adquisiciones han venido captando a todas luces cada vez más atención en los últimos años. Actualmente la Fiscalía está investigando cuatro fusiones y la Comisión Resolutiva está conociendo dos causas. Los funcionarios de la libre competencia han hecho notar que en el ámbito de la sumamente abierta economía chilena hay pocas fusiones anticompetitivas y que, al menos en los últimos años, las fusiones potencialmente problemáticas han sido objeto de análisis. Algunas de las causas recientes de fusiones más importantes en Chile han tenido que ver con adquisiciones de compañías en ramos del sector de la infraestructura, tales como las telecomunicaciones y la electricidad. Dado que esas causas constituyen un elemento importante de la orientación normativa general de Chile en esos

mercados, las mismas se abordan más adelante, como parte del tratamiento de la ley y la política de libre competencia en mercados regulados.

Sin embargo, hasta hace poco daba la impresión de que Chile no había contado nunca con un programa significativo de control de fusiones, como no fuera entre empresas de infraestructura. La información estadística de las causas ventiladas entre 1974 y 1993 no distingue las fusiones en una categoría o subcategoría independiente. Hay quien piensa que se ha pasado por alto fusiones pequeñas pero potencialmente restrictivas de la libre competencia, mientras que las fusiones grandes y controversiales han sido objeto de investigaciones o impugnaciones que inicialmente recibieron amplia cobertura y luego acabaron por cerrarse sin que se tomaran medidas. También se ha criticado el fallo de la Comisión Resolutiva de que la operación entre Coca-Cola y Cadbury Schweppes fue lícita. Cabe señalar que los organismos de resguardo de la libre competencia han procurado activamente evitar que las fusiones prevengan el desenvolvimiento de la libre competencia en los pocos pero importantes elementos potencialmente competidos de los ramos de la infraestructura, pero se esfuerzan menos en determinar si las fusiones en otros mercados conllevan la posibilidad de crear monopolios o facilitar la colusión. La falta en la ley de un mandato específico referido a las fusiones puede explicar en parte el enfoque extremadamente prudente que han asumido tradicionalmente la Fiscalía y la Comisión Resolutiva. También podría ser que la prudencia sea un legado de los “Chicago boys”, pero la orientación de los organismos de resguardo de la libre competencia hacia las restricciones verticales en los años 70 y 80 sugiere que ellos incidieron muy poco en la aplicación de la ley de libre competencia.

La Ley de Defensa de la Libre Competencia no establece prohibición específica alguna de las fusiones que restringen la libre competencia, y Chile no cuenta con un mecanismo de notificación previo a las fusiones. Sin embargo, la falta de un título dedicado a las fusiones no implica falta de cobertura, y el Artículo 1 es lo suficientemente amplio como para abarcar las fusiones anticompetitivas bajo cualquiera de los dos criterios sustantivos que se aplican corrientemente: la tendencia a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia y la búsqueda o mantenimiento de posición dominante. La Fiscalía ha indicado que en Chile se aplican ambas pruebas, pero no está en claro qué significa eso en términos de lo que se debe demostrar. La Fiscalía también ha indicado que en los casos de fusiones existe un argumento de defensa basado en la eficiencia.

La notificación previa a los organismos de resguardo de la libre competencia se requiere únicamente en caso de operaciones en las que participan compañías de televisión y de radio. En tales casos se requiere la notificación con 30 días de antelación, plazo que luce muy breve para

permitir un análisis detenido. (Al parecer, las operaciones entre periódicos se deben notificar a posteriori.) Los bancos y algunas otras instituciones financieras deben notificar a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras antes de fusionarse, y ésta puede solicitar a los organismos de resguardo de la libre competencia que analicen la operación. Las entidades participantes en las fusiones propuestas a veces consultan con la Fiscalía antes de finiquitar la operación, pero tales consultas se producen a discreción y en el momento en que lo decidan las empresas participantes. Las partes de las fusiones más grandes e importantes no suelen consultar por adelantado a la Fiscalía. Aunque los representantes de la Fiscalía no han indicado que la falta de notificación previa a las fusiones sea un problema significativo, ésta sí ha conducido a algunos problemas. Por ejemplo, al impugnar la adquisición de acciones que le dio a Enersis S.A. el control total de Endesa Chile, la Fiscalía sostuvo, infructuosamente, que en ese caso en particular Enersis S.A. debía notificar por adelantado a ese despacho, y que por lo tanto debía aplicársele a esa empresa la sanción máxima por no haberlo hecho.

La falta de un consenso general en cuanto al orden procesal hace imposible actualmente resolver eficazmente los problemas que puedan plantear las fusiones propuestas mediante consultas previas. Las consultas entre las partes y la Fiscalía son de carácter extraoficial, la Fiscalía no tiene la atribución de llegar a acuerdos en cuanto a la desincorporación judicial de activos u otros recursos posibles, y no existe procedimiento alguno mediante el cual tales acuerdos puedan ser considerados por la Comisión Resolutiva. Las modificaciones propuestas parecen resolver este problema mediante un procedimiento de conciliación, el cual aparentemente permitirá a la Fiscalía y una de las partes convenir en un fallo negociado, sujeto a la aceptación del Tribunal.

La fusión más sobresaliente efectuada recientemente fuera del sector de la infraestructura fue la adquisición por parte de Coca-Cola de las marcas y licencias de bebidas gaseosas de Cadbury Schweppes. La Fiscalía, actuando por virtud de una denuncia presentada por Pepsi-Cola y ciertas empresas embotelladoras de bebidas gaseosas, realizó una investigación y elaboró un informe en el que se indicaban ciertos riesgos para la libre competencia, pero que no contenía requerimiento —una acusación formal que procura la imposición de una multa u otro recurso— alguno. Pepsi-Cola y las embotelladoras también presentaron denuncias por ante la Comisión Resolutiva, la cual abrió un procedimiento del que la Fiscalía se hizo parte. En dicho procedimiento, Coca-Cola sostuvo que el mercado de los productos en cuestión era mucho más amplio que el de “bebidas carbonatadas”, la cual fue la definición del mercado presentada por Pepsi-Cola (basándose en precedentes de otras jurisdicciones). Coca-Cola ya tenía

una participación de 73% en el mercado de bebidas carbonatadas, y la adquisición le permitiría aumentar esa participación a 82% (casi 100%, en el caso de bebidas con sabor a naranja y sabores mixtos). Esta fusión internacional, cuyos efectos en la libre competencia se han evaluado en numerosos países, constituye una prueba comparativa interesante de la supervisión de las fusiones. Claro está que las condiciones de los mercados en esos países varían. Coca-Cola ni siquiera procuró adquirir los activos de Schweppes en Estados Unidos, porque causas recientes habían dejado en claro que tal adquisición no superaría el escrutinio de las autoridades antimonopolios. Australia, Francia y Sudáfrica presentaron objeciones de naturaleza antimonopólica a dicha adquisición en sus respectivos mercados.

Al menos hasta mediados de los años 80, los organismos chilenos de resguardo de la libre competencia habían sopesado una gama de objetivos en su evaluación de las fusiones¹⁴. Ello pudiera no corresponderse con la orientación actual a la eficiencia, si se postulan otros objetivos como motivos válidos para anular una transacción eficiente o darle curso a una que restrinja la libre competencia. No está del todo claro si los organismos de resguardo de la libre competencia han dejado de seguir en sus fallos sobre fusiones criterios de interés público ajenos a la eficiencia, tales como el empleo y, de ser así, en qué medida.

4.5 *Competencia desleal*

En la Ley de Defensa de la Libre Competencia no se tipifica la competencia desleal como delito, sin embargo, el Artículo 1 es lo suficientemente amplio para abarcarla y se han presentado numerosas causas de esa naturaleza. La mayoría de ellas han tenido que ver con la violación de los derechos de marcas comerciales (entre ellas, las importaciones paralelas) y la publicidad comparativa. En Chile hay quienes piensan que los organismos encargados de velar por la libre competencia le dedican demasiado tiempo a las causas de libre competencia, las cuales, en general, tienen que ver con disputas de carácter privado y no necesariamente resguardan la libre competencia en el mercado en general, por lo que en tales causas los conocimientos y experiencia de dichos organismos no se emplean del mejor modo posible. Ejemplos corrientes de competencia desleal son los sobornos de empleados o dependientes de un tercero, la publicidad engañosa, el artificio (mediante la “imitación fraudulenta” y otros medios), la difamación de competidores y el uso ilícito de secretos comerciales. En la mayoría de las jurisdicciones, las denuncias de tales prácticas por lo general se procesan mediante demandas privadas promovidas por los competidores perjudicados, mientras que las leyes de protección al consumidor que aplica el gobierno pueden prohibir las mismas

prácticas o prácticas afines, cuando las mismas perjudiquen a los consumidores.

A pesar del hincapié de las leyes de competencia desleal en la protección de los competidores, las prácticas de competencia desleal en su conjunto pueden resultar perjudiciales a la libre competencia, porque socavan la confianza en la integridad del mercado y también pueden distorsionar la información de los mismos y, por ende, pueden incidir negativamente en las decisiones de compra. En las economías en las cuales las reglas del juego no son del todo claras y donde las partes perjudicadas tienen un acceso limitado a los tribunales de justicia, la aplicación por parte del gobierno de las normas contra las prácticas de comercio desleal pueden ser importantes para la creación de mercados competitivos. En tales circunstancias, la aplicación de las normas contra la competencia desleal por parte de los organismos de resguardo de la libre competencia puede muy bien resultar beneficiosa, pero únicamente si dichos organismos disponen de los recursos suficientes para realizar su labor, sin interferir con sus atribuciones inherentes de aplicación de la ley de libre competencia, en causas en que exista o se pueda crear poder de mercado. Pero si las reglas son razonablemente claras y las partes perjudicadas por la competencia desleal tienen una manera práctica de promover acciones legales de carácter privado, ello bien puede ser preferible a codificar el principio de que la competencia desleal no infringe la ley de libre competencia si la conducta en cuestión no perjudica al mercado como un todo.

En Chile, los organismos de resguardo de la libre competencia no parecen estar inundados con causas de competencia desleal. Puede que algunas de ellas (como por ejemplo, las de importaciones paralelas) estén previniendo daños al mercado en su conjunto. En cualquier caso, si se llega a presentar alguna demanda de competencia desleal de alto relieve y que reciba una amplia cobertura, ello puede llamar la atención de la colectividad hacia los organismos de resguardo de la libre competencia y su misión. Dado que la publicidad comparativa es otro de los aspectos importantes de las causas de competencia desleal, conviene observar que en una causa promovida por la Fiscalía en esta materia se indica que la publicidad debe ser objetiva y verificable, así como veraz y no engañosa. Algunos países miembros de la OCDE permiten (o incluso alientan) toda publicidad comparativa que sea veraz y no engañosa, y consideran que es contrario a la libre competencia insistir en que dicha publicidad también sea objetiva y verificable. Si bien hay cierto acercamiento hacia esta posición, más liberal, también hay países miembros de la OCDE cuyas restricciones a la publicidad comparativa son considerablemente más estrictas que las de Chile.

5. Política y ley de competencia en actividades reguladas

Muchas autoridades de la competencia de la OCDE consideran que la actividad relacionada con los sectores regulados de la economía es en buena medida cuestión de promoción y defensa de la libre competencia, porque la entidad reguladora sectorial cuenta con las facultades exclusivas para tomar muchas de las decisiones claves en cuanto a la libre competencia. En su promoción, las autoridades de libre competencia de la OCDE han procurado cada vez más establecer una separación vertical en los monopolios del sector de la infraestructura. Una recomendación del Consejo de la OCDE insta a considerar este enfoque, al tiempo que reconoce que no siempre resulta apropiado¹⁵. Esta cuestión ha sido importante en Chile¹⁶, donde el equilibrio del poder es diferente, porque la Ley de Defensa de la Libre Competencia a veces se puede aplicar incluso a una entidad reguladora sectorial u otra dependencia gubernamental. Esta sección se concentra en la labor de promoción y en la aplicación de la ley por parte de los organismos de resguardo de la libre competencia en cuanto a los monopolios de la infraestructura. Los organismos rectores de la libre competencia nunca desempeñan un papel directo en la fijación de precios; en general, son las entidades reguladoras de cada ramo de actividad las que fijan las tarifas, con la participación de la División de Desarrollo de Mercados del Ministerio de Economía.

5.1 *Telecomunicaciones*

El ramo de las telecomunicaciones en Chile ha sido privatizado. En buena medida, es propiedad de compañías extranjeras. El instrumento que regula el sector de las telecomunicaciones, la Ley General de Telecomunicaciones, establece que las empresas prestadoras de esos servicios tienen, en general, plena libertad para fijar los precios o tarifas de los mismos, con la salvedad de que los cargos de acceso siempre los fija la Comisión Resolutiva, la cual además puede fijar otros cargos o tarifas, si a su juicio no existieren condiciones de competencia en este mercado. En la práctica, ello significa que la entidad reguladora de las telecomunicaciones en Chile fija las tarifas de la telefonía básica local (de conformidad con los fallos de la Comisión Resolutiva) y los cargos de acceso, mientras que en el mercado de telefonía móvil sólo es posible fijar los precios de acceso, y los cargos de larga distancia quedan libres por ley. Sin embargo, los organismos de resguardo de la libre competencia hasta ahora han desplegado una labor mucho más amplia en el mercado de las telecomunicaciones que la determinación periódica de la existencia de condiciones de competencia.

Antes de su privatización, el sistema telefónico chileno estuvo dominado por dos empresas propiedad del Estado: Compañía de Teléfonos (CTC), que prestaba servicios de telefonía local, y Empresa Nacional de Telecomunicación (ENTEL), que prestaba servicios de larga distancia nacional e internacional. Para 1990, la compañía telefónica nacional de España (Telefónica), había obtenido el control de CTC así como una participación de 20% en ENTEL. La Fiscalía impugnó esas posesiones patrimoniales de Telefónica. La Comisión Preventiva, la Comisión Resolutiva y, al final (en 1993, después de haber rechazado seis apelaciones previas de Telefónica), la Corte Suprema de Justicia, decidieron todas que Telefónica debía vender su participación en una de las dos empresas. La compañía española decidió vender su participación en ENTEL.

Mientras se desenvolvía esa causa, los organismos de resguardo de la libre competencia también desempeñaron un papel crucial en decidir si la libre competencia se vería afectada si se autorizaba a las compañías telefónicas nacionales a ofrecer servicios de larga distancia. A una consulta de la entidad reguladora del ramo de las telecomunicaciones, la Comisión Preventiva determinó que tal acceso sería anticompetitivo, la Comisión Resolutiva ratificó el fallo y la Corte Suprema de Justicia ordenó a la Comisión Resolutiva iniciar su propia investigación al respecto. En 1993, la Comisión concluyó que no convenía separar el servicio local del de larga distancia, porque ello resultaría demasiado complicado y porque parecía probable que las tecnologías en desarrollo a la sazón permitirían eliminar la necesidad de dicha separación. Sin embargo, la Comisión determinó que el acceso a un nuevo mercado debía efectuarse a través de una subsidiaria aparte, y estableció otros varios principios que se deberían incorporar en las nuevas disposiciones de la Ley General de Telecomunicaciones. La Corte Suprema de Justicia ratificó ese fallo y en 1994 una modificación de dicha Ley incorporó los principios establecidos por la Comisión, comenzando por la obligación de la compañía prestadora del servicios de telefonía local de crear un sistema multiportador, para que el usuario pudiera seleccionar una empresa prestadora de servicio de larga distancia. En 1998, la Comisión concluyó que ya no era necesario someter el servicio de larga distancia nacional e internacional a controles de precios. Para 2001, Chile contaba con 10 empresas que ofrecían servicios de telefonía básica y otras 10 que prestaban servicios de larga distancia. En total, las tarifas de los servicios se habían reducido en 30%.

Los organismos de resguardo de la libre competencia también determinaron la manera en que la entidad reguladora del mercado de las telecomunicaciones debía distribuir frecuencias del espectro radioeléctrico en el ramo de la telefonía móvil. Dos compañías que funcionaban en la banda de 800 megahercios solicitaron una parte mayor del espectro, a 1900

megahercios, para poder competir más eficazmente con dos compañías que ya tenían parte del espectro en esa zona. La entidad reguladora de las telecomunicaciones aceptó la solicitud. Una de las compañías ya establecidas presentó una demanda y la Fiscalía inició un requerimiento. A su debido tiempo, la Comisión Resolutiva falló que la entidad reguladora debía utilizar el mecanismo de licitación para determinar cuál de las compañías obtendría los derechos sobre la parte del espectro en cuestión. (Otro fallo en ese procedimiento ordenó a la entidad reguladora no dar preferencia a las primeras dos compañías, simplemente por haber solicitado una parte del espectro con anterioridad.) El proceso en su totalidad se tomó alrededor de dos años y las dos empresas aprobadas inicialmente por la entidad reguladora de las telecomunicaciones fueron las postoras ganadoras de la licitación. Algunos funcionarios de telecomunicaciones, apoyándose en parte en este hecho, consideran que en esa situación se usó a los organismos de resguardo de la libre competencia para demorar la asignación de nuevas secciones del espectro radioeléctrico. Si bien tales casos de “conducta predatoria distinta a los precios” pueden ocurrir y ocurren, en esta situación tal crítica parece no tomar en cuenta adecuadamente los beneficios actuales y futuros de dejar sentado el principio de que el espectro radioeléctrico (y otros activos) se debería asignar mediante procesos de licitación abierta y transparente. Algunos funcionarios de telecomunicaciones también consideran que a veces los organismos encargados de velar por la libre competencia se dejan arrastrar excesivamente por cuestiones técnicas, aunque todo parece indicar que los dos organismos han logrado trabajar mancomunadamente.

Hay varias causas importantes que se han resuelto o que se encuentran en proceso actualmente. En una de ellas, la Comisión impuso la multa máxima, a Telefónica, por utilizar su poder en el mercado de telefonía fija local para obtener una ventaja competitiva en el mercado de telefonía móvil. Telefónica es propietaria de varias compañías de telefonía móvil, las cuales ofrecieron una suscripción a los usuarios de teléfonos móviles que no incluía cargo alguno por el uso de los servicios de la red. La Corte Suprema de Justicia ratificó el fallo, pero, como ocurre a menudo, redujo la multa a la mitad. Hay una causa en proceso, actualmente en la etapa de divulgación de pruebas, que tiene que ver con denuncias de colusión entre dos compañías de televisión por suscripción.

De conformidad con una ley de protección de la libertad de expresión, es preciso consultar a las Comisiones Preventivas en todos los casos de fusión o adquisición que tengan que ver con el traspaso de estaciones de televisión y de radio. La letra de la ley se limita a indicar que las Comisiones deben determinar en un plazo de 30 días si los traspasos resultan o no anticompetitivos, aunque existe la impresión de que el espíritu de la ley

contiene una inquietud especial en cuanto a la concentración en los medios. La idoneidad del plazo de revisión de 30 días parece cuestionable. Las Comisiones han revisado muchos traspasos propuestos sin objetar ninguno.

Hay un aspecto todavía por resolver de la determinación de los cargos de acceso. Actualmente, los cargos de acceso son asimétricos: elevados para las empresas ya establecidas y bajos para las nuevas participantes. Este sistema ha facilitado el acceso de nuevas empresas y la rivalidad competitiva, pero existe la preocupación de que podría menoscabar la eficiencia. Además, Telefónica ha demandado al gobierno sobre la base de que el sistema le costó US\$237 millones por concepto de tarifas de acceso excesivas. Conviene hacer notar que la agenda pro-desarrollo originalmente contenía varias propuestas de reforma de la regulación en el mercado de las telecomunicaciones, pero aparentemente las modificaciones propuestas han sido omitidas y en su lugar se ha incorporado un programa que incluye cambios reglamentarios que a estas alturas no están claros.

5.2 *Electricidad*

Antes del inicio de la privatización, en los años 80, el sector eléctrico de Chile estaba dominado por dos empresas propiedad del Estado: Endesa Chile, que prestaba servicios en todo el país y participaba en la generación, transmisión (a través de su participación en TRANSELEC) y distribución de electricidad, y CHILECTRA, que distribuía electricidad en la zona metropolitana de Santiago. De haberse tenido cabalmente en cuenta los preceptos de la política de libre competencia al momento de la privatización, Endesa Chile podría haber sido dividida verticalmente (y quizá horizontalmente) antes de su venta, pero no ocurrió así. Varios compradores adquirieron participaciones minoritarias en Endesa Chile, mientras que Enersis S.A. compró CHILECTRA. Desde entonces, Chile ha venido librando una prolongada pelea para limitar los efectos anticompetitivos de la integración vertical, los cuales tienen que ver en gran medida con las barreras resultantes en los mercados de generación y comercialización, los cuales tienen el potencial de ser competidos. En el marco de dicha pelea ha habido tanto intentos infructuosos por parte de la Fiscalía de ordenar la separación vertical, como la clase habitual de estrategias reglamentarias para prevenir abusos de posiciones dominantes.

La primera intervención formal de la Fiscalía se produjo en 1992, después de que Enersis S.A. compró parte de las acciones de Endesa Chile. La Fiscalía trató de imponer la desincorporación de esas acciones, pero la medida no prosperó. En 1994, cuando Enersis S.A. incrementó su participación patrimonial a 25%, la Fiscalía inició otra acción que también resultó infructuosa, pero en 1997 la Comisión Resolutiva emitió

“instrucciones de carácter general” de obligatorio cumplimiento destinadas a mejorar la competencia y la transparencia. Dichas instrucciones exigían que la entidad reguladora del mercado eléctrico dictara nuevas reglas y ordenara a las empresas de distribución solicitar ofertas y vender su flujo eléctrico en términos claros, explícitos y no discriminatorios. El fallo también ordenaba a Endesa Chile traspasar la propiedad de sus activos de transmisión a TRANSELEC y a que TRANSELEC fuese operada como una empresa aparte, sujeta a las mismas normas que las sociedades mercantiles cotizadas en bolsa, y en las que pudiesen invertir otras compañías generadoras o de otra naturaleza.

Las instrucciones de 1997 de la Comisión Resolutiva mejoraron considerablemente el sistema reglamentario, pero en 1999, después de que Enersis S.A. intentara aumentar su participación patrimonial en Endesa Chile de 25% a 60%, la Fiscalía inició un nuevo proceso. Mientras la causa se ventilaba, el argumento de la Fiscalía se vio debilitado cuando un grupo canadiense compró TRANSELEC. Una vez más, la Fiscalía no consiguió obtener la separación estructural, pero sí obtuvo instrucciones generales mejoradas y la orden de que Endesa Chile y CHILECTRA no podían fusionarse ni tener trenes ejecutivos compartidos, y que además debían ser auditadas por firmas distintas. Actualmente la Corte Suprema de Justicia está analizando una apelación a dicha orden.

Según un informe reciente, actualmente hay 58 compañías en el mercado de servicios eléctricos; 20 de las cuales son concesionarias generadoras, cuatro de transmisión y 36 de distribución. La Comisión Resolutiva desempeña un papel especial en este mercado, dado que, por ley, sólo se pueden fijar los precios o tarifas de aquellos servicios que la Comisión considere que no están sujetos a condiciones de competencia. El mercado está regulado por la Comisión Nacional de Energía y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles de Chile, las cuales actúan en virtud de un reglamento de 1998 concebido para mejorar la transparencia y la competencia. La agenda pro-desarrollo incluye una reforma adicional a favor de la libre competencia en este mercado. Un aspecto poco claro de la Ley General de Servicios Eléctricos está retardando la inversión en nuevos activos de transmisión, lo que a su vez está desaconsejando las inversiones en nuevas instalaciones de generación. El objetivo principal de las mejoras propuestas es aclarar la manera en que los inversionistas en activos de transmisión podrán obtener réditos por sus inversiones.

5.3 *Servicios bancarios y financieros*

Chile adoptó una nueva ley de supervisión de la banca en 1997, a objeto de modernizar el mercado adoptando normas internacionales de supervisión,

al tiempo que se permitía a los bancos emprender más actividades. El ramo bancario se ha privatizado totalmente y un estudio reciente indica que en Chile operan 13 bancos nacionales y 17 internacionales.

Los organismos de resguardo de la libre competencia han tenido un contacto limitado con este ramo de actividad. Tal como se expuso anteriormente, la Fiscalía impugnó una fusión de dos bancos españoles que les otorgaría a éstos una participación de 27% del mercado bancario nacional, pero la Comisión Resolutiva determinó que la fusión no era atentatoria contra la libre competencia. Desde que se decidió la causa de los bancos españoles, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras ha reconocido la atribución que tienen los organismos de resguardo de resolver cuestiones de competencia en ese mercado. Además, se ha promulgado nueva legislación que rige las circunstancias en las que es preciso contar con la aprobación de la Superintendencia de Bancos, así como los procedimientos respectivos.

Más recientemente, los dos bancos más importantes de Chile se fusionaron y alcanzaron una participación de 20% del mercado nacional, pero esa fusión no fue impugnada, a pesar de que existe una concentración de 70% del mercado nacional en cinco compañías. Igualmente, tal como se indicó anteriormente, los organismos encargados de velar por la libre competencia emitieron instrucciones de carácter general, requiriendo que los prestadores de crédito al consumo utilicen el sistema para divulgar las tasas de interés, otras tasas y demás requisitos que la Superintendencia impone a los bancos.

Actualmente se está ventilando en Chile un debate que puede resultar sumamente importante para determinar si los mercados chilenos de servicios bancarios y financieros son o no competidos. La Superintendencia de Bancos señala que ha relajado los requisitos de acceso al mercado, al mismo tiempo que conserva las normas de salvaguardia del sistema bancario. Y aunque algunos funcionarios de la Fiscalía han manifestado su preocupación por el incremento de la concentración en el mercado bancario, otros no comparten esa inquietud. Por otro lado, otros funcionarios gubernamentales han manifestado su preocupación de que este ramo de actividad no sea competido. En el presente estudio no se analizan detenidamente esos mercados y puede que las inquietudes específicas manifestadas no se justifiquen por una serie de motivos posibles, si bien el hecho de que exista la preocupación general es en sí mismo notable. El nivel de concentración es elevado, y a pesar de las medidas de la Superintendencia para facilitar el acceso, existe la percepción de que éste es difícil y de que el ingreso de entidades foráneas generalmente se efectúa mediante adquisiciones, más que mediante la creación de nuevas empresas. Vale la pena observar que el debate parece haberse centrado en los niveles de concentración en todo el

país de todos los servicios bancarios, sin abordar lo que podría ser el primer paso de cualquier análisis de la competencia: es decir, si se deben analizar las fusiones y otras prácticas en el ramo de la actividad bancaria en el contexto de los servicios bancarios y los mercados locales o regionales específicos, y de ser así, hasta qué punto.

También se ha dicho que en Chile los grandes bancos extienden préstamos casi exclusivamente a las grandes empresas y (ocasionalmente) a particulares. Si bien hay quien cuestiona esta opinión, existen informes que indican que los préstamos a las pequeñas y medianas empresas (PYME) provienen en su mayoría de CORFO, la cual ha evolucionado y ha pasado de ser la propietaria / inversionista de buena parte de las empresas chilenas a una agencia de promoción de la actividad industrial: CORFO emplea líneas de crédito del Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, para aportar los fondos que muchos bancos otorgan en préstamo a las PYME. Los préstamos a las PYME son más riesgosos y costosos que otros tipos de préstamos, pero algunas personas consideran que la banca ha sido excesivamente conservadora a causa de la falta de competencia. Algunos funcionarios chilenos han manifestado su inquietud por el hecho de que en Chile sólo existe una red de tarjetas de crédito.

Una característica interesante del sistema financiero chileno es que 70% del crédito al consumo proviene del sector de ventas al detal, no de las instituciones financieras. Fuera del sector bancario, el único servicio financiero que se ha mencionado como fuente de preocupación en materia de libre competencia es el de los fondos de pensión. Chile tiene un sistema complejo de fondos de pensión cuyo análisis no se planteó como parte del presente trabajo. No obstante, cabe señalar que al parecer no existe una competencia de precios intensa entre los mismos. También se ha sugerido que los elevados costos administrativos de esos fondos reflejan la falta de presión competitiva resultante de la interdependencia oligopolística.

5.4 Servicios sanitarios y de aguas negras

Las compañías de servicios sanitarios y de aguas negras de Chile se cuentan entre las pocas empresas que todavía permanecen en buena medida en manos del Estado. En el país hay 52 compañías, de las cuales seis son privadas. En 1997, la Comisión Resolutiva aprobó la adquisición de una compañía sanitaria por parte de Enersis S.A., la proveedora dominante de energía eléctrica. Sin embargo, la Comisión recomendó además que la conglomeración de empresas de servicios públicos debería estar sujeta a una supervisión gubernamental más estrecha.

La recomendación de la Comisión Resolutiva llevó a la promulgación, en 1998, de la Ley General de Servicios Sanitarios, la cual hizo mejorar la

transparencia y preparó el camino para la venidera introducción de la competencia donde fuera posible, restringiendo la integración entre las empresas de servicios públicos que operasen en la misma zona. De modo que las compañías de servicios sanitarios y de aguas negras tienen prohibido combinarse con empresas de suministro de gas, electricidad o servicio telefónico local en la misma zona, si las mismas atienden a más de la mitad de la población local. Dado que la Superintendencia de Servicios Sanitarios otorga concesiones a las empresas mediante licitación pública, existe competencia por ese mercado, pero no existe competencia alguna dentro del mismo. La Ley también alienta la competencia al requerir que las compañías encargadas de la distribución de agua y del manejo de aguas negras permitan que las empresas productoras de agua y procesadoras de aguas negras usen sus redes y establezcan directamente contratos con “consumidores importantes”. La Comisión Resolutiva tiene la responsabilidad de decidir si las concesionarias de servicios públicos son monopolios naturales, por ende sujetos a la fijación de precios máximos y demás reglas establecidas por la agencia respectiva. La Superintendencia de Servicios Sanitarios fija las tarifas máximas y puede autorizar a las empresas de servicios públicos con menos de 25.000 puntos de suministro de agua a prestar servicios conjuntamente, si ello produce eficiencias que contribuyan a disminuir las tarifas.

5.5 *Transporte*

El Estado no es propietario ni maneja ninguna empresa de transporte, aparte de tres compañías administradas por una junta independiente: Santiago Metro, un servicio ferroviario de pasajeros y un servicio de trasbordadores. Las compañías de transporte tienen plena libertad de competir en precios y servicios, con sujeción a la normativa de seguridad y otras de efectos económicos limitados. El Estado no subsidia compañías de transporte, como no sea con el propósito de garantizar la prestación de esos servicios en zonas apartadas. En una causa que todavía no se ha resuelto, la Comisión Resolutiva está analizando una denuncia promovida por una organización de consumidores, en la que se afirma que el tren subterráneo de Santiago está abusando de su monopolio al cobrar precios excesivos.

En 1979 Chile adoptó una política de cielos abiertos para el transporte de pasajeros y carga. El mercado del transporte aéreo se ha privatizado en su totalidad. Un estudio reciente indica que en Chile hay 34 aerolíneas, siete de las cuales son empresas privadas que atienden el mercado interno. La mayoría de las aerolíneas transportan carga, correo y pasajeros. Hay en el país otras 25 aerolíneas de carga que no prestan servicio regular. Tal como se expuso en la sección sobre los objetivos de la Ley de Defensa de la Libre

Competencia de Chile, en su momento la Comisión Resolutiva aprobó la fusión de las dos mayores aerolíneas nacionales de pasajeros, con sujeción al requisito de que la empresa producto de la fusión básicamente fijara sus propias tarifas máximas. Años más tarde, la Comisión descubrió que la nueva empresa había intentado sacar del mercado a una nueva competidora mediante la reducción predatoria de sus pasajes, en la única ruta en la que competía con la nueva aerolínea.

5.6 Otros ramos de actividad económica

Gas natural. Cuando se tendió el primer gasoducto de gas natural entre Chile y Argentina, en los años 90, la Comisión Resolutiva desempeñó un papel importante al asegurarse de que el transporte y la distribución de gas se realizaran en condiciones de competencia. Los precios del gas natural se pueden fijar libremente, pero la entidad reguladora del ramo puede solicitar a la Comisión Resolutiva que declare que no existen condiciones de competencia si aquella determina que la tasa de rentabilidad de una compañía sobrepasa ciertos niveles preestablecidos. Si se emite tal declaración, entonces la entidad reguladora puede imponer tarifas máximas.

Minería. La Constitución de Chile establece que el Estado es el propietario exclusivo de todas las minas del país, independientemente de quien posea la titularidad sobre las tierras ubicadas en la superficie. Sin embargo, dicha titularidad de la riqueza subterránea no genera problemas de naturaleza monopólica, porque el régimen de concesiones otorga derechos de explotación extractiva a toda una gama de empresas. Existe cierto interés en determinar si es posible mejorar la eficiencia del régimen de concesiones. Chile participa directamente en la actividad minera mediante la propiedad de la Corporación Nacional del Cobre (CODELCO) y la Empresa Nacional de Minería (ENAMI). Hay además 27 compañías mineras privadas chilenas y 17 compañías extranjeras que realizan labores de exploración, mientras que 27 realizan labores de explotación.

Puertos. Los puertos propiedad del Estado se han arrendado a largo plazo a concesionarias privadas que son responsables de su administración y operación, y no se plantea inversión pública alguna en nuevos puertos en el futuro. La Comisión Preventiva Central está obligada por ley a establecer las normas de competencia que rigen el funcionamiento de los puertos chilenos, y a tal efecto ha emitido un dictamen que establece las reglas que regulan la integración horizontal y vertical. Por ejemplo, los “usuarios relevantes” de un puerto no pueden tener una participación patrimonial de más de 40% en el puerto.

6. Promoción y defensa de la libre competencia

La Ley de Defensa de la Libre Competencia de Chile es inusitadamente específica en cuanto al otorgamiento de atribuciones de promoción y defensa en dicha materia. Las Comisiones Preventivas, con el respaldo de la Fiscalía Nacional Económica, puede requerir a cualquier organismo público que ejerza sus atribuciones reglamentarias a fin de proteger la libre competencia, y la Comisión Resolutiva pueden requerir la modificación o revocación de cualquier disposición normativa o reglamentaria. En su respuesta a un cuestionario de la Red Internacional de Competencia (RIC), la Fiscalía indicó que son escasas las actividades de promoción y defensa que desempeña directamente ese despacho, aunque dicha respuesta le resta importancia a sus actividades. Los organismos de resguardo de la libre competencia no han desplegado una amplia *gama* de actividades de promoción y defensa de la libre competencia, pero sí han realizado una labor importante, especialmente en las áreas monopólicas del sector de la infraestructura. Los organismos chilenos han empleado sus atribuciones administrativas más amplias para imponer ciertos tipos de reformas reglamentaria que las autoridades de la libre competencia de la OCDE sólo están en condiciones de promover, siendo el ejemplo más claro de ello la orden de emplear el mecanismo de subasta para determinar a cuáles empresas se han de asignar secciones del espectro radioeléctrico. Por lo tanto, si el análisis se limita simplemente a la labor de promoción, se le resta importancia a la labor de aplicación de los preceptos de la libre competencia en el diseño de sistemas reglamentarios que han venido realizando dichos organismos.

No existe una definición única que abarque todos los aspectos de la promoción y defensa de la libre competencia, ya que las autoridades de la materia en todo el mundo deben utilizar la promoción para abordar toda una gama de retos. En general, significa la promoción de los principios de competencia de mercado en el análisis de políticas y los procesos reglamentarios. En la práctica, el ámbito de las presentaciones de promoción puede variar considerablemente. La promoción es en cierta forma un conjunto de puntos de cuenta sobre cuestiones básicas, tales como el modo en que los monopolios perjudican a la colectividad en general pero enriquecen a los monopolistas. Lo mismo ocurre con los alegatos jurídicos y económicos prolongados en una causa de regulación sectorial. Las actividades de promoción pueden incluir la rendición de declaraciones, la consignación de documentos escritos o la presentación de trabajos a consideración del Poder Legislativo, ministerios, tribunales, entidades de regulación sectorial o municipios. Además, pueden incluir presentaciones ante asociaciones profesionales y gremiales, instituciones y conferencias académicas, así como la redacción de artículos para su divulgación por

publicaciones periódicas especializadas y de otros tipos. Incluso actividades tales como celebrar una conferencia de prensa y explicar públicamente por otros medios la importancia y las implicaciones de la libre competencia y los principios de mercado se pueden considerar labores de promoción. En el caso de países en vías de desarrollo que no cuentan con un régimen establecido de libre competencia, la promoción de los principios de esta materia entre la colectividad en general es una labor permanente y, de hecho, quizá sea la tarea más importante, al menos al comienzo.

Los organismos chilenos encargados de velar por la libre competencia llevan a cabo una intensa actividad de promoción entre otras entidades gubernamentales en materias relacionadas con áreas monopólicas del sector de infraestructura. Por ejemplo, la revisión por parte de dichos organismos de la competencia en los mercados eléctrico y de telecomunicaciones es lo que determina si las tarifas son de libre determinación o fijas. Aunque los organismos de resguardo de la libre competencia no necesariamente brindan “asesoría” como parte de este proceso, la revisión propiamente dicha indica tanto un importante principio de competencia como una manera poco usual de asegurar el seguimiento de dicho principio. El precepto más importante es que los precios deben ser de libre determinación, a menos que se halle que las condiciones del mercado no son de suficiente competencia. La garantía de que este precepto se ha de seguir radica en asignarle esa tarea a los organismos de resguardo de la libre competencia y no a la entidad reguladora sectorial. Así, el ejercicio de promoción de la libre competencia y tanto la magnitud de la tarea como la dedicación de la Fiscalía se traducen en el hecho de que la revisión permanente del mercado eléctrico está siendo realizada por un equipo de cuatro economistas y dos abogados; más de 25% del personal profesional de planta de los tres departamentos sustantivos principales de la Fiscalía.

También se realiza cierta labor de promoción de la libre competencia en relación con los servicios que presta el fiscal nacional económico en dos organismos intragubernamentales. En especial, el fiscal preside la comisión nacional que investiga las distorsiones del precio de los productos que se ofrecen por debajo de su costo. Debido a que los recursos jurídicos en contra del comercio desleal en general son considerados por la comunidad de libre competencia como medidas anticompetitivas que benefician a los productores nacionales a costa de los consumidores y la economía en general, se trata de una función potencialmente útil, aunque poco práctica. Junto con el representante del Banco Central y a veces del Ministerio de Relaciones Exteriores, el fiscal en ocasiones ha logrado impedir la imposición de recursos solicitados, pero la medida de su discreción queda limitada por la ley que creó la comisión. El fiscal también forma parte de un organismo que recibe las impugnaciones en ciertas causas relacionadas con las aduanas, que rara vez llevan a plantear cuestiones de libre competencia.

7. Opciones de política

- Adoptar la agenda pro-desarrollo tomando en cuenta ciertos cambios posibles

Luce razonablemente claro que las modificaciones se promulgarán sin mayores cambios, a lo mejor en 2003. La promulgación y aplicación de dichas modificaciones debe ser una prioridad, porque el nuevo Tribunal gozará de una mayor medida de autonomía, contará con miembros mejor calificados y un mayor presupuesto. El reemplazo de sanciones penales que no se han aplicado por sanciones pecuniarias de montos considerablemente mayores también parece ser una medida razonable, aún si no confluye exactamente con las actuales corrientes internacionales.

Hay un aspecto de la propuesta del Tribunal que amerita un tratamiento más detenido. Según la propuesta, los miembros del Tribunal deben dedicarle a sus labores en él un mínimo de dos días por semana, y el organismo contará con los fondos necesarios para cubrir hasta tres días de labor por semana. Esto significa que, colectivamente, los miembros del Tribunal deben poder dedicarle alrededor del doble del tiempo total que laboran todos los demás miembros de las comisiones actuales combinados. Además, el personal de planta del Tribunal será aproximadamente el doble del personal actual del Departamento de Apoyo a Comisiones. Se trata de aumentos considerables. Sin embargo, recientemente la Fiscalía también ha duplicado su personal y se han promovido más causas por parte de organizaciones de consumidores y otros denunciantes privados. Además, las comisiones actuales son algo lentas para resolver las causas y tienden a redactar fallos escuetos, que dejan al sector privado sin certeza en cuanto a los preceptos seguidos para juzgar sus conductas. Dictar fallos más completos y con mayor agilidad exige más tiempo y recursos. De modo que aunque los recursos aumentarán, hay desde ya motivos suficientes para pensar que pronto se necesitarán en mayor medida aún.

La capacidad del Tribunal de cumplir satisfactoriamente con su cometido con un personal de medio tiempo es en parte un problema de naturaleza presupuestaria, pero también constituye una cuestión de naturaleza institucional. Si sus miembros trabajan a medio tiempo, puede ser más difícil remunerarlos suficientemente como para que se avoquen a resolver cuestiones complejas. Requerir que laboren como mínimo dos días por semana resuelve parcialmente este problema. Por otro lado, este compromiso puede dificultar la tarea de encontrar miembros del Tribunal con experiencia pero sin conflictos de intereses. Seguramente habrá abogados y economistas en el ejercicio privado de su profesión con experiencia en materia de libre competencia, pero quizá no estén dispuestos

a abandonar a sus clientes y renunciar a sus bufetes para emprender una labor a medio tiempo en el Tribunal, y que además se recusen cuando ello sea aconsejable en determinadas causas. Puede que el compromiso también resulte problemático para académicos, la mayoría de los cuales al parecer tienen clientes privados o están vinculados con bufetes de abogados. Si existe la impresión de que esto pudiera ser problemático, Chile podría considerar la conveniencia de un tribunal con algunos de sus miembros a tiempo completo y un número mayor de miembros a medio tiempo.

Conviene revisar la modificación propuesta del Artículo 2, a fin de aclarar si los actos y los acuerdos relacionados en esa lista están sujetos a preceptos jurídicos distintos que los actos y acuerdos que se relacionan en el Artículo 1.

La Fiscalía también debe considerar si el procedimiento de conciliación propuesto permitirá a la Fiscalía y a las empresas llegar a un acuerdo que permita, de ser aceptado por el Tribunal, resolver una causa mediante una multa determinada de mutuo acuerdo. De no ser aceptado el acuerdo, la Fiscalía debe analizar la conveniencia de proponer una nueva modificación que permita esta vía. El concepto de una multa negociada al parecer no es familiar en Chile y a algunas personas les puede parecer un ejercicio innecesario de “regateo con la ley”, del mismo modo que hace algunos años la idea de tratar con benevolencia a los miembros de una organización que pusieran al descubierto prácticas ilícitas en ella parecía impropio a algunas personas. Sin embargo, en buena parte del mundo eso ya es práctica común, y si un demandado está dispuesto a pagar una multa apropiada para evitar el costo y las incertidumbres de un pleito legal, tal acuerdo también basta al gobierno. Si el Tribunal considera que la multa acordada es insuficiente, puede rechazar el acuerdo darle curso al litigio.

Aclarar los preceptos jurídicos con lineamientos o declaraciones de política y simultáneamente proseguir con la importante iniciativa de publicar el texto y los resúmenes de los fallos, y, a su debido tiempo, los informes de la Fiscalía, en el sitio web de ésta. Considerando el grado de conocimientos jurídicos y económicos de los funcionarios encargados de velar por la libre competencia y otros funcionarios en Chile, es notable el nivel de incertidumbre que existe en cuestiones tan básicas como los medios para definir mercados, evaluar posiciones dominantes o de poder de mercado, precisar la legalidad de restricciones verticales a la libre competencia y hasta la norma a ser aplicada a los carteles.

Cuando un organismo de toma de decisiones no explica claramente sus razonamientos, la incertidumbre sobre las reglas jurídicas aplicables puede desalentar a las empresas que deseen efectuar inversiones o experimentar con nuevos sistemas de distribución, y también puede privar a las partes

perjudicadas del conocimiento de que pueden tener un recurso judicial a su disposición, erosionando así el respeto por la ley. El personal a cargo de la aplicación de la ley puede compartir la incertidumbre de la colectividad en general, lo que lo puede llevar a dedicarle más atención de la necesaria a cuestiones que la entidad a cargo de tomar decisiones consideraría frívolas, o a desestimar cuestiones que ésta consideraría vitales. Dicho personal puede descubrir “la realidad” por medios informales, lo que ayuda a los organismos de aplicación de la ley pero no disipa la incertidumbre de la colectividad.

La iniciativa del fiscal de dar a conocer mayor información a través del sitio web de la Fiscalía es un paso importante. Además, el nuevo Tribunal dispondrá de tiempo suficiente para preparar fallos acompañados de explicaciones más detalladas. Aún así, la adopción de un enfoque más amplio que se sirva de lineamientos de cumplimiento no obligatorio u otras aclaratorias debe ser una prioridad importante. De ser necesario, la Fiscalía debe procurar fondos complementarios a fin de dar respuesta, entre otras cosas, a las siguientes preguntas:

- ¿Qué conducta, de haberla, es ilegal por naturaleza? Este problema guarda relación con la recomendación señalada anteriormente de aclarar si las conductas indicadas en el Artículo 2 están o no sujetas a preceptos jurídicos distintos. ¿Es acaso la competencia desleal una infracción, incluso si no tiene efecto alguno en el mercado como un todo?
- ¿De qué manera se definen los mercados de productos y los mercados geográficos? ¿Qué prueba se emplea para comprobar tal definición?
- ¿Qué prueba se puede emplear para comprobar si una compañía ocupa una posición dominante o de poder de mercado? ¿Qué elementos probatorios resultan útiles, pertinentes o necesarios? ¿Cuál es el enfoque del organismo con respecto a los elementos claves de su análisis? ¿Se presume que existe una posición dominante o de poder de mercado si la participación de una compañía supera un cierto nivel en un mercado dado (o en un mercado con barreras de entrada)? ¿A qué porcentaje de participación de mercado surge la presunción? ¿Es posible identificar todo refugio de participación de mercado o de concentración?
- ¿En las causas de fusiones existen presunciones basadas en los niveles de participación de mercado o de concentración (o en mercados con barreras de entrada)? ¿Qué prueba se utiliza para decidir si una fusión es ilícita y cuál es el enfoque del organismo de los elementos claves de su análisis? ¿Qué se debe demostrar para afirmar un argumento prima facie o establecer una defensa basada en el argumento de la eficiencia?

La Fiscalía no cuenta con las atribuciones jurídicas específicas necesarias para emitir lineamientos sobre la aplicación de la ley, y eso no es algo que se estile en Chile. El propósito de los preceptos es aclarar la forma en que la Fiscalía interpreta la ley. En otros países latinoamericanos se han adoptado preceptos sobre cuestiones de libre competencia. En respuesta a las críticas de que sus normas eran faltas de transparencia o de difícil comprensión, la Comisión Federal de Competencia de México emitió una serie de lineamientos destinados a explicar su orientación en la definición de mercados y la evaluación de posiciones dominantes. Brasil se basó en su Resolución 20 para introducir preceptos para evaluar acuerdos anticompetitivos y también ha emitido lineamientos sobre fusiones. A medida que los preceptos se van haciendo cada vez más corrientes, el costo de prepararlos se puede minimizar seleccionando modelos apropiados y adaptándolos a la realidad chilena.

Si la Fiscalía cuestiona la pertinencia de los preceptos, entonces debe considerar otras maneras de aclarar el marco analítico general que utiliza y su interpretación de los elementos de infracciones específicas. La Fiscalía puede emitir “declaraciones de política” o agregar una introducción interpretativa de los materiales de las causas en su sitio web. Una serie de ponencias sobre la aplicación de la ley (acompañadas de material impreso más detallado), o una serie de artículos breves en el sitio web de la Fiscalía o en otros medios también puede resultar de utilidad, aunque quizá en menor medida que los textos que están claramente identificados como guías o declaraciones de políticas.

Aumentar la cantidad y visibilidad de la promoción de la libre competencia fuera de las áreas monopólicas del sector de infraestructura, de modo que la Fiscalía o el Tribunal asuman una posición principal en el análisis gubernamental de la amplia gama de cuestiones reglamentarias que inciden en la competencia y a las cuales se deben aplicar los principios de la libre competencia. No se ha asignado presupuesto alguno a la Fiscalía específicamente para fines de promoción de la libre competencia. La Fiscalía maneja su propio presupuesto y ya destina un volumen considerable de recursos a esa labor en las áreas monopólicas del sector de infraestructura. Además, está comenzando a asignar recursos a la divulgación entre bufetes de abogados, organizaciones del sector privado y universidades, y también ha participado activamente en el desarrollo de los aspectos de la Ley de Defensa de la Libre Competencia contenidos en la agenda pro-desarrollo. Debido a que la labor de la Fiscalía en cuanto a los monopolios de infraestructura es a veces de naturaleza obligatoria y en todo caso valiosa, por ahora la realidad presupuestaria exige una selección sumamente cuidadosa de las actividades de promoción, a fin de mantener los costos al mínimo. La Fiscalía ya coordina hasta cierto punto con la División

de Desarrollo de Mercados del Ministerio de Economía, y el pensamiento creativo sobre la forma en que esas instituciones interactúan pudiera producir sinergias y al mismo tiempo mantener los costos bajos.

Aunque la Fiscalía debe naturalmente tomar en consideración los costos probables de la labor de promoción de la libre competencia, la falta de un programa más activo también podría resultar onerosa. Los organismos de resguardo de la libre competencia no son bien conocidos en Chile, y aunque la apertura de mercados parece estar más arraigada en este país que en muchos otros países latinoamericanos, encara el persistente reto de que muchos consumidores no están al tanto de los beneficios de la libre competencia y de la prevención de restricciones reglamentarias innecesarias en la competencia, al tiempo que algunos académicos y representantes empresariales parecen preferir una orientación de mayor liberalismo económico. En este contexto, levantar un programa más amplio de promoción de la libre competencia debe incluir tres objetivos interrelacionados:

1. En primer lugar, la Fiscalía (y el Tribunal, una vez creado) debe dirigir todos sus esfuerzos hacia la integración de la política de libre competencia en una gama más amplia de políticas de regulación y análisis gubernamentales, así como a asegurar que algún organismo de resguardo de la libre competencia participe en este proceso u ocupe una posición clave en el mismo. En Chile, la incorporación de los organismos de resguardo de la libre competencia al proceso de regulación de los monopolios del sector de infraestructura ofrece un modelo que las autoridades de competencia pueden tomar como punto de partida para realizar mejoras, pero en el cual dichos organismos tienen un papel decisivo en cuanto a ciertos aspectos de los monopolios naturales y deben invertir recursos considerables. En muchos otros aspectos de la regulación se presume que deben desempeñar el papel menor, pero también importante, de comentar desde el punto de vista de la política de competencia sobre cuestiones cuya definición le corresponde a otras dependencias del gobierno. Y aunque al parecer la División de Desarrollo de Mercados del Ministerio de Economía realiza algunas actividades afines, el Informe sobre la Reforma de la Regulación de 1997 de la OCDE recomendó investir a las autoridades de la libre competencia de las atribuciones y las facultades necesarias para propugnar la reforma en todos los ámbitos del gobierno.
2. En segundo lugar, la Fiscalía debe procurar demostrar el valor de la política de libre competencia, convirtiéndose en un promotor más ubicuo y asumiendo posiciones en cuanto a aspectos importantes que suscitan problemas de la política de libre competencia. Por ejemplo, un problema incluido en la agenda pro-desarrollo es el menoscabo provocado por la

lentitud y la falta de transparencia en el otorgamiento de licencias, así como otras gestiones de las entidades municipales y otras entidades gubernamentales. Aunque la responsabilidad gubernamental directa en esta materia descansa en otras entidades gubernamentales, los perjuicios que ellas están tratando de evitar son, en buena medida, producto de la ineficiencia y otros efectos anticompetitivos propios de la imposición injustificada de barreras al ingreso. Si esta materia no formase parte de la agenda pro-desarrollo, los organismos de resguardo de la libre competencia harían bien en analizarla y llamar la atención del gobierno y la colectividad sobre ella mediante la publicación de un estudio en el que se explicara el costo que representan para Chile tales barreras. Dado que esta materia está siendo debidamente atendida, la Fiscalía puede darle su apoyo al movimiento a favor de la reforma, haciendo hincapié en los aspectos de la política de libre competencia atinentes a ese problema. En ésta y otras áreas en las que los organismos de la libre competencia pueden no estar en condiciones de eliminar del todo los problemas de competencia, sí podrían producir beneficios tangibles a la economía chilena, contribuyendo en la creación de consensos sobre la necesidad de reforma, al tiempo que se fomenta el a la política de libre competencia, demostrando que la misma no es contraria al empresariado, como temen algunos.

3. En tercer lugar, la Fiscalía (y a su debido tiempo, el Tribunal) debe participar en una iniciativa más extendida para explicar de qué manera la ley y la política de libre competencia benefician a los consumidores, las empresas y la economía en general. Ese programa debe tratar de aleccionar a la colectividad sobre los costos de los monopolios, los carteles y las regulaciones que distorsionan la libre competencia, al mismo tiempo que asegura al empresariado que en Chile la aplicación de las normas de libre competencia se concentra en la eficiencia económica. (Habrán sinergias entre esta labor y el desarrollo de lineamientos o declaraciones de política.) En vista de la actual preocupación del gobierno chileno por cuestiones de equidad, entre ellas la protección social, la educación y la salud, el programa de promoción debe hacer hincapié en la forma en que la política de libre competencia puede obrar como instrumento para que los responsables de las políticas alcancen las metas de equidad planteadas en la manera más eficiente posible.
- **Aplicar la ley en la forma tradicional pero con más vigor en una gama más amplia de actividades**

A pesar de los beneficios que los organismos de resguardo de la libre competencia han conseguido en los mercados de la infraestructura, los mismos deben adoptar una orientación más emprendedora y enérgica en la aplicación de las normas de libre competencia, en aquellos mercados que

pueden y deben ser competidos. La fijación en ramos de actividad con elementos de monopolio natural ha conducido o ha contribuido a generar un nivel relativamente bajo de cumplimiento de la ley en mercados potencialmente competidos. Si se toma en cuenta tanto el nivel relativamente bajo de observancia de la ley como la infrecuente imposición de multas de poca monta, luce poco probable que la Ley de Defensa de la Libre Competencia en Chile actualmente esté haciendo mayor cosa por desaconsejar conductas reñidas con la libre competencia.

- **Analizar la conveniencia de dotar a Fiscalía de mayores recursos**

Chile ha aumentado su inversión en la ley y la política de libre competencia y pronto aumentará aún más esas inversiones, al proveer de fondos al nuevo Tribunal. No obstante, en vista de la importancia de prestarle mayor atención a los preceptos, la promoción de la libre competencia y la aplicación tradicional de la ley, la necesidad de la Fiscalía de seguir adelante con su participación en cuestiones de libre competencia internacional, recientemente acrecentada, y el valor de su labor en materias vinculadas con los monopolios de la infraestructura, Chile debería analizar la conveniencia de incrementar moderadamente los fondos que destina a la Fiscalía. Ésta es una etapa crucial de la aplicación de la Ley de Defensa de la Libre Competencia en Chile, y el aumento de los fondos puede fácilmente recuperar su costo con creces, en forma de mejoramiento de la eficiencia y productividad de la economía chilena.

- **Reconsiderar la orientación chilena en cuanto al control de fusiones y quizá en cuanto a los carteles absolutos**

Conviene reconsiderar la falta de un régimen de notificación previa a las fusiones en Chile. Los países en vías de desarrollo a veces deciden prescindir de tales mecanismos y hasta de mecanismos sustantivos de control de fusiones, en la creencia de que carecen de las destrezas y los conocimientos necesarios, no quieren verse sepultados bajo una montaña de gestiones burocráticas y parecen abrazar el punto de vista de que las fusiones que ocasionen problemas anticompetitivos se podrán deshacer o mantener a raya más adelante, mediante la aplicación de normas contra el abuso de posiciones dominantes. Pero Chile tiene los conocimientos y la experiencia jurídicos y económicos necesarios; la carga burocrática se puede manejar ajustando los plazos de presentación de documentos, y existe el consenso general de que es preferible evitar una fusión anticompetitiva que tratar de eliminar o controlar una posición dominante creada por una fusión, cuando ya es demasiado tarde. En cuanto a los carteles absolutos, si es cierto que la ley chilena exige actualmente aplicar la regla de la razón en todas las causas, entonces Chile debería considerar el regreso a su orientación anterior de la naturaleza de las acciones cuestionadas. El riesgo creado por el uso de

la regla de naturaleza es que ésta se ha de aplicar a conductas propiamente competitivas, tales como la integración de funciones de empresas que de hecho deberían tratarse como empresas conjuntas. En vista del grado de complejidad y la prudencia de los organismos chilenos de resguardo de la libre competencia, éste parece ser un riesgo bastante manejable.

Notas

1. Aparte de CODELCO, sólo hay dos empresas propiedad del Estado propiamente dichas: Empresa Nacional del Petróleo (ENAP) y una pequeña compañía de fomento de la pequeña actividad minera, Empresa Nacional de Minería (ENAMI).
2. Otros elementos de la agenda son la reforma de la normativa sobre la libre competencia en el sector eléctrico y otros, el desarrollo del comercio electrónico y la gestión gubernamental a través de Internet; incentivos tributarios a la inversión, un uso más eficiente del gasto público en la educación superior y la atención médica, y la facilitación del adiestramiento en el lugar de trabajo y el empleo a medio tiempo. El plan parece guardar una estrecha relación con los puntos de vista expresados en un artículo de análisis de la estructura institucional y económica del Estado en América Latina, la considera incompatible con una economía de mercado funcional y propone su reforma. Saavedra, Eduardo y Soto, Raimundo, *Reformas Económicas e Institucionales del Estado en América Latina*, Universidad Alberto Hurtado (Diciembre de 2000).
3. Las políticas de inversión en Chile durante este lapso se tratan en Eduardo Moyano, *Foreign Investment Policy and Promotion in Chile*, en *Foreign Direct Investment Policy and Promotion in Latin America* (OECD, 1999).
4. Tal como se propuso originalmente en la agenda pro-desarrollo, esta modificación habría aclarado aún más la orientación de la ley hacia la eficiencia, al indicar que el objeto de la ley es “la defensa de la libre competencia en los mercados, como medio de fomentar y proteger el derecho a participar en las actividades económicas, promover la eficiencia y, por ende, el bienestar de los consumidores”. Esta letra habría codificado la posición actual de Chile en cuanto a los objetivos básicos de la Ley, al mismo tiempo que confirmaría la dedicación de Chile a la libertad económica. *[En una importante conferencia del Día de la Competencia en Santiago, el 30 de noviembre de 2003, el presidente del organismo de resguardo de la libre competencia de Chile dijo que los objetivos más específicos aludidos en el primer borrador de la Ley ayudarán a definir el tenor más general de la versión final del instrumento.]*

5. Por ejemplo, la Resolución No.257 (1987), explica que el otorgamiento de territorios exclusivos restringe la libre competencia al “impedir el acceso de otros empresarios que pudieran estar interesados en distribuir tal producto”.
6. La ley de libre competencia de España subraya con parecido hincapié lo que llama “el ejercicio de la libertad de empresa”.
7. Patillo, Guillermo, *The Chilean Antitrust System*, APEC/PFP Course on Competition Policy, Bangkok, Tailandia, marzo de 1997.
8. Paredes-Molina, Ricardo D., *Jurisprudence of the Antitrust Commissions in Chile*, Law and Economics of Development (Buscaglia, Ratliff, and Cooter, Editores) (19__).
9. El Artículo 2 establece que las acciones y los acuerdos relacionados *tienden* a restringir la libre competencia. Esto aclara que no es preciso que tales conductas hayan tenido algún efecto para ser cuestionadas, pero no necesariamente significa que la conducta cubierta en el Artículo 2 se deba considerar más propensa a la ilegalidad por naturaleza que cualquier otra conducta cubierta en el Artículo 1. Para comenzar, el Artículo 1 alude a “intentos” de restringir la libre competencia, así que no hace necesaria la existencia de ningún efecto real. En segundo lugar, conductas que pueden *tender* a restringir la libre competencia no necesariamente lo hacen.
10. Ignacio de León, *The Role of Competition Policy in the Promotion of Competitiveness and Development in Latin America*, World Competition, Vol. 23, No.4, pág. 115 (diciembre de 2000) (Kluwer Law International Journal).
11. OCDE (1998), Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, 25 de marzo de 1998 [C(98)35/FINAL].
12. Paredes-Molina, *ibíd.* No.8; véase también Edgardo Barandiarán y Ricardo D. Paredes, Protección de la Competencia en Chile: El Estado v. Laboratorios Chile y Recalcine (1992/1993), Documento de Trabajo No.222, Instituto de Economía, Santiago (septiembre de 2002).
13. Véase en general OCDE (2003), Second Report by the Competition Committee on Effective Action against Hard Core Cartels; OCDE (2002), Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws; OCDE (1998), Report by the Competition Committee on Effective Action against Hard Core Cartels.

14. Al mismo efecto, véase Carey, Jorge, *World Law of Competition*, Parte 4: Chile (1986).
15. OCDE (2001a), *Recommendation of the OECD Council concerning Structural Separation in Regulated Industries*. Los aspectos subyacentes y las experiencias de los países miembros de la OCDE se tratan en OECD (2001b), *Restructuring Public Utilities for Competition*.
16. Eduardo Saavedra, *The Role of Informational Rents: Network Utilities and Vertical Structure*, *Revista de Análisis*, Vol. 16, No.2, págs. 77-107 (diciembre de 2001) (concluye que la separación vertical es más importante en los países en desarrollo, en vista de que resulta más difícil concretar contratos más completos y ejecutables).

Apéndice A

Cuadro A-1.: Recursos de la Fiscalía Nacional Económica

Año	Años-persona	Presupuesto (en miles de dólares estadounidenses)
2001	54	2.224
2000	57	2.083
1999	28	985
1998	34	795
1997	33	671

Cuadro A-2.: Conductas sancionadas con multa como porcentaje del total de multas aplicadas, 1973 y 2002

Conducta	Multas aplicadas por la Comisión – (en dólares estadounidenses)	Monto definitivo de las multas (C. Suprema) (en dólares estadounidenses)
Acuerdos horizontales	25.6 %	31.1 %
Acuerdos verticales	2.2 %	3.9 %
Monopolio / Abuso	33.7 %	27.4 %
Competencia desleal	24.5 %	17.9 %
Fusiones	0.8 %	0.3 %
Otras	13.2 %	19.3 %
Totales	100 %	100 %

Apéndice B

Visión estadística general de la aplicación de la ley chilena de defensa de la libre competencia

Un vistazo general al régimen de libre competencia a partir de datos históricos, estadísticos y de otra naturaleza confirma, en general, las conclusiones expuestas en el presente estudio. Son tres las fuentes principales de dichos datos. En primer lugar, un artículo del profesor Ricardo D. Paredes Molina, ex integrante de la Comisión Preventiva Central, relaciona el número, tipo y resolución final de todas las causas ventiladas en la Comisión Resolutiva y la Comisión Preventiva Central entre 1974 y 1993¹. Además, Chile ha elaborado una lista de todos los fallos emitidos por la Comisión Resolutiva y la Comisión Preventiva Central, junto con un breve resumen de los mismos, en relación con las actividades del país en el marco del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA). Por último, la Fiscalía ha recopilado los datos de las sanciones pecuniarias impuestas entre 1974 y 2002. En esta sección se repasan brevemente las tres fuentes.

Decisiones de las comisiones Resolutiva y Preventiva Central entre 1974 y 1993

Comisión Resolutiva

El artículo de Paredes relaciona 367 causas resueltas por la Comisión Resolutiva; 278 de las cuales corresponden a tres grandes categorías sustantivas: acuerdos horizontales, acuerdos verticales y monopolización. Aunque al parecer también hubo algunos casos de fusiones, la falta de una categoría aparte para éstas constituye un ejemplo sumamente ilustrativo del orden de prioridades de la Fiscalía durante el período indicado. Apartando algunas subcategorías vagamente definidas, cabe concluir de modo relativamente seguro que la Comisión conoció de 45 causas de acuerdos horizontales, 53 de acuerdos verticales, 42 de monopolización en las que

1. Paredes, *ibíd.* No.8.

hubo acuerdos verticales y otras 114 de monopolización (algunas de las cuales pueden haber tenido que ver con acuerdos verticales) y seis causas de competencia desleal.

Cuadro B1: Resolución de causas por la Comisión Resolutiva de Chile, 1974 – 1993

Conducta	Total	Infracción n	Sin infracción n	Otros
Acuerdos horizontales	45	16	29 (64%)	0
Precios	31	7	24 (77%)	0
Reparto de territorios	5	4	1 (20%)	0
Cuotas de producción	1	0	0 (0%)	0
Gremiales	5	5	0 (0%)	0
Intercambio de información	2	0	2 (100%)	0
Acuerdos verticales	53	26	24 (45%)	3
Distribución exclusiva	12	6	5 (41%)	1
Imposición del precio de reventa	18	13	5 (27%)	0
Discriminación	16	4	10 (63%)	2
Negativa a negociar	7	3	4 (57%)	0
Monopolio / posición dominante vertical	42	21	17 (40%)	4
Discriminación de precios	28	16	9 (32%)	3
Ventas vinculadas	7	4	2 (29%)	1
Otras formas de monopolio / posición dominante	114	58	44 (39%)	12
Monopolización	83	39	34 (41%)	10
Monopsonio	8	4	3 (38%)	1
Barreras al ingreso	23	15	7 (30%)	1
Conductas predatorias	7	1	6 (86%)	0
Competencia desleal	6	2	4 (67%)	2
Total de causas clasificadas	260	144	118 (45%)	21

Esta distribución de las causas es lo que cabría esperar en las circunstancias de Chile. Resulta normal que se presente un gran número de causas de empresas en posición dominante en un país en proceso de abandonar una economía mayormente en poder del Estado. En vista de las dificultades para investigar y demostrar la existencia de carteles, no sorprende que haya más causas de acuerdos verticales que de acuerdos horizontales. Por otro lado, si se toma en cuenta que al menos en 42 de las causas de monopolio al parecer hubo restricciones verticales por parte de empresas en posición dominante, la gran preponderancia de causas de

acuerdos verticales sobre las de acuerdos horizontales efectivamente tiende a corroborar la conclusión expuesta anteriormente, de que es posible que los organismos de resguardo de la libre competencia hayan tendido a cuestionar el tipo de restricciones que limitan el grado de autonomía de las empresas, sin llegar a restringir la competencia en el mercado en general. La preocupación actual de que los organismos puedan estar dedicándole demasiado tiempo a las causas de competencia desleal puede ser una tendencia reciente, dado que durante los 20 años anteriores sólo se presentaron seis causas.

Si se toman con cierta medida de cautela, las estadísticas sobre el modo en que la Comisión Resolutiva resolvió esas causas ponen de relieve cuestiones interesantes. En primer lugar, la Fiscalía —o la parte privada que haya promovido la denuncia— obtuvo un resultado positivo apenas en 55% de las causas. La mayoría de las causas de acuerdos horizontales y de competencia desleal se resolvieron negativamente, mientras que la mayoría de las causas de acuerdos verticales y monopolización se resolvieron positivamente.

La pérdida de tantas causas puede tener muchas explicaciones plausibles, y los datos existentes no permiten un análisis detenido en esta materia. Por ejemplo, los datos no revelan en cuáles causas la Fiscalía se hizo parte. No obstante, sí parece probable que este registro obedezca a cierta medida de renuencia por parte de la Comisión a hallar infracciones. En un análisis de 1995 citado frecuentemente de la aplicación de la normativa de libre competencia en Chile se halló que los integrantes de la Comisión se habían mostrado, de hecho, particularmente reacios a aplicar sanciones, y ello se atribuyó a una combinación de factores, entre ellos: a) la arraigada creencia en la sociedad chilena de que los delitos económicos no son graves, especialmente cuando el perjuicio lo sufre la colectividad en general; b) una actitud quizá de liberalismo económico, entre algunas personas, de que los perjuicios ocasionados por los monopolios pueden ser menos onerosos que los daños que podría generar una intervención injustificada; c) la falta de recursos, y d) la falta de antecedentes normativos en lo económico u otros conocimientos².

La comparación entre el número de causas resueltas positivamente y el de las causas resueltas negativamente en esas subcategorías suscita cuestiones interesantes, pero los datos disponibles no permiten ahondar en este análisis. Las denuncias contra acuerdos horizontales de precios registraron casi el mayor porcentaje de resultados negativos. No está claro

2. Serra, P., *La política de competencia en Chile*, Revista de Análisis Económico, Vol. 10, No.2, págs. 63-88 (noviembre de 1995).

qué tipos de “discriminación” hubo en las causas consideradas verticales, pero sí resulta notable que la discriminación por parte de compañías sin poder de mercado aparentemente haya sido cuestionada con mucha menos frecuencia que las de discriminación de precios y de posición dominante.

Comisión Preventiva Central

Las estadísticas de la Comisión Preventiva resultan aún más difíciles de interpretar. Apenas 118 de las 227 causas se ajustan a categorías definidas de infracción, y de ellas sólo 78 culminaron en aprobación o desaprobación de la conducta denunciada. De estas 78 causas, sólo seis tuvieron que ver claramente con acuerdos horizontales: tres de acuerdos de precios, una de reparto de territorios, una de asociación y una de colusión, de las cuales cinco fueron halladas ilegales. Hubo 38 causas de acuerdo vertical y al menos 27 de las 57 causas de monopolio tuvieron que ver con restricciones verticales a la libre competencia: 65 causas básicamente de acuerdo vertical, de las cuales 45 fueron halladas ilegales. Resulta sumamente interesante advertir la medida en la que predominaron las causas verticales, la tasa mucho mayor de desaprobación de las causas verticales y el extremadamente bajo número de ocasiones en las que se denunció alguna conducta horizontal. Hubo ocho causas de competencia desleal; en cuatro de ellas se aprobó la conducta denunciada y no se emitió ningún fallo formal de ilegalidad.

Fallos de las Comisiones Resolutiva y Preventivas en 2001

Comisión Resolutiva

Según indican los datos presentados por Chile en el marco de las negociaciones del ALCA, en 2001 la Comisión Resolutiva emitió 55 fallos en relación con 33 causas en su calendario y una investigación (en la cual la Comisión dictó orden de arresto contra los representantes de dos compañías que se negaron a suministrar información sobre un supuesto acuerdo de fijación de precios en un servicio interprovincial de autobús). En total hubo ocho causas en el sector de las telecomunicaciones, dos de fijación de precios en el sector eléctrico y varias relacionadas con la fijación de precios en la aviación comercial. Las causas más importantes de monopolio en el sector de la infraestructura fueron las siguientes:

- Uno de los fallos en el sector de las telecomunicaciones se produjo en una causa en la que la Comisión solicitó que la entidad reguladora de las telecomunicaciones convocara a licitación. Además, la Comisión decidió no aceptar varias denuncias contra compañías de

telecomunicaciones, indicando que era más procedente someterlas a consideración de la entidad reguladora sectorial.

- En otra causa importante, la Comisión rechazó una petición de que declarara que en el mercado interno de telefonía urbana existían condiciones de competencia, y en su fallo incluyó seis disposiciones destinadas a ir creando paulatinamente un mercado verdaderamente competitivo.
- La Comisión acogió una solicitud de que declarara que algunos servicios vinculados con el suministro de energía eléctrica no se estaban prestando en condiciones de competitividad (y que por tanto estaban sujetos a controles de precios). La Comisión determinó que no había condiciones de competitividad en los mercados de 25 servicios y emitió varias recomendaciones a la entidad reguladora eléctrica.

Fuera del sector de la infraestructura, las cuestiones más relevantes sometidas a consideración de la Comisión fueron las siguientes, cada una de las cuales se trata más detenidamente en el presente informe:

- La Comisión rechazó una denuncia contra la adquisición por parte de Coca-Cola de todas las marcas comerciales y licencias de Cadbury Schweppes.
- En la causa del cartel de compradores contra las plantas procesadoras de leche, la Comisión Resolutiva emitió una medida precautoria de congelación de precios por el período que se inició el 1 de septiembre de 2001, ordenándoles a éstas efectuar los pagos atenuados a los precios vigentes al 1 de julio.
- La Comisión emitió las instrucciones de carácter general descritas anteriormente sobre discriminación de precios en la comercialización y distribución de productos farmacéuticos.
- La Comisión Resolutiva ratificó un fallo de la Comisión Preventiva Central, e impuso a Toyota Chile una sanción pecuniaria por haber incurrido en imposición de precios mínimos de reventa de repuestos originales.

La Comisión Resolutiva resolvió por lo menos cinco causas de competencia desleal, algunas de las cuales (por ejemplo, una disputa sobre el uso por parte de un restaurante de la expresión “buffet express” en sus instalaciones) dan la impresión de no tener mayor relevancia para la libre competencia.

Conviene observar que el único contacto de la Comisión Resolutiva con la fijación horizontal de precios u otros acuerdos horizontales fue la

imposición de órdenes de arresto por la negativa de ciertas empresas a llevar a cabo las averiguaciones exigidas por la Fiscalía Nacional Económica. Fuera del sector de la infraestructura, la Comisión ha resuelto una sola causa de fusión (Coca-Cola / Cadbury Schweppes).

Comisión Preventiva Central

En 2001, la Comisión Preventiva Central resolvió 49 causas. Dos de ellas tuvieron que ver con demandas de irrespeto del derecho al trabajo y ambas fueron desestimadas; en una de ellas con una sentencia en la que se indicó la proposición general de que tales infracciones no están tipificadas en el marco de las leyes de libre competencia, a menos que presupongan la restricción efectiva de la libre competencia en el mercado como un todo. Ése fue un ejemplo de los fallos de la Comisión Preventiva que a veces incluyen la clase de explicaciones de su razonamiento que contribuyen a aclarar los preceptos jurídicos aplicados.

Hubo 11 causas relacionadas con compras y otorgamiento de licencias gubernamentales, cinco de las cuales parecen haberse referido a una comprobación formal de que las solicitudes de oferta cumplían o no con las normas establecidas en una decisión previa de la Comisión. Cuatro de las causas incluyeron algún elemento sustantivo, que en tres de ellas parece haberse resumido básicamente a la denuncia de que el gobierno estaba otorgando monopolios a intereses privados.

La forma en que Comisión resolvió dos de las tres causas de monopolio fue sumamente cautelosa, no hallándose infracción alguna, pero sí emitiéndose notas de advertencia. Dado que tales notas parecen desaconsejar básicamente la misma clase de conductas impugnadas en esas causas, parecen ilustrar la persistente renuencia por parte de la Comisión a hallar infracciones. En una de las causas, la Comisión ratificó un contrato exclusivo, pero advirtió a la Dirección de Vialidad que antes de renovarlo debía decidir si convenía o no que otras compañías también presentaran ofertas. En la otra, la Comisión se negó a revocar el otorgamiento a los municipios de derechos exclusivos de venta de seguros de responsabilidad civil para vehículos, basándose en que el proceso de otorgamiento había sido impecable, aunque emitió una advertencia a los municipios. La Comisión sí halló una infracción en una causa relacionada con planteles educativos que exigían que los uniformes escolares se compraran a empresas a las que habían otorgado contratos exclusivos, sin haber mediado una licitación. La Comisión emitió una serie de reglas minuciosas que rigen tales procesos y ordenó que la parte operativa de su fallo se publicara en un diario de considerable cobertura nacional.

Hubo otras 14 causas relacionadas con monopolios en el sector de la infraestructura. La Comisión rechazó una demanda de fijación de precios, basándose en que la misma era competencia del organismo regulador de las telecomunicaciones. Hubo otras 11 causas relacionadas con fallos de conformidad con una ley especial sobre requerimientos del organismo regulador de las telecomunicaciones o de denunciantes particulares, en solicitud de que se determinara si ciertos traspasos planteados de licencias eran o no anticompetitivos. La Comisión no objetó ninguna de ellas. Y en una causa referida al mercado de la energía eléctrica, la Comisión recomendó que la adquisición de acciones en una empresa eléctrica por las partes que habían presentado ofertas no era reñida con la libre competencia. Por último, la Comisión recibió una denuncia presentada por una organización de consumidores, de que el sistema de tren subterráneo de Santiago estaba cobrando tarifas excesivas y que, por ende, estaba abusando de su posición dominante. La causa todavía está en proceso. (E ilustra la lentitud del proceso de toma de decisiones; la demanda fue promovida en febrero de 2001 y la vista se celebró en marzo de 2002.)

Las 22 causas restantes tuvieron que ver con empresas de mercados competidos y potencialmente competidos. Catorce de ellas tuvieron que ver con competencia desleal, relacionada con marcas comerciales u otras cuestiones de propiedad intelectual, y una tuvo que ver con publicidad comparativa. Otras cuatro causas tuvieron que ver con importaciones paralelas u otros problemas de importación. Ello deja sólo tres causas relacionadas con cuestiones más convencionales de libre competencia. En una de ellas, la Comisión emitió un dictamen consultivo, indicando que el sistema de distribución propuesto no ocasionaría problemas si se le aplicaban modificaciones menores. En otra, desestimó las denuncias de que Hipermercado Carrefour había incurrido en prácticas de fijación de precios predatorios, e incluyó en su fallo varias especificaciones sobre la manera en que se deberían manejar las ofertas promocionales. La tercera causa es la de imposición de precios de reventa de alimento para perros mencionada anteriormente, debido a que en 2001 la misma fue apelada ante la Comisión Resolutiva (y ratificada por ésta).

Sanciones pecuniarias impuestas entre 1974 y 2002

Las estadísticas sobre la cantidad de sanciones pecuniarias impuestas y los montos de las mismas tienden a confirmar la aparente renuencia de los organismos de resguardo de la libre competencia y del sistema judicial de Chile a aplicar sanciones. El Cuadro 2 muestra que en los últimos 28 años se han impuesto multas en apenas 73 causas. La Corte Suprema de Justicia ha rebado las multas impuestas por la Comisión Resolutiva en 45%, reduciendo

la multa promedio a aproximadamente US\$13.500 y el total general a menos de US\$1.000.000. En promedio, la Comisión impuso las multas más cuantiosas en causas de competencia desleal, seguidas por las causas de acuerdos horizontales en segundo lugar y por “otras” en tercero. La multa media más cuantiosa, en sentencia firme y definitiva ratificada por la Corte Suprema de Justicia, corresponde a una causa de acuerdos horizontales, seguida por la categoría de “otros” y por las de competencia desleal en tercer lugar. Con mucho, la mayoría de las multas (43) se aplicaron a conductas de monopolización, pero la multa media alcanzó poco más de US\$6.000. El Cuadro A-2 del Apéndice A muestra el total de multas por categoría de infracción, como porcentaje del total de multas.

**Cuadro B2: Monto de sanciones pecuniarias por tipo de infracción
1974 – 2002**

Conducta	Cantidad de causas	Multas impuestas por la Comisión Resolutiva – US\$ (media por causa)	Multa final (CSJ) – US\$ (media por causa)	Multa final como % de las multas impuestas por la Comisión
Acuerdos horizontales	9	455.460 (50.607)	305.986 (33.998)	67,2
Acuerdos verticales	4	38.711 (9.678)	38.739 (9.685)	101,1
Monopolio / Abusos de posición dominante	43	600.156 (14.000)	269.779 (6.273)	45,0
Fusiones	1	13.613	3.403	25,0
Competencia desleal	8	436.776 (54.957)	175.544 (21.943)	40,2
Otras	8	235.875 (29.484)	189.808 (23.726)	80,5
Totales	73	1.780.591 (24.389)	983.259 (13.469)	55,2

Referencias

- APEC. 1999, "Chile's Individual Action Plan, Competition Policy".
- Barandiarán, Edgardo, y R. Paredes. 1992 / 1993. "Protección de la Competencia en Chile: El Estado v. Laboratorios Chile y Recalcine". Documento de Trabajo No.222, Instituto de Economía, Santiago.
- Carey, Jorge. 1986. "World Law of Competition", Parte 4. Chile.
- De León, Ignacio. 2000. "The Role of Competition Policy in the Promotion of Competitiveness and Development in Latin America". *World Competition*, Vol.23, No.4, pág. 115. *Kluwer Law International Journal*.
- Eskanazi A., Patricio. 2001. "A Proposal for Improving the Departments that Safeguard Free Competition in Chile". APEC/PFP Course on Competition Policy. Bangkok, Tailandia.
- Escalona V., Eduardo. 2002. "Bill that Establishes the Court of Defense for Free Competition in Chile", APEC Training Program on Competition Policy. Bangkok, Tailandia.
- Gutiérrez I., Juan y J. I. Díaz. 2002. *Global Competition Review*. 2002. "Cartel Regulation, Chile".
- Lizana, Claudio. 2001. *Global Competition Review*. "Antitrust Review of the Americas, Chilean Antitrust Law".
- Banco Interamericano de Desarrollo (BID). 2003. Serra, Pablo. "Chile's Antitrust Legislation: Effects on Essential Facilities", Chapter 2 of *Competition Policy in Regulated Industries*.
- Banco Interamericano de Desarrollo (BID). 2002. Beato, Paulina y Laffont, Jean-Jacques, "Competition in Public Utilities in Developing Countries".
- Banco Interamericano de Desarrollo (BID). 2001. Fuente, Carmen, "Competition Policy in Latin America: Implications for Infrastructure Services".

- Banco Interamericano de Desarrollo (BID). 2001. De León, Ignacio, "The Role of Competition Policy in the Regulation of Infrastructure Industries: Some Lessons from the Latin American Experience".
- Library of Congress, Federal Research Division. "Chile: A Country Study". Hudson, Rex A., editor. www.loc.gov.
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). 1997. "The OECD Report on Regulatory Reform Summary".
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). 1998. "Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels". 25 de marzo. [C(98)35/FINAL].
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). 1999a. Regulatory Reform in the United States. "Background Report on the Role of Competition Policy in Regulatory Reform".
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). 1999b. Foreign Direct Investment Policy and Promotion in Latin America. "Foreign Investment Policy and Promotion in Chile", Moyano, E.
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). 2000^a. *Journal of Competition Law and Policy*. "Competition Law and Policy Developments in Brazil", Vol.2 / No.3.
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). 2000b. Reforma reglamentaria en España. "Background Report on the Role of Competition Policy in Regulatory Reform".
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). 2000c. Reforma reglamentaria en Hungría. "Background Report on the Role of Competition Policy in Regulatory Reform".
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). 2000d. "Report by the Competition Committee on Effective Action against Hard Core Cartels".
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). 2001a. "Recommendation of the OECD Council concerning Structural Separation in Regulated Industries".
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). 2001b. Reforma reglamentaria en Italia. "Background Report on the Role of Competition Policy in Regulatory Reform".
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). 2001c. Foro Global de la OCDE sobre Competencia. Aporte de Chile.

- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). 2001d. “Restructuring Public Utilities for Competition”.
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). 2002. “Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws”.
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). 2003. “Second Report by the Competition Committee on Effective Action against Hard Core Cartels”.
- Paredes-Molina, Ricardo D. 19___. “Jurisprudence of the Antitrust Comissions in Chile, the Law and Economics of Development”. Buscaglia, Ratliff y Cooter, editores.
- Paredes-Molina, Ricardo D.. 2003. “Vertical Control in Newly Regulated Economies: Lessons from the Theory and Practice of RPM”. *Latin American Business Review*, Vol.3.
- Patillo, Guillermo. 1997. “The Chilean Antitrust System”. APEC/PFP Course on Competition Policy. Bangkok, Tailandia.
- Riesco Nervi, Sylvia. 2001. “Encouraging Competition and Fostering Legal Reforms in Utilities”. APEC Training Course on Competition Policy. Bangkok, Tailandia.
- Rivera Urrutia, Eugenio. 1997. “Experiences of Chilean Antitrust Policy: The Cases of the Electrical and the Telecommunication Sectors”. Korea Fair Trade Commission-OECD Seminar on Competition Policy. Seúl, Corea.
- Saavedra, Eduardo. 2001. “The Role of Informational Rents: Network Utilities and Vertical Structure”. *Revista de Análisis*, Vol.16, No.2, págs. 77-107.
- Saavedra, Eduardo y Soto, Raimundo. 2000. “Reformas Económicas e Institucionales Del Estado en América Latina”. Universidad Alberto Hurtado.
- Serra, P. 1995. “La política de competencia en Chile”. *Revista de Análisis Económico*, Vol.10, No.2.
- World Bank-OECD. 1997. “Competition Policy in a Global Economy: A Latin American Perspective”.

ISBN 978-92-64-01221-9

Derecho y Política de la competencia en América Latina

Exámenes inter-pares en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú

© OECD / IDB 2007

DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA EN MÉXICO

Examen Inter-Pares

-- 2004 --

Índice

Resumen	310
1. Políticas de competencia económica en México: fundamentos y contexto.....	313
2. Campo de aplicación de la Ley de Competencia Económica	318
3. Contenido y aplicación de la Ley de Competencia Económica y disposiciones afines	321
3.1 Acuerdos horizontales: reglas para evitar coordinación nociva para la competencia	322
3.2 Acuerdos verticales: reglas para prevenir acuerdos contrarios a la competencia en cuanto al suministro y la distribución	325
3.3 Abuso de posición dominante: reglas destinadas a combatir monopolios propiamente dichos.....	329
3.4 Concentraciones: reglas para prevenir problemas nocivos para la competencia derivados de fusiones de empresas.....	331
3.5 Determinaciones del poder sobre el mercado relevante: reglas que dan lugar a regulación de precios para remediar esta situación.....	340
3.6 Barreras estatales al comercio : reglamento para prevenir el deterioro del comercio interestatal	342
3.7 Protección del consumidor: compatibilidad con la legislación y las políticas en materia de competencia	343
4. Instrumentos institucionales: aplicación de la política de la competencia.....	344
4.1 Instituciones encargadas de la política de competencia económica: la Comisión Federal de Competencia	344
4.2 La aplicación por parte de la CFC de la Ley de Competencia Económica	345
4.3 Otros métodos y técnicas de aplicación de la ley	357
4.4 Resultados, prioridades, recursos y gestión de la Comisión.....	358

5. Actividades de defensa de la competencia	364
6. Conclusiones y Recomendaciones	373
6.1 Virtudes y deficiencias actuales	373
6.2 Recomendaciones.....	374
Notas.....	385

Resumen

En este informe se evalúa la elaboración y aplicación durante los últimos cinco años de las políticas y la Ley de Competencia Económica en México. Este documento representa una actualización de un informe preparado en 1998 que formaba parte de un estudio más amplio de la OCDE sobre reforma normativa. En el Informe de 1998 se llegaba a la conclusión de que la Ley Federal de Competencia Económica adoptada por México en 1993 representaba una síntesis bien concebida de principios económicos contemporáneos. La Ley llevó a la creación de la Comisión Federal de Competencia (CFC) que tiene amplios poderes en materia de aplicación de la ley y autoridad para determinar si la ausencia de competencia eficaz en un sector del mercado autoriza la intervención del gobierno. Con todo, en el informe anterior se señalaba la ausencia de claro respaldo para las políticas de competencia, por lo que cabía cuestionar el vigor de la aplicación de la Ley por parte de la Comisión Federal de Competencia.

Cinco años más tarde, siguen siendo válidas las observaciones sobre las virtudes señaladas en el Informe inicial, y se han disipado la mayoría de las dudas acerca de la voluntad de la CFC para enfrentarse a poderosos intereses económicos. Por otra parte, la Comisión ha madurado, habiéndose convertido en una institución digna de crédito y de respeto que se ha anotado gran número de logros a pesar de las dificultades del entorno en que funciona. El organismo sigue confrontando una serie de desafíos y existen muchas oportunidades para mejorar su actuación. El grado de respaldo general para las políticas de competencia económica sigue siendo una cuestión debatible, y ciertas deficiencias en cuanto a la autoridad que le confiere la ley y a los procesos de examen judicial limitan la capacidad de la CFC para hacer frente a las condiciones anticompetitivas de manera eficaz y eficiente. La Comisión también ha visto disminuidos sus recursos a pesar de que ha seguido aumentando su carga de trabajo, y algunos de los procedimientos y métodos de relacionamiento de la CFC con otras entidades gubernamentales reducen su eficacia como organismo encargado de la aplicación de la ley y de la protección de la competencia.

En este Informe se proponen algunos cambios que la Comisión podría adoptar, así como ciertas reformas en cuanto a los poderes y procedimientos que la Comisión debería tratar de obtener de otras ramas del gobierno. Respecto del primero de esos aspectos, el Informe hace las siguientes recomendaciones a la CFC:

- brindar mayores incentivos a los demandados en los procedimientos de la Comisión para llegar a arreglos extrajudiciales, con la consiguiente reducción del volumen de juicios de amparo entablados contra la Comisión

- establecer un diálogo con el Colegio de Abogados de México para eliminar la impresión que existe en algunos círculos profesionales acerca de la falta de transparencia de las decisiones de la Comisión y de favoritismo contra los demandados en los casos de las quejas sometidas a la CFC.
- establecer un programa que permita seguir de cerca las propuestas de disposiciones normativas sometidas al examen de COFEMER y formular comentarios apropiados sobre las propuestas que pudieran tener efectos nocivos para la competencia;
- mantener una relación mucho más estrecha con PROFECO, para obtener asistencia en cuanto a la detección y el procesamiento de conducta colusoria y, lo que es aún más importante, para servirse de los instrumentos que ofrece PROFECO para dar a conocer a la población más eficazmente los beneficios de la competencia;
- imponer multas cuantiosas en los casos de carteles, pedir a las instancias competentes que inicien procesos penales contra los directivos de las empresas, y emplear otros instrumentos que permitan poner al descubierto los actos de colusión;
- aumentar su interacción con las organizaciones nacionales de empresarios y los consorcios de cámaras empresariales con el fin de explicar y promover la política de competencia económica;
- proporcionar una explicación más detallada de sus decisiones en cuanto a la imposición de multas para evitar revocación de sus decisiones en los procedimientos de revisión judicial del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa;
- destinar todo aumento en el nivel de recursos a la contratación de personal profesional adicional, en particular abogados especializados;
- adoptar criterios para evaluar la importancia del argumento de “empresas en crisis” en los casos de concentraciones;
- dictar reglas de confidencialidad apropiadas para evitar la divulgación inapropiada de información comercial sensible por parte de los jueces en los juicios de amparo contra la CFC;
- modificar los reglamentos en materia de notificación en casos de concentraciones para esclarecer las circunstancias en que no es obligatoria la presentación de notificación cuando se trata de transacciones con fines de reestructuración llevadas a cabo por empresas extranjeras con filiales mexicanas.
- promover la selección de economistas con experiencia profesional pertinente que puedan ser contratados por los tribunales de amparo en calidad de peritos en los casos de la CFC.

Por lo que respecta al segundo de esos aspectos, el Informe recomienda que la Comisión solicite del Congreso (o del poder judicial, como corresponda) que se adopten medidas para:

- exigir que los nombramientos de los comisionados de la CFC estén sujetos a la aprobación del Senado, y que se establezca la independencia presupuestaria de la CFC respecto del Ejecutivo Federal;
- aumentar la asignación presupuestaria de la Comisión;
- otorgar poderes a la CFC que le permitan bloquear decisiones perjudiciales para la competencia en negociaciones de acuerdos comerciales;
- conferir a la CFC poderes más amplios en materia de investigación, así como la autoridad para establecer un programa de lenidad para aquellos conspiradores que revelen voluntariamente acuerdos de colusión;
- otorgar poderes a la CFC para dictar soluciones directamente en casos de problemas estructurales de monopolios o, por lo menos, conferir a la Comisión la autoridad que le permita investigar industrias con conducta dudosa y recomendar soluciones apropiadas al Congreso;
- garantizar que la CFC tenga una oportunidad adecuada para participar en todos los procedimientos que lleven a cabo las entidades reguladoras federales, y exigir que las entidades reguladoras publiquen sus respuestas a los comentarios de la Comisión;
- establecer un tribunal de amparo especializado en cuestiones económicas para la vista de los casos de la CFC y de otras entidades que tratan de cuestiones económicas;
- evitar que los tribunales de amparo dicten suspensiones improcedentes de las resoluciones de la CFC durante el proceso de revisión judicial;
- simplificar los procedimientos aplicables al cobro de las multas una vez terminado el proceso de revisión judicial;
- modificar las reglas de procedimiento para los juicios de amparo y los casos sometidos al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa con el fin de que las partes que soliciten revisión de sentencias de la Comisión que vayan acompañadas de multas se vean en la obligación de depositar una fianza que garantice el pago en caso de que sea confirmada la resolución de la Comisión;
- eliminar para los casos de la CFC la suma mínima jurisdiccional que se exige para la revisión ante un tribunal de alzada de las decisiones negativas del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

1. Políticas de competencia económica en México: fundamentos y contexto

En este informe se evalúan los desarrollos y la aplicación de las políticas y la Ley de Competencia Económica en México desde 1998. Representa una actualización del “Informe de Antecedentes sobre el papel de las políticas de competencia en la reforma regulatoria”, preparado por la OCDE en 1997-98 como parte de un estudio más amplio de la OCDE sobre la reforma regulatoria en México (en lo adelante, el “Informe de 1998”).¹ Al igual que en el anterior Informe, este análisis comienza con una descripción de los antecedentes de las políticas de competencia en México y del contexto en que operan.

La política de competencia de México fue adoptada como parte de una iniciativa de reformas que tomó unos diez años a partir de mediados de los años ochenta, que estaba destinada a poner fin al control y a la protección del gobierno central de la actividad económica interna y a desarrollar en su lugar una economía con orientación de mercado. El gobierno puso fin a la mayoría de los controles de precios en el mercado interno y redujo los obstáculos al libre ingreso en el mercado. Con el fin de abrir la economía al comercio y a la inversión extranjeros, México eliminó la mayoría de las licencias de importación obligatorias, abolió los precios de importación oficiales, redujo los aranceles, y accedió al GATT. Más adelante, en 1994, México suscribió el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que fue seguido por acuerdos de libre comercio con la Unión Europea y gran número de países de América Latina, por lo que en la actualidad la casi totalidad del comercio exterior de México está cubierto por esos acuerdos. Después de la entrada en vigor del TLCAN el comercio con los Estados Unidos y Canadá se triplicó, y en el período comprendido entre el inicio del proceso de liberalización en 1984 y 2002, las importaciones anuales experimentaron un incremento de más del 1000 por ciento, mientras que las exportaciones aumentaron en un 555 por ciento. Tal como se había anticipado, la liberalización de las importaciones, representó un estímulo positivo para la competencia a nivel nacional en los sectores de bienes comerciables de México.

El gobierno se propuso también privatizar cientos de empresas comerciales de propiedad estatal. La medida más destacada en este respecto fue la venta en 1990 del monopolio telefónico por la suma de 6.000 millones de dólares estadounidenses. En 1991 y 1992 fueron privatizados dieciocho bancos comerciales, por un total de 13.000 millones de dólares. Se vendieron a sociedades privadas empresas públicas en los ramos del acero, refinamiento de azúcar, líneas aéreas, teledifusión, satélites, instalaciones aeroportuarias y ferrocarriles. Se organizaron licitaciones para otorgar al

sector privado licencias y concesiones de actividades que en el pasado habían estado en manos del estado, como fue el caso de los servicios portuarios y de almacenamiento, transporte y distribución de gas natural y gas licuado, al igual que licencias para bandas de frecuencias asignadas a gran número de servicios de radiodifusión.

En algunos casos la privatización encontró complicaciones, por lo que el proceso todavía no ha llegado a su fin. La crisis del peso a mediados de los noventa y los trastornos económicos que llevó aparejados obligó al gobierno a adquirir nuevamente derechos de propiedad directos o indirectos en diversas compañías en los sectores bancario, de transporte aéreo, operación de carreteras a peaje, y refinerías de azúcar. En los años transcurridos desde entonces se ha restablecido la propiedad privada en el sector bancario, pero todavía está pendiente de solución la situación de los otros tres sectores. Por otra parte, la privatización no ha avanzado en el sector del petróleo, por lo que el monopolio nacional Pemex continúa imponiendo ineficiencias y distorsiones al gobierno y a la economía. Tampoco se ha avanzado mucho en lo que respecta a la energía eléctrica, aunque se han concedido algunas licencias para el establecimiento de instalaciones independientes para la producción de electricidad.²

En vista de que algunos de los sectores privatizados presentaban características típicas de los monopolios naturales, se instituyeron regímenes normativos para dar cuenta de los defectos en el funcionamiento del mercado. Surgieron dificultades en algunos sectores en que los planes de regulación no estaban lo suficientemente bien concebidos o no se habían puesto en práctica en el momento oportuno. En el caso de las telecomunicaciones, el aliciente de la maximización de los ingresos llevó al gobierno a vender el sistema existente a una entidad única, y la insuficiencia de la regulación de ese sector dio lugar a años de disputas acerca del monto de las tarifas que los competidores que brindan servicios de comunicaciones a larga distancia y servicios de telefonía móvil debían pagar al monopolio para tener acceso a la red. Por lo que respecta a los ferrocarriles, el gobierno vendió segmentos geográficos del sistema nacional a diversos compradores; los resultados de esa decisión fueron mejores que los obtenidos con la experiencia de los teléfonos; sin embargo, han surgido disputas entre los operadores de los diversos segmentos acerca del monto de los derechos de acceso que deben pagar para utilizar el sistema de vías en regiones adyacentes.

Un elemento capital en la reforma económica del gobierno fue la adopción de una ley general de competencia económica. La eliminación de las barreras comerciales no bastaba para garantizar la competencia si en su lugar surgían barreras privadas, y la liberalización de las importaciones no podía garantizar la competencia en sectores que no son objeto de comercio.

Por otra parte, como signatario del TLCAN, México estaba comprometido a adoptar medidas para proscribir el comportamiento comercial anticompetitivo.³ Por consiguiente, México adoptó en 1993 la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE),⁴ y creó la Comisión Federal de Competencia (CFC) encargada de velar por su aplicación. Los autores de la LFCE se habían propuesto integrar las mejores ideas y prácticas en materia de política de competencia económica existentes en todo el mundo. La ley da un trato firme a los obstáculos más perjudiciales, y aplica un análisis económicamente correcto a las formas de comportamiento más ambiguas recurriendo a un análisis del poder en el mercado y permitiendo una defensa basada en ganancias en eficiencia. La elegante organización de la ley y su clara conceptualización revelan que su elaboración es fruto de la competencia de expertos, y no del aventurerismo populista ni de compromisos políticos.

Los objetivos de la LFCE en materia de política de competencia económica son: “proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.”⁵ La eficiencia es la piedra angular para la aplicación de la ley. Otras de las preocupaciones más frecuentes en materia de competencia económica se subsumen en el análisis basado en la eficiencia. Por ejemplo, no existen disposiciones en materia de “equidad” o de “competencia leal,” ni tampoco acerca de la protección de los intereses de las pequeñas empresas o la limitación de la concentración industrial. Aunque la ley forma parte de un programa destinado a desarrollar una economía más orientada al mercado, la ley no toma nota explícitamente del objetivo de promover el crecimiento económico. La Ley está basada en el supuesto de que el incremento de la competencia y de la eficiencia se traducirá en mayor crecimiento.⁶

El entorno general en que opera la ley no es del todo propicio. En el Informe de 1998 se señalaba que “no está claro el nivel de respaldo para la nueva dirección de la política de competencia económica por parte de la población ni de los empresarios.”⁷ Cinco años más tarde, esa observación sigue siendo válida. La aceptación de las políticas de competencia en México resulta difícil ya que el concepto de competencia de mercado es algo nuevo tanto para la cultura empresarial como para las autoridades mexicanas. La Constitución Mexicana ha prohibido el monopolio desde que fuera ratificada en 1917⁸ (y, para ser más precisos, desde la Constitución de 1857). Sin embargo, en el pasado la animadversión contra los monopolios estaba centrada en la concesión de patentes monopólicas a intereses privados gracias a la generosidad del gobierno. En el pasado, la política de competencia en México perseguía el objetivo de eliminar los males del monopolio privado instituyendo el control de precios y la propiedad estatal.

Con anterioridad a la reforma, en aquellos sectores comerciales que no estaban ocupados por empresas propiedad del gobierno federal, las compañías privadas se organizaban en cámaras empresariales que fijaban precios bajo la égida del gobierno. No debe resultar sorprendente que las cámaras empresariales mostraran una clara tendencia para continuar fijando precios incluso después de que había cesado la participación y aprobación del gobierno. Asimismo, después de la reforma, parece que en algunos casos los reguladores del sector público ejercieron su autoridad con el fin de lograr resultados que consideraban deseables independientemente de las posibles ganancias en eficiencia como era el caso, por ejemplo, de la creación de campeones nacionales.

La promulgación de la LFCE y el inicio de las reformas encaminadas a la apertura del mercado se remontan al gobierno del Presidente Carlos Salinas, del Partido Revolucionario Institucional (PRI). En 1994 le sucedió el candidato del PRI, Ernesto Zedillo, cuya administración se vio confrontada casi de inmediato con el colapso del peso y la consiguiente crisis económica. Si bien el vigor de las exportaciones contribuyó más tarde a la recuperación de la economía mexicana, al ex-Presidente Salinas se le recriminó haber contribuido a la crisis y se le hicieron críticas por su supuesta participación en diversas fechorías. En la dinámica política de México, la política de competencia y la CFC no gozan de mucha simpatía en la medida que se las considera productos de la era de Salinas, o una exigencia impuesta a México por el TLCAN.

En un cambio histórico después de más de 70 años de control del gobierno por el PRI, Vicente Fox, candidato del Partido de Acción Nacional (PAN), ganó las elecciones de 2000. Tanto el PRI como el PAN obtuvieron dos quintos del total de escaños en la Cámara de Diputados, pero el PRI obtuvo casi la mitad de las bancas en el Senado. En las elecciones de 2003 para la Cámara de Diputados, el porcentaje de los escaños del partido del Presidente Fox (PAN) disminuyó al 30 por ciento, mientras que el del partido que le había precedido en el poder (PRI) aumentó al 44 por ciento. El equilibrio de poder casi parejo ha dificultado la aprobación de legislación de gran trascendencia. Aunque el nuevo gobierno lleva en el poder más de dos años, todavía no existen suficientes elementos que permitan determinar su posición por lo que respecta a las políticas de competencia. Existe la impresión de que en la actualidad los ministros provienen con mayor frecuencia del mundo de los negocios o de la política, en lugar de ser tecnócratas como era típico en los últimos dos gobiernos del PRI. Sin embargo, en fecha reciente, en junio de 2002, el Presidente Fox anunció que el gobierno estaba preparando un programa de desarrollo económico en el que las políticas de competencia habrán de desempeñar un papel de gran importancia.

Durante su mandato, el Presidente Fox ha nombrado hasta ahora un comisionado a la CFC. El Presidente tendrá la oportunidad de hacer otros nombramientos, ya que los mandatos de otros tres comisionados tocan a su fin antes de la próximas elecciones presidenciales de 2006. Se encuentra pendiente ante el Congreso legislación presentada por diputados afiliados con el PRI y otros varios pequeños partidos, que otorgaría al poder legislativo participación en el proceso de nombramiento de los comisionados, al exigir que los nombramientos del Ejecutivo Federal a la CFC sean ratificados por el Senado.

En el Informe de 1998, además de señalarse la incertidumbre acerca del respaldo público a la política de competencia económica, se destacaba una inquietud acerca de la impresión pública que daba la CFC, la que parece haberse disipado en años posteriores. En el Informe se señalaba que:

Cierto número *de factores*, incluido el enfoque de la CFC, basado en principios económicos, sus meticulosos procedimientos, que a veces son muy lentos, y las demoras derivadas de las frecuentes impugnaciones judiciales, así como la impresión del público de que algunas de sus decisiones han sido acomodaticias por lo que respecta a intereses que no favorecen la competencia, han llevado a que la población tenga la impresión de que es un organismo carente de vigor.⁹

Desde 1998, la CFC ha demostrado reiteradamente su voluntad de enfrentarse a poderosos actores económicos y de aplicar la ley de manera resuelta, por lo que ya no quedan muchos que sigan opinando que la CFC es débil en ese campo. Con todo, persiste el problema de producir resultados tangibles, especialmente porque el número de recusaciones ante los tribunales de decisiones de la CFC ha aumentado exponencialmente. La CFC ha ganado casi todos los casos que han sido sometidos a la Suprema Corte de Justicia de México, que ha ratificado la constitucionalidad de gran número de elementos de la LFCE y no ha emitido ningún fallo en que haya detectado contradicción con los principios de la Constitución.¹⁰ No obstante, los fallos de los tribunales de primera instancia no han sido tan favorables para la Comisión, por lo que existe la opinión de que la CFC es un blanco fácil de las tácticas dilatorias en los tribunales. Este problema no se limita al examen judicial de los procedimientos y las determinaciones de los casos planteados ante la CFC, sino que también repercute en el cobro de las multas que la CFC impone por concepto de conducta ilícita.

La toma de poder del Presidente Fox representa el cambio más significativo desde 1998 en las condiciones que inciden sobre la política de competencia económica y la CFC. La Suprema Corte de Justicia ha confirmado el régimen legal de la CFC y el poder legislativo no ha introducido enmiendas a la LFCE en los últimos cinco años. Por el

contrario, poderosos intereses han fracasado reiteradamente en sus esfuerzos para modificar la ley con el fin de evadir el control de la CFC. En 2000 y 2001, el Congreso rechazó propuestas destinadas a introducir enmiendas a la LFCE por las que habrían resultado eximidos los servicios de las aerolíneas comerciales. La CFC se opuso a esa legislación, destinada a permitir la consolidación de los activos de las compañías aéreas controladas por el gobierno y la formación de un único transportista nacional. Igualmente, en 2001 y 2002, durante el proceso de revisión de la legislación sobre telecomunicaciones por parte de una conferencia congressional, la CFC logró resistir intentos de reducir su autoridad para declarar la existencia de poder sustancial sobre el mercado relevante en ese sector. Por lo que respecta al Reglamento para la aplicación de la LFCE, no ha habido ninguna enmienda a sus disposiciones desde que fuera promulgado en marzo de 1998. Se ha aprobado una nueva ley que afecta no solo a la CFC (sino también a todo el gobierno federal). La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG) fue promulgada en 2002, pero sus más importantes disposiciones entraron en vigor el 11 de junio de 2003. Esa Ley exige un mayor grado de transparencia de parte de los organismos públicos, tema que se aborda más adelante en este Informe por lo que se refiere a la CFC.

2. Campo de aplicación de la Ley de Competencia Económica

La LFCE es reglamentaria de las disposiciones antimonopólicas que figuran en el Artículo 28 de la Constitución Mexicana, por lo que toda exposición sobre la Ley Federal de Competencia Económica de México debe comenzar haciendo referencia al texto constitucional. El Artículo 28 comienza con una amplia formulación de la prohibición de los “monopolios, las prácticas monopólicas y los estancos” Sin embargo, a continuación establece que no constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en determinadas “áreas estratégicas” (aunque de hecho lo sean). Los sectores enumerados en el Artículo 28 como áreas estratégicas son los correos, telégrafos y radiotelegrafía, el petróleo y los demás hidrocarburos, la petroquímica básica, los minerales radioactivos y la generación de energía nuclear, la electricidad y las funciones del banco central en cuanto a la acuñación de monedas y la emisión de billetes. Esta lista puede ser restringida solamente mediante reforma de la Constitución, que requiere una mayoría de las dos terceras partes de ambas cámaras del Congreso y también la aprobación por una mayoría de las legislaturas de los estados. El Congreso puede ampliar esa lista simplemente aprobando legislación, siempre y cuando la base para atribuir la condición de “área estratégica” esté debidamente establecida. Otras disposiciones del Artículo 28 estipulan que tampoco constituyen monopolios los privilegios

concedidos en materia de derechos de autor y patentes para el uso exclusivo de esos inventos; se aplica igualmente el mismo trato a las asociaciones de trabajadores y a las asociaciones o sociedades cooperativas de productores.

La LFCE refleja y delimita en mayor detalle los límites de las exenciones constitucionales. El Artículo 4 reafirma la exclusión de área estratégica, pero añade la importante condición de que las empresas propiedad del Estado no están sujetas a la Ley respecto de actos que no estén expresamente comprendidos dentro de las áreas estratégicas.¹¹ Los artículos 5 y 6 de la LFCE reiteran que las asociaciones de trabajadores constituidas conforme a la legislación y las asociaciones o sociedades cooperativas que vendan directamente sus productos en el extranjero tampoco constituyen monopolios. Esta última excepción está sujeta a varios requisitos adicionales, entre ellos que el ingreso en las mismas sea voluntario y que estén autorizadas en cada caso para constituirse por la ley correspondiente a su domicilio social.¹²

Dejando a un lado esas excepciones, los términos de la LFCE se aplican a todos los “agentes económicos,” lo que incluye explícitamente las dependencias o entidades de la administración pública (Artículo 3), y a “todas las áreas de la actividad económica” (Artículo 1). Por consiguiente, se aplican al Estado, sus entidades y todas las empresas comerciales propiedad del Estado que no operan en áreas estratégicas. Sin embargo, cuando una entidad pública actúa en calidad de autoridad reguladora y no de agente económico, la CFC generalmente no tiene jurisdicción para velar por la aplicación de la ley. Si la entidad pública tiene una conducta normativa improcedente que restringe la competencia, la Comisión puede dirigir una opinión a la entidad en cuestión, pero no dictar una orden con efecto legal vinculante. Por otra parte, la LFCE no prevé excepción ni protección para la conducta de una parte privada tendiente a limitar la competencia alegando que esa conducta ha sido autorizada por una entidad de la administración pública o por un funcionario público. La CFC rechaza ese tipo de defensa como cuestión de principio, aunque puede imponer una sanción reducida al infractor.

La CFC está autorizada a actuar contra normativas gubernamentales que resultan perjudiciales para la competencia en un caso específico, a saber, cuando una entidad estatal o local toma alguna medida que restringe el comercio interestatal o extranjero. La fracción V del Artículo 117 de la Constitución Mexicana estipula que la reglamentación de ese comercio es potestad del gobierno federal y prohíbe la interferencia de los estados. El Artículo 14 de la LFCE da cumplimiento a esa disposición de la Constitución y estipula que “no producirán efectos jurídicos los actos de autoridades estatales cuyo objeto directo o indirecto sea prohibir la entrada a su territorio o la salida de mercancías o servicios de origen nacional o

extranjero”. Aunque la Comisión no puede ordenar a un estado que revoque esas disposiciones, el Artículo 15 de la LFCE confiere poderes a la CFC para declarar que las disposiciones constituyen una barrera al comercio interestatal. Con ello, la disposición resulta nula con arreglo a la fracción V del Artículo 117 por lo que las partes privadas pueden ignorar la disposición con impunidad legal. Por lo general, la CFC emite primero una recomendación solicitando la revocación de la disposición. Si la entidad estatal no tomara las medidas del caso, la CFC emite una declaración pública dando a conocer que la disposición constituye una barrera al comercio interestatal.¹³

Se han establecido comisiones reguladoras para varios sectores de la economía, incluidas las telecomunicaciones (la Comisión Federal de Telecomunicaciones, COFETEL, que forma parte de la Secretaría de Comunicaciones y Transporte), la electricidad y el gas (la Comisión Reguladora de Energía, CRE),¹⁴ los seguros y fianzas (la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas), y los fondos de pensiones (la Comisión Nacional del Sistema del Ahorro para el Retiro). El sector del transporte, incluidos los ferrocarriles, la aviación, el transporte por carretera, y los puertos, está regulado directamente por la Secretaría de Comunicaciones y Transporte, no existiendo una comisión en este caso. Diversos aspectos del sector financiero están controlados por la Secretaría de Finanzas, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, y el Banco de México. Ninguna de esas entidades públicas tiene potestad para aplicar la LFCE, ni tampoco están exentos ninguno de los sectores de mercado en que actúan. Una característica distintiva de muchos de esos planes de regulación sectorial es que crean un papel explícito para la CFC. Específicamente, la CFC debe determinar si existe ausencia de competencia efectiva en un mercado (o que un agente económico tiene poder sustancial sobre el mercado relevante, salvedad que se aplica solo en el caso del sector de las telecomunicaciones) antes de que la reguladora del sector pueda imponer controles de precios. Además, en algunos sectores los agentes económicos que desean participar en una licitación organizada por una reguladora de un sector o presentar una solicitud directamente mediante un trámite administrativo para obtener una concesión, licencia, o permiso debe primeramente obtener una opinión favorable de la CFC. Ésta puede rechazarla o, cuando así lo dispone el reglamento de la licitación, imponer condiciones que serán aplicables al licitante en caso de que sea adjudicado.

Una última forma de regulación del mercado por el gobierno es la que se deriva de otra disposición del Artículo 28 de la Constitución Mexicana. Además de prohibir los monopolios y crear “áreas estratégicas” y otras exenciones ya mencionadas, el Artículo 28 faculta al gobierno federal para fijar los precios máximos en el caso de artículos o servicios que se

consideren “necesarios para la economía nacional o el consumo popular”. La aplicación de esta disposición corresponde al Artículo 7 de la LFCE. Corresponde en exclusiva al Ejecutivo Federal determinar cuales bienes y servicios podrán estar sujetos a precios máximos, los que son fijados por la Secretaría de Economía después de negociación con las partes interesadas. El Artículo 7 de la LFCE dispone que las acciones necesarias en esta materia que concierte y coordine la Secretaría con los productores o distribuidores no constituyen una violación de la LFCE. A mediados de los años ochenta, un 70% de todos los productos estaban sujetos a alguna forma de control de precios. En la fecha de redacción del Informe de 1998, los únicos productos que figuraban todavía en la lista eran las tortillas y las medicinas. En fecha posterior se eliminaron las tortillas; en la actualidad, la Secretaría de Economía evalúa la eliminación de las medicinas. Sin embargo, como se analiza más adelante en el presente Informe, la distribución de gas de petróleo licuado se añadió a la lista en 2001.

Otro aspecto de la cobertura de la LFCE digno de mención en este punto es el campo de aplicación de la extraterritorialidad. El estatuto no establece distinción entre los actores extranjeros y nacionales y la CFC declaró desde un inicio que la LFCE “se aplica a todos los agentes económicos cuya actuación incide en los mercados en el territorio mexicano.”¹⁵ Con todo, la CFC reconoce que la aplicación de la ley basada en una prueba de los “efectos” estaría plagado de dificultades, que van desde la obtención de jurisdicción personal hasta las reacciones negativas de los países extranjeros afectados. La Comisión ha evitado confrontaciones al respecto, obteniendo jurisdicción sobre las entidades extranjeras en varios casos mediante la presentación voluntaria de pruebas por las partes.¹⁶ En lo que respecta a las cuestiones relativas a la aplicación transnacional de la ley, se ha llegado a acuerdos de cooperación con autoridades extranjeras encargadas de la aplicación de las leyes de defensa de la competencia, habiéndose adoptado normativas destinadas a eximir ciertas transacciones extranjeras de los requisitos impuestos a la notificación de posibles concentraciones.

3. Contenido y aplicación de la Ley de Competencia Económica y disposiciones afines

La LFCE aplica lo que dispone la Constitución en cuanto a la prohibición de los monopolios, no declarándolos ilícitos como tales, sino prohibiendo y penalizando las prácticas que pueden llevar a alcanzar o fortalecer el poder monopólico. El Reglamento para la aplicación de la LFCE, publicado en marzo de 1998, elabora aspectos específicos de las disposiciones de la Ley, tanto sustantivos como de procedimiento. La LFCE clasifica las prácticas monopólicas en absolutas (Artículo 9) o relativas

(Artículo 10). Las prácticas monopólicas “absolutas” están prohibidas *per se* y todo acuerdo que conduzca a ese tipo de prácticas es legalmente nulo. En defensa de esas prácticas no puede aducirse ganancia en eficiencia, ya que la ley presume de manera concluyente la ineficiencia de las mismas. Por el contrario, podría ocurrir que las prácticas monopólicas “relativas” no se consideren ilícitas a menos que se determine que el demandado tiene “poder sustancial” en un mercado relevante definido y no pueda demostrar una defensa alegando ganancia en eficiencia.

La LFCE prevé sanciones administrativas, pudiendo ordenar medidas correctivas e imponer multas en caso de violaciones de prácticas monopólicas. El monto máximo de las multas está ajustado a un índice, con el fin de que reflejen los cambios inflacionarios (o deflacionarios) en la economía. Como índice se ha adoptado el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal (es decir, Ciudad de México), que en diciembre de 2002 estaba fijado en 43,65 pesos. En el caso de las violaciones de prácticas monopólicas absolutas, se puede imponer una multa hasta por el equivalente a 375,000 veces el salario mínimo general vigente (la multa máxima representa unos 1,6 millones de dólares estadounidenses). Por lo que respecta a las prácticas monopólicas relativas consideradas ilícitas, la multa máxima para la mayoría de las infracciones es el equivalente de 225,000 veces el salario mínimo general (932.000 dólares). En el caso de violaciones que contravienen la disposición “de amplio alcance” de la fracción VII del Artículo 10, la multa máxima está limitada a 100.000 veces el salario mínimo general (414.000 dólares). Otra disposición del Artículo 37 de la LFCE permite a la CFC imponer, en casos mayúsculos, una multa equivalente al 10 por ciento de las ventas anuales del infractor, o al 10% de sus activos, aplicándose la suma que sea mayor. En algunos casos de violaciones de la LFCE, la CFC también puede pedir a la Procuraduría General de la República que estudie la posibilidad de entablar acción penal contra los responsables. Se recurre a esta opción en casos que suponen: 1) prácticas monopólicas que afectan severamente el mercado de bienes esenciales; 2) la presentación de información falsa a la CFC, y 3) el incumplimiento de una resolución final de la CFC una vez agotados todos los procedimientos de recurso.

3.1 Acuerdos horizontales: reglas para evitar coordinación nociva para la competencia

Las prácticas monopólicas absolutas que están prohibidas *per se* en virtud del Artículo 9 incluyen cuatro categorías de acuerdos horizontales pertinaces entre competidores: pactos de imposición de precios, restricción de la producción, división del mercado y manipulación de las licitaciones. El

Artículo 9 especifica también que son ilícitos ciertos tipos específicos de conducta en esas categorías. Por ejemplo, la cláusula relativa a la fijación de precios prohíbe el intercambio de información con el objeto o efecto de fijar o manipular el precio; la cláusula sobre restricción de la producción prohíbe las obligaciones de no producir sino una cantidad limitada de bienes o la prestación de un número o frecuencia restringidos de servicios; la cláusula sobre división del mercado se aplica a los mercados actuales o potenciales; y la cláusula sobre manipulación de las licitaciones se aplica a acuerdos respecto de la participación en licitaciones y el establecimiento de los precios de dichas licitaciones. Un tipo de acuerdo horizontal – la concertación para disuadir a algún cliente o proveedor – está incluido en la lista del Artículo 10 de prácticas monopólicas “relativas”, lista que por lo demás trata de las prácticas verticales. Otras prácticas horizontales pueden ser consideradas prácticas monopólicas relativas en virtud de lo dispuesto en la fracción VII del Artículo 10, disposición de alcance muy amplio que abarca toda acción “que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios”.

La prohibición absoluta en la LFCE de los acuerdos horizontales pertinaces ha sido un arma fundamental para la eliminación de la imposición de precios sancionados públicamente, pero acordados en privado. Hasta mediados de los años ochenta, los precios de la mayoría de los bienes y servicios estaban fijados por la ley, y el nivel de precios aparentemente regulados en muchos casos era resultado de un acuerdo entre los miembros de la industria. Las industrias estaban organizadas en “cámaras empresariales” sujetas a la supervisión de la Secretaría de Economía.¹⁷ Como ya se ha señalado más arriba, las leyes relativas a las cámaras empresariales fueron más tarde revisadas con el fin de limitar su poder al exigirse que la afiliación fuese voluntaria y no obligatoria; sin embargo, a pesar de ello persiste la tendencia a la colusión.

En los primeros años de existencia de la CFC, gran parte de sus actividades de aplicación de la ley en lo que se refiere a las prácticas monopólicas absolutas se centraron en la erradicación de hábitos contrarios a la competencia económica que en el pasado habían sido fomentados por el sistema de cámaras empresariales y de controles de precios. El Reglamento de la LFCE promulgado en marzo de 1998 incluye disposiciones que tratan directamente de estas cuestiones. En las mismas se especifica que la CFC dará por supuesto que ciertas circunstancias constituyen prueba circunstancial de pactos de imposición de precios (como ocurre cuando dos o más rivales observan un precio anunciado por una cámara empresarial). Desde 1998, la CFC ha continuado investigando casos de acuerdos de fijación de precios que involucran a cámaras empresariales, pero su número

ha sido muy inferior al de los cinco años anteriores. Recientemente se han entablado acciones judiciales contra cámaras empresariales que operan en mercados tales como los servicios de transporte de turistas, la harina de maíz para tortillas, los servicios de corretaje de aduana y el agave azul (el principal ingrediente empleado en la producción de tequila). La Comisión ha solicitado de la Procuraduría General que interponga acción judicial solamente en un caso de acuerdo de fijación de precios en el año 2000, el que tenía que ver con una asociación de fabricantes de tortillas. La Procuraduría decidió no procesarlos ya que algunos subgrupos de la asociación habían convenido en diferentes precios y los miembros de la asociación no habían llegado a un acuerdo para fijar un precio único.

Los casos de la CFC contra pequeñas empresas acusadas de colusión (en que está envuelta una cámara empresarial) eran también frecuentes en los primeros años de promulgada la LFCE. En muchos casos los pequeños comerciantes desconocían que los pactos de fijación de precios eran ilícitos y aducían que tenían que unirse para poder competir eficazmente contra rivales de mayor talla. El reconocimiento de que la LFCE existe y de que la Ley no permite ese tipo de defensa parece haberse propagado, ya que el número de casos contra pequeñas empresas ha disminuido considerablemente. Por supuesto, ello pudiera obedecer a que las empresas han decidido competir, acatando lo que dispone la Ley, o a que han adoptado métodos más refinados para encubrir la colusión. A las pequeñas empresas les está permitido coordinar algunas actividades sin que ello constituya violación de la LFCE, agrupándose en “compañías integradoras” creadas en el marco de un programa administrado por la Secretaría de Economía. El programa está concebido para ayudar a las empresas pequeñas y medianas a que saquen partido de las economías de escala y de la eficiencia en el proceso de compras. Por lo general, esas asociaciones de empresas son muy pequeñas para que se justifique la exigencia de presentarse a la CFC notificación de una posible concentración. La CFC considera que las pequeñas empresas que participan en calidad de socios o accionistas en ese tipo de entidad no actúan como competidores. Por consiguiente, el establecimiento de un precio único para la venta de los productos de una entidad no constituye una práctica monopólica ilícita con arreglo a la LFCE.

Aparte de los casos contra cámaras empresariales y pequeñas empresas, la CFC ha iniciado muchos casos sobre diversos tipos de prácticas monopólicas absolutas desde 1997, incluida la manipulación de licitaciones en el caso de equipos médicos y de la venta a instituciones médicas de productos químicos para el revelado de radiografías, así como casos de pactos de imposición de precios que tienen que ver con la leche, las suturas quirúrgicas, la cerveza, y la distribución de billetes de aerolíneas. También

ha iniciado acciones de control contra filiales mexicanas de compañías que forman parte de los carteles internacionales de la lisina y el ácido cítrico. La CFC continúa siguiendo de cerca sectores recientemente privatizados o desreglamentados, y ha examinado no hace mucho un caso de colusión horizontal relacionado con el mercado de distribución del gas licuado. La CFC tiene sospechas de que también existe colusión en varios otros mercados, pero no ha sido capaz de encontrar suficientes pruebas que justifiquen una acción judicial. La Comisión está convencida de que necesita instrumentos más perfeccionados para poner en evidencia conspiraciones subrepticias en materia de fijación de precios, incluida autoridad para llevar a cabo pesquisas sin previo aviso de los archivos de las empresas, y autoridad estatutaria explícita para conceder inmunidad contra las multas previstas en la LFCE a aquellos conspiradores que revelen acuerdos de colusión.

3.2 Acuerdos verticales: reglas para prevenir acuerdos contrarios a la competencia en cuanto al suministro y la distribución

Todos los tipos de acuerdos verticales se consideran prácticas monopólicas relativas. El Artículo 10 menciona específicamente cinco tipos de conducta vertical: i) la división vertical del mercado, ii) la imposición de precio de reventa; iii) las ventas condicionadas; iv) las transacciones sujetas a condiciones de exclusividad, y v) el rehusarse a vender o proporcionar un bien o servicio. La sexta y última categoría especificada menciona la concertación para disuadir a algún cliente o proveedor, tipo de conducta horizontal que en muchos casos tiene un componente vertical. Otros tipos de acuerdos verticales pueden quedar comprendidos en la disposición de muy amplio alcance de la fracción VII del Artículo 10. La aplicación de esa disposición muy general corresponde al Artículo 7 del Reglamento, el que añade cinco elementos a la lista de prácticas monopólicas relativas: i) precios predatorios; ii) acuerdos de exclusividad a cambio de descuentos especiales; iii) financiación cruzada; iv) discriminación en el precio o las condiciones de venta, y v) elevación de los costos de los rivales. Las prácticas monopólicas relativas son ilícitas solamente si se puede demostrar que resultan contrarias a la competencia en el caso en cuestión. Como dice el Artículo 10, las prácticas deben tener como objeto “desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas.” Y lo que es aún más importante: la LFCE considera ilícita una práctica monopólica relativa solo si la parte responsable tiene un poder substancial sobre el mercado relevante.¹⁸ El Reglamento aclara los criterios aplicados para definir lo que se entiende por mercado relevante y para determinar la existencia de poder substancial,¹⁹ y dispone también que un demandado

puede presentar una defensa aduciendo ganancia en eficiencia (cuando recurre a este tipo de defensa, el demandado carga el peso de la prueba).

Los casos investigados por la CFC desde 1997 en virtud de lo dispuesto en el Artículo 10 reflejan diversos tipos de prácticas. Por ejemplo, por lo que respecta a las transacciones sujetas a condiciones de exclusividad, las actuaciones de la CFC llevaron a que se rescindiera un contrato entre una compañía de teledifusión y la Federación Mexicana de Fútbol que impedía a otras teledifusoras transmitir los partidos del equipo nacional de fútbol, y a que se pusiera fin a los contactos entre una empresa de investigación del mercado y ciertas cadenas de tiendas de venta al público que impedían a otras empresas similares tener acceso a los datos de las ventas de la cadena de tiendas. En un importante caso relacionado con Pemex, la CFC atacó los contratos entre Pemex y los operadores de estaciones de expendio de gasolina que impedían a las estaciones vender otras marcas de lubricantes para automóviles excepto las especificadas por Pemex. Los lubricantes no figuraban ya en el “área estratégica” del petróleo desde 1990, razón por la cual este caso fue un notable ejemplo de que, a pesar de tratarse de un monopolio estatal, esta conducta estaba no obstante sujeta a la LFCE.

Los contratos de exclusividad en cuando a la distribución de bebidas ha sido un tema recurrente para la CFC. En 2000, en respuesta a una queja de PepsiCo y de dos compañías mexicanas de refrescos, la CFC dio inicio a una investigación de los contratos entre Coca Cola y miles de pequeños puntos de venta al público en el marco del cual las tiendas se limitaban a vender marcas de Coca Cola a cambio de recibir una unidad de refrigeración gratuita o un cartel para la tienda. Coca Cola tiene un 72% de penetración del mercado de refrescos en México, y la CFC llegó a la conclusión en 2002 de que los contratos eran ilícitos. Asimismo, por lo que respecta a la venta de cerveza al público, la Comisión dio inicio a una investigación en 1999 de las principales cervecerías, el Grupo Modelo (Modelo) y la Cervecería Cuauhtémoc Moctezuma (CCM, subsidiaria de Femsa) por haber firmado contratos con autoridades estatales y locales que exigían la distribución local exclusiva de sus marcas. Las compañías llegaron a un arreglo extrajudicial en 2001 y convinieron poner fin a los contratos. Con todo, ese caso no dio cuenta de otros contratos exclusivos que las cervecerías habían establecido directamente con los detallistas. Hace muy poco, el 29 de mayo de 2003, la Comisión determinó abrir una investigación a escala nacional de los contratos exclusivos entre las cervecerías y los detallistas. Esa investigación permitirá a la Comisión dar cuenta de las quejas según las cuales los contratos de distribución de las cervecerías mexicanas han recibido un trato diferente de los contratos exclusivos con fabricantes de refrescos extranjeros.

Aunque en la LFCE no se menciona la cuestión de los precios predatorios, en el Reglamento se señala como práctica monopólica relativa la “venta sistemática de bienes o servicios a precios por debajo de su costo medio total o su venta ocasional por debajo del costo medio variable”. En los últimos cinco años, la Comisión ha atendido reclamaciones relacionadas con precios desleales en tres ocasiones. En dos casos, uno ocurrido en 1998 y el segundo en 2002, la CFC rechazó quejas que aducían predación en las tarifas de los autobuses interurbanos. La tercer reclamación es un caso que se remonta a hace muchos años contra Warner Lambert por precios predatorios en el mercado de la goma de mascar. Después de dos rondas de actuaciones que se iniciaron en 1994, la CFC llegó a la determinación en 1998 de que Warner Lambert dominaba el mercado de la goma de mascar teniendo una participación del mercado comprendida entre el 65% y el 73%, que tenía poder para controlar los precios, que sus precios eran continuamente inferiores al costo medio total, y que la compañía que había presentado la queja había perdido una parte considerable de mercado como consecuencia de la conducta de Warner Lambert.²⁰ La resolución dictada por la CFC en 1998, que impuso una multa y una prohibición judicial, fue posteriormente invalidada por un tribunal que reexaminó el caso y remitida a un tribunal inferior. En 2002, la Comisión emitió y reafirmó una nueva resolución, en que reiteraba sus determinaciones originales.

El Artículo del Reglamento de la CFC que tiene que ver con los precios predatorios, si bien los considera un mecanismo de exclusión, no incluye en la norma legal aplicable ninguna consideración acerca de la posibilidad de que el culpable de este acto pueda llegar a recuperar los costos de su conducta predatoria una vez que la parte que sufrió los efectos de la predación abandona el mercado. El Informe de 1998 llegó a la conclusión de que el examen por parte de la CFC de la existencia de precios predatorios en muchos casos podría llevar a determinaciones de conducta predatoria económicamente improcedentes e instaba a la CFC a que adoptara “una clara exigencia de compensación.”²¹ La CFC no había tomado ninguna medida acerca de esta recomendación hasta la fecha de preparación del presente Informe, cuando accedió a publicar criterios con arreglo a los cuales la determinación de precios desleales exigiría que la Comisión encontrase “probabilidades aceptables de compensación.” La Comisión ha señalado que, en realidad, había empleado esa norma en sus casos anteriores. La CFC también ha señalado que la proporción de los casos que tienen que ver con precios desleales es reducida y observó que la inquietud acerca de la posibilidad de encontrar frecuentes violaciones no tenía fundamento. Por ultimo, la Comisión expresó sus dudas acerca de la viabilidad de una “clara exigencia de compensación” si se exigiera certeza de la compensación. Por consiguiente, la Comisión considera que su prueba para determinar la compensación *probable* resulta más apropiada. Con todo,

estos puntos no están del todo claros ya que la Suprema Corte dictara un fallo en el caso de *Warner Lambert* el 15 de noviembre de 2003, en que se declaraba inconstitucional la disposición de alcance general de la fracción VII del Artículo 10, en la que se la CFC había basado su resolución contra los precios predatorios.

La CFC no ha estado muy activa en lo tocante a la discriminación de precios. El único caso de discriminación de precios tradicional que ha sido examinado en los últimos cinco años condujo a una determinación tomada en 1999, en la que señaló que la entidad pública responsable por la gestión del aeropuerto de Cancún había obrado ilegalmente al cobrar a las flotas de taxi derechos de acceso aeroportuario inferiores a las tarifas pagadas por las agencias de transporte de turistas. En el 2002, la CFC dio inicio a una investigación sobre acusaciones de que Wal-Mart de México (Walmex) se aprovechaba de su considerable poder de compra para obtener precios discriminatorios de los proveedores. La CFC investigó si Walmex pedía a los proveedores que le facturasen precios inferiores a los pagados por otras cadenas de tiendas. La investigación concluyó a comienzos de 2003 sin que la CFC hubiese detectado ninguna violación. Walmex accedió a dar instrucciones a sus agentes de compra para que, como cuestión de política corporativa, durante las negociaciones de precios con los proveedores se centraran exclusivamente en los precios cobrados a Walmex sin hacer referencia a los precios que pagaban los competidores.

Un caso interesante en virtud del Artículo 10 tuvo que ver con las medidas tomadas por un grupo de compañías de distribución de gas licuado con el fin de elevar los costos de la competencia. Esa maniobra estaba dirigida contra un rival que había obtenido un permiso para construir una planta de almacenamiento de gas. La CFC determinó que los autores de esa maniobra habían cooperado para retrasar durante doce meses la inauguración de la nueva planta y que, con ese fin, habían presentado mandamientos judiciales en los tribunales contra la construcción de “edificaciones peligrosas” y organizado demostraciones callejeras frente a las oficinas de las autoridades locales. Otras dos actuaciones de la CFC tenían que ver también con colusión para disuadir a algún cliente o proveedor. Un caso investigado en 2000 estaba relacionado con la cooperación entre un distribuidor de trigo y una asociación de proveedores de productos agrícolas; como resultado de esa maniobra, un competidor del distribuidor se vio negado el acceso a suministros importados de trigo duro con alto contenido de proteína. En otro caso examinado en 2001 se vio que los fabricantes de tortilla habían llegado a acuerdo con los molinos de harina de Yucatán para que éstos no vendieran harina a nuevos fabricantes de tortillas establecidos en las cercanías de los antiguos productores.

La CFC ha iniciado también una serie de casos en que ha examinado las prácticas monopólicas relativas de Telmex, el más importante proveedor de servicios telefónicos. Como ejemplo cabe destacar un proceso iniciado en el año 2000 en que la CFC dictaminó que Telmex había, de manera ilegal, rehusado llegar a acuerdo con sus rivales. Los consumidores que llamaban a números 800 “de acceso gratuito” operados por compañías de larga distancia estaban obligados a comprar una tarjeta prepagada “Ladatel” de Telmex si deseaban hacer la llamada empleando un teléfono público de Telmex. Los clientes que utilizaban teléfonos públicos para llamar a números 800 operados por Telmex no tenían ese gasto, y Telmex rehusaba firmar contratos con los operadores rivales que les hubieran permitido absorber directamente el costo del acceso a los teléfonos públicos. Por supuesto, los competidores no podían comercializar eficazmente los servicios de número 800 a las empresas porque éstas no querían que los que llamaban tuvieran que pagar por el acceso al teléfono público cuando hacían una llamada de “acceso gratuito”.

3.3 Abuso de posición dominante: reglas destinadas a combatir monopolios propiamente dichos

Aunque los monopolios están prohibidos por la LFCE y por la Constitución, en ninguna fracción de la Ley se aborda expresamente la cuestión de los monopolios propiamente dichos ni tampoco el abuso de posición dominante. Las prácticas relacionadas con la existencia de una única empresa, que pueden ser consideradas abuso de posición dominante o monopolización en otros países son tratadas como prácticas monopólicas relativas con arreglo a la ley mexicana. En particular, la LFCE no menciona los precios (elevados) abusivos. La conducta ilícita se define solamente en relación con las prácticas de exclusión a expensas de rivales u otras empresas en la cadena de distribución, y no en función de las prácticas abusivas a expensas de los consumidores. Es de esperar que el abuso del poder en el mercado que permite cobrar a los consumidores precios superiores a los que pagarían en condiciones competitivas esté sujeto a una corrección automática, ya que ese tipo de conducta por lo general llevará al ingreso en el mercado de nuevos proveedores. La posibilidad de que el acceso de nuevos proveedores pueda verse obstaculizado debido a condiciones intrínsecas del mercado no se aborda en la LFCE, pero es objeto de otras leyes para sectores especializados. Como ya se señaló, las entidades reguladoras establecidas para el sector de las telecomunicaciones y para el transporte vial, aéreo, marítimo y ferroviario contemplan en todos los casos la regulación de los precios si la CFC dictamina que existe falta de competencia efectiva en el mercado relevante (o, en el caso específico de las telecomunicaciones, que existe un agente económico que tiene poder

sustancial sobre el mercado). La participación de la CFC en esos mercados se analiza más adelante en este Informe.

El enfoque de la LFCE tendiente a tratar la posición dominante solo en el contexto de prácticas específicas es reflejo del precepto, derivado de la experiencia de otros países, de que el empleo de instrumentos jurídicos para la reestructuración de un monopolio es una iniciativa imprevisible, por lo que se corre el riesgo de que haga más daño que de bien. Con todo, en el Informe de 1998 se señalaba que cabría esperar que se presentaran circunstancias problemáticas si la CFC tuviera que enfrentarse a una industria sumamente concentrada caracterizada por ganancias muy elevadas y obstáculos a la entrada de nuevos agentes, pero para las cuales no se pudiera encontrar pruebas de prácticas monopólicas ilícitas.²² En vista de que la LFCE no concluye remedios estructurales, habría pocos medios para lograr que esa industria se viera expuesta a una competencia real, exceptuando los sectores sujetos a regulación especializada. En el Informe se señaló que la introducción del comercio de importación era una posibilidad, pero se reconoció que algunas industrias concentradas están protegidas contra la competencia de las importaciones debido a cuestiones económicas prácticas o barreras legales. Entre las recomendaciones finales del Informe figura el siguiente pasaje:

Merece la pena examinar si se deben añadir disposiciones a la LFCE que le permitan dar cuenta más directamente del problema del monopolio como cuestión estructural. Está claro que es difícil obtener soluciones de equidad a un costo aceptable. Sin embargo, podría ser útil contar con los instrumentos necesarios, mantenerlos en reserva para emplearlos en algunos casos excepcionales, pero importantes, en que resulta difícil establecer con claridad conducta monopolista ilícita (quizás porque las víctimas son renuentes a prestar declaraciones) pero en que, no obstante se observa un grado inaceptable de poder estructural sobre el mercado persistente.²³

La CFC nos informa que se está preparando una propuesta de ley que abarca el tipo de monopolio contemplado en el Informe. Esa legislación vendría a reformar la LFCE, y otorgaría a la Comisión el poder de entablar acciones judiciales contra monopolios que causan perjuicio a los consumidores al abusar su poder en el mercado con el fin de aumentar los precios y restringir el suministro. La CFC considera que ese tipo de autoridad podría resultar apropiada para poder enfrentarse a industrias mexicanas sumamente concentradas como la del cemento, en que los márgenes de ganancia son elevados y los precios nacionales parecen ser considerablemente superiores a los del cemento mexicano exportado a mercados extranjeros. En el pasado, la CFC ha realizado investigaciones de

la industria del cemento en varias ocasiones sin que haya detectado prácticas monopólicas ilícitas.

3.4 Concentraciones: reglas para prevenir problemas nocivos para la competencia derivados de fusiones de empresas

El Artículo 16 de la LFCE prohíbe las concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia. El Artículo 17 exige que, a la hora de investigar las concentraciones, la CFC considere si el agente económico resultante de la concentración tendría el poder de fijar precios unilateralmente, si se vería restringido substancialmente el abasto o el suministro en el mercado relevante, o si podría verse facilitado el ejercicio de prácticas monopólicas. El Artículo 18 añade que para determinar si la concentración debe ser impugnada, la Comisión deberá identificar el mercado relevante y determinar el poder en dicho mercado. El Reglamento de la CFC promulgado en marzo de 1998 aborda el tema de la definición de mercado relevante y de la determinación del poder en el mercado,²⁴ e incluye una formulación que permite a las partes defender su derecho a llevar a cabo una concentración si pueden demostrar que habrá ganancia en eficiencia. En virtud de la LFCE, la Comisión tiene el poder de sancionar una concentración ilícita ordenando la liquidación parcial o total, así como otras medidas paliativas y una multa hasta por un equivalente de 225,000 veces el salario mínimo general vigente (932,000 dólares).

Otras orientaciones relacionadas con el análisis de las concentraciones forman parte de “criterios” emitidos por la CFC. El Informe de 1993-94 de la Comisión incluía una discusión que llevaba por título “Criterios Generales para la evaluación de las concentraciones” en que se abordaban los temas de jurisdicción, procedimientos de notificación y plazos, y también cuestiones substantivas como la evaluación de los efectos sobre la competencia y de cláusulas de no concurrencia. El texto señalaba que la Comisión aplicaría “índices de concentración” para determinar si la concentración producto de la fusión tendría efectos significativos en el mercado relevante, aunque sin presentar ninguna otra información acerca de los índices o análisis empleados. Con el fin de dar cuenta de las preocupaciones de la comunidad empresarial acerca de la falta de transparencia y difícil comprensión de las normas empleadas para el análisis de las concentraciones, la Comisión adoptó en junio de 1998 índices de concentración.²⁵ En esa declaración, destinada a complementar el trato de la definición de mercado que figura en el Reglamento de marzo de 1998, se describen dos índices de concentración empleados por la CFC. Uno es el bien conocido índice Herfindahl (HHI); es decir, la suma del cuadrado de las participaciones en el mercado de todas las

empresas. Esa declaración establece un “refugio” no vinculante para combinaciones que aumentan en menos de 75 puntos el HHI del mercado relevante, o que se traducen en un HHI inferior a 2000. El segundo es un “índice de dominación,” que se calcula como la suma de los cuadrados de la participación en el HHI correspondiente a cada empresa. Se considera que es improbable que una transacción afectará adversamente la competencia cuando la misma no lleva a un aumento del índice de dominación, o cuando el valor resultante de ese índice es inferior a 2500. En esa declaración se señala que esos indicadores basados en la concentración son determinantes, y que la CFC habrá de examinar también otros factores que son pertinentes para determinar si la entidad producto de la concentración puede obtener poder para controlar los precios o restringir de manera substancial el acceso de los competidores al mercado.

El Artículo 20 de la LFCE establece los requisitos en materia de notificación de las concentraciones que, al igual que ocurre con las multas en casos de violación, están ajustadas al índice del salario mínimo general vigente para el Distrito Federal. La notificación es obligatoria si una transacción es superior al equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente (unos 49 millones de dólares), o si implica la acumulación del 35 por ciento o más de los activos o acciones de un agente económico cuyos activos o ventas importen más de esa suma. Se exige notificación también si los activos o el volumen anual de ventas de las partes importan más de 48 millones de veces el salario mínimo general vigente (199 millones de dólares) y la transacción supone una acumulación adicional de activos o capital social superior a 4,8 millones de veces el salario mínimo general vigente (19,9 millones de dólares). El Artículo 20 del Reglamento permite la presentación de una notificación sucinta si las partes certifican que “es notorio” que la transacción no tendrá como objeto impedir la competencia y libre concurrencia. La fracción II del Artículo 21 del Reglamento permite la presentación de una notificación incluso más breve dentro de los cinco días siguientes a aquél en que se realice la transacción, siempre que el agente económico hayan tenido en propiedad y posesión durante los últimos tres años por lo menos el 98 por ciento de las acciones o partes sociales.

En principio, la CFC debe recibir notificación de las fusiones en el extranjero si producen efectos en México; sin embargo, la fracción I del Artículo 21 del Reglamento dispensa de la obligación de notificar las transacciones que implican acciones de sociedades extranjeras cuando los agentes económicos involucrados no adquieran el control de sociedades mexicanas ni acumulen acciones o partes sociales en México. La situación más importante a que se aplica esa exención es la adquisición por parte de una empresa extranjera de otra compañía extranjera que vende productos en

México por conducto de distribuidores independientes. La exención se aplica incluso si el adquirente tiene una subsidiaria mexicana que compite con la compañía con que se fusionaría, ya que la transacción implica solamente acciones extranjeras y el adquirente no obtiene nuevas partes sociales en México. La oficina de la CFC encargada de las concentraciones ha venido interpretando esa exención en los últimos tiempos para incluir ciertas transacciones con fines de reestructuración realizadas por empresas extranjeras con filiales mexicanas. Por ejemplo, una empresa matriz extranjera que tenga una sucursal en México y otra filial en otro país podría estar interesada en la fusión de ambas. Si la filial extranjera es la adquirente, la transacción cae ostensiblemente fuera del campo de aplicación de la fracción I del Artículo 21 del Reglamento, ya que la transacción supone acciones mexicanas que el adquirente no posea anteriormente. No obstante, la CFC está dispuesta a no exigir la presentación de notificación en ese tipo de casos porque la adquisición no tiene repercusiones para la competencia y también porque la casa matriz no obtiene nuevas partes sociales en México incluso si lo opuesto ocurre con la filial que ha absorbido la sucursal.²⁶

Todas las notificaciones de transacciones están sujetas al examen de la CFC, proceso para el cual el estatuto fija plazos estrictos. La CFC ha demostrado gran prontitud en su actuación entre 1993 y 2003: la conclusión de casos no complejos, para los cuales el reglamento establece un límite de 45 días, tomaba en promedio 27 días. Los casos en que la CFC solicitaba información adicional fueron resueltos en un promedio de 60 días, menos del límite reglamentario de 80 días. Y los casos sumamente complejos, para los cuales el estatuto prevé un máximo de 200 días, fueron resueltos por término medio en 109 días. El incumplimiento de la obligación de notificar una concentración cuando legalmente deba hacerse puede conducir a la imposición de una multa por el equivalente a 100.000 veces el salario mínimo general vigente (414.000 dólares). Los términos de la LFCE no prohíben que la concentración objeto de notificación sea consumada durante el período en que la Comisión lleva a cabo su examen. Sin embargo, la CFC invoca el Artículo 19 de la LFCE y ordena dejar en suspenso las transacciones sospechosas hasta que la Comisión haya dictado una resolución final. Las transacciones que han sido notificadas a la CFC y que han recibido su aprobación no pueden ser más tarde atacadas (a menos que la autorización haya sido obtenida sobre la base de información falsa); por otra parte, aunque la CFC puede impugnar una concentración para la que no era necesario presentar notificación, sólo puede hacerlo en el plazo de un año después de consumada la transacción.

Entre su establecimiento a mediados del año 1993 y finales de 1997, la CFC concluyó 544 análisis de concentraciones. El número de estudios

concluidos en el período comprendido entre 1998 y 2002 se elevó a 1287, para un total de 1831.²⁷ En los últimos cinco años se impusieron condiciones solo a unas cuantas transacciones (40), y un número incluso inferior (11) fueron rechazadas de plano. Las transacciones restantes fueron autorizadas (1094) o consideradas retiradas, declaradas sin lugar o no presentadas (142). Por consiguiente, de las 1145 transacciones examinadas atendiendo a sus méritos, 51 (un 4,5 por ciento) fueron bloqueadas o sujetas a condiciones. Entre las transacciones rechazadas por la CFC desde 1997 cabe mencionar las siguientes: 1) Coke-Cadbury (la compañía adquiriente hubiera aumentado en siete puntos su participación del mercado, que hubiera alcanzado el 71 por ciento); 2) Televisa-Radio Acir (la adquisición hubiera representado reducción de la competencia en el caso de los anuncios publicitarios transmitidos por radio y televisión y hubiera llevado a la creación de una empresa con control dominante de canales de televisión y de radio); 3) Ferromex-Ferrosur (la transacción hubiera llevado a la combinación de los ferrocarriles en dos de los tres segmentos geográficos adyacentes en que había sido dividido previamente el sistema ferroviario mexicano cuando se decidió su privatización), y 4) Bestfoods-Kraft (la adquisición por parte de la empresa dominante de su principal rival en el mercado de sopas y cubitos de caldo).

Por otra parte, la Comisión ha decidido no bloquear transacciones que no tenían un carácter fundamentalmente anticompetitivo, incluso si se trataba de importantes entidades o adquirientes extranjeros. Un caso destacado fue la aprobación por la Comisión de la fusión de Citicorp y Banamex, el segundo banco más importante de México, que estuvo sujeta solamente a la cesión de ciertos servicios bancarios secundarios. Otros casos en que la CFC ha permitido transacciones pero ha impuesto condiciones incluyen: 1) Guinness-Grand Metropolitan (la fusión de fabricantes de bebidas alcohólicas llevaría a la creación de una empresa que tiene 65 por ciento de participación en el mercado de whiskey, lo que exige renunciar a la marca "J&B" de Metropolitan); 2) Sara Lee-Cannon (la adquisición llevaría a la creación de una empresa que controla 56 por ciento del mercado de calcetines y medias, lo que requiere ceder ciertas marcas y también eliminar capacidad productiva); 3) Monsanto-Cargill (la adquisición de los activos de Cargill se traduciría en una empresa cuya cuota del mercado de las semillas híbridas de maíz se elevaría al 60 por ciento y que tendría un 56 por ciento de participación en el mercado de las semillas híbridas de sorgo. Monsanto se vio obligado a renunciar a una planta de producción de semillas híbridas en México, a dejar de usar la marca Cargill, y a otorgar una licencia por cinco años para la producción de semillas con la marca Cargill), y 4) Assa Abloy-Phillips (la adquisición de cuatro marcas de Phillips habría dado a Assa Abloy una posición dominante en el mercado de candados y productos similares, lo que exigiría la eliminación de dos marcas).

En 2002 hubo un caso que suponía la adquisición de licencias de frecuencias para servicios de telefonía móvil “pcs”, lo que representa un buen ejemplo de los esfuerzos de la CFC para fomentar la competencia en un sector de la economía sujeto a regulación. Las licencias de frecuencias para la telefonía celular móvil habían sido otorgadas originalmente por el gobierno mexicano en 1990. El país fue dividido en nueve regiones geográficas y en cada una de ellas se otorgaron dos licencias – una a Telmex y la otra a un operador independiente. En 1997, el gobierno ofreció licencias de frecuencias adicionales para los servicios de comunicación personal (“pcs”), tecnología telefónica digital que compite con la celular, pero que emplea diferentes frecuencias. La CFC participó en la imposición de límites al número de frecuencias, restringiendo el número de frecuencias celulares y de servicios pcs que podía obtener cualquiera de los operadores. Esos límites estaban destinados a fomentar la entrada en el mercado de cuatro o cinco operadores de servicios móviles (celulares y pcs) en cada región geográfica. En 2002, Telefónica Móviles, empresa española que opera servicios celulares móviles en cuatro de las regiones de México, trató de adquirir Pegaso Telecomunicaciones, empresa mexicana que tenía licencias de servicios pcs en todas las nueve regiones. Después de evaluar las condiciones existentes en el mercado de la telefonía móvil, y reconociendo en particular la dificultad que supone competir con Telmex en ese mercado, la CFC decidió permitir esa transacción. Llegó a esa conclusión incluso si en la práctica ello suponía conceder a Telefónica Móviles mayor número de frecuencias de lo que permitían los límites aplicados en la distribución efectuada en 1997.

Un último caso importante en los últimos cinco años fue resultado de una solicitud presentada a la CFC para conocer su opinión, y no de una notificación de concentración. A fines de 1994, las dos principales líneas aéreas mexicanas, Aeroméxico y Mexicana, se declararon en quiebra y pasaron a manos de los bancos acreedores. En 1995, los bancos decidieron crear una sociedad de control (“holding”), con la sigla CINTRA, encargada de las operaciones de ambas compañías aéreas y de mejorar su situación financiera. La consolidación requirió la aprobación de la CFC, que permitió la creación de esa sociedad de control pero impuso condiciones destinadas a mantener la competencia entre ambas aerolíneas: cuentas separadas, administración independiente, y seguimiento de los resultados por un consultor de la CFC. Cambios posteriores en la capitalización y propiedad de los bancos acreedores durante la crisis del peso mexicano llevaron a que el gobierno adquiriera un interés mayoritario en CINTRA por intermedio del IPAB (Instituto de Protección para el Ahorro Bancario). En 2000, el IPAB y varios bancos acreedores que todavía tenían acciones en CINTRA solicitaron el parecer de la CFC acerca de sus planes para traspasar la propiedad de las líneas aéreas a un solo comprador.

En su respuesta, la CFC destacó que las dos líneas aéreas transportaban generalmente un 80 por ciento del total de pasajeros de los vuelos nacionales en México, y que un análisis de 41 de las rutas entre las principales ciudades revelaba que en muchos mercados los índices de concentración serían muy superiores a los niveles permisibles. La Comisión llegó a la conclusión de que las barreras de entrada restringían la libre competencia en el mercado y que las economías de escala no justificaban la conclusión de que solo una compañía podría ser viable en el mercado del servicio aéreo nacional de México. Por consiguiente, la CFC determinó que las dos compañías aéreas deberían ser vendidas por separado a propietarios independientes ya que, de lo contrario, la entidad fruto de esa transacción constituiría una concentración ilícita, y estaría expuesta a impugnación con arreglo a lo dispuesto en la LFCE. La disolución de CINTRA todavía está pendiente debido a las difíciles condiciones económicas que atraviesa la industria aérea tras los acontecimientos del 11 de septiembre y la guerra en Irak.

Ni la LFCE ni el Reglamento de la Comisión establecen explícitamente la exención de “empresa en crisis”. En el Informe de 1998 se señalaba que las dificultades financieras de las partes participantes en la fusión de compañías “puede ser tomada en cuenta en la evaluación [por parte de la CFC] de los posibles efectos sobre la competencia. Pero fuera de ello no hay principios que describan la manera en que se ha de tomar en cuenta, ni cómo se aplicarían las presunciones, si las hubiera.”²⁸ El Informe concluía con el comentario de que “en el examen de las concentraciones, sería recomendable mayor grado de transparencia por lo que respecta al efecto sobre la competencia de las condiciones financieras difíciles.”²⁹ La CFC confirma que el argumento de las dificultades financieras de las empresas se toma en cuenta a la hora de evaluar los posibles efectos negativos para la competencia. De hecho, la Comisión señala que éste es uno de los factores que llevaron a la creación de CINTRA en 1995 y en fecha más reciente a la formación de una sociedad holding estatal encargada de operar varias fábricas de elaboración de azúcar que habían declarado quiebra. Sin embargo, hasta fecha muy reciente, la Comisión no había dado ningún paso para emitir criterios u otro tipo de orientación oficial respecto de la aplicación de la excepción de empresa en crisis. El 26 de junio de 2003, la Comisión anunció que esperaba emitir orientaciones en materia de concentraciones antes de junio de 2004 y que esas orientaciones incluirían disposiciones relacionadas con las empresas en apuros y en quiebra.

Una función similar a la que cumple la Comisión en cuanto al examen de las concentraciones en el marco de la LFCE es el papel que desempeña en la determinación de cuáles agentes económicos pueden participar en procedimientos de privatización y licitaciones para obtener concesiones, licencias y permisos otorgados por el gobierno federal. La Comisión

Intersecretarial de Desincorporación (CID) ha fallado que una opinión favorable de la Comisión es una condición necesaria para los candidatos que deseen participar en cualquier licitación pública para la privatización de empresas propiedad del Estado. Asimismo, la Ley Federal de Telecomunicaciones, el Reglamento del Gas Natural, la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, y el Reglamento de Comunicación vía Satélite exigen una opinión favorable de la CFC como condición que deben cumplir los agentes económicos que están interesados en obtener concesiones o licencias otorgadas por reguladores sectoriales mediante licitación pública o directamente mediante un procedimiento administrativo. Los pasos a seguir para la evaluación de los posibles participantes en procedimientos de privatización y licitaciones difieren de los aplicables a las concentraciones, y varían de un programa a otro. No existen umbrales como los aplicables a la notificación previa a una concentración, y los plazos para las actuaciones de la Comisión dependen de las reglas específicas de las licitaciones. A la hora de evaluar los posibles participantes en la licitación, la CFC considera las implicaciones de las condiciones de la oferta y el poder de los participantes en el mercado. Al igual que ocurre con las concentraciones, la Comisión ha impedido el acceso, o concedido aprobación condicional, a un número relativamente reducido de candidatos.

Desde la fecha de su creación a mediados de 1993 hasta fines de 1997, la CFC había dictado resoluciones acerca de 322 asuntos relacionados con privatizaciones y licitaciones. El número de procedimientos concluidos entre 1998 y 2002 se elevó a 1242, lo que arroja un total de 1564. La cifra del período más reciente no es típica ya que en 2002 se presentaron 738 notificaciones de intenciones para obtener permisos de distribución de gas licuado. Los reglamentos aplicables a esos permisos exigen solamente que la parte notifique a la CFC con antelación de su intención de presentar una solicitud. La CFC tiene la opción de presentar una objeción para impedir la participación del solicitante, pero no es necesario el visto bueno de la CFC como ocurre con otras disposiciones normativas. La CFC no presentó objeciones a ninguno de los candidatos que presentaron solicitudes para la distribución de gas licuado; si se exceptúan esas notificaciones tenemos que el total de asuntos es de solo 504 para el más reciente período de cinco años. De esos 504 asuntos, 404 fueron aprobados, 12 fueron rechazados, 16 fueron objeto de condiciones, y los restantes 72 fueron retirados, desestimados, o desechados por otros motivos. Por consiguiente, de las 432 solicitudes objeto de revisión en cuanto al fondo, 28 (un 6,5 por ciento) fueron bloqueadas o sujetas a condiciones, en comparación con un 5 por ciento en el caso de concentraciones comunes.

El volumen de los procedimientos de privatización ha disminuido en años recientes a medida que el proceso ha seguido su curso en la economía

mexicana. Durante los últimos cinco años la CFC ha dirimido importantes cuestiones entre las que cabe señalar la venta de activos del sistema ferroviario, y de instalaciones portuarias y aéreas. En un proceso de 1998 relacionado con una instalación de almacenamiento de granos tierra adentro, la CFC determinó que una compañía asociada con un ferrocarril estaría obligada a vender una terminal portuaria de granos si se le adjudicaba la licitación. También en 1998, la CFC consideró la privatización del Grupo PIPSA, la única empresa fabricante de papel para periódicos en México. La Comisión llegó a la conclusión de que la disponibilidad de papel prensa importado hacía innecesaria la desagregación de las fábricas de PIPSA, pero recomendó que en toda venta de PIPSA a una editorial debería exigirse que el comprador garantizase la disponibilidad de papel para periódicos sobre una base no discriminatoria a las editoras rivales. En 2000, la CFC rechazó la participación de Gas Natural de México (GNM) en licitaciones para obtener permisos de distribución de gas natural en la región de Guadalajara. La Comisión señaló que GNM tenía ya seis de los veinte permisos disponibles en la región y que con la adquisición de un séptimo la GNM pasaría a tener una posición dominante en el mercado.

La privatización de la distribución de servicios satelitales ofrecidos por los tres satélites mexicanos fijos existentes fue adjudicada a una sola empresa, SatMex, en 1997. En 2000, la CFC no planteó objeción alguna a ninguno de los candidatos que habían solicitado la atribución directa de concesiones para la utilización de bandas de frecuencias asociadas con satélites extranjeros. La Comisión adoptó esta posición a pesar de que uno de los candidatos era Enlaces Integrales, una filial de SatMex. Hubo otras muchas oportunidades para que los competidores de Satmex obtuvieran bandas de frecuencias asociadas con satélites extranjeros y la CFC subrayó la conveniencia de abrir el mercado recurriendo a satélites extranjeros. SatMex posteriormente se quejó de que la competencia del mercado se ve menoscabada porque el precio que pagaba por el sistema de satélites mexicanos es superior al precio a que sus rivales pueden adquirir acceso a servicios satelitales extranjeros. La Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT) y la CFC están estudiando ese argumento.

En 2001, Radio Móvil Dipsa (Telcel), la filial de telefonía móvil de Telmex, solicitó autorización de la SCT para ampliar su concesión existente con el fin de operar una red de telecomunicaciones. Solicitó permiso para ofrecer servicio celular de larga distancia además del servicio celular local previamente autorizado. Con arreglo a los reglamentos aplicables, la opinión favorable de la Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL) era una condición necesaria para que la SCT aprobara la solicitud. La COFETEL, a su vez, solicitó una opinión de la CFC, a pesar de que su participación no era necesaria. La CFC, remitiéndose a su determinación

anterior de que Telmex tenía una posición dominante en el mercado de servicios de larga distancia, llegó a la conclusión de que la conclusión de permiso a Telcel para ampliar sus operaciones en ese mercado llevaría solamente a un empeoramiento de la situación. Por otra parte, COFETEL tiene jurisdicción para regular las tarifas de los servicios de larga distancia y la CFC observó que la aprobación de la solicitud de Telcel podría llevar a que Telmex evadiera la reglamentación de tarifas ofreciendo a sus clientes servicios de larga distancia a través de Telcel. COFETEL decidió recomendar la aprobación de la solicitud de Telcel, pero impuso condiciones al parecer destinadas a dar cuenta de las inquietudes de la CFC (aunque de eficacia dudosa). Por consiguiente, el permiso dispone que: 1) durante los dos primeros años, Telcel puede proporcionar servicios de larga distancia solamente a clientes a los que también brinda servicios locales; 2) las tarifas para los servicios de larga distancia de Telcel deben ser aprobados por COFETEL, y 3) se prohíbe expresamente a Telcel emprender cualquier tipo de prácticas anticompetitivas.

En 2002, la CFC analizó las solicitudes de los candidatos en una licitación para la concesión de un contrato destinado a proveer capacidad de generación eléctrica en el estado de Tamaulipas. El contrato se enmarcaba en el programa de Productores Independientes de Energía de México. En México, la generación de electricidad es un “área estratégica” reservada al gobierno federal en virtud de lo dispuesto en el Artículo 28 de la Constitución, y la prestación de servicios de electricidad a la población está en manos de dos empresas propiedad del estado. La mayor de ellas, la Comisión Federal de Electricidad (CFE) cubre todo el territorio nacional, excepto el Distrito Federal y ciertas zonas aledañas, que reciben servicios de la segunda compañía, Luz y Fuerza del Centro (LFC). La inversión privada está permitida en lo que respecta a la generación de electricidad solo para el autoabastecimiento, la producción en pequeña escala, la cogeneración y el programa de productores independientes de energía. Los participantes comprendidos en las tres primeras categorías están en la obligación de vender todo el excedente de producción a la CFE, mientras que los participantes en el programa de productores independientes venden toda su producción a la CFE con arreglo a un contrato a largo plazo. Se considera que este programa no contraviene lo que dispone el Artículo 28 ya que se entiende que las empresas privadas de generación no están dedicadas al suministro de electricidad en tanto que empresas de “servicios públicos”. En el caso de Tamaulipas, la CFC definió el mercado como la generación y venta de electricidad en la zona noreste del sistema eléctrico nacional, y evaluó a los posibles licitadores para determinar si alguno de ellos podría llegar a tener poder considerable en el mercado en caso de que el mercado de la electricidad se abriese a la competencia en el futuro. Ya que ello no es

probable, y que el precio de la venta de electricidad a la CFE está sujeto a una tarifa de precios, la Comisión determinó no plantear objeciones.

3.5 Determinaciones del poder sobre el mercado relevante: reglas que dan lugar a regulación de precios para remediar esta situación

La mayoría de los planes de regulación sectorial en México autorizan a la entidad reguladora a imponer regulación de precios, controles de acceso y otras condiciones a los participantes en el sector si la CFC determina que no existe competencia eficaz en el mercado correspondiente (o, en el caso de las telecomunicaciones, que existe un agente económico que posee considerable poder en el mercado). La Comisión podría también más tarde hacer una determinación de que, debido a los cambios en el mercado, se ha restablecido la competencia eficaz, por lo que procede poner fin a los controles. Cuando diferentes aeropuertos e instalaciones de servicios conexos fueron privatizadas entre 1998 y 2000, la CFC llegó a la conclusión de que no existía competencia efectiva y de que, por consiguiente, el control de precios era apropiado tanto para la operación de los aeropuertos propiamente dichos como para la provisión de todo tipo de servicios aeroportuarios auxiliares. En Ciudad de México, el aeropuerto sigue estando operado por el gobierno, pero los servicios auxiliares de esa instalación son suministrados por compañías privadas y no están sujetos a control de precios si no existe una determinación de la CFC. En 2000, la CFC llegó a la conclusión de que en Ciudad de México no existía competencia eficaz en lo que respecta a los servicios de transporte interno de pasajeros (tales como corredores tipo fuelle y salas de preembarque móviles). Con respecto al sector del transporte aéreo, en el Informe de 1998 se señalaba (pág. 183) que la CFC estaba investigando si los niveles tarifarios de las compañías aéreas eran indicio de poder en el mercado por lo que respecta a las principales rutas. Después de estudiar la situación, la CFC llegó a la conclusión en octubre de 1998 de que no existía competencia eficaz en 26 de las rutas entre las principales ciudades. Por lo que respecta a los puertos, la CFC consideró que no existían condiciones competitivas en ese sector y, por lo tanto, expresó su coincidencia con la ley de privatización de 1993 por la que se concede a la Secretaría de Comunicaciones y Transporte autoridad tarifaria para toda la industria. En 1998, tres años después de que se había procedido a la venta de los puertos, la compañía que opera el puerto de Veracruz pidió a la CFC que determinase si existía competencia efectiva en ese mercado, pero la Comisión llegó a una conclusión negativa.

En 2001, la Comisión examinó las condiciones relativas a la competencia en cuanto a la distribución de gas licuado. México es el mayor

consumidor a nivel mundial de gas licuado para uso en los hogares. Las compañías de distribución privadas que a mediados de los años noventa obtuvieron autorización para distribuir gas licuado de las terminales de los gasoductos de Pemex habían negociado acuerdos con el gobierno para establecer los precios que debían pagar los consumidores en la etapa inicial. Esos acuerdos tocaron a su fin en 2000, y los precios aumentaron inmediatamente, de manera al parecer coordinada. La CFC dio inicio a dos investigaciones, una destinada a determinar si los distribuidores recurrían a colusión horizontal, y la otra encaminada a determinar si existía competencia efectiva. A fines de 2001, la Comisión llegó a la conclusión de que había colusión en 19 estados y de que no existía competencia efectiva en 20 de los 35 mercados pertinentes. Esta última determinación habría autorizado a la Secretaría de Energía a imponer regulación de precios en esos 20 mercados, pero el Ejecutivo Federal había determinado ya regular los precios en todo el país en virtud de lo dispuesto en el Artículo 7 de la LFCE y la disposición en materia de “servicios necesarios” que figura en el Artículo 28 de la Constitución. Por lo que respecta a la colusión, los distribuidores de gas licuado llegaron a arreglo extrajudicial y acordaron participar en un programa de capacitación acerca de la política de competencia y cooperar con un estudio económico del mercado de distribución de gas licuado.

Asimismo en 2001, la CFC reafirmó su determinación, a la que había llegado originalmente a comienzos de 1998, en el sentido de que Telmex tenía considerable poder en cinco mercados de telefonía: servicios locales, larga distancia, larga distancia internacional, acceso a redes locales, y “servicios de transporte interurbano” para llamadas que se originan con otros operadores. Telmex había solicitado examen de la legalidad de la determinación original de la Comisión, lo que llevó a la suspensión del fallo de la CFC en espera de que COFETEL tomara medidas normativas. También se suspendió el reglamento adoptado por COFETEL en 2000 como resultado de los procedimientos judiciales iniciados por Telmex. La CFC retiró más tarde su resolución de 1998, llevó a cabo un nuevo procedimiento de determinación del poder en el mercado destinado a corregir las deficiencias señaladas por el tribunal examinador, y dictó una nueva resolución. Como era de esperar, Telmex ha impugnado la nueva resolución de la CFC ante los tribunales. La COFETEL todavía no ha establecido nuevamente sus procedimientos ni dado a conocer nuevas disposiciones normativas.

En el Informe de 1998 se expresaba cierto grado de insatisfacción con la división de las atribuciones de los sectores regulados, llegándose a la conclusión de que la CFC debería desempeñar un papel más destacado una vez formulada su determinación de competencia ineficaz. Entre otras

opciones, el Informe proponía que una de las opciones sería que se exigiese que la CFC aprobase los reglamentos del sector emitidos como resultado de la determinación de la CFC. Otra opción era que la CFC acompañase a su determinación del poder en el mercado normas basadas en los resultados, que se incluirían en los reglamentos. Una última sugerencia fue que la CFC debería tener autoridad para intervenir en el proceso aplicando y haciendo cumplir los reglamentos, de manera que la CFC pudiera promover respuestas eficaces de la entidad reguladora del sector.³⁰ La CFC no ha preparado ninguna propuesta de legislación destinada a llevar a la práctica esas ideas, ni tampoco se ha sometido al Congreso propuesta en ese sentido.

En el transcurso de los últimos cinco años, la participación de la CFC en procedimientos destinados a establecer regulación de precios para sectores del mercado en que la competencia deja que desear ha experimentado altibajos. En cuanto al sector del transporte aéreo, aunque se había comunicado a la Secretaría de Comunicaciones y Transporte el fallo dictado por la CFC en 1998 respecto de la falta de competencia eficaz en 26 de las rutas entre las ciudades más importantes, la Secretaría nunca tomó cartas en el asunto. En los últimos cinco años no se ha impuesto ningún control de las tarifas en el sector del transporte aéreo. Con respecto a los aeropuertos, la CFC no participó en la elaboración de reglamentos de control de precios aplicables a la operación de los aeropuertos propiamente dichos o a la prestación de servicios aeroportuarios auxiliares. Lo mismo se puede decir de la elaboración de reglamentos de control de precios para las operaciones portuarias y la distribución de gas licuado. Por otra parte, la Comisión ha cooperado estrechamente, por invitación de COFETEL, en la elaboración del reglamento aprobado en 2000 para el control de los cinco mercados telefónicos en que la CFC ha visto que Telmex tiene considerable poder en el mercado.

3.6 Barreras estatales al comercio : reglamento para prevenir el deterioro del comercio interestatal

Como ya se ha señalado, el Artículo 14 de la LFCE autoriza a la CFC a determinar si una restricción de mercado impuesta por un estado mexicano constituye una barrera al comercio interestatal y si, por lo tanto, es nula. La Comisión ha dictado resolución en 11 casos de este tipo en los últimos cinco años, habiendo emitido recomendaciones en siete casos y cuatro declaraciones públicas acerca de la existencia de barreras al comercio. Por lo general, las restricciones al comercio interestatal detectadas por la CFC son requisitos sanitarios impuestos por los estados a la importación desde estados aledaños de alimentos percederos como carne, pollo, leche y huevos. Los argumentos que aducen que esas restricciones locales no son barreras anticompetitivas, sino más bien requisitos razonables de salud

pública, por lo general son rechazados ya que esas restricciones representan un obstáculo real al comercio interestatal en lugar de ser una aplicación normal de los reglamentos sanitarios del gobierno federal. En un caso planteado en 1999, que entrañaba cambios a la ordenanza del transporte local en el Distrito Federal, la CFC examinó una disposición que impedía la propiedad extranjera de compañías que proporcionan servicios de transporte de carga en el Distrito Federal. La CFC determinó que esa restricción representaba una limitación inaceptable del flujo interestatal de capital de inversión, destacando también que un estatuto federal aplicable permitía a los propietarios extranjeros poseer hasta un 49 por ciento de los activos de las compañías de transporte de carga mexicanas.

3.7 Protección del consumidor: compatibilidad con la legislación y las políticas en materia de competencia

En el sistema jurídico mexicano, la aplicación de las leyes de protección de la competencia y del consumidor corresponde a dos organismos diferentes. La aplicación de la Ley Federal de Protección al Consumidor está a cargo de la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO). Esa entidad forma parte de la Secretaría de Economía, de la que también depende la CFC a los fines administrativos. Los objetivos declarados de la ley de protección al consumidor son el fomento y la protección de los derechos de los consumidores y el velar por la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores. PROFECO vela también por la aplicación de los controles de precios establecidos en virtud de la disposición relativa a los “artículos de consumo necesarios” consagrada en el Artículo 28 de la Constitución, así como el reglamento relativo a las pesas y medidas. La CFC considera que existe muy poca duplicación entre la concepción de la política del consumidor administrada por PROFECO y las cuestiones que se plantean en el marco de la política de competencia, razón por la que no ha habido mucha comunicación entre ambos organismos. El Informe de 1998 propuso que la CFC desarrolle relaciones más estrechas con PROFECO como vehículo para comunicar los beneficios de la competencia al público consumidor. El Informe recomendaba también que la CFC considerase la posibilidad de entablar acciones en casos de publicidad engañosa que llevan aparejados efectos anticompetitivos, lo que podría ser otro medio para obtener el reconocimiento de los consumidores.³¹ La relación entre la CFC y PROFECO no se ha alterado sensiblemente desde 1998. La Comisión informa que ha examinado varios casos de publicidad engañosa previstos en la LFCE pero no ha encontrado ningún caso que cumpla con la condición indispensable de poder en el mercado. La CFC observa también que ha pedido a PROFECO asistencia para investigar varios casos de prácticas monopólicas y expresa su esperanza de que esa cooperación aumentará en un futuro.

4. Instrumentos institucionales: aplicación de la política de la competencia

4.1 Instituciones encargadas de la política de competencia económica: la Comisión Federal de Competencia

La CFC, que es el único órgano encargado de la aplicación de la LFCE, está constituida como órgano administrativo desconcentrado. El Artículo 23 de la LFCE dispone que “contará con autonomía técnica y administrativa.” La Comisión está adscrita a la Secretaría de Economía a los fines de gestión del presupuesto. Ello supone que la CFC negocia sus necesidades presupuestarias con esa Secretaría y que ésta posteriormente transmite la solicitud a la Secretaría de Finanzas para su presentación al Congreso como parte de los fondos asignados al Ejecutivo Federal. Todas las multas percibidas como resultado de las resoluciones de la CFC van a parar al erario público y no se quedan en la CFC. Por otra parte, en el transcurso de un ejercicio fiscal el Ejecutivo Federal puede hacer ajustes a los presupuestos aprobados si así lo requieren las condiciones financieras, y esos cambios pueden afectar a la CFC. Está pendiente de aprobación ante el Congreso legislación que además de exigir que el Senado apruebe los nombramientos de los Comisionados de la CFC hechos por el titular del Ejecutivo Federal, incluya también disposiciones presupuestarias. De aprobarse esa ley, la CFC dejaría de ser un órgano “desconcentrado” y pasaría a ser una entidad “descentralizada”. En ese caso, la CFC presentaría su solicitud de presupuesto directamente a la Secretaría de Economía, y todas las multas percibidas pasarían al haber de la CFC.

La independencia de la CFC en cuanto a la toma de decisiones está protegida en parte por la duración del mandato de los Comisionados. El Presidente de la Comisión y cuatro comisionados son nombrados por períodos de diez años por el titular del Ejecutivo Federal, y pueden ser removidos de sus cargos solo por causa grave, debidamente justificada. Por consiguiente, los Comisionados no se ven afectados por la práctica corriente consistente en el reemplazo de casi todo el personal después de las elecciones presidenciales cada seis años. Por otra parte, a diferencia de algunas entidades sectoriales, la base de la autonomía de la CFC está reconocida por estatuto, no por reglamento ministerial, y los Comisionados son nombrados por el titular del Ejecutivo Federal y no por sus ministros.

El Presidente de la CFC y los otros cuatro Comisionados forman el Pleno, que es el órgano supremo de decisión de la Comisión, tal como lo dispone la LFCE. El Pleno decide los casos de su competencia por mayoría de votos. En caso de empate, el Presidente tiene voto de calidad. El

Presidente preside las reuniones del Pleno, dirige las actividades de la CFC, la representa públicamente, y puede nombrar y remover personal. El Secretario Ejecutivo, nombrado por el Presidente de la Comisión, tiene a su cargo la coordinación administrativa y de las operaciones. Para el ejercicio de sus funciones, la CFC cuenta con seis direcciones generales operativas (asuntos jurídicos, estudios económicos, concentraciones, investigaciones, procesos de privatización y licitación, y coordinación regional), y con cinco direcciones generales de coordinación y apoyo administrativo (regulación internacional, normatividad económica, control y seguimiento, administración, y comunicación social).

La CFC tiene su sede en Ciudad de México y no tiene oficinas regionales. La Comisión ha firmado un acuerdo con la Secretaría de Economía por el cual funcionarios de la Secretaría en todo México sirven de puntos de contacto en las regiones, estando autorizados a recibir las quejas, solicitudes y notificaciones que guarden relación con la LFCE. La CFC ha firmado también acuerdos de cooperación con la mayoría de los gobiernos de los estados.

4.2 La aplicación por parte de la CFC de la Ley de Competencia Económica

En virtud de lo dispuesto en el Artículo 30 de la LFCE, el procedimiento ante la Comisión se inicia de oficio o a petición de la parte. En el caso de las prácticas monopólicas absolutas cualquier persona puede denunciar por escrito ante la Comisión al presunto responsable; en el caso de las prácticas monopólicas relativas o concentraciones las denuncias son aceptables solamente si son presentadas por una parte afectada.³² Si la denuncia cumple con todos los requisitos, tanto de forma como de contenido que dispone el estatuto y el Reglamento, la CFC está obligada a examinar el caso y no tiene la discreción de declarar sin lugar una queja sin haber llegado a alguna decisión. La autoridad para rechazar denuncias notoriamente improcedentes está delegada al Presidente y al Secretario Ejecutivo, actuando de consuno (y sujeto a la aprobación del Pleno). Una vez que la denuncia ha sido aceptada, el denunciante pasa a ser parte en la consiguiente actuación de la Comisión. Sin embargo, la fracción IV del Artículo 26 del Reglamento establece que se desechará la denuncia por notoriamente improcedente cuando se encuentre en trámite un procedimiento de notificación de una concentración que no se haya realizado. El Reglamento dispone que la Comisión tomará en cuenta las declaraciones del denunciante a la hora de analizar la concentración, pero no permitirá la participación del denunciante.³³

El curso general de las actuaciones de la Comisión está sujeto a una serie de plazos y fechas establecidos por la Ley o el Reglamento. Éstas contemplan que, en cuestiones de aplicación de la ley ordinarias, la CFC deberá dictar auto resolutorio en un plazo comprendido entre 90 y 150 días de recibida una denuncia. En materia de concentraciones se aplican diferentes plazos, como ya se mencionó *supra*. Si una parte interpone recurso de reconsideración (dentro del plazo de 30 días hábiles siguientes a la fecha de la notificación de la resolución de la CFC), la Comisión deberá atender esa petición en un término que no excederá 60 días.

Tan pronto se da inicio a una investigación, la Comisión publica en el *Diario Oficial* una declaratoria en la que se mencionan, en términos generales, las prácticas ilícitas en cuestión y se identifica el mercado de que se trata, pero sin nombrar a la empresa específica que se investiga. La declaratoria permite solicitar la presentación de información relacionada con el caso por las personas interesadas. Durante la investigación, la Comisión en ejercicio de sus atribuciones podrá requerir los informes o documentos relevantes para realizar sus investigaciones, proceder a interrogatorios por escrito, así como citar a declarar a “quienes tengan relación con los casos de que se trate”. En los casos de denuncias, la Comisión habitualmente emplaza a la empresa investigada y exige que presente información, pero no revela en esa fase ni la identidad del denunciante ni las pruebas que éste ha presentado. La fracción II del Artículo 34 de la LFCE autoriza a la Comisión a imponer multas por un máximo de 1.500 veces el equivalente del salario mínimo general vigente (6.200 dólares) por cada día que transcurra sin cumplimiento lo ordenado por la Comisión, y la fracción III del Artículo 35 de la LFCE establece que la Comisión podrá aplicar una multa hasta por 7.500 veces el equivalente del salario mínimo general vigente (31.000 dólares) cuando se haya declarado falsamente o se haya entregado información falsa a la Comisión. La Ley estipula que la información y los documentos que haya obtenido directamente la Comisión en la realización de sus investigaciones, así como los que se le proporcionen, son “estrictamente confidenciales”.

Concluida la investigación, la Comisión determina si “existen elementos suficientes para sustentar la existencia de prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas.”³⁴ En caso de que no existan elementos suficientes, el Pleno de la Comisión decretará el cierre del expediente y en su caso notificará esta resolución al denunciante. Si hubieran elementos suficientes, la Comisión emitirá un oficio de presunta responsabilidad, el que contendrá los hechos imputados y los elementos en que se apoye la presunta responsabilidad. La identidad del denunciante se da a conocer al presunto responsable en ese momento. El presunto responsable tiene treinta días para presentar su respuesta y los medios de prueba que considere

pertinentes. Tanto el denunciante como el presunto responsable pueden pedir que la Comisión presente en su nombre una nueva demanda de información haciendo uso de las potestades que le han sido conferidas. Una vez que la Comisión ha evaluado las pruebas presentadas por el presunto responsable y la información obtenida en respuesta a las solicitudes tiene lugar una audiencia, en caso necesario, destinada a escuchar el testimonio de los peritos o testigos. El Director General de Asuntos Jurídicos preside esa vista, en la que pueden estar presentes tanto el denunciante como el presunto responsable. La Comisión puede ordenar procedimientos probatorios adicionales si ello fuera necesario para elucidar plenamente cuestiones controvertidas. A continuación, la Comisión solicita la presentación de los alegatos y, una vez presentados, cierra el expediente.

El Artículo 35 del Reglamento de la Comisión establece que peritos pueden rendir su dictamen en las actuaciones de la CFC; sin embargo, el punto de vista de la Comisión ha sido siempre que las presentaciones de los peritos deben limitarse a cuestiones de orden técnico como, por ej., los detalles de un proceso de fabricación que sean pertinentes para la determinación de los costos en un caso de precios predatorios. La CFC no admite testimonio pericial de economistas dado que la Comisión es un experto en cuestiones económicas, y que, por lo tanto, no tiene por qué aceptar testimonio de un economista, de la misma manera en que un tribunal no aceptaría testimonio de un experto en cuestiones jurídicas. Con todo, las partes tienen la libertad de someter análisis de economistas por escrito a la consideración de la CFC, aunque la Comisión no está obligada a tratar esas presentaciones con el rigor habitual en el caso de testimonio pericial. Aunque la posición de la CFC en cuanto al testimonio de peritos en economía ha sido impugnada ante los tribunales, el criterio de la Comisión ha prevalecido ya que se apoya en un precedente judicial en que se permitió a un tribunal de marcas de comercio rehusar aceptar testimonio de un experto en teoría de marcas de comercio.

Con arreglo al Artículo 41 del Reglamento, en cualquier etapa de un procedimiento seguido ante la Comisión y antes de que ésta dicte resolución definitiva, el presunto responsable podrá presentar un escrito mediante el cual se comprometa a suspender, suprimir, corregir o no realizar la presunta práctica monopólica relativa o concentración prohibida. La Comisión puede aceptar esa oferta y dar por concluido dicho procedimiento; con todo, ese Artículo especifica que dicho procedimiento podrá concluir con una solución extrajudicial sin perjuicio de que la Comisión imponga las sanciones correspondientes y sin perjuicio de que el denunciante pueda reclamar daños y perjuicios.

Una práctica de la Comisión que no está explícitamente contemplada en la LFCE ni en el Reglamento es el empleo de mandamientos judiciales provisorios. El Artículo 1 del Reglamento de la Comisión establece que en los procedimientos de la Comisión se aplicará el Código Federal de Procedimientos Civiles de México en lo no previsto por la Ley ni el Reglamento. El Código de Procedimientos Civiles incluye disposiciones para los mandamientos provisorios, y en algunos casos la CFC ha invocado esas disposiciones, añadiendo a un oficio de presunta responsabilidad una orden que exige que el demandado ponga fin a la práctica monopolista objetada mientras esté pendiente el procedimiento ante la Comisión. El ejemplo más espectacular en que la Comisión adoptó ese enfoque fue el caso de la distribución exclusiva de Coca Cola. Como era de esperar, el recurso a mandamientos de este tipo es algo controvertido y las partes que son objeto de esos mandamientos judiciales han solicitado soluciones de equidad. La Suprema Corte de Justicia ha dictado sentencia que sienta jurisprudencia en el sentido de que un tribunal que examine la legalidad de una sentencia no está autorizado a suspender un fallo preliminar de la CFC durante el curso de una actuación judicial en que se impugna esa resolución. Sin embargo, queda todavía por resolver una cuestión fundamental, a saber, si la Comisión puede invocar el Código Federal de Procedimientos Civiles para emitir un mandamiento judicial. Los tribunales de alzada están divididos al respecto, y el asunto está pendiente ante la Suprema Corte de Justicia. La CFC prepara una reforma de la LFCE con objeto de que se otorgue a la Comisión autoridad expresa para dictar mandamientos judiciales. La Comisión tiene la intención de presentar su propuesta de reforma sea cual fuere el fallo de la Suprema Corte de Justicia, ya que prefiere que la LFCE incluya todos los instrumentos necesarios para imponer el cumplimiento de la ley.

Una vez cerrado el expediente, la Comisión está en la obligación de emitir resolución en el caso examinado en el plazo de sesenta días que establece el estatuto.³⁵ A continuación, cualquiera de las partes puede interponer recurso de reconsideración ante la Comisión. El Artículo 39 de la LFCE dispone que la interposición del recurso suspenderá la ejecución de la resolución impugnada mientras no se dicte resolución acerca del recurso interpuesto. La Comisión dio cuenta de 452 recursos de reconsideración en los últimos cinco años, 40 en 1998, 41 en 1999, 49 en 2000, 75 en 2001, y 247 en 2002, lo que representa un brusco aumento. De los 247 casos del año pasado, 116 habían sido presentados por distribuidores en el caso relacionado con la distribución de gas licuado en que se adujo que no había "competencia efectiva" y otros 47 por embotelladores en el caso acerca de la distribución exclusiva de la Coca Cola. Dejando éstos a un lado, el número de casos reconsiderados en 2002 fue solo de 84. La Comisión ha confirmado sus decisiones en un 55 por ciento de los casos, ha introducido modificaciones en un diez por ciento, y ha revocado sus fallos en otro diez

por ciento. El 25 por ciento restante representa peticiones retiradas, desestimadas debido a cuestiones de procedimiento, o consideradas no presentadas. En la casi totalidad de los casos en que la Comisión ha revocado su fallo o ha introducido modificaciones lo ha hecho como resultado de la introducción de nueva evidencia por parte del demandante.

En el cuadro siguiente se presentan las sentencias dictadas por la Comisión en casos relacionados con prácticas monopólicas y otros tipos de limitaciones a la competencia “concluidos” entre 1993 y 2002 (es decir, casos en que ya han concluido todas las fases del procedimiento ante la CFC). En el transcurso de los últimos cinco años, la Comisión ha dictado resoluciones en 219 casos de denuncias y 67 investigaciones de oficio. De esas denuncias, 45 (20,5 por ciento) llevaron a sanciones o recomendaciones, y otras nueve (4,1 por ciento) concluyeron con arreglos extrajudiciales, acogiéndose a lo dispuesto en el Artículo 41 del Reglamento. Si nos centramos solamente en las 54 denuncias en que la Comisión falló que había habido violación de la LFCE o que llevaron a una solución extrajudicial con arreglo al Artículo 41 del Reglamento, la proporción de los casos en que se adoptó conciliación se eleva al 16,7 por ciento. De las 67 investigaciones de oficio, 25 (37,3 por ciento) culminaron en sanciones o recomendaciones, y siete (10,4 por ciento) en soluciones extrajudiciales. Por lo que respecta a los 32 casos de oficio en que la Comisión encontró que había habido violación de la LFCE, un 21,9 por ciento terminó en arreglos extrajudiciales.

Para dar a conocer sus resoluciones, la CFC emite un comunicado de prensa, publica un extracto de la decisión en el *Diario Oficial*, y presenta un resumen más extenso en su sitio web. El texto completo de la resolución aparece en la siguiente edición de la gaceta informativa trimestral de la Comisión, que también está disponible en el sitio web.

**Cuadro 1: Prácticas monopólicas y otras restricciones a la competencia
Resultados de los casos sometidos a la Comisión: 1993-2002**

	Julio-junio			1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	Total
	93- 94	94- 95	95- 96	Julio -Dic.							
Total de casos concluidos	30	16	27	17	52	50	41	63	64	68	428
Demandas	19	6	14	8	25	33	26	55	46	59	291
Sanciones o recomendaciones	4	1	5	--	2	9	3	7	6	20	57
Demandas rechazadas	1	1	1	3	1	10	12	33	--	--	62
Arreglo en virtud del Artículo 41	--	--	--	--	--	1	1	2	2	3	9
Cerrados	--	--	2	2	5	2	--	1	17	17	46
Otros ^a	14	4	6	3	17	11	10	12	21	19	117
Investigaciones de oficio	11	10	13	9	27	17	15	8	18	9	137
Sanciones o recomendaciones	6	6	10	2	13	5	6	4	7	3	62
Arreglo en virtud del Artículo 41	--	--	--	--	--	--	1	--	3	3	7
Cerradas	5	4	3	7	14	12	8	4	8	3	68

^a Incluye los casos retirados, desestimados y considerados no presentados.

Los abogados que comparecen ante la Comisión han expresado diversas inquietudes acerca de las prácticas y procedimientos de la CFC (además de expresar su pesar acerca de la cuestión ya mencionada del testimonio de los peritos). Aunque no son universalmente compartidas, esas preocupaciones son dignas de atención y pueden clasificarse en las siguientes categorías: 1) transparencia y coherencia de las decisiones del organismo; 2) impresión de la existencia de favoritismo, y 3) confidencialidad. En cuanto a la transparencia y la coherencia de las decisiones, la principal inquietud es que la Comisión tiene demasiada libertad discrecional ya que no da a conocer los fundamentos de sus razonamientos para resolver los casos. Las partes en los casos de la CFC que consideran que las resoluciones de la Comisión no

están suficientemente detalladas pueden pedir (y de hecho piden) reexamen de la legalidad de los fallos de la CFC, lo que representa una restricción legal a la capacidad de la Comisión para mantener discreción injustificada. Sin embargo, algunos abogados han expresado su descontento acerca del escollo que supone tener que solicitar reexamen de la legalidad de las decisiones de la CFC y opinan que, sean cuales fueren las normas aplicables al respecto, la Comisión debería describir sus análisis en mayor detalle y explicar la relación que pueda existir entre el razonamiento adoptado en el caso y el aplicado en casos similares anteriores. La nueva Ley de Transparencia no aporta en sí una solución a esta controversia. La CFC da a conocer ya el texto completo de sus resoluciones iniciales y de las resoluciones emitidas al término del reexamen de sus fallos. A veces se han dado a conocer cortos textos sobre información confidencial, pero los mismos no afectan materialmente la exposición del análisis de la Comisión.³⁶ La nueva ley amplía las obligaciones de la Comisión para revelar información, que ahora es extensiva a los votos emitidos por los Comisionados en casos específicos, y a cualquier declaración independiente o disidente que un comisionado presente al Pleno.³⁷ Sin embargo, la ley no exige que la CFC emita opiniones más pormenorizadas.

En el Informe de 1998 se señalaba que la declaración de la CFC de junio de 1998 sobre índices de concentración representaba, en cierta medida, una respuesta a las preocupaciones de la comunidad empresarial, que era de la opinión que las normas del organismo en cuanto al análisis de concentraciones “no eran transparentes ni comprensibles.”³⁸ Aunque los abogados consideran que esa observación en el informe de 1998 representó un elemento positivo, la Comisión no ha emitido desde esa fecha ningún otro criterio, directriz ni orientación oficial sobre este punto. Sin embargo, como ya se señaló anteriormente, el la Comisión anunció el 26 de junio de 2003 que esperaba dar a conocer en junio de 2004 pautas en materia de concentraciones y que estaba preparando una versión preliminar de las disposiciones que se publicarían para información pública. Esta iniciativa promete dar cuenta de las preocupaciones del sector privado acerca de las políticas de la CFC en materia de aplicación de la ley en casos de concentraciones. Las pautas que da a conocer la Comisión podrían también contribuir a fomentar la transparencia en cuanto a la definición del mercado y a cuestiones relativas al poder en el mercado en otros tipos de casos.

Las preocupaciones acerca de la impresión de posible favoritismo de la CFC obedecen a la opinión imperante en algunos círculos profesionales acerca de la manera en que la Comisión lleva a cabo sus investigaciones, en particular las que se derivan de una denuncia presentada por un particular. La empresa objeto de una investigación no se entera de que la Comisión ha iniciado una investigación hasta que la CFC lo emplaza a enviar

información. El documento de la CFC, aunque no esté formulado en tono conminatorio, puede dar la impresión que la Comisión está a la caza de información ya que en la petición no se describe la alegación específica objeto de investigación, ni tampoco la identidad del denunciante o las pruebas que éste ha presentado. En algunos círculos se opina que la Comisión no debería iniciar la investigación de una denuncia para determinar si existen suficientes fundamentos de la existencia de una práctica ilícita, sino que, en su lugar debería emitir un oficio de presunta responsabilidad (OPR) solo después de recibir una denuncia acompañada de las correspondientes pruebas.³⁹ De todos modos, una vez que se ha emitido un OPR y que la Comisión ha asumido un papel adjudicador, no existen restricciones a los contactos entre los Comisionados y las partes, ni entre los Comisionados y los funcionarios de la CFC encargados del proceso. Tampoco existe la obligación de recoger en las actas la esencia de esos argumentos. El hecho de que los Comisionados discuten los casos pendientes con los funcionarios y las partes en reuniones por separado puede igualmente atizar las dudas acerca de la imparcialidad del Pleno. Esas prácticas llevan a algunos a pensar que la Comisión se ha convertido en un instrumento del denunciante.

La CFC destaca que la Suprema Corte de Justicia ha ratificado la constitucionalidad del proceso de investigación de la Comisión. Ésta señala también que la práctica de comunicaciones libres entre los Comisionados, los funcionarios de la CFC y las partes en un caso pendiente es algo normal en los procedimientos judiciales en México, y ocurre en cualquier proceso ante todo tipo de órgano adjudicatorio, incluida la Suprema Corte de Justicia. Por lo demás, cualquiera de las partes en un caso sometido a la CFC que tenga pruebas de que un miembro de la Comisión adolece de opinión viciada puede presentar una denuncia administrativa quejándose de favoritismo; sin embargo, hasta la fecha no se ha presentado ese tipo de reclamación en una actuación de la CFC.

Por lo que respecta a la confidencialidad, no existen quejas acerca de la falta de protección adecuada de los delicados datos comerciales presentados a la Comisión. A decir verdad, lo que es más preocupante es que la Comisión no tenga reglas en materia de confidencialidad. Se cree que esa deficiencia tiene resultados inconvenientes cuando las actuaciones de la Comisión se someten a examen judicial. Los tribunales que examinan la legalidad de las resoluciones de la CFC habitualmente ordenan la divulgación general de los expedientes del caso investigado, por lo que los datos comerciales podrían caer en las manos de los rivales de una de las partes.

Las partes (incluidos los denunciantes) en casos sometidos a la Comisión disponen de muchas oportunidades para solicitar desagravio

judicial si no están satisfechos con la actuación de la Comisión. Tienen dos opciones: pedir un juicio de “*amparo*” ante un juzgado de distrito, o plantear un recurso de alzada ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. El juicio de *amparo* es un procedimiento previsto en los Artículos 103 y 107 de la Constitución mexicana destinado a brindar protección a todas las personas contra actos inconstitucionales del gobierno. El juicio de *amparo* puede ser solicitado por cualquiera de las partes que estime que se le ha aplicado un estatuto inconstitucional o que no se han respetado los procedimientos reglamentarios. En este contexto, “procedimientos reglamentarios” tiene un significado muy amplio, no limitándose a cuestiones “de procedimiento”. En un juicio de *amparo* las partes tienen el derecho de rebatir el fundamento de las decisiones de la Comisión ya que la cláusula del Artículo 16 de la Constitución mexicana relativa a los procedimientos reglamentarios exige que el organismo “deberá fundar y motivar las causas legales” de las medidas adoptadas. La Suprema Corte de Justicia entiende que ese Artículo permite la derogación de sentencias de la CFC que sean arbitrarias o caprichosas, que no estén basadas en pruebas sólidas, o que estén fundamentadas en razones ilógicas o que contravienen los principios de derecho generales.⁴⁰ En diversos juicios de *amparo* en que se han impugnado decisiones de la CFC se han recusado: 1) las solicitudes de información emitidas en cualquier fase de las investigaciones preliminares y procesos oficiales; 2) la emisión de OPR; 3) las decisiones relativas a la admisión o rechazo de las pruebas presentadas; 4) los mandatos judiciales preliminares y otros fallos interlocutorios; 4) las multas impuestas por incumplimiento de órdenes de presentación de documentos, y 5) las resoluciones finales y fallos de la CFC.⁴¹ En algunos juicios de *amparo* se ha pretendido que la LFCE es evidentemente inconstitucional, mientras que en otros se ha aducido que el estatuto ha sido aplicado en ese caso específico en violación de lo que dispone la Constitución; en algunos casos se ha aducido también error en la resolución definitiva de la CFC.

El número de juicios de *amparo* ha aumentado considerablemente con el correr de los años. En 1997 hubo 15 casos. Desde entonces, se observa constante aumento: 33 en 1998, 63 en 1999, 83 en 2000, 124 en 2001, y 117 en 2002, para un total de 420 casos entre 1998 y 2002 (en comparación con los 122 presentados hasta fines de 1997). De los 420 juicios, 239 (57 por ciento) fueron presentados mientras la Comisión estaba todavía estudiando el caso y los restantes 181 (43 por ciento) perseguían la finalidad de recusar fallos finales de la CFC. Las cuestiones de procedimiento entre juicios de *amparo* y el proceso de la Comisión pueden resultar extremadamente complejas. Los demandados pueden plantear una serie de juicios de *amparo* a medida que evoluciona el caso sometido a la CFC, y los casos en que hay varios demandados pueden llevar a que se planteen múltiples juicios de

amparo en diferentes juzgados de distrito.⁴² Cuando los autos interlocutorios en juicios de *amparo* se resuelven a favor del denunciado, la Comisión por lo general inicia un nuevo proceso que, a su vez, está expuesto a recusación en un juicio de *amparo*. Por otra parte, cualquiera de las partes puede presentar un recurso de alzada ante un tribunal superior contra las determinaciones de un juzgado de distrito en juicios de *amparo*. Si el juzgado de distrito ha dictado un fallo acerca de la constitucionalidad de la LFCE, el recurso de amparo se somete directamente a la Suprema Corte de Justicia. Los recursos de alzada acerca de otras cuestiones se ventilan en tribunales de alzada integrados por tres magistrados, cuyos fallos por lo general son inapelables. Con todo, la Suprema Corte de Justicia, además de dictar fallos sobre la constitucionalidad de los estatutos, también estudia casos en que las decisiones de los tribunales de alzada no concuerden. Por lo tanto, las posiciones divergentes de los tribunales de alzada en cuanto a cuestiones de procedimiento relacionadas con la LFCE pueden llegar a requerir la intervención de la Suprema Corte de Justicia.

El proceso de *amparo*, claro está, retrasa los procesos de la Comisión. Por otra parte, al recusar resoluciones de la Comisión, los demandados habitualmente presentan peticiones para que la orden de la CFC sea suspendida durante el período de examen de la legalidad de la sentencia, y los juzgados de distrito por general acceden a esas solicitudes.⁴³ Si bien la Comisión ha ganado la casi totalidad de los juicios de *amparo* que han llegado a la Suprema Corte de Justicia, los juzgados de distrito han fallado en contra de la CFC en muchas ocasiones, por lo general debido a cuestiones de procedimiento. Existe quizás una propensión particular a ese tipo de decisiones desfavorables cuando el juicio de *amparo* abarca no solo cuestiones de procedimiento sino también la impugnación del fondo de una sentencia de la CFC. Los juzgados de distrito no están familiarizados con cuestiones relativas al fondo de un caso sobre conducta monopólica, y probablemente no se sienten muy a gusto cuando tienen que examinar este tipo de caso. Por otra parte, el sistema de derecho civil imperante en México ha supuesto tradicionalmente estatutos legislativos pormenorizados, y los tribunales no están acostumbrados a un estatuto tan breve y poco específico como la LFCE. El emitir un fallo negativo en base a una cuestión de procedimiento le permite al tribunal devolver el caso a la CFC sin tener que dirimir la cuestión relacionada con la conducta monopólica.

En unos cuantos juicios de *amparo* contra decisiones de la Comisión, las partes que recusan una sentencia de la CFC han presentado testimonio de expertos en economía. Los juzgados de distrito no excluyen la presentación del testimonio de peritos en temas económicos, pero las reglas de procedimiento aplicables en los juicios de *amparo* exigen que el tribunal contrate a su propio experto en caso de que el magistrado decida admitir el

testimonio presentado por el experto de una de las partes. Ello plantea otro problema debido no solo al limitado presupuesto del poder judicial para servicios de ese tipo, sino también al reducido número de economistas especializados en conducta monopólica. Por consiguiente, el experto que finalmente contrate el juez podría no tener la experiencia requerida acerca de las cuestiones planteadas en el caso investigado por la CFC. Con todo, las reglas de procedimiento exigen que el juez, a la hora de decidir los méritos del caso, deberá dar preferencia al testimonio del experto seleccionado por el tribunal en vez del experto contratado por una de las partes.

Los problemas que plantea el proceso de *amparo* son difíciles de resolver. El volumen de casos podría disminuir con el tiempo a medida que la Suprema Corte de Justicia va resolviendo las cuestiones sometidas a su consideración. Mientras tanto, el derecho a pedir un examen de la legalidad de una sentencia puede ser limitado solamente mediante reforma de la constitución, y la modificación del sistema constitucional no goza del favor popular. A veces se ha mencionado la posibilidad de establecer un tribunal de *amparo* especializado en cuestiones económicas que estaría encargada de dirimir los casos de la CFC y de otros órganos que tratan de cuestiones económicas, pero no se han dado pasos para llevar a la práctica esa propuesta.

El segundo tipo de examen de la legalidad de una resolución a que pueden recurrir las partes demandantes es plantear un recurso ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Ese tribunal se encarga mayormente de analizar casos de índole tributaria, pero tiene jurisdicción para examinar los fallos de cualquier organismo en que se haya aplicado obligación de pago monetario a una parte si se trata de un particular. Por lo tanto, todo fallo interlocutorio o resolución final de la Comisión que imponga una multa está expuesta a impugnación ante ese tribunal. Además, si se pone en duda una resolución final de la CFC, el particular puede solicitar también que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa examine el párrafo dispositivo de la resolución. La CFC ha alegado, a veces con éxito, que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa tiene jurisdicción solamente para examinar casos que guardan relación con la estimación de la base imponible y que, por consiguiente, no tiene ninguna autoridad en los casos de la CFC. La Comisión a veces adopta el punto de vista de que, incluso si el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa tiene potestad para examinar las decisiones de la CFC relacionadas con cuestiones monetarias, ningún otro elemento de la orden de la Comisión puede ser objeto de revisión. Los tribunales de alzada han emitido fallos divergentes acerca de si la interpretación de la Comisión es correcta en todos los aspectos o si el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa tiene jurisdicción para examinar todos o algunos de los

aspectos de una orden de la CFC. La Suprema Corte de Justicia todavía no ha dictado fallo al respecto.

Un agente económico que no esté de acuerdo con una decisión del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa puede plantear un recurso de *amparo* con el fin de impugnarla ante un tribunal de alzada integrado por tres magistrados. El examen ulterior de las decisiones del tribunal por parte de la Suprema Corte de Justicia es posible solamente cuando se trata de fallos que tienen que ver con la inconstitucionalidad del estatuto o con cuestiones en que los tribunales de alzada han llegado a decisiones encontradas. Aunque la Comisión puede plantear un recurso de alzada contra decisiones dictadas en su contra en juicios de *amparo*, ésta no puede iniciar un juicio de *amparo* en primera instancia. Por lo tanto, si la CFC no está de acuerdo con una decisión del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, lo único que puede hacer es valerse del proceso de alzada previsto en el estatuto. Sin embargo, el estatuto otorga jurisdicción para presentar recurso de alzada solamente en casos en que el importe monetario objeto de controversia es superior a un límite mínimo y, por lo general, el monto de las multas impuestas por la CFC es generalmente inferior a ese mínimo.

Al igual que ocurre con los juicios de *amparo*, el volumen de casos del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa se ha incrementado a lo largo de los años, aunque el incremento no ha sido tan pronunciado. Entre 1993 y 1997 solo hubo tres casos. Desde entonces, el número ha ido en aumento: 6 en 1998, 9 en 1999, 14 en 2000, 13 en 2001, y 43 en 2002, para un total de 85 en los últimos cinco años. El gran número de casos presentados en 2002 obedeció a dos procesos en que se impusieron multas contra múltiples agentes económicos que no habían acatado las órdenes de presentación de documentos. Veinte de los casos tenían que ver con el proceso relativo a la distribución exclusiva de Coca Cola y los otros ocho correspondían a una investigación sobre prácticas monopólicas en el mercado de la telefonía celular. La Comisión ha perdido algunos casos ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa porque los fallos dictados que incluían multas no tenían adecuada justificación.

Los fallos de la CFC en que se imponen multas no son de aplicación inmediata, incluso si no son revocados ni en el juicio de *amparo* ni por la sentencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Una vez que la multa ha sido confirmada y es pagadera, todavía falta lograr su cobro, tarea que corresponde a los departamentos fiscales de la municipalidad en que reside la parte multada. Si el pago no se hace voluntariamente, el tesorero municipal debe iniciar un procedimiento administrativo para emitir una orden contra los activos del deudor, que está sujeta también al proceso de *amparo*. Debido a la complejidad judicial y procesal, solo se ha logrado

cobrar una pequeña parte de las multas impuestas por la CFC. Hasta 2002, la Comisión había impuesto 493 multas por un monto de 329 millones de pesos (unos 31,2 millones de dólares). De ese total, se ha cobrado 9,5 por ciento (poco menos de 3 millones de dólares) y otro 18,5 por ciento ha sido revocado o anulado como resultado de revisión judicial, por lo que queda por cobrar el 72 por ciento restante (22,5 millones de dólares).

4.3 *Otros métodos y técnicas de aplicación de la ley*

La CFC controla la aplicación de la LFCE. No existe ninguna otra fuente de derecho sustantivo acerca de cuestiones relativas a la política de competencia, a ningún nivel, ni estatal ni federal. En virtud del Artículo 38 de la LFCE, los agentes económicos que hayan demostrado durante el procedimiento haber sufrido daños y perjuicios a causa de la práctica monopólica o concentración ilícita podrán deducir su acción por la vía judicial, para obtener una indemnización hasta por daños y perjuicios. Al efecto, la autoridad judicial podrá considerar la estimación de los daños y perjuicios que haya realizado la propia Comisión. El Artículo 48 del Reglamento de la CFC dispone que, una vez que la resolución de la Comisión haya causado estado, los afectados o perjudicados por la práctica monopólica o la concentración prohibida podrán solicitar por vía incidental a la Comisión la estimación de los daños y perjuicios. Hasta fines de 2002, no se había presentado ninguna solicitud de ese tipo; asimismo, ningún agente económico había recurrido a la vía judicial para obtener daños y perjuicios acogiéndose a lo dispuesto en el Artículo 38 de la LFCE.

En el Informe de 1998 se proponía que, en vista de los limitados recursos de la CFC, los particulares deberían tener el derecho de entablar por su cuenta acción judicial por violaciones de las leyes antimonopólicas. En el Informe se señalaba que esos casos deberían ventilarse preferentemente ante tribunales federales (no estatales), pero se señalaba que en la actualidad la jurisdicción de los tribunales federales en México no abarca las disputas comerciales entre particulares.⁴⁴ La CFC no ha propuesto legislación al respecto y la experiencia de la Comisión en los juzgados de distrito federales no parece ser muy alentadora, por lo que no cabe esperar un trato sutil por parte de los jueces federales en casos de violación de las leyes antimonopólicas. El hecho de que ningún agente económico se haya acogido al Artículo 38 de la LFCE parece indicar que es necesario que sigan madurando las condiciones en México, especialmente en los tribunales, antes de que las acciones judiciales entabladas por particulares puedan llegar a ser un aspecto importante de la aplicación de las políticas de competencia.

Una técnica de aplicación de la ley que puede ser útil, o incluso esencial, para la CFC en casos en que estén implicadas empresas o transacciones

internacionales es la solicitud de asistencia, u otro tipo de cooperación, con organismos que velan por la aplicación de las leyes antimonopólicas en otros países. En el Informe de 1998 se señalaba que, si bien la CFC acata los principios de cooperación general establecidos en el TLCAN y en otros acuerdos comerciales existentes, y que cumple con los principios de cooperación que promueven organizaciones internacionales como la OCDE, la Comisión no había firmado acuerdos de cooperación oficial con ningún otro organismo encargado de la aplicación de las leyes antimonopólicas.⁴⁵ En el Informe se recomendaba que la CFC subscribiera acuerdos de ese tipo con el fin de aumentar su capacidad para hacer frente a cuestiones de aplicación de la ley que tienen dimensiones internacionales.⁴⁶ En años recientes la Comisión ha estado muy activa al respecto. Ha firmado acuerdos de cooperación con los Estados Unidos (en vigor en julio de 2000), la Unión Europea (en vigor en julio de 2000), y Canadá (en vigor en marzo de 2003). En el transcurso de 2002, la CFC notificó unos 52 casos a los Estados Unidos y unos 23 a la Unión Europea, e inició consultas con las autoridades de esos países con respecto a investigaciones pendientes en 26 casos. Desde 1998 México ha firmado dos nuevos acuerdos de libre comercio que incluyen disposiciones en materia de políticas de la competencia: uno con Israel (en vigor en junio de 2000) y con la Asociación Europea de Libre Intercambio (AELI), integrada por Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza (que entró en vigor en julio de 2001). La Comisión negocia acuerdos de cooperación antimonopólica con autoridades de la competencia en Brasil y Chile y participa también en grupos de trabajo en que se debaten cuestiones de competencia relacionadas con las negociaciones que lleva a cabo México para concertar tratados comerciales con Japón, Argentina y Uruguay. Por último, la CFC participa activamente en gran número de grupos y proyectos multinacionales que tienen que ver con las políticas de competencia, entre los que destacan la International Competition Network (ICN), el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), la Asociación de Cooperación Económica en Asia y el Pacífico (APEC), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), y la Organización Mundial del Comercio (OMC).

4.4 *Resultados, prioridades, recursos y gestión de la Comisión*

En el siguiente cuadro se refleja el volumen de trabajo de la Comisión por lo que respecta a los casos “concluidos” entre 1993 y 2002 (es decir, casos para los que se han completado todos los procedimientos judiciales ante la Comisión). A diferencia del Cuadro 1, el cuadro siguiente no se limita a procesos de aplicación de la ley y, por consiguiente, incluye examen de notificaciones, licitaciones, consultas, y otros tipos de actividades llevadas a cabo por la Comisión en el ejercicio de los poderes conferidos por

la ley. Como ya se indicó, los 784 casos correspondientes a 2002 incluyen 738 notificaciones de solicitudes de permisos para la distribución de gas licuado. Si se descuentan esos casos, el número de asuntos tratados en 2002 es de 661, y el número de todos los casos concluidos entre 1993 y 2002 se eleva a 4041. La distribución de casos en las diferentes categorías es estable de un año a otro e indica una considerable dispersión de la actividad.

**Cuadro 2: Asuntos tratados por la CFC
1993-2000**

	Julio-Junio			1996		1998	1999	2000	2001	2002	Total
	93-94	94-95	95-96	Julio-1997	Dic						
Total de casos concluidos	148	176	250	192	499	514	469	529	603	1 399	4779
Concentraciones ^a	57	89	109	71	218	195	245	276	311	260	1831
Prácticas monopólicas y otras restricciones a la competencia	30	16	27	17	52	51	41	63	64	68	429
Consultas	14	31	48	14	49	64	41	39	49	40	389
Privatizaciones, concesiones, permisos y declaraciones sobre poder en el mercado y condiciones de la competencia	34	25	31	78	154	164	101	102	104	784	1577
Alzada – Peticiones de reconsideración ^b	13	15	35	12	26	40	41	49	75	247	553

- a. Desde 1998, los datos reflejan un procedimiento simplificado de notificación en caso de concentraciones con arreglo al Artículo 21 del Reglamento de la LFCE.
- b. Reconsideración de resoluciones iniciales de la Comisión en virtud del Artículo 39 de la LFCE.

En el cuadro siguiente se presentan detalles acerca de los casos de aplicación de la ley por la Comisión relacionados con prácticas monopólicas y otras restricciones a la competencia. Ese cuadro abarca el mismo tipo de actuaciones que se recogen en el Cuadro 1. En ese primer cuadro, sin embargo, se prestaba atención principalmente a los *resultados* de las prácticas monopólicas, mientras que en este cuadro se muestra la distribución de los procesos atendiendo al tipo de conducta ilícita en cuestión. Asimismo, debe señalarse que ambos cuadros recogen datos de casos en que todas las actuaciones ante la Comisión fueron completadas en el año especificado. Por el contrario, el cuadro que aparece a continuación abarca la totalidad de las actuaciones en que la Comisión dictó una resolución inicial en el año especificado y, por lo tanto, incluye resoluciones recientes que podrían dar lugar a interposición de recursos de reconsideración en virtud del Artículo 39 de la LFCE en años posteriores.

Cuadro 3: prácticas monopólicas y otras restricciones a la competencia
Casos de la Comisión por tipo de práctica:1993-2002

Práctica investigada	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	Total
Total de casos concluidos	43	42	43	51	83	73	65	90	79	51	620
Denuncias	19	21	18	10	26	58	45	65	64	43	369
Prácticas monopólicas absolutas				2	1	4	1	3	9	1	21
Prácticas monopólicas relativas	18	20	17	8	21	50	28	29	41	30	262
Prácticas monopólicas absolutas y relativas	1				3	2	2	6	1	2	17
Prácticas monopólicas absolutas y concentraciones ilícitas									1		1
Concentraciones ilícitas					1	1	14	25	10	7	58
Concentraciones no notificadas		1	1							1	3

Práctica investigada	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	Total
Barreras al comercio interestatal						1		2	2	2	7
Investigaciones de oficio	24	21	25	41	57	15	20	25	15	8	251
Prácticas monopólicas absolutas	1	2	1	7	4		6	7	2	3	33
Prácticas monopólicas relativas	16	18	19	19	24	6	1	9	2	4	118
Prácticas monopólicas absolutas y relativas							1				1
Prácticas monopólicas absolutas y concentraciones ilícitas							1				1
Concentraciones ilícitas					1		1		7		9
Concentraciones no notificadas	7	1	4	12	21	9	7	7	4	1	73
Práctica investigada			1	3	7		3	2			16

Un elemento que cabe destacar en el Cuadro 3 es la proporción de los casos de prácticas monopólicas absolutas y relativas iniciados de oficio por la Comisión. Durante el período comprendido entre 1993 y 1997, la Comisión concluyó 15 casos de oficio sobre prácticas monopólicas absolutas y 96 sobre prácticas monopólicas relativas, lo que representa una proporción de 6,4 casos de prácticas relativas por cada caso de prácticas absolutas. En el período de 1998 a 2002, la Comisión concluyó 18 casos de oficio sobre prácticas monopólicas absolutas y 22 casos sobre prácticas monopólicas relativas, lo que da una proporción mucho más baja de 1,2 casos de prácticas relativas por cada caso de prácticas absolutas. Como cabría esperar, la situación es muy diferente en cuanto a las actuaciones iniciadas en respuesta a denuncias. A este respecto, en el período de 1998 a 2002 la CFC vio 18 casos de prácticas monopólicas absolutas y 178 de

prácticas monopólicas relativas, una proporción de casi diez a uno. Una crítica que se oye con cierta frecuencia es que la Comisión inicia demasiados casos verticales y muy pocos casos horizontales, pero esa opinión parece no estar corroborada por el número de actividades de oficio realizadas por la Comisión.⁴⁷ Como cabría suponer, la composición de las denuncias recibidas cae fuera del control de la Comisión.⁴⁸

Por lo que respecta a los recursos financieros del organismo, el presupuesto de la CFC se incrementó, pasando de 52 millones de pesos en 1997 (\$6,8 millones de dólares) a 152,6 millones de pesos en 2002 (\$15,8 millones de dólares), lo que supone un aumento del 132 por ciento (cifras en dólares). La proporción del presupuesto de la CFC con relación a los gastos del gobierno mexicano no destinados a la defensa aumentó aproximadamente en un quinto entre 1998 y 2001 (de 0,0239 por ciento a 0,0284 por ciento), pero disminuyó ligeramente (a 0,0255 por ciento) en 2002. En cuanto a los recursos humanos, la Comisión tenía 208 funcionarios en 1997, lo que representa un aumento del 26 por ciento con respecto a los 165 con que contaba en 1996 y años anteriores. El número de funcionarios se mantuvo constante en 208 entre 1997 y 2000, y posteriormente disminuyó ligeramente a 198 en 2001 y más tarde a 192 en 2002. Los resultados obtenidos por la CFC, atendiendo al número de asuntos tratados, pasó de 529 en 2000 a 661 en 2002 (sin contar las 738 solicitudes para distribución de gas licuado). Ello implica un aumento de la productividad del personal, que pasó de 2,54 asuntos por funcionario en 2000 a 3,44 en 2002.

De los cinco comisionados, tres son economistas y los otros dos abogados. La CFC tiene un total de 39 economistas, 41 abogados, 10 contadores y unos 50 profesionales y técnicos en otras ramas. El resto del personal son oficinistas y personal de apoyo. Unos 30 profesionales de las Direcciones Generales de Investigaciones y Asuntos Jurídicos están dedicados a la investigación y procesamiento de casos de prácticas monopólicas. Nueve funcionarios de la Dirección General de Concentraciones se dedican al estudio de concentraciones mientras que un número idéntico de la Dirección General de Privatización tienen que ver con procesos de privatización y licitaciones. Aproximadamente 14 funcionarios de la Comisión trabajan en cuestiones relacionadas con disposiciones normativas como la evaluación de propuestas de nuevos reglamentos, o la evaluación de cambios en la política comercial y otros programas y acciones del gobierno. El índice anual de movimiento de personal de la CFC promedió 14,5 por ciento durante los cinco años comprendidos entre 1998 y 2002. La CFC no considera que haya tenido grandes dificultades para retener personal calificado en vista de los niveles salariales que paga el organismo, y está convencida de que, por lo que respecta a los profesionales,

el índice de movimiento de personal es muy inferior al que se observa en el gobierno federal tomado en su conjunto. Con todo, el Director General de Concentraciones ha expresado cierta inquietud acerca de la capacidad de la Comisión para contratar y retener economistas con formación académica suficiente para llevar a cabo exámenes eficaces de los casos de concentraciones.

La Dirección General de Asuntos Jurídicos cuenta con 17 abogados que dedican un 40 por ciento de su tiempo a casos de prácticas monopólicas y peticiones de revisión de las resoluciones de la Comisión, 40 por ciento a los juicios de *amparo* y a los casos ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, y 20 por ciento a solicitudes de asesoría jurídica formuladas por los funcionarios de la Comisión. En el sector privado se cree que la Comisión sencillamente no cuenta con suficientes abogados para hacer frente al gran número de juicios de *amparo* y que no dispone de suficientes recursos para hacer frente a los numerosos recursos judiciales que se plantean. Con todo, los resultados de los juicios de *amparo* indican que la Comisión sabe hacer frente a este desafío, al menos al nivel de la Suprema Corte de Justicia. Sin embargo debe señalarse que el hacer frente a los casi 180 juicios de *amparo* que estaban pendientes durante 2002 cuando sus abogados representan tan solo siete años-hombre no debe haber sido tarea nada fácil, sin lugar a dudas. Otra oficina que trabaja a tope es la Dirección General de Estudios Económicos, que cuenta con muchos menos funcionarios que en el pasado. El Director General de Investigaciones está convencido de que la realización de entrevistas sobre el terreno (en lugar de limitarse al examen de los documentos presentados en las oficinas de la Comisión) podría ser una técnica investigativa provechosa y eficaz; sin embargo, es imposible poner en práctica esa idea en vista de los limitados recursos humanos disponibles. Esas circunstancias, y el hecho de que la carga total de trabajo de la Comisión ha ido aumentando, parecen indicar que el número de funcionarios de la Comisión debería aumentar, en lugar de disminuir, y que su presupuesto requiere suplementación adecuada. Si el Congreso llegara a aprobar la legislación propuesta, la CFC pasaría a ser organismo descentralizado con facultad presupuestaria independiente, y la Comisión estaría en mejor posición para obtener recursos adicionales.

Con el fin de modernizar sus sistemas de gestión interna, en 2000 la Comisión solicitó y obtuvo certificación conforme a la norma ISO 9002 (1994) para sus procesos relacionados con la presentación de notificaciones de las concentraciones, investigaciones de casos, peticiones de reconsideración de las resoluciones de la Comisión, solicitudes de consultas, y evaluaciones de los participantes en las licitaciones. Las normas ISO establecen requisitos en materia de garantía de la calidad relacionadas con el buen funcionamiento de las operaciones, y abarcan elementos como

cumplimiento de plazos, respuesta a los clientes, transparencia y autoevaluación sistemática. En marzo de 2003, la Comisión recibió certificación con arreglo a la norma ISO 9001 (2000), que exige la extensión de mecanismos de garantía de la calidad a todas las áreas de las operaciones de la Comisión.

En 2001, la Comisión contrató a un auditor externo para que hiciera una evaluación de las funciones del organismo que suponen interacción con los particulares. El auditor hizo una encuesta de cuarenta agentes económicos seleccionados al azar que habían estado envueltos en algún tipo de proceso de la Comisión. Los resultados indicaron que 93 por ciento de los encuestados consideraban que los empleados de la CFC eran muy profesionales y sumamente honestos, 82 por ciento opinaba que la CFC tomaba decisiones independientes, y 78 por ciento estaban convencidos de que la CFC podría contribuir a mejorar la competencia económica en México. Sin embargo, 62 por ciento pensaban que la CFC podría estar bajo influencia política y 22 por ciento lamentaron la lentitud del proceso de la CFC.

Aunque la CFC no ha adoptado prioridades explícitas en materia de aplicación de la ley, la Comisión declara que presta especial atención a: 1) las alegaciones respecto de barreras al comercio interestatal impuestas por los gobiernos de los estados, en los términos del Artículo 14 de la LFCE y 2) los sectores privatizados, especialmente los que tienen regímenes normativos. En el Informe de 1998 se había instado a la Comisión a que hiciera hincapié en los sectores regulados y en proceso de privatización, y que llevara a cabo actividades de defensa de la competencia y de ejecución de la ley en esos sectores con el fin de promover resultados positivos para la competencia.⁴⁹ La Comisión está convencida de que ha seguido esa recomendación, y en este sentido cita su frecuente participación en la elaboración de disposiciones normativas sectoriales, el papel que desempeña en las licitaciones y en la selección de candidatos, y casos de aplicación de la ley como el de los lubricantes de Pemex, el proceso contra el pacto de fijación de precios por los distribuidores de gas licuado, y los numerosos casos contra Telmex.

5. Actividades de defensa de la competencia

Por actividades de defensa de la competencia se entiende en esta sección todas las actividades de la CFC destinadas a fomentar una mayor comprensión de aspectos relacionados con la competencia y a promover la adopción de políticas de competencia sólidas, pero excluye las acciones de la Comisión que tienen efecto jurídico independiente. Por lo tanto, en esta sección se abordan las funciones de la Comisión en su calidad de consultor

de otros organismos públicos, de asesor de particulares que recaban orientación, y de las actividades de defensa de la competencia destinadas a lograr el reconocimiento y la aceptación de los principios de la competencia por parte de la población.

La LFCE explícitamente otorga a la CFC autoridad para emprender ciertas actividades de defensa de la competencia. La Comisión está facultada para analizar los efectos sobre la competencia de los cambios propuestos en los programas y políticas del gobierno federal y, a solicitud del Ejecutivo Federal, formular comentarios sobre las implicaciones que podrían tener para la competencia las nuevas leyes presentadas al Congreso por el Ejecutivo Federal.⁵⁰ La Comisión tiene también autoridad discrecional en el marco de la LFCE para emitir, por iniciativa propia, opiniones no vinculantes sobre aspectos de las políticas de competencia que guardan relación con leyes, reglamentos, acuerdos, y decretos del Gobierno.⁵¹ El Artículo 49 del Reglamento dispone que cualquier persona física o moral, así como las dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal podrán formular ante la Comisión cualquier consulta en materia de competencia o libre concurrencia.⁵² (La CFC emplea el término “consultas” para referirse a estos dos últimos tipos de opiniones). En el pasado, las opiniones de la Comisión emitidas con arreglo a esas disposiciones por lo general no estaban al alcance de todos, ya que la CFC consideraba que la revelación de su contenido atañía preferentemente a la parte a que iban destinadas. Sin embargo, con arreglo a la nueva Ley de Transparencia, todas esas opiniones de la Comisión son de dominio público.

Varias funciones de la Comisión que tienen efectos jurídicos y que, por consiguiente, no constituyen actividades de defensa de la competencia de acuerdo con la definición adoptada en esta sección, incluyen un elemento secundario de defensa de la competencia. Por ejemplo, se exige que la Comisión otorgue aprobación afirmativa de los candidatos que deseen participar en la mayoría de las licitaciones que tienen que ver con sectores regulados y, por consiguiente, las decisiones que toma la CFC en lo que respecta a la evaluación de los candidatos tienen consecuencias jurídicas independientes. Sin embargo, la Comisión participa también con los organismos reguladores del sector en el diseño de las licitaciones propiamente dichas y formula las reglas que se aplican por igual a todos los candidatos. Asimismo, si bien la Comisión tiene la autoridad, en virtud del Artículo 14 de la LFCE, para declarar que una norma impuesta por un estado constituye una barrera al comercio interestatal, la Comisión también ejerce su discreción para hacer recomendaciones a los gobiernos estatales y locales en lo que respecta a los reglamentos que afectan solamente el comercio interno del estado.⁵³ Por ejemplo, como se mencionó en la sección 3.6 de este Informe, en 1999 la CFC determinó que una enmienda de la

ordenanza del transporte en el Distrito Federal constituía una barrera al comercio interestatal en cuanto al capital de inversión ya que ponía obstáculos a la propiedad extranjera de compañías de transporte de carga locales. Sin embargo, a la hora de dictar una decisión en ese caso, la CFC señaló también que la enmienda reemplazaba el antiguo sistema de permisos con un certificado obligatorio de situación de necesidad y estableció un plan de regulación de tarifas. La Comisión recomendó mantener el antiguo sistema de permisos y que toda reglamentación de las tarifas estuviera condicionada a una determinación de falta de competencia efectiva por parte de la CFC. En el transcurso de los últimos cinco años la Comisión ha formulado recomendaciones no vinculantes similares dirigidas a los gobiernos estatales y locales en unos veinte casos relacionados con la venta de productos farmacéuticos, los servicios de taxi, la cerveza, los servicios funerarios y las tortillas, entre otros.

La CFC tiene un activo programa para realizar consultas con los reguladores de los sectores en proyectos destinados a la elaboración, examen o revisión de reglamentos sectoriales. En 1998, la CFC evaluó una propuesta de mecanismo para el registro de las tarifas de larga distancia destinado a evitar precios desleales. La Comisión opinaba que la aplicación universal de esos mecanismos podría contribuir a restringir la competencia y que, por ende, eran apropiados solamente tratándose de agentes económicos que tuvieran poder en el mercado. Entre 1998 y 2000, la CFC participó en la elaboración de los reglamentos aplicables a los servicios de pago, tanto de televisión como de audio. Abogó con gran éxito por que los teledifusores pudieran tener acceso, en términos equitativos y no discriminatorios, a canales gratuitos de televisión que las empresas de pago deseaban retransmitir. También logró una modificación de los reglamentos con el fin de exigir que la transferencia de derechos de concesión del espectro, tanto si era producto de la venta como consecuencia del abandono, estuviese sujeta a la aprobación previa de la CFC. Sin embargo, la Comisión no logró eliminar los plazos para el desarrollo de infraestructura impuestos por el reglamento a los concesionarios. La Comisión adujo que esos requisitos podrían distorsionar las decisiones de inversión, siendo preferible que operasen las fuerzas del mercado. En los últimos cinco años la CFC ha participado en otros proyectos de elaboración de reglamentos relacionados con la aviación civil, los servicios de reparto de paquetes, la generación de electricidad y la distribución de gas, tanto natural como licuado.

La CFC participa también en la labor de varias comisiones interministeriales con el fin de promover los principios de la competencia económica en el diseño y puesta en práctica de políticas y programas públicos. Entre esas comisiones cabe mencionar:

- la Comisión Intersecretarial de Desincorporación (CID), que establece el marco para los procesos de privatización de industrias;
- la Comisión Intersecretarial de Gasto Financiamiento (CIGF), que se ocupa de la administración de los grandes proyectos de construcciones públicas;
- la Comisión Nacional de Normalización, que comprende un sistema de comités consultivos nacionales de normalización. Los comités tienen la responsabilidad de preparar normas sobre el contenido de los productos, los sistemas de acreditación, y normas similares que, una vez promulgadas por el gobierno, podrían tener efectos excluyentes anticompetitivos;
- la Comisión de Comercio Exterior (COCEX), que analiza las propuestas de la Secretaría de Economía destinadas a establecer aranceles e imponer sanciones como derechos compensatorios y sanciones antidumping;
- la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER), que desempeña un papel de gran importancia en el examen de todos los reglamentos propuestos por organismos del gobierno federal.

El estatuto orgánico de la Comisión Intersecretarial de Desincorporación establece que la CFC será un invitado permanente, y la Comisión ha participado en todas las actividades de planificación de privatizaciones llevadas a cabo por la CID desde mediados de 1993. Por ejemplo, en 2000 la CFC presentó objeciones a un plan del gobierno encaminado a la privatización de Aseguradora Hidalgo (AHISA), compañía de seguros que tenía el derecho exclusivo de la venta de pólizas a los empleados del gobierno mediante deducciones de los sueldos pagados. La Comisión llegó a la conclusión de que la disposición de exclusividad resultaba anticompetitiva. El plan de privatización fue más tarde revisado y la exclusividad se limitó a un período de transición de dos años. La CFC no planteó objeciones al plan revisado ni a la participación de los cuatro probables candidatos en la licitación organizada en 2002 para la privatización de AHISA. La Comisión también participó estrechamente en la planificación de la privatización de 34 aeropuertos operados por el gobierno federal, que fueron combinados en tres grupos regionales a los fines de su venta.

En la Comisión Intersecretarial de Gasto Financiamiento (CIGF), la Comisión participó en 2001 en un caso que tenía que ver con la construcción de un gasoducto por Pemex. Se concedió la autorización a condición de que

Pemex traspasase el control del gasoducto a una compañía privada al cabo de cierto número de años. Actividades recientes de la CFC relacionadas con la labor de la Comisión Nacional de Normalización han incluido opiniones acerca de normas técnicas sobre derechos de vías y de carga en el transporte ferroviario, contenido de aceites comestibles, y restricciones al peso que pueden transportar los vehículos a fin de reducir el deterioro de las carreteras.

Los mecanismos antidumping y de derechos compensatorios adoptados por México en el marco del GATT están administrados por la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales (UPCI) de la Secretaría de Economía. La ley establece que la UPCI está obligada a someter sus propuestas de resoluciones al examen de la Comisión de Comercio Exterior (COCEX), de la cual forma parte la CFC, tal como dispone su estatuto. Si bien la autoridad de COCEX se limita a formular comentarios sobre las propuestas de la UPCI, la resolución final que en un final dicte este organismo debe en principio retomar y responder a cualquier comentario de COCEX. Por supuesto, la CFC tiene la preocupación de que la aplicación de las leyes de comercio equitativo contra las importaciones pudieran distorsionar la competencia en los mercados nacionales. Los derechos protectores contra la importación a precios arbitrarios impuestos por la UPCI a veces han protegido a los productores nacionales que tienen posición dominante en el mercado nacional. En otros casos, los derechos han servido solamente para retrasar un proceso eficaz de equilibrio del mercado y han brindado protección a empresas locales poco eficientes. La CFC no considera que las supuestas prácticas de dumping representan una amenaza para el buen funcionamiento de la competencia, excepto en el caso improbable de que el exportador tenga suficiente poder como para monopolizar un mercado en México.

En el Informe de 1998 se recomendaba que la Comisión actuase más resultadamente por lo que respecta a las cuestiones relacionadas con negociaciones comerciales. En el Informe se proponía que, si no llegaran a introducirse reformas a la LFCE que otorgasen autoridad a la CFC para combatir el mal de los monopolios estructurales mediante medidas de desapropiación, la Comisión debería recibir más poderes para participar en el proceso de las negociaciones comerciales con el fin de evitar resultados nocivos para la competencia. El Informe concluía con la observación de que la CFC debería al menos cumplir su función de defensa de la competencia para garantizar que se diera amplia publicidad a los efectos sobre la competencia que podrían tener algunos aspectos de las negociaciones comerciales.⁵⁴ En los últimos cinco años, la Comisión ha cumplido con diligencia con sus obligaciones como miembro de COCEX. Sin embargo, la CFC no puede predecir los resultados ya que es solo una voz aislada en un

panel integrado por muchos miembros. Por otra parte, UPCI no presta mucha atención a los argumentos basados en principios de la competencia que no sean coherentes con los objetivos fundamentales de las leyes sobre prácticas comerciales leales. Como se señaló en la sección 2.3 de este Informe, la CFC está elaborando una propuesta legislativa destinada a abordar el problema de los monopolios estructurales. Sin embargo, hasta la fecha no se han dado pasos para aumentar la autoridad de la Comisión en el proceso de negociación de leyes de comercio leal, ni tampoco se ha llevado a cabo ninguna actividad especial de defensa de la competencia dirigida a cuestiones relacionadas con las negociaciones comerciales.

La Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER), es la manifestación actual de la Unidad de Desregulación Económica (UDE), antigua dependencia de la desaparecida SECOFI, la predecesora de la Secretaría de Economía. La UDE elaboró el proyecto de ley que con el tiempo llegaría a ser la LFCE en 1993, y tuvo a su cargo la promoción de gran número de actividades de liberalización de normas. En mayo de 2000, la UDE pasó a ser una comisión independiente, que sigue dependiendo de la Secretaría de Economía. A pesar de ser una comisión, COFEMER no está regida por un Pleno, sino por un Director General nombrado por el Presidente de México.

Durante sus años de existencia, la Unidad de Desregulación Económica contaba con la asistencia del Consejo de Desregulación Económica (CDE), comité integrado por funcionarios públicos y representantes del sector privado que se reunían periódicamente para analizar cuestiones pendientes relacionadas con la política de desregulación. El antiguo CDE se ha convertido en el Consejo para la Mejora Regulatoria Federal, que es el consejo asesor de COFEMER. En el Informe de 1998 se había recomendado que la CFC fuese integrante del Consejo de Desregulación Económica con el fin de “garantizar que las cuestiones relativas a las políticas de competencia económica sean tomadas en cuenta en forma habitual a los niveles más altos en los esfuerzos de reforma regulatoria.”⁵⁵ Esa recomendación ha sido aceptada, al menos técnicamente, ya que el Presidente de la CFC es miembro permanente del actual Consejo para la Mejora Regulatoria Federal. Sin embargo, el consejo asesor tiene menos importancia en las actividades de COFEMER de la que había tenido en el pasado en la UDE. En 1998 no existía un mecanismo oficial de procedimiento que le permitiera a la CFC identificar y formular comentarios sobre las propuestas de disposiciones normativas. Esa situación cambió radicalmente en mayo de 2000 con el establecimiento de COFEMER.

En la actualidad, la ley obliga a todos los organismos federales en México a someter a COFEMER todos sus anteproyectos de disposiciones normativas, y una declaración de sus respectivas manifestaciones de impacto

regulatorio. COFEMER da a conocer a las partes interesadas los anteproyectos y declaraciones, y más tarde envía una evaluación de la propuesta al organismo que le dio origen. A continuación ese organismo somete su respuesta a la evaluación recibida y COFEMER dicta una resolución en que aprueba la propuesta o en que enumera sus objeciones. La totalidad de los comentarios intercambiados entre el organismo y COFEMER son de dominio público y son examinados por el Asesor Jurídico del Presidente, que debe aprobar las disposiciones normativas antes de que sean promulgadas.

El aspecto más destacado de las relaciones de la CFC y COFEMER es que, al parecer, la CFC ha presentado desde mayo de 2000 solamente un comentario público no solicitado en un proceso de revisión de disposiciones normativas llevado a cabo por COFEMER. Ese caso tenía que ver con una reforma propuesta al reglamento de la distribución de gas natural, que habría impedido que las entidades que operaban gasoductos para su autoabastecimiento pudieran servir a otros clientes. En su comentario la CFC llegaba a la conclusión de que la propuesta hubiera tenido un efecto anticompetitivo al brindar protección a los distribuidores de gas existentes. En algunas ocasiones, la CFC ha presentado también comentarios por invitación expresa de COFEMER. Cabe mencionar en este sentido las disposiciones normativas que implican la transmisión direccional de datos por parte de empresas de teledifusión de pago, la administración de la seguridad social, y la comercialización del café destinado a la exportación. Sin embargo, COFEMER no acostumbra enviar notificaciones o invitaciones a la CFC ni a ningún otro organismo, ya que todas las acciones pendientes se dan a conocer en el sitio web de COFEMER y ésta da por sentado que toda parte interesada habrá de presentar un comentario público acerca de cualquier asunto que considere importante.

La CFC afirma que la “colaboración entre la CFC y COFEMER no es nada raro,” citando la participación del Presidente en el Consejo para la Mejora Regulatoria Federal y los cuatro comentarios presentados por la Comisión en procesos de revisión de COFEMER, a los que ya se aludió en el párrafo anterior. La CFC también señala su frecuente colaboración con varios organismos durante la elaboración de propuestas que más tarde son sometidas a COFEMER y que, por lo tanto, no es necesario en esos casos participar en la labor de COFEMER ya que la propuesta refleja ya los puntos de vista de la Comisión.

Otra importante forma de defensa de la competencia que lleva a cabo la Comisión es la detección y la lucha contra aspectos contrarios a la competencia en las propuestas de legislación. Por lo general la Comisión recibe invitaciones para participar en la revisión de propuestas procedentes tanto del Congreso como de organismos que dependen del Ejecutivo

Federal, aunque la ley no establece la obligatoriedad de ese tipo de consultas. Como se describe en la sección 1 de este Informe, en los últimos cinco años la Comisión ha opuesto resistencia a varios intentos de modificar la LFCE que hubieran tenido efectos perjudiciales para la competencia. Por lo que respecta a las propuestas sobre otros temas no relacionados con la LFCE, la Comisión ha examinado muchos asuntos desde 1997. En 1999, la CFC recomendó que la legislación para la privatización de la generación de electricidad debería incluir disposiciones que garantizaran el acceso no discriminatorio a las redes de transmisión a precios regulados, otorgar concesiones mediante licitaciones públicas en que los candidatos deberían recibir la aprobación de la CFC, y exigir precios basados en los costos para los servicios a los clientes residenciales, comerciales e industriales con el fin de evitar la distorsión causada por subvenciones cruzadas. La CFC también examinó propuestas legislativas relativas al transporte marítimo (que restringen la entrada al exigir elevados avales e imponer restricciones a barcos con pabellón extranjero), el transporte por camión (regulación de los derechos arancelarios y limitaciones a la integración vertical de las empresas de transporte intermodal), y teledifusión (fallas en los mecanismos para la atribución de nuevas concesiones, incluidos los límites a la elegibilidad atendiendo a la cuota de mercado existente determinada por los índices de audiencia).

Además de participar en procesos legislativos, la Comisión ha organizado recientemente conferencias destinadas a examinar cuestiones pendientes en sectores sujetos a regulación. Esas conferencias, financiadas por el Programa de APEC para la promoción de la competencia económica en los sectores regulados, son actividades de dos días de duración orientadas a organismos reguladores, funcionarios públicos, legisladores y universitarios. Hasta la fecha han tenido lugar dos conferencias, relacionadas con la electricidad y el transporte. En mayo de 2002, en una conferencia copatrocinada por la CFC y la Comisión Reguladora de Energía, 150 participantes consideraron posibles alternativas para el desarrollo eficiente del sector de la electricidad en México. En una conferencia que tuvo lugar en septiembre de 2002 copatrocinada por la CFC y la Secretaría de Comunicaciones y Transporte, 200 participantes analizaron las condiciones que se deben cumplir para el funcionamiento eficaz de los mercados en los sectores de la aviación, los ferrocarriles, el transporte marítimo y los puertos, y el transporte multimodal. Están previstas otras dos conferencias, que tratarán de las industrias de las telecomunicaciones y los servicios financieros, a fines de 2003 y comienzos de 2004.

Un último aspecto de la defensa de la competencia supone el empleo de métodos persuasivos para dar a conocer a la sociedad las ventajas de la competencia. En el Informe de 1998 se señalaba que la CFC “no tenía un

programa para explicar a los consumidores los beneficios de la competencia y de la aplicación de la ley de la competencia.⁵⁶ En el Informe se recomendaba que la Comisión tratara de lograr más amplio respaldo dando a conocer las medidas tomadas por el organismo en otros foros que no fueran las publicaciones especializadas, en particular en lo que respecta a los casos que presentan beneficios palpables para el consumidor.⁵⁷

Por la fecha en que apareció el Informe de 1998, la Comisión comunicaba con la población principalmente a través de su sitio web.⁵⁸ Éste da acceso a gran número de materiales relacionados con las actividades de la Comisión, incluidos los textos íntegros de la LFCE, el Reglamento de la Comisión y su Reglamento Interior, los informes anuales, los comunicados de prensa y discursos y una selección de declaraciones públicas. El sitio web permite también consultar la Gaceta de Competencia Económica, publicación trimestral de la CFC que contiene el texto íntegro de todas las resoluciones formuladas en los casos examinados por la Comisión, los criterios del Pleno en cuanto a la aplicación de la LFCE, y otros documentos en que se explica el enfoque de la CFC acerca de las políticas de competencia económica.

En la actualidad, el sitio web de la CFC sigue incluyendo gran diversidad de materiales,⁵⁹ y la Comisión ha iniciado otros varios tipos de actividades de difusión. Por ejemplo, su oficina de relaciones con los medios de difusión da a conocer ahora comunicados de prensa de carácter no técnico en casos que revisten particular interés para los consumidores. Las actividades de extensión corresponden principalmente a la Dirección General de Coordinación Regional. En 2001, los funcionarios de esa Dirección General realizaron unas 40 visitas a diversos puntos del territorio mexicano con el fin de dar a conocer y fomentar las políticas de competencia y la misión de la CFC. Esas presentaciones estuvieron dirigidas a cámaras empresariales locales, asociaciones profesionales, universidades, y funcionarios de los gobiernos estatales y locales. La Comisión informa que desde fines de 1998 hasta 2002 se llevaron a cabo 172 visitas, lo que da un promedio de 43 al año. El Presidente y los Comisionados también hacen discursos y presentaciones públicas en foros nacionales sobre las políticas de competencia, como es el caso de las conferencias sobre el sector de la electricidad y del transporte ya aludidas anteriormente.

6. Conclusiones y Recomendaciones

6.1 *Virtudes y deficiencias actuales*

En el Informe de 1998 se llegaba a la conclusión de que, por lo que respecta a las políticas de competencia en México, uno de los principales puntos fuertes era la calidad analítica de la LFCE y del Reglamento para su aplicación. Una segunda virtud era la consolidación en la CFC de la autoridad para realizar determinaciones sobre el poder en el mercado que desaten la intervención del Gobierno en las operaciones del mercado. La autoridad de la CFC para hacer ese tipo de determinaciones se aplica no solo a los casos sobre concentraciones y conducta monopólica examinados por la Comisión, sino también a la concesión de licencias en diferentes sectores y a la regulación de los monopolios naturales.⁶⁰ Entre los principales puntos flacos mencionados en el Informe de 1998 destacaba la inexistencia de claro respaldo para las políticas de la competencia, tanto por parte del Gobierno como de la sociedad en general. En el Informe se señalaba que la falta de ese tipo de respaldo podría explicar por qué en la fase inicial la CFC había dado la impresión de contemporización en algunas de las decisiones, y podría justificar la opinión de debilidad de la Comisión existente en otras dependencias públicas y en el sector privado. Por otra parte, en el Informe se reconocía que la CFC había tomado algunas medidas visibles y vigorosas contra intereses económicos prominentes.⁶¹

Algunas de las virtudes de la CFC se observan en áreas que fueron objeto de recomendaciones en el Informe de 1998, por lo que procede mencionarlas aquí. Tal como se preconizaba en el Informe, la CFC ha concentrado su atención en los sectores regulados y privatizados, ha hecho esfuerzos para lograr mayor respaldo dando a conocer sus actuaciones a un público más amplio y organizando actividades de extensión, ha concertado importantes acuerdos de cooperación con organismos de defensa de la competencia en muchos países, y ha decidido adoptar criterios de política en cuanto a la compensación en los casos de precios predatorios⁶² y también respecto de la defensa de “empresa en crisis” en casos de concentraciones. Estas y otras medidas tomadas por la CFC,⁶³ han contribuido considerablemente a afianzar su reputación.

Cinco años más tarde, las virtudes mencionadas en el Informe inicial siguen siendo dignas de encomio, y se ha disipado en gran medida la impresión de que la CFC era reacia a enfrentarse a oponentes poderosos. Deben señalarse otras virtudes. La Comisión ha madurado y se ha convertido en una organización digna de crédito, que goza de respeto tanto a nivel nacional como internacional. Lleva adelante su misión aplicando

principios de gestión óptimos y las más elevadas normas de servicio público, y ha movilizado sus limitados recursos de manera eficaz para centrar su atención en los asuntos más relevantes con el fin de fomentar las políticas de competencia en México. Los logros de la CFC son extraordinarios en vista del difícil entorno en que opera.

Por otra parte, el grado de respaldo general para las políticas de competencia sigue siendo una cuestión discutida, lo que constituye una posible vulnerabilidad. Existen indicios de que la CFC habrá de recibir mayor respaldo de parte del Ejecutivo Federal, pero ello no debe llevar a la Comisión a cejar en sus esfuerzos continuados para ampliar su base de apoyo popular. Otras deficiencias tienen que ver con ciertos estatutos y procesos judiciales que limitan la capacidad de la CFC para imponer soluciones a conductas perjudiciales para la competencia y las condiciones del mercado, así como la reducción del presupuesto de la Comisión y del número de sus funcionarios. Por último, subsisten algunas deficiencias en los procedimientos seguidos en los litigios de la Comisión y en sus relaciones con otros organismos públicos que reducen la eficacia de la CFC como organismo de aplicación de la ley y defensor de la competencia.

6.2 *Recomendaciones*

6.2.1 *La relación de la CFC con los poderes ejecutivo y legislativo*

Debería adoptarse la propuesta de ley que exige la aprobación del Senado para los nombramientos hechos por el titular del Ejecutivo Federal. En sus operaciones cotidianas, la Comisión es un organismo independiente que no es dirigido ni por el poder ejecutivo ni por el legislativo. Sin embargo, el organismo no está, ni debería estar, totalmente aislado de la dinámica política de México. Su independencia está mediada por una diversidad de interacciones con esas dos ramas del Gobierno, incluido el proceso de aprobación de su presupuesto y las audiencias ante el Congreso. Uno de los principales puntos en que incide la política es la designación de un nuevo comisionado para ocupar una vacante ya que el nombramiento es por un período de diez años. La participación del poder legislativo en este proceso realzaría la legitimidad de la Comisión y su capacidad para ejercer un grado considerable de poder a nivel federal.

La propuesta de ley que llevaría a la transformación de la CFC en un organismo “descentralizado” debería ampliarse con el fin de dar plena independencia en materia de presupuesto. Ello permitiría a la Comisión presentar su propuesta de presupuesto directamente al Congreso y no a las

Secretarías de Finanzas o de Economía. Si considerase que la solicitud de la CFC es demasiado elevada, el Ejecutivo Federal se vería obligado a someter ese argumento al Congreso en lugar de limitarse a reducir unilateralmente los fondos solicitados por la Comisión. Este cambio, unido a la disposición que exigiría la aprobación del Senado de los nombramientos a la Comisión, redundará en un equilibrio más equitativo de la autoridad de los poderes ejecutivo y legislativo por lo que respecta a la CFC y daría realce al organismo.

6.2.2 *Recursos de la CFC*

La Comisión contaba en 2002 con un 8 por ciento menos de funcionarios que en 2000, a pesar de que durante ese período había habido un incremento del 25 por ciento en la carga de trabajo (determinada en base al número de asuntos tratados). La capacidad de la Comisión para cumplir con todas sus responsabilidades eficazmente se ve en peligro debido a las limitaciones de recursos, razón por la cual su presupuesto debería aumentarse apropiadamente. Los recursos adicionales que se asignasen a la Comisión deberían destinarse principalmente a la contratación de profesionales, debiendo hacerse hincapié en atraer abogados sumamente competentes. Como casi todas las principales actuaciones de la Comisión están expuestas a revisiones judiciales rigurosas es sumamente importante que la CFC pueda contar con profesionales con gran experiencia para la cuidadosa preparación y defensa de sus decisiones y procedimientos.

6.2.3 *Autoridad de la CFC para la aplicación de la ley*

- Instrumentos para detectar y combatir la colusión

El interés de la Comisión para obtener autoridad que le permita llevar a cabo registros sin previo aviso para requisar documentos de las empresas se enfrenta a un considerable obstáculo en la Constitución mexicana, que limita los poderes de registro e incautación del Gobierno a los procesos de los tribunales penales. La Comisión podría solicitar, y tener la legítima esperanza de obtener, que la ley le otorgue autoridad que permita a los agentes de la CFC proceder a registros en empresas una vez que se ha notificado a la compañía objeto de investigación. Con todo, la previa notificación eliminaría el elemento de sorpresa y permitiría a la empresa investigada pedir revisión judicial. En opinión de la Comisión, la autoridad para practicar allanamientos y registros serviría principalmente para desalentar la colusión subrepticia; sin embargo, el grado de autoridad que la Comisión probablemente obtendrá no será particularmente eficaz para ese

fin. Si bien los esfuerzos de la CFC para adquirir mayores poderes de investigación son inobjetable, la Comisión debería analizar otras vías que le permitiesen aumentar las posibilidades de detectar colusión. Una posibilidad, ya señalada por la Comisión misma, y que se analiza en el párrafo siguiente, sería el establecimiento de un programa de lenidad.

La CFC está interesada en una reforma del texto de la LFCE que permita a la Comisión otorgar inmunidad (o reducciones significativas) contra sanciones monetarias tratándose de conspiradores que revelan voluntariamente acuerdos de colusión. En la actualidad el Artículo 36 de la LFCE dispone que, en la imposición de multas, “la Comisión deberá considerar la gravedad de la infracción, el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en los mercados; el tamaño del mercado afectado; la duración de la práctica o concentración y la reincidencia o antecedentes del infractor, así como su capacidad económica.” Si bien el estatuto no prohíbe que se consideren otros factores (como la cooperación con la CFC), la Comisión está convencida de que todo fallo en que se impongan diferentes sanciones a los co-conspiradores estaría expuesto a revocación judicial si estuviera fundamentado en bases no especificadas en el Artículo 36. La Comisión debería tratar de lograr la materialización de esta iniciativa, pero debería también reconocer que el atractivo de todo programa de lenidad se ve materialmente afectado por el peso de las sanciones impuestas contra las partes que no cooperan en la investigación. Por consiguiente, en casos de colusión pertinaces en que estén implicadas grandes compañías, la Comisión no solo debería considerar la imposición de multas hasta por el máximo permitido en la fracción IV del Artículo 35 de la LFCE (unos 1.600.000 dólares), sino también considerar el invocar el Artículo 37 de la LFCE para imponer en su lugar una multa hasta por el diez por ciento de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior o hasta el diez por ciento del valor de los activos del infractor, cualquiera que resulte más alta. Por otra parte, la Comisión deberá emplear resueltamente su autoridad en virtud de lo dispuesto en la fracción III del Artículo 24 de la LFCE para denunciar ante el Ministerio Público las conductas delictivas en materia de competencia y libre concurrencia y lograr la participación del Ministerio Público en un proyecto destinado a elaborar criterios para la presentación de querrelas en los casos de la Comisión.

Deberá considerarse también la posibilidad de emplear otros instrumentos que faciliten poner en evidencia casos de colusión como, por ejemplo: 1) la obtención de autoridad para ofrecer recompensas monetarias a los empleados de niveles bajos de la empresa que pongan en conocimiento de la CFC acuerdos de índole conspirativa; 2) el envío de investigadores sobre el terreno con el fin de entrevistar a clientes en mercados sospechosos;

3) el examen a fondo de licitaciones que tengan que ver con construcciones públicas, suministro de productos a dependencias del gobierno y otros asuntos particularmente vulnerables a la manipulación de licitaciones; 4) la estrecha participación (desde las etapas iniciales) en las investigaciones de los carteles internacionales; y 5) el examen de industrias nacionales protegidas contra la competencia de las importaciones debido a la existencia de derechos protectores contra la importación a precios arbitrarios. Por último, la Comisión debería explorar la posibilidad de que el análisis de la información sobre precios y otros tipos de datos disponibles de otros organismos públicos pudiera resultar útil en investigaciones sobre fijación de precios por parte del investigado. Deberá prestarse especial atención a los datos de los precios que mantiene PROFECO.

- Autoridad para combatir y dismantelar monopolios estructurales

Como se mencionó en la sección 3.3, en el Informe de 1998 se señalaba que podría resultar apropiado otorgar a la CFC autoridad para combatir los monopolios estructurales. Esa autoridad se aplicaría en circunstancias en que no fuera posible establecer la existencia de prácticas monopólicas ilícitas con arreglo a lo que dispone actualmente la LFCE. De esa manera, la CFC podría entablar acción judicial contra una empresa dominante que se caracterizara por su capacidad permanente para afectar a los consumidores mediante la restricción de suministros y la elevación de los precios.

La dificultad más importante por lo que se refiere a la posibilidad de entablar acciones judiciales contra monopolios estructurales es la obtención de soluciones adecuadas. Por lo general se impone la obligación de desapropiación, o alguna forma de control de precios. La aplicación eficaz de esas medidas resulta problemática y ambas generalmente son lesivas para los accionistas de la empresa ya que disminuyen el valor de los activos. Debido a este tipo de consideraciones, en el Informe de 1998 se señalaba que, de otorgarse a la CFC el poder para imponer ese tipo de medidas correctivas, ese poder debería “mantenerse en reserva y ser usado ocasionalmente en casos excepcionales, pero importantes.”

La CFC está preparando legislación en materia de monopolios estructurales que probablemente habrá de provocar muchas controversias cuando llegue al Congreso. La Comisión debería estudiar la posibilidad de presentar otra alternativa menos controvertida que permitiera allanar el camino para, con el tiempo, llegar a obtener plena autoridad. En la actualidad, la CFC puede emplear sus poderes de investigación solamente para determinar la existencia de prácticas que son ilícitas de acuerdo a lo dispuesto en la LFCE. Por consiguiente, no puede llevar a cabo investigaciones con el único fin de determinar si un mercado se ve afectado

por el poder de un monopolio estructural. No cabe dudas de que la CFC debería tener, y por lo tanto debería pedir, autoridad con arreglo a la ley para poder llevar a cabo investigaciones destinadas a examinar los aspectos prácticos y económicos del funcionamiento de una industria. Valiéndose de esa autoridad, podría establecer si existe un monopolio estructural en un mercado determinado y presentar al Congreso un informe en que proponga soluciones. La demostración de la existencia de un monopolio estructural real, y la propuesta de remedios eficaces y factibles para casos específicos pondría a la CFC en una posición más sólida, que le permitiría llegar a obtener la autoridad necesaria para imponer medidas correctivas.

6.2.4 Políticas y reglamentos de la CFC en materia de aplicación de la ley

La CFC confirma que el argumento de “empresa en crisis” es tomado en cuenta en sus análisis de los casos de concentraciones, y nos informa que prepara directrices en materia de concentraciones que habrán de incluir disposiciones en que se abordan los casos de empresas en crisis y en quiebra. Un punto de partida razonable para elaborar criterios apropiados sería el análisis de la defensa de “empresa en crisis” propuesta por los autores de la LFCE. Esos expertos habían aconsejado que una adquisición que por lo demás fuera perjudicial para la competencia debería permitirse solamente en caso de que la empresa supuestamente en crisis 1) fuera incapaz de hacer frente a sus obligaciones financieras o de reorganizarse en caso de quiebra; 2) hubiera hecho esfuerzos de buena fe para ser adquirida por otro comprador que hubiese mantenido los activos en el mercado relevante, y 3) fuera a abandonar el mercado relevante si se rechazara la adquisición pendiente.⁶⁴

La Comisión debería reformar la fracción I del Artículo 21 del Reglamento con el fin de aclarar las circunstancias en las que no se requiere notificación de una concentración por lo que se refiere a las transacciones con motivo de reestructuración llevadas a cabo por empresas extranjeras con respecto de sus filiales en México.

6.2.5 Trámites legales en los casos ante la Comisión

Redunda en beneficio de la propia CFC dar cuenta de la inquietud expresada en algunos círculos profesionales acerca de la impresión de falta de transparencia y favoritismo en las actuaciones de la Comisión. Estos son dos aspectos estrechamente interrelacionados, ya que toda decisión dictada por un organismo que de la impresión de que carece de una base plenamente articulada podría también dar la impresión de favoritismo. La cuestión no

estriba en si las resoluciones de la CFC son realmente demasiado crípticas, o si la Comisión realmente se pone demasiado del lado de los denunciantes durante sus investigaciones. El hecho de que en algunos círculos profesionales exista esa opinión tiene consecuencias que limitan considerablemente la capacidad de la Comisión para llevar a cabo su cometido. Ante todo, cuando una parte tiene la impresión de que ha recibido un trato injusto su reacción inmediata es presentar un recurso acerca de la legalidad de la sentencia. Con todo, un organismo encargado de aplicar la ley antimonopolio no puede operar de manera eficaz si todas sus investigaciones son impugnadas en los tribunales. En segundo lugar, una parte que esté convencida de que la Comisión la considera culpable incluso antes de que se haya dado inicio al caso estará más interesada en entablar una lucha prolongada que en explorar la posibilidad de llegar a una fórmula conciliatoria. En términos generales, los organismos encargados de las leyes antimonopolio pueden generar mayores beneficios económicos si una proporción elevada de los casos se resuelven por conciliación. Como también se ha visto en el caso de la CFC, los litigios no solo son costosos y agotadores, sino que por lo general llevan también a la continuación de la práctica perjudicial para la competencia mientras no termine el litigio. Uno de los principales beneficios de la conciliación es la posibilidad de poner fin rápidamente a la práctica ilícita.

Como ya se mencionó al analizar el Cuadro 1, en los últimos cinco años la Comisión ha obtenido soluciones extrajudiciales en un 17 por ciento de los 54 casos de denuncias en que la Comisión encontró que había habido violación de la LFCE o en que se llegó a arreglo de conformidad con el Artículo 41 del Reglamento. La cifra comparable para los 32 casos de oficio de la CFC fue del 22 por ciento. Aunque esos porcentajes no son nada triviales, la CFC debería tratar de elevar el porcentaje de los casos resueltos por conciliación.⁶⁵

La impresión de falta de transparencia y de favoritismo no son las únicas razones que explican el reducido número de casos que llevan a un arreglo extrajudicial. Algunos de los procedimientos de la Comisión también reducen las posibilidades de llegar a una fórmula conciliatoria. Por ejemplo, una compañía que esté siendo investigada por la Comisión podría estar dispuesta a ajustar sus prácticas voluntariamente para allanarse a las exigencias de la Comisión pero, con arreglo a las prácticas existentes, la empresa investigada incluso no tiene la menor idea de los aspectos específicos de interés para la Comisión hasta que la investigación preliminar ha tocado a su fin y que se ha emitido un OPR con lo cual la Comisión emplaza al presunto responsable.

Otro factor que influye en el atractivo de todo arreglo extrajudicial es la posibilidad de que la CFC pueda reducir, o eliminar, las multas impuestas contra una parte que se acoge al Artículo 41 del Reglamento. Este punto, que reviste mayor importancia en los casos de restricciones verticales en que hay un solo demandado, es diferente de las cuestiones asociadas con la concesión de inmunidad a un demandado dispuesto a cooperar en un caso de colusión horizontal. Cuando un demandado esté dispuesto a cooperar en un caso horizontal, la Comisión deberá tratar de imponer a los demás conspiradores multas mucho más elevadas de las que habría aplicado de no ser así, sin tener en cuenta si las demás partes han expresado estar dispuestas a llegar a un arreglo acogiéndose al Artículo 41 del Reglamento. Por el contrario, en un caso vertical, la Comisión debe estar dispuesta a aceptar una multa inferior a fin de aumentar las probabilidades de llegar a un arreglo. Si considera que no puede ofrecer una reducción explícita de la multa a un demandado que esté dispuesto a aceptar una fórmula conciliatoria, la Comisión deberá tratar de obtener autoridad al respecto conjuntamente con su iniciativa legislativa en materia de lenidad.⁶⁶

Un análisis de todos los tipos de incentivos que pueden influir en la decisión de una de las partes en las actuaciones de la CFC para llegar a un arreglo, solicitar inmediatamente desagravio judicial, o esperar el resultado del proceso de la Comisión es un tema más complejo de lo que cabe analizar en este documento. Lo que queremos destacar es que la Comisión debe aprovechar los incentivos que le permitan alcanzar sus objetivos en cuanto a las políticas de competencia. Para lograrlo, la Comisión deberá establecer un diálogo con el Colegio de Abogados de México con el fin de evaluar las prácticas y procedimientos del organismo. El Colegio de Abogados respalda la política de competencia y está interesado en llegar a contar con un sistema eficaz y eficiente para la investigación y adjudicación imparcial de los casos ante la CFC.

Asimismo, será necesario dar cuenta también de las inquietudes existentes en algunos círculos profesionales acerca de la revelación de datos confidenciales contenidos en los expedientes de la CFC durante los juicios de *amparo*, para lo cual deberán adoptarse reglas apropiadas en materia de confidencialidad. Esas reglas pueden estar basadas en las contenidas en el derecho mercantil de México y que se aplican en los procedimientos del GATT.⁶⁷ La adopción de reglas de este tipo sería un útil marco de referencia para las sentencias judiciales que suponen divulgación de información en los expedientes de la CFC.

6.2.6 *Ejecución de los fallos de la Comisión*

Deberán hacerse esfuerzos para tratar de lograr el establecimiento de un tribunal de *amparo* especializado en cuestiones económicas que esté encargado de la vista de los casos de la CFC (y de otros organismos que tratan de cuestiones económicas). Como la CFC no es el único organismo cuyas resoluciones se ven expuestas a examen judicial en tribunales que no están familiarizados con el análisis económico, la Comisión probablemente encontrará aliados para pedir la aprobación de medidas legislativas al respecto. La existencia de un tribunal de este tipo podría llevar a resultados más compatibles con los fallos de la Suprema Corte de Justicia y los precedentes de los tribunales de alzada cuando están en juego cuestiones de procedimiento. La consolidación de todos los casos de la CFC en un único tribunal permitiría al menos eliminar el problema que se plantea cuando se presentan múltiples casos de *amparo* en diferentes tribunales federales. Por otra parte, incluso si no llegara a materializarse la creación de ese tribunal especializado, deberían tomarse medidas (reforma de la ley de *amparo* o disposiciones similares) con el fin de evitar que los tribunales de *amparo* otorguen incorrectamente suspensiones de las resoluciones de la CFC durante el proceso de revisión judicial.

Un aspecto secundario de los casos de *amparo* digno de mención es que los tribunales de *amparo* están en la obligación de contratar a un perito cuando se ha admitido la presentación de testimonio pericial de una de las partes. El Consejo General del Poder Judicial de México establece (y revisa todos los años al término de un proceso público) una lista de expertos que los tribunales federales pueden utilizar en la selección de peritos para procesos judiciales. La lista actual especifica un solo economista. La CFC debería instar a las universidades a que incluyan en la lista a profesores que pudieran presentar testimonio pericial en los tribunales en los casos que puedan plantearse en el marco de la LFCE.⁶⁸

En casos que se ventilan ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, la Comisión debería proporcionar una explicación más completa de sus decisiones por lo que respecta a las multas que impone, con el fin de evitar que ello de lugar a su revocación. Deberían modificarse las reglas de procedimiento para los casos elevados al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. En los casos de la CFC, debería exigirse a las partes que solicitan revisión de resoluciones en que se han impuesto multas el depósito de una fianza que garantice su pago si se viera confirmada la decisión de la Comisión. Ello evitaría más tarde todas las dificultades relacionadas con el cobro de esas multas.⁶⁹ Deberían reformarse las reglas de procedimiento aplicables a la revisión de las decisiones del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa por los tribunales de

alzada con el fin de eliminar en los casos de la CFC el requisito actual de un límite mínimo, lo que permitiría a la Comisión interponer recursos de alzada contra las decisiones desfavorables del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Por último, la Comisión debería aunar esfuerzos con otros organismos tendientes a lograr la simplificación de los procedimientos para el cobro de las multas una vez concluido el proceso de revisión judicial.

6.2.7 Autoridad de la CFC en procedimientos regulatorios

Las inquietudes mencionadas en el Informe de 1998 en el sentido de que la CFC podría no tener una oportunidad adecuada para participar (o para participar con la suficiente energía) en los procedimientos de regulación sectorial una vez que la Comisión había determinado carencia de competencia se han visto justificadas, en parte, por los acontecimientos posteriores. La Comisión no tuvo ninguna participación en la elaboración de reglamentos de tarifas para los aeropuertos y puertos, y nunca se impuso un reglamento de tarifas en el sector del transporte aéreo. Sin embargo, la CFC tuvo una eficaz participación en el establecimiento de los límites de precios para la distribución de gas licuado y en la regulación por COFETEL de los cinco mercados en que se había llegado a la conclusión de que Telmex ejercía un poder considerable en el mercado. En el Informe de 1998 se proponía que se exigiese el visto bueno de la CFC para la aprobación de reglamentos sectoriales en los casos en que la CFC hubiese detectado un entorno desfavorable para la competencia; esa sugerencia sigue siendo una opción digna de consideración. Sin embargo, vale la pena señalar que COFEMER vio la luz después de preparado el Informe de 1998, y que en el futuro toda disposición normativa de un sector emitida en función de una decisión de la CFC tendrá que recibir la aprobación de COFEMER después de un procedimiento en que la CFC podría presentar comentarios. Ese proceso podría no bastar para garantizar la participación adecuada de la CFC.

Sin embargo, en el Informe de 1998 figuraba otra propuesta que en todo caso sería recomendable llevar a la práctica: la CFC debería recibir autoridad explícita para participar en procedimientos destinados a aplicar y ejecutar regulación sectorial una vez que la Comisión haya determinado que la competencia es inoperante. En realidad, la CFC debería recibir autoridad más amplia que le permitiese intervenir en *todos* los procedimientos de los organismos de regulación sectorial. Esto se debe a que hay otras circunstancias (además de las derivadas de la determinación de competencia inoperante) en que es importante la participación de la Comisión pero en que ésta no tiene ningún papel oficial en estos momentos. Un ejemplo en este sentido, ya mencionado en la sección 3.4 del presente Informe, es la solicitud que presentó Telcel en 2001 para ampliar los usos permitidos para

la concesión de espectro que había recibido. La CFC tuvo la oportunidad de expresar su opinión en aquel proceso solamente porque COFETEL decidió solicitar la opinión de la Comisión, remitiéndose a su poder discrecionario. Aunque COFETEL impuso algunas condiciones a la expansión de la concesión de Telcel, ostensiblemente para dar cuenta de las inquietudes articuladas por la CFC en cuanto a los posibles efectos para la competencia, COFETEL no dio ninguna explicación sobre la manera en que había tratado la opinión de la CFC. Esa explicación, después de todo, no era necesaria ya que la CFC no era una de las partes. Para garantizar un trato adecuado de las cuestiones relacionadas con las políticas de competencia, la CFC debería tener derecho a participar oficialmente en los procesos de todos los organismos reguladores; una posibilidad sería que participase durante el período generalmente establecido para la presentación de comentarios, otra que se adoptase un reglamento de procedimiento adaptado específicamente a la CFC. Por otra parte, el organismo regulador responsable de dictar resolución en el caso debería estar en la obligación de dar respuesta a los comentarios de la CFC, la que debería ser de dominio público.

El proyecto de la Comisión para elaborar legislación aplicable a los monopolios estructurales responde, en parte, a las recomendaciones del Informe de 1998 respecto de la participación de la Comisión en los procedimientos de negociaciones comerciales. Sea cual fuere el resultado final de ese proyecto, el programa de desarrollo económico que prepara el Ejecutivo Federal debería incluir disposiciones que otorgasen a la Comisión autoridad para bloquear decisiones nocivas para la competencia en la aplicación de leyes de derecho mercantil. Si el Ejecutivo mantuviera su posición de que la política de competencia habrá de desempeñar un papel más importante en el programa económico de México, la CFC debería estar en posición favorable para recomendar la reforma del sistema de derecho mercantil de México. Mientras tanto, la Comisión debería buscar oportunidades para dar a conocer los costos económicos de los procesos de negociaciones comerciales para la economía mexicana.

6.2.8 *Defensa de la competencia*

COFEMER informa que su proceso de revisión de disposiciones normativas incluye muchas propuestas de disposiciones normativas que no habían sido examinadas previamente por la CFC. La Comisión no debería limitar su intervención en las actividades de COFEMER a la participación en el consejo asesor y a la presentación de comentarios cuando se los solicitan. La Comisión debería inmediatamente establecer un programa destinado a seguir de cerca las notificaciones de COFEMER relativas a la revisión de disposiciones normativas, identificar propuestas que justifican comentario, y

someter declaraciones apropiadas dentro del plazo correspondiente, que deberán ser de dominio público. Los procedimientos de examen público de COFEMER representan una excelente oportunidad para que la Comisión pueda realzar su visibilidad y potenciar los efectos de su labor en las operaciones cotidianas de los procesos regulatorios en México.

6.2.9 *Medidas para lograr mayor respaldo para las políticas de competencia*

La CFC debería establecer relaciones mucho más estrechas con PROFECO. Como ya se señaló, PROFECO es una fuente de datos sobre el mercado que podrían ser útiles para poder detectar conducta colusoria. Por otra parte, y lo que es aún más importante, PROFECO dispone de una extraordinaria capacidad de comunicación con los consumidores, y está dispuesta a emplear esa capacidad para ayudar a la CFC. Esta es una oportunidad que la Comisión debería aprovechar, especialmente en vista de que en México no existe ninguna organización privada nacional de consumidores. PROFECO es un organismo con gran visibilidad, que publica una atractiva y popular revista para los consumidores, presenta programas de radio y televisión, y coopera con la Secretaría de Educación para desarrollar materiales didácticos destinados a las escuelas. La CFC podría servirse de los instrumentos que PROFECO pone a su disposición para crear un programa más eficaz destinado a comunicar los beneficios de la competencia al público. La publicación en una revista destinada a los consumidores de artículos sobre las acciones de la Comisión que tienen repercusiones prácticas en la vida cotidiana redundaría en beneficio de la CFC en tanto que organismo y de la política de competencia en términos generales. Los casos de la Comisión que implican fijación de los precios de artículos de consumo son los más indicados para aparecer en esos artículos, pero podrían publicarse también otros tipos de casos (como el relacionado con los acuerdos de exclusividad para la distribución de refrescos). Las cuestiones relativas a la competencia en mercados más complicados, como ocurre con los servicios telefónicos y la distribución de gas licuado deberían explicarse en términos fáciles de comprender por los consumidores.

Por último, la CFC debería tratar de comunicar de manera más directa con las principales organizaciones empresariales que no participan en los sectores regulados de la economía. Las conferencias de APEC constituyen un vehículo ideal para discutir principios de política de competencia que son aplicables a las operaciones reales de las empresas, y la CFC debería emplear alguna versión de ese modelo para lograr y facilitar interacción con organizaciones empresariales nacionales y los consorcios nacionales de cámaras empresariales.

Notas

1. Background Report on the Role of Competition Policy in Regulatory Reform, en OCDE, Regulatory Reform in Mexico (1999), publicado también en Wise, M., Review of Competition Law and Policy in Mexico, OECD J. Competition Law & Policy, vol. 1, no. 4, p. 43 (1999). www.oecd.org/competition
2. Aunque el aeropuerto de Ciudad de México ha sido designado para su privatización, en la actualidad sigue siendo una instalación en manos del Gobierno. La situación podría cambiar cuando se seleccione el sitio para un nuevo aeropuerto, si es que esto llega a ocurrir. El gobierno tiene también la gestión de otros 23 aeropuertos que funcionan con pérdidas, para los que no se contempla la privatización. Varias líneas de ferrocarril en trayectos cortos siguen estando también en manos del Gobierno.
3. Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Art. 1501(1). La Ley de Competencia Económica estaba siendo elaborada por la época en que México estaba negociando el TLCAN, aunque la Ley fue adoptada antes de que el Tratado entrara en vigor.
4. La Ley Federal de Competencia Económica fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992, y entró en vigor el 22 de junio de 1993.
5. Artículo 2, Ley Federal de Competencia Económica (LFCE).
6. Véase Fernando Sánchez Ugarte, Presidente de la CFC, “La Política de competencia en el desarrollo económico” (2002). Esa alocución, presentada con ocasión del IX Aniversario de la CFC, está disponible en el sitio web de la CFC cuya dirección es www.cfc.gob.mx.
7. pág. 185.
8. Artículo 28 de la Constitución.
9. pág. 185.
10. Una de las salas de la Suprema Corte de Justicia ha fallado que la autoridad de la Comisión para imponer multas de conformidad con lo que establece la fracción II del Artículo 34 de la LFCE es inconstitucional porque el estatuto no incluye normas para determinar la cuantía de la

multa. Con todo, esa decisión choca con la tesis establecida por otra sala de la Suprema Corte de Justicia, que establece que las disposiciones del Reglamento relativas a la imposición de multas son constitucionales si las mismas limitan la discreción de la entidad que impone las multas estableciendo un máximo.

11. Pemex, por ejemplo, ha sido objeto de varias acciones de la CFC debido a prácticas que caen fuera del sector en el que disfruta de protección constitucional.
12. Además de esos requisitos legales que afectan la organización de las asociaciones de exportadores, el Artículo 6 de la LFCE especifica también que los productos exportados por la asociación deben ser la principal fuente de riqueza de la región, no ser un artículo de primera necesidad, y que sus ventas o distribución no se realizan además dentro del territorio nacional.
13. La situación legal de esta prerrogativa está puesta en entredicho. El 6 de enero de 2004, la Corte Suprema declaró inconstitucionales los artículos 14 y 15 de la LFCE.
14. La CRE ha desempeñado un papel más activo en cuanto al gas natural y licuado que en lo que se refiere a la electricidad, porque este último sector sigue siendo en su gran mayoría propiedad del estado.
15. Informe Anual de la CFC para 1994, pág. 28.
16. Un ejemplo es la actuación de la Comisión contra el pacto de imposición de precios en el mercado de las vitaminas (Expediente IO-09-99), que concluyó con un arreglo extrajudicial en 2002.
17. Hasta el 2001, la Secretaría de Economía tenía el nombre de Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI).
18. Por lo tanto, a diferencia de la mayoría de los demás países de la OCDE, el mantenimiento de los precios de reventa no están sujetos a una prohibición *per se*.
19. Reglas 9 a 13. El análisis en esas disposiciones se aplica también al mercado pertinente y a las cuestiones de poder sobre el mercado que tienen que ver con el análisis de las fusiones. Se debe señalar que el Artículo 9 del Reglamento expresamente declara en lo tocante a la definición de mercado que la Comisión tratará de identificar todos los productos sustitutos “tanto nacionales como extranjeros.” Aunque la CFC a menudo define como nacional un mercado atendiendo a las preferencias de los consumidores, las condiciones de distribución de los productos y otros factores que inciden en la oferta y la demanda, la Comisión por lo general considera las implicaciones de las importaciones reales y

potenciales y de la inversión extranjera a la hora de evaluar el poder sobre sustancial en el mercado de las empresas que operan en México.

20. La norma relativa a los precios predatorios que figura en el Reglamento de 1998 fue concebida para llegar a una decisión en este caso.
21. pág. 205.
22. pág. 190.
23. pág. 208.
24. Artículos 9 al 13 del Reglamento.
25. Publicado en el *Diario Oficial*, 24 de julio de 1998, pág. 20.
26. La transacción podría satisfacer los requisitos acerca de las notificaciones posteriores a la transacción aplicables a las transacciones que tienen fines de reestructuración, en virtud de la fracción II del Artículo 21 del Reglamento, pero solo si la casa matriz hubiera tenido participación mayoritaria en las acciones durante los tres años anteriores. Sin embargo, la CFC no considera necesario incluso la presentación de notificación con posterioridad a la transacción en las circunstancias descritas.
27. Si bien en la mayoría de los casos de concentraciones se han presentado las debidas notificaciones con antelación, esos totales reflejan también casos derivados de quejas presentadas a la CFC y de investigaciones iniciadas de oficio por la propia Comisión.
28. pág. 193.
29. pág. 205.
30. págs. 208. En una extensión de ese examen, el Informe de 1998 propuso también la creación de una única entidad encargada de administrar los reglamentos sectoriales para todos los mercados controlados. *Id.*
31. págs. 194, 208.
32. Artículo 32 de la LFCE. Todas las empresas, tanto nacionales como extranjeras, tienen los mismos derechos para presentar denuncias siguiendo los procedimientos aplicables.
33. Dos tribunales de alzada han fallado que la Comisión no tiene base definida en la ley para rechazar condición de parte a los denunciantes en los casos de concentraciones pendientes. La Suprema Corte de Justicia no ha dictado fallo al respecto, pero la Comisión podría verse obligada a conceder condición de parte introduciendo una enmienda a la fracción IV del Artículo 26 del Reglamento, o solicitar la reforma del Artículo 32 de la LFCE.
34. Artículo 30 del Reglamento.

35. Fracción IV del Artículo 33 de la LFCE.
36. La CFC estima que solo hay redacciones en el 15 por ciento de las resoluciones que emite, y que la extensión del texto eliminado de cualquier resolución dada es ínfimo (menos del 2 por ciento).
37. En el pasado, esos documentos de la Comisión no eran de dominio público, ni tampoco se divulgaban por otros medios a menos que el expediente del caso se divulgase durante la revisión judicial.
38. pág. 191.
39. Este enfoque, por el que la CFC se constituiría de hecho en tribunal para tratar casos antimonopolios planteados por particulares, parece ser legalmente permisible en el marco de procedimiento básico del Artículo 33 de la LFCE.
40. Richard D. Baker, *Judicial Review in Mexico: A Study of the Amparo Suit* [Examen del Poder Judicial de México: Estudio del juicio de amparo] (1971) p. 128. Véase también *id.* p. 268, donde se llega a la conclusión de que, con respecto al proceso del órgano de examen, la jurisdicción constitucional del poder judicial de México es comparable a la del poder judicial federal en los Estados Unidos.
41. No está permitido solicitar juicio de *amparo* para impugnar una resolución de la CFC hasta que esa parte haya interpuesto recurso de reconsideración de la Comisión y que ésta haya dictado resolución, con arreglo al Artículo 39 de la LFCE.
42. Las reglas de procedimiento de los juicios de *amparo* prevén un mecanismo para consolidar ante un único tribunal todos los juicios de *amparo* relacionados con el proceso de una entidad dada. Sin embargo, toda orden de consolidación está a discreción de los jueces, no siendo una cuestión de derecho.
43. En este respecto, los juzgados de distrito han venido ignorando una serie de decisiones de los tribunales de alzada que sostienen que los tribunales de *amparo* no pueden dictar suspensión de resoluciones de la CFC durante el examen judicial.
44. pág. 208.
45. pág. 197.
46. pág. 208.
47. La proporción de casos relativos y absolutos no es exactamente congruente con las proporciones de los casos verticales y horizontales ya que, en virtud de la LFCE, todos los casos absolutos son horizontales, pero no todos los casos relativos son verticales. Esto quiere decir que la

proporción real de los casos verticales y horizontales es inferior a las proporciones mencionadas en el texto.

48. Los datos brutos respecto de las multas impuestas por la Comisión parecen indicar mayor énfasis en los casos de prácticas monopólicas relativas que en los de prácticas monopólicas absolutas. La multa media impuesta por la CFC en el período comprendido entre 1998 y 2002 en casos de prácticas monopólicas relativas se eleva a 4.200.000 pesos (unos 399.000 dólares). En los casos de prácticas absolutas, la multa media se elevó solo a un 44 por ciento de la cifra correspondiente a los casos de prácticas relativas, alrededor de 1.840.000 pesos (unos 175.000 dólares). En realidad, sin embargo, la mayoría de las multas ordenadas en cuanto a las prácticas monopólicas relativas durante ese período fueron impuestas contra Telmex o su empresa filial Telcel: 15 multas por un total de 151.200.000 pesos (unos 14.300.000 de dólares), lo que representa 86 por ciento de todas las multas por prácticas relativas impuestas como sanción de 1998 a 2002. Si no se tomaran en cuenta las multas contra Telmex, la multa media en los casos de prácticas monopólicas relativas sería muy inferior, alrededor de 930.431 pesos (unos 88.300 dólares).
49. pág. 207.
50. Fracciones IV y V del Artículo 24 de la LFCE. De conformidad con el reglamento interno de la Comisión, la autoridad para emitir comentarios en virtud de la fracción IV recae en el Presidente, mientras que el Pleno se reserva el ejercicio de la autoridad conferida en virtud de la fracción V.
51. Fracción VI del Artículo 24 de la LFCE. Estas prerrogativas están reservadas también exclusivamente para el Pleno.
52. El Secretario Ejecutivo, obrando con la anuencia del Presidente, está autorizado a emitir opiniones de este tipo. Con todo, el Pleno de la Comisión podría preferir reservarse la solución de esas cuestiones, tal como ocurrió en las consultas relativas a CINTRA y Radio Móvil Dipsa (Telcel), mencionados en la fracción 3.4 de este Informe.
53. La CFC considera que los procedimientos en el marco del Artículo 14 constituyen defensa de la competencia y no aplicación de la ley ya que cuando la Comisión determina que una restricción estatal es nula, su determinación no es de obligatorio cumplimiento.
54. pág. 207.
55. pág. 207.
56. La CFC considera que los procedimientos con arreglo al Artículo 14 constituyen defensa de la competencia y no aplicación de la ley porque la determinación de la Comisión acerca de la existencia de una barrera al comercio interestatal no es de obligatorio cumplimiento.

57. pág. 208.
58. La dirección es www.cfc.gob.mx.
59. Un número considerable de los documentos del sitio web están disponibles también en inglés.
60. pág. 205.
61. págs. 205-06.
62. La intención declarada por la Comisión de formular sus criterios de compensación en términos de “buenas probabilidades” de recuperación de los costos en casos de precios desleales parece ser inobjetable. Cuando la Comisión finalmente tome una decisión en materia de compensación, debería también considerar la inclusión en sus criterios sobre precios desleales los principios de determinación de costos que fueron articulados en la resolución sobre Warner-Lambert del 6 de junio de 1996.
63. Algunos ejemplos relativamente no muy visibles pero que no obstante son ejemplos encomiables son las decisiones de la CFC relacionadas con el mantenimiento de un excelente sitio web, la obtención de certificación ISO, y la organización de conferencias sectoriales patrocinadas por APEC.
64. Castañeda, Gabriel, Santiago Levy, Gabriel Martínez y Gustavo Merino. “Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia Económica” El Trimestre Económico, Fondo de Cultura Económica, México, vol. LX (1), (enero-marzo de 1993), No. 237, págs. 230-256, en la pág. 247.
65. En comparación, durante el período de 1998 a 2002, la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos resolvió 86% de sus casos no relacionados con concentraciones antitrust mediante soluciones extrajudiciales.
66. Tanto el programa de lenidad como las soluciones extrajudiciales en virtud de la Regla 41 plantean también problemas por lo que respecta al riesgo que incurren las partes cooperantes a ser objeto de demandas de daños y perjuicios por particulares en virtud del Artículo 38 de la LFCE. La CFC debe considerar si necesita autoridad adicional reglamentaria para dar cuenta de este tipo de problemas.
67. Véase Título 8, Capítulos III y IV, del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior publicada en el *Diario Oficial* el 30 de diciembre de 1993.
68. *Diario Oficial*, 13 de dic. de 2002, p.56. Valdría la pena proponer también que los docentes que figuren en la lista de expertos consideren ajustar sus honorarios profesionales para adaptarlos a las posibilidades presupuestarias del poder judicial.

69. En casos de *amparo* que suponen examen de las decisiones de la CFC que fijan una multa, las reglas de procedimiento aplicables permite ya a la Comisión que pida a la parte que ha interpuesto recurso de alzada que deposite una caución que garantice el pago si la decisión de la Comisión se viera confirmada. Sin embargo, el requisito del depósito de una caución está a discreción del tribunal, por lo que debería revisarse este procedimiento de manera que se exija el depósito de una caución en todos los casos en que la CFC haya impuesto una multa.

ISBN 978-92-64-01221-9

Derecho y Política de la competencia en América Latina

Exámenes inter-pares en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú

© OECD / IDB 2007

DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA EN PERÚ

Examen Inter-Pares

-- 2004 --

Índice

Sumario	396
1. Antecedentes e historia de la Política de defensa de la competencia	399
1.1 Contexto económico y cultural	399
1.2 Antecedentes de las reformas económicas de mercado en Perú	400
1.3 Estableciendo el marco legal para una economía de mercado	401
1.4 Reforma económica y auge del Indecopi en la década de 1990.....	403
1.5 2000-2004: la reforma pierde impulso y el Indecopi poder. Los nuevos desafíos	404
2. Asuntos sustantivos: alcance y contenido de las leyes de defensa de la competencia peruanas	408
2.1 La Ley de Libre Competencia.....	409
2.2 La Ley de Acceso al Mercado.....	426
2.3 Las leyes sobre publicidad engañosa y competencia desleal	430
2.4 La Ley de Protección al Consumidor.....	432
2.5 Reglamentos internos antidumping y sobre salvaguardias	433
2.6 Normas Técnicas y de Acreditación	435
2.7 Las leyes sobre la Propiedad Intelectual	436
2.8 La ley de Salida del Mercado.....	436
3. Cuestiones institucionales	436
3.1 Estructura organizativa del Indecopi.....	437
3.2 Procedimientos de tramitación de causas, y otros, del Indecopi.....	441
3.3 Facultades de investigación y correctoras del Indecopi	442
3.4 Recursos relativos al derecho de la competencia y carga procesal del Indecopi.....	444
3.5 Acciones privadas de reclamación de daños y perjuicios	447
3.6 La amplitud del mandato del Indecopi.....	447
3.7 Asuntos internacionales	451

4. Política de la competencia en sectores regulados	451
4.1 El sector de las telecomunicaciones.....	452
4.2 El sector del transporte.....	454
4.3 El sector de la energía.....	455
4.4 Otros sectores.....	456
5. Propugnación de la competencia por el Indecopi	457
6. Evaluación y Recomendaciones	460
Notas	470
Bibliografía.....	476
Apéndice	479

Recuadros

Recuadro 1. Herramientas básicas de la Ley de Defensa de la Competencia.....	409
Recuadro 2. Otros casos de acuerdos restrictivos de la competencia horizontales	417
Recuadro 3. Otros casos de abuso de posición dominante.....	421
Recuadro 4. Una muestra de casos de fusión sometidos al Indecopi	425

Sumario

Perú es un país en vías de desarrollo con un historial proteccionista, de “sustitución de importaciones” y una considerable intervención estatal en la vida económica. Esto ha impedido su crecimiento económico sostenido, al excluir la inversión extranjera al tiempo que dilapidaba sus propios recursos en subsidiar ineficiencias. A finales de la década de 1980, Perú experimentó una contracción acelerada del PBI y una tasa de inflación de cuatro dígitos.

La legislación y las políticas en materia de competencia se introdujeron formalmente en Perú en 1991 dentro de un amplio programa de liberalización, si bien el verdadero punto de inflexión lo marcó en 1993 la creación de una nueva agencia pública “autónoma”, el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. El Indecopi, como se le conoce, fue responsable de la “ley de libre competencia”, de una “ley de acceso al mercado” contra reglamentaciones que imponían barreras de acceso injustificadas, y de una amplia gama de otras normas pertinentes para las reformas económicas basadas en el mercado. Con el decidido apoyo del Presidente, Indecopi pronto devino un potente impulsor de las reformas internas de Perú y uno de los más elocuentes paladines de la competencia entre los países en vías de desarrollo.

Las leyes de libre competencia y de acceso al mercado de Perú constituyen el núcleo de la legislación y de las políticas en materia de defensa de la competencia: prohibición de conductas contrarias a la competencia por las empresas y aplicación del principio fundamental de que los gobiernos no deben restringir la actividad económica más allá de lo imprescindible para alcanzar otros objetivos sociales. La amplitud del mandato de Indecopi ha facilitado la función de la agencia como promotora de mercados competitivos en un sentido amplio, si bien muchas de sus actividades –particularmente las relacionadas con los procedimientos concursales, los procesos de normalización y homologación y la protección de la propiedad intelectual– guardan mucha menor relación con aspectos clave de la política de defensa de la competencia que otras numerosas actuaciones acometidas por autoridades públicas, como la promulgación de normas de interconexión o la privatización de activos estatales, materias en las que el Indecopi carece por completo de competencias. De esta forma, incluso el amplio mandato conferido al Indecopi deja al margen algunos aspectos importantes de la política de defensa de la competencia, y algunos de sus órganos funcionales contribuyen poco a la elaboración de políticas por el Indecopi o a la propia eficiencia operativa del Instituto.

Durante la década de 1990, las actividades del Indecopi relacionadas con la competencia consistieron principalmente en labores de formación y promoción, así como en la resolución, tanto por conciliación voluntaria como cuasi-judicial, de conflictos entre empresas o entre uno o más consumidores y una empresa. La agencia intervino en varios casos importantes, pero concitó las críticas de algunos sectores que le reprocharon la falta de un mayor compromiso en exigir el cumplimiento de la ley. En la actualidad, parece existir un creciente consenso (tanto en el seno del propio Indecopi como fuera de éste) favorable a dicho enfoque más proactivo en lo que respecta a exigir el cumplimiento de la ley, y algunos consideran que el Indecopi ya ha avanzado en esa dirección. Aunque la formación y la promoción continúan siendo esenciales, el Indecopi debería ciertamente procurar conocer de oficio un mayor número de casos de libre competencia y acceso al mercado para así poner mejor de manifiesto la utilidad práctica de su trabajo.

Sin embargo, se impone también reformar el Indecopi para reforzarlo. Durante el gobierno de transición de 2000-2001, así como con el gobierno actual, varios acontecimientos han confirmado lo que desde hace años algunos venían advirtiendo: que la agencia carecía de suficientes salvaguardas de su autonomía. Como resultado de esos sucesos, la reputación del Indecopi como árbitro independiente e imparcial quedó mellada. Es importante, pues, que Perú revise la ley por la cual se rige el Indecopi para reforzar la autonomía –tanto real como percibida– de los órganos que adoptan las decisiones en primera instancia en el Indecopi, como la Comisión de Libre Competencia, y del órgano decisorio en segunda instancia, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Por otra parte, el Indecopi ya no recibe financiación alguna del Tesoro Público. La agencia siempre ha confiado en gran medida en la autofinanciación, y los profundos problemas de incentivos inherentes a dicho sistema se hicieron más visibles y graves cuando la financiación pública cesó por completo en 2003. En la actualidad, el Indecopi sólo puede realizar sus funciones directamente relacionadas con la defensa de la competencia (así como otras actividades no remuneradas) subiendo de forma desproporcionada las tasas de registro y las que percibe por otros servicios, o bien determinando el importe de sus multas de forma que éstas cubran sus propios costes, en lugar de tomar en consideración el objetivo de penalizar y disuadir las conductas que constituyen infracción de ley. De proseguir en esta línea de actuación, el Indecopi no podrá recuperar o mantener la confianza de los peruanos ni de la comunidad internacional.

Pese a las numerosas demandas de provisión de fondos públicos que revisten importancia, Perú debería proporcionar financiación suficiente a las Comisiones de Libre Competencia y de Acceso al Mercado, de forma que éstas pudieran ocuparse de los casos instados mediante “denuncia” y dedicar recursos adicionales a investigar de oficio otros casos. La financiación de una institución de este tipo podría ser más que rentable, beneficiando a todos los peruanos al

incrementar la eficiencia y reducir el tamaño de la economía sumergida peruana, que asciende al 60 por ciento del PIB (y parece aumentar). Ambas Comisiones deberían seguir fundamentando sus decisiones en consideraciones de eficiencia económica, y al mismo tiempo no desdeñar la posibilidad de haber confiado en exceso, en decisiones anteriores, en conceptos propugnados por la Escuela de Chicago.

Un Grupo de Trabajo del Indecopi estudia en la actualidad eventuales modificaciones alternativas a la Ley de Libre Competencia. En particular, se hace imperativo establecer algún sistema de control de las concentraciones, así como tipificar legalmente las medidas jurídicas de carácter general aplicables a los cárteles explícitos. Quizá también convenga realizar otras modificaciones.

Por otra parte, además de continuar con su labor de promoción de la competencia, tarea por la cual se ha ganado justificadamente cierto renombre, el Indecopi debería poner un mayor énfasis, y por separado, en sus funciones en materia de Libre Competencia y de Acceso al Mercado, y debería explicar de la manera más clara posible cómo estas funciones pueden beneficiar –y benefician de hecho– a toda la economía peruana, y no solamente al denunciante “formal” o a otras “víctimas” directas de infracciones concretas. El público debe entender que estos casos implican asuntos importantes de política económica, en los que tienen un interés directo, y que no se trata de disputas básicamente privadas (como puede ser el caso en los supuestos de competencia desleal).

El desafío al que se enfrentan el Indecopi y Perú es grande. El Plan de Acción Individual (IAP) oficial que Perú remitió recientemente al APEC afirma:

“Las políticas orientadas a la competencia y al mercado en Perú y en la Región Andina han de afrontar la oposición de la mayoría de la población empobrecida, que no tiene una percepción clara de las ventajas de una economía de mercado... La creciente oposición ha paralizado todo intento de implementar reformas que son necesarias y de mejorar el entorno de la competencia.”

Por supuesto, la actividad reformadora no se ha detenido por completo y el IAP ofrece la conclusión optimista de que “existe una oportunidad de cambiar la percepción negativa de la población sobre las políticas orientadas por la competencia y el mercado”. Pero la descripción del IAP deja claro que las reformas de mercado exigen no sólo que se fortalezca al Indecopi, sino un apoyo mayor y visible por el gobierno y sus ministros para lo que el gobierno continúa describiendo como su programa de liberalización del mercado. Las autoridades públicas deberían tratar de explicar las ventajas de una economía de mercado y rechazar con firmeza, en lugar de repetir, las críticas populistas que contribuyen a aumentar los miedos y percepciones erróneas del público.

Entre otras estrategias posibles, el gobierno debería destacar el hecho de que las reformas inspiradas en el mercado están mejorando las condiciones de vida de la mayoría de los peruanos, por ejemplo al reducir el coste y mejorar

el alcance y la calidad del servicio telefónico y de la electricidad. También debería darse publicidad a investigaciones financiadas por el BID que muestran los resultados satisfactorios del trabajo del Indecopi en materia de defensa de la competencia. Y, asimismo, explicarse el programa de reforma del sistema judicial propuesto recientemente como una manera de mejorar la capacidad del mercado para proporcionar ventajas reales al público. Tanto el Indecopi como el resto del gobierno peruano deberían aprovechar cualquier oportunidad para mostrar que, a pesar de dificultades transitorias que pudiesen requerir especial atención, los ciudadanos de Perú estarán mejor cuando sea el mercado –y no los oportunistas, monopolistas y burócratas– el que determine el precio y la calidad de los bienes y servicios que demandan.

1. Antecedentes e historia de la Política de defensa de la competencia

La política en materia de competencia se introdujo en Perú a principios de la década de 1990 en el marco de un programa general de liberalización económica. Décadas de proteccionismo y de intervencionismo estatal habían conducido al colapso económico, pero el Presidente recién elegido que introdujo estas políticas había hecho campaña contra ese programa. Además, la ley de libre competencia y otros aspectos del programa de reformas se adoptaron mediante Decretos Presidenciales, muchos de ellos promulgados durante un período en que el Congreso se encontraba disuelto. Uno de los resultados de esta situación es que las leyes reflejan un compromiso más claro con la eficiencia económica que el de muchos otros países, y durante toda la década de los noventa los funcionarios peruanos competentes en la materia recibieron el decidido apoyo del Presidente. Ahora bien, aunque las reformas tuvieron éxito y algunas veces contaron con el apoyo popular, las leyes y políticas no obtuvieron amplio consenso entre el público, ni siquiera entre los funcionarios públicos. En los últimos años, una evidente caída del apoyo al Presidente y varios acontecimientos han menoscabado la política en materia de competencia y otros aspectos de la reforma económica.

1.1 *Contexto económico y cultural*

Un análisis de los retos que conllevaba introducir en Perú la legislación y las políticas en materia de competencia debe comenzar con un repaso a la historia política y económica reciente del país, lo que a su vez requiere considerar el tamaño de Perú y su asombrosa diversidad en aspectos tales como su topografía, composición étnica, idioma, riqueza y costumbres.

Situado en la costa occidental de América del Sur, Perú es por extensión el tercer mayor país de Sudamérica y el vigésimo del mundo. (En términos comparativos, es algo mayor que Sudáfrica, casi el doble que Chile y apenas

menor que Francia, Alemania y España juntos.) Su punto más septentrional está en el Ecuador, limitando con Ecuador y Colombia. Desde ahí Perú se extiende hacia el sudoeste abarcando planicies costeras de clima moderado, y, hacia el sudeste, parte de la casi impenetrable cuenca amazónica. Estas dos regiones están divididas por la cordillera de los Andes, cuyas laderas tropicales dan paso a picos nevados que rondan los 7.000 metros de altitud.

Perú, con unos 30 millones de habitantes, es, por población, el quinto país de Sudamérica y el 39° del mundo. Los mestizos (descendientes tanto de indígenas como de europeos) se han convertido en el grupo predominante y constituyen aproximadamente el 50 por ciento de la población. Los nativos americanos constituyen el 35 por ciento, pero este grupo es muy diverso. Por ejemplo, los amerindios andinos son étnica y lingüísticamente diferentes de los diversos grupos indígenas que viven en el lado oriental de las montañas y en las llanuras tropicales que bordean la cuenca Amazónica. La población caucásica, que vive principalmente en Lima y en otros lugares de la costa, se ha reducido al 10 por ciento de la población y ha ido perdiendo su posición en la élite política y económica. Los antepasados del 5 por ciento restante de la población son mayormente africanos y asiáticos.

En términos económicos, el Comité de Asistencia al Desarrollo de la OCDE clasifica a Perú como país de renta media-baja (PRMB). En términos comparativos, otros países PRMB de América Central y del Sur y del Caribe son Belice, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, Paraguay y Surinam.¹ Seis países de Centro y Sudamérica están clasificados como de renta media-alta: Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Panamá, Uruguay y Venezuela. En concreto, el PIB de Perú es el quinto de Centro y Sudamérica y el 47° del mundo; pero su PIB *per capita* es muy inferior: el noveno de Centro y Sudamérica y el 120° del mundo. Aproximadamente el diez por ciento del PIB procede de la agricultura, representando la industria casi el 27% y los servicios el restante 63%. Al menos el 60% de la actividad económica de Perú se desarrolla en el ámbito de la economía sumergida, lo que origina, entre otras cosas, problemas de sanidad y seguridad, al tiempo que priva a la hacienda pública de ingresos tributarios.

1.2 *Antecedentes de las reformas económicas de mercado en Perú*

El sistema político y las políticas económicas de Perú también han experimentado cambios asombrosos. Aunque está en marcha un programa de descentralización, el gobierno peruano siempre estuvo muy centralizado y, como muchos países de la zona, Perú tiene una arraigada tradición de participación estatal o de control estatal de la actividad económica. A partir de 1963, Perú se centró en particular en un modelo de desarrollo económico de

“sustitución de importaciones”, que incluye la manipulación del comercio y de los tipos de cambio, así como una amplia regulación de los precios y de la entrada. En los años 70, el gobierno militar de Perú estrechó lazos con el mundo comunista, llegando a ser el principal cliente militar de la Unión Soviética en América Latina.

En 1979 se adoptó una nueva Constitución y en 1980 el nuevo gobierno, democráticamente elegido, buscó entablar mejores relaciones con sus países vecinos y otros países occidentales. No obstante, en 1985, con la elección de Alan García como Presidente, Perú retornó a posiciones de no-alineamiento, al populismo económico y a políticas “anti-imperialistas”. Estas políticas económicas, unidas a la creciente violencia del “Partido Comunista de Perú – Sendero Luminoso”, de tendencia maoísta, y a una grave epidemia de cólera, contribuyeron a la virtual desintegración de la economía, del sistema de partidos políticos y del Estado. El resultado fue la concurrencia en las elecciones presidenciales de 1990 de dos políticos novatos, Alberto Fujimori y el novelista Mario Vargas Llosa². Unas elecciones que ganó Fujimori, en parte porque Vargas Llosa comprometió su imagen de independiente al unirse a un partido político tradicional.

1.3 Estableciendo el marco legal para una economía de mercado

Al no tener obligaciones hacia ningún partido tradicional, Fujimori pudo seguir un enfoque de gobierno pragmático. Durante la campaña, se había opuesto a las reformas económicas “neoliberales” propugnadas por Vargas Llosa, pero la necesidad de controlar la inflación pronto condujo a Fujimori a emprender esas mismas reformas. Eliminó la mayoría de los subsidios, renegoció el pago de la deuda que García había suspendido y logró que el Congreso promulgara una nueva ley de inversión extranjera que eliminó la mayoría de las medidas discriminatorias aplicadas a los extranjeros en esta materia. Además, se levantaron todas las restricciones cuantitativas directas a las importaciones y se redujeron los aranceles de manera sustancial. Estas reformas condujeron a considerables subidas de precios y la popularidad de Fujimori declinó durante un tiempo, pero, hacia finales de 1991, la inflación anual se había reducido a “sólo” el 139 por ciento y Perú había iniciado un período de crecimiento económico sostenido.

Pese a haber conseguido obtener del Congreso la aprobación de algunas reformas e imponer otras por Decreto Presidencial, Fujimori consideraba al Congreso como un obstáculo tanto para la reforma económica como para una actuación eficaz contra la intensidad creciente del terrorismo de Sendero Luminoso. Más aún, consideraba que la Constitución de 1979 contenía disposiciones no democráticas y que establecía una planificación económica

permanente y la intervención pública del mercado. Por tanto, con el respaldo de las fuerzas armadas, Fujimori protagonizó un “autogolpe” el 5 de abril de 1992, suspendiendo la Constitución de 1979 y disolviendo el Congreso. Aunque generó preocupación en la comunidad internacional, el autogolpe, al parecer, gozó de popularidad entre muchos peruanos, en especial entre los militares, la comunidad empresarial y las clases medias y bajas urbanas. La Constitución modificada, que se aprobó en diciembre de 1993, contiene diversas reformas democráticas y también introduce una disposición sobre la política en materia de competencia. El Artículo 61 prescribe lo siguiente:

“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.”

La Constitución también establece que el Estado únicamente puede asumir una actividad económica si (a) ha sido autorizado expresamente por ley, (b) el sector privado no puede satisfacer la demanda, y (c) la actividad sirve al interés público y a la “conveniencia nacional”. (Este tercer requisito parece significar que el Estado deberá concentrarse en funciones esenciales tales como la seguridad nacional y la administración de justicia.)

La mayor parte de las disposiciones legales de Perú que conforman la legislación y las políticas en materia de competencia son “decretos-leyes” que Fujimori promulgó en 1991 y 1992, en el marco de su impulso inicial por sentar las bases de una economía de mercado. Uno de dichos decretos creó una nueva agencia, el Indecopi (Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual), destinada a ejercer de árbitro y como promotor de la actividad del mercado. A esta entidad le fue otorgado un mandato asombrosamente amplio, que incluía la resolución de conflictos y competencias ejecutivas en cuanto a la aplicabilidad de la ley en los siguientes campos: (a) la ley de libre competencia; (b) una “ley de acceso al mercado” contraria a normativas oficiales que imponían injustificadas barreras de acceso al mercado; (c) una “ley de publicidad y competencia desleal”, cuyo objetivo es proteger a las empresas contra determinadas prácticas “deshonestas”; (d) una ley de protección del consumidor que regule no sólo las prácticas desleales o engañosas, sino casi todos los aspectos relacionados con la actividad del consumidor; (e) procedimientos anti-dumping y de salvaguardia; (f) leyes de protección de los derechos de autor, marcas y patentes; (g) el establecimiento de estándares voluntarios y obligatorios para productos y de entidades de homologación; y (h) una “ley de salida del mercado” que establecía un procedimiento cuasi-judicial para gestionar las insolvencias.

Aunque con respecto a ciertos asuntos estaba subordinado al Ministerio de Industria, el Indecopi fue creado como una agencia autónoma, con el fin de limitar la interferencia de los Ministerios tradicionales. Por otra parte, debido a

que el gobierno quería proporcionar una alternativa al poder judicial peruano, el cual era (y es) considerado lento, impredecible y corrupto, el Indecopi se creó al menos tanto para resolver conflictos privados como para dedicarse a hacer cumplir la ley. Estos problemas referentes al poder judicial peruano (y, más generalmente, a la aceptación del imperio de la ley) han sido y continúan siendo impedimentos muy importantes para el desarrollo económico de Perú.

1.4 *Reforma económica y auge del Indecopi en la década de 1990*

El Indecopi abrió sus puertas en marzo de 1993 y rápidamente adquirió una reputación de transparencia, eficiencia y predecibilidad no habitual en Perú. El Presidente Fujimori respaldó la misión de la agencia, respetó su autonomía y movilizó a todo el gobierno en pro de las reformas de mercado. Tanto el Indecopi como Perú experimentaron un éxito considerable durante la década de 1990. Lo que es más, hasta 1998 al menos, cuando la economía peruana fue golpeada por la crisis económica internacional y el fenómeno meteorológico de “El Niño”, el porcentaje de peruanos que vivía en extrema pobreza disminuyó considerablemente.³ Sin embargo, el descontento popular que siguió a estos contratiempos puso de manifiesto la falta de una amplia comprensión de estas reformas, y de apoyo a las mismas.

Con respecto a la legislación y a las políticas en materia de competencia, competencia desleal y protección del consumidor, las actividades del Indecopi consistieron inicialmente en labores de promoción y formación,⁴ así como en la resolución voluntaria o cuasi-judicial de conflictos entre empresas, o entre uno o más consumidores y una empresa. La agencia desarrolló una actividad mucho menor en hacer cumplir la legislación, aunque adoptó una postura firme ante determinados cárteles explícitos (por ejemplo, el famoso “Caso de los Pollos”)⁵ y al valorar el fundamento de normativas oficiales (por ejemplo, aboliendo una disposición municipal que exigía que los taxis fueran pintados de amarillo). En el ámbito de la propiedad intelectual, el Indecopi también fue mucho más activo en su papel de promotor que de vigilante del cumplimiento de la legislación.⁶ En cierta medida, la preferencia del Indecopi por las labores de promoción sobre la acción coercitiva (salvo para abolir reglamentaciones contrarias a la competencia) hizo manifiesta la intención generalmente aceptada de introducir la legislación y las política en materia de competencia, pero también reflejó lo que algunas veces pudo haber sido una excesiva dependencia de las teorías de la Escuela de Chicago,⁷ y algunos expertos abogaron por un enfoque más proactivo en el ejercicio por la agencia de sus competencias para hacer cumplir la ley.⁸

En otras áreas, la Comisión Antidumping mostró un respeto poco habitual hacia consideraciones en materia de competencia. Se dice que la Comisión de

Salida del Mercado se creó y encomendó al Indecopi por dos razones: (i) los Tribunales eran ineficientes y carecían de procedimientos para abordar las insolvencias al margen del proceso de liquidación; y (ii) las liquidaciones y reestructuraciones pueden afectar a los niveles de concentración. Sin embargo, teniendo en cuenta que la ley de competencia no mostró interés sobre los efectos de las fusiones o adquisiciones sobre los niveles de concentración, la última explicación parece dudosa.

Se ha escrito bastante acerca de las actividades del Indecopi en la década de 1990; su disposición a auspiciar el debate de políticas y a participar en el mismo fue, al parecer, una de sus señas de identidad. Sin embargo, al revisar dicho material desde la perspectiva de la legislación y las políticas en materia de competencia, algunas personas han extraído conclusiones exageradas sobre los asuntos “directamente relacionados” con la competencia abordados por el Indecopi, es decir, las actividades de las Comisiones de Libre Competencia y de Acceso al Mercado. El problema es que gran parte de la documentación se refiere a *todos* los procedimientos de Indecopi, exceptuando los relacionados con la propiedad intelectual, como casos de “competencia”, simplemente porque el conocimiento de dichos casos en apelación corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia. Así, un informe señala que entre 1993 y 1997 el Indecopi tramitó 8.648 procedimientos en materia de “competencia”, pero el 51 por ciento de éstos fueron quiebras y el 45 por ciento consistieron en supuestos de protección al consumidor y publicidad y competencia desleales. Incluso sumados a los casos sobre estándares y los casos de anti-dumping, los asuntos puramente de competencia representaron solamente el 4 por ciento de los denominados procedimientos en materia de competencia.

Pese al número relativamente bajo de procedimientos específicamente de competencia, a finales de los años 90 el Indecopi se había convertido en una institución respetada tanto en Perú como en el ámbito internacional por su transparencia, integridad y competencia en asuntos directamente relacionados con la defensa de la competencia.⁹ Sin embargo, ya existía cierta preocupación sobre lo que un observador ha denominado la “fragilidad institucional” del Indecopi¹⁰ y su capacidad para mantener la autonomía y eficacia, en especial a la vista de que algunos Ministerios continuaban resistiéndose a las reformas inspiradas en el mercado y de que los Tribunales podían paralizar las acciones del Indecopi.¹¹

1.5 2000-2004: la reforma pierde impulso y el Indecopi poder. Los nuevos desafíos

Aunque Fujimori fue reelegido para ocupar la presidencia en el año 2000, los escándalos de corrupción (relacionados sobre todo con su jefe de espionaje ahora encarcelado, Vladimiro Montesinos) lo llevaron a buscar refugio en

Japón, donde permanece. Un gobierno de transición rigió entre noviembre de 2000 y julio de 2001, cuando Alejandro Toledo asumió su cargo de Presidente elegido democráticamente. Estos dos gobiernos han continuado promoviendo en principio reformas económicas basadas en la defensa del mercado pero, ante una oposición creciente, no han sido capaces de explicar o no han tenido la voluntad de impulsar con éxito la agenda de las reformas de mercado. Por ejemplo, la privatización del sector eléctrico deparó beneficios a muchos, al aumentar la disponibilidad de electricidad y mejorar así las condiciones de vida. Sin embargo, en julio de 2002 el gobierno estimó oportuno cancelar dos privatizaciones de empresas eléctricas al haber sido incapaz de persuadir a los ciudadanos afectados sobre esos beneficios y de afrontar objeciones sustantivas, tales como la falta de transparencia al otorgar concesiones y una regulación tarifaria supuestamente inadecuada.

La situación es grave. De acuerdo con el Plan de Acción Individual (IAP) que Perú presentó recientemente ante la APEC:

“Las políticas orientadas a la competencia y al mercado en Perú y en la Región Andina han de afrontar la oposición de la mayoría de la población empobrecida, que no tiene una percepción clara de las ventajas de una economía de mercado... La creciente oposición ha paralizado todo intento de implementar reformas que son necesarias y de mejorar el entorno de la competencia.”

El IAP prosigue para finalmente concluir que “hay una oportunidad de cambiar la percepción negativa de la población hacia las políticas orientadas a la competencia y el mercado”. Pero la descripción del IAP deja en claro que la reforma del mercado requiere no sólo que se fortalezca al Indecopi, sino un apoyo mayor y visible por parte del gobierno y sus ministros para lo que el gobierno continúa describiendo como su programa de liberalización del mercado. En la actualidad, sin embargo, está claro que los burócratas de alto nivel no respaldan uniformemente dicha reforma y no están contribuyendo a educar al público sobre sus ventajas. Por ejemplo, en una conferencia de la UNCTAD celebrada recientemente en Lima, el Vicepresidente Segundo de Perú pronunció un discurso introductorio crítico con la liberalización del mercado y la privatización, quejándose de tarifas abusivamente elevadas en las telecomunicaciones, sin mencionar que son menores gracias a las reformas económicas, condenando a la Organización Mundial del Comercio y a las empresas multinacionales por destruir empresas peruanas y acusando al Indecopi de no hacer nada para detener el dumping por empresas extranjeras.

Es más, varias medidas adoptadas durante la legislatura actual o por el actual gobierno han menoscabado no poco la autoridad del Indecopi. Unos dos meses después de constituirse el gobierno actual, todos los miembros de la Comisión Antidumping del Indecopi renunciaron a su cargo el mismo día y

fueron reemplazados cuatro días más tarde por Comisionados presididos por un directivo petrolero y funcionario de la Sociedad Nacional de Industrias de Perú. Poco después, la Secretaría Técnica de la Comisión dimitió. Estos sucesos son importantes porque se cree que un ministro del gobierno orquestó los cambios al nivel de comisión, y que la Secretaría optó por renunciar antes que implementar las nuevas políticas, supuestamente más proteccionistas, de la Comisión. Como consecuencia de la reciente división del Ministerio de Industria en un Ministerio de la Producción y un Ministerio de Comercio y Turismo, el Indecopi rinde ahora a la Presidencia del Consejo de Ministros en lugar de al Ministerio de Industria, pero la independencia de quienes toman decisiones en primera y segunda instancia en Indecopi continúa en entredicho.

Además, si bien los tres primeros presidentes del Indecopi poseían capacidad y experiencia relevante, el gobierno actual nombró al (entonces) poco conocido asesor presidencial, César Almeyda. El nombramiento mismo alimentó especulaciones de que el gobierno intentaba controlar el Indecopi, quizás con el fin de frustrar en lugar de promover la competencia. Desde entonces, Almeyda mismo creó controversia con declaraciones públicas sobre el fondo de casos aún pendientes en las unidades “independientes” cuasi-judiciales del Indecopi. Asimismo, Almeyda ocasionó una notable rotación de funcionarios en el Tribunal y las Comisiones durante el periodo comprendido entre febrero de 2002 y febrero de 2003, mientras ocupó la presidencia. Una consecuencia de esta rotación de funcionarios fue que, de los cuatro miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia, únicamente su presidente puede acreditar un conocimiento relevante sobre legislación y política en materia de competencia. Los otros miembros bien pueden ser académicos ilustres, pero su relativa falta de experiencia profesional en temas de competencia suscita controversia, especialmente porque se añade a la preocupación que se expresa con frecuencia de que el Indecopi no es independiente del gobierno. Los efectos de todos estos cambios aún no están claros, ya que Almeyda ha sido encarcelado acusado de corrupción (por asuntos del todo ajenos al Indecopi) y el ex gerente general de Indecopi, Fernando Arrunátegui Martínez, lleva más de un año como Presidente Interino del Instituto. *[Con posterioridad al debate de este informe, el 14 de junio de 2004 fue nombrado Presidente de Indecopi Santiago Roco, miembro del Tribunal.]*

Debido por lo menos en parte a las preocupaciones sobre la independencia de Indecopi, la política en materia de competencia es un asunto que hoy en día genera cierta controversia en Lima. Por ejemplo, un amplio sector considera que el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Indecopi están adoptando una “línea más dura” hacia el Antidumping que el Ministerio de Economía y Finanzas o que el Ministerio de Comercio. Más aún, algunas decisiones recientes del Tribunal crearon controversia, al rectificar un dictamen previo que tipificaba específicamente a los cárteles explícitos, corregir su posición

anterior sobre publicidad comparativa subjetiva y aparentemente implicar (por vez primera) que la fijación de un precio excesivo vulneraba la ley sobre la competencia. Incluso la comunidad empresarial y los abogados defensores, los supuestos beneficiarios de estas resoluciones, las consideraron confusas y expresaron su temor a que unas resoluciones impredecibles pudieran traslucir la influencia del gobierno tras bambalinas. Los partidarios de la reforma económica reclaman nuevas medidas legales para garantizar la autonomía del Indecopi y, mientras, sus órganos directivos se enfrentan al reto de recuperar su independencia real y percibida.

El Indecopi también ha de afrontar serios problemas presupuestarios. En 2003 el gobierno dejó de prestar financiamiento al Indecopi, si bien el Tesoro nunca ha proporcionado más del 30 por ciento de su presupuesto. Hubo un tiempo en que el resto provenía principalmente de tasas y cánones percibidos por registros de la propiedad intelectual y trabajos relacionados con quiebras, así como por los exiguos expedientes previos a fusiones tramitados en relación con adquisiciones en el sector eléctrico (el único sector en el que Perú tiene alguna forma de control sobre las fusiones). En la actualidad, sin embargo, las multas que el Indecopi impone representan el 58 por ciento de su presupuesto.

En el pasado, algunos consideraban el autofinanciamiento del Indecopi como una ventaja, ya que podría proporcionarle independencia financiera del gobierno, pero se ha hecho evidente ahora que el sistema incentiva al Indecopi a centrarse en los servicios por los que cobra (y a cobrar un precio excesivo) y en imponer grandes multas. No hay pruebas de que el Indecopi haya impuesto multas o incrementado su importe para financiar sus actividades, pero los administradores del Indecopi, por necesidad, intentarán anticipar en qué casos terminará imponiéndose una multa. Es sintomático, tanto del precario estado financiero del Indecopi como del problema del autofinanciamiento a partir de multas, el hecho de que la agencia afronte problemas nuevos y considerables debido a una nueva ley que suspende automáticamente todas las multas hasta tanto no concluya por completo el proceso de revisión judicial, lo que puede suponer fácilmente unos ocho años.

Este problema de falta de recursos se ve exacerbado por el hecho de que las Comisiones del Indecopi se crearon en gran medida para proporcionar una alternativa a los tribunales judiciales. En Perú, cualquier persona física o jurídica puede instar un procedimiento formal presentando una “denuncia” y depositando una suma. De esta manera, cualquier ingreso con que el Indecopi pudiera contar para subvenir necesidades creadas por actividades relacionadas directamente con la defensa de la competencia deberá estar disponible para conocer de casos que podrían tener poca relevancia pública. Pese a su aparente deseo de ejercer de oficio su facultad de vigilancia del cumplimiento de la ley, el mandato de resolución de conflictos del Indecopi y su escasez de recursos hacen muy difícil su ejercicio efectivo.

A pesar de los desafíos afrontados en estos últimos años, el Indecopi ha obtenido algunos éxitos sonados en algunos casos relacionados con la defensa de la competencia, reforzando la confianza en el mercado con la resolución de conflictos en las áreas de publicidad, competencia desleal y protección del consumidor, y con su dedicación a promover la competencia. La cuestión que hoy se plantea es si el Indecopi –con su propio esfuerzo y un mayor respaldo del gobierno a su misión– puede recuperar la independencia y competencia, tanto reales como percibidas, que necesita para poner en práctica un programa que demuestre el valor de la legislación y las políticas en materia de defensa de la competencia y, en general, de las reformas basadas en el mercado.

2. Asuntos sustantivos: alcance y contenido de las leyes de defensa de la competencia peruanas

Perú dispone de dos leyes que regulan las dos materias más directamente relacionadas con la defensa de la competencia, a saber, la represión de conductas restrictivas de la competencia por empresas y la abolición de restricciones a la competencia por organismos públicos. La Ley de Defensa de la Competencia es la ley de defensa más convencional de Perú, aplicable a todas las personas naturales y jurídicas que realicen una actividad económica, así como a todas aquellas personas que ejerzan la dirección o la representación de entidades que incurran en actividades ilegales. La ley no prevé un régimen de exención, pero, en virtud de su tenor, sus términos no se aplican a entidades que no realicen actividad económica, quedando excluidas de su alcance, por tanto, los organismos públicos con funciones puramente regulatorias. Por otra parte, la ley no se aplica a las cuestiones de acceso o interconexión en sectores de infraestructuras en régimen monopolístico, que están bajo la jurisdicción de entes reguladores sectoriales. No se prevé ningún régimen especial para las pequeñas empresas, ni para prácticas o conductas no significativas (*regla de minimis*).

Además, al igual que un número creciente de países, Perú no hace de la defensa de la competencia el único medio para eliminar regulaciones que restrinjan la competencia. La Ley de Acceso al Mercado de Perú proporciona un medio de oponerse a normas reglamentarias restrictivas de la competencia cuando éstas no estén refrendadas por ley o cuando no guarden una relación razonable con fines autorizados.

El Indecopi también vigila el cumplimiento de otras leyes relacionadas de una u otra manera con las reformas de mercado. Debido a que a menudo se alega que las múltiples funciones del Indecopi potencian su capacidad de promover la política de defensa de la competencia y de reformas de mercado, en este apartado también se abordan dichas leyes, prestándoseles mayor o

menor atención según el grado de relación que guarden con asuntos centrales para la defensa de la competencia.

2.1 *La Ley de Libre Competencia*

La finalidad de la Ley de Libre Competencia se enuncia en su artículo 1, y consiste en “eliminar las prácticas monopolísticas, de control y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores”. La mención que hace el artículo a la libre competencia y a los beneficios para el consumidor, junto con la ausencia de cualesquiera objetivos distintos de la eficiencia, hace de esta disposición una declaración singularmente clara de la intención de promover la eficiencia económica. Esta falta de ambigüedad, inusual, podría deberse a que la ley es un Decreto Presidencial, y no producto de un compromiso del tipo que los legisladores suelen considerar necesario.

Recuadro 1. Herramientas básicas de la Ley de Defensa de la Competencia

Las leyes generales de defensa de la competencia suelen abordar los problemas del poder monopolístico en tres entornos formales: relaciones y acuerdos entre empresas que, bajo cualquier otro aspecto, son independientes entre sí; actuaciones por parte de una sola empresa, y combinaciones estructurales de empresas independientes. La primera categoría, relativa a los denominados **acuerdos**, a menudo se subdivide con fines analíticos en dos grupos: acuerdos “horizontales”, entre empresas que desarrollan las mismas actividades, y acuerdos “verticales”, entre empresas que operan en diferentes etapas de la producción o distribución. A la segunda categoría se la denomina “**monopolización**” en algunas legislaciones y, en otras, “**abuso de posición dominante**”; los ordenamientos jurídicos que utilizan terminologías diferentes han desarrollado enfoques algo distintos respecto al problema del poder económico de una sola empresa. La tercera categoría, a menudo denominada “**fusiones**” o “**concentraciones**”, por lo general incluye otros tipos de combinación estructural de empresas, tales como adquisiciones de acciones o bienes, constitución de filiales comunes o sociedades conjuntas (*joint ventures*), participaciones accionariales cruzadas y órganos de administración entrelazados.

Los **acuerdos** pueden permitir que un grupo de empresas actúe de forma concertada para lograr algunas características de una situación de monopolio, como subir precios, limitar la producción o impedir el acceso al mercado o la innovación. Los acuerdos **horizontales** más problemáticos son los que impiden la rivalidad sobre los elementos dinámicos fundamentales de la competencia de mercado: precios y producción. La mayoría de las leyes actuales sobre defensa de la competencia penan severamente los acuerdos cuyo único fin es concertar precios, limitar la producción, cometer colusión en licitaciones o repartirse mercados. Para hacer cumplir tales acuerdos, los competidores también pueden acordar tácticas para impedir que surjan nuevos competidores o disciplinar a las empresas que no se sometan a ellas; así, las leyes también tratan de impedir y sancionar los boicots. La cooperación horizontal en otros aspectos, como la estandarización de productos, la investigación y la calidad, también podrían afectar a la competencia, si bien la determinación de si el efecto de esta cooperación es positivo o negativo puede depender de las condiciones del mercado. Así, la mayoría de las leyes lidian con estos otros tipos de acuerdos valorando una amplia gama de posibles beneficios y perjuicios o tratando de diseñar reglas más detalladas para identificar y eximir las conductas beneficiosas.

Los **acuerdos verticales** se proponen controlar aspectos relativos a la provisión de los suministros y la distribución. Los motivos de preocupación son los mismos: que los acuerdos puedan conducir a aumentos de precios, a una cantidad (o calidad) menor o impedir el acceso al mercado y la innovación. Debido a que los efectos sobre la competencia de estos acuerdos pueden ser más complejos que los producidos por acuerdos horizontales, el tratamiento legal de los distintos tipos de acuerdo vertical es aun más variado que el de los acuerdos horizontales. Un tipo básico de acuerdo es el que versa sobre la fijación del precio de reventa: los acuerdos verticales pueden controlar precios mínimos o máximos. En algunos supuestos, el resultado puede acarrear un freno a los abusos cometidos por los distribuidores; en otros, sin embargo, puede traducirse en que se duplique o instaure un cártel horizontal. Los acuerdos mediante los cuales se otorgan territorios o derechos comerciales exclusivos pueden constituir un incentivo para dedicar mayor esfuerzo a vender el producto del proveedor, pero también pueden proteger a los distribuidores de la competencia o impedir la entrada de otros proveedores. Dependiendo de las circunstancias, los acuerdos sobre combinaciones de productos, como los que obligan a los distribuidores a llevar líneas de productos completas, o a comercializar diferentes productos juntos, pueden facilitar o desalentar, según los casos, la introducción de nuevos productos. Las franquicias a menudo implican un conjunto complejo de acuerdos verticales, con posible relevancia competitiva: un contrato de franquicia puede contener disposiciones acerca

de la competencia dentro de territorios geográficos, sobre exclusivas con proveedores y sobre derechos de propiedad intelectual tales como marcas registradas.

El abuso de posición dominante o monopolización es una categoría principalmente relacionada con las conductas y algunas circunstancias de empresas individuales. Un verdadero monopolio, que no se enfrenta a competencia efectiva ni potencial, cobrará mayores precios y producirá menor cantidad de producto o bien de menor calidad; también es menor la probabilidad de que introduzca métodos más eficientes o productos innovadores. Por lo común, las leyes contra el abuso de posición dominante tienen en su punto de mira tácticas excluyentes mediante las que las empresas tratarían de obtener o proteger posiciones monopolísticas. Las leyes contra el abuso de posición dominante abordan los mismos temas y pueden también plantear el ejercicio efectivo del poder de mercado. Por ejemplo, bajo ciertos sistemas de abuso de posición dominante, cobrar precios exageradamente altos puede constituir un supuesto de infracción de ley.

El control de fusiones o concentraciones trata de impedir la creación, mediante adquisiciones u otras combinaciones estructurales, de empresas con el incentivo y la capacidad para abusar de su posición dominante en el mercado. En algunos casos, la prueba de legalidad se deriva de las leyes sobre posición dominante o restricciones a la competencia; en otros, se establece un examen individualizado atendiendo al efecto probable sobre la competencia en general. El proceso analítico que se aplica comúnmente exige determinar los productos que compiten, las empresas que podrían ofrecer competencia, las cuotas de mercado relativas y la importancia estratégica de esas empresas en los mercados del producto. Un factor importante es la probabilidad de entrada de nuevos competidores y la existencia de barreras reales de acceso al mercado. La mayoría de los sistemas aplican algún tipo de examen de cuotas de mercado, ya sea para orientar investigaciones adicionales o como presunción de legalidad. Se considera que las fusiones en mercados con niveles inusuales de concentración, o que crean empresas con cuotas de mercado inusualmente altas, tienen mayor probabilidad de afectar a la competencia. Y la mayoría de los sistemas establecen procedimientos de notificación previa a las autoridades competentes de vigilar el cumplimiento de la ley para las transacciones más voluminosas e importantes, así como procedimientos especiales de investigación a fin de poder identificar los problemas antes de que se materialice la reestructuración.

Según se ha mencionado, la ley se aplica a todos los sectores económicos. El Indecopi vela por la aplicación de ésta en todos ellos, salvo en el sector de las telecomunicaciones, cuyo ente regulador propio es Osiptel (*Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones*).¹² Las funciones regulatoria y de asegurar la competencia del Osiptel se abordan en el apartado 4, más adelante.

El artículo 3 de la ley prohíbe toda conducta relacionada con una actividad económica que constituya un abuso de posición dominante o que restrinja la libre competencia de forma tal que perjudique el bienestar económico general. El artículo 4 define el concepto de posición dominante, el artículo 5 describe las prácticas constitutivas de abuso de posición dominante, y el artículo 6 describe los acuerdos y otras prácticas que restringen o pueden restringir la libre competencia. El artículo 3, según parece, está basado en la legislación argentina. El Indecopi se refiere a los artículos 82 y 83 del Tratado de Roma como equivalentes a sus artículos 5 y 6, aunque, no obstante el obvio aire “europeo” de éstos, existen diferencias potencialmente significativas entre ambos regímenes. Por ejemplo, la disposición peruana sobre abuso de posición dominante no menciona los supuestos de “imposición de precios de compra o de venta injustos u otras condiciones de transacción no equitativas” ni de “limitación de la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores”. Asimismo, la disposición peruana sobre “prácticas restrictivas” no contiene la importante referencia del artículo 81(1) a las prácticas que tienen por *objeto* mismo la restricción de la competencia, y establece una relación algo diferente de prácticas restrictivas.

La ley no exige la notificación previa de las fusiones o adquisiciones, ni tampoco prohíbe aquéllas que son o podrían ser contrarias a la competencia. Una ley distinta, de cuyo cumplimiento también vela la Comisión de Libre Competencia, establece un régimen de control de fusiones sólo aplicable al sector eléctrico.

2.1.1 *Acuerdos horizontales*

Los únicos casos que el Indecopi ha incoado de oficio en aplicación de la Ley de Libre Competencia han versado sobre cárteles explícitos y, para ser una agencia de defensa de la competencia de reciente creación, ha obtenido un éxito inusual en dichos casos. El artículo 6 de la Ley de Libre Competencia contiene una lista bastante convencional de acuerdos horizontales, incluyendo las prácticas colusorias para concertar precios u otras condiciones comerciales, limitar la producción, repartir mercados o amañar licitaciones. Originalmente, el artículo 7 contenía un supuesto de exención comparable al artículo 81(3) del Tratado de Roma, si bien la única manera de acogerse a dicha exención era obtener autorización previa de la Comisión de Libre Competencia. En 1994,

como parte de lo que se describió como un intento de hacer la transición del modelo europeo al estadounidense, se abolió el artículo 7.

El primer caso importante referente a un cártel sobre el que se pronunció el Indecopi fue el “Caso del Pan” de 1996¹³, contra los productores de harina de trigo y su asociación. La asociación alcanzó una transacción para cerrar el caso, comprometiéndose a no hacer más recomendaciones sobre el precio del pan, y de esta forma evitó ser sancionada. Sin embargo, se descubrió que once productores habían dado por terminada una guerra de precios celebrando un acuerdo de concertación de precios, y a cada una de estas empresas se impuso una multa de unos 50.000 USD. Los oponentes particulares y públicos a la reforma económica procuraron que el Indecopi desistiera de su acción, incluso apelando a Fujimori, pero el caso se prosiguió y contribuyó a establecer la reputación de independencia de Indecopi.

El caso más impresionante de Indecopi es el bien conocido “Caso de los Pollos” de 1997,¹⁴ en el que se descubrió que las empresas avícolas peruanas y su asociación realizaban lo que, en la práctica, constituía una concertación de precios, al acordar el impedimento de nuevas entradas en el mercado, excluir a competidores existentes y limitar la disponibilidad de aves vivas en venta con el fin de subir o mantener los precios. El monto total de las multas se fijó inicialmente en algo más de 5 millones de USD, pero después se redujo hasta situarlo en algo más de 2 millones de USD.

Lamentablemente, el Caso de los Pollos también es un buen ejemplo de las severas deficiencias del sistema judicial peruano. El caso se recurrió ante los tribunales en 1997 y aún no se ha dictado sentencia. La lentitud del proceso de revisión judicial no es un problema sustancial en la mayoría de las funciones del Indecopi, ya que se recurren relativamente pocos casos, pero el 90 por ciento de los casos que versan sobre la aplicación de la ley de defensa de la competencia son objeto de recurso.

El enfoque general del Indecopi ante los casos de acuerdo horizontal

También en 1997, el Tribunal de Defensa de la Competencia determinó la interpretación del artículo 6 en su aplicación a las restricciones horizontales en varios “precedentes de observancia obligatoria” (decisiones que se declaran expresamente como precedentes vinculantes y se publican como normas *de facto*). Basándose exclusivamente en escritos del juez estadounidense Robert Bork, el Tribunal sostuvo que la concertación de precios “pura y simple” es ilegal *per se*, pero que debe ser juzgada conforme a la “regla de la razón” (*rule of reason*) cuando pueda estar razonablemente asociada a una integración que favorezca la competencia.¹⁵ Asimismo, sostuvo que los acuerdos colusorios comprendidos en la categoría *per se* son sancionables sin necesidad de entrar a

valorar si (i) tienen, o son siquiera capaces de tener, un efecto perjudicial, ni si (ii) pueden, en algún sentido, ser razonables. Este enfoque era ampliamente consistente con la práctica internacional, que cada vez más considera ilegales *per se* o en absoluto los cárteles explícitos.

Sin embargo, en un caso de seguros automovilísticos de 2003, el Tribunal declaró este enfoque incompatible con la Ley de Libre Competencia.¹⁶ El caso implicaba la concertación de precios en el sector asegurador de automóviles, y el Tribunal sostuvo que, aunque se presume por ley que los acuerdos de los cárteles perjudican al bienestar económico general, se debe dar a los denunciados una oportunidad de probar que su acuerdo no tiene dicho efecto. Se dice que esto viene exigido por el artículo 3, y que vuelve a re-enfocar la práctica peruana hacia sus orígenes europeos, al darles a los miembros de los cárteles la misma oportunidad que tienen en virtud del Artículo 81(3) y el Reglamento Europeo 1/2003.

Esta decisión ha causado polémica en la creciente comunidad limeña de expertos en materia de competencia. Sin embargo, a menos que la decisión augure algún cambio adicional, parece poco probable que tenga algún efecto real en los casos de cárteles de los que se ocupa el Indecopi. La terminología puede ser más europea, pero la Comisión Europea ha considerado durante un tiempo los acuerdos de cárteles explícitos como esencialmente “ineximibles *per se*”. Por tanto, si el Tribunal siguiera el enfoque de la Comisión Europea, la oportunidad brindada por la ley de presentar defensa podría ser mayormente teórica. A decir verdad, su única aplicación evidente se podría dar en el caso muy raro de que las partes acordaran fijar precios, pero luego abandonarían el acuerdo antes de adoptar ninguna medida encaminada a aplicarlo. Aunque el Indecopi señala, al remitirse a la decisión del Tribunal, que ésta obliga a realizar un análisis caso por caso y conforme a “criterios de razonabilidad”, la agencia aplicó a lo sumo un criterio de razonabilidad “truncado”, condenando el acuerdo tras rechazar toda justificación y sin indagar en la posición de mercado u otros elementos propios de un análisis “cabal” basado en criterios de razonabilidad.¹⁷

Así pues, parece que los cárteles continuarán siendo condenados en juicio sumario. En efecto, el nuevo enfoque del Tribunal no fue de utilidad a los acusados en el caso de los Seguros de Automóviles, quienes esgrimieron alegaciones en favor de este cambio y sostuvieron la necesidad de que fuera revocada la decisión de la Comisión de Libre Competencia. A pesar de que ello supusiera rectificar un precedente, el Tribunal ratificó la resolución de la Comisión de Libre Competencia que estimó la existencia de ilegalidad e impuso multas a los ocho miembros del cártel por un importe total aproximado de 235.000 USD.

Algunos consideran que esta sanción fue benigna, dado que el cártel estaba constituido principalmente por grandes empresas (muchas de ellas asociadas a bancos) que vendían a consumidores cautivos (en el sentido de que el seguro es obligatorio). Por otro lado, el Tribunal observó que sólo se había efectivamente vendido a los consumidores un número muy reducido de pólizas del seguro cuyo precio estaba siendo concertado.

Con carácter general, el Tribunal tiene una tradición de reducir las multas impuestas por la Comisión de Libre Competencia, por no estar de acuerdo, por lo que parece, con el enfoque de la Comisión, que apuesta por la disuasión.¹⁸ A este respecto, cabe mencionar que existe un considerable consenso en la comunidad internacional sobre la conveniencia de que las multas a los cárteles sean lo suficientemente importantes como para tener un efecto disuasivo de las conductas prohibidas, y de que esto implica que las multas deberían ascender al doble o al triple del perjuicio ocasionado por el cártel o de la ganancia ilegal obtenida por sus miembros.¹⁹

El Caso de los “Prácticos”

Menos controvertida, aunque a las claras más problemática, fue la forma en la que el Indecopi gestionó un caso de presuntas prácticas restrictivas de la competencia en el que estaban implicados 36 prácticos marítimos con licencia para dirigir las naves en el principal puerto de Perú, el Terminal Portuario del Callao, en Lima. Los prácticos habían prestado sus servicios tradicionalmente como autónomos o como empresas integradas por una o dos personas, pero las reformas de mercado introdujeron competencia real y redujeron drásticamente las tarifas que podían cobrar. En enero de 2001, con el fin de incrementar sus ingresos, los prácticos se agruparon en tres empresas (temiendo que una sola pudiera ser considerada un monopolio) y decidieron que una empresa administradora de prácticos “contrataría” a los 36 prácticos y que cada una de las otras dos contrataría a uno o dos de ellos. Los 36 profesionales daban la impresión de trabajar para la primera empresa, pero no existía una verdadera integración en sus operaciones; simplemente, se limitaban a cobrar el mismo precio. Las otras dos empresas sólo existían sobre el papel. Unos meses después, una nueva compañía decidió entrar en el mercado y persuadió a dos de los prácticos para que se incorporasen a ésta. Los otros 34 prácticos y su asociación procuraron impedirlo cometiendo diversas formas de acoso, entre otras una acusación penal por inducción a incumplimiento de contrato.

En febrero de 2001, la Comisión de Libre Competencia comenzó a investigar a la asociación de prácticos y a las tres empresas por presuntas prácticas de concertación de precios, y poco después Maersk Perú, S.A., una compañía que contrata los servicios de los prácticos, denunció dichas prácticas como concertación ilegal de precios y como abuso de posición dominante. La

Comisión declaró improcedente el extremo de la denuncia referido al abuso de posición dominante y Maersk interpuso un recurso de apelación. El Tribunal revocó inicialmente la decisión de la Comisión, declarando insatisfactoria su motivación, pero en diciembre de 2001, tras haber fundado la Comisión su decisión y haberse ratificado en ella, se pronunció el Tribunal de Defensa de la Competencia señalando el acierto de la Comisión al no admitir a trámite la denuncia que alegaba abuso de posición dominante. En junio de 2002, la Comisión adujo que los prácticos y su asociación habían incurrido en un supuesto de concertación de precios y que no podía encubrir su infracción de ley el hecho de que hubiesen constituido empresas. Esta resolución se basó en parte en el Caso de los Pollos, en el cual el Tribunal rechazó el argumento de las empresas avícolas de que la fijación conjunta de precios había sido tan sólo un paso hacia su fusión. Este enfoque del caso se centra en la conducta de los prácticos cuando, siendo competidores, decidieron eliminar la competencia en precio constituyendo las empresas; también podría centrarse en la conducta seguida por las tres empresas.

En abril de 2003, sin embargo, el Tribunal rectificó su decisión previa y revocó la decisión de la Comisión. El nuevo argumento del Tribunal era que, puesto que los prácticos habían constituido una sociedad y eran ahora parte de una misma empresa, su conducta no podía ser considerada constitutiva de una práctica de concertación de precios. Esta perspectiva no considera la conducta seguida por los prácticos cuando aún eran competidores (ni la seguida por las tres empresas), sino que se centra más bien en la decisión de determinación de precios adoptada por la empresa mayor. En opinión del Tribunal, el caso debería considerarse como abuso de posición dominante, y debía desestimarse debido a que la resolución anterior del Tribunal había rechazado la denuncia referida a ese extremo. En la actualidad, la Comisión de Libre Competencia instruye un nuevo procedimiento por presunto abuso de posición dominante.

Si la conducta de los prácticos queda caracterizada mejor como un cártel o como abuso de posición dominante escapa del alcance de este informe, pero el caso suscita una serie de cuestiones. ¿Por qué un caso aparentemente simple ha llevado tanto tiempo? Aun cuando las partes no estuvieran “urgiendo” una pronta resolución del caso, la demora menoscaba la reputación del Indecopi. El brusco cambio de opinión por el Tribunal respecto a la tipificación legal apropiada también melló su reputación entre la comunidad empresarial y entre otros actores que valoran que la toma de decisiones sea predecible. Se pueden alegar argumentos respetables desde cada enfoque, que incluso podrían haber sido fundamentos alternativos para una pronta decisión. En lugar de ello, dos años de litigio condujeron a la conclusión de que será preciso abrir un caso completamente nuevo para decidir sobre la conducta abiertamente contraria a la competencia de los prácticos.

Recuadro 2. Otros casos de acuerdos restrictivos de la competencia horizontales

En un caso de 2000, tres empresas contratistas del sector de la construcción fueron sancionadas por concertarse para amañar licitaciones públicas. Junto con la prohibición de proseguir dicha práctica, se impuso a cada una de ellas una multa por importe de 2.000 USD (Resolución No. 017-00). El caso ejemplifica la resistencia a imponer sanciones de entidad, que parece disminuir desde 2002.

Los concesionarios de sistemas de transporte público urbano acordaron dejar de prestar servicio debido al encarecimiento de los carburantes y a la aprobación de nuevos estándares de emisiones de vehículos a motor. La denuncia contra los operadores del sistema se declaró improcedente con base en que su actuación fue simplemente una manifestación de su libertad de expresión (Resolución No. 016-00). Si el acuerdo de interrumpir la provisión del servicio fue sólo por un período breve y predefinido (como por ejemplo un día o unos pocos días), la decisión de la Comisión de considerarlo una “manifestación” no tiene nada de especial. Ahora bien, si lo acordado era aprovechar el poder económico de los concesionarios para perturbar el transporte hasta que la ciudad respaldase sus demandas, el acuerdo podría ser ilegal en, cuando menos, algunas jurisdicciones.

Varias compañías de taxis y su asociación sectorial fueron condenadas por haber acordado incrementar las tarifas (Resolución No. 003-00). Salvo una, todas las compañías firmaron un acuerdo comprometiéndose a desistir de dicha práctica. La compañía que no firmó fue multada con 1.000 USD.

En un caso de 2003, se encontró fundada una denuncia interpuesta contra el Colegio de Notarios de Lima por fijación ilegal de precios, al haber negociado éste un convenio con el Registro Predial Urbano en virtud del cual el Registro pagaría a los notarios una comisión establecida (Resolución No. 002 03). La Comisión condenó el convenio, considerándolo comprendido bajo la regla “per se”, y el Tribunal, aplicando el enfoque anunciado en el caso de Seguros de Automóviles, lo condenó utilizando una “regla de la razón” truncada.

Un caso reciente, importante y cerrado con éxito de concertación de precios –relacionado con el transporte terrestre– se abordó desde la Ley de Acceso al Mercado, en vez de desde la Ley de Libre Competencia, porque la concertación de precios había sido propugnada por el Ministerio de Transporte (véase el apartado 2.2, más adelante). El Indecopi conoce actualmente de un caso de gran trascendencia relacionado con una supuesta concertación de

comisiones por las cuatro administradoras de los fondos de pensiones de los trabajadores peruanos. Esta conducta también fue denunciada como abuso de posición dominante, un elemento que se considerará más adelante.

2.1.2 *Acuerdos verticales*

La lista de “prácticas restrictivas que afectan la libre competencia” del artículo 6 contiene solamente tres prácticas verticales obvias: discriminación de precios, imposición de cláusulas de atadura (“ventas atadas”) y negativa a comprar o a vender. La lista incluye acuerdos relacionados con el reparto del mercado, cuotas y calidad del producto, pero no está claro si el artículo busca incluir los acuerdos verticales en estas categorías. La lista también menciona “otras prácticas similares”, pero el significado de esta disposición tampoco es claro, en particular debido a que la relación no incluye el acuerdo vertical restrictivo de la competencia que más comúnmente se prohíbe: reservarse la fijación de los precios de reventa.

La interpretación de estas disposiciones se complica más, pero también deviene menos importante, por el hecho de que el Indecopi nunca ha aplicado el artículo 6 a una restricción anticompetitiva por acuerdo vertical. Hasta este año, la Comisión de Libre Competencia parecía haber adoptado la postura de que las restricciones verticales nunca perjudican a la competencia a menos que una de las partes tenga una posición dominante, y tenía una política no escrita pero sí reconocida de rehusar investigar las restricciones verticales al amparo del artículo 6.²⁰ A comienzos de año, la Comisión abrió el primero de tales casos, aparentemente señalando un cambio de política, pero aún no ha habido decisión y por tanto no hay indicios de cuál será el enfoque de la Comisión.

No obstante, la Comisión considera regularmente los acuerdos verticales en los casos por abuso de posición dominante. Por ejemplo, en uno de los casos por abuso de posición dominante que se resumen en el Recuadro C, el presunto abuso incluía la reserva del precio de reventa. La Comisión declaró probado que la empresa tenía una posición dominante, pero determinó que las prácticas no constituían abusos.

2.1.3 *Abuso de posición dominante*

La mayoría de denuncias que recibe la Comisión de Libre Competencia lo son por abuso de posición dominante, y la mayoría de ellas se resuelve sin que la Comisión se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de la conducta. En los últimos cinco años, por ejemplo, la Comisión ha incoado 18 procedimientos formales, concluyendo en cinco de ellos que hubo infracción de ley. Debido al escaso número de casos, es difícil presentar una descripción matizada del enfoque del Indecopi hacia los casos típicos de abuso de posición dominante.

Tanto la Comisión de Libre Competencia como el Tribunal parecen haber adoptado ante la definición de mercado una perspectiva que es coherente con la adoptada, por ejemplo, por la Unión Europea y Estados Unidos. Aun así, a diferencia del Osiptel, el regulador encargado de hacer cumplir la ley de defensa de la competencia en el sector de las telecomunicaciones, el Indecopi no tiene directrices ni precedentes obligatorios que condicionen su definición de los mercados ni cómo ha de valorar la existencia de posición dominante.

Uno de los primeros casos, que fue muy popular, implicaba al aeropuerto de Lima, ya que éste había ordenado el tráfico de su vía de acceso de forma que obligaba a pagar precio de estacionamiento incluso a quien simplemente iba al aeropuerto a dejar o recoger sobre la marcha a un pasajero.

En otro de los primeros casos se denunciaba a la empresa administradora de un puerto por abuso de posición de dominio al prohibir que otras empresas prestasen servicios de remolque. La denuncia por abuso se declaró fundada.²¹

En otro caso más reciente también se acusaba a la empresa pública encargada de un puerto de negar a una compañía acceso a las instalaciones del puerto y discriminarla de otras maneras. La Comisión desestimó la denuncia alegando que, en virtud de la Ley de Acceso a la Infraestructura Pública, los reguladores sectoriales tienen jurisdicción exclusiva sobre temas de acceso que surjan dentro de su sector.²² No está claro el alcance preciso y la importancia de esta exención de la Ley de Libre Competencia.

Dos casos recientes de abuso de posición dominante han causado notable controversia. Una de las ellas afecta a si la Ley de Libre Competencia prohíbe los precios “excesivos” (o “monopolísticos”). Una diferencia entre el artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 82 del Tratado de Roma es que el primero no menciona la aplicación de precios excesivos como un abuso. La omisión es claramente deliberada y, aunque una disposición modificatoria del artículo introducida en 1996 añadió una referencia a “otros casos de efecto equivalente”, parece ser de aceptación general que la ley no prohibía los precios excesivos.

Cuando un congresista denunció a las administradoras de pensiones de Perú de practicar concertación de precios y de imponer precios excesivos, la Comisión aceptó la demanda por concertación de precios pero no admitió (ni rechazó explícitamente) el cargo de determinación de precios excesivos. En su lugar, parece ser que trató la denuncia como si alegara concertación de precios e imposición de cláusula de atadura, y rechazó una demanda de venta atada que nunca fue formulada. En la apelación, el Tribunal revocó la decisión de la Comisión y devolvió el caso utilizando un tenor literal que la mayoría de los expertos en materia de competencia, la comunidad empresarial y el público consideraron que implicaba que la ley *prohíbe* la imposición de precios excesivos.²³ El tenor empleado originó fuerte polémica porque se consideró

que se había quebrantado un precedente, un indicio de los posibles controles de precios a través del Indecopi, y una señal de que el Indecopi estaba siendo controlado por el gobierno. El Tribunal finalmente emitió una aclaración en la que declaraba que su intención simplemente había sido rechazar la omisión de la Comisión de resolver sobre la demanda de determinación de precios excesivos, pero la controversia persiste debido a que algunas personas ven la aclaración como un pretexto para retractarse de una decisión que no habían previsto sería tan contestada. Incluso aquellos que menos desconfían de la intención del Tribunal están perturbados por los que consideran decisiones que son impredecibles y que no están bien fundamentadas.

Con respecto a los fundamentos de derecho, más cuestionable es otro caso de abuso de posición dominante. El caso tiene que ver con una disputa entre la única aerolínea peruana y la sucursal de un banco en Puerto Maldonado, un pueblo aislado de la región amazónica de Perú. Tras expresarse preocupación por la posible involucración de la aerolínea en el tráfico ilícito de drogas, el banco pidió información a la aerolínea sobre el origen de sus fondos. En lugar de satisfacer la petición, la aerolínea cerró su cuenta, pero dos años después aportó los documentos requeridos y solicitó abrir una nueva cuenta. El banco denegó la solicitud; la aerolínea interpuso una demanda alegando abuso de posición dominante; la Comisión de Libre Competencia no aceptó la denuncia y el Tribunal revocó la decisión de la Comisión. El Tribunal consideró que la sucursal del banco era una “instalación esencial” y resolvió que ésta no podía negarse sin más a abrir una cuenta sin examinar la documentación aportada.²⁴

El banco respondió abriendo una cuenta, y el impacto económico del caso es de escasa entidad, pero muchos han cuestionado que el banco pudiera ser considerado una instalación esencial (o, en cualquier otro sentido, dominante). En primer lugar, hay otro banco en el pueblo (aunque sucursal del Banco de la Nacional, que carga comisiones muy altas). Aun cuando el otro banco no fuese una alternativa realista, no se demostró que la aerolínea necesitara una cuenta en una sucursal bancaria en esa ciudad, ni se explicaron los efectos competitivos de negarse a abrir la cuenta. Para muchos, la decisión parece tener un cariz más bien regulatorio (una prohibición a los bancos de negarse a establecer relación de negocio) que sustentarse en principios de defensa de la competencia.

Actualmente hay dos importantes casos pendientes por abuso de posición dominante, uno en la Comisión y otro en el Tribunal. El caso pendiente en el Tribunal está relacionado con la denuncia de que una empresa que vende materiales de construcción ha abusado de su posición dominante al vender discriminando precios entre empresas afiliadas y no afiliadas, y supeditando la venta de cemento a la de materiales de construcción. La Comisión determinó que la compañía tiene una posición dominante, pero rechazó la demanda de abuso, al hallar que la discriminación de precios estaba justificada a la luz de los servicios prestados por las empresas afiliadas y que no existía venta atada.²⁵

Recuadro 3. Otros casos de abuso de posición dominante

Se determinó que una empresa de propiedad estatal con monopolio legal para la venta legal de hojas de coca había abusado de su posición dominante al negarse a vender hoja de coca a empresas que querían venderla en bolsitas filtrantes para infusiones (Resolución No. 16-94).

Un caso más convencional implica una demanda presentada por la Sociedad Nacional de Industrias que alegaba abuso por Centromín Perú de su posición dominante en el mercado del plomo refinado utilizado para preparar óxidos de plomo. El presunto abuso consistía en una discriminación de precios. La Comisión determinó que Centromín tenía una posición dominante, pero que las prácticas no eran abusivas (Resolución No. 001-98).

En otro caso relacionado con la misma compañía (pero diferente producto), la Comisión rechazó una demanda de que Centromín había abusado de su posición dominante al decidir interrumpir la venta de zinc refinado y utilizar todo su zinc para fabricar productos de zinc refinado. La Comisión resolvió que Centromin no tenía una posición dominante (Resolución No. 013-97).

Otro caso en el cual el presunto abuso fue negarse a vender fue rechazado con el mismo fundamento. La Comisión sostuvo que Minsur, una compañía minera que era el único productor de estaño concentrado y refinado en Perú, no tenía una posición dominante debido a que se enfrentaba a una considerable competencia extranjera (Resolución No. 007-98).

El Diario Oficial de Perú, que publica los documentos legales oficiales, fue denunciado por negarse a publicar los avisos de un demandante de marcas y patentes. La Comisión determinó que tal negativa constituía un abuso, pero el Tribunal revocó la decisión de la Comisión, alegando como fundamento que la negativa era razonable (Resolución No. 007-2002).

El único transportista ferroviario de Cuzco a Machu Picchu y otro pueblo fue denunciado por abusar de su dominio al brindar servicios diferentes de los que ofrecía. La Comisión determinó que la demanda era improcedente porque no afectaba a la competencia, pero observó que la conducta podía ser condenada en virtud de la Ley de Protección al Consumidor (Resolución No. 046-2003).

La Comisión está considerando un caso que implica a Backus, una cervecería (y compañía de bebidas gaseosas) cuyas adquisiciones en los últimos años la han convertido en la única fábrica peruana de cerveza. Una de las mayores cervecerías del mundo ha presentado una denuncia, alegando que el “sistema de intercambiabilidad de envases” de Backus –en virtud del cual los compradores reciben un crédito cuando devuelven botellas y compran más– es un abuso que evita que ésta acceda al mercado a través de inversión en lugar de importaciones.

2.1.4 *Fusiones y adquisiciones, incluyendo la notificación previa*

Como se mencionó antes, la Ley de Libre Competencia ni siquiera se aplica a fusiones o adquisiciones, haciendo de Perú uno del número cada vez menor de países sin control de fusiones. Sin embargo, Indecopi está considerando la propuesta de que la ley se aplique a dichas transacciones y crear un sistema de notificación previa a las fusiones. Esta sección examina primero el debate en Perú sobre la conveniencia de una propuesta de ese tipo, y luego explica la experiencia de Indecopi en la única área en la que Perú sí sujeta las fusiones al análisis de la legislación en materia de la competencia y a la notificación pre-fusión.

Debate sobre el control de fusiones en general

Aun cuando Indecopi se ha opuesto en el pasado a la creación de un sistema de control de fusiones en Perú, está claro que muchos expertos dentro y fuera de Indecopi consideran ahora necesario el control de fusiones. Dos razones explicarían este creciente interés por el control de las fusiones.

Primero, existe ahora un reconocimiento más amplio de que los viejos argumentos contra el control de fusiones son incorrectos o exagerados.

- Un viejo argumento era que el control de fusiones podría ser perjudicial en economías pequeñas y abiertas en las cuales las empresas nacionales pueden necesitar acometer fusiones para lograr economías de escala y competir con eficacia contra empresas extranjeras. Este argumento ha sido desacreditado, y en general se reconoce que el control de fusiones no evita tales fusiones.²⁶
- También se afirmaba que los sistemas de notificación pre-fusión imponen altos costes sobre gobiernos y empresas. De hecho, tales sistemas pueden ser costosos, pero el coste puede ser minimizado fijando umbrales altos para la exigencia de comunicación de información. Además, algunos países reducen aún más los costes prohibiendo fusiones contrarias a la competencia, pero sin establecer sistemas de notificación previa.
- El tercer argumento tradicional contra el control de fusiones en Perú era que, dado que el análisis de fusiones es particularmente complejo, hay un riesgo desproporcionado de que las autoridades en materia de competencia tomen decisiones incorrectas. La premisa de este argumento es cuestionable, y en todo caso el argumento ha perdido en buena parte cualquier validez que tuviera ahora que Indecopi lleva operando más de diez años y tiene cierta experiencia en análisis de fusiones.

- El cuarto y último argumento es que la complejidad del análisis de fusiones permite una discrecionalidad que puede utilizarse para controlar la economía en formas incompatibles con el programa de reformas económicas. Por ejemplo, el gobierno podría bloquear fusiones que no fueren de su agrado con el pretexto de que probablemente sean anticompetitivas. Dada la historia de control gubernamental de Perú y su compromiso aparentemente incompleto con la reforma económica liberal, es comprensible que los reformadores peruanos sean particularmente sensibles a este riesgo. Sin embargo, debe recordarse que este riesgo existe en todos los países y que la experiencia internacional proporciona métodos para abordarlo. La interferencia política generalmente se combate dando autoridad para tomar decisiones a agencias cuasi-judiciales independientes o al poder judicial, implementando procedimientos transparentes y políticas basadas en principios, y proveyendo la revisión judicial de casos particulares y la supervisión legislativa de las políticas de la agencia.

Segundo, se han realizado numerosas fusiones en Perú desde finales de los noventa, y algunas de ellas suscitaron no poca inquietud en cuestiones de competencia.

- En los últimos años, el número de empresas que administran fondos de pensiones se ha reducido de siete u ocho a cuatro, y ahora estas empresas han sido acusadas de concertación de precios. No se han hallado pruebas de ello, pero la colusión es más fácil con cuatro empresas que con siete u ocho.
- Una sola cervecería ha adquirido recientemente todas las otras cervecerías de Perú y está ahora acusada de abusar de posición dominante en el mercado cervecero. No se han hallado pruebas de dominio o abuso, pero sin algunas de estas fusiones, no habría existido posibilidad de dominio.
- Telefónica, el monopolio proveedor de telefonía fija de Perú, recientemente adquirió BellSouth, una de las principales empresas de telefonía móvil del país. La ausencia de control de fusiones en Perú significa que no hay oportunidad de considerar si esta adquisición afectará a los consumidores peruanos y a la economía peruana en su conjunto.

Es digno de mencionarse que la legislación en materia de competencia en Argentina, que fue el principal modelo latinoamericano para la ley peruana, no se aplicaba originalmente a las fusiones. Argentina añadió control de fusiones a su ley en 1999, después de que una fusión de Carrefour con otra firma francesa le diera el 70 por ciento del mercado en una ciudad argentina. Sin

ninguna provisión de control de fusiones, Argentina no tenía forma de defender los intereses de sus ciudadanos. Lo mismo cabe decir de Perú.

Control de fusiones en el mercado eléctrico

Desde 1996, Perú ha contado con una ley separada aplicable a fusiones y adquisiciones en el sector eléctrico.²⁷ Se ha sugerido que esta ley se promulgó “debido a razones políticas relacionadas con el hecho de que productores chilenos suministran una parte importante de la electricidad en Perú”.²⁸ La ley prohíbe fusiones que tengan la posibilidad de dañar la competencia en el mercado eléctrico y mercados relacionados, definiendo “fusión” de una forma aparentemente convencional, salvo por una provisión que excluye todas las adquisiciones de acciones que no resulten en “control” de otra compañía.²⁹ Las fusiones incluyen adquisiciones de activos estatales que estén siendo privatizados, haciendo de ésta la única área en la cual Indecopi tiene un papel importante en el proceso de privatización. La ley contiene una lista exhaustiva y convencional de los factores que la Comisión de Libre Competencia debe considerar al tomar su decisión, y autoriza a la Comisión a prohibir fusiones anticompetitivas o a autorizar fusiones propuestas sujetas a condiciones que den cuenta de las preocupaciones en materia de competencia de la Comisión.

La ley también establece un sistema de notificación previa. Todas las concentraciones empresariales deberán notificarse, a menos que (a) una fusión horizontal no resulte en que una firma tenga una cuota de mercado igual o superior al 15 por ciento; (b) una fusión de integración vertical no resulte en que una firma tenga una cuota de mercado igual o superior al 15 por ciento; (c) la fusión incluya la adquisición de activos cuyo valor sea inferior al 5 por ciento de los activos totales de la forma adquirente; o (d) la fusión dé a la firma adquirente menos del 10 por ciento de las acciones de la adquirida. Las exclusiones basadas en la cuota de mercado se critican con frecuencia porque permiten a las partes definir el mercado y pueden, por tanto, permitirles evitar la notificación. Sin embargo, este puede ser un problema menor cuando se trate de empresas reguladas. El bajo umbral de notificación para las fusiones verticales aparentemente refleja la creencia extendida en Perú de que en la actualidad hay demasiada integración vertical en el sector de la electricidad.

La ley especifica cierta información que las partes han de presentar, y la Comisión ha elaborado un cuestionario que debe cumplimentarse y remitirse en el marco de la notificación. A continuación, la Comisión tiene cinco días para determinar si la notificación está completa y, una vez expirado este plazo o corregidas cualesquiera deficiencias, dispondrá de 30 días para tomar una decisión. En casos particularmente complejos, el plazo podrá ampliarse en diez días adicionales. Durante este proceso, la Comisión puede exigir a las partes que faciliten información adicional y requerir a instituciones públicas

que aporten estudios u opiniones, pero los plazos finales de la Comisión no se ampliarán hasta tanto no se presente dicha información. Las partes se exponen a multas en caso de facilitar información “inexacta” en sus notificaciones, y a multas por importes mucho mayores por fusionarse sin la autorización de la Comisión o por no cumplir las condiciones impuestas por ésta.

Las notificaciones previas a una fusión irán acompañadas del pago de una tasa administrativa que ascenderá al 0,1 por ciento del valor de la transacción, hasta un máximo de unos 45.000 USD. Desde 1992, la Comisión ha recibido 8 notificaciones, y los derechos (y una multa) que las acompañaron han sido muy importantes para Indecopi vistos sus problemas generales de recursos y su estatuto de institución en gran parte (ahora completamente) autofinanciada.

Recuadro 4. Una muestra de casos de fusión sometidos al Indecopi

A finales de los noventa, dos fusiones internacionales aumentaron el nivel de concentración vertical en el sector eléctrico peruano. La Comisión multó a las partes por importe de unos 120.000 USD por no haber notificado inicialmente la transacción, pero autorizó las fusiones imponiendo dos requisitos diseñados para minimizar los problemas que pudiera causar la integración. Un requisito fue que, en ciertas circunstancias, una de las empresas generadoras se abstendría de votar en una asociación del sector sobre la asignación y precios de transferencia de la electricidad. Las condiciones que activan este requisito no se han materializado. El segundo requisito fue que la compañía distribuidora adquiriera electricidad a través de licitación pública abierta a todas las compañías generadoras (Resolución No. 012-99). El regulador del sector energético, Osinerg, parece supervisar el cumplimiento de este requisito.

Una oferta pública de acciones en una empresa de generación de electricidad resultó en una fusión vertical que la Comisión consideró irreprochable y autorizó sin imponer ninguna condición (Resolución No. 31-2001).

Una más reciente adquisición de una empresa de generación de electricidad constituyó una fusión horizontal que la Comisión autorizó sin imponer ninguna condición (Resolución No. 20-2002).

Hace aún menos, Perú privatizó dos importantes empresas de transporte de electricidad, una de las cuales operaba en el sur, la otra en el norte. La firma que adquirió estas empresas estaba ya en el negocio del transporte de electricidad, pero la Comisión autorizó la transacción sin condiciones (Resolución No. 16-2002).

Seis de las notificaciones de fusión recibidas por Indecopi estaban relacionadas con privatizaciones. Una reciente privatización se canceló debido a protestas de la población local, que tiende a apoyar las políticas de corte izquierdista de la década de los ochenta. En el caso de otra transacción notificada, se determinó que quedaba fuera de la jurisdicción del Indecopi. Las otras cuatro adquisiciones se autorizaron sin condiciones. Un experto internacional ha cuestionado la conclusión del Indecopi de que estas fusiones no fueron anticompetitivas porque redujeron el índice HHI, haciendo notar que, dada la gran cuota de mercado del Estado, cualquier privatización tendría este efecto.³⁰ Las adquisiciones han aumentado el índice HHI si uno considera solamente las empresas de propiedad privada. Con todo, el Indecopi defiende su metodología.

Las otras dos fusiones que Indecopi consideró fueron transacciones internacionales no notificadas originalmente, pero que el Indecopi finalmente autorizó con condiciones. El Recuadro D contiene información adicional sobre algunos de los casos de fusión sometidos al Indecopi.

2.2 *La Ley de Acceso al Mercado*

Aun cuando muchos países no incluyen en sus leyes de defensa de la competencia ninguna prohibición exigible sobre impuestos, actividades o regulaciones del gobierno contrarias a la competencia, dichas prohibiciones (de alcance variable) se contienen en las leyes generales de competencia de Rusia, México y otros países, así como en el Tratado de Roma. En Perú, dichas prohibiciones están incluidas en el Decreto Legislativo 807, que se aplica a regulaciones y otras actividades, y en el Decreto Legislativo 776, que se aplica a impuestos que limitan el acceso al mercado. La vigilancia del cumplimiento de ambas leyes es actualmente competencia de la Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi.³¹ Dicha facultad ejecutiva significa que el Indecopi ha podido en ocasiones imponer reformas regulatorias favorables a la competencia que la mayoría de autoridades en materia de competencia sólo puede recomendar.

La Comisión recibió originalmente autorización para tomar decisiones administrativas que anulasen barreras gubernamentales al acceso al mercado, y sus decisiones fueron una parte importante de la misión principal del Indecopi en materia de defensa de la competencia, tanto en forma directa (al aumentar la eficiencia) como indirecta (al mostrar a la comunidad empresarial que la política de competencia puede ser buena para los negocios). Sin embargo, en octubre de 2001 le fue retirada a la Comisión la facultad administrativa para prohibir regulaciones. La Comisión podía y de hecho continuaba analizando regulaciones y abogando por la reforma de aquellas que encontraba injustificadas, pero empezó a recibir menos denuncias y sus

recomendaciones eran con frecuencia ignoradas. En julio de 2003, una nueva ley restableció algunas de las facultades de la Comisión. Actualmente, la Comisión puede emitir informes declarando que ordenanzas municipales o regionales, y ciertas órdenes ministeriales, representan barreras injustificadas de acceso al mercado. Los informes se envían al concejo competente, sea Municipal o Regional, o al Consejo de Ministros. Si el concejo no responde en 30 días, la ordenanza es automáticamente derogada. Si el concejo toma una decisión para retener la restricción, la Comisión puede iniciar una acción legal para requerir su eliminación.

Este nuevo sistema parece ser una forma constructiva de proporcionar a los responsables en temas de competencia facultades que van más allá de la “simple” defensa de la competencia, al tiempo que concede a los reguladores una oportunidad de defender sus normativas públicamente y en los tribunales. Además, el sistema parece estar funcionando bien. Entre julio de 2003 y marzo de 2004, la Comisión ha emitido 46 informes. En 44 casos, el informe llevó a la supresión de la norma, casi siempre por inacción del concejo, pero en un caso debido a que el Consejo de Ministros eliminó oficialmente la norma. Hubo dos decisiones de concejo para retener normas, y en ambos casos la Comisión emprendió una acción legal contra ellos.

Como se explicó en el examen inter pares de Rusia durante la reunión del Foro Global de Competencia de la OCDE en febrero de 2004, las leyes que contienen prohibiciones exigibles sobre regulaciones anticompetitivas deben prever algún medio de tomar en cuenta las necesidades gubernamentales que la regulación pretendía satisfacer. En Perú, hay un marco legislativo para este análisis.

Primero, la Comisión de Acceso al Mercado examina si la regulación es “legal”, en el sentido de estar comprendida en la facultad normativa del organismo oficial que la promulga. Si no es así, la regulación puede ser censurada sin ulterior análisis. Por ejemplo, el Ministerio de Trabajo cobraba a las empresas una tasa por procesar información a cuyo envío les requería. La Comisión de Acceso al Mercado encontró que la tasa no estaba autorizada, ya que la ley peruana prohíbe a todos los organismos públicos cobrar tasas salvo para cubrir los costes de servicios que provean a quienes les exijan su pago.

Segundo, si una regulación está comprendida en la facultad normativa del organismo oficial, la Comisión examina si ésta es “racional”, en el sentido de estar razonablemente relacionada con sus fines. Por ejemplo, la Comisión anuló el requisito de que la fibra de algodón importada a Perú fuese fumigada en cámaras de vacío, ya que encontró que la fumigación a presión atmosférica era igualmente eficaz y significativamente menos costosa.

Por razones obvias, los desafíos a las regulaciones oficiales pueden causar problemas políticos. Es por tanto notable que el Indecopi haya tenido éxito en

desafiar varias acciones tanto de Ministerios como de municipalidades. Por ejemplo, eliminó una variedad de barrera no arancelaria al comercio impuesta por el Ministerio de Agricultura y otros organismos.³² También anuló la exigencia de que los exportadores pagaran una tasa por hacer que el Ministerio de Industria les revisara sus recibos.³³ Dado que el Indecopi era en ese momento oficialmente parte del Ministerio de Industria, esta acción ilustra la autonomía que una vez tuvo. Sin embargo, los casos de la Comisión no han sido siempre tan exitosos. En un caso de oficio, la Comisión decretó que el Ministerio de Economía y Finanzas cobraba ilegalmente derechos por emitir y renovar pasaportes por encima de sus costes.³⁴ Aun cuando el caso legal prosperó, una legislación especial revirtió el resultado.

La Comisión de Acceso al Mercado también puede conocer de medidas oficiales que provocan conductas anticompetitivas por parte de las empresas. En un importante caso reciente, la Sociedad Nacional de Industrias presentó una denuncia cuestionando regulaciones del Ministerio de Transporte que en esencia fijaban precios de mercado para el transporte terrestre de mercancías. Existen importantes problemas en este mercado, debido en parte a que operan empresas “informales” con conductores no autorizados, no registrados y con vehículos inseguros, etc., pero también debido a la indolencia en la exigencia del cumplimiento de las normativas sobre seguridad y de otro tipo a empresas formales. En cualquier caso, el sector informal obviamente tiene ventajas en costes sobre las empresas legales, y la respuesta del Ministerio fue fijar precios. En principio, esta directiva podía ayudar a los transportistas legales al aumentar sus tarifas, pero también permitiría que los transportistas informales aumentaran las suyas e impusieran costes innecesarios e injustificados tanto a las empresas peruanas que contratan transportistas como a los consumidores peruanos en general. La Comisión encontró que la directiva era tanto no autorizada como irracional, y la decisión fue confirmada por el Tribunal.³⁵ El caso ilustra la importancia del trabajo del Indecopi al revelar (i) el fracaso del Ministerio de Transporte en considerar principios de política de competencia y (ii) la gran escala de algunas de las barreras que han sido eliminadas.

Numerosos casos del Indecopi han tenido por objeto impuestos menores, pero claramente anticompetitivos e ilegales, sobre el comercio interregional y el uso de vías públicas. Además, muchos casos han incluido intentos por parte de las municipalidades de imponer costes ilegales sobre empresas de servicios públicos por instalar postes para cableado eléctrico o de telecomunicaciones.

El Indecopi ha aplicado también la Ley de Acceso al Mercado para obligar a las administraciones públicas a volverse más transparentes. La ley peruana exige que cada administración pública tenga TUPAs (Textos Únicos de Procedimientos Administrativos) públicamente disponibles: descripciones por escrito de lo que alguien debe hacer para conseguir que la administración actúe dentro de su campo de competencia. Un TUPA podría, por ejemplo,

recoger toda la información que debe enviarse para solicitar una licencia para constituir una empresa, explicar cómo se analiza la información, establecer qué costes están incluidos y estimar en qué plazo cabe esperar una decisión. Al comienzo, el Indecopi desplegó una notable actividad para intentar obligar a las administraciones públicas a redactar TUPAs y a ponerlas a disposición del público, así como impugnando requisitos anticompetitivos contenidos en los TUPAs. Existe la impresión de que el Indecopi abandonó por un tiempo tan útil labor, pero éste insiste en que el programa continúa operativo (aun cuando el personal de la Comisión ha quedado reducido a sólo tres personas).

Un destacado caso local se planteó cuando la municipalidad de Lima exigió el requisito de que todos los autobuses y “combis” (minibuses que en teoría recorren rutas fijas pero solapadas y se detienen en cualquier parte para recoger pasajeros) debían utilizar las terminales de la municipalidad. Antes, muchas empresas en este negocio (algunas, individuos que habían comprado un solo autobús o minivan) habían creado, por su cuenta o colectivamente, sus propias estaciones terminales, y la nueva regla de Lima iba a convertir dicha inversión en inútil y perjudicar a las empresas con terminales particularmente ventajosas. La Comisión concluyó que la Ley de Municipalidades de Perú autorizaba a la municipalidad de Lima a asignar rutas obligatorias y a regular la creación de terminales de empresas a través de procedimientos de zonificación y licencia, pero no la autorizaba a obligar a usar *sus* terminales. Puesto que la regla excedía de la autoridad de la municipalidad, era ilegal.³⁶

Los casos de acceso al mercado son más complejos cuando implican determinar si una regulación autorizada guarda relación razonable con su objetivo legítimo. Durante la década de 1990, la Comisión era aparentemente muy estricta al aplicar esta parte de la prueba, dando relativamente poco peso a los objetivos regulatorios de los organismos públicos. En un conocido caso de 1997, por ejemplo, el Indecopi anuló una ordenanza municipal que requería que los taxis fuesen pintados de amarillo. La mayoría de los países considera que en el mercado del taxi se dan fallos de mercado que requieren alguna regulación para proteger a los consumidores, y la ordenanza habría provisto dicha protección. Sin embargo, el Indecopi condenó el requisito como barrera “irracional” de acceso al mercado debido a que (a) el coste del repintado habría sido prohibitivo para algunos conductores y (b) habría evitado el uso de vehículos familiares como taxis a tiempo parcial.³⁷ Aunque el caso ha sido citado como prueba de cómo las múltiples funciones del Indecopi permiten un enfoque equilibrado que reconoce los puntos de vista del consumidor y de la competencia,³⁸ también se critica como ejemplo de un enfoque excesivamente simplificado y antigubernamental asociado con la Escuela de Chicago. Un enfoque más matizado, por ejemplo, podría haber permitido una introducción gradual de la regulación para reducir costes y podría haber eximido a los vehículos familiares utilizados como taxi a tiempo parcial.

Más recientemente, se piensa que la Comisión ha adoptado un enfoque más equilibrado y toma más claramente la iniciativa. En el período 1993-1998 tramitó 265 casos, el 93 por ciento de los cuales implicó denuncias y el 7 por ciento fue de oficio. Hoy, cerca del 50 por ciento de los casos son de oficio.

2.3 Las leyes sobre publicidad engañosa y competencia desleal

De la administración de las normas que prohíben la competencia desleal³⁹ y la publicidad engañosa⁴⁰ vela la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi. Su vigilancia consiste principalmente en procedimientos para resolver disputas entre dos o más empresas; hay muy pocas actuaciones de oficio al amparo de supuestos de competencia desleal y sólo algunas más de supuestos de publicidad engañosa. Más aún, dado que formular una demanda ante la Comisión de Competencia Desleal cuesta unos 180 USD, los consumidores rara vez recurren a ésta, lo que tiene su importancia, siendo así que a esta Comisión se reserva la jurisdicción exclusiva sobre los casos de publicidad. Una parte creciente del trabajo de la Comisión de Competencia Desleal implica casos de publicidad, pero en 2003 los casos de competencia desleal aún representaban el 55 por ciento del trabajo de la Comisión.

Las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor suelen aplicarse a las denuncias de publicidad falsa o engañosa. Las disputas de competencia desleal estarían comprendidas en cuatro categorías principales, con tres de ellas relacionadas de una forma u otra con realizar manifestaciones falsas o engañosas. Una categoría importante es la de “hacer pasar por” cuando ello no implica la infracción de una marca registrada (cuando afecta a una marca registrada, el caso lo lleva la Oficina de Signos Distintivos del Indecopi). Otras formas de engaño (por ejemplo, manifestaciones falsas sobre el origen o el contenido de un producto) constituyen una segunda categoría importante. Manifestaciones falsas sobre una firma o producto es la tercera categoría principal de casos. La cuarta categoría –abuso de secreto industrial e inducción a incumplimiento de contrato– no tiene muchos casos.⁴¹

Como es generalmente el caso en otros países, la competencia desleal y la publicidad falsa o engañosa son ilegales en Perú, sin importar si la conducta tiene algún efecto sobre el mercado como un todo. Más aún, muchos de los casos de la Comisión son esencialmente conflictos privados. Sin embargo, las actividades de la Comisión hacen una valiosa contribución a las reformas de mercado de Perú, al ayudar a establecer las “reglas del juego” y desalentar formas de conducta que merman la confianza del público en el mercado.

Una de las sinergias de combinar el trabajo sobre competencia desleal (y protección al consumidor) con la vigilancia de la competencia consiste en que

el primero es un recordatorio de que el funcionamiento de los mercados no es perfecto, y la segunda lo es de que las regulaciones diseñadas para proteger a las empresas o consumidores individuales pueden causar más perjuicio que beneficio si restringen innecesariamente la actividad empresarial. Un contexto en el que se han planteado estos asuntos en el Indecopi está relacionado con la aplicación a la publicidad comparativa de las restricciones que establecen las Normas de Publicidad.

El enfoque original de Indecopi se estableció en la década de los noventa en un caso que trataba sobre un anuncio en el que se afirmaba que un producto era “más suave” y brindaba “más protección” que otro. La Comisión de Competencia Desleal consideró dichas manifestaciones como apreciaciones subjetivas lícitas que no inducirían a confusión a un consumidor razonable. El Tribunal adoptó un enfoque diferente, sosteniendo que los anuncios no son comparativos dentro del significado de la ley a menos que hagan afirmaciones objetivas. Dado que la parte dispositiva especial de la ley sobre publicidad comparativa no era aplicable, el anuncio debería ser analizado como un anuncio “común”, es decir que era legal a menos que se considerara engañoso. El Tribunal coincidió con la Comisión en que el anuncio no era engañoso, y declaró infundada la denuncia.⁴² La teoría fundamental bajo ambos enfoques era que la publicidad promueve la competencia, y no debe prohibirse a menos que sea falsa o engañosa.

Aunque una enmienda en 1997 supuestamente codificó dicho enfoque “americano”, un caso reciente del Tribunal se encuadra aparentemente en el intento de éste por realinearse con un modelo europeo. El anuncio en cuestión mostraba personas bebiendo una bebida gaseosa oscura y exclamando cuánto les gustaba Coca Cola, sólo para que se les dijera que en realidad estaban bebiendo Perú Cola. El Tribunal halló que el anuncio infringía las Normas de la Publicidad y emitió un precedente de observancia obligatoria declarando que las afirmaciones comparativas subjetivas son esencialmente ilícitas per se; es decir, presentan un riesgo inherente de “confusión” y son por tanto ilícitas, sin necesidad de probarse que sean falsas o engañosas.⁴³ Aparentemente, esta decisión parece consistente con la última directiva de la Unión Europea.⁴⁴

Un aspecto interesante de este caso es que, con arreglo al menos a algunos criterios, la afirmación publicitaria no era subjetiva. La afirmación implícita del anuncio puede ser vista como que un importante número de peruanos no distingue al gusto la diferencia entre Coca Cola y Perú Cola. Dicha afirmación no es ni subjetiva ni no verificable. Perú Cola de hecho no ofreció encuesta alguna ni otra prueba que respaldase la afirmación, y la afirmación podría justificablemente ser censurada por falsa. Sin embargo, al tratar la afirmación como subjetiva, el Tribunal aparentemente tornó irrelevante la veracidad de ésta. A medida que desarrolle su enfoque en este ámbito, el Tribunal deberá considerar que combinar una prohibición esencialmente per se de difundir

comparaciones subjetivas con una visión expansiva de lo que es subjetivo podría conducir a decisiones que perjudicasen la competencia al prohibir afirmaciones que sean verificables, verificadas y no engañosas.

2.4 *La Ley de Protección al Consumidor*

La Ley de Protección al Consumidor⁴⁵ peruana la aplica la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi. Aun cuando esta ley no regula la publicidad falsa o engañosa, en otros aspectos su alcance es bastante amplio. La ley establece un amplio rango de derechos de los consumidores, incluido el derecho a una protección eficaz frente a productos insalubres y peligrosos, y de obligaciones de los proveedores, incluyendo la obligatoriedad de emitir una factura en toda transacción; mostrar precios; mantener listas de precios y ponerlas a disposición de los consumidores cuando lo pidan; advertir a los consumidores de posibles problemas para obtener prontamente repuestos o accesorios; brindar servicios diligentemente; proporcionar información suficiente sobre productos y servicios; asegurarse de que los productos de manufactura extranjera tengan la información de garantías y advertencias en idioma castellano; hacer reparaciones, reemplazos o reembolsos de productos defectuosos, y compensar a los consumidores por daños causados por servicio inadecuado. También regula la concesión de crédito al consumidor.

La Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor dedica gran parte de su tiempo a gestionar consultas informales de consumidores y empresas. Además, en 2003 intervino en 4.700 conflictos en los que aplicó el procedimiento de conciliación informal, resolviéndose en forma satisfactoria el 80 por ciento de éstos. Los consumidores pueden iniciar procedimientos formales ante la Comisión presentando una denuncia y pagando un derecho de unos 9 USD; en 2003 se presentaron 1.150 denuncias. Estas 1.150 denuncias, más 50 asuntos investigados de oficio, produjeron un total de 1.200 procesos en 2003. La Comisión se declaró incompetente para conocer del caso en 216, resolvió 300 por conciliación después de presentada la denuncia y 684 casos requirieron resolución formal. De éstos, en 264 casos se declaró infundada la denuncia y en 420 casos se concluyó la existencia de conducta ilegal.

Entre los innovadores proyectos de protección al consumidor de Indecopi en los noventa estuvo una campaña contra la discriminación racial en los clubes nocturnos de Lima.⁴⁶ Indecopi empezó la campaña recopilando y publicando información, e inició procesos –e impuso multas– sólo después de que una organización de consumidores denunciase a empresas que rehusaron cambiar voluntariamente sus políticas. La campaña fue popular y exitosa, pero para los propósitos actuales merece especial atención el análisis de política de la competencia que subyace a la campaña. Obviamente, la desigualdad de oportunidad para participar en actividades empresariales distorsiona mercados

y bloquea la eficiencia, pero Indecopi amplió esta consideración y razonó que los mercados y la eficiencia también resultan perjudicados cuando el valor del dinero depende del color de piel de su propietario. Además del perjuicio inmediato de esta ineficiencia, dicha discriminación racial impide el desarrollo de una cultura de la competencia al hacer que la gente confíe menos en poder beneficiarse de reformas inspiradas en la economía de mercado.

Otra iniciativa más típica de protección de los consumidores implicó la recopilación y publicación de información sobre tiempos de espera promedio de los consumidores haciendo cola para cobrar un cheque en el banco. El resultado fue una mayor demanda de servicio rápido por los consumidores y una mayor competencia entre bancos.

Como en otras áreas, Indecopi era inicialmente muy reticente a implicarse en exigir el cumplimiento de la ley. Por ejemplo, lanzó un programa en el que miembros de su personal iban a mercados y ofrecían volver a pesar la carne u otros productos que los consumidores acabaran de comprar. El programa ayudó directamente a algunos consumidores y le proporcionó una publicidad muy beneficiosa, pero algunos cuestionaron si la política de Indecopi de no inspeccionar las balanzas de los vendedores y multar a los “tramposos” había renunciado a otro útil elemento de disuasión. Recientemente, el Indecopi y la Comisión se han orientado más hacia la facultad de hacer cumplir la ley, aun cuando la resolución de conflictos continúe recibiendo mayor atención.

Parece que la movilización de los consumidores en Perú está aún en una etapa temprana de desarrollo. Una organización de consumidores, ASPEC, parece ser seria y activa en trabajar para ayudar a los consumidores a conocer sus derechos y protegerlos en una economía de mercado, pero muchas otras agrupaciones de consumidores combinan algunas actividades valiosas con la promoción de agendas políticas o personales. Se piensa que el Indecopi es útil, pero que hace demasiado poco y trabaja muy lentamente, pese a afirmar la Comisión de Protección al Consumidor que la duración promedio de sus procesos es actualmente de sólo dos meses. Algunas de las preocupaciones expresadas por organizaciones de consumidores parecen reflejar un deseo de que el Indecopi proteja a los consumidores de formas que pueden estar fuera de su mandato orientado al mercado.

2.5 Reglamentos internos antidumping y sobre salvaguardias

La Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios (Antidumping) del Indecopi es, como su nombre sugiere, responsable de elaborar las normas reglamentarias en materia antidumping y de salvaguardias de Perú. En casos antidumping, determina si se produce dumping ilegal comparando los precios nacionales y de exportación de empresas extranjeras, calculando el margen de

dumping y, en su caso, valorando en qué medida resultan perjudicadas las empresas nacionales por el dumping. Si concluye que existe dumping ilegal, la Comisión establece un arancel de importación adicional recomendado que eleve el precio del producto hasta hacerlo retornar a su “valor normal”. La Comisión adopta dichas decisiones de común acuerdo con una delegación del Ministerio de Economía y Finanzas⁴⁷ y, si bien la Comisión tiene autonomía para decidir en casos particulares, debe consultar con el Ministerio en cuestiones de política, incluidos los reglamentos que aplica en estos casos.

Esta delegación de la facultad de adopción de decisiones en el Indecopi es muy inusual. Funcionarios y expertos en política de la competencia tienden a oponerse al proceso antidumping basándose en que condena precios que son bajos pero no predatorios, protegiendo así a los productores nacionales pero también perjudicando a los consumidores nacionales (individuos, empresas y organismos públicos). Adicionalmente, creen que los procesos antidumping pueden conducir a cárteles en mercados antes competitivos. Las normas de la OMC conceden a los países cierta libertad de acción sobre la forma de hacer los distintos cálculos involucrados en casos antidumping, y los principios de la política de competencia buscan asegurar que los países utilicen enfoques que minimicen el perjuicio que los procesos antidumping causan a consumidores y a la economía en su conjunto.

Aparentemente, el sistema peruano provee una oportunidad para que se dé a las consideraciones de competencia cierto peso, quizá incluso sustancial, en varias etapas de los procesos antidumping. Durante los noventa, el enfoque de Perú hacia el antidumping buscaba minimizar los efectos anticompetitivos del antidumping de varias formas, como rehusando adoptar algunas políticas y procedimientos autorizados por la OMC y requiriendo a los demandantes que probasen de forma estricta el perjuicio y la relación de causalidad. A partir de 1998 se produjo un drástico aumento de procedimientos antidumping, lo que no sorprende dadas las dificultades económicas de Perú y la creciente presencia de China en la economía mundial. El número de casos continuó al alza hasta 2003, año en que registró una notable disminución.

La intervención del Indecopi en asuntos de antidumping parece seguir promoviendo hasta cierto punto la competencia, pero el sistema ha sufrido algunos altibajos.

- Como se ha mencionado, a comienzos de la presente legislatura renunciaron de improviso todos los Comisionados Antidumping del Indecopi y fueron reemplazados por un nuevo equipo, presidido por un ejecutivo petrolero que mantenía una destacada posición en la Sociedad Nacional de Industrias. Poco después, la Secretaría Técnica de la Comisión hizo otro tanto. Existe la convicción generalizada de que la renuncia y sustitución de comisionados fue resultado de la presión

ministerial, y de que la renuncia de la Secretaría Técnica lo fue en protesta contra las políticas de los nuevos Comisionados.

- Las controversias sobre la Comisión y entre ésta y la Secretaría Técnica parecen haber ido a menos, y está claro que la actual Secretaría se inclina por apoyar las consideraciones competitivas. Además, la presión ministerial parece haber cesado, quizá porque el Indecopi rinde cuentas ahora a la Presidencia del Consejo de Ministros en lugar de al Ministerio de Industria.
- Sin embargo, como resultado de cambios en su composición, el Tribunal de Defensa de la Competencia se tiene ahora por más partidario del proceso antidumping que el Ministerio de Economía y Finanzas, e incluso que el propio Ministerio de Comercio. Ciertamente, a instancias del Indecopi, Perú ha adoptado reglas más afines a políticas y procedimientos autorizados por la OMC que facilitan los casos antidumping. Nada hay improcedente en las acciones del Indecopi, pero como cuestión de política los responsables de competencia tienden a ver el proceso antidumping como anticompetitivo y no abogan por aumentar su eficacia.

2.6 *Normas Técnicas y de Acreditación*

La Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales opera bajo la forma de Organismo Nacional de Normalización, competente para aprobar normas técnicas (voluntarias) y reglamentos (obligatorios) con arreglo a la ley peruana y a las normas de organismos supranacionales como la OMC.⁴⁸ Por ejemplo, la Comisión busca asegurar que en el proceso de normalización participen representantes de productores, consumidores y organismos públicos, y que las normas técnicas no creen barreras a la entrada al imponer criterios de diseño en lugar de criterios de rendimiento. Además administra el sistema nacional de acreditación, evaluando, autorizando y supervisando la actuación de las entidades de certificación. También supervisa el cumplimiento de las normas de la OMC en materia de salud y seguridad que puedan constituir barreras técnicas al comercio.

Las normas técnicas nacionales pueden promover la competencia al reforzar la confianza de los consumidores y los estándares internacionalmente aceptados pueden hacer otro tanto al incrementar la compatibilidad técnica. Por otro lado, las normas técnicas pueden ser anticompetitivas, impidiendo el acceso al mercado de productos nuevos o alternativos. Por consiguiente, las actividades supervisadas por la Comisión tienen algunas consecuencias relacionadas con la competencia, pero su trabajo es básicamente técnico y no implica normalmente aplicar principios de política de competencia.

2.7 *Las leyes sobre la Propiedad Intelectual*

Las leyes peruanas sobre propiedad intelectual fueron revisadas en 1991, debido a que el gobierno creía que era necesario tener leyes y mecanismos de cumplimiento sólidos para atraer la inversión extranjera directa que ayudaría a crear crecimiento económico.⁴⁹ El Indecopi hace cumplir estas leyes a través de tres oficinas, que son funcionalmente las mismas que sus comisiones, salvo en que cada una está encabezada por un solo individuo. La Oficina de Signos Distintivos promueve el registro de marcas, las registra y resuelve conflictos relacionados con marcas registradas. La Oficina de Derechos de Autor y la Oficina de Patentes realizan actividades similares en sus respectivos ámbitos.

El Indecopi ha promovido el respeto a la propiedad intelectual y de forma competente estableció procedimientos para resolver denuncias presentadas por individuos y empresas, con el resultado de más registros y menos piratería. En 2000, el porcentaje de piratería de software informático había caído del 85 al 60 por ciento, y los de piratería de películas y música eran del 50 y 85 por ciento, respectivamente.⁵⁰ Como en otros campos, sin embargo, el Indecopi recibió críticas por no ser más agresivo en exigir el cumplimiento de la ley. La crítica de un comentarista sobre el Tribunal de Defensa de la Propiedad Intelectual en 1999 es muy similar a lo afirmado por otros respecto al Tribunal de Defensa de la Competencia:

“[Este] es considerado técnicamente capaz..., si bien quizá no lo bastante guiado por el enfoque judicial orientado a la disuasión y demasiado impregnado de la cultura administrativa del Indecopi.”⁵¹

Los porcentajes de piratería parecen haber seguido cayendo. Actualmente, el Indecopi participa en una amplia y agresiva campaña contra la piratería.

2.8 *La ley de Salida del Mercado*

La Comisión de Salida del Mercado se constituyó para proporcionar una alternativa más eficiente y menos corrupta al proceso de quiebra judicial.⁵² Además, se pretendía que la Comisión desarrollase, como efectivamente hizo, un procedimiento concursal de reestructuración patrimonial, en tanto que el poder judicial sólo podía ofrecer la liquidación. Las acciones de la Comisión han contribuido al desarrollo de una economía de mercado, pero el trabajo diario del Indecopi en este área tiene poco o nada que ver con la competencia.

3. Cuestiones institucionales

Cuando empezó la reforma de los mercados en Perú a comienzos de los noventa, los partidarios de las reformas temían que los Ministerios carecieran

de la voluntad política y de los profesionales técnicamente capacitados que se necesitaban para poner en práctica las nuevas políticas, que en algunos casos eran complejas. Concluyeron que las agencias encargadas de estas reformas no deberían estar sujetas a fiscalización ministerial, deberían poder ofrecer salarios que superasen los límites salariales normales en la función pública para de ese modo atraer personal cualificado y deberían aprovechar los conocimientos especializados existentes en el sector privado a través de consejos consultivos compuestos por voluntarios.

El Indecopi fue una de las primeras agencias de esta clase. Esta sección se inicia describiendo la estructura interna del Indecopi, los procedimientos que aplica para resolver denuncias y procesos de oficio, sus facultades investigadoras y correctoras y el volumen de casos abordados y sus recursos. A continuación, se analiza la posibilidad de obtener reparaciones privadas al amparo del Derecho de la competencia, tras lo cual se examinan las ventajas e inconvenientes del extraordinariamente amplio mandato del Indecopi. Acaba la sección con comentarios sobre otros medios para dirimir casos de derecho de la competencia en Perú y sobre cuestiones internacionales relacionadas con las actividades en materia de la competencia del Indecopi.

3.1 Estructura organizativa del Indecopi

El Indecopi se gobierna por un Directorio compuesto de tres personas. Su Presidente y uno de los otros miembros del Directorio son nombrados por la Presidencia del Consejo de Ministros y el tercer miembro lo elige el Ministro de Economía y Finanzas. La Presidencia es el cargo máximo en el Indecopi y es un puesto a tiempo completo, y al Presidente compete supervisar las actividades cotidianas de la agencia y el perfeccionamiento y la aplicación de políticas cuyas líneas generales fija el Directorio. Los otros dos miembros del Directorio perciben una retribución por asistir a las reuniones de cuatro horas de duración convocadas cada dos semanas. Una de sus funciones principales es participar en la selección de las personas que ejercerán de Comisionados no remunerados en Indecopi. El Presidente y los otros miembros del Directorio podrán ser cesados sin alegar causa.

En teoría, el Directorio se halla bajo la supervisión de un Consejo Consultivo compuesto de nueve miembros. Inicialmente se contemplaba que el Consejo –compuesto por prestigiosos abogados, empresarios, docentes universitarios, legisladores, etc.– desempeñase el importante papel de asegurar el control público y la receptividad a las demandas ciudadanas y oficiales. Sin embargo, en la práctica el Consejo ha permanecido casi por completo inactivo.

Órganos “jurisdiccionales” del Indecopi

A grandes rasgos, el Indecopi está dividido en dos partes, siendo la más importante a nuestros efectos la parte “jurisdiccional”, encargada del estudio de los casos. El “órgano jurisdiccional” superior es el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Los Miembros del Tribunal son designados por el Directorio del Indecopi y nombrados por el Presidente de la República. Oficialmente, el Tribunal constituye una parte independiente del Indecopi en lo referente a la resolución de casos particulares. La ley original protegía esta independencia estipulando que los miembros del Tribunal fueran nombrados para un período fijo de cinco años, durante el cual sólo podían ser cesados con causa justificada, pero las enmiendas legales introducidas en 1994 permiten el cese sin causa justificada.⁵³

Hasta hace poco, el Tribunal estaba constituido por dos Salas: una “Sala de Propiedad Intelectual” y una “Sala de Defensa de la Competencia” (esta última denominado comúnmente y en este informe como el “Tribunal de la Competencia”). La Sala de Propiedad Intelectual tramita las apelaciones de las Oficinas de Marcas, Patentes y Derechos de Autor. El Tribunal de la Competencia tramitaba en el pasado las apelaciones de las siete comisiones del Indecopi: Libre Competencia, Acceso al Mercado, Represión de la Competencia Desleal, Protección al Consumidor, Fiscalización de Dumping y Subsidios, Reglamentos Técnicos y Comerciales y Salida del Mercado (quiebra). Hoy, sin embargo, de las apelaciones de decisiones de la Comisión de Salida del Mercado conoce una nueva “Sala de Quiebras” del Tribunal.

Las competencias más obvias del Tribunal se refieren a la resolución de causas que han sido apeladas, aunque también establece directrices procesales y ha desarrollado un sistema para emitir directrices sustantivas *de facto*. Cuando un caso llevado ante el Tribunal plantea problemas legales de entidad, el Tribunal escribe una declaración de cómo debiera resolverse el asunto y lo declara un “precedente de observancia obligatoria” especial. El Tribunal está también autorizado expresamente para formular recomendaciones al Presidente del Indecopi respecto a medidas legislativas o regulatorias “necesarias para garantizar la competencia y los derechos de propiedad intelectual”, si bien el Presidente tiene la última palabra en dichos asuntos.

La presidencia del Tribunal de la Competencia es un puesto a tiempo completo, y el Presidente dirige el Tribunal a diario. Los otros cuatro puestos del Tribunal son a tiempo parcial, y los miembros perciben una retribución por asistir a seis reuniones mensuales de dos horas y media de duración. Por tanto, el cargo del Presidente del Tribunal suele ser muy influyente.

Hay una compleja relación entre, por un lado, los Presidentes de las Salas del Tribunal y, por otro, el Presidente del Indecopi. Por ejemplo, el Presidente del Tribunal de la Competencia es nombrado por el Presidente del Indecopi, es

independiente de éste a la hora de tramitar procedimientos formales, posee normalmente una mayor competencia técnica en su campo que el Presidente del Indecopi, pero está subordinado al Presidente del Indecopi en asuntos de política (tales como la conveniencia de modificar la legislación de defensa de la competencia). Si el Presidente del Tribunal y el Presidente del Indecopi no trabajan bien juntos, este sistema podría dificultar considerablemente la planificación política.

Como las demás comisiones cuyas apelaciones son resueltas por el Tribunal de la Competencia, la Comisión de Libre Competencia tiene seis miembros, todos ellos a tiempo parcial y no remunerados. El trabajo de los Comisionados consiste en asistir a una reunión semanal de tres horas de duración, además del tiempo de preparación que sea necesario. Las Comisiones son independientes del Tribunal a la hora de tramitar los casos individuales, con la excepción de que deben seguir las directrices procesales y los precedentes de observancia obligatoria. También son teóricamente independientes del Presidente y del Directorio del Indecopi, aunque el Directorio puede cesar a los Comisionados en cualquier momento sin causa justificada.

Cada una de las comisiones jurisdiccionales y oficinas del Indecopi posee su propio personal, dirigido por una persona designada "Secretario Técnico". El personal evalúa, investiga y prepara propuestas de resoluciones mediante las que se resuelven las denuncias que hayan sido presentadas. Cuando los recursos lo permitan, el personal también puede efectuar investigaciones de oficio y estudiar cuestiones de política planteadas por su trabajo. El personal de la Comisión de Libre Competencia comprende un administrador, tres abogados, dos economistas, cuatro estudiantes y una secretaria. El personal de la Comisión de Acceso al Mercado consiste en un administrador y dos ayudantes (abogados ambos), cuatro estudiantes y una secretaria.

Departamentos del Indecopi

Además de los órganos jurisdiccionales del Indecopi, la mayor parte de su personal está organizado en "departamentos", cuyas misiones son básicamente administrativas, pero que también incluyen unidades que coordinan las actividades internacionales del Indecopi y ejecutan sus funciones de formación de los ciudadanos y algunas funciones de apoyo. A los efectos de este informe, el más importante de estos departamentos es el Departamento de Política Económica. Este departamento cuenta con casi una docena de economistas y tiene dos funciones importantes: (i) coordinar la planificación estratégica y el análisis político (con fines de apoyo de otra clase) y (ii) aportar conocimientos económicos a unidades jurisdiccionales cuando surjan cuestiones económicas complejas (p. ej., definir mercados en una causa de

libre competencia o calcular el margen de dumping y evaluar los daños en un proceso de dumping). La Comisión de Libre Competencia, que recibe actualmente asistencia en 4 ó 5 casos, es uno de los principales clientes de este departamento, debido a que su trabajo es el que plantea con más frecuencia cuestiones económicas complejas y porque se tiene la percepción de que esta Comisión posee recursos especialmente escasos.

Oficinas regionales “descentralizadas” del Indecopi

El Indecopi tiene su sede oficial en Lima, si bien en los años noventa inició un programa de “descentralización” e incluso privatización de muchas de sus funciones. Creó las Oficinas Descentralizadas del Indecopi (ODIs) creando empresas conjuntas (*joint ventures*) con diversos socios, principalmente cámaras de comercio locales, así como algunas universidades, autoridades regionales y un colegio de abogados. El programa se basó inicialmente en un modelo de “franquicia” comercial, en el que el Indecopi proporcionaba su “marca” y supervisión a grupos locales respetados. Hasta ahora, no se ha delegado en ninguna de las ODIs la autoridad del Indecopi para resolver procesos impugnados reales, salvo en materia de quiebras; por tanto, las ODIs no se utilizan en asuntos esenciales en materia de derecho de la competencia. Como los problemas económicos fueron a más tras la crisis de 1998, el Indecopi creó nuevas oficinas descentralizadas para tramitar los procesos concursales, aunque estas oficinas ahora hayan sido cerradas (excepto tres oficinas en diferentes partes de Lima).

El Indecopi inicialmente tuvo problemas para garantizar que las decisiones de las ODIs fueran coherentes entre sí y lo fueran con las políticas de Indecopi, pero la situación ha mejorado aparentemente.

Los observadores han señalado que la estructura del programa de descentralización plantea importantes problemas de incentivo.⁵⁴ Al igual que el Indecopi, las ODIs tienen un incentivo económico para centrarse en las quiebras y en el registro de marcas, que proporciona ingresos, y para escatimar atención a la educación gratuita y los servicios de atención de denuncias de clientes. En cambio, los franquiciados generalmente son, a diferencia del Indecopi, autoridades no públicas, y todos ellos tienen otras funciones que pueden sentirse tentados de sufragar con los derechos que aplican por trabajos relacionados con el Indecopi. Es muy difícil impedir esta conducta. A pesar de todo, hay aparentemente un acuerdo en que el Indecopi necesitaba vías para llegar más allá de Lima, y carece claramente de los recursos necesarios para crear oficinas por sí mismo.

3.2 Procedimientos de tramitación de causas, y otros, del Indecopi

Como sucede en la mayoría de las comisiones del Indecopi, los procedimientos ante la Comisión de Libre Competición suelen comenzar con la presentación de una denuncia y el pago de un derecho. (La cuantía de ese derecho varía según la Comisión. Cuesta unos 275 USD emprender una causa de libre competencia, 118 USD iniciar un caso de Acceso al Mercado, 200 USD iniciar un caso de competencia desleal y 9 USD incoar un caso de protección al consumidor). Nos centraremos en el resto de esta sección en las facultades y procedimientos de la Comisión de Libre Competencia, siendo anotadas las variaciones pertinentes en las notas a pie de página.

Es posible que la Secretaría también incoe procedimientos de oficio, aunque su política en los años noventa fue hacerlo raramente. Se dice que el Indecopi decidió pasar a la ofensiva en 2002, pero las limitaciones de recursos lo dificultaron, y la Comisión de Libre Competencia tiene actualmente un solo procedimiento de oficio. Esto no significa, sin embargo, que la Comisión y el personal no tengan la capacidad de abogar por casos de importancia real en detrimento de las disputas puramente privadas. Las denuncias formales acompañadas de un derecho suelen ir precedidas por consultas o quejas informales, y el personal puede utilizar este tiempo para hacer hincapié en las dificultades o bien en la importancia de un proceso formal. Además, los recursos de personal son asignados, en parte, sobre la base de la importancia relativa de los casos, y si se presenta una denuncia sobre un asunto importante, la Comisión puede investigarla y, de hecho lo hace, aun cuando el demandante opte por no insistir en el caso o resuelva su disputa con el demandado.

Cuando la Secretaría concluya que una denuncia formal contiene indicios razonables de infracción, se notificarán al demandado los cargos, que constan en un archivo público aunque no sean publicados. El demandado dispone, entonces, de 15 días laborables para defenderse de los cargos y presentar pruebas y las otras partes con un interés legítimo en el asunto pueden intervenir como partes formales en el proceso. Las investigaciones que se inicien de oficio no constan en un archivo público hasta que la Secretaría haya notificado al demandado y recibido su respuesta. En cualquier situación, este periodo de respuesta va seguido de un periodo probatorio que, en teoría, consta de 30 días laborables. Posteriormente, la Secretaría Técnica prepara una propuesta de resolución para la Comisión, que debe en teoría emitir su fallo dentro de cinco días después de la recepción del informe de la Secretaría.

Con todo, estos plazos tope se ignoran frecuentemente y tanto las investigaciones como los procesos pueden tardar años.⁵⁵ De hecho, la única queja común sobre los procesos ante la Comisión de Libre Competencia es que duran demasiado, queja que concuerda con la opinión que a menudo se

expresa de que esta Comisión está particularmente escasa de personal. El Indecopi dice que ha tomado acciones para acelerar el proceso, pero las quejas continúan. En cuanto a otros aspectos, la Comisión y su Secretaría tienen gran prestigio. Los abogados que representan a clientes ante la Comisión (y otras comisiones del Indecopi) describen el proceso como justo y al personal como profesional. Las asociaciones empresariales y de consumidores consideran al Indecopi básicamente una agencia de confianza y útil (aunque demasiado lenta y no lo bastante ágil a la hora de tomar la iniciativa).

En un caso reciente, el Tribunal defendió por primera vez la facultad de dictar medidas cautelares, órdenes en virtud de las cuales las partes no pueden tener tipos particulares de conducta durante la vigencia del proceso.

Como se indicó antes, las decisiones de la Comisión de Libre Competencia pueden ser apeladas ante el Tribunal de la Competencia. Las apelaciones deben ser presentadas 15 días después de la recepción del fallo de la Comisión. Las decisiones del Tribunal también pueden ser impugnadas, primero en la Sala Administrativa de la Corte Superior de Lima y, en segunda instancia, en la Sala Civil de la Corte Suprema de Perú. Excepcionalmente, puede haber una tercera instancia a la que apelar que es la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

Con respecto a otros asuntos distintos de la tramitación de casos, el Indecopi tiene políticas y procedimientos generales destinados a asegurar la transparencia e imparcialidad. Publica sus decisiones más importantes e informa de dichas decisiones y de otra información relevante en su sitio web. Por ley, todos los precedentes de observancia obligatoria del Tribunal de la Competencia también se publican en el Diario Oficial del Perú.

3.3 *Facultades de investigación y correctoras del Indecopi*

Todas las comisiones y oficinas de Indecopi tienen facultades de investigación bien amplias. El Indecopi puede citar e interrogar a individuos sospechosos y a representantes de empresas bajo investigación. También puede pedir la presentación de documentos (ampliamente definida para que incluya registros informáticos y el software necesario para acceder a ellos) y puede solicitar que los documentos sean “inmovilizados” de 2 a 4 días. Con autorización judicial, puede también llevarse documentos de las oficinas de una compañía durante un plazo de hasta seis días. Por último, el Indecopi tiene la facultad de realizar inspecciones por sorpresa de los archivos de compañías, durante las cuales puede obtener copias de documentos e interrogar a representantes de la compañía. El Indecopi puede, si es necesario, llamar a la policía para vencer resistencias y, con autorización judicial, puede obligar por la fuerza a abrir instalaciones cerradas. Tanto la policía como el Poder Judicial

no se mostraron a veces lo bastante colaboradores durante los años noventa y no está claro si esto continúa siendo un problema.

Las facultades de investigación del Indecopi están respaldadas por sanciones estrictas. Decir falsedades al Indecopi, destruir o no presentar un documento pedido por el Indecopi y obstruir las funciones de investigación del Indecopi de otras formas es castigado con multas no menores de 1.000 USD y no mayores de 50.000 USD.

Cuando el Indecopi encuentra que una parte ha cometido una infracción, está autorizado a dictar órdenes de cese de conductas y a decretar el pago de multas.⁵⁶ Cualquier empresa que se encuentre que haya cometido una infracción será sancionada con una multa de hasta el 10 por ciento de sus ventas o ingresos del ejercicio anterior. Además, cuando una empresa o asociación comete una infracción, el Indecopi puede imponer multas de hasta 100.000 USD a cada representante de la empresa o asociación que participó en la conducta ilegal. Si la conducta ilegal continuase, el Indecopi puede duplicar las multas y continuar duplicándolas sin limitación alguna.

Adicionalmente a estas sanciones administrativas que la Comisión puede imponer directamente, puede presentar una demanda penal a la oficina del Fiscal. Tales denuncias pueden presentarse sólo después de constatarse que una persona ha vulnerado la Ley de Libre Competencia, aunque el Código Penal peruano establece pena de cárcel de hasta seis años por infringir la Ley de Libre Competencia.

En general, la Comisión de Libre Competencia y otros órganos cuasi-jurisdiccionales del Indecopi –especialmente el Tribunal– han sido cautelosos a la hora de imponer multas. Dos de las empresas en el Caso de los Pollos fueron multadas con 450.000 USD, pero en otros casos miembros de cárteles no han sido multados o les han sido impuestas multas de unos 1.000 USD. Además, la Comisión de Libre Competencia nunca ha multado a un funcionario u otro representante de una empresa. (En cambio, la Comisión de Acceso al Mercado ha multado a alcaldes de municipios y la Comisión de Represión de la Competencia Desleal ha multado a directivos de empresas.) La única remisión a la jurisdicción penal de una vulneración del Derecho de la competencia ocurrió hace mucho tiempo y no desembocó en un proceso penal. Posiblemente esta actitud cautelosa concuerda con la opinión ampliamente aceptada de que puede ser contraproducente imponer lo que los ciudadanos consideran multas duras por conductas que no creen que sean tan perjudiciales. Después de diez años de aplicación, no obstante, el Indecopi sostiene que ahora está comenzando a adoptar un planteamiento más estricto.

3.4 *Recursos relativos al derecho de la competencia y carga procesal del Indecopi*

Los recursos de las comisiones directamente relacionadas con la defensa de la competencia del Indecopi han crecido de manera bastante sostenida con los años, pero las dos comisiones siempre han tenido un número muy pequeño de empleados. En 1996, la Comisión de Libre Competencia tenía una plantilla autorizada de 4 empleados, que creció hasta 5 en 1999 y hasta 7 en 2003. Es comprensible que la Comisión no haya tramitado un gran número de casos. El personal autorizado de la Comisión de Acceso al Mercado creció desde 2 en 1996 hasta 3 en 1999 y hasta 4 en 2003.

Tabla 1

(cuantía sanciones, en USD)	Acuerdos horizontales	Acuerdos verticales	Abuso de posición dominante	Fusiones	Competencia desleal
2003					
Asuntos admitidos a trámite	5	0	4	0	130
Órdenes/sanciones impuestas	3	0	0	0	97
Total sanciones impuestas	208 590	0	0	0	891 272
Sanción media	69 530	-	-	-	9 100
2002					
Asuntos admitidos a trámite	3	0	6	3	129
Órdenes/sanciones impuestas	5	0	3	0	37
Total sanciones impuestas	793 235	0	10 941	0	344 395
Sanción media	158 647	-	3 647	-	9 307
2001					
Asuntos admitidos a trámite	4	0	5	2	125
Órdenes/sanciones impuestas	0	0	0	0	62
Total sanciones impuestas	0	0	0	0	270 942
Sanción media	-	-	-	-	4 402

2000					
Asuntos admitidos a trámite	5	0	2	0	127
Órdenes/sanciones impuestas	2	0	1	0	52
Total sanciones impuestas	5 800	0	16 571	0	216 080
Sanción media	2 900	-	16 571	-	4 155
1999					
Asuntos admitidos a trámite	1	0	1	3	125
Órdenes/sanciones impuestas	1	0	1	1	70
Total sanciones impuestas	2 058	0	25 533	82 353	486 122
Sanción media	2 058	-	25 533	82 353	6 945

La Comisión de Libre Competencia

En 2003, la Comisión de Libre competencia tenía un presupuesto de 183.000 USD y 7 empleados a tiempo completo. Existen actualmente seis empleados: un gerente, tres abogados y dos economistas. (El personal auxiliar está cubierto por otra partida presupuestaria.) Existen también, evidentemente, 6 Comisionados de Libre Competencia, pero no perciben remuneración y trabajan solo pocas horas a la semana. El Departamento de Política Económica asiste algunas veces al personal de la Comisión. El Indecopi ha hecho un buen trabajo complementando sus recursos con estudiantes en prácticas, y en este momento el personal de la Comisión de Libre Competencia tiene cuatro de estos estudiantes en prácticas.

Dado el pequeño tamaño de la plantilla y la relativa complejidad de las investigaciones en materia de competencia, no sorprende que la Comisión resuelva solo un pequeño número de casos por año. Las primeras cuatro columnas de la Tabla A proporcionan datos para el período 1999-2003 sobre el número y tipo de casos en materia de competencia, así como información sobre sanciones. Con fines comparativos, la quinta columna contiene la misma información para casos en materia de competencia desleal.

El número relativamente alto de casos sobre acuerdos horizontales tramitados por la Comisión de Libre Competencia refleja la política anteriormente indicada de centrarse en los cárteles. De hecho, los únicos casos que de oficio ha incoado la Comisión afectaron, como antes señalamos, a presuntos cárteles. La ausencia de casos de acuerdos verticales también refleja

una decisión política antes reseñada de investigar tales casos sólo como posibles abusos de posición dominante. Por otra parte, el pequeño número de casos hace difícil distinguir tendencias o hacer generalizaciones.

La Comisión de Acceso al Mercado

La Comisión de Acceso al Mercado tuvo en 2003 un presupuesto (reducido) de sólo 147.000 USD (y cuatro años de trabajo). Actualmente, tiene una plantilla de tres empleados. Desde que la autoridad legislativa de la Comisión de Acceso al Mercado cambió a finales de 2001 y nuevamente a comienzos de 2003, sería de poco valor una presentación histórica quinquenal de los casos de la Comisión. Entre octubre de 2001 y julio de 2003, la Comisión emitió 36 informes, muchos de los cuales fueron ignorados. Entre julio de 2003 y marzo de 2004, la Comisión ha emitido 46 informes, todos excepto dos causaron la supresión casi inmediata de la norma anticompetitiva.

Niveles y fuentes de recursos

El presupuesto conjunto de las dos Comisiones del Indecopi que realizan trabajos en materia puramente de competencia ascendió en 2003 a 320.000 USD (11 años de trabajo) y actualmente hay al parecer sólo nueve empleados asignados a estas dos comisiones. Si uno atribuye la cuarta parte de los 12 años de trabajo del Departamento de Política Económica y la mitad de los 8 años de trabajo del Tribunal de la Competencia a la función de competencia central, da un total de 18 puestos autorizados. Parece que en la actualidad son 16 personas las que realizan todo el análisis e investigación del Indecopi en materia directamente relacionada con la competencia.

(Osiptel, el organismo regulador de telecomunicaciones que hace respetar la Ley de Libre Competencia en todos los casos en los que está incurso una empresa de telecomunicaciones, tiene entre 5 y 6 personas realizando trabajos en materia de competencia, pero también tienen responsabilidades reguladoras. Incluyendo el Indecopi y Osiptel, parece que el número de años de trabajo dedicado a exigir el cumplimiento del derecho de la competencia es de unos 20.)

En el período 1999-2003 estas cifras crecieron,⁵⁷ aunque tratándose de un país de tales dimensiones –e incluso un país en vías de desarrollo– los recursos para exigir el cumplimiento del derecho de la competencia con que cuenta Perú son muy pequeños, especialmente si uno se fija en los siete años de trabajo asignados a la Comisión de Libre Competencia. Como se señaló antes, el Departamento de Política Económica del Indecopi considera que la Comisión de Competencia tiene una plantilla especialmente escasa.

Ni los principios en materia de competencia ni la experiencia internacional proporcionan una base para estimar la cantidad de los escasos recursos de un país que deben dedicarse a la legislación y política de defensa de la competencia, y puesto que diferentes países tienen sistemas de aplicación de las leyes distintos, no es posible realizar comparaciones precisas de años de trabajo. Sin embargo, una plantilla de 6 a 7 empleados dedicada a hacer cumplir la legislación de defensa de la competencia es muy pequeña, e incluso la cifra de 20 años de trabajo (incluyendo Osiptel) es pequeña en comparación con la asignación en otros países (como Rumania y Chile) con niveles de PIB comparables o incluso con algunos países (por ejemplo, Bulgaria) con niveles de PIB muy inferiores. Debido a que Sudáfrica fue recientemente objeto de un examen inter pares de la OCDE, existen datos para una comparación más precisa, y se puede tratar de una buena comparación porque se considera que Sudáfrica y Perú tienen el mismo nivel de desarrollo económico. El PIB de Perú es cerca de un tercio del de Sudáfrica, pero asigna sólo un sexto de años de trabajo a su misión puramente de competencia.⁵⁸

3.5 *Acciones privadas de reclamación de daños y perjuicios*

Aun cuando los procesos del Indecopi sean iniciados por una parte privada que reclame que la conducta ilegal del demandado le ha causado perjuicio, las Comisiones no están autorizadas a ordenar el pago por daños. Sin embargo, si una Comisión encuentra que un demandado ha tomado parte en una conducta ilegal, las conclusiones de la Comisión serán la prueba concluyente de la infracción si un demandante presenta una demanda ante el tribunal de lo civil reclamando daños y perjuicios. No está claro si alguna vez se ha planteado algunos de estos casos.

3.6 *La amplitud del mandato del Indecopi*

A pesar que se ha afirmado que muchas de las funciones del Indecopi fueron asignadas a una sola agencia porque el entonces Presidente Fujimori había prometido disminuir el tamaño de la Administración peruana, la combinación de funciones ha sido considerada por muchos como eficiente y como un posible modelo para países en vías de desarrollo. Por tanto, resulta útil investigar la naturaleza y el alcance de las eficiencias.

Es útil empezar con alguna idea del tamaño absoluto y relativo de las diversas partes del Indecopi. La Tabla 1 del anexo proporciona información detallada sobre las asignaciones presupuestarias y de personal a cada una de las comisiones y oficinas del Indecopi en 2002 y 2003. La Tabla 2 del anexo proporciona la misma información para el Tribunal del Indecopi. La medida más significativa es la asignación de personal entre las comisiones y oficinas.

Los datos reflejan que cerca del 75 por ciento de estos empleados se dedican a trabajos relacionados con quiebras o propiedad intelectual.

- La Comisión de Libre Competencia tenía 7 años de trabajo autorizados, y la Comisión de Acceso al Mercado tenía cuatro. Juntos, tenían el 7,6% de los 146 trabajadores en esta categoría.
- Las Comisiones de Represión de la Competencia Desleal y de Protección al Consumidor tenían 6 y 13 puestos autorizados, respectivamente, que agregados suponen un 11,6%.
- Las Comisiones de Fiscalización de Dumping y de Reglamentos Técnicos tenían ambas 6 puestos autorizados, que combinados forman un 8,2%.
- La Comisión de Quiebras tenía 40 puestos autorizados (32,6% del total).
- Las oficinas de Propiedad Intelectual tenían un total combinado de 76 puestos autorizados (45,2% del total).

También es importante tener en cuenta la discusión mantenida en el Foro Global de Competencia de la OCDE indicó que no hay un diseño único y óptimo para una agencia de defensa de la competencia, y que el diseño estructural de una agencia de la competencia no es clave en sus resultados. La independencia entre la influencia política y la aplicación de las leyes es importante, pero puede ser alcanzada sin una independencia estructural. Son cruciales unos niveles apropiados de financiación y un personal cualificado, así como el establecimiento de principios tales como la transparencia y la predecibilidad.

Algunas de las ventajas e inconvenientes principales del mandato y de la estructura del Indecopi se derivan de la obtención de economías de escala:

- Dado el tamaño pequeño de estas Comisiones, su integración en una agencia mayor producirá ventajas en términos de eficiencia conteniendo los costes administrativos.
- Colocar la función de la política de la competencia en una agencia mayor cuyo mandato esté relacionado, incluso indirectamente, con la reforma económica produce presumiblemente ventajas en términos de eficiencia adicionales al crear sinergias en conexión con la promoción de la reforma del mercado en general.
- Por otro lado, colocar la función de la política de la competencia en una agencia mayor supone inevitablemente sacrificar cierta autonomía. Incluso si la independencia de las unidades de toma de decisiones está protegida, que no es el caso del Indecopi, son los funcionarios de la

agencia, que pueden carecer de una competencia técnica en materia de política de la competencia, quienes toman decisiones presupuestarias y políticas que pueden minar la política de la competencia.

- En la fase de creación del Indecopi, hubo quienes temieron que una agencia con tan amplias facultades pudiera convertirse en “una especie de Frankenstein”, aunque se decidió someterlo al control del Consejo Consultivo. En realidad, el Consejo Consultivo ha estado completamente inactivo y en vez de ser una entidad demasiado poderosa, el Indecopi necesita fortalecerse de varias maneras.

Las otras ventajas potenciales para la estructura del Indecopi son las eficiencias que pueden resultar de combinar funciones específicas asignadas al Indecopi.

- La Comisión de Libre Competencia y la Comisión de Acceso al Mercado luchan ambas contra restricciones anticompetitivas y en su trabajo aplican principios en materia puramente de competencia. Hay claras ventajas de eficiencia en incluir ambas Comisiones en una sola agencia.
- El análisis en materia puramente de competencia (evaluación del poder de mercado, etc.) es relevante en procesos antidumping y de medidas de protección. La aplicabilidad de los principios de la competencia a tales asuntos está limitada por convenios internacionales, pero parece que el Indecopi a veces ha sido capaz de introducir algún análisis en materia de competencia dentro de estos procesos. Por otro lado, algunos de las recientes posturas del Indecopi en este área han sido aparentemente menos favorables a la competencia que las posiciones defendidas por el Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministerio de Comercio.
- El análisis en materia puramente de competencia es también importante en temas de propiedad intelectual y en la evaluación de estándares de algunos productos, pero no está claro que estas eficiencias potenciales sean algo más que teóricas. La inmensa mayoría del trabajo en materia de propiedad intelectual del Indecopi no requiere análisis de la competencia, aunque estar familiarizado con conceptos básicos de mercado puede ser a veces provechoso.
- El análisis en materia puramente de competencia no es utilizado en los trabajos relacionados con la competencia desleal o la protección al consumidor del Indecopi. Sin embargo, la investigación realizada en conexión con el Foro Global de Competencia de la OCDE revela que las agencias de la competencia que tienen estas funciones creen que se complementan entre sí, sirviendo los principios de la competencia de aviso de que las medidas gubernamentales concebidas para proteger a

los consumidores pueden, en vez de ello, dañarles si son innecesariamente restrictivas, y sirviendo la función de protección al consumidor de aviso de que el funcionamiento de los mercados no es perfecto.

- El análisis en materia puramente de competencia reviste mucha mayor importancia para el trabajo de otros organismos públicos, incluida la privatización y la regulación del acceso realizadas por reguladores sectoriales peruanos, que el trabajo hecho por comisiones y oficinas del Indecopi distintas de la Comisión de Libre Competencia. (Por esta razón, algunos países combinan regulación sectorial y política de competencia.)
- Un principio básico de la política de la competencia –que los Estados no deberían restringir la competencia más de lo necesario para alcanzar otras metas– puede ser una herramienta útil en todas las áreas funcionales del Indecopi. Sin embargo, como este principio es aplicable igualmente a todas las funciones reguladoras del Estado, la combinación de la política de la competencia con otras funciones del Indecopi no proporciona ninguna ventaja específica en términos de eficiencia.

En suma, existen algunas ventajas para asignar al Indecopi la responsabilidad sobre varios campos entre los que se incluye la reforma del mercado. Aun cuando los campos tengan poca relación sustancial entre sí, existen ventajas relacionadas con las economías de escala en cuestiones tales como la administración y promoción de la reforma del mercado en general. Hay también algunas eficiencias reales derivadas de la relación fundamental de un grupo de funciones (libre competencia, acceso al mercado, antidumping, competencia desleal y protección al consumidor). La combinación de ese grupo con la propiedad intelectual y los reglamentos técnicos puede producir algunas eficiencias limitadas y la inclusión de la salida del mercado no añade eficiencias en particular. Además, la esencia de la labor en materia puramente de competencia del Indecopi está menos estrechamente relacionada con otros trabajos propios que con muchas actividades reguladoras que no forman parte del Indecopi. Los inconvenientes de esta estructura se refieren principalmente al hecho de que, como parte de una agencia mayor, los funcionarios de defensa de la competencia pierden necesariamente cierta autonomía presupuestaria y de toma de decisiones. En efecto, según la legislación actual, los responsables de tomar decisiones incluso del primer y segundo nivel no tienen garantías de independencia. Estas desventajas y formas recomendadas de reducirlas al mínimo son analizadas en la Parte 6 más adelante.

3.6 *Asuntos internacionales*

El Artículo 3 de la Ley de Libre Competencia prohíbe todos los abusos de posición dominante y todas las prácticas restrictivas que perjudiquen el interés económico general en el territorio nacional. El Indecopi defiende la postura de que esto incluye conductas que tengan lugar fuera de Perú, aunque el asunto no haya sido zanjado en litigio. El Artículo 9 de la Ley, que establece el control de fusiones en el sector eléctrico, específicamente incluye “actos de concentración realizados en el extranjero”.

En la práctica, los asuntos internacionales han sido muy raros en Perú. Esto es resultado, en parte, de la falta de control de fusiones en Perú, excepto en el sector eléctrico, y en parte de la reducida plantilla y de la carga procesal de la Comisión de Libre Competencia. Las empresas internacionales que han estado incursas en las causas ante el Indecopi tenían filiales locales en Perú. Y lo que es importante, el Indecopi tiene en cuenta la competencia internacional cuando define mercados y evalúa el poder en el mercado.

El Indecopi no tiene suscritos acuerdos de cooperación bilateral con autoridades de defensa de la competencia de otros países, si bien Perú está pidiendo la inclusión de un capítulo sobre competencia en sus negociaciones de FTAA con Estados Unidos. Junto con Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela, Perú es miembro del Pacto Andino, el cual ha establecido una zona de libre comercio y está buscando desarrollar un mercado común. Perú está también asociado con MERCOSUR y es miembro de la APEC. De hecho, Perú fue la economía que “convocó” a la APEC para abordar la política de la competencia en 1999-2001. Perú también es miembro del Foro de Competencia Iberoamericano.

4. Política de la competencia en sectores regulados

La Ley de Libre Competencia no exige a ningún sector, pero la función del Indecopi y la aplicabilidad de la ley no son sencillas cuando se trata de sectores de infraestructura que presentan características de monopolio. En el sector de las telecomunicaciones, no es el Indecopi quien hace cumplir la ley, pero el órgano regulador de las telecomunicaciones, Osiptel, aplica una ley esencialmente idéntica siempre que una de las partes del conflicto pertenezca al sector de las telecomunicaciones.

Indecopi hace cumplir la Ley de Libre Competencia en otros sectores de infraestructura monopolista, pero el Reglamento de Acceso a Infraestructura Pública concede a los reguladores de cada sector jurisdicción exclusiva sobre todos los casos de acceso. Entre estos reguladores se incluyen, en el Sector del Transporte, Ositrán (Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura

de Transporte de Uso Público), y, en el Sector de la Energía, Osinerg (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía). Todas estas entidades gozan de autonomía administrativa, lo que significa que, al igual que en el caso de Indecopi, rinden cuentas directamente a la Presidencia del Consejo de Ministros y no a cualquier Ministerio, y que no están limitadas por las tarifas normales de la administración pública. Salvo Osiptel, ningún regular sectorial tiene competencias relacionadas con velar por el cumplimiento de la ley en materia de defensa de la competencia.

Todos estos reguladores sectoriales están aparentemente encargados de la promoción de la competencia en su sector, pero su capacidad para hacerlo se ve limitada por el hecho de que los Ministerios se reservan la facultad de conceder licencias u otorgar concesiones y de adoptar otras decisiones clave (por ejemplo, asignar el espectro de radiofrecuencias en telecomunicaciones). No está claro en qué medida los Ministerios recaban, o siquiera consideran, la opinión de los reguladores independientes (o de Indecopi) en sus decisiones. En todo caso, mientras que en Chile la autoridad en materia de competencia pudo demandar al Estado y obligarlo a asignar el espectro de radiofrecuencias de telecomunicaciones a través del procedimiento de subasta, parece que Perú no proporciona un método por el que una entidad competente en materia de competencia pueda obligar a atender a cuestiones de competencia.

4.1 El sector de las telecomunicaciones

En 1994 se promulgó una nueva ley de telecomunicaciones para acometer la desmonopolización progresiva, así como la privatización, del sector de las telecomunicaciones.⁵⁹ En 1994 la privatización dio a Telefónica un monopolio de cinco años en telefonía fija, en las llamadas nacionales y de larga distancia internacional. En ese período debían eliminarse los subsidios o subvenciones cruzadas entre los servicios de larga distancia y telefonía local, y Telefónica debía expandirse y mejorar el servicio de telefonía fija. Se permitió la competencia en otros servicios, como telefonía móvil, cabinas telefónicas, radiolocalización (*beepers*) y televisión por cable.

Telefónica renunció a su monopolio legal en 1998, un año antes de que expirase. Osiptel informa de que en la actualidad existen ocho operadores de servicios de telefonía fija, tres operadores de servicios de telefonía móvil (eran cuatro antes de que Telefónica adquiriese las operaciones de BellSouth en Latinoamérica), 52 portadores de señal de larga distancia, 24 portadores de señal nacionales, 126 compañías de televisión por cable y unas 180 empresas registradas que prestan otros servicios, incluidos 72 proveedores del servicio de acceso a Internet. Además, la tasa de penetración de estos servicios se ha incrementado sobremanera, el plazo de conexión o alta promedio ha pasado de 118 meses a menos de dos meses, y el sistema está digitalizado en un 90%.

Son cifras impresionantes en su mayor parte, pero pueden existir problemas de competencia aun en campos donde existen muchos proveedores. El examen de estos diversos campos excede del alcance de este informe.

En 2002, Telefónica tenía una cuota de mercado próxima al 99% en el servicio de telefonía fija local, del 31% en telefonía de larga distancia internacional, del 86% en telefonía de larga distancia nacional y del 34% en telefonía local móvil. Su adquisición de las operaciones de BellSouth en Latinoamérica suscitó gran inquietud en Perú, ya que BellSouth había accedido recientemente al mercado de la telefonía local fija y tenía una cuota de mercado del 18% en telefonía local móvil. Un grupo de consumidores está intentando mitigar los efectos de esta adquisición, arguyendo que, con arreglo a la Ley de Telecomunicaciones, Telefónica no puede mantener dos licencias para prestar servicios de telefonía móvil, pero la falta de un sistema de control de fusiones de empresas impide a Osiptel examinar directamente el impacto de la adquisición sobre la competencia y sobre los consumidores en Perú.

Las competencias regulatorias de Osiptel incluyen resolver conflictos de interconexión, establecer estándares de calidad y fijar tarifas máximas cuando no exista competencia efectiva. Para facilitar el ejercicio de sus facultades de fiscalizar el cumplimiento de la ley, Osiptel ha publicado directivas formales exponiendo los principios que rigen sus actuaciones dirigidas a garantizar la libre competencia y reprimir la competencia desleal. Sus directivas sobre libre competencia abarcan asuntos sujetos a precedentes de observancia obligatoria del Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi, pero también explican los criterios por los que Osiptel define los mercados y determina si una empresa ostenta una posición dominante. Originalmente, Osiptel carecía de facultades para investigar o sancionar en el grado en que las tenía el Indecopi, pero esos problemas han sido corregidos.

Osiptel indica que ha impuesto sanciones en 20 procedimientos. Nueve de éstas, por no colaborar en la investigación o por conducta indebida en el curso de un procedimiento, lo que ilustra la falta de madurez del proceso regulatorio. De las otras once, cinco se impusieron en casos de libre competencia, una en un caso de competencia desleal, dos en casos de interconexión y tres en relación con otras materias sujetas a regulación. Las sanciones en dos de los tres casos de libre competencia fueron revocadas en segunda instancia, y una multa de unos 940.000 USD, de lejos la mayor impuesta a una sola firma, está apelada. Las dos multas confirmadas rondan los 45.000 USD y 22.500 USD.

Osiptel e Indecopi están en el mismo edificio y al menos dos oficiales de Osiptel han trabajado en Indecopi como miembros del equipo o miembros de una comisión. La coordinación informal entre los dos organismos es adecuada pero podría mejorarse.

4.2 *El sector del transporte*

El sector del transporte en Perú exhibe muy variadas estructuras, desde la propiedad estatal continuada y la gestión del monopolio de las infraestructuras (p. ej., puertos) hasta una completa privatización y desregulación en mercados (p. ej., taxis y autobuses) que en la mayoría de países son objeto de regulación por motivos de fallo del mercado. Las políticas generales las establece el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. En 1988, Perú creó Ositran para verificar el cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios, fijar tarifas cuando fuere necesario y promover la competencia. En 2001 Ositran estableció normas de acceso a instalaciones esenciales, incluyendo puertos, y se introdujeron nuevas normas en noviembre de 2003.

Los puertos son una importante infraestructura monopolística en Perú. El Gobierno tenía previsto hace tiempo privatizar algunos, habiendo expresado interés en otorgar concesiones para operar algunos puertos una vez finalizada la liberalización del sector eléctrico. Pero las perspectivas son inciertas. Se ha estimado que, incluso en un puerto relativamente eficiente como el de Lima, un acceso ineficiente y la burocracia oficial incrementan entre un 3% y un 7% el coste de las mercancías en tránsito. La Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi ha adoptado algunas medidas previas para reducir los costes para los exportadores, y podría adoptar medidas adicionales en ese sentido.

La Empresa de Ferrocarriles del Estado se privatizó en 1999. Hasta esa fecha, la reducida inversión en mantenimiento había llevado al deterioro del servicio y a un creciente recurso a medios de transporte alternativos; ahora, la financiación del Banco Mundial al concesionario previsiblemente aumentará la competencia entre el ferrocarril y el transporte por carretera, reducirá los costes del transporte, disminuirá los precios dentro del país e incrementará la competitividad de los productos de exportación. El Gobierno es el titular y el operador de una aerolínea que utiliza para proporcionar un servicio subsidiado de transporte tanto de pasajeros como de mercancías a regiones remotas.

Perú tiene uno de los índices de carreteras pavimentadas más bajos de Latinoamérica. Las empresas mixtas, que combinan capital público y privado, pueden contribuir algo tratándose de autopistas de tráfico intenso, pero no en el caso de caminos rurales y vías urbanas. Los problemas de las carreteras en Perú, sumados a los de otras áreas del sector del transporte, son importantes. Un estudio del Banco Mundial elaborado en 2001 identificó los altos costes logísticos y de transporte de las empresas como una de las principales causas de los altos precios y la baja competitividad.⁶⁰ El ratio costes logísticos / ingresos totales de Perú era del 30,7%, comparado con el 23% de Argentina y el 8% en los países de la OCDE. Estos costes contribuyen a explicar por qué las exportaciones de Perú van menos bien de lo que cabría esperar en sectores como el hortofrutícola: Perú exporta productos hortofrutícolas por valor de 40

millones de USD, frente a los 800 millones de USD de Ecuador y los 1.300 millones de USD de Chile.

Aunque esta sección se centra en formas en las que las leyes y políticas en materia de competencia están aplicándose, o podrían aplicarse, para beneficiar a los consumidores en sectores regulados, es notable que la invalidación por el Indecopi de una ordenanza municipal que requería que los taxis estuvieran pintados de amarillo pueda haber prestado insuficiente atención a la necesidad de regular cuando existen fallos del mercado.⁶¹ El transporte en taxi y autobús en Lima y otras ciudades de Perú apenas está regulado, cuando la mayoría de países considera que estos mercados requieren cierta regulación para corregir fallos del mercado. Los consumidores peruanos podrían salir ganando con una regulación para taxis y autobuses que no fuera más restrictiva de lo necesario para proteger a los pasajeros.

4.3 *El sector de la energía*

El Ministerio de Energía y Minas establece políticas y otorga concesiones en el sector energético. Aunque Perú se ha embarcado recientemente en un ambicioso programa de promoción del gas natural, la electricidad ha sido y sigue siendo el foco de su programa energético.

La Ley de Concesiones Eléctricas de 1992 tenía por finalidad promover la competencia y la eficiencia en el sector de la electricidad. La ley preparó el terreno para la privatización al exigir que, salvo en áreas aisladas, la industria eléctrica se dividiese en unidades separadas de generación, transmisión y distribución, operando bajo concesiones del Ministerio. El objetivo era que el mercado de generación llegara a ser competitivo, mientras la transmisión y la distribución serían monopolios regulados. A nivel nacional, ElectroLima se descompuso en cuatro unidades de distribución y una de generación, mientras que ElectroPerú se dividió en cuatro unidades de generación. Los activos de transmisión de ambas se combinaron en una sola empresa de transmisión.

La privatización comenzó a buen paso en 1994, se desaceleró en 1999, y en 2002 dos privatizaciones no se llevaron a cabo debido a protestas locales. Actualmente existen numerosas empresas compitiendo en el mercado de la generación, incluyendo empresas privatizadas y algunas nuevas concesiones. El Gobierno, sin embargo, continúa poseyendo la enorme planta hidroeléctrica del Mantaro, que genera el 35% de la electricidad de Perú. Las empresas de transmisión para los dos sistemas interconectados de Perú continúan siendo ambas de titularidad pública, pero existe ahora alguna participación privada en el mercado de la transmisión. Alrededor del 50% del segmento de distribución está controlado por el sector privado. (El Estado suele retener el 30-40% de las acciones de las empresas privatizadas.)

Es de notar que las adquisiciones de 1997 y 1999, en las que estaban implicadas empresas chilenas y españolas, trajeron la integración vertical a Perú (tal como se hizo en Chile). Existe cierta competencia real en el mercado mayorista de la energía, en el que los generadores son libres para negociar el precio y otros términos en sus contratos con los grandes clientes. El gobierno regula la transferencia entre los generadores y las empresas de distribución. El precio regulado no se puede variar más allá del 10 % del precio de mercado. Los pequeños consumidores residenciales tienen subsidios de alrededor del 50% del coste del servicio, pero la mayoría de consumidores paga tarifas que cubren el coste del servicio.

Osinerg se creó en noviembre de 1996 para supervisar la privatización de las empresas de energía y controlar su cumplimiento de los requisitos legales. En 2000 se fusionó con la Comisión de Tarifas Eléctricas, entonces como ahora responsable de establecer las tarifas. Recientemente, Osinerg ha creado un nuevo Departamento de Investigación para estudiar las políticas y su elaboración en el sector energético. En general, Osinerg parece promover la competencia cuando es posible, en parte porque incluso quienes no abogan por la competencia creen mucho más difícil controlar una única y enorme compañía. Algunos observadores han expresado preocupación por la falta de autonomía real de Osinerg y que está, por tanto, expuesta a la interferencia política. También se ha sugerido que la insuficiente coordinación entre la agencia privatizadora (“Pro-inversión”), Osinerg e Indecopi ha sido a veces un problema.

Como se ha señalado antes, una ley de 1996 hizo del eléctrico el único sector en el que Perú tiene control sobre la concentración empresarial, y el Indecopi ha autorizado todas las fusiones que ha considerado. Algunos creen que, en este aspecto, el Indecopi ha sido indebidamente permisivo.⁶² Los funcionarios de Osinerg están divididos sobre la conveniencia de tal control, y el Departamento de Investigaciones estudia el asunto. La misma ley permitió que el gobierno retuviese una “acción de oro” en todas las privatizaciones, dándole así el control de las decisiones societarias de liquidar la compañía, admitir nuevos accionistas, reducir el capital, solicitar la admisión a cotización en una bolsa de valores o fusionarse con otras empresas.

4.4 Otros sectores

Banca y finanzas. El sector bancario ha experimentado una considerable concentración, sobre todo a través de fusiones, pero no ha habido oportunidad de examinar dichas fusiones y determinar su efecto sobre la competencia. De los 25 bancos que operaban en 1997, hoy quedan únicamente 15, y los cuatro principales controlan el 75% del mercado. La Superintendencia de Banca y Seguros regula el mercado, centrándose principalmente en la solvencia y otras

consideraciones sistémicas, pero el hecho de que haya contratado a uno de los primeros economistas del Indecopi podría sugerir su interés en asuntos de competencia. El sector financiero (y algunos bancos, indirectamente) han estado implicados en dos casos recientes de concertación de precios sometidos al Indecopi, el caso del seguro automovilístico, en el que la concertación de precios quedó confirmada, y un caso, que está siendo examinado, que implica la concertación de comisiones por las administradoras de fondos de pensiones. Se ha sugerido que el propio sector bancario (incluida la Asociación Nacional de Banca y Seguros) amerita un escrutinio más estrecho por la Comisión de la Libre Competencia.

Las medianas y pequeñas empresas representan el 42% del PIB y emplean al 76% de la población activa, pero el mercado de capitales peruano es tal que aun las pequeñas y medianas empresas encuentran imposible obtener capital. Un proyecto del BID está buscando mejorar el ambiente regulador, impulsar un código de buen gobierno corporativo y educar a los agentes del mercado.

Minería. La industria minera de Perú es clave en su desarrollo tanto económico (genera más del 45% de los ingresos de Perú por exportaciones) como social (al favorecer a algunas de las regiones más pobres del país). Un informe del Banco Mundial menciona, sin embargo, que las inversiones han disminuido, debido en parte a problemas regulatorios. Por ejemplo, la falta de un marco regulador claro crea confusión y altos costes de transacción para las empresas mineras, y el público recela de los responsables de la regulación en materia medioambiental. Los principios de la política de competencia ayudarían en la solución de estos problemas, ya que unos derechos y deberes inequívocos, exigidos de forma transparente, son importantes para el desarrollo de mercados saludables y competitivos.

5. Propugnación de la competencia por el Indecopi

En este informe, el término “propugnación de la competencia” se refiere a la actividad diseñada para promover el conocimiento de todos los beneficios de una economía de mercado competitiva, así como el valor de hacer cumplir la ley de competencia y la importancia del núcleo del principio de la política de competencia de que la regulación administrativa no debería interferir con la capacidad de las empresas para responder eficientemente a las demandas de los consumidores, salvo en la medida necesaria para satisfacer otros objetivos sociales. Esto no incluye los procedimientos legales del Indecopi en sí mismos y de por sí, pero sí la difusión de información sobre dichos procedimientos.

Propugnar la competencia en su sentido más amplio, exponiendo o explicando los beneficios de una economía de mercado competitiva, ha sido siempre parte principal de la función del Indecopi y de sus actividades. Este

amplio acercamiento a la propugnación de la competencia refleja el concepto que subyace a la organización del Indecopi como una agencia con un mandato que incluye ámbitos que, siendo muy diversos, están todos ellos relacionados de una u otra forma con la liberalización del mercado y la promoción de la competencia. Así, la promoción por el Indecopi de su trabajo relacionado con procedimientos concursales no es lo que usualmente llamaríamos propugnar la competencia pero, al reducir las barreras de salida, anima también a nuevas entradas. Asimismo, la promoción por el Indecopi del registro de marcas y el respeto a la propiedad intelectual transmite a las empresas el mensaje de competir a través de la diferenciación de productos y educa al público sobre los riesgos de comprar mercancías pirateadas. Esta clase de actividad es muy importante en Perú, donde buena parte del público y del gobierno no entiende los beneficios de una economía de mercado competitiva y, de hecho, se opone a las reformas encaminadas a instaurar un mercado liberal.

Pese a la contribución de estas actividades a la promoción de la reforma del mercado en general, esta sección se centra en las actividades del Indecopi que más directamente se relacionan con leyes y políticas de la competencia. A este respecto, los mandatos del Indecopi para proteger a los consumidores y reprimir la competencia desleal han venido definitivamente a complementar su propugnación de leyes y políticas en materia de defensa de la competencia. Por ejemplo, la información publicada por el Indecopi sobre los minutos de espera en los cajeros de distintos bancos estimuló la competencia y educó tanto a los consumidores como a las entidades bancarias. Más en general, la promoción por el Indecopi de sus actividades de protección al consumidor y represión de la competencia desleal desalientan la conducta oportunista de los vendedores y asegura a los compradores que recibirán una compensación en caso de ser objeto de una conducta desleal.

Asimismo, Indecopi se compromete más explícitamente con la actividad educacional. Por una parte, el programa “Indecopi Educa” capacita a los profesores para que ayuden a los estudiantes a llegar a ser consumidores más sofisticados y a desarrollar una mejor comprensión de los beneficios que deparan la política de competencia y otras reformas económicas. Por otra, “Indecopi Empresa” es un programa formativo dirigido a las pequeñas y medianas empresas, incluidas muchas que operan en el sector informal. El objetivo es promover la conciencia de la competencia y las normas sobre la propiedad intelectual, así como las políticas que respaldan dichas normas.

La colaboración del Indecopi con el gobierno en pro de la competencia también ha sido importante. En 1999, por ejemplo, el Indecopi elaboró para otros organismos públicos 150 análisis de política de la competencia sobre un amplio elenco de temas. La mayoría de los análisis se remitieron al Congreso. En cambio, otras agencias públicas han sido, por lo general, menos propensas a solicitar la opinión del Indecopi. En particular, la agencia privatizadora de

Perú no ha consultado al Indecopi de forma regular, pese a ser las políticas en materia de competencia obviamente importantes cuando un gobierno se plantea privatizar activos estatales. El proceso consultivo entre el Indecopi y los reguladores autónomos de los sectores de telecomunicaciones y energía, Osiptel y Osinerg, parece funcionar mejor.

Debería recordarse, sin embargo, que el Indecopi no es percibido como un propugnador de la competencia con respecto al antidumping y en materias de salvaguardias. Se considera que el Tribunal de Defensa de la Competencia es más partidario de acciones antidumping que el Ministerio de Economía y Finanzas o que el Ministerio de Comercio, y el Indecopi propugnó de hecho los cambios necesarios en la legislación para facilitar dichas acciones.

Buena parte de la reciente propugnación de la competencia por Indecopi ha estado relacionada con las disposiciones constitucionales que prohíben al Estado asumir actividades económicas a menos que éstas estén expresamente autorizadas por ley y tengan carácter “subsidiario” respecto de la actividad del sector privado. Para asegurar la adherencia a estos y otros principios, el gobierno estableció en 2001 un procedimiento, encargado al Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe), para examinar las actividades de todas las empresas de titularidad pública.

En el período 2001-2002, la Comisión de Libre Competencia del Indecopi elaboró informes para analizar 13 empresas públicas de diversos sectores, incluidos el servicio postal, la aviación comercial, la construcción de buques y la comercialización de hojas de coca. Fueron objeto de análisis un total de 115 actividades separadas, encontrándose que 24 de ellas no estaban expresamente autorizadas por una ley. De las 91 actividades que cumplieron el requisito de autorización expresa, el Indecopi concluyó que 41 incumplían el requisito de subsidiariedad.

Los informes del Indecopi se remitieron a Fonafe y se les dio publicidad. Se sabe que Fonafe ha tomado algunas decisiones, pero éstas no se han hecho públicas y ni siquiera se sabe cuándo lo serán o si lo serán en absoluto. En su caso, su publicación promovería la confianza del público en que se están cumpliendo los requisitos constitucionales, aclararía la interpretación que hace el gobierno de dichos requisitos y alentaría la inversión nacional y extranjera.

Al margen de las decisiones de Fonafe y de si éstas se hicieron públicas, los informes del Indecopi recibieron considerable atención al publicarse y, en consecuencia, han contribuido a formar una opinión pública sobre la correcta función del Estado y del sector privado en la economía peruana.

La buena reputación del Indecopi por sus sólidos análisis económicos le ha permitido también influir en otros ámbitos. Por ejemplo, las partes que impugnaron la directiva del Ministerio de Transportes por concertación de

precios en el sector del transporte por carretera no sólo presentaron una demanda ante la Comisión de Acceso al Mercado, sino que solicitaron al Tribunal Constitucional que declarase que la acción del Ministerio vulneraba la obligación del Estado de facilitar la libre competencia. Al fallar a favor de los demandantes, el Tribunal se apoyó en gran medida en el análisis de la Comisión de Acceso al Mercado sobre el impacto y la justificación del requisito de fijación del precio.

Un proyecto financiado por el BID e iniciado en 1997 se proponía evaluar el impacto de las actividades del Indecopi en la economía peruana.⁶³ La investigación puso de manifiesto que los beneficios económicos derivados de la actividad del Indecopi en sus primeros siete años rondaron los 120 millones de USD, lo que equivalía a más de seis veces el coste operativo de la agencia. De todas las unidades funcionales del Indecopi, las dos con una contribución relativa mayor fueron la Comisión de Libre Competencia y la Comisión de Acceso al Mercado. Solo en 1993-1994, las decisiones de la Comisión de Libre Competencia habrían producido beneficios por importe de 28,6 millones de USD. Información como ésta podría haber ayudado a explicar los beneficios que reporta la competencia y, en particular, podría haber avalado las peticiones de más fondos públicos para la misión esencial de defensa de la competencia del Indecopi. Con todo, se ignora si el Indecopi hizo uso de esta información en su propugnación de la competencia, pero posiblemente no lo hizo para captar más fondos con los que financiarse, ya que por entonces el Indecopi consideraba la capacidad de autofinanciarse como una ventaja.

6. Evaluación y Recomendaciones

6.1 *Proteger la autonomía, credibilidad y competencia técnica, reales y percibidas, de los órganos cuasi-judiciales del Indecopi promulgando legislación para revisar el proceso de selección y destitución de quienes toman decisiones en primera y segunda instancias.*

- *El proceso para seleccionar a los miembros del Tribunal debe ser transparente e incluir controles y contrapesos. El establecimiento de niveles de cualificación profesional obligatorios debe también ser seriamente considerado.*
- *El proceso para seleccionar a quienes toman decisiones en primera instancia debe también ser revisado, quizá haciendo que sean seleccionados por los miembros del Tribunal.*

- *Cuantos toman decisiones en primera y segunda instancias deben ser seleccionados para períodos fijos (y preferiblemente escalonados) y deben ser destituibles sólo con causa justificada.*

Aunque el Indecopi sea en teoría una agencia independiente, no tiene protección legal para su condición independiente y la independencia de sus unidades cuasi-judiciales no siempre ha sido respetada. El Indecopi rinde actualmente cuentas a la Presidencia del Consejo de Ministros en lugar de hacerlo a algún Ministerio. Este sistema puede ser satisfactorio para la Presidencia y el Directorio del Indecopi, puesto que éstos supervisan las unidades administrativa, investigadora, analítica y promocional de la agencia. No es inusual que los funcionarios de la agencia a cargo de estas actividades puedan ser destituidos a voluntad y, por tanto, estén sujetos a algún grado de influencia gubernamental.

Sin embargo, el actual sistema peruano claramente falla al no proteger la independencia de los cargos cuasi-judiciales del Indecopi, es decir, los miembros de su Tribunal y sus Comisionados. La Ley de 1992 que creó el Indecopi estipuló cierta protección para los miembros del Tribunal, al concederles nombramientos por un período de cinco años durante el cual podían ser destituidos sólo con causa justificada, pero dicha protección fue retirada en 1994. Estas protecciones deberían ser restablecidas y deberían concederse nuevas protecciones a los comisionados.

Además de proteger la autonomía de las personas que hayan sido seleccionadas para servir como responsables de tomar decisiones cuasi-judiciales, Perú debería introducir algo de transparencia en el proceso de selección, aplicar criterios de selección pertinentes y someter el proceso a un sistema de controles y contrapesos. Actualmente, el sistema por el cual son seleccionados los cargos cuasi-judiciales del Indecopi –por el Presidente de Perú (en el caso de los miembros del Tribunal) o por el Directorio del Indecopi (en el de los comisionados)– no tiene ninguno de estos elementos. Este sistema contribuye a temores generalizados –y a algunos rumores específicos– acerca de intervención gubernamental “tras bambalinas”. También socava la confianza en la competencia técnica del Indecopi; la reputación del Tribunal de la Competencia se ha resentido, debido al temor de que sólo su Presidente tenga conocimiento real acerca de legislación en materia de competencia y cuestiones de política. En este informe no se emite un juicio acerca de las cualificaciones de esos otros miembros, pero el hecho de que haya inquietud subraya el problema del actual proceso de selección no transparente.

A este respecto, es destacable que Chile, cuyo sistema de política en materia de la competencia fue objeto de un examen inter pares en la primera reunión del Foro Latinoamericano de Competencia BID-OCDE, se enfrentaba

precisamente al mismo problema y ha aprobado una legislación para abordarlo.⁶⁴ El sistema global de Chile es diferente del de Perú, pero las disposiciones de la ley recién aprobada constituyen un útil punto de partida para el análisis. En primer lugar, la Ley requiere que todos los candidatos para su Tribunal tengan conocimientos de cuestiones relacionadas con la competencia. Dicho requisito no es inusual en países con nuevos sistemas de competencia. En segundo lugar, la Ley contempla controles y contrapesos, de manera que la Corte Suprema y el Banco Central someten a examen a todos los candidatos a través de un concurso público; sólo las personas nombradas o seleccionadas mediante este proceso pueden convertirse en miembros del Tribunal. Esta es, desde luego, sólo una forma de establecer controles y contrapesos; el nombramiento presidencial y la confirmación legislativa es otro modelo más común. En tercer lugar, los miembros del Tribunal tienen mandatos de seis años y durante ellos sólo pueden ser cesados con causa justificada. Dicha protección es normal en muchos países.

La adopción de un sistema formal y transparente de controles y contrapesos sería un enfoque lógico para Perú con respecto a su Tribunal, pero podría no ser práctico como medio para elegir y proteger la autonomía de los comisionados no remunerados y jefes de oficina, que son los que toman decisiones en primera instancia en el Indecopi. Una posible solución con respecto a estos funcionarios cuasi-judiciales sería establecer que sean seleccionados por el Tribunal para períodos fijos y que sólo pueda destituirlos el Tribunal y únicamente pueda hacerlo con causa justificada.

Algunos en Perú afirman que para asegurar la continua existencia e independencia del Indecopi, la Constitución peruana debe de ser enmendada para incluir expresamente a esta agencia en su articulado (como ya ocurre con el Banco Central y, aparentemente, con la Superintendencia de Seguros). Al considerar esta propuesta, es importante tener en mente que la necesidad real es asegurar la independencia de las unidades cuasi-judiciales del Indecopi. Declarar al propio Indecopi independiente parece no ser necesario ni suficiente para lograr ese objetivo.

6.2 El sistema peruano de financiación del Indecopi debería cambiarse y deberían asignarse más fondos a las Comisiones de Libre Competencia y de Acceso al Mercado.

- *Perú debería eliminar o reducir considerablemente la dependencia del Indecopi de las multas como una fuente de ingresos. Las multas deberían ir al Tesoro y deberían destinarse fondos públicos al Indecopi.*

- *Perú debería destinar financiación pública a las Comisiones de Libre Competencia y de Acceso al Mercado del Indecopi, porque se trata de una inversión que sale rentable. El Indecopi debiera asignar más fondos al trabajo en materias puramente relacionadas con la competencia, aunque ello suponga hacer recortes en otros trabajos útiles, ya que los casos puramente de competencia suelen tener un mayor impacto de mercado.*

Fuentes de financiación

El porcentaje del presupuesto del Indecopi que representan las multas impuestas ha aumentado con el tiempo y representa ahora casi el 60 por ciento. Este sistema *tan inusual* menoscaba la difícil administración eficiente y ciertamente crea preocupación a nivel nacional e internacional sobre la integridad de las decisiones del Indecopi.

En términos más generales, parece muy probable que la convicción inicial del Indecopi en una autofinanciación contribuyó a una inversión menor de la necesaria en actividades directamente relacionadas con la competencia (véase más adelante) y la decisión del gobierno en 2003 de eliminar toda financiación al Indecopi dificulta aún más la dotación de financiación adecuada para estas actividades. Exceptuándose las multas que impone, el Indecopi no puede llevar a cabo su trabajo directamente relacionado con la competencia más que cobrando derechos que sobrepasen el coste de sus servicios de registro y de otro tipo (lo cual es contrario a una de las leyes que el Indecopi hace cumplir). Aun cuando los derechos son preferibles a las multas como fuente de financiación, parece improbable que esta práctica permita al Indecopi mantener y aumentar el respeto por la integridad.

Perú es un país en vías de desarrollo cuyos recursos son reclamados por importantes áreas, pero la financiación pública para comisiones directamente relacionadas con la competencia –a niveles más altos que lo que se asigna hoy día– sería una inversión que cabe esperar resulte con creces rentable.

En la siguiente sección, este informe recomienda que Perú someta, como mínimo, a las fusiones a la Legislación de Defensa de la Libre Competencia. Si lo hiciera, y si también estableciera un sistema de notificación previa de una fusión parecido a lo que ahora tiene para fusiones en el sector eléctrico, los derechos de tramitación de procesos serían una fuente de financiación legítima, aunque algo arriesgada, para las actividades de, al menos, la Comisión de Libre Competencia. Aun adoptándose dicho sistema, el gobierno debería comprometerse a proporcionar la financiación necesaria de modo que la labor de hacer respetar el Derecho de la competencia no dependa totalmente de los derechos de tramitación.

Niveles de recursos

Las prácticas condenadas en los casos de protección al consumidor y competencia desleal ante el Indecopi no tienen necesariamente un efecto adverso sobre la economía de Perú, aunque exigir el cumplimiento de dichas normas sea beneficioso para el establecimiento de reglas que alienten la confianza en nuestro mercado. Es mucho más probable que los casos de libre competencia y de acceso al mercado beneficien al mercado en su totalidad. Perú está en la posición poco usual de tener pruebas empíricas a este respecto: un proyecto de investigación auspiciado por el BID confirmó que el trabajo del Indecopi en materia de libre competencia y acceso al mercado tuvo mayores contribuciones relativas a la economía peruana que las otras funciones del Indecopi.

No obstante estas consideraciones, en 2003 la Comisión de Libre Competencia y la Comisión de Acceso al Mercado recibieron sólo, en conjunto, el 8% de los fondos y un 7,5% del personal que fueron destinados para las comisiones y oficinas del Indecopi. Es más, el Departamento de Política Económica considera que la Comisión de Libre Competencia está especialmente falta de personal. Por último, Perú destina menos recursos a estas comisiones que otros países en vías de desarrollo con niveles comparables de PIB, e incluso menores. No existen normas internacionales ni otras normas objetivo para determinar los niveles de recursos apropiados para hacer cumplir la legislación de defensa de la competencia, pero las evidencias indican que Perú se beneficiaría expandiendo su trabajo en materia de la competencia, aun cuando ello supusiera cortar el respaldo de algunas otras actividades del Indecopi o de otras agencias gubernamentales.

6.3 *El Indecopi debería (a) ser más proactivo al hacer cumplir la Ley de Libre Competencia (b) emitir directrices sobre definición del mercado y evaluación de la posición dominante, y (c) incoar más casos de acceso al mercado para eliminar las numerosas barreras municipales para acceder al mercado con las que se topan los empresarios y las pequeñas empresas.*

Casos de libre competencia de oficio

Debido a que fueron creadas, en parte, como una alternativa a la vía judicial, las comisiones y oficinas del Indecopi deben aceptar todas las denuncias formales que estén acompañadas del pago de los derechos de tramitación aplicables. Esta obligación tiene algunas ventajas, pero también hace que la labor de hacer cumplir la ley sea menos eficiente en términos de coste-beneficio al limitar la capacidad de las comisiones para emprender

investigaciones de oficio que se concentren en materias de la máxima importancia para los ciudadanos. El problema parece ser particularmente agudo para la Comisión de Libre Competencia, que emprende pocos casos de oficio a pesar de existir un consenso elevado de que debe ser más proactiva. Como mínimo, el efecto de esta obligación debe ser considerado a la hora de decidir el nivel apropiado de financiación para la Comisión de Libre Competencia. Por otra parte, el Indecopi debe considerar si existen otros medios que pueda utilizar para maximizar su eficacia en términos de costes al tiempo que cumple sus responsabilidades de resolver las denuncias formales.

Además, Perú debe seguir adelante decididamente con la reforma judicial. En primer lugar, es necesario un poder judicial eficiente, predecible y de confianza para que los mercados actúen de forma competitiva. En segundo lugar, el establecimiento de un sistema judicial más accesible liberaría de responsabilidad en la toma de decisiones al Indecopi y haría que la agencia mejorase su capacidad para emprender casos de oficio.

Los sectores propuestos para un examen adicional para garantizar la competencia son cementos, combustibles líquidos, siderurgia y banca.

Directrices

El uso de precedentes de observancia obligatoria por el Tribunal de la Competencia es una manera útil de aclarar cómo debe interpretarse la Ley de Libre Competencia, aunque sólo proporciona una guía sobre lo que el Tribunal considera que son las cuestiones clave en algunos casos. Aunque muchos casos de libre competencia han requerido definir los mercados del producto y geográfico y la evaluación del poder en el mercado, no hay precedente obligatorio en lo concerniente a estos importantes temas. El texto de las resoluciones del Tribunal que no contienen precedente obligatorio puede proporcionar algunas pautas sobre su postura, pero ninguna de ellas son irrefutables y, en la práctica, dichas pautas sólo están disponibles para los expertos en competencia de Perú (porque las resoluciones son públicas pero no se publican). Dada la importancia de la definición del mercado y de la evaluación del poder en el mercado, el Tribunal (o el Indecopi) debe emitir directrices sobre estos aspectos.

Casos de acceso al mercado

La Comisión de Acceso al Mercado ha logrado, a pesar de contar con una plantilla muy escasa, emprender un gran número y un alto porcentaje (50%) de casos de oficio. Además, las actividades de esta Comisión pueden ser muy importantes para potenciar la eficiencia (porque abunda la normativa anticompetitiva, sobre todo a nivel municipal) y para demostrar el valor de la

política de la competencia para los consumidores (quienes podrían presenciar la entrada de nuevas empresas y menores precios), para los pequeños empresarios (quienes permanecen en la economía informal por causa de los costes regulatorios) y para la comunidad de empresas establecidas (cuyos precios locales y de exportación son mayores de lo necesario, debido al papeleo burocrático). En vista de las ventajas en términos de “relaciones públicas” esenciales y educativas de eliminar las normas anticompetitivas, la Comisión de Acceso al Mercado debe, si es posible, recibir recursos adicionales y debe emprender una campaña a nivel nacional contra tales normativas. En la actualidad, son las empresas de servicios públicos las que presentan la mayoría de las denuncias a la Comisión, y es positivo que la Comisión pueda eliminar las barreras administrativas a las que se enfrenta. Pero uno de los objetivos de la campaña recomendada sería ampliar la concienciación y aceptación de los poderes de la Comisión de tal forma que los pequeños empresarios y las pequeñas y medianas empresas lleguen a considerar a la Comisión como un importante aliado.

6.4 La Ley de la Libre Competencia debe enmendarse para proporcionar control de las fusiones y para aclarar la norma legal que deba aplicarse a los cárteles y a otros acuerdos horizontales; no existe razón aparente para enmendar la ley para que incluya la fijación abusiva de precios.

Control de fusiones

Un Grupo de Trabajo del Indecopi está estudiando una serie de posibles propuestas para enmendar la Ley de Libre Competencia. Una propuesta que el Grupo de Trabajo está considerando es que la ley sea enmendada de tal forma que (i) proporcione una base legal para impugnar fusiones y adquisiciones contrarias a la competencia, y (ii) establezca un sistema de notificación previa de fusiones. Esta propuesta debería hacerse y ser aceptada. Perú ha sido testigo de un incremento de la concentración en muchos sectores. Algunos de los mercados en los que el Indecopi ha encontrado o está investigando prácticas de fijación concertada de precios y abuso de posición dominante han llegado a estar mucho más concentrados debido a las fusiones y el control de las fusiones quizá hubiese evitado estos problemas. Por otro lado, ni el Indecopi ni Osiptel tienen la autoridad para determinar el probable impacto de la reciente adquisición de BellSouth por Telefónica. Los argumentos en contra del control de las fusiones están, en su mayor parte, equivocados o anticuados. El argumento de que las economías abiertas y pequeñas no necesitan control de fusiones o que tal control podría interferir en que las empresas locales obtengan economías de escala ha sido ampliamente desacreditado. El análisis

de la fusión puede ser complejo, pero la Comisión de Libre Competencia tiene 10 años de experiencia que la han preparado para este proceso. Además, el coste del control de fusiones puede ser controlado dando al Indecopi la autoridad para establecer los umbrales para la notificación previa de la fusión.

Si Perú adopta un sistema de notificación previa de fusiones, debe prestar gran atención a cómo establece sus umbrales de presentación de notificaciones. Su actual ley sobre fusiones en el sector eléctrico basa las obligaciones de notificación en la cuota de mercado de las partes, lo que, si puede funcionar bien en mercados regulados, en otros mercados presenta el problema de que las partes pueden manipular el sistema definiendo mercados de formas que les permitan evitar presentar una notificación. Pueden ser preferibles simples medidas de tamaño y volumen, especialmente en países en los cuales la información relevante para la definición del mercado puede ser escasa. Además, el Indecopi debe plantearse proponer que la modificación legal no establezca un umbral en particular, sino que más bien autorice a la Comisión a establecer tales umbrales como considere necesario y apropiado. Esto permitiría a la Comisión comenzar con niveles muy altos al inicio de la aplicación del control de la fusión y bajar luego los umbrales, ya sea de forma selectiva o generalizada, con base en su experiencia real.

Cárteles

El Grupo de Trabajo también está estudiando una propuesta para aclarar la norma legal aplicable a cárteles explícitos y a otras prácticas restrictivas. La opinión actual parece ser que Perú debería tener un sistema similar al existente en México: los cárteles estarían sujetos a una prohibición “absoluta”, mientras que otros acuerdos serían objeto de prohibición “relativa”. La claridad está meridianamente presente y el sistema contemplado parece sensato.

Abuso de posición dominante

Cuando aprobó la Ley de Libre Competencia, Perú tomó aparentemente la decisión política de no incluir una prohibición de la “fijación abusiva de precios” o de otros medios para explotar una posición dominante. Muchos países carecen de tales prohibiciones y muchos países que los tienen actualmente no las hacen respetar. La razón no estriba en que dichos países crean que la fijación abusiva de precios o las demás prácticas de explotación sean buenas o inofensivas, sino que es difícil, cuando no imposible, hacer cumplir dichas prohibiciones de modo que la situación mejore en vez de empeorar. Es cierto que los países en vías de desarrollo como Perú no pueden esperar que la fijación abusiva de precios estimule la entrada de competidores tan rápido como sucedería en el caso de los países desarrollados. En

consecuencia, el perjuicio derivado de la fijación abusiva de precios puede ser mayor en los países en vías de desarrollo. Aun así, las autoridades de defensa de la competencia no disponen, en general, de un remedio viable contra la fijación abusiva de precios, a menos que puedan eliminar las barreras de entrada que respaldan la posición dominante de una empresa. La Comisión de Acceso al Mercado ya tiene facultades para actuar contra las barreras a la entrada más importantes: las normas anticompetitivas. Es más, la falta de autoridad para condenar la fijación abusiva de precios no ha sido aparentemente un problema en el pasado. En tales circunstancias, parece improbable que la prohibición de la fijación abusiva de precios o de otras conductas explotadoras vaya a beneficiar a los consumidores peruanos.

6.5 *La propugnación de la competencia debe seguir, con un énfasis adicional en explicar que los casos de Libre Competencia y Acceso al Mercado detienen una conducta que daña a los ciudadanos en general más que ser un medio eficiente de resolver litigios privados.*

El Indecopi es bien conocido por su defensa de la competencia y por usar la “marca” Indecopi para promover la reforma del mercado. Sin embargo, en ciertos sentidos la marca puede haber ocultado las diferencias en sus diversas áreas funcionales. Aunque el Indecopi desarrolla un trabajo útil e importante para resolver quejas en materia de competencia desleal y de protección al consumidor estableciendo las reglas del juego y ofreciendo reparaciones a quienes presentan denuncias, muchos de los casos son esencialmente litigios privados, que de por sí carecen de impacto en el mercado. El Indecopi tramita muchos más casos de esta clase que casos relacionados con la libre competencia o el acceso al mercado y parecería que la mayor parte de su labor de defensa de la competencia tratase todas estas (y demás) actividades como “casos de competencia”. Esta práctica puede contribuir a explicar por qué la mayoría de los ciudadanos no comprende que los casos de libre competencia o acceso al mercado no son simples litigios privados, sino más bien casos que afectan el mercado en su conjunto, incluso si empiezan como respuesta a denuncias más que como actuaciones de oficio.

En el futuro, el Indecopi debe procurar que su defensa de la competencia haga hincapié en que sus casos en materia puramente competitiva representan el compromiso de Perú ante los consumidores y ante la economía en su conjunto y no sólo son la concesión por el Indecopi de un medio eficiente para resolver litigios privados. A este respecto, sería útil usar información sobre el impacto de las actividades del Indecopi, como la producida por la investigación auspiciada por el BID en la década de los noventa.

6.6 *El Gobierno peruano y sus Ministerios deben prestar un respaldo mayor y visible a la política de la competencia y a la reforma económica.*

1. El Indecopi no es el único defensor de la política de la competencia en Perú. Las oficinas de políticas en el seno del Ministerio de Economía y Finanzas y del Ministerio de Comercio y Turismo también respaldan la reforma de la competencia, quizás más si cabe que el Tribunal de la Competencia en el área de la lucha contra el dumping. Osiptel y, por lo menos, algunas funciones de Osinerg también apoyan la competencia. Sin embargo, algunos representantes y sectores del gobierno parecen no entender las ventajas de la política de la competencia. Por ejemplo, el Tribunal de la Competencia estuvo seguramente acertado al ordenar que la fijación de precios era un medio “irracional” para tratar de abordar los problemas que enfrentan a los camioneros legales con los camioneros de la economía informal.
2. De hecho, la política de la competencia y la reforma económica han aportado grandes beneficios a la ciudadanía peruana en los últimos doce años, pero está claro que los ciudadanos y sectores del gobierno no comprenden cómo están beneficiándose los peruanos de esta reforma. Especialmente en pueblos remotos y áreas rurales, es probable que su mercado no muestre beneficios significativos. Sin embargo, incluso en dichas áreas, quienes cuentan con servicios de energía eléctrica o teléfono han recibido, de hecho, grandes beneficios.
3. El Gobierno peruano y sus Ministerios deben unirse al Indecopi y demás defensores de la competencia a fin de explicar que éstas y otras ventajas son el resultado de la política de la competencia y de una reforma basada en el mercado. También deben hacer hincapié en que la política de competencia no interfiere en los programas sociales, sino que más bien contribuye a que éstos sean más eficaces. Además, el gobierno debe aprovechar la desconfianza de los ciudadanos en el poder judicial explicando que la reforma judicial ayudará a que los peruanos disfruten de los beneficios de la reforma de mercado. Por último, dado que la reforma de los mercados ha beneficiado claramente a la economía peruana en su conjunto, sería de utilidad que el gobierno examinase si sus actuales políticas fiscales y de otro tipo interfieren en la difusión generalizada de estos beneficios y hasta qué punto lo hacen.

Notas

1. Los países PRMB que han participado en el Foro Global de Competencia de la OCDE son Albania, China, Egipto, Marruecos, Sudáfrica, Tailandia y Túnez.
2. Vargas Llosa inició su actividad política en agosto de 1987, con su oposición a la pretensión de García de nacionalizar totalmente el sector financiero y asegurador.
3. Entre 1993 y 1997, el porcentaje de personas que vivían en la pobreza cayó del 27 al 14 por ciento.
4. *Indecopi-Educa* es un programa de formación en virtud del cual la agencia forma a profesores de escuela de primaria y secundaria para que puedan explicar a sus alumnos conceptos relacionados con el libre mercado.
5. Véase n. 14 y cuerpo del texto.
6. Véase, p. ej., Kwang Wook Kim, “Conflict of Interest: The Tension between Public-Private Cooperation and Multiple Principles in Peru”, en Beatriz Boza (ed.), *The Role of the State in Competition and Intellectual Property in Latin America* (Indecopi 2000) (en lo sucesivo, “*The Role of the State*”), p. 45. Véase también Ruth Lars Keppeler y Andreas Reber, “Information and Communication Technology in Peru: Building an Industry”, en *The Role of the State*, p. 383.
7. El Tribunal se basó en buena medida en los documentos del juez estadounidense Robert Bork y al parecer el Indecopi adoptó un enfoque bastante hostil hacia la regulación oficial.
8. En 1998, un experto concluyó que “Indecopi necesita entablar acciones judiciales en importantes casos de abuso del mercado para que el público pueda apreciar cómo las intervenciones reguladoras de Indecopi mejoran sus condiciones de vida”. Geoffrey Shepherd, “The Role of Indecopi: Proposals and Perspectives”, en Beatriz Boza (ed.), *Peru’s Experience in Market Regulatory Reform, 1993-1998* (Indecopi 1998) (en lo sucesivo, “*Peru’s Experience*”), p. 97. Véase también Mercedes Aroz Fernández, “The Value of Formality, Investment, and Competition Policy”, en *The Role of the State*, p. 148 (advertencia sobre el posible coste de no adoptar un enfoque más preventivo); Barak Orbach, “Competition Policy in Transition: Lessons from Peru”, en *The Role of the State*, p. 225 (expresa preocupación por el estrecho marco de actuaciones del Indecopi).

9. En 1999 Perú fue elegido para desempeñar un mandato temporal como “economía convocadora” de la APEC sobre asuntos de legislación y política de competencia.
10. Robert M. Sherwood, “Indecopi: The 21st Century Arrives a Little Early”, en *Peru’s Experience*, p. 140. Véase también Kwang Wook Kim, *supra* n. 6, pp. 47 (sobre la “falta de capital político” de Indecopi), 50 (sobre la debilidad del mandato legal de Indecopi) y 57 (indicando que las agencias autónomas en Perú históricamente no han funcionado bien tras un cambio de gobierno).
11. Véase, p. ej., Aurora Belmore, “Indecopi in Partnership with the Inter American Development Bank”, en *Peru’s Experience*, p. 89 (expresando preocupación sobre la capacidad de Indecopi para mantener su independencia frente al gobierno y evitar sufrir reveses en los tribunales).
12. Técnicamente, Osipitel hace cumplir el Decreto Legislativo 702 e Indecopi hace cumplir el Decreto Legislativo 701, pero ambas leyes son esencialmente idénticas.
13. Resolución No. 163-96.
14. Resolución No. 001-97.
15. Resolución No. 206-97. En concreto, el precedente obligatorio era el siguiente:

"Los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán per se ilegales cuando tengan como finalidad y efectos únicos y esenciales restringir la competencia, es decir cuando sean acuerdos desnudos o puros. Por otro lado, aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate, deberán ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos. De ser considerados irracionales corresponderá declarar su ilegalidad.

Si, dependiendo del tipo de actividad productiva a analizarse, se determina que la integración acordada entre las empresas es esencial para que dicha actividad se pueda llevar a cabo, entonces dicho acuerdo de integración así como las restricciones de la competencia que se generarían para que dicha actividad sea eficiente, estarán permitidos. Sin embargo, cuando la integración pueda ser beneficiosa pero no sea considerada esencial para llevar a cabo determinada actividad productiva, el acuerdo de integración y los acuerdos accesorios y complementarios que restrinjan la competencia estarán permitidos si reúnen tres condiciones:

- i). Los acuerdos de fijación de precios o de división de mercado se realizan como consecuencia de un contrato de integración, es decir que los miembros deben estar realizando una determinada actividad económica en forma conjunta. Asimismo, dichos acuerdos deben ser capaces de incrementar la eficiencia del grupo integrado y deben ser aplicados dentro de los límites necesarios para lograr dicha eficiencia;

- ii). Las cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no llevan a determinar que la restricción de la competencia derivada de la integración vaya a ocasionar un daño;
- iii). Los integrantes de los acuerdos no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia.

De no presentarse las tres condiciones expuestas, el acuerdo será considerado ilegal."

16. Resolución No. 224-03.
17. Véase *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986). Véase también *California Dental Ass'n v. FTC*, 526 U.S. 756 (1999). Véase, en general, Timothy J. Muris, *California Dental Association v. Federal Trade Commission: The Revenge of Footnote 17*, 8 Sup. Ct. Econ. Rev. 265 (2000); Timothy J. Muris, *GTE Sylvania and the Empirical Foundations of Antitrust*, 68 Antitrust L.J. 899 (2001).
18. Al menos en el pasado, las multas impuestas por la Cámara de la Propiedad Intelectual del Tribunal eran tan bajas que los piratas bien podían considerar rentable seguir con sus actividades ilegales y contabilizar las multas como un coste operativo. Mientras las Oficinas aplicaron criterios disuasorios para fijar las multas, el Tribunal decidió al parecer no imponer multas que excediesen del perjuicio causado por la conducta ilegal. Elvia Patricia Gastelo, "Recent Developments in Peru's Response to Intellectual Property infringement", en *Peru's Experience*, pp. 143, 162.
19. OCDE, *Hard Core Cartels* (2003); OCDE, *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions, and Leniency Programmes* (2002).
20. Armando E. Rodriguez y Kelly A. Hoffman, "Why is Indecopi Focused on Competition Advocacy? A Framework for Interpretation", *Peru's Experience*, p. 197.
21. Resolución No. 14-93.
22. Resolución No. 15-02.
23. Resolución No. 429-04.
24. Resolución No. 870-02.
25. Resolución No. 006-03.
26. OCDE, *OECD Global Forum on Competition: Preventing Market Abuses and Promoting Economic Efficiency, Growth, and Opportunity* (2004).
27. Antimonopolio y Antioligopolio en la Legislación del Sector Eléctrico, Decreto Ley No. 25,965 (1996).
28. Barak Y. Orbach, "Competition Policy in Transition: Lessons from Peru", *The Role of the State*, p. 235, n. 48.
29. La ley se refiere al control "directo o indirecto", pero no requiere la notificación de una compra de acciones que dé a la firma adquirente la

capacidad de nombrar miembros del consejo de administración que podrían supervisar las actividades de la empresa adquirida e influir en sus decisiones.

30. UNCTAD, *PERÚ: Informe sobre las necesidades y prioridades en el área de Políticas de la Competencia*, Documento preparado para el Seminario Subregional Bolivia – Perú (Lima, del 22 al 24 de marzo de 2004), pp. 27 y ss. El Informe refleja los hallazgos de la misión exploratoria realizada por Diego Petrecolla (Consultor de la UNCTAD, Doctor en Economía, Universidad de Illinois en Urbana-Champaign. Director del Centro de Estudios Económicos de la Regulación, Universidad Argentina de la Empresa).
31. La Comisión de Acceso al Mercado se creó como unidad separada en 1996. Antes, las facultades del Indecopi con arreglo al Decreto Legislativo 776 las ejercían la Comisión de Libre Competencia y la Comisión para la Protección al Consumidor.
32. Armando Cáceres, “Indecopi’s First Seven Years: The Challenge of Changing the Paradigm of Succeeding in the Market”, en *The Role of the State*, p. 108.
33. Resolución No. 02-1998.
34. Resolución No. 03-98.
35. Resolución No. 448-03.
36. Resolución No. 34-98.
37. Resolución No. 182-97.
38. Beatriz Boza, “The Role of Indecopi in Peru: The First Seven Years”, en *Peru’s Experience*, pp. 3, 23.
39. Decreto Ley No. 26122.
40. Decreto Legislativo No. 691.
41. Hasta 1998, el Indecopi no había desarrollado al parecer un sistema para garantizar la protección del secreto industrial. Robert Sherwood, “Indecopi: the 21st Century Arrives a Little Early”, en *Peru’s Experience*, p. 138. No queda claro si dicho sistema existe en la actualidad.
42. Resolución No. 163-96.
43. Resolución No. 547-03.
44. Véase Directiva 97/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, Artículo 3a.
45. Decreto Legislativo No. 716.
46. Beatriz Boza y Welby Leaman, “The Promotional Role of Government in Market Discrimination Cases: Lima nightclubs, self-esteem, and civil society empowerment”, en *The Role of the State*, p. 173.

47. Decreto Supremo No. 133.
48. Las actividades de la Comisión se basan en el Decreto Ley No. 668.
49. En esa época, Perú tuvo algunas leyes y una oficina de propiedad intelectual, pero el gobierno militar de los años 70 se sirvió de la oficina para impedir la importación de productos amparándose en supuestos de la propiedad intelectual. Las leyes actuales son: Ley sobre el Derecho de Autor, Decreto Legislativo No. 822 (1996); Ley de Propiedad Industrial, Decreto Legislativo No. 823 (1996); Ley de Patentes de Invención y Nuevas Tecnologías, Decreto Legislativo No. 823 (1996).
50. Michael P. Ryan, “Intellectual Property Institutions and the Public Administration of Knowledge in Developing Economies: The Case of Indecopi in Peru”, en *The Role of the State*, p. 319.
51. *Id.*, p. 334.
52. La ley que administra la Comisión se promulgó por Decreto Presidencial en 1992, Decreto Ley No. 26116. Véanse también el Decreto Ley No. 845 (1996) y la Ley Legislativa No. 27146 (1999).
53. La destitución sin causa justificada requiere una “opinión favorable” del Directorio del Indecopi, de su Consejo Consultivo y del Presidente del Consejo de Ministros. Como el Consejo Consultivo carece básicamente de funciones, y dado que los miembros del Directorio pueden ser cesados sin causa justificada, parece improbable que este requisito brindase algún tipo de protección real a un miembro del Tribunal a quien el Gobierno deseara cesar.
54. Véanse Frank Pasquale, “Indecopi as Brand and Holding Company: The Business Model of Governance”, en *The Role of the State*, pp. 83, 93; Ross Lipson, “Innovation in Public sector Reform: The Decentralization of Indecopi”, en *The Role of the State*, pp. 273, 284-87; Kwang Wook Kim, “Conflict of Interest: The Tension between Public-Private Cooperation and Multiple Principals”, *The Role of the State*, p. 295.
55. Es comprensible que la duración de los procesos varíe considerablemente a nivel tanto de una Comisión dada como entre Comisiones. Por ejemplo, los procesos ante la Comisión de Protección al Consumidor generalmente se resuelven en 2-3 meses.
56. La Comisión de Protección al Consumidor también está autorizada para ordenar acciones correctoras simples como la reparación o sustitución de un producto defectuoso.
57. No existen datos históricos exactamente comparativos para todo este periodo, pero parece que en 1999 únicamente 8 miembros o así de la plantilla participaron en investigaciones y análisis de la competencia.
58. La Comisión de la Competencia de Sudáfrica tiene 91 puestos a tiempo completo y, su Tribunal, 13 puestos a tiempo completo (2 miembros del

Tribunal y un personal de apoyo compuesto por once personas). Desde que el organismo regulador de las telecomunicaciones en Sudáfrica tiene poder para exigir el respeto del Derecho de la competencia (aunque no en exclusiva, como en Perú), el total de puestos de trabajo de Sudáfrica, 103, parece más comparable con los 15 años de trabajo del Indecopi.

59. Ley 26285 – Ley de la Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.
60. Véase Banco Mundial, “Country Assistance Strategy for the Republic of Peru, Annex C: Private Sector Strategy”, par. 22 (2002).
61. Véase apartado 2.2 anterior.
62. Véase apartado 2.1.4 anterior.
63. Armando Cáceres, *supra* n.21, p. 123.
64. En Chile, el Tribunal será una entidad independiente con facultades judiciales, pero sin ser formalmente parte del poder judicial. Tendrá cinco miembros. El Presidente del Tribunal, que debe ser un abogado con no menos de diez años de experiencia en el campo de la legislación de competencia, será designado por el Presidente de la República de una lista de cinco candidatos elaborada por la Corte Suprema a través de concurso público. Los demás miembros (dos abogados y dos economistas) serán elegidos de la siguiente manera: un abogado y un economista serán elegidos por el Presidente de una lista de tres candidatos elaborada por el Banco Central (Consejo de Gobernadores) también mediante concurso público. El otro abogado y el otro economista serán nombrados directamente por el Banco Central entre los candidatos escogidos por ese mismo concurso público. El Tribunal también tendrá cuatro miembros suplentes seleccionados por el Presidente de la República y el Banco Central de las mismas listas de candidatos. Es requisito imprescindible que todos los candidatos tengan experiencia en temas relacionados con la competencia. El cargo de los miembros del Tribunal será por seis años, que podrá prorrogarse más de un periodo. Durante la vigencia de su cargo, solo podrán ser destituidos con causa justificada. No pueden presentar su candidatura los funcionarios ni los directivos o empleados de empresas estatales (o de sus asociadas).

Bibliografía

- APEC (2003), Peru's Individual Action Plan, *Competition Policy*, www.apec.org/document/PE_2003_IAP.htm
- Banco Mundial (2002), Country Assistance Strategy for the Republic of Peru, Annex C: Private Sector Strategy.
- Banco Mundial-OCDE (1997), Competition Policy in a Global Economy: A Latin American Perspective.
- BID (2003), Support for Capital Market Development in Peru with an Emphasis on Venture Capital.
- BID (2003), Information and Communications Technologies in Support of South American Competitiveness and Integration.
- BID (2003), Perú: Competitividad e Infraestructura y Servicios de Transporte.
- BID (2003), La Competitividad y la Organización Institucional de la Regulación de Servicios Públicos en Perú: diagnóstico y propuesta de reforma.
- BID (2002), Beato, Paulina, y Laffont, Jean-Jacques, *Competition in Public Utilities in Developing Countries*.
- BID (2001), Fuente, Carmen, *Competition Policy in Latin America: Implications for Infrastructure Services*.
- BID (2001), De León, Ignacio, The Role of Competition Policy in the Regulation of Infrastructure Industries: Some Lessons from the Latin American Experience.
- Boza, Beatriz, "The Standing of Competition Authorities vis-à-vis Civil Society", International Competition Network, Mérida, México, junio de 2003.
- Boza, Beatriz, ed., *The Role of the State in Competition and Intellectual Property in Latin America*, Indecopi (2000):
- Beatriz Boza, "The Role of Indecopi in Peru: The First Seven Years"

- Beatriz Boza y Welby Leaman, “The Promotional Role of Government in Market Discrimination Cases: Lima nightclubs, self-esteem, and civil society empowerment”
- Kwang Wook Kim, “Conflict of Interest: The Tension between Public-Private Cooperation and Multiple Principles in Peru”
- Ruth Lars Keppeler y Andreas Reber, “Information and Communication Technology in Peru: Building an Industry”
- Mercedes Aroz Fernandez, “The Value of Formality, Investment, and Competition Policy”
- Barak Orbach, “Competition Policy in Transition: Lessons from Peru”
- Armando Cáceres, “Indecopi’s First Seven Years: The Challenge of Changing the Paradigm of Succeeding in the Market”
- Michael P. Ryan, “Intellectual Property Institutions and the Public Administration of Knowledge in Developing Economies: The Case of Indecopi in Peru”
- Frank Pasquale, “Indecopi as Brand and Holding Company: The Business Model of Governance”
- Ross Lipson, “Innovation in Public Sector Reform: The Decentralisation of Indecopi”

Boza, Beatriz, ed., *Peru’s Experience in Market Regulatory Reform, 1993-1998*, Indecopi (1998):

- Beatriz Boza, “The Role of Indecopi in Peru: The First Seven Years”
- Geoffrey Shepherd, “The Role of Indecopi: Proposals and Perspectives”
- Robert M. Sherwood, “Indecopi: The 21st Century Arrives a Little Early”
- Aurora Belmore, “Indecopi in Partnership with the Inter American Development Bank”
- Elvia Patricia Gastelo, “Recent Developments in Peru’s Response to Intellectual Property Infringement”

Cáceres, Armando, “Peru: Regulatory Reform in the Electricity Sector, APEC-OECD Co-operative Initiative on Regulatory Reform”, Jeju Islaand, Corea, octubre de 2002.

- Cáceres, Armando, “Strengthening the Competition Framework in a Developing Economy: The Case of Peru”, Christchurch, Nueva Zelanda, abril de 1999.
- Cannock, Geoffrey, y Escaffi, José, “Telecommunications Reform in Peru: Impact of Market Sector Reform on Competition”, Washington, D.C., abril de 2001.
- De León, Ignacio, *The Role of Competition Policy in the Promotion of Competitiveness and Development in Latin America*, World Competition, Vol. 23, No. 4 (Dec. 2000) (Kluwer Law International Journal).
- Martinelli, Ana Rosa, “Competition Development in the Peruvian Public Telecommunications Market”, septiembre de 2003.
- OCDE (2003), Second Report by the Competition Committee on Effective Action against Hard Core Cartels.
- OCDE (2002a), Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws.
- OCDE (2001b), OECD Global Forum on Competition, Contribution of Peru.
- OCDE (2001a), Recommendation of the OECD Council concerning Structural Separation in Regulated Industries, 26 de abril de 2001 [C(2001)78].
- OCDE (2001b), OECD Global Forum on Competition, Contribution of Peru.
- OCDE (2001c), Restructuring Public Utilities for Competition.
- OCDE (1998), Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, 25 marzo de 1998 [C(98)35/FINAL].
- OCDE (1997), The OECD Report on Regulatory Reform Summary.
- UNCTAD (2004), Informe de las necesidades y prioridades en el área de Políticas de Competencia en el caso de Perú. Proyecto auspiciado por el Secretariado de Estado para Asuntos Económicos (SECO, Suiza) sobre Fortalecimiento de Instituciones y Capacidades en el área de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor. Marzo de 2004. El documento fue elaborado en coordinación con las autoridades peruanas y contiene aportaciones procedentes de la misión exploradora en Perú del consultor de la UNCTAD Diego Petrecolla, Doctor en Economía, Director del Centro de Estudios Económicos de la Regulación, Universidad Argentina de la Empresa.

Apéndice

Tabla A – 1

Asignación de recursos entre Comisiones y Oficinas

	2002		2003		2003 + 2003	
	USD	%	USD	%	FTE*	%
Libre Competencia	189 000	4.6	183 000	4.6	7	4.7
Acceso al Mercado	186 000	4.6	137 000	3.4	4	2.7
Total Libre C. puro	375 000	9.2	320 000	8	11	7.5
Publ./Comp. desleal	213 000	5.2	157 000	3.9	4	2.7
Protec. Consumidor	248 000	6.1	270 000	6.7	13	8.9
Total Deshonestidad	461 000	11.3	427 000	10.7	17	11.6
Antidumping	226 000	5.5	186 000	4.6	6	4.1
Proc. Concursal	1 403 000	35	1 398 000	35	40	27.3
Normas	297 000	7	254 000	6	6	4.1
Of. Marcas	720 000	18	749 000	19	39	26.7
Of. Prop. Int.	171.000	4	237 000	6	7	4.7
Of. Patentes	409 000	10	411 000	10	20	13.6
PI combinada	1 300 000	32	1 397 000	34	66	45.2
Total	4 062 000		3 982 000		146	

* FTE (*equivalentes a tiempo completo*) se refiere al número total de puestos autorizados.

Tabla B – 1

Asignación de recursos entre Salas de Tribunales

	2002		2003			
	USD	%	USD	%	FTE*	%
Trib. Competencia	540 000	51	372 000	35	8	28
Trib. Propiedad In.	507 000	48	473 000	44	12	43
Trib. Quiebras	35 000	<1	231 000	21	8	28
Total	1 082 000			1 076 000	28	

OECD PUBLICATIONS, 2, rue André-Pascal, 75775 PARIS CEDEX 16
PRINTED IN FRANCE
(24 2006 04 4 P) ISBN 978-92-64-01221-9 - No. 55667 2007

Derecho y política de la competencia en América Latina

EXÁMENES INTER-PARES EN ARGENTINA, BRASIL, CHILE, MÉXICO Y PERÚ

El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) cooperan en el derecho de la competencia y la política para promover el aumento del crecimiento económico, empleo y eficiencia económica, y un nivel de vida medio más elevado en el mediano y largo plazo. Hay un creciente consenso que las leyes de competencia y política sólidas son esenciales para alcanzar estos objetivos.

La cooperación del BID y la OCDE en el derecho de la competencia y la política se centra en reuniones anuales del Foro Latinoamericano de Competencia (FLC). Las reuniones del FLC incluyen substancialmente discusiones en mesas redondas y revisiones por pares de las leyes nacionales y las instituciones. La OCDE y el BID están satisfechos de participar en este trabajo como parte de sus esfuerzos para promover un mejor ambiente de negocios para la inversión en los países de América Latina y del Caribe.

La versión completa en inglés de este libro está disponible en línea:

www.sourceoecd.org/emergingeconomies/9789264012219

www.sourceoecd.org/governance/9789264012219

Los que tienen acceso en línea a todos los libros de la OCDE deberían utilizar este vínculo:

www.sourceoecd.org/9789264012219

SourceOECD es la biblioteca en línea de los libros, periódicos y base de datos estadísticas de la OCDE. Para obtener más información sobre este servicio premiado y las pruebas gratuitas, consulte a su bibliotecario o escríbanos a **SourceOECD@oecd.org**.