

Políticas de competencia en América Latina^{1 2}

Luis Tineo³

Sumario: 1. Introducción. 2. El legado del modelo intervencionista y la inserción de las leyes de competencia. 3. Los límites de la intervención y las garantías de los individuos en materia de libre competencia. 4. El rol del poder judicial y la interpretación del derecho de la competencia. 4.1. La legitimación de los conceptos y la interpretación de las leyes sobre libre competencia. 4.2. La armonización de los instrumentos regulatorios de la competencia. 5. Conclusion.

1. Introducción

Aún cuando la aplicación de leyes sobre competencia en América Latina es una experiencia todavía muy reciente, en muchos países se ha desarrollado una respetable doctrina administrativa en torno a los principios y metodología de investigación sobre prácticas anticompetitivas. No obstante, estos principios y metodologías demandan todavía una validación por parte de los órganos administrativos y jurisdiccionales, a los efectos de sentar los precedentes fundamentales que orienten la correcta interpretación de las leyes y determinen con precisión el ámbito de acción tanto del Estado como de los individuos en el marco de una economía de mercado.

Este reconocimiento de principios requiere una compleja y especializada discusión sobre los aspectos sustantivos de la legislación sobre competencia, la cual corre los riesgos de ser postergada por la discusión previa sobre el alcance y límites de los poderes de intervención de las agencias de competencia

1 O título original "Políticas de competencia en América Latina: considerações jurídicas para su aplicación" foi alterado para adequação à linha editorial da RDE.

2 Trabajo presentado en el Seminario *Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina*, organizado por el INDECOPI y la OEA los días 12 al 14 de agosto de 1996, en Lima, Perú.

3 Asesor legal. Unidad de Comercio, Organización de Estados Americanos, Washington, DC. El autor agradece a José Tavares de Araujo, Armando Rodríguez y Claudia Curiel por sus comentarios y sugerencias. Las opiniones son del autor y no reflejan el punto de vista de la OEA, ni el de sus países miembros.

y los derechos y garantías de los administrados en la determinación de las prácticas anticompetitivas.

Esta circunstancia podría debilitar la aplicación de las leyes de competencia, particularmente en los países latinoamericanos basados en sistemas de derecho contencioso-administrativo del tipo europeo-continental, toda vez que decisiones adoptadas por órganos administrativos consistentes con los mecanismos y objetivos que se persiguen con las leyes de competencia, podrían ser susceptibles de ser anuladas en instancias jurisdiccionales, no por razones sustantivas de fondo, sino por los vicios de orden formal en los que incurren las agencias al aplicar la ley.

Este trabajo intenta mostrar los casos y circunstancias que podrían dar lugar a la anulación de ciertos actos y decisiones de las agencias de competencia por los órganos jurisdiccionales y señalar los elementos básicos de convergencia entre la acción administrativa de las agencias y las libertades y derechos de los individuos sujetos a las leyes de competencia, a los efectos de dejar abierto el espacio para la discusión jurisdiccional sustantiva sobre el derecho de la competencia.

2. El legado del modelo intervencionista y la inserción de las leyes de competencia

Uno de los legados que dejó el modelo intervencionista del pasado fue la alteración de la fórmula de separación de poderes y de protección de los derechos individuales en materia económica. Por décadas muchos países de América Latina vivieron al margen de la legalidad económica y el uso de poderes extraordinarios, bajo el argumento de encontrarse en situaciones de "emergencia económica", sirvió para legitimar la intervención caprichosa e incontrolada de los gobiernos en la actividad económica.

Esta alteración estuvo fundada en la asunción por parte de los Ejecutivos de los países de los poderes normativos para conducir las economías de sus países, la cual quebrantó al mismo tiempo el sistema de garantías para el ejercicio de los derechos individuales. Esta distorsión hizo que los parlamentos se quedarán sin funciones en el área económica y que los ejecutivos quedaran a su albedrío para determinar el ámbito y alcance de sus poderes al igual que el de los derechos individuales. El poder judicial, por su parte, tuvo poco poder y voluntad para corregir estos desequilibrios, salvo para proteger a los individuos frente a los comunes quebrantos de las formas procedimentales por parte de los órganos administrativos.

De ese período lo que quedó fue la idea de un Estado absoluto en lo económico, donde las garantías siempre privilegiaron la acción intervencionista por encima de los derechos individuales, en ambientes favorecedores de la

discrecionalidad y los abusos de poder. Esta impresión social e institucional no ha cambiado, ni va a cambiar en el corto plazo por el sólo reequilibrio formal de los poderes y la adopción de nuevos regímenes protectores de la libre iniciativa y la competencia. Quienes administran estas nuevas leyes se tomarán un tiempo en deshacerse del lastro intervencionista del pasado reciente y los administrados, a quienes las reformas prometieron mayor estabilidad y certeza en el ejercicio de la libertad económica, seguirán con desconfianza alerta frente a los posibles abusos del nuevo Estado.

En este contexto, el derecho de la competencia se enmarca dentro de la lucha de los individuos contra las inmunidades del poder. Aún cuando estas leyes disfrutaran de mayor legitimidad democrática y representan un estadio más avanzado en lo que se refiere a garantizar mayor estabilidad y certeza a quienes desempeñan la actividad económica, estas leyes son en definitiva instrumentos de intervención económica y como tales contentivos de numerosas potestades en favor del Estado para limitar el ejercicio de derechos individuales en materia económica.

En el pasado, el Estado favoreció y estimuló el ejercicio de sus potestades interventoras, para lo cual restringió hasta grados intolerables el ámbito de los derechos individuales en materia económica. De hecho, en muchos países no sólo se limitaron dichos derechos, sino que, a pesar de su consagración constitucional, permanecieron por décadas sin desarrollo legislativo. Asimismo, en el pasado, la cesión del monopolio legislativo económico de los parlamentos a los ejecutivos, permitió regular sectorialmente a la economía y modelar el comportamiento de los agentes según la actividad que ejercieran. Al cada mercado tener sus características, se dictaron normas a la medida de cada sector, dando lugar a que el ejercicio de la agricultura tuviera su propio ordenamiento, al igual la manufactura, el transporte, los servicios financieros, o el ejercicio de las profesiones, por sólo mencionar algunos ejemplos.

Hoy en día esta forma de operar está comenzando a ser superada en muchos países de la región. La economía, salvo en materia de monopolios naturales para la prestación de algunos servicios públicos, no está regulada sectorialmente y el derecho a la libertad económica puede ser ejercido a plenitud sin distinciones entre sectores. Con la aparición de leyes de competencia se materializa el sentido de los derechos económicos, se les da preeminencia y protección, al tiempo que invierten el orden y tipo de acercamiento del Estado al proceso económico. Esto ha implicado que los derechos económicos no sean un componente marginal del estado de derecho, sino que sean el límite fundamental a la acción del Estado, y que la protección de la competencia esté sujeta a regulaciones mucho más generales comprensiva de todos los agentes económicos al mismo tiempo.

Desde otra perspectiva esto ha significado, del lado del Estado, una drástica reducción de su capacidad regulatoria en el área económica, y del lado de los individuos, la disposición de instrumentos para controlar efectivamente la acción pública frente a sus posibles desvíos. Al tratarse las leyes de competencia de regulaciones tendientes a corregir aquellas fallas al funcionamiento óptimo de los mercados, sus definiciones contienen, como en pocas otras leyes, una variedad de conceptos jurídicos indeterminados, los cuales requieren de una precisa interpretación para ser aplicados. La determinación de estos conceptos debería corresponder en principio a la propia ley; no obstante, dada la novedad de la materia y la falta de experiencia y experticia de los parlamentos, los mismos están en manos de los órganos administrativos y jurisdiccionales.

Este es el contexto en el que llegan estas leyes de competencia a las manos de las agencias encargadas de su ejecución. En consecuencia, tanto la determinación de los conceptos, como el llenar sus vacíos es donde el viejo problema de la lucha contra las inmunidades del poder empieza a generar una serie de conflictos en el campo del derecho de la competencia, los cuales llaman urgentemente a la acción del poder judicial para su solución.

3. Los límites de la intervención y las garantías de los individuos en materia de libre competencia

En efecto, las leyes de competencia autorizan a las agencias para realizar investigaciones, otorgar autorizaciones para el caso de fusiones, dictar medidas preventivas y de cesación de prácticas y sancionar a todos aquellos que incurran en alguna de las conductas prohibidas. Igualmente, numerosas agencias tienen potestades de autotutela sobre sus propios actos mediante la revisión de los recursos administrativos. En ambos casos, las agencias se comportan cuasi-jurisdiccionalmente, toda vez que éstas resuelven conflictos provistos de ejecutividad, susceptibles de imponer obligaciones a los particulares.

El sometimiento de la administración pública al principio de la legalidad es una de las garantías para proteger los derechos individuales cuando estos son intervenidos por la acción pública. Como cualquier otra actuación de la administración, los actos dictados por las agencias de competencia están sujetos a este principio y cualquier violación de sus manifestaciones está sometida al control jurisdiccional contencioso-administrativo mediante los recursos de nulidad por razones de ilegalidad o inconstitucionalidad, así como mediante la acción de resarcimiento de daños y perjuicios en caso de producirse.

Dada la historia de arbitrariedad e irrespeto por las formas de la administración pública en América Latina, los actos de las agencias de competencia son sumamente vulnerables al rigor de la legalidad. Así como los tribunales son propensos a privilegiar las formas sobre la substancia, las agencias de

competencia pudieran, por su parte, ser sumamente propensas a favorecer la substancia sobre las formas, haciendo que, en consecuencia, mucho de los esfuerzos tendientes a garantizar el correcto funcionamiento de los mercados se frustren por una falta de entendimiento del ámbito dentro del cual se desarrolla la aplicación de la ley.

Las leyes de competencia son un mundo nuevo para los países en transición, cuyo entendimiento y difusión está prácticamente en manos de las agencias encargadas de aplicarlas. En contraste, el derecho administrativo formal, como una de las herencias del régimen intervencionista del pasado y con la influencia recibida del régimen de control contencioso-administrativo francés y español, es una de las disciplinas mejor desarrolladas en los países de América Latina. Los tribunales contencioso-administrativos de la región no tienen problema alguno en entender la teoría de las nulidades de los actos administrativos, sobre la cual se ha desarrollado abundante jurisprudencia. Donde estos tribunales tienen severos problemas es en entender las complejidades de las fallas de los mercados, elemento fundamental para interpretar las normas sobre libre competencia.

Lo contrario sucede con las agencias de competencia. Estas agencias, esencialmente dominadas por especialistas en economía industrial y derecho de la competencia, tienen un completo entendimiento de los comportamientos y estructuras de los mercados, pero son deficientes en el entendimiento de la teoría de las nulidades. Desde esta última perspectiva, las agencias de competencia suelen, al momento de interpretar y aplicar las leyes de competencia, incurrir en alguno de los vicios tradicionales de nulidad absoluta que hacen privar a sus actos de toda ejecutividad y ejecutoriedad, los cuales son de elemental invocación en cualquier impugnación:

Primero, la incompetencia. El órgano administrativo simplemente asume competencias no autorizadas por la ley, los actos son dictados por funcionarios ilegítimos o más sutilmente, la agencia penetra excesivamente en el ámbito de los derechos individuales a través de una intervención amparada por una discrecional y extensiva interpretación de las normas. Este vicio viola el derecho de todo individuo a hacer todo lo que no se encuentre expresamente prohibido por la ley, así como el principio de que la interpretación de las normas garantizadoras de derechos debe ser hecha en favor de los particulares y que las normas limitadoras de tales derechos deben interpretarse restrictivamente.

Segundo, los vicios de procedimiento. El derecho del interesado a conocer el porqué se le acusa, las razones y las pruebas en que se funda la acusación. El derecho a ejercer el derecho de defensa, así como a obtener una decisión justa, rápida y eficaz.

Tercero, la inmotivación. La carencia de razonamientos que respalden la actuación de la administración, fundamental para ejercer el derecho a la defensa en virtud de la indeterminación de la conducta que se le inculpa al afectado. Este deber es especialmente riguroso en materia de actos sancionatorios como el de competencia. El contenido debe ser analítico y expreso en el examen de los hechos y el derecho aplicable.

Finalmente, la desviación de poder. La agencia actúa con una intención que no se corresponde con los fines de la norma atributiva de competencia. La libertad de decisión conferida al órgano no le autoriza a apartarse del fin.

La impugnación de los actos dictados por las agencias de competencia, con base a los vicios antes referidos, es la principal defensa de los afectados para evitar la aplicación de las sanciones establecidas por la ley. Impugnar un acto de esta naturaleza, más allá de los méritos sobre los cuales esta se fundamenta, tiene para los afectados unos propósitos estratégicos importantes de cara a la efectiva solución del problema de fondo en cuestión.

Primero, la impugnación del acto sirve de escape del ámbito de una agencia especializada para someter el conocimiento del problema a la jurisdicción de un órgano más general, con menor entendimiento y capacidad analítica de los hechos en disputa. Segundo, a consecuencia de este menor entendimiento y capacidad analítica, los afectados encuentran un ambiente más favorable para el otorgamiento de medidas cautelares suspensivas de los efectos del acto en discusión. Tercero, dada la lentitud e ineficiencia de los aparatos judiciales, los afectados se privilegian de las medidas cautelares durante el período de solución de las impugnaciones, toda vez que se les es permitida la realización de aquellas operaciones previamente prohibidas por la agencia. Cuarto, la impugnación sirve para, al tiempo de mover la jurisdicción, mover también la discusión de la materia sustantiva concerniente a las restricciones de la competencia, a la materia formal relativa al marco dentro del cual se ejercieron las potestades de intervención.

Aplicando los conceptos de la teoría de las nulidades al tema de competencia, lo más frecuente es que los afectados sometan al control jurisdiccional el empleo que las agencias hacen de muchos términos utilizados en el derecho comparado que no existen en las leyes. De esta manera, las agencias interpretan extensivamente las leyes y llenan las eventuales lagunas jurídicas, legitiman determinados métodos o simplemente favorecen una determinada política pública. La discusión se centra en si las potestades de estas agencias son discrecionales o regladas y aquí el cómo deben interpretarse las normas limitativas de las libertades económicas en favor de la libre competencia, lo cual se examinará a continuación.

4. El rol del poder judicial y la interpretación del derecho de la competencia

Los tribunales tienen una tarea fundamental en la construcción y consolidación de las instituciones de mercado y de la libre competencia en dos aspectos fundamentales, los cuales van más allá de la simple revisión de los vicios de nulidad de los actos administrativos: Por una parte, la determinación del sentido de una ley sobre competencia para la sociedad y el valor de las metodologías conforme a las cuales se interpretan los conceptos y se sustancian las investigaciones en esta materia, y por la otra, la armonización de los instrumentos regulatorios del mercado.

4.1. La legitimación de los conceptos y la interpretación de las leyes sobre libre competencia

En América Latina, la legislación sobre competencia ha sido implementada tras muy poca discusión sobre su rol y lugar en el ordenamiento jurídico. Esta ausencia de difusión, sumada a la complejidad de los conceptos contenidos, han hecho que los administradores de estas leyes hayan tenido que dedicar gran parte de sus esfuerzos a la tarea de introducir la existencia de dichas leyes, así como identificar los posibles focos de conflicto de estas leyes.

Por otro lado, los sujetos afectados por el régimen de competencia dedican muchos de sus esfuerzos en batallas legales destinadas a la defensa de la legalidad de los estatutos proteccionistas del pasado. Esto ha hecho que al margen de las leyes de competencia, continúen vigentes normas de naturaleza proteccionista, cuya incompatibilidad debe ser determinada en base a una revisión caso por caso, al igual que ha impedido la acción interventora en otras instancias de regulación aún con posterioridad a las leyes de competencia.

La determinación y consecuente aplicación de los conceptos de una ley es un acto de interpretación, que si bien corresponde a la administración, esta no está exenta de control, menos aun cuando de dicha interpretación se derivan limitaciones a los derechos económicos individuales. La interpretación de conceptos jurídicos indeterminados por parte de la administración se realiza haciendo uso de las potestades discrecionales otorgadas por la ley, las cuales son la fuente principal de controversia respecto de los abusos de poder. El control de estas potestades es fundamental para preservar el equilibrio entre los poderes de intervención y el ejercicio de los derechos.

En materia de competencia, los individuos están permitidos a contratar, convenir, transar y disponer de todo aquello que no esté expresamente prohibido por la ley. En la interpretación de este tipo de normas rige el principio de que las normas garantizadoras de derechos se interpretan extensivamente y las que los limitan restrictivamente. Este principio busca garantizar que el órgano

administrativo, utilizando poderes interpretativos, imponga limitaciones, cargas u obligaciones por vía sub-legal y menos aún a incorporar conceptos y llenar lagunas no cubiertas por la ley. De esta manera, se asegura que la aplicación de normas prohibitivas no alcance casos no previstos, máxime en un contexto cuya virtud es la de estar desregulado. En este sentido, se revierte el principio general que regía en el pasado conforme al cual los individuos podían hacer sólo aquello que les fuera expresamente permitido.

La tradición del derecho de la competencia a nivel universal ha sido una de ensayo y error donde la interpretación flexible ha servido para determinar los conceptos económicos que éste envuelve. En esto ha contribuido notablemente el derecho común, particularmente el norteamericano, para definir los conceptos asociados a una economía de mercado. Aún así, la aplicación del derecho de la competencia en los Estados Unidos recibe constantes críticas por sus excesos en la intervención de la actividad de los agentes económicos.

Los conceptos envueltos en materia de competencia son esencialmente económicos cuya determinación y correcta aplicación depende del desarrollo del mercado y del grado de información que se acumule sobre los distintos sectores. Se trata en definitiva de evidenciar hechos o anticipar acciones cuyos efectos futuros se estiman restringen la competencia. En esta determinación, tanto los individuos como el Estado, basados en expectativas racionales sobre el comportamiento de los mercados, presumen que determinados resultados se van a producir en su beneficio y detrimento respectivamente. Esta presunción se fundamenta en que los individuos se benefician cuando existe una reducción de la cantidad de bienes en oferta en perjuicio de los consumidores quienes pagan mayores precios por bienes escasos y de menor variedad y calidad.

Debido a que los estándares legales en materia de competencia son dinámicos, contrario a la tradición estática del resto de los textos legales, estas leyes están sujetas a numerosas incertidumbres analíticas lo cual influye en la aplicación y sentido de los estándares. Es claro que en esta discusión entre los poderes de intervención de las agencias y los derechos individuales, la discrecionalidad del órgano de aplicación es el target de los afectados por cualquier actuación de las agencias.

En la precisión de esta discrecionalidad es que empieza la diferencia entre la aplicación de una ley de competencia y una ley ordinaria. Tanto la comisión de hechos anticompetitivos, como la intervención del Estado para evitarlos tienen la característica de ser acciones premeditadas. Quienes están envueltos en ellas anticipan hechos y resultados de acciones que en principio asumen tienen derecho y potestad para realizar. Lo que varía es el bien jurídico que se protege en uno y otro caso. Para los individuos el valor a proteger es el derecho a la libertad económica, mientras que para la sociedad el valor a proteger es que las decisiones de los individuos en torno al qué, cuanto, cómo

y a que precio se producen los bienes en la economía se determine en forma eficiente, independiente y en condiciones de competencia efectiva.

Ningún país ha desarrollado sus instituciones de competencia sin la ayuda de precedentes judiciales definidores de los conceptos básicos para el funcionamiento de un sistema de libre competencia. En los Estados Unidos y la Unión Europea, la construcción de sus sistemas ha tenido en los precedentes judiciales un importante ancla catalizadora, a partir de la cual tanto los órganos de aplicación de las leyes, como los agentes económicos han ajustado sus poderes y derechos. En los Estados Unidos por décadas el régimen de competencia estuvo gobernado por los dos artículos que componen el Sherman Act de 1889. Lo mismo sucede en la Unión Europea cuyo sistema se sostiene con los artículos 86 y 87 del Tratado de Roma. Solo con posterioridad a la construcción de una sólida base jurisprudencial y al desarrollo de las estructuras de mercado fue que vinieron legislaciones más complejas, particularmente en el área de concentraciones económicas.

¿Que definieron las sentencias fundamentales de esos sistemas? Lo primero que definieron fue que la intervención del Estado en la economía se haría de modo consistente con las reglas de una economía de mercado, teniendo a la competencia como eje del comportamiento de los individuos. Lo segundo que definieron fue el tipo de conductas cuya prohibición por la ley ameritaba la demostración de sus efectos restrictivos sobre la competencia y las que no, abriendo así espacio para los dos métodos clásicos de interpretación de las leyes de competencia como los son la regla de prohibición *per se* o la de sana crítica o *regla de la razón*.

En los Estados Unidos, la determinación de la cobertura, el sentido e inclusive la constitucionalidad del Sherman Act ocupó los primeros años de su vigencia. Cinco años después de su aprobación llegó el primer caso a la Corte Suprema relativo al acuerdo entre dos operadores ferrocarrileros para determinar el precio de los pasajes de sus respectivas rutas. El planteamiento era el mismo que hoy en día se debate en muchos países, sobre si la existencia de un acuerdo entre competidores estaba prohibida por la ley o si dichos operadores, demostrando que la finalidad del acuerdo no era la de privar al público de las ventajas de la libre competencia, tenían derecho a fijar dichos precios de forma razonable. La Corte lo primero que rechazó fue la cuestión de la razonabilidad como método para distinguir los acuerdos horizontales restrictivos de la competencia, para lo cual hizo un detallado análisis referente al sentido y propósito del Sherman Act como ley garantizadora de la determinación independiente de los precios y al sistema de mercado como piedra sobre la cual se fundamenta el derecho de la competencia estadounidense.

En los Estados Unidos y la Unión Europea, las cortes han sido consistentes en declarar prohibidos *per se* los acuerdos horizontales o colusorios entre

competidores para la determinación de las cantidades, los mercados y los precios de los bienes. Esto significa el rechazo obligado de la practica concertada sin entrar en consideraciones ulteriores de los afectados respecto a la eficiencia de la misma. La regla de interpretación *per se* es el reconocimiento jurídico a la máxima en teoría económica de que cualquier concertaron de voluntades entre competidores conlleva un inequívoco animo de reducir la producción y aumento de los precios. De esta manera, la administración de estas prohibiciones se reduce a la verificación de la concertacion, evitando consecuentemente las complejas discusiones que la teoría de la eficiencia económica pudiera generar.

Esta declaración de las practicas concertadas como económicamente ineficientes no puede estar solo en manos del órgano que administra, así como tampoco a merced del libre ejercicio de la libertad económica. Para el órgano administrativo es un asunto de importar este método de interpretación del derecho comparado y limitarse a evaluar la prueba. Para los individuos se trata de una limitación a sus derechos, la cual requeriría de motivación, motivación esta que implicaría la determinación no solo de la concertación, sino de sus efectos restrictivos a la competencia. Es entonces el juez quien tiene que dar la interpretación final acerca de la validez del método *per se* para la determinación de este tipo de prohibiciones.

Para otro grupo de conductas, igualmente prohibidas, las cortes estadounidenses y de los países de la Unión Europea han dado una mayor flexibilidad al método de interpretación permitiendo la evaluación de la eficiencia económica para justificar ciertas practicas consideradas restrictivas de la competencia. Entre estas conductas se encuentran las concentraciones económicas, los acuerdos verticales y los abusos de posición de dominio. Aquí la teoría económica no aporta una máxima tan contundente como la aplicada a los acuerdos colusorios como para hacerla una regla absoluta de derecho y por tanto los problemas de interpretación son mucho mas complejos toda vez que los conceptos envueltos son susceptibles de diversas interpretaciones. En el uso de la regla de sana critica o de la razón, el órgano administrativo asume importantes potestades autorizatorias sobre actividades que o no han sucedido o están en pleno desarrollo.

En este sentido, uno de los problemas fundamentales que debe resolver la jurisprudencia es la distinción de las reglas *per se* y de sana crítica que universalmente guían la interpretación del derecho de la competencia. Los abogados empiezan por arghir la falta de demostración de los efectos anticompetitivos de una determinada práctica. Unos piensan que la regla debe de sana crítica a menos que la agencia demuestre los efectos anticompetitivos. Cuando se aplica la regla *per se*, se denuncia falso supuesto. La intervención a priori o a posteriori en las concentraciones es otro ejemplo. Es de particular importancia

el uso de calificativos y estándares, no contenidos en las normas, para fundamentar las decisiones. La regla per se pudiera apartarse de el fin de la ley cuando la agencia se atribuye la autoridad de sancionar sin demostrar fácticamente y materialmente los efectos anticompetitivos. Esto jurídicamente significa inmotivación y se produce a consecuencia de la falta de pruebas, violación al acceso a los documentos de las empresas, la arbitrariedad, la desproporción en la determinación de las sanciones, etc.

Con relación a los instrumentos y metodologías de análisis, las leyes son efectivas si éstas son susceptibles de ser eficientemente aplicadas. Esta función es originaria del poder judicial; no obstante, en materia de competencia la aplicación de dichas normas corresponde al órgano administrativo, el cual en ocasiones actúa como parte acusadora y juez al mismo tiempo, con todos los poderes inquisitorios otorgados a los órganos judiciales para otorgar o eliminar los derechos de los agentes económicos sujetos a su ámbito.

No hay duda que esta particular característica de la administración del derecho de la competencia justifica la existencia de una cuasi-juez con independencia y especialización puede resolver con mayor rapidez y eficiencia los conflictos en materia de competencia frente a una administración judicial influida políticamente, altamente ineficiente y sin ningún tipo de especialización en esta materia. No obstante, el sistema de control y balance frente a los excesos termina siendo ejercido por el poder judicial.

El poder judicial no está preparado para administrar leyes de esta naturaleza. Existe mucha formación y seriedad en el control de la administración por la vía de los vicios de los actos administrativos, vale decir, sobre el control de las potestades de intervención, pero no sobre los aspectos sustantivos del derecho de la competencia. El poder judicial, dada la experiencia abusiva del Estado, ha dado preeminencia a lo formal sobre lo sustantivo como forma de controlar al Estado, privilegiando los derechos y las garantías individuales.

La prueba en materia de competencia es una presunción sobre la información que la agencia tiene sobre el mercado, no es una prueba tangible y cuantificable toda vez que no se ha producido el hecho. Los jueces están formados en la protección de derechos, no en la protección del interés general que representa la competencia. Lo más importante para la sociedad es que no se rompa el funcionamiento del bien jurídico tutelado, la competencia. El *trade off* está entre la internalización de los conceptos y herramientas de interpretación económica y la rigidez de las formas.

Cuando este conflicto de prioridades se resuelva, entonces la discusión estará en que la agencia garantice el máximo grado de información sobre el mercado, no sobre si puede o no valerse de las herramientas y conceptos para corregir cuando éste falle. Desde luego, en estas situaciones hay mucha discre-

cionalidad envuelta. Un ejemplo: el uso de los baremos o indicadores económicos para determinar las barreras de entrada. Esto es un diagnóstico sobre la dinámica de la competencia y las cortes deben entender la determinación de la existencia de poder de mercado, la competencia efectiva, la competencia potencial, mercado relevante. No existe seguimiento al comportamiento de los mercados, lo cual constituye prueba.

Si tomamos el concepto de generación de efectos restrictivos de la competencia para determinar la existencia de un abuso de posición de dominio, encontramos que se trata de un hecho futuro de carácter económico. Conocer los estándares técnicos conforme se determinan estos hechos para precisar las garantías y alcances de las conclusiones a las que se llegan es fundamental, al igual que el como se adecuan esas metodologías a cada país. Las herramientas del análisis económicos son diferentes a la interpretación jurídica tanto para favorecer como para entorpecer la realización de operaciones.

Los análisis jurídicos no incorporan el análisis económico, esto debido a la escasa o nula participación de economistas en los procesos de investigación y de litigio, haciendo que no haya interacción con los elementos que prueban la creencia sobre los efectos adversos de las practicas. En esto existe una larga controversia sobre si la teoría económica es central para la definición y análisis de la competencia al igual que sobre cual de las distintas teorías económicas es la mas convincente. Cierto es que el análisis económico tiene importantes y controversiales implicaciones sobre la forma conforme a la cual se decide un caso en materia de competencia.

El sistema judicial tiene que prepararse en los términos básicos del análisis económico para poder determinar el propósito y el efecto que una practica pudiera tener, así como si la misma es susceptible de ser prohibida o permitida. El problema para el análisis judicial del derecho de la competencia es como analizar la información económica de una forma suficientemente general como para que sea practica y suficientemente precisa como para justificar una intervención.

4.2. La armonización de los instrumentos regulatorios de la competencia

La armonización de los instrumentos regulatorios de la competencia es la otra área donde los tribunales tienen una importante función que cumplir. Se trata de definir el rango normativo e institucional que deben ocupar las leyes de competencia con relación al resto del ordenamiento, así como con la concepción y funcionamiento de las leyes de competencia en general.

Uno de los problemas que ha tenido la implementación de las leyes de competencia en muchos países de la región ha sido la falta de rango de las mismas con relación al resto del ordenamiento jurídico ordinario. En las

economías modernas de mercado, la legislación sobre competencia es la pieza central de dichos sistemas. Son estas leyes las que determinan el control de la legalidad del resto del ordenamiento jurídico relativo al funcionamiento del mercado. Darle este rango principal a las leyes de competencia comporta en muchos casos la derogación de innumerables normas que coexisten con el mismo rango en el ordenamiento jurídico y que en muchos casos otorgan derechos a los individuos a realizar actos contrarios a la competencia, sobre los cuales las agencias no tienen potestades de administración.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, las leyes de competencia, al igual que las penales o disciplinarias, tienen la característica de ser esencialmente prohibitivas. Es la ley la que por ejemplo define como prohibida la concertación de voluntades entre competidores, o el abuso de posición de dominio por una empresa en un determinado mercado con el propósito de reducir la producción e incrementar los precios. Bajo normas de esta naturaleza, los órganos ejecutores están limitados a la sola determinación de la existencia de la conducta, y consecuentemente a aplicar los correctivos, sin entrar en otras consideraciones, como pudieran ser aquellas derivadas de autorizaciones otorgadas por otras normas.

Este funcionamiento deriva de la premisa de que se trata de leyes dirigidas a la acción de los particulares en el mercado, en el cual la intervención del Estado se presume es realizada de manera consistente con los objetivos de la competencia. Por esta razón, las legislaciones sobre competencia carecen en muchos casos de instrumentos relativos a la defensa de los mecanismos de operación del mercado cuando se produce un conflicto con leyes o regulaciones contrarias a sus objetivos.

Un escenario distinto se plantea cuando de la noche a la mañana los países amanecen con sistemas de mercado. En estas circunstancias, las leyes de competencia introducen de nuevo la generalidad y abstracción propia de las leyes, y despojan al propio tiempo la característica sectorial de las regulaciones del pasado, aplicándose los principios de la competencia a todos los sectores indiscriminada e independientemente de la naturaleza de cada mercado o sector económico.

5. Conclusión

Este trabajo ha mostrado algunas de las dificultades que pudieran encontrar los países de la región respecto de la interpretación de las recientemente aprobadas leyes sobre libre competencia. Igualmente, se han señalado los puntos sensibles donde debe realizarse un trabajo integrador y armonizador de los nuevos instrumentos regulatorios del mercado.

La competencia es un vehículo que pregona la eficiencia económica como su mayor virtud. Las leyes de competencia ciertamente contribuyen a la protección de este objetivo. Sin embargo, la protección de la competencia implica imponer algo tan primordial en derecho como lo es la generalidad y abstracción de las normas. Esto ha sido particularmente difícil en materia económica cuando, tras décadas de intervencionismo, en los países de la región se generaron complejas redes de regulaciones específicas y tangibles.

Regresar a estos principios implica una decidida tarea unificadora del derecho por parte del poder judicial en torno a los valores que propone un sistema de competencia. Estos son de los más importantes y difíciles retos para los países de la región envueltos en la administración de estas novísimas y complejas leyes, especialmente cuando en muchos países todavía está latente apelar al costoso uso de los controles y demás mecanismos proteccionistas.