

# Políticas y leyes sobre competencia<sup>1 2</sup>

Luis Tineo<sup>3</sup>

Sumário: 1. Introducción. 2. Marco regulatorio de la competencia. 3. Normas substantivas sobre competencia. 4. Administración de las leyes sobre competencia. 5. Obstáculos para la aplicación de las leyes de competencia. 6. Conclusiones

## 1. Introducción

La convergencia en torno a la adopción de políticas y leyes para la promoción y protección de la libre competencia ha sido, entre otros, uno de los principales elementos de los procesos de reformas económicas y liberalización del comercio que se han estado progresivamente sucediendo en América Latina en esta década. El propósito de tales medidas ha sido ampliar el número de participantes en la actividad económica y estimular la competencia como medio para el uso eficiente de los recursos y el bienestar de los consumidores.<sup>4</sup>

El concepto de competencia, en un sentido amplio, comprende una variedad de áreas como la desregulación y apertura comercial, la privatización, el tratamiento a las inversiones extranjeras, la protección al consumidor, las prácticas desleales del comercio internacional y la protección a la propiedad intelectual. Ahora bien, en un sentido más restringido, la competencia comprende la normativa y políticas dirigidas a asegurar el correcto funcionamiento de los mercados nacionales.

- 
- (1) O título original "Políticas y leyes sobre competencia en América Latina: de la distribución del Estado a la eficiencia del mercado" foi alterado para adequação à linha editorial da RDE.
  - (2) Este trabajo es una versión corregida y ampliada de un trabajo presentado originalmente en la Conferencia "Competition Policy and Enforcement", organizada por la OECD/Banco Mundial/Gobierno de Argentina, llevada a cabo en Buenos Aires, Argentina, el 28-30 de octubre de 1996.
  - (3) Asesor Legal. Unidad de Comercio, Organización de Estados Americanos (OEA), Washington, D.C. El autor agradece a José Tavares de Araujo, Jr., Armando E. Rodríguez, William Kovacic, Claudia Curiel y Ana Julia Jatar por sus valiosos comentarios y sugerencias. Las opiniones son del autor y no reflejan el punto de vista de la OEA, ni el de sus países miembros.
  - (4) KHEMANI, R. Shyam & DUTZ, Mark A. The Instruments of Competition Policy and Their Relevance for Economic Development. In: FRISCHTAK, Claudio R. *Regulatory Policies and Reform: A Comparative Perspective*. 1996.

Así, estas regulaciones y políticas se focalizan en la conducta de los agentes económicos en el desempeño de sus actividades comerciales, y sucesivamente, con la forma de intervención de los gobiernos en la dinámica del mercado. En consecuencia, las leyes de competencia se dirigen a la prevención de prácticas comerciales realizadas con el fin de restringir la competencia y determinar las condiciones de producción y los precios en detrimento de los consumidores. Ejemplos típicos de estas prácticas incluyen, la concertación de acciones entre competidores, los abusos de posiciones de dominio y las concentraciones económicas en los mercados nacionales.

En América Latina, hasta principios de esta década, el tema de la competencia había sido objeto de poca o ninguna preocupación. Las constituciones de la región, influidas por la mexicana de 1917, han contenido tradicionalmente articulados prohibiendo los monopolios y garantizando a la vez el derecho a la libertad de industria y comercio. No obstante, las mismas constituciones igualmente han autorizado la intervención del Estado en la producción, utilización, consumo de bienes y servicios. Estas medidas impusieron importantes restricciones a la competencia y la libre iniciativa justificadas como contraprestación al sistema de incentivos y de protección al sector privado. En este ambiente, consecuentemente, las disposiciones relativas al control de los monopolios y al ejercicio de las libertades económicas nunca gozaron de desarrollo legislativo y en consecuencia, fueron letra muerta.

En un amago inicial e inspiradas en la Ley Sherman de los Estados Unidos, Argentina fue el primer país de la región que dictó una ley sobre competencia en 1934, seguido por Colombia y Chile en la década de los 50. Las dos primeras leyes y sus sucesivas modificaciones tuvieron poca utilidad en ambientes completamente intervenidos y con una capacidad institucional nula para su efectiva aplicación. La ley chilena, con sus modificaciones y con el respaldo de una sólida jurisprudencia ha sido un ejemplo exitoso respecto de la utilidad de estos novísimos instrumentos en la construcción de sistemas de mercado en la región.

En un ambiente distinto, los países de la región, con el apoyo de organizaciones internacionales como la UNCTAD<sup>5</sup>, el Banco Mundial<sup>6</sup>, y países

---

(5) La UNCTAD es la secretaria técnica del Grupo Intergubernamental de expertos sobre Políticas y Leyes de Competencia. En tal condición, la UNCTAD ha brindado asistencia técnica y legislativa a diversos países e instituciones regionales del hemisferio occidental, entre ellos Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, Panamá, México, Montserrat, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Venezuela, el Grupo Andino y la Secretaría Permanente del Acuerdo de Integración Económica de Centroamérica, en la redacción y modificación de leyes sobre competencia. La UNCTAD prepara actualmente estudios sobre las relaciones existentes entre las políticas de competencia y los derechos de propiedad intelectual, abogacía de la competencia e

como los Estados Unidos y Canadá,<sup>7</sup> y la Unión Europea,<sup>8</sup> han logrado diseñar modernas legislaciones e instituciones sobre competencia.

En este contexto, este trabajo tiene el propósito de ofrecer un panorama sobre los recientes desarrollos en relación a la regulación de la competencia en América Latina, haciendo énfasis en las convergencias y divergencias que presentan los distintos regímenes.<sup>9</sup>

La Sección 2 revisará el marco regulatorio relativo a la libre competencia. La Sección 3 referirá el régimen sustantivo aplicable a la competencia. La Sección 4 revisará el régimen de aplicación, incluido lo relativo a los órganos administrativos, procedimientos y sanciones y de revisión judicial. La Sección 5 analizará los posibles obstáculos a la aplicación de las leyes de competencia. La última sección ofrecerá algunos comentarios finales a modo de conclusión.

## 2. Marco regulatorio de la competencia

### 2.1 Contexto legal

La competencia está protegida a nivel constitucional y legal en gran parte de los países de la región. Algunos países han incluido normas en la materia en sus acuerdos regionales de integración.

A nivel constitucional, las constituciones en la región promueven la competencia garantizando programáticamente el derecho individual a la libertad económica o de industria y comercio, prohibiendo los monopolios, salvo aquellos establecidos en favor del Estado o de los particulares por ley, y condenando las manipulaciones abusivas de los precios y demás condiciones para la comercialización y el consumo de bienes y servicios.<sup>10</sup>

A nivel legal, las leyes sobre competencia en la región han sido dictadas en desarrollo de el derecho a la libertad económica, como instrumentos para determinar el campo de intervención del Estado en el mercado, así como para prevenir las distorsiones que pudieran causar las actividades de los privados en el mercado.

En la actualidad, diez (10) — de los treinta y dos (32) países de América Latina y del Caribe — han modificado o aprobado legislaciones e instituciones modernas sobre libre competencia: Argentina (1980)<sup>11</sup>, Brasil (1994)<sup>12</sup>, Colombia (1959, complementada en 1992)<sup>13</sup>, Costa Rica (1994)<sup>14</sup>, Chile (1979)<sup>15</sup>, Jamaica (1993)<sup>16</sup>, México (1992)<sup>17</sup>, Panamá (1996)<sup>18</sup>, Perú (1991)<sup>19</sup> y Vene-

---

inversiones. Para una revisión de las actividades de la UNCTAD en el tema de competencia, ver, Clive S. Gray, *Antitrust as a Component of Policy Reform: What Relevance for*

zuela (1991)<sup>20</sup>. Entretanto, países como Bolivia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, and Trinidad and Tobago se encuentran elaborando y discutiendo sus respectivos proyectos de legislación en la materia.

Adicionalmente a las leyes, algunos de los países señalados han desarrollado una serie de reglamentos, normas, instructivos y otros instrumentos, con el objeto de otorgar mayor certeza a los sujetos de las leyes sobre la forma en la que éstas son aplicadas en relación a las metodologías y procedimientos para investigar y aplicar las sanciones de la ley, organizar las agencias administradoras de la ley, o en ciertos casos, explicar las prioridades de la política de competencia.

A nivel de los acuerdos de integración, sólo el TLC (Canadá, los Estados Unidos y México)<sup>21</sup>, el Grupo de los Tres (México, Colombia y Venezuela)<sup>22</sup>,

---

Economic Development? In: PERKINS, Dwight H. & ROEMER, Michael eds. *Reforming Economic System in Developing Countries*. 1991.

- (6) El Banco Mundial (Departamento de Desarrollo del Sector Privado) ha prestado su asistencia para la redacción de leyes o disposiciones de competencia, así como relativas a la reglamentación de monopolios naturales en países como Argentina, Bolivia, Colombia, Jamaica, Paraguay y Trinidad y Tobago. Actualmente el Banco está prestando asistencia a El Salvador en la redacción de su ley sobre competencia y asistencia técnica al CADE del Brasil. Igualmente, el Banco está elaborando un "*Manual operativo sobre el diseño y la aplicación de leyes de competencia*", el cual tiene por objetivo el orientar a las autoridades encargadas de esta materia sobre "las mejores prácticas" para la administración y aplicación de disposiciones sustantivas de las políticas de competencia. Para detalles de las actividades del Banco Mundial, ver, Internet <http://worldbank.org>
- (7) La División de Antimonopolios del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos y la Oficina de Política de Competencia de Canadá han brindado cooperación técnica a países de América Latina. Entre los países que han participado en estos programas están: Brazil, Peru, Mexico y Venezuela. Según el alcance de cada programa, la cooperación técnica ha abarcado: asistencia a largo plazo bajo la modalidad de equipos de dos personas (abogado-economista) que ayudan a las entidades de competencia en sus actividades diarias por un plazo de tres a ocho meses; asistencia a corto plazo bajo la modalidad de visitas de dos o tres semanas de duración por parte de un equipo de Estados Unidos a organismos extranjeros en relación con determinadas cuestiones de competencia; pasantías en los respectivos organismos, por periodos de hasta seis semanas, para funcionarios extranjeros que trabajan en el área de competencia y conferencias regionales.
- (8) La Unión Europea a través de la Dirección de Competencia de la Comisión (DG IV) ha acogido las iniciativas hechas por gobiernos, agrupaciones regionales o agrupaciones de organismos que trabajan en el área de la competencia para elaborar acuerdos de cooperación bajo la modalidad de visitas o pasantías de funcionarios latinoamericanos en la Dirección de Competencia, participación de funcionarios, académicos o practicantes europeos en seminarios y talleres; elaboración de un boletín UE-América Latina sobre políticas de competencia; programas académicos y profesionales para fomentar las políticas y leyes de competencia; y preparación de estudios jurídicos y económicos sobre la puesta en marcha de leyes y políticas de competencia. Algunos países europeos, como España y Alemania, han firma-

do acuerdos de cooperación con algunos países de la región, como Colombia, Nicaragua, Perú y Venezuela; dichos acuerdos contemplan visitas de expertos para discutir aspectos relativos a las políticas de competencia y su aplicación.

- (9) Para una literatura sobre políticas y leyes de competencia en Latinoamérica, ver, i.e. COATE, Malcom B. et alii, *Antitrust in Latin America: Regulating Government and Business*. *Inter-American Law Review*. 37, 1992. Más recientemente, ver, ROWAT, Malcom D. *Competition Policy in Latin America: Legal and Institutional Issues*. Mimeo, 1995; JATAR, Ana Julia. *Competition Policy in Latin America: The Promotion of a Social Change*. *Inter-American Dialogue*, 1995; DÍEZ-CANSECO, Luis. *Función Regulatoria, Promoción de la Competencia y Legislación Antimonopólica*. Inter-American Development Bank, 1995; GARRET, James J. *World Antitrust Law and Practice: A Comprehensive Manual for Lawyers and Businesses*. Capítulo 33 sobre México y 34 sobre Argentina, Brasil, Chile y Venezuela. 1995; y FERNÁNDEZ, Jaime E. *Antitrust Regulation in Latin America*. *The International Lawyer*. 521, 1996.
- (10) Para disposiciones constitucionales relativas a la libertad de comercio y la prevención de monopolios y otras prácticas abusivas en el mercado en Latinoamérica, ver, Argentina (1898, modificada en 1994), Artículos 42 y 43; Brasil (1988), Artículo 173 (prohibición de abusos de poder económico); Bolivia, Artículos 134, 142 y 233; Colombia (1994), Artículos 333 y 334; Costa Rica (1965), Artículo 46 (prohibición de monopolios salvo que estén autorizados por ley especial y protección de la libertad de industria y comercio); Chile (1992) artículo 19(21) y (22); México (1917), Artículo 28 (prohibición de monopolios a menos que estén autorizados por ley especial); Panamá (1972, enmendada en 1994), artículo 277 (libertad económica) y 293 (monopolios); Perú (1993), Artículos 58 (libertad económica), 60 (trato nacional e igualitario de las empresas públicas y privadas) y 61 (prohibición contra prácticas monopolísticas y anticompetitivas); República Dominicana (1994), Artículo 8(12) (prohibición de monopolios a menos que estén autorizados por ley especial y protección de la libertad de industria y comercio); y Venezuela (1961), Artículos 96 (libertad de industria y comercio) y 97 (prohibición de monopolios a menos que estén autorizados por ley especial).
- (11) Ley sobre Defensa de la Competencia, N° 22.262 del 7 de julio de 1980. Argentina dictó la primera ley sobre competencia de la región en 1919, la cual fue revisada en 1947 y 1980. Actualmente, el Congreso Argentino trabaja sobre un proyecto de ley para mejorar los niveles actuales de aplicación de la ley, clarificar algunos conceptos, introducir evaluación de concentraciones económicas y otorgarle independencia a la Comisión de Competencia. Para una literatura sobre la ley argentina, ver, CABANELLAS, Guillermo & ETZORDT, Wolf. *The New Argentine Antitrust Law: Competition as an Economic Policy Instrument*. *Journal of World Trade Law* 34, 1983; Report of the Advisory Team on Competition Policy and Consumer Protection in Argentina. *Economists Incorporated*. 1992; y *Competition Policy in MERCOSUR*. Banco Mundial, mimeo, 1996.
- (12) Ley para la Prevención de Prácticas contra el Orden Económico, N° 8.884 del 11 de junio de 1994. Con anterioridad a la ley actual, Brasil dictó su primera legislación sobre competencia en 1962, la cual fue parcialmente modificada en 1990 y 1991. Con anterioridad, Brasil aprobó su primera ley de competencia en 1962 creando el *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* — CADE como órgano de aplicación e introduciendo disposiciones relativas a evitar abusos de poder económico. En 1991, la ley fue enmendada para incluir disposiciones sobre concentraciones económicas. La ley actual fortaleció al CADE, otorgándole independencia y mayores poderes no sólo en materia de prácticas anticompetitivas, sino para la promoción de las condiciones de competencia en Brasil. Para una literatura sobre la ley brasilera, ver, SALGADO, Lucia Helena. *Política de Concorrência: Tendências Recentes*. IPEA, 1995; y STEVENS, Dallal. *Framing Competition Law within an Emer-*

ging Economy: The Case of Brazil *The Antitrust Bulletin*. 929, 1995. CADE publica la Revista de Direito Econômico, así como mantiene una página en el Internet con información y desarrollos sobre política de competencia en <http://www.mj.gov.br/cade>.

- (13) Ley sobre Prácticas Comerciales Restrictivas, N° 155 del 24 de diciembre de 1959. Esta ley fue reglamentada por el Decreto N° 1302 de 1964. Con el propósito de fortalecer la aplicación de la ley, el Ejecutivo colombiano dictó el Decreto-Ley N° 2153 del 30 de diciembre de 1992, conforme al cual se otorgó mayores poderes en materia de competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio. Para una evolución del régimen regulatorio de la competencia, ver, i.e., HOMMES, Rudolf. *Regulation and Deregulation in Colombia*. Inter-American Development Bank Working Paper Series, 1996.
- (14) Ley para la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva de los Consumidores, N° 7472 de diciembre de 1994.
- (15) Ley de Defensa de la Competencia. Decreto-Ley N° 211 del 22 de diciembre de 1973. La legislación sobre competencia en Chile se remonta a la Ley N° 13.305 del 6 de abril de 1959, cuyo capítulo V tipificaba el delito de monopolio y creaba una Comisión Antimonopolios. Este capítulo fue modificado por la Ley N° 15.142 del 22 de enero de 1963, la cual creó una Fiscalía de apoyo técnico a la Comisión en la sustanciación de las investigaciones. Con posterioridad el estatuto fue modificado parcialmente por el Decreto-Ley N° 2760 del 5 de julio de 1979 a los efectos de dar cobertura a las prácticas monopólicas en el campo laboral. Esta modificación fue luego refundida, coordinada y sistematizada por el Decreto-Ley N° 511 de octubre de 1980. Para una literatura sobre el régimen chileno, ver, ZEGERS, Rodrigo Asenjo. El Sistema Chileno de Defensa de la Competencia. *Fiscalía Nacional Económica*. 1996; PAREDES-MOLINA, Ricardo. *Jurisprudence of Antitrust Commissions in Chile*. Mimeo, 1995; y *Políticas de Competencia en Países sin Tradición de Mercado: El Caso de Chile*. Mimeo, 1995.
- (16) The Unfair Competition Act, 1993 (The Act of 1993) del 5 de marzo de 1993.
- (17) Ley de Competencia Económica del 24 de diciembre de 1992. Esta ley derogó la Ley Orgánica del Artículo 28 de la Constitución de 1934, la Ley Federal sobre Competencias en Materia Económica de 1950, la Ley de Transformación de Industrias de 1941 y la Ley de Asociaciones de Productores para la Distribución y Venta de sus Productos de 1937. Para una literatura sobre la ley mexicana, ver, NEWBERG, Joshua A. Mexico's New Economic Competition Law: Toward the Development of a Mexican Law of Antitrust. *Columbia Journal of International Law*. 586, 1994; y GARCÍA-RODRÍGUEZ, Sergio. *Mexico's New Institutional Framework for Antitrust Enforcement*. De Paul Law Review. 1995. La Comisión Federal de Competencia de México tiene una página en el Internet con desarrollos recientes: <http://cfc.gob.mx>.
- (18) Ley para la Defensa de la Competencia y Otras Medidas, N° 29 del 1 de febrero de 1996.
- (19) Ley de Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia. Decreto-Ley N° 701 del 13 de noviembre de 1991. Posteriormente fue dictada la Ley de Creación del Instituto para la Defensa de la Libre Competencia y la Propiedad Intelectual — INDECOPI, Decreto-Ley N° 25.868 del 18 de noviembre de 1992 y su modificación, Decreto-Ley N° 26.116 del 28 de diciembre de 1992. Para una literatura sobre la ley peruana, ver, BULLARD, Alfredo. Antitrust Legislation in Peru. In: *Doing Business in Peru*. Beatriz Boza, 1994.
- (20) Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia, Diciembre de 1991. Para una literatura sobre la ley venezolana, ver, WHITE, Lawrence J. *Antitrust in a Developing Economy: The Case of Venezuela*. The World Bank, 1990; JATAR, Ana Julia. *Implementing Competition Policy in Recently Liberalized Economies: The Case of Venezuela*. Fordham Corporate Law Institute, 1993; CURIEL, Claudia. *Elementos para la Aplicación de Políticas de*

MERCOSUR (Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay)<sup>23</sup> y el Grupo Andino (Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia)<sup>24</sup> contienen disposiciones relativas a la competencia.

## 2.2 Objeto y fines

El objeto básico establecido en todas las leyes de competencia de la región es la promoción y protección de la libre competencia. La competencia se asume como el medio más eficiente de distribución de recursos y en consecuencia, como el instrumento que garantiza mayores beneficios para los consumidores — destinatarios finales de estas leyes — en términos de variedad, calidad y precio de los bienes y servicios.

Las leyes sobre competencia en América Latina ponen énfasis en el concepto de eficiencia económica como su objetivo principal. No obstante, las leyes de la región persiguen otra serie de objetivos sociales y políticos colaterales como la promoción de la libertad de industria y comercio, la participación equitativa de las pequeñas y medianas empresas, la desconcentración de poder económico y la prevención de monopolios y abuso de posiciones dominantes por parte de las empresas más grandes.<sup>25</sup>

El concepto de eficiencia económica determina como la agencia aplica la ley y consecuentemente, lo que deben esperar los participantes en el mercado. Esta determinación depende del modelo adoptado por la ley de cada país. Tradicionalmente, las regulaciones sobre la competencia se han asociado con el control de las prácticas monopolísticas de las empresas más poderosas. Si

---

*Competencia en Economías en Transición: La Experiencia en Venezuela. Pro-Competencia, 1995. Sobre regulaciones a las fusiones, ver, DE LEÓN, Ignacio y GARCÍA, Omar Enrique. Mergers in Venezuela, In: ROWLEY, John & BAKER, David, Eds. International Mergers and the Antitrust Process. 1996.*

- (21) El Tratado de Libre Comercio de América del Norte — NAFTA del 17 de diciembre de 1992. Capítulo 15 sobre Políticas de Competencia, Monopolios y Empresas Estatales.
- (22) Tratado de Libre Comercio del Grupo de los Tres entre México, Colombia y Venezuela— G-3. Capítulo 16 sobre Monopolios y Empresas Estatales.
- (23) Mercado Común del Cono Sur [MERCOSUR] del 26 de marzo de 1991. Las principales disposiciones relativas a políticas de competencia se encuentran contenidas en el Protocolo de Defensa de la Competencia en el MERCOSUR, Decisión N° 18/96 del 17 de diciembre de 1996.
- (24) Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena del 21 de marzo de 1991. Normas para Prevenir o Corregir las Distorsiones en la Competencia Generadas por Prácticas Restrictivas de la Libre Competencia.
- (25) Para una aproximación en detalle a los diversos objetivos de una política de competencia, ver, KHEMANI & DUTZ, *op. cit.*, pp. 17-18.

bien es cierto que este tipo de prácticas resultan las más ineficientes, toda vez que se producen en ambientes donde la competencia está ausente y en consecuencia, los precios y las condiciones para la producción son determinadas por un sólo agente, no obstante, el concepto moderno de estas legislaciones incluyen una variedad más amplia de prácticas anticompetitivas.

El tipo de tratamiento de las prácticas anticompetitivas ha caracterizado los dos tipos de sistemas sobre competencia desarrollados a nivel comparado: Uno basado en el concepto de poder de mercado y otro basado en el concepto de posición de dominio.<sup>26</sup>

Los sistemas basados en el poder de mercado reciben su influencia de las leyes de los Estados Unidos. Estos sistemas se centran en la capacidad de una determinada empresa de reducir la producción e imponer mayores precios. Para ello se toma en consideración la participación en el mercado de la empresa, independientemente de su tamaño. Conforme a estos sistemas el concepto de eficiencia se traduce en control del poder de mercado, siendo el bienestar del consumidor el bien último a proteger. En consecuencia, aquellas conductas o acuerdos que afecten a los consumidores en la forma de precios más elevados son considerados ilegales.<sup>27</sup>

Los sistemas basados en la posición de dominio reciben su influencia de la normativa sobre competencia de la Unión Europea. Estos sistemas se centran en evitar la formación de empresas dominantes. Se entiende que el tamaño de una empresa es un factor determinante en su capacidad de reducir la producción y elevar precios, toda vez que facilita anticipar el acceso al mercado y el desempeño de los competidores más pequeños. Para estos sistemas, la eficiencia económica se traduce en controlar no la posición de dominio, sino el abuso de la misma, siendo la protección de las oportunidades de las empresas más pequeñas el bien último de estas leyes.

Empero, la aplicación de los conceptos poder de mercado o posición de dominio a una prohibición particular de la ley ha sido enormemente debatida por la confusión que el uso de estos trae si los sistemas referidos son vistos

---

(26) Para un análisis comparativo detallado de los dos sistemas, ver, i.e., FOX, Eleanor. *Monopolisation and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity and Fairness*. Notre Dame Law Review. 501, 1986.

(27) BONER, Roger Alan. *Competition Policy and Institutions in Reforming Economies*. In: FRISCHTAK, Claudio R. *Regulatory Policies and Reform: A Comparative Perspective*. 1996, pp. 39-40. Ver además, KOVACIC, William. *Antitrust Law and Economics*, 1994, pp. 157-222.

como opuestos el uno al otro. Por ejemplo, después de décadas de desarrollo en los países industrializados, se ha llegado a un consenso acerca de la ilegalidad absoluta de aquellos acuerdos entre competidores respecto de la formación de precios, ello con independencia del sistema adoptado. Se ha estimado irrelevante que el acuerdo restrinja la competencia debido al poder de mercado o a la posición de dominio de las empresas participantes. Simplemente, existe consenso respecto a que este tipo de acuerdos no contribuye con los objetivos de la competencia.

Las diferencias entre los dos sistemas son más notables con relación al análisis de aquellos acuerdos donde los precios y la producción no son su objeto principal, como por ejemplo, ciertos acuerdos entre productores y distribuidores y aún más en los casos de prácticas monopolísticas y de concentraciones económicas. Estos acuerdos, en ocasiones, procuran una serie de eficiencias que en oportunidades justifican su validez a pesar de sus efectos restrictivos sobre la competencia. El análisis de estos acuerdos, y en consecuencia, la consecución de los objetivos asociados a la eficiencia económica, va a diferir dependiendo del sistema y tipo de estructura de análisis que privilegie cada ley.

Con la excepción de México, las leyes dictadas en América Latina se alinean dentro de los sistemas basados en la posición de dominio. La ley mexicana esta mas cercana al sistema estadounidense respecto del concepto de poder de mercado. Chile, por su parte, también ha seguido el modelo norteamericano, más que por la lectura de su ley, por la forma en que ha sido implementada.<sup>28</sup>

### 2.3 Ambito de aplicación

Substantivamente, las leyes se aplican comprensivamente a todas las personas, empresas o corporaciones, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, respecto a todas las conductas, convenios, actos o transacciones relativas a la producción y comercialización de bienes y servicios.

Territorialmente, las leyes se aplican a prácticas realizadas en el territorio nacional de los países. Brasil, Perú y Chile admiten en su ordenamiento la doctrina de los efectos para aplicar sus leyes de competencia a prácticas originadas en el extranjero, cuando afecten el comercio interno o externo de estos países. Los países del Grupo Andino y del MERCOSUR aplican un régimen común cuando las prácticas anticompetitivas produzcan efectos restrictivos sobre la competencia en el mercado subregional.

---

(28) Ver, PAREDES-MOLINA, *op. cit.*

La mayoría de las leyes sobre competencia de la región excluyen de su ámbito de aplicación determinados sectores o actividades reguladas por leyes especiales. En unos casos esta exclusión se justifica, bien porque el régimen general no ayuda a alcanzar los objetivos de la competencia como sucede en el área de la prestación de servicios públicos (monopolios naturales), o bien por las repercusiones sociales que la competencia tendría en sectores considerados sensibles para el país. Igualmente, en la mayoría de los países se encuentran exceptuados ciertos monopolios reservados por el Estado para la explotación de actividades de interés estratégico o de seguridad nacional.

En México, por ejemplo, la ley de competencia excluye de su aplicación al sector petrolero y de hidrocarburos, a los sindicatos laborales y a las cooperativas de exportación<sup>29</sup>. En Chile, la ley excluye de su aplicación a la minería y el petróleo en la medida en que las conductas en estas áreas no sobrepasen el espíritu de sus referidas leyes<sup>30</sup>. En Costa Rica están excluidos del régimen de la competencia las actividades de seguros, la destilación de alcohol, los combustibles, las actividades desarrolladas bajo régimen de concesiones y los servicios telefónicos, las telecomunicaciones, la energía eléctrica y el agua<sup>31</sup>.

En Colombia están excluidos los servicios públicos domiciliarios<sup>32</sup> y el sector financiero y asegurador, el cual dispone de un estatuto especial<sup>33</sup>. En Jamaica, la ley de competencia excluye de su ámbito a las asociaciones de trabajadores y de profesionales en la medida en que sean para el desarrollo de estándares necesarios para sus actividades.<sup>34</sup>

En todos los países los derechos de propiedad intelectual al igual que la concertación entre competidores bajo regímenes de controles de precios sobre bienes y servicios declarados de interés general se encuentran excluidos del régimen de competencia .

---

(29) Ley Federal de Competencia Económica, artículos 5 y 6.

(30) PAREDES-MOLINA, *op. cit.*

(31) Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Artículos 9 y 69.

(32) Ley 143 de 1993 por la cual se establece el Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios.

(33) Decreto N° 656 del 1 de abril de 1993, por el cual se dictan normas para agilizar y promover la realización de fusiones y adquisiciones de instituciones financieras y entidades aseguradoras, preservando la libre competencia.

(34) Ley de Competencia. Sección 3.

### 3. Normas substantivas sobre competencia

En América Latina, al igual que otras partes, las leyes sobre competencia cumplen dos importantes funciones respecto a la introducción de un sistema de economía de mercado: Una es la protección y la otra la promoción de la competencia.

La *protección de la competencia* ha sido el motivo que ha tradicionalmente justificado la existencia de una ley sobre competencia. Esta función comprende tres áreas de regulación, recogidas en la mayoría de las leyes de la región:

- I – las conductas empresariales;
- II – las concentraciones económicas; y
- III – los abusos de posición dominante.

La *promoción de la competencia* es el otro pilar que soporta un sistema de competencia, y ciertamente es la función más importante para países en transición. Esta función, no recogida expresamente en todas las leyes, comprende tres áreas:

- I – la desregulación económica;
- II – los procesos de privatización; y
- III – la divulgación de los mecanismos de la competencia.

#### 3.1 Regulaciones para la protección de la competencia

Las leyes de la región prohíben en general todas aquellas conductas comerciales que limiten, restrinjan, afecten o distorsionen la competencia, así como sobre las prácticas monopolísticas. A partir de esta prohibición general, las leyes de la región establecen una serie de prohibiciones particulares sobre ciertas conductas comerciales específicas.

##### 3.1.2 Regulaciones a las conductas empresariales

Las regulaciones a las conductas empresariales establecen presunciones de ilegalidad sobre un conjunto de prácticas o acuerdos entre agentes económicos que restringen, afectan o reducen la competencia. Estas conductas, en principio prohibidas, pueden ser: horizontales y verticales, de acuerdo con el tipo de competidor con quien se realiza el acuerdo.

Las *conductas horizontales* envuelven aquellos acuerdos de cooperación entre empresas pertenecientes al mismo mercado, con el fin de restringir la producción y determinar los precios y otras condiciones del mercado. Estos

acuerdos incluyen un amplio espectro de conductas, referidas comúnmente como conspiraciones, carteles, oligopolios o colusiones.

Entre la lista de prohibiciones que establecen las leyes de América Latina respecto de estas conductas se encuentran:

I – los acuerdos de fijación, de precios mediante los cuales empresas competidoras establecen concertadamente los niveles de oferta y los precios de los bienes y servicios;

II – la imposición de barreras para prevenir la entrada de nuevos competidores a través de licencias sobre tecnología, sobre inversión o la producción de productos artificiales a los efectos de hacer más onerosos los costos hundidos de los potenciales competidores;

III – los acuerdos concertados para la presentación de ofertas en licitaciones públicas;

IV – los acuerdos para producir, distribuir o comercializar cantidades restringidas mediante la imposición de cuotas;

V – la negativa concertada para la adquisición de bienes o prestación de servicios o para la admisión de nuevos participantes con el fin de obligar a los competidores a seguir las políticas de precios y de mercado determinadas por las firmas con posición dominante;

VI – la repartición de mercados y consumidores mediante los cuales empresas competidoras acuerdan renunciar a competir de acuerdo al producto o a la ubicación;

VII – las prácticas predatorias mediante las cuales una empresa dominante fuerza la salida o evita la entrada de competidores a través de la venta a precios por debajo del costo de producción, con la expectativa de elevarlos una vez desaparecida la competencia; y finalmente

VIII – los acuerdos atados conforme a los cuales la venta de un producto se condiciona a la aceptación de la compra de bienes o asunción de prestaciones suplementarias.

Las *conductas verticales* se refieren a los acuerdos entre productores y distribuidores respecto de las condiciones de reventa o suministro de bienes y servicios.

Este tipo de acuerdos afectan la competencia en la medida en que se trata de restricciones a la competencia sobre bienes manufacturados por una sola

empresa y sobre cuya distribución otras empresas compiten. Entre los acuerdos prohibidos por las leyes de la región se encuentran:

I – la fijación de precios mínimos por los cuales un distribuidor puede revender los productos a los consumidores finales;

II – los acuerdos exclusivos mediante los cuales una empresa obtiene los derechos para la distribución y mercadeo de un producto;

III – los acuerdos atados conforme a los cuales la venta de un producto se condiciona a la aceptación de la compra de bienes o asunción de prestaciones suplementarias;

IV – la denegación de trato;

V – el boicot; y

VI – la división vertical de mercados.

### **3.1.3 Regulaciones a los abusos de posición de dominio o prácticas monopolísticas**

La segunda área de regulación contenida en las leyes de la región, se refiere a las prohibiciones de conductas realizadas por una sola empresa en *abuso de posición de dominio o prácticas monopolísticas*. Por posición de dominio o monopolio se entiende la posibilidad que tienen uno o varios agentes económicos de actuar unilateral e independientemente en el mercado sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o consumidores.

En México y Costa Rica, las leyes no incluyen en sus regulaciones este tipo de prohibiciones. En estos países, el tratamiento a las conductas empresariales no distingue si estas son practicadas en forma unilateral o monopolica o multilateral u oligopolica. Todas las conductas son consideradas formas genericas de monopolio que se distinguen en funcion de las eficiencias y beneficios que pudieran ofrecer a los consumidores. En consecuencia, si una practica es realizada por lo que en el resto de las jurisdicciones se considera sujeto dominante, esta pudiera ser condenada de forma absoluta o per se, o pudiera ser admisible si se considera una practica prohibida relativa. De ser este ultimo el caso, las leyes de estos países exigen la comprobacion del poder de mercado de la misma forma en que se exige para el analisis de los abusos de posicion de dominio.

En el resto de los países las leyes condenan los abusos de posición dominante como una categoría aparte. Estas leyes no condenan a los sujetos por ostentar una posición dominante en el mercado, sino por el abuso que se haga de tal posición, expresado en conductas tendientes a desplazar a otros agentes del

mercado, impedirles su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios agentes. Para esta determinación, las agencias deben evaluar dos condiciones:

I – la determinación del poder de la empresa, basado en el grado de concentración, las barreras a la entrada y la dinámica de la competencia en el mercado relevante, definido en términos de producto y geografía; y luego

II – la determinación de alguna conducta anticompetitiva adicional.

La determinación de las conductas anticompetitivas de los agentes dominantes es una de las tareas más complejas en materia de competencia, en razón de la alta concentración heredada del régimen de intervención donde los mercados de la región eran suplidos por un número reducido de empresas. Para facilitar el análisis, algunas leyes como la de Colombia, Chile y Venezuela especifican el tipo de conductas constitutivas de abuso de posición dominante. En Perú, aunque la ley no tipifica ninguna conducta, la Comisión ha elaborado una lista ilustrativa, la cual es parte de un proyecto de reglamento actualmente en discusión<sup>35</sup>. Entre estas conductas se encuentran:

I – la imposición diferencial de precios y condiciones de comercialización;

II – las limitaciones injustificadas a la producción y la distribución;

III – la negativa a satisfacer demandas de compra o prestación de servicios;

IV – la imposición de condiciones desiguales o discriminatorias para prestaciones comerciales equivalentes; y

V – la subordinación de los acuerdos a la aceptación de prestaciones suplementarias no relacionadas con el objeto principal de la transacción.

### **3.1.4 Regulaciones a las concentraciones económicas**

Las regulaciones a las *concentraciones económicas* o estructurales conciernen a los acuerdos relativos a la propiedad, integración y otras formas de control de las actividades entre empresas competidoras, siendo el centro de las mismas las operaciones de fusión, adquisición o constitución de empresas conjuntas o *joint-ventures*.

El objeto de estas regulaciones es prevenir la formación de agentes monopolícos o con posición dominante capaces de determinar unilateralmente la producción y precios; desplazar o impedir el acceso de competidores actuales o

---

(35) BULLARD, *op. cit.*, p. 285.

potenciales; reducir la competencia o facilitar la comisión de prácticas anti-competitivas.

Al igual que las regulaciones a las conductas, las concentraciones económicas son de naturaleza horizontal, cuando la operación es entre dos empresas competidoras en el mismo sector, o vertical cuando es entre empresas con actividades a distintos niveles de la cadena productiva o de distribución. Las concentraciones horizontales son de interés toda vez que buscan incrementar el grado de poder en un mercado, mientras que las verticales buscan la reducción de competidores respecto del suministro de insumos y distribución de productos.

Las leyes de la región, con la excepción de las de Argentina, Chile, Jamaica y Perú<sup>36</sup>, contienen disposiciones generales para el control de las concentraciones económicas, en la medida en que tales operaciones tengan por objeto disminuir, dañar o impedir la competencia. En países con leyes recientes como Costa Rica y Panamá el lenguaje de este tipo de regulaciones todavía resulta un tanto vago como para deducir algún criterio respecto al tratamiento de esta área, lo cual sugiere reglamentaciones especiales para precisar su contenido.

Las leyes de Brasil<sup>37</sup>, Colombia<sup>38</sup>, México<sup>39</sup> y Venezuela<sup>40</sup> establecen al efecto regulaciones preventivas para el control previo de las concentraciones económicas, con el fin de evaluar con antelación el grado de concentración y sus consecuencias sobre la competencia. Si la agencia de competencia encuentra que la operación puede resultar restrictiva o perjudicial a la competencia, ésta puede ordenar su disolución, en caso que ésta se haya realizado con anterioridad, o su prohibición, en caso que no se haya realizado.

Para esta determinación, al igual que en la determinación de abusos de posición de dominio, las normas de los países mencionados, siguiendo estándares desarrollados en los instructivos sobre fusiones de los Estados Unidos y la Unión Europea, toman en consideración entre otros elementos:

I – el mercado relevante afectado, definido éste en el ámbito del producto y de la geografía;

II – el grado de concentración existente y resultante de la operación, medido en términos del volumen anual de ventas y del número de activos;

---

(36) Aún cuando estos países no contienen disposiciones expresas en sus leyes, los efectos de las concentraciones económicas son evaluadas como conductas prohibidas en la medida en que sus prácticas constituyan abusos de posición dominante. Ver, *i.e.*, Ley de Competencia de Jamaica, sección 19.

III – el grado de competencia entre los participantes en el mercado en términos de número de competidores, capacidad de producción y demanda del producto;

IV – las barreras a la entrada al mercado; y

V – los antecedentes de competencia y rivalidad entre los participantes del sector o actividad.

En algunos países como Brasil, Colombia y Venezuela, la evaluación admite la consideración de las eficiencias que, en términos de economías de escala, competitividad internacional y eficiencia en la oferta en el mercado, la operación pudiera producir más allá de la reducción o eliminación de la competencia. En estos países, así como en Panamá, por ejemplo, se han exceptuado ciertas operaciones en el contexto desregulatorio y de apertura comercial. De-

- 
- (37) En Brasil, las fusiones o adquisiciones son autorizadas por el CADE, a solicitud de la Secretaría de Derecho Económico, cuando ésta última estime que las operaciones puedan restringir la competencia o pueda resultar en un dominio de una parte importante del mercado. Esta condición de dominio se obtiene cuando la participación de las empresas de la operación represente un veinte (20%) del mercado relevante o muestren un volumen anual de facturación equivalente a 400 millones de reales. Cuando estas condiciones se reúnan, las empresas deben notificar bien con anterioridad a la operación, o 15 días después de su consumación. *Ver*, Instructivo sobre Concentraciones Económicas. Resolución N° 5 del 28 de agosto de 1996.
- (38) En Colombia, la notificación previa es obligatoria cuando el monto de la operación ascienda la cantidad de 20 millones de pesos. *Ver*, Ley sobre Prácticas Comerciales Restrictivas, artículo 40.
- (39) En México, el régimen de notificaciones está establecido en el artículo 20 de la Ley. Para su instrumentación, la Comisión Federal de Competencia dictó el Instructivo para la Notificación de Concentraciones, en el cual se precisa el tipo y forma de presentación de la información relativa a transacciones. En términos generales, la notificación previa es mandatoria cuando la operación excede ciertos umbrales calculados en función del monto del salario mínimo. Es el caso:
- (i) cuando el monto de la operación exceda una cantidad equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo vigente;
  - (ii) cuando en la operación participan dos o más empresas cuyos activos y volumen de ventas excedan conjuntamente 48 millones de veces el salario mínimo vigente e implique una acumulación de activos que exceda cerca de los 5 millones de veces el salario mínimo; o
  - (iii) cuando la operación lleve a una empresa a controlar el 35% de los activos o acciones de otra empresa cuyos activos equivalgan a 12 millones de veces el salario mínimo.
- (40) En Venezuela, el análisis de las concentraciones económicas está regulado en detalle en el Reglamento N° 2 de la Ley Relativo al Régimen de Concentraciones Económicas del 21 de mayo de 1996. De acuerdo con este reglamento, la notificación previa es obligatoria cuando la operación supere la cuantía que establezca la Superintendencia por Resolución. Los aspectos relativos al tipo de información, los procedimientos y metodologías aplicables están regulados en el Instructivo sobre Concentraciones Económicas.

bido al incremento de la competencia externa, las empresas nacionales se han encontrado frente a la alternativa de enfrentar el cierre o ser adquirida por uno de sus competidores. Este análisis toma en consideración si la operación fue realizada con el fin de fortalecer la posición competitiva de ciertas empresas, o con fines defensivos y no necesariamente de eficiencia.

Las leyes referidas en materia de concentraciones disponen períodos precisos para completar la determinación de los efectos competitivos y autorizar la operación. Igualmente se garantiza a las empresas la autorización válida y automática de las operaciones, una vez que el período ha vencido (silencio administrativo positivo) sin que la agencia se haya pronunciado sobre las mismas, sin perjuicio de la responsabilidad que para la empresa pudiera acarrear la comisión de alguna de las conductas prohibidas.

### **3.1.5 Excepciones a las prácticas o acuerdos anticompetitivos**

Un sistema alternativo utilizado por algunos países para flexibilizar la aplicación de las leyes y adaptarlas a las distintas realidades de sus mercados, es empleado en Brasil, Chile, Jamaica y Venezuela. Estos países, siguiendo el modelo establecido por la Unión Europea, permiten establecer un *régimen autorizador de excepciones* para ciertas prácticas prohibidas cuando contribuyan a incrementar la eficiencia económica de los participantes y aporten ventajas a los consumidores y usuarios.

Este sistema de excepciones está condicionado a la autorización de las agencias de competencia, si se trata de la realización de un acuerdo o una práctica en particular (*excepciones individuales*), o a la aprobación por parte del ejecutivo, si se trata de eximir conductas o prácticas empresariales globales (*excepciones globales*). Las primeras permiten la realización de ciertas prácticas en razón a la categoría de actividades o sectores donde se desarrollen. Las segundas permiten la realización de prácticas o acuerdos en forma específica y de acuerdo a las condiciones, durante el período y bajo la supervisión de la agencia de competencia.

Este tipo de excepciones se aplican para casos particulares de:

I – fijación de precios;

II – los acuerdos para la investigación y el desarrollo tecnológico, los acuerdos de exportación;

III – los acuerdos de distribución y compra exclusiva;

IV – ciertos acuerdos discriminatorios como por ejemplo los descuentos por pronto pago o por volúmenes;

V – los acuerdos exclusivos como lo serían las franquicias y representaciones territoriales;

VI – los acuerdos que contribuyan a mejorar la producción, calidad y comercialización de bienes y servicios; y

VII – los acuerdos que permitan la utilización de procedimientos, métodos y sistemas y formas comunes con el objeto de aprovechar las ventajas de escala.

Las leyes de México, Brasil y Venezuela, excluyen de su aplicación aquellas prácticas o acuerdos que no afecten significativamente el mercado en función del volumen de negocios o por la cuantía de las transacciones, también llamados como condiciones *de minimis* o *safe harbour* para la competencia. Algunas leyes determinan estas condiciones indicando directamente los umbrales, en términos de participación en el mercado de las empresas envueltas, por encima de los cuales la práctica podría ser eximida.

### 3.1.6 Estándares para el análisis de prácticas anticompetitivas

Las regulaciones sobre conductas, concentraciones económicas o abusos de posiciones de dominio, en principio, posan presunciones de ilegalidad sobre quienes las violen. El tratamiento a estas presunciones es realizado conforme a dos métodos de análisis desarrollados en el sistema estadounidense y ampliamente utilizados por otros sistemas a nivel internacional: el método *per se* o de ilegalidad absoluta y el de la regla de la razón o de valoración económica.<sup>41</sup>

Bajo *el método per se*, ciertas prohibiciones son consideradas ilegales de pleno derecho. Consecuentemente, la agencia no requiere evaluar ni la eficiencia económica, ni los beneficios para los consumidores que tal acuerdo pudiera traer como consecuencia de la restricción de la competencia. Es suficiente con que se demuestre la existencia de la conducta para provocar la intervención y la imposición de las sanciones de la ley. Este método de análisis ha sido reconocido como el que ofrece mayor certeza jurídica, el más efectivo y el menos costoso de aplicar para prevenir las conductas estimadas como más perjudiciales al proceso de competencia y a los intereses de los consumidores. El consenso a nivel internacional apunta hacia la aplicación de este método para el examen de casos de acuerdos horizontales para la fijación de precios, licitaciones concertadas y división de mercados y consumidores.

---

(41) Para una discusión más detallada, ver, *i.e.*, BONER, Roger Alan and KRUEGER, Reinald. *The Basics of Antitrust Policy: A Review of Ten Nations and The European Communities*. 1991, pp. 48-49.

En contraste, bajo *la regla de la razón*, ciertas prohibiciones, aunque igualmente restrictivas del comercio y de la competencia, podrían considerarse legales si del análisis se desprende que sus beneficios superan sus efectos anti-competitivos, en favor de los consumidores. Este método de análisis requiere un detenido examen del acuerdo y su incidencia en las condiciones de competencia en el mercado. La experiencia internacional muestra que este método es apropiado para el examen de ciertas conductas verticales sobre aspectos no relativos a la fijación de precios, tales como las representaciones territoriales y acuerdos exclusivos. El método es igualmente válido para eximir ciertos acuerdos horizontales cuyo objeto sea el mejoramiento de los procesos de producción y comercialización, para el desarrollo e investigación tecnológica, para el uso de procedimientos comunes y utilización de economías de escala, así como para el análisis de las concentraciones económicas.

No es clara la admisión de cualquiera de los métodos señalados en el diseño de las leyes de muchos países de la región. En esto incide el tipo potestades de aplicación dadas a la agencia de competencia por la ley y a la jurisprudencia desarrollada por cada país. La estructura de las leyes en América Latina son en principio taxativas respecto del tipo de conductas o prácticas prohibidas. Por tanto, hecha excepción de México, Costa Rica y Argentina, estas leyes no distinguen entre prácticas o acuerdos que pudieran tener beneficios económicos de los que no.

Esta rigidez respecto del tratamiento de estas regulaciones ha presentado algunos problemas a las agencias al momento de aplicar las leyes. En esto juega rol fundamental el régimen de derecho civil al cual pertenecen los países de la región, el cual privilegia el principio de la tipificación, conforme al cual las normas prohibitivas deben interpretarse restrictivamente.

Una de las debilidades de algunas leyes ha sido la falta de distinción, por ejemplo, entre conductas horizontales y verticales. Esto ha resultado en leyes prohibitivas de todo tipo de cooperación entre empresas, imponiendo importantes limitaciones prácticas a su aplicación. Distinto sucede en los casos de abuso de posición de dominio y de concentraciones económicas, donde el lenguaje utilizado por las leyes permite en todos los casos un análisis bajo la regla de la razón. Las leyes expresamente condicionan la legalidad de estas prácticas al examen sobre sus restricciones a la competencia.

Las leyes de los países, en consecuencia, varían respecto del tratamiento de las conductas prohibidas. Por ejemplo, las leyes de Argentina y Brasil, presentan una estructura de aplicación que admite el análisis de las prohibiciones bajo la regla de la razón, al exigir la demostración, en todos los casos, de la

existencia de un perjuicio al interés económico nacional y el reconocimiento de las eficiencias de las operaciones.<sup>42</sup>

Las leyes de México, Panamá y Costa Rica, a diferencia de las otras leyes de la región, distinguen entre prácticas prohibidas en forma absoluta y prácticas prohibidas en forma relativa. Las primeras son prohibidas per se, encontrándose entre ellas, los acuerdos horizontales relativos a las condiciones de precio y producción. Las segundas hacen depender su legalidad del análisis del impacto que cada caso tenga sobre la competencia, en base al poder de mercado en el mercado relevante. Entre estas se encuentran, los acuerdos verticales de distribución exclusiva, de reventa, los acuerdos atados, los boicots, las prácticas predatorias y los tratos discriminatorios.<sup>43</sup>

En Chile, a pesar de que la ley presenta una estructura taxativa donde, en principio, sólo cabría la aplicación de la regla per se — como en efecto se aplicó durante los primeros años — ha sido la jurisprudencia de la Comisión Resolutiva la que ha flexibilizado el régimen. En esta labor, la jurisprudencia, hecha excepción de los acuerdos de fijación de precios, licitaciones colusorias y divisiones territoriales y de consumidores, ha condicionado la aplicación de la ley a la regla de la razón para la determinación de la legalidad del resto de prácticas en función de los méritos de cada caso<sup>44</sup>.

En Colombia, el Decreto-Ley 2153 da precisión a la ley de competencia al declarar ilegales per se los acuerdos de fijación de precios, exclusionarios, de repartición de mercados, restricciones de producción, y de licitación colusoria. Sin embargo, la legislación colombiana mantiene silencio respecto del tratamiento a las conductas verticales y a las concentraciones económicas<sup>45</sup>. En Perú, en ausencia de normas, la Comisión ha definido una lista ilustrativa de conductas prohibidas per se, la cual incluye los acuerdos de precios, de restricción de la producción, de división de mercados y de discriminación en base a precios. El resto de las conductas están sujetas a la regla de la razón. Para estos fines, el INDECOPI se encuentra elaborando un proyecto de reglamento.<sup>46</sup>

En Venezuela, el gobierno dictó un reglamento para precisar las conductas prohibidas per se. Entre estas conductas se encuentran: los acuerdos de fija-

---

(42) CABANELLAS & ETZRODT, *op. cit.*, p. 37.

(43) NEWBERG, *op. cit.*

(44) PAREDES-MOLINA, *op. cit.*

(45) ROWAT, *op. cit.*, p.11.

(46) BULLARD, *op. cit.*, p. 287.

ción de precios, exclusionarios, de repartición de mercados, restricciones de producción, de licitación colusoria y los abusos de posición de dominio. El resto de las conductas son permisibles en función de la demostración de sus beneficios económicos, entre los cuales están los acuerdos verticales no relativos a precios.

### **3.2 Regulaciones para la promoción de la competencia (Competition Advocacy)**

Contrario a las regulaciones para la protección de la competencia que intentan disciplinar la actuación de los individuos conforme a los mecanismos del mercado, las regulaciones para la promoción de la competencia intentan facilitar la inserción armonizada y consistente de las políticas y leyes de competencia en el contexto económico de cada país.<sup>47</sup>

Estas normas fundamentalmente otorgan poderes a las agencias para intervenir en tres áreas:

- I – la armonización de las regulaciones económicas,
- II – los procesos de privatización; y
- III – la divulgación de los mecanismos de la competencia.

#### **3.2.1 Reforma regulatoria**

La legislación sobre competencia opera bajo la presunción de que la intervención del Estado en la economía es realizada de manera consistente con los objetivos de la competencia. La definición del rango normativo e institucional de las leyes de competencia y la determinación de los límites y condiciones para la intervención estatal, son de las funciones más importantes que tienen las agencias de competencia de la región, en cuyos países los mercados se desarrollaron aislados de la competencia.

Atendiendo este objetivo, las leyes sobre competencia de la región otorgan poderes a las agencias para la defensa de los mecanismos del mercado cuando se produce un conflicto con leyes o regulaciones contrarias a sus objetivos, particularmente, cuando estas generan obstáculos a la entrada de los parti-

---

(47) Para un análisis detallado del alcance y objetivos de la abogacía de la competencia, ver, CUIRIEL, Claudia. *Diseño de un Modelo de Abogacía de la Competencia en el Contexto de la Implantación de las Políticas de Competencia en Latinoamérica*. Trabajo preparado para la Unidad sobre Prácticas Comerciales Restrictivas de la UNCTAD (1996) y RODRÍGUEZ, A.E. & WILLIAMS, M.D. The Effectiveness of Proposed Antitrust Programs for Developing Countries. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*. 1994.

cipantes. Así, las leyes de Brasil, Chile, Costa Rica, México, Panamá y Perú otorgan capacidad a sus agencias para emitir opiniones sobre la modificación o derogatoria de regulaciones existentes y sobre proyectos en discusión, al igual que sobre políticas que pudieran afectar o resultar perjudiciales a la competencia. En Venezuela esta competencia ha sido desarrollada *de facto*, entendida como una función esencial para la implementación efectiva de la ley.

Ejemplos de regulaciones con implicaciones sobre la competencia donde las agencias de la región han participado se encuentran en normas relativas al otorgamiento de concesiones, las inversiones extranjeras, el control ambiental, la convertibilidad monetaria, el crédito bancario, la protección al consumidor, la regulación de servicios públicos, el control de precios y la autorización de determinadas actividades económicas

### 3.2.2 Privatización

Los procesos de restructuración y privatización de empresas y servicios públicos son parte fundamental de la política de competencia en la medida en que intentan introducir estos sectores en la dinámica del mercado. No obstante, estos procesos no tienen como su objeto central la competencia, sino el traspaso de propiedades o derechos del Estado a los individuos.

En este contexto, otra de las importantes tareas de las agencias de competencia tiene relación con la prevención de nuevas formas de concentración económica y abusos de posiciones dominantes o monopolísticas a consecuencia de estos procesos.

Algunas agencias de la región, como es el caso de la brasileña, la chilena y la venezolana, tienen poderes para evaluar los efectos que un particular esquema de privatización o la fusión o adquisición de la entidad ofertada por parte de un determinado agente económico pudiera tener sobre la competencia. En estos casos, las agencias tienen capacidad de emitir opiniones, en oportunidades vinculantes para los entes encargados de la privatización, respecto de los marcos regulatorios propuestos para las privatizaciones, al igual que sobre el grado de concentración económica y el poder de mercado que potencialmente alcanzarían las empresas adquirientes.

Así mismo, las agencias tienen capacidad para sugerir las condiciones conforme a las cuales la empresa privatizada podría operar. La agencia, por ejemplo, podría opinar sobre las condiciones de un contrato de concesión para la prestación de un servicio público privatizado. Del mismo modo la agencia podría condicionar los contratos de venta o distribución de los bienes o servicios comercializados por la empresa privatizada.

### 3.2.3 Educación y difusión de la cultura de la competencia

La última de las funciones asociadas con la promoción de la competencia es aquella relacionada con la difusión de las virtudes de la competencia para la sociedad<sup>48</sup>.

Esta tarea, ciertamente la menos requerida de regulaciones positivas, es la que demanda mayores liderazgos y esfuerzos a las agencias, toda vez que se trata de informar y persuadir a la sociedad sobre el cambio de valores en torno a una nueva manera de entender la participación del Estado, las empresas y los consumidores en la economía. Igualmente, se trata de divulgar las motivaciones y prioridades de las agencias respecto de la aplicación de las leyes.

En esta función pedagógica, particularmente en países con asentados patrones de concertación y alta concentración económica de sus mercados promovidos por políticas estatales proteccionistas, las agencias de competencia de la región han hecho un excelente trabajo en esta área, la cual ha recibido un importante soporte en sus respectivos países.

Entre las actividades que registran las agencias de la región en esta área se encuentran: la participación en talleres, seminarios y conferencias; la formación de personal de entidades públicas como es el caso de jueces, oficiales de agencias de comercio internacional, inversiones extranjeras, protección al consumidor, parlamentarios, estados y municipalidades; la formación de personal en organizaciones no gubernamentales, asociaciones de consumidores y de comerciantes y de medios de comunicación; y finalmente, la introducción de los temas de competencia en la currícula académica de las universidades.

En México, Chile, Perú y Venezuela, siguiendo el formato y propósitos de los países de la OECD, se publican *Informes Anuales* donde se describen las actividades de implantación y ejecución de las leyes, así como nuevos desarrollos de interés en materia de competencia. Las agencias de Colombia, Costa Rica y Brasil están próximas a publicar informes de similar naturaleza.

Finalmente, en el marco del *Grupo de Trabajo sobre Políticas de Competencia del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)*, los países de la región han convenido en publicar un informe sobre política de competencia, donde se recogerán en un solo volumen la actividad y desarrollos de los países en la materia. Estos informes, disponibles para el público, son de extrema utilidad, toda vez que en lenguaje no técnico se explicaran los casos y autorizacio-

---

(48) JATAR, *op. cit.* (Explicando el cambio que para las sociedades de la región significa la introducción de la competencia y el rol de las agencias de competencia en esta área).

nes procesados, las prioridades y las tendencias hacia donde se orientan la actividad de las agencias y de los países en vías de adoptar este tipo de leyes..

## 4. Administración de las leyes sobre competencia

### 4.1 Órganos

En general, las leyes de la región son aplicadas por órganos administrativos colegiados en la forma de *Comisiones*, como sucede en Argentina, Brasil, Costa Rica, Chile<sup>49</sup>, Jamaica, México, Panamá y Perú<sup>50</sup> o unipersonales en la forma de *Superintendencias* en el caso de Colombia y Venezuela.

Estos órganos se caracterizan por su autonomía técnica y funcional del gobierno central de sus países. El control de estas agencias por parte de otros órganos está limitado a asuntos de naturaleza presupuestaria, a la revisión de su informe anual de actividades y a la revisión judicial propia de todo ente público de cualquiera de sus actuaciones. Consecuentemente, la autonomía de estas agencias con respecto a la determinación de violaciones, la imposición de medidas, sanciones y otras formas de ejecución de sus decisiones esta garantizada en todas las leyes.

En Argentina, Colombia, Brasil, Chile y Perú existen una serie de órganos administrativos adicionales a las agencias de competencia encargados de la ejecución de las leyes. Es el caso de la Secretaría de Comercio de Argentina, la Delegatura para la Promoción de la Competencia de Colombia, la Secretaría

---

(49) El sistema chileno de aplicación está compuesto por tres órganos administrativos:

i) La Comisión Resolutiva es el máximo órgano encargado de conducir investigaciones, declarar la ilegalidad de las prácticas anticompetitivas, imponer multas y ordenar la apertura de procedimientos penales;

ii) Las Comisiones Preventivas (Central y Regionales) son órganos encargados de informar, resolver consultas, proponer soluciones para situaciones contrarias a la ley y solicitar a la fiscalía la investigación de prácticas anticompetitivas; y

iii) La Fiscalía Nacional Económica es un órgano autónomo adscrito al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción encargado de instruir las investigaciones, asesorar a las Comisiones Resolutivas y Preventivas y representar el interés público económico ante los órganos jurisdiccionales.

(50) El sistema peruano es administrado por el Instituto para la Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual — INDECOPI. El Indecopi aplica la ley de competencia a través de dos órganos:

i) la Comisión de Libre Competencia, la cual dispone de una Secretaría Técnica encargada de opinar y realizar las investigaciones relativas a las infracciones a la ley; y

ii) el Tribunal de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, el cual actúa como órgano de apelación contra las decisiones dictadas por la Comisión.

de Derecho Económico de Brasil, la Fiscalía Nacional Económica de Chile y el Tribunal de la Competencia de Perú.

Las comisiones están compuestas generalmente por un presidente y varios comisionados, integrados por abogados y economistas, usualmente designados por el presidente del país. El período de funciones varía, teniéndose períodos indefinidos en Perú; de cuatro (4) años en Argentina, Costa Rica y Venezuela (en el caso del Superintendente); siete (7) años en Jamaica y diez (10) años en el caso de México, ello sin perjuicio de la posibilidad de renovación de las designaciones por períodos adicionales. Las comisiones, al igual que las superintendencias, son asistidas técnicamente por departamentos con personal especializado en derecho y economía de la competencia.

En términos de asignaciones presupuestarias y adscripción administrativa, las agencias de competencia son dependientes de una Secretaría o un Ministerio, generalmente el de Economía o el de Industria y Comercio.

## 4.2 Poderes

En términos generales, los órganos de aplicación tienen como función velar por el cumplimiento de las disposiciones relativas a la competencia, investigar y resolver casos de conductas prohibidas por las leyes y pronunciarse sobre fusiones, adquisiciones e integración y constitución de empresas conjuntas y autorizar las mismas. Para estas funciones, los órganos de aplicación tienen amplias facultades para dictar medidas preventivas, requerir testimonios, documentos o información relevante de los particulares y entes públicos.

El objeto de las agencias es asegurar el cumplimiento de las normas sobre competencia. Para ello las leyes otorgan a las agencias dos poderes para investigar y resolver casos relativos a conductas y prácticas prohibidas:

- I – poderes administrativos cuasi-jurisdiccional, y
- II – poderes normativos.

Los *poderes cuasi-jurisdiccionales* son los más importantes en lo que refiere a la aplicación de las leyes. En el ejercicio de estas funciones, las agencias son competentes para dictar medidas preventivas, solicitar documentos, información y testimonios relativos a empresas y personas relacionadas con las actividades en cuestión, realizar investigaciones sobre prácticas anticompetitivas y evaluar y autorizar concentraciones económicas. Para hacer efectivos sus poderes las agencias tienen capacidad de ordenar a una parte la cesación de una conducta, disolver una concentración e imponer las sanciones establecidas en la ley.

En el ejercicio de estos poderes, algunas agencias tienen capacidad de dictar recomendaciones a las empresas cuando se verifica la existencia de prácticas restrictivas de la competencia. Estas recomendaciones, suerte de soluciones negociadas, no inculpativas, ni obligatorias, tienen por objeto comprometer a los agentes envueltos a cesar las prácticas y a procurar comportamientos competitivos. De no llegarse a un acuerdo, la agencia entonces continúa la sustanciación del caso hasta alcanzar una decisión final. Este mecanismo ha sido de particular utilidad en Brasil, Colombia, Chile y Venezuela, cuyas agencias han logrado resolver por este medio muchas de las investigaciones que han iniciado, sin haber incurrido en los costos de la aplicación de la ley.

*Los poderes normativos* incluyen competencias para proponer reglamentos y resoluciones, por ejemplo, respecto de fusiones, otorgamiento de excepciones, procedimientos para la sustanciación de las investigaciones y la organización interna de las agencias. Como se mencionó en el aparte anterior, algunas agencias como las de México, Brasil, Panamá, Chile y Costa Rica tienen competencias expresas para opinar sobre proyectos de regulaciones emanadas de otras instancias públicas que tengan impacto en el régimen general sobre competencia.

### **4.3 Procedimientos**

En todos los países, los procedimientos para conducir investigaciones y resolver casos de conductas prohibidas o las autorizaciones de concentraciones o de excepciones son de naturaleza administrativa (sumarios o sustanciaciones administrativas). Las leyes no presentan en este particular mayores diferencias, estando contempladas secciones especiales respecto de las instancias, modalidades, pruebas, sanciones y plazos para la resolución de los procedimientos.

Supletoriamente, las agencias utilizan las leyes de procedimiento administrativo, para los asuntos donde no existan regulaciones precisas.

En síntesis, las investigaciones son iniciadas por iniciativa de las agencias o de las partes interesadas. Usualmente las investigaciones son iniciadas por las agencias, las cuales son competentes para requerir y examinar cualquier tipo de documento y otros medios de prueba relativos a la investigación. Si existen indicios suficientes, la agencia puede iniciar un procedimiento, para lo cual notifica a las partes involucradas, a los efectos del ejercicio de su defensa.

Los procedimientos son desarrollados por los departamentos internos de investigación o sustanciación de las agencias. Estos departamentos actúan con independencia de las comisiones o del superintendente, según el caso, aún cuando el personal es designado por el jefe de la agencia, siendo en la mayoría de los países, de libre remoción.

Las agencias deciden, colegiadamente en el caso de las comisiones o unipersonalmente en el caso de las superintendencias, sobre la base de un proyecto elaborado por los órganos internos de sustanciación, el expediente del caso y los argumentos presentados por los afectados por la investigación. Del mismo modo, las agencias tienen competencia para dictar medidas cautelares temporales, a los efectos de garantizar la restitución de las condiciones originales del mercado o evitar daños irreparables, si la práctica o acuerdo continúa.

Cuando el procedimiento concluye, la agencia dicta una decisión ordenando a la parte investigada a continuar o detener la práctica u operación en cuestión. Si la agencia encuentra que la práctica investigada es contraria a la ley puede imponer sanciones, solicitar la imposición de penas, dejando a la parte afectada con el derecho a solicitar resarcimiento por daños y perjuicios.

#### **4.4 Consecuencias de la violación a las leyes sobre competencia**

Las leyes de la región guardan similitudes respecto de las consecuencias por la violación de las leyes sobre competencia. En todos los países, dicha violación produce tres efectos:

I – la nulidad del acto o negocio jurídico;

II – la imposición de sanciones pecuniarias; y

III – la responsabilidad civil por daños y perjuicios. En Argentina, Chile y Jamaica, la violación de determinadas disposiciones acarrea además un tercer efecto que es la imposición de sanciones criminales.

Por la naturaleza jurídica de las prohibiciones, la principal consecuencia, reconocida por todas las leyes de la región, de la declaratoria de una práctica como violatoria de la ley, es la *nulidad del acto o negocio jurídico*. Por tanto, cualquier obligación que se pudiera derivar de este tipo de acuerdos no surtiría efectos legales y consecuentemente las partes de la relación podrían desconocerla, ni demandar derechos de ella.

Todas las leyes de la región autorizan a los órganos de aplicación la imposición de *sanciones administrativas* en la forma de multas a aquéllos que incurran en prácticas prohibidas. Las cuantías varían dependiendo del tipo de infracción, el grado de restricción de la competencia y los efectos que produzcan en el mercado afectado. En la determinación del monto, las leyes otorgan una flexible discreción a las agencias para fijarlos en razón de los ingresos de la empresa infractora como sucede en Venezuela o con base a montos indexados en función del salario mínimo como sucede en Costa Rica, Brasil, Perú y México.

En todos los países se reconoce el derecho a todo interesado afectado por una práctica anticompetitiva de obtener *resarcimiento por los daños y perjuicios* causados como consecuencia de tal acción. Este resarcimiento debe ser solicitado por el interesado afectado ante la jurisdicción civil ordinaria mediante una acción independiente, una vez que el órgano de aplicación haya determinado la existencia de la práctica anticompetitiva, con independencia del tipo de sanción impuesta.

Finalmente, como se señaló, en Argentina, Chile y Jamaica, además de la imposición de multas, se autoriza la *imposición de penas de prisión* para quienes incurran en violación de ciertas conductas prohibidas. En estos países la determinación y aplicación de tales sanciones corresponde a las cortes y tribunales de justicia, a solicitud de las agencias de competencia en función de la gravedad de la violación. Entre las prácticas prohibidas sancionadas penalmente se encuentran básicamente aquellas conductas consideradas violatorias de la competencia per se, i.e., fijación de precios, limitaciones a la producción, acuerdos atados y división de mercados.

#### **4.5 Revisión judicial**

En todos los países las decisiones de las agencias están sujetas al régimen de *control de la legalidad de los actos administrativos*. Esto supone la revisión de las decisiones de las agencias por órganos judiciales especializados en materia de actos de la administración pública conforme a un régimen procesal especial denominado contencioso-administrativo.

Bajo este régimen, las decisiones de las agencias son tratadas como cualquier otro acto de la administración pública. Consecuentemente, los afectados por estas decisiones tienen derecho a recurrirlas alegando cualquiera de los vicios de nulidad que pudieran afectar la validez de un acto administrativo e inclusive solicitar el resarcimiento de daños en caso que una decisión, viciada de nulidad por ilegal, causare un perjuicio.

Siendo que las agencias de competencia están sometidas a una serie de principios derivados del régimen de constitucionalidad y legalidad administrativa, los afectados tienen derecho a exigir el respeto de las garantías al debido proceso, i.e., motivación, competencia de los funcionarios, desviación de poder, derecho a la defensa. La violación de estos principios, dependiendo de la norma aplicable, puede dar lugar a la interposición de los recursos de nulidad, cuando la violación afecta una disposición constitucional o la ley de sobre competencia, o recurso de amparo, cuando la violación afecta un derecho constitucional.

Desde el punto de vista procesal, las condiciones de admisibilidad para la revisión de las decisiones por los órganos judiciales depende de cada país. En Costa Rica, Colombia y México los afectados deben agotar un procedimiento de revisión administrativa bien por ante la propia agencia de competencia que determinó la violación a la ley ("recurso de reconsideración") o por ante el órgano jerárquico ("recurso jerárquico o de revisión") como es la Secretaría o el Ministerio de Industria y Comercio. En Perú, novedosamente, existe un tribunal administrativo especializado para revisar los actos dictados por la Comisión de Competencia.

Si los organos administrativos de revisión confirman las decisiones de las agencias, entonces los afectados quedan libres para solicitar la revisión judicial. En Brasil, Chile y Venezuela las decisiones de las agencias son definitivas y agotan cualquier instancia de revisión administrativa. En consecuencia, los afectados quedan libres para recurrir las decisiones directamente ante los tribunales de justicia. Dependiendo de cada sistema judicial, las decisiones de los tribunales respecto de los actos de las agencias pueden ser apelados por ante órganos judiciales superiores, incluyendo la Corte Suprema de Justicia de cada país.

## **5. Obstáculos para la aplicación de las leyes de competencia<sup>51</sup>**

En América Latina, la legislación sobre competencia ha sido implementada tras muy poca discusión sobre su rol y lugar en el ordenamiento jurídico de los países. Esta ausencia de difusión, sumada a la complejidad de los conceptos contenidos en las leyes, han hecho que las agencias de competencia 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 han comenzado a dedicar muchos esfuerzos en batallas legales destinadas a la defensa de los estatutos proteccionistas del pasado. Esto ha hecho que al margen de las leyes de competencia, también continúen vigentes normas de naturaleza proteccionista, al igual que ha impedido la acción interventora en otras instancias de regulación aún con posterioridad a las leyes de competencia.

Estas circunstancias podrían debilitar la aplicación de las leyes de competencia. En los países latinoamericanos, basados en sistemas de derecho europeo-continental, los tribunales son propensos a privilegiar las formas sobre la

---

(51) Esta sección toma aspectos de un trabajo anterior. Ver, TINEO, Luis. Obstáculos para la Aplicación de Leyes de Competencia en América Latina. In: *Competition Policy and the Economic Reform Process in Latin America*. Lima, Peru, el 12-16 de agosto de 1996.

substancia. Por el contrario las agencias de competencia, influenciadas por el análisis económico, tienen un completo entendimiento de los comportamientos de los mercados, son 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 acciones fundamentales de los órganos públicos en la construcción y consolidación de las instituciones de mercado y de la libre competencia se concentrarían en dos aspectos: Por una parte, la determinación del sentido de una ley sobre competencia para la sociedad y el valor de los estándares conforme a las cuales se interpretan los conceptos y se sustancian las investigaciones en esta materia. Por la otra, la armonización de los instrumentos regulatorios del mercado.

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 anglosajón (*common law*), 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 respecto 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.

En la aplicación de las leyes de competencia, la experiencia comparada muestra que ciertamente 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.

Por ejemplo, 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 práctica 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 concertación de voluntades entre competidores conlleva un inequívoco ánimo de reducir la producción y aumento de los precios. De esta manera, la administración de estas prohibiciones se reduce a la verificación de la concertación, evitando consecuentemente las complejas discusiones que la teoría de la eficiencia económica pudiera generar.

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 prácticas 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 más complejos toda vez que los conceptos envueltos son susceptibles de diversas interpretaciones. En el uso de la *regla de la razón (Rule of Reason)*, el órgano de competencia asume importantes potestades autorizatorias sobre actividades que o no han sucedido o están en pleno desarrollo.

Otro importante elemento es el rol del poder judicial en la legitimación del uso del análisis económico para aplicar las leyes de competencia. En materia de competencia la aplicación de dichas normas corresponde al órgano administrativo, el cual actúa como un cuasi-juez, con independencia y especialización. Esta capacidad le permite 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 en la mayoría de los países de América Latina 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.

El sistema judicial tiene que prepararse en los términos básicos del análisis económico para poder determinar el propósito y el efecto que una práctica pudiera tener, así como si la misma es susceptible de ser prohibida o permitida. El problema para el análisis del derecho de la competencia es cómo analizar la información económica de una forma suficientemente general como para que sea, a la vez, práctica y suficientemente precisa como para justificar una intervención. Los análisis jurídicos no incorporan el análisis económico como herramienta de interpretación, 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 prácticas.

Aún cuando existe una larga controversia sobre si la teoría económica es central para el análisis de la competencia y dentro de esto, cuál de las distintas teorías sobre el mercado es la más convincente, cierto es que el análisis económico tiene importantes implicaciones sobre la forma conforme a la cual se decide un caso en materia de competencia, las cuales deben considerarse.

## 6. Conclusiones

En la introducción de las leyes sobre competencia en países en transición, numerosos expertos en la materia han sugerido una serie de formulas jurídicas e instituciones para asegurar el éxito de su implantación y aplicación. Si se comparan estas sugerencias con lo que se aprecia en las leyes vigentes sobre competencia en América Latina, debe decirse que el balance es positivo.

Del lado de las fortalezas, las leyes de los países adoptaron mayoritariamente la orientación reglamentaria del modelo europeo, la cual se adapta perfectamente al sistema de derecho administrativo de todos los países de la región, el cual exige la tipificación detallada del tipo de prácticas violatorias de la competencia. Respecto del ámbito de aplicación, las leyes, con excepción de los servicios públicos y un número menor de monopolios estatales y sectores sensibles, se aplican a todas las áreas y agentes económicos. Igualmente, se aprecia la convergencia en torno a los conceptos de eficiencia económica y bienestar de los consumidores como objetivos de las leyes. Finalmente, las leyes claramente estructuran las prohibiciones conforme a tres tipos: las conductas concertadas, las concentraciones económicas y los abusos de posición de dominio.

Institucionalmente, las leyes de la región, sin excepción, son aplicadas por órganos independientes de los poderes políticos y grupos de presión, dotados de personal especializado en materia de competencia. Para facilitar la transición de economías intervenidas a unas de mercado, las leyes de la región dan poderes a las agencias para promover la armonización de los instrumentos regulatorios del mercado y defender la competencia cuando este se vea amenazada por políticas económicas contrarias a su dinámica. Sumado a ello, las leyes sobre competencia garantizan completo acceso a los afectados a los órganos administrativos y judiciales para la revisión de la legalidad de las decisiones y el resarcimiento de los daños y perjuicios que bien las propias agencias o los agraviantes de las leyes pudieran causar.

Del lado de las debilidades, algunas leyes adolecen de precisión respecto de la distinción entre las conductas prohibidas *per se* de aquellas conductas cuya prohibición esta sujeta a la regla de la razón o de valoración de eficiencias y ventajas económicas. Asimismo, algunas leyes adolecen de una definición precisa de los parámetros para la evaluación de las concentraciones económicas.

En el supuesto de las conductas prohibidas, las diferencias entre los países se encuentra en la rigidez o en la flexibilidad que la ley ofrece a las agencias para su aplicación. En aquellos países cuya ley es demasiado rígida, la presunción de ilegalidad de las prohibiciones no admite la evaluación de las eficiencias de determinadas prácticas, lo cual restringiría innecesariamente el flujo de negocios. Lo contrario sucede en aquellos países cuya ley es demasiado flexible, toda vez que la ilegalidad de las prácticas pasa por la determinación de sus perjuicios a la competencia, lo cual es costoso y genera incertidumbre por el grado de discrecionalidad envuelto.

En el supuesto de las concentraciones económicas, el desarrollo legislativo en la región presenta notables diferencias entre aquellos países que han adoptado regulaciones al respecto, de aquellos que no. El primer grupo de países regulan las concentraciones económicas como medio de prevención eventuales reducciones de la competencia. En estos países, la definición de parámetros claros para su evaluación permite reducir las incertidumbres asociadas con la discrecionalidad de todo proceso autorizatorio. El segundo grupo de países regulan las concentraciones económicas en la medida en que las mismas abusen de su posición de dominio. En estos países, la definición de parámetros relativos a la determinación del poder del mercado igualmente reduce las incertidumbres respecto de futuros comportamientos de las empresas resultantes de las fusiones.

Estas debilidades han venido siendo observadas por las agencias y en la mayoría de los países se están elaborando regulaciones e instructivos dirigidos a precisar las ambigüedades o confusiones de las leyes, a los efectos de ofrecer mayor seguridad jurídica a los participantes en la actividad económica. Adicionalmente al fortalecimiento regulatorio, un aspecto a remarcar de la mayoría de las agencias es la jurisprudencia que han venido construyendo a partir de las leyes. Esta jurisprudencia, cuidadosamente desarrollada, ha empezado a darle forma a complejos conceptos técnicos cuya cabida era difícil de imaginar hace unos pocos años, haciendo que los desarrollos en materia de competencia puedan comenzarse a medir no en términos de la estructura de las leyes, sino en función de la jurisprudencia sentada.

Como conclusión se puede decir que la política de competencia en América Latina todavía está en su temprana edad. El proceso regulatorio de la competencia todavía requiere de ajustes no sólo para hacerlo consistente con los objetivos de la competencia, sino para adaptarlo al resto del entorno jurídico en el cual se desenvuelven. Igualmente, en esta etapa se requiere la difusión de estas leyes entre los agentes económicos, particularmente para facilitar el cambio de hábitos del pasado y adaptarlos a la nueva forma de entender las relaciones entre el Estado y los individuos que la competencia promueve en una economía de mercado.