

Exámenes inter-pares de la política y del derecho de la competencia en América Latina:

Un seguimiento

ARGENTINA, BRASIL, CHILE, MÉXICO, PERÚ



ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS

De acuerdo con el Artículo 1 de la Convención firmada en París el 14 de diciembre de 1960 y que entró en vigor el 30 de septiembre de 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) fomentará las políticas diseñadas para:

- alcanzar los niveles de crecimiento económico y empleo sostenibles más altos y un nivel de vida creciente para sus países miembros, manteniendo al mismo tiempo la estabilidad financiera, contribuyendo así al desarrollo de la economía mundial;
- contribuir a una sana expansión en los países miembros y no miembros en el proceso del desarrollo económico; y
- contribuir a la expansión del comercio mundial de forma multilateral, no discriminadora y de acuerdo con las obligaciones internacionales.

Los países miembros originales de la OCDE son Alemania, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, los Países Bajos, Portugal, el Reino Unido, Suecia, Suiza y Turquía. Los siguientes países se adhirieron posteriormente en las fechas que se indican: Japón (28 de abril de 1964), Finlandia (28 de enero de 1969), Australia (7 de junio de 1971), Nueva Zelanda (29 de mayo de 1973), México (18 de mayo de 1994), la República Checa (21 de diciembre de 1995), Hungría (7 de mayo de 1996), Polonia (22 de noviembre de 1996), Corea (12 de diciembre de 1996) y la República Eslovaca (14 de diciembre de 2000). La Comisión de las Comunidades Europeas participa en el trabajo de la OCDE (Artículo 13 de la Convención de la OCDE).

© OECD / IDB 2007

Los permisos para reproducir partes de este trabajo para fines no comerciales o de utilización en el salón de clases deben obtenerse por medio del Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 París, Francia, Tel. (33-1) 44 07 47 70, Fax (33-1) 46 34 67 19, para todos los países excepto Estados Unidos. En Estados Unidos los permisos deben obtenerse por medio del Copyright Clearance Center, Customer Service, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, o CCC Online: <http://www.copyright.com/>. Todas las demás solicitudes de permiso para reproducir o traducir todo o parte de este libro deberán dirigirse a OECD Publications, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, Francia.

Prefacio

La OCDE ha estado promocionando de manera activa la política de la competencia en los países de Latinoamérica y del Caribe y ha entablado un partenariado con el Banco Interamericano de Desarrollo para favorecer esta meta. El principal atributo de este partenariado ha sido el Foro Latinoamericano anual de la Competencia, en el cual funcionarios de alto rango de los países de la región discuten alrededor de mesas redondas cuestiones de política de competencia de su interés. En cada uno de los cuatro primeros foros se presentó una examinación inter-pares de un país de la región.

El “examen inter-pares” es un elemento central en el trabajo de la OCDE. Los mecanismos de tal examen varían pero están fundados siempre en la voluntad del país de someter sus leyes y políticas a un cuestionamiento substancial por otros miembros de la comunidad internacional. Este proceso provee valiosas perspectivas al país que es examinado y promociona la transparencia y el entendimiento mutuo para el beneficio de todos.

Hay un consenso emergente sobre las mejores prácticas en la aplicación del derecho de la competencia y en la aplicación de los principios de la política de la competencia en sistemas regulatorios. Los países ahora cooperan regularmente en áreas tales como la aplicación de la política anti-cartel y las concentraciones internacionales. Los exámenes inter-pares forman una parte importante de este proceso.

La OCDE y el BID tienen la satisfacción de haber participado en este partenariado para la promoción de la política de la competencia en Latinoamérica y en el Caribe. Esta labor es coherente con las políticas y las metas de las dos organizaciones. Una política de la competencia sólida promocionará crecimiento económico y prosperidad, trayendo beneficios a los consumidores de la región y mejorando sustancialmente el clima de negocios.

En este volumen consta el trabajo de seguimiento a los cuatro informes del examen inter-pares en Latinoamérica que han sido producidos hasta ahora en el contexto del Foro Latinoamericano de Competencia, al igual que el examen inter-pares de México llevado a cabo en el Comité de

Competencia de la OCDE. Este trabajo evalúa el impacto que los exámenes inter-pares han tenido sobre la política de competencia y sobre las agencias de competencia en los países en cuestión. Se ha incluido también un resumen de la discusión llevada a cabo durante la reunión del Foro Latinoamericano de la Competencia del 2007.

Las dos organizaciones quisieran agradecer a los gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, México y Perú por la cooperación de sus respectivos funcionarios en este proceso.



Bernard J. Phillips
Jefe de la División de Competencia
OCDE



Carlos M. Jarque
Representante en Europa
BID

Índice

EXÁMENES INTER-PARES DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA: UN SEGUIMIENTO*	
Nota de la Secretaría	7
Estructura e independencia del organismo de defensa de la competencia.....	9
Presupuesto y recursos	9
Carteles	10
Concentraciones	10
Directrices	11
Tramitación de casos	11
Recursos judiciales	12
Competencia y regulación	13
Promoción de la competencia y una cultura de la libre competencia	14
Chile (2003)	15
Perú (2004)	22
México (2004)	31
Brasil (2005)	39
Argentina (2006)	48
<i>Apéndice:</i> Cuestionario	57
RESUMEN DE LA DISCUSIÓN	59
Estructura e independencia de la agencia de competencia	60
Aplicación de la política anti-cartel	62
Concentraciones	62
Tramitación de casos	66
Presupuesto y recursos de la agencia.....	67
El uso de la ciencia económica por las agencias de competencia.....	68

* Los exámenes inter-pares en los cuales este estudio está basado, pueden ser encontrados en la publicación *Derecho y política de la competencia en América Latina: Exámenes inter-pares en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú* que se puede encontrar en www.oecd.org/bookshop?9789264012202

EXÁMENES INTER-PARES DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA: UN SEGUIMIENTO

Nota de la Secretaria *

A principios de 2003 el Banco Interamericano de Desarrollo y la OCDE colaboraron en una serie de exámenes inter-pares sobre la política de competencia de Latinoamérica. Se estudiaron cinco países, cuatro del Foro Latinoamericano de Competencia y uno del Comité de Competencia de la OCDE: Chile – 2003, Perú – 2004, México – 2004, Brasil – 2005 y Argentina – 2006.

Para el Foro Latinoamericano en su reunión de 2007 se decidió realizar un seguimiento de estos exámenes para intentar valorar el impacto que tuvieron en la política de competencia y en los organismos de defensa de la competencia de dichos países. Con este fin, se enviaron a cada uno de los cinco países, unos pequeños cuestionarios. Se adjunta como apéndice de este documento un cuestionario genérico (del que se diferenciaban muy poco). Los cuestionarios indicaban las recomendaciones que cada uno de los exámenes realizaba y pedía a los encargados de contestar el cuestionario que indicasen si se habían puesto en práctica y hasta qué punto, y, en caso de que existiese un plan de aplicación, que describiesen las fases previstas. Existían además otras preguntas relacionadas con comentarios generales sobre las consecuencias de los exámenes inter-pares. Las respuestas completas se presentan en un documento aparte.

Este documento es un resumen de sus respuestas. En la primera parte se esbozan algunas conclusiones generales a todas ellas. En los siguientes apartados aparece un resumen por separado de la respuesta de cada país. La estructura de cada uno de los apartados es la misma: se describe una recomendación o un conjunto de recomendaciones del examen inter-pares, a la que sigue la contestación que dio dicho país a esa recomendación.

* Este ensayo fue escrito por el señor John Clark para el secretariado de la OCDE.

Existen varios temas comunes en los cinco exámenes inter-pares, de los que se habla por separado más adelante. En primer lugar, se dan dos comentarios generales. Los cinco países respondieron con alabanzas al proceso de elaboración de los exámenes inter-pares, así como a los informes que se emitieron. Estos informes se utilizaron de diversas maneras: internamente, en el seno del organismo de defensa de la competencia, sirvieron de guía de buenas prácticas, de apoyo a las reformas necesarias con las que se exigían actuaciones externas a dicho organismo, como la modificación de la legislación o el aumento de las partidas presupuestarias, y, en general como promoción de la competencia, al aparecer el informe en la página web del organismo de defensa de la competencia o incluyéndolos en sus informes de prensa.

En segundo lugar, las recomendaciones de los exámenes se podrían clasificar en dos categorías: las que exigen que se modifique la legislación y las que se podrían poner en práctica de forma unilateral por parte del organismo de defensa de la competencia. Evidentemente, estas últimas son más fáciles de llevar a cabo y, en la mayoría de los casos, ya estaban en práctica en parte.

En lo que se refiere a las que exigían modificaciones de la legislación, el éxito fue más o menos variable. En México, dos años después del examen inter-pares, se hicieron modificaciones radicales de la Ley de defensa de la competencia de 2006. Dicha evaluación influyó significativamente en la estructuración de la legislación y, en consecuencia, ese país obtuvo logros importantes en lo que se refiere a la aplicación de las recomendaciones del examen. En Chile, se promulgaron nuevas leyes aproximadamente de manera simultánea a la aparición del examen inter-pares, lo que originó que el informe de la evolución exigiese pocos cambios legislativos (sin embargo, dicho informe del examen resultó de utilidad para algunas de las disposiciones de la nueva ley). Por otra parte, en Argentina y Brasil, en el momento de emitirse el examen inter-pares, estaban pendientes nuevas leyes, pero aún no se han promulgado. En consecuencia, muchas de las recomendaciones de sus respectivos exámenes aún no se han puesto en práctica, aunque se están haciendo tremendos esfuerzos para promulgar la legislación necesaria. En cualquier caso, al igual que ocurrió en México y Chile, los exámenes inter-pares de Brasil y Argentina colaboraron en la estructuración de las propuestas legislativas. En Perú fracasó una de las iniciativas legislativas que recomendaba el informe del examen inter-pares, cuya finalidad era la de controlar las concentraciones.

Estructura e independencia del organismo de defensa de la competencia

La independencia de este organismo, un objetivo deseable, resulta difícil de conseguir debido, en parte, a su propia estructura. Un organismo que se crea como ente separado, no como parte de un ministerio, cuyo presupuesto dependa del poder legislativo y no de un ministerio, es intrínsecamente más independiente que si estuviese más integrado en el gobierno. Entre otros factores estructurales que promueven la independencia podemos destacar: mandatos más largos de los comisionados y de los altos cargos, la exigencia de que estos altos cargos estén cualificados profesionalmente para el desempeño de sus funciones, la exigencia de que los nombramientos realizados por el gobierno sean aprobados por la asamblea legislativa o por una comisión independiente de evaluación o un cuadro estable y permanente de profesionales que trabajen en el organismo. Sin embargo, estos atributos estructurales, por sí solos, no pueden garantizar la independencia, que sí puede conseguir un gobierno centrado en influir en el organismo de defensa de la competencia para lograrlo.

El tema de la independencia apareció en la mayoría de los informes de los exámenes inter-pares. En Argentina y en Brasil existen determinados impedimentos estructurales a la independencia de sus respectivos organismos de defensa de la competencia, como se puede leer en los artículos siguientes relativos a estos países. La solución de estos problemas pasa por modificar la legislación que, como ya se ha comentado, aún no ha sido promulgada. El informe sobre México además recomendaba dos cambios estructurales para incrementar la independencia del organismo, pero estas recomendaciones no se han puesto en práctica, a diferencia de lo que ocurrió con la mayoría de las que figuraban en dicho informe. El organismo peruano, por otra parte, cuenta con una gran independencia estructural, pero el informe sobre ese país reflejaba la preocupación por establecer si dicho organismo era realmente independiente. En la respuesta que dio Perú en el cuestionario impugnaba esos resultados.

Presupuesto y recursos

Este apartado constituyó un problema para cada uno de los cinco países, aunque para unos fue más acuciante que para otros. En cada uno de los informes de los exámenes se recomendaba un aumento de las partidas presupuestarias destinadas al organismo de defensa de la competencia y dichos aumentos, en algunos casos sustanciales, se dieron durante los años siguientes al informe, aunque hubo una excepción. Parece ser que este es un problema al que se le puede dar solución con el informe del examen inter-pares. Los países han asegurado que dicho informe, respaldado por dos

organismos internacionales de prestigio, resultó muy útil para convencer a las respectivas asambleas legislativas o ministerios responsables para que incrementasen las partidas presupuestarias.

Carteles

Este tema también apareció en todos los informes. Durante varios años la OCDE ha hecho hincapié en que combatir los carteles más activos debería ser la principal prioridad de un organismo de defensa de la competencia. No es de extrañar que los evaluadores de la OCDE considerasen que los esfuerzos para combatir los carteles no diesen la talla de una manera o de otra en ninguno de los cinco países, al mismo tiempo que reconocían la dificultad de elaborar un programa estricto de combate de los carteles. Por lo general, los informes han destacado que se han llevado a cabo pocas investigaciones a carteles y aún menos se ha actuado eficazmente contra ellos, que los programas de clemencia o no existían o resultaban inútiles, y que las multas y demás sanciones que se habían impuesto en los pocos casos contra los que se había actuado no fueron lo suficientemente elevadas para que fuesen disuasorias ante posibles intentos futuros de dicha actividad ilícita. Las recomendaciones fueron tanto generales –dar mayor prioridad a la actuación contra los carteles o imponer sanciones más severas– como concretas, tales como dotar con las herramientas de investigación necesarias, aclarar la normativa jurídica aplicable a los carteles (esperando que se adopte el principio de ilegalidad intrínseca o su equivalente) o realizar los cambios necesarios para que los programas de clemencia resulten más eficaces.

Muchas de estas recomendaciones ya se han puesto en práctica y algunas, las que exigían nueva legislación, todavía no, pero ya han sido propuestas. En la mayoría de los casos, aún es demasiado pronto para saber si estos cambios han dado resultados positivos, pero en algunos casos, los países han informado que han aumentado el número de investigaciones que están en marcha contra los carteles.

Concentraciones

Este tema también apareció en todos los informes, aunque de diferente manera, porque en cada uno de los países evaluados varía significativamente la forma en que controlan las concentraciones, si es que lo hacen. La forma que tiene México de controlar las concentraciones hace recordar la que existe en muchos de los países de la OCDE, es decir, cuenta con una disposición concreta de control de las concentraciones en su legislación de

defensa de la competencia, así como un sistema de notificación obligatoria previa a la concentración. En el otro extremo, Perú no cuenta con ningún tipo de control sobre las concentraciones. Chile no cuenta con disposiciones propias en su legislación de defensa de la competencia que establezcan algún control sobre las concentraciones, pero las disposiciones relativas a la conducta que existen en su ordenamiento jurídico son de aplicación en los procesos de concentración. No existe ninguna notificación de concentración obligatoria. Tanto en Argentina como en Brasil, el tema principal es que la notificación es obligatoria, pero no de forma previa, lo que ha introducido ineficacias en sus procesos de examen.

Las recomendaciones de los informes variaron según la situación existente en cada país. Por lo general, tendían a adoptar el modelo descrito antes, en el que existe una disposición concreta de control de las concentraciones en el ordenamiento jurídico, acompañada de una notificación previa a la concentración, empleando normas que concuerdan con las que establece la Red Internacional de Competencia y la OCDE. Esto exige que se modifique la legislación, por supuesto, para la que ha quedado demostrada la dificultad de contar con el apoyo político necesario. Un segundo tema en lo que se refiere a esta recomendación fue el de agilizar y mejorar el proceso de evaluación de las concentraciones, aunque algunos países han declarado avances en este sentido.

Directrices

La mayoría de los informes de los exámenes inter-pares recomendaban que el organismo de defensa de la competencia emitiese o actualizase unas directrices con las que establezca unos criterios y un protocolo de actuación en temas como las concentraciones o los acuerdos horizontales. En casi todos los casos, se han puesto en práctica todas las recomendaciones indicadas.

Tramitación de casos

Una queja recurrente en los informes fue que la investigación de algunos casos sobre conducta, así como su tramitación (acuerdos restrictivos o abuso de la posición dominante) resultaban ineficaces y se extendían en el tiempo. En aquellos países en los que las partes privadas tienen derecho a iniciar las investigaciones en el organismo de defensa de la competencia, resulta inevitable que muchas de las reclamaciones no tengan base jurídica alguna. Si estos procedimientos no se tramitan de manera eficaz, atascarán los expedientes abiertos en el organismo de defensa de la competencia y

mantendrán ocupados muchos de sus escasos recursos. Una respuesta evidente a este problema es la de hacer más eficiente los procedimientos que emplea el organismo de defensa de la competencia para tramitar estas reclamaciones y, sobre todo, capacitar a dicho organismo para que pueda sobreeser, de forma inapelable, aquellos casos que claramente no tengan fundamento jurídico. Por supuesto, estos procedimientos deben concordar con los requisitos ajustados al derecho en cada país, conflicto que puede resultar difícil de solventar.

Un modo eficaz de resolver los casos que sí tienen fundamento jurídico es el del acuerdo – se llega a un acuerdo con la parte demandada sobre las sanciones que se les impondrán, obviando la necesidad del principio formal de contradicción y eliminando los retrasos y riesgos asociados a recursos judiciales. Por lo menos tres de los informes de los exámenes inter-pares incluyeron recomendaciones sobre el aumento de la utilización del acuerdo como método de resolución de estos casos. Este tipo de resolución no es habitual en la mayoría de los países latinoamericanos y aún puede pasar algún tiempo antes de que se extienda la utilización de este recurso.

Recursos judiciales

En algunos de estos países, los informes destacaron problemas importantes relacionados con las revisiones judiciales de algunas de las decisiones adoptadas por el organismo de defensa de la competencia. En ocasiones han transcurrido años hasta llegar a la resolución de los tribunales. Otros problemas relacionados son las leyes que permiten que terceras partes interpongan demandas en las causas abiertas en el organismo de defensa de la competencia o que cuestionen las actuaciones de dicho organismo con pleitos complementarios en los tribunales. Estos litigios pueden hacer desviar una investigación del organismo de defensa de la competencia o provocar largas demoras. En México, el problema de los litigios complementarios es especialmente grave.

Estos problemas son especialmente intratables, puesto que están arraigados en las tradiciones más antiguas y trámites de la administración de justicia, además de que pueden implicar asuntos constitucionales. Una recomendación dada para mitigar estos problemas es crear un tribunal especializado que vea las causas de defensa de la competencia. Este paso exige la modificación de la legislación, por supuesto, que seguramente será difícil de conseguir. Otras de las recomendaciones estaban relacionadas con la mejora de las actuaciones del organismo de defensa de la competencia ante los tribunales, incluyendo una mayor transparencia y un mejor análisis en las decisiones que adopte dicho organismo, la mejora de las relaciones entre los jueces y el organismo de defensa de la competencia o los esfuerzos

que se deben emprender para formar a los jueces en los principios de análisis de la competencia. Estos últimos pasos son fáciles de aplicar, y los países han empezado a hacerlo cuando se les ha indicado.

Competencia y regulación

Este tema recibe la atención de todos los informes de los exámenes inter-pares. Ahora es cuando se comprende que la competencia es posible en cualquier sector, incluyendo aquellos que están sometidos a regulación porque alguna parte de los mismos es un monopolio natural. La legislación de defensa de la competencia debe ser de aplicación en estos sectores, excepto en aquellas áreas no conformes fundamentalmente con el sistema regulatorio, por ejemplo, a la hora de regular el precio de un producto o un servicio suministrado por un monopolio natural. La competencia y la regulación pueden solaparse en otras áreas, por ejemplo en aquellos asuntos que tienen que ver con el acceso. En esta situación, podría haber tensión entre el sector regulador y el organismo de defensa de la competencia, pero este tipo de problemas se pueden minimizar con la interacción habitual entre los dos organismos, quizá formalizada mediante un acuerdo de cooperación. Además de aplicar la legislación de defensa de la competencia en sectores regulados, el organismo de defensa de la competencia puede desempeñar otro papel en esas empresas, el de proporcionar asesoramiento relacionado con temas de defensa de la competencia en aquellos asuntos que son competencia del regulador. En este caso, el organismo de defensa de la competencia debe ser selectivo, aunque con el debido cuidado para implicarse sólo cuando cuente con los recursos y los conocimientos adecuados.

Hubieron variaciones significativas entre los cinco países en lo que se refiere a la implicación del organismo de defensa de la competencia en los sectores regulados. En Chile esa había sido la actividad principal del organismo; había sido mucho menos activo a la hora de abrir expedientes por vulneración de la legislación sobre competencia a aquellas empresas no reguladas, aunque esta situación estaba cambiando. En otros países, el organismo de defensa de la competencia apenas se había involucrado en estos sectores. En algunos países la legislación establecía explícitamente la implicación del organismo de defensa de la competencia en la toma de decisiones regulatorias. En otros, dicho organismo podía participar aunque de forma menos formal. En líneas generales, las recomendaciones de los informes de los exámenes inter-pares instaban a los organismos de defensa de la competencia a participar de manera más activa en la aplicación de la legislación sobre defensa de la competencia en los sectores regulados, si es que no lo estaban haciendo ya, y además a establecer unas relaciones más íntimas con los reguladores del sector. Los organismos de defensa de la

competencia, por lo general, respondieron de manera positiva a estas recomendaciones, sobre todo destacando que estaban interactuando más frecuentemente con los organismos reguladores de los sectores.

Promoción de la competencia y una cultura de la libre competencia

La participación selectiva en la toma de decisiones reglamentarias es una forma de promover la competencia, pero existen muchas otras, entre las que se encuentran: comentarios a la legislación, trabajo con las autoridades regionales y locales para eliminar aquella reglamentación innecesaria que resulta anticompetitiva o que restringe la participación, así como la educación de los distintos elementos que están implicados – consumidores, medios jurídicos, empresariales, trabajadores y educativos – y del público en general sobre los beneficios que pueden suponer contar con mercados verdaderamente competitivos. Esta importante función de los organismos de defensa de la competencia siempre recibe la atención de los exámenes inter-pares. Este fue un punto brillante en todos los exámenes inter-pares de los cinco países latinoamericanos: todos los organismos de defensa de la competencia fueron valorados por contar con programas eficaces y activos de fomento de la competencia. Sin embargo, los informes reflejaban que todavía se podía hacer más, y recomendaban a los organismos que ampliasen sus esfuerzos de fomento de la competencia hasta donde se lo permitiesen sus recursos.

Al mismo tiempo, uno de los resultados presente en la mayoría de los informes fue que la cultura de la competencia – una apreciación del público a favor de la competencia y su apoyo al organismo que la defiende – seguía siendo muy débil. Esta anomalía aparente se podía explicar de dos maneras diferentes por lo menos. En primer lugar, la política de defensa de la competencia sigue siendo relativamente reciente en la mayoría de estos países. Va a llevar su tiempo, además de necesitar de un esfuerzo continuo por parte de los organismos de defensa de la competencia y demás entidades gubernamentales, que la cultura de la competencia llegue a madurar. En segundo lugar, quizá no se le haya prestado la suficiente atención a la importancia que tiene para la cultura de la competencia una aplicación estricta de la legislación sobre competencia. Podría decirse que no existe nada más eficaz en lo que se refiere a generar apoyo a la competencia que emprender acciones penales aplicando de manera estricta la legislación sobre defensa de la competencia en aquellos casos más importantes, sobre todo los relacionados con el establecimiento de carteles. Con dichos ejemplos los consumidores podrían comprobar hasta qué punto se pueden ver perjudicados por comportamientos competitivos o en qué manera se pueden beneficiar con la aplicación de una estricta política de defensa de la competencia.

CHILE

(2003)

Chile fue el primer país en ser evaluado en esta serie. La evaluación tuvo lugar durante el primer Foro Latinoamericano de Competencia que tuvo lugar en abril de 2003. Un aspecto único de esta evaluación es que Chile se encontraba en un proceso de reformas importantes en la legislación de defensa de la competencia en el momento en que se realizó la evaluación. Las enmiendas fueron publicadas en noviembre de ese mismo año. El informe del examen inter-pares no se publicó hasta enero de 2004 e incluía un apéndice en el que se describían los principales cambios que originaban dichas reformas.

El informe calificaba a Chile de “pionero discreto” en lo que se refiere a políticas de defensa de la competencia en Latinoamérica. La primera ley que aprobó sobre la materia fue en 1959, y la segunda, aprobada en 1973, sigue en vigor, aunque con importantes reformas en 2003. En estos 30 años, las políticas económicas de los diferentes gobiernos chilenos – uno militar hasta 1990 y uno civil a partir de esa fecha – se centraron en la liberalización de la economía. Se eliminó el control de los precios y, a finales de los ochenta y principios de los noventa, se privatizaron los monopolios de infraestructuras.

La estructura de la aplicación de la ley de defensa de la competencia, con la legislación de 1973, era excepcional. Estaba compuesta por una autoridad competente, la Fiscalía Nacional Económica (FNE), que dirigía las investigaciones y entablaba demandas, un tribunal especializado en temas de defensa de la competencia, la Comisión Antitrust y varias Comisiones de Prevención, cuya función principal era la de asesorar, aunque tenían algunas competencias (que raras veces ejercían) para instar a la FNE a que investigase y emitiese resoluciones que obligasen a aplicar la ley. La reforma principal que se introdujo en las enmiendas de 2003 fue la de sustituir las diferentes comisiones por un Tribunal de Defensa de la Competencia, independiente y compuesto por cinco miembros.

En sus primeros años de vida, la FNE no fue muy activa. Después fue incrementando su actividad, pero su evolución fue diferente a la de la

mayoría de los organismos de defensa de la competencia existentes en los países en vías de desarrollo. Como los monopolios de infraestructuras de Chile fueron privatizados, la FNE, a través de la Comisión Antitrust, centró sus esfuerzos en estos sectores. Tanto con los expedientes sancionadores como con actuaciones de fomento de la competencia, los organismos encargados de defenderla consiguieron algunos éxitos notables en telecomunicaciones, electricidad, suministro de agua, alcantarillado o gas natural. Por otro lado, la FNE abrió relativamente pocos expedientes en ámbitos “tradicionales” – acuerdos restrictivos, abuso de la posición dominante y concentraciones – en aquellas empresas que no estaban reguladas. Sin embargo, ese aspecto estaba empezando a cambiar en el momento de la elaboración del examen inter-pares, y ha cambiado todavía más desde entonces.

Como ya se ha dicho antes, el informe del examen inter-pares fue publicado unos meses antes de adoptar reformas importantes en la legislación de defensa de la competencia. Las reformas propuestas ya habían sido presentadas en el parlamento, pero se puede decir que el informe tuvo un efecto beneficioso en la versión final de la nueva ley. En consecuencia, las recomendaciones del informe de la evaluación fueron relativamente escasas y menos concretas que la de los otros informes. Aún así, hubo algunas de las que se habla más adelante, así como se comenta la respuesta que dio Chile a las mismas. Habría que destacar que Chile vuelve a estar pensando en reformar la ley de defensa de competencia, que podría tener lugar en enero de 2008. Las reformas propuestas se comentan en lo que procede.

El nuevo tribunal

Recomendaciones

Las reformas de 2003 establecían que los miembros del nuevo tribunal debían trabajar sólo media jornada, en concreto un mínimo de dos días a la semana. Su compensación iría en proporción – menos de la que percibirían si el puesto fuese a jornada completa. El informe señalaba que esto era una mejora frente a la situación previa, pero sugería que Chile debería considerar crear los puestos a jornada completa, aunque sólo fuese para que resultase más atractivo para los profesionales más cualificados.

Respuesta

Chile respondió que en los tres años de existencia del tribunal, no se había producido ningún problema importante asociado al carácter de media jornada de los puestos de los comisionados; sin embargo, la posibilidad de ampliar la jornada de dichos puestos, con el correspondiente incremento de salario estaba en estudio como parte del nuevo paquete de reformas.

Aclaración sobre la normativa aplicable

Recomendaciones

El informe indicaba que existía cierta ambigüedad sobre la normativa que se debía aplicar a diversos tipos de conducta, al amparo de lo que establecía la ley anterior a las reformas de 2003. No quedaba claro, por ejemplo, si los carteles se consideraban ilícitos intrínsecamente. El informe recomendaba que se aclarase este punto, y que la FNE colaborase publicando unas directrices y declaraciones sobre la materia, además de publicar en su página web las resoluciones e informes adoptados.

Respuesta

Las últimas decisiones del tribunal han delimitado mejor la normativa aplicable. No está claro todavía si la actividad de los carteles se puede considerar ilícita de manera intrínseca, pero hay una causa pendiente en el Tribunal Supremo que podría clarificar este punto. Además, la FNE publica en su página web resúmenes de todas las decisiones adoptadas, así como otros informes y documentos que genera. Recientemente la FNE ha publicado una “Guía interna de operaciones de concentración”.

Resolución mediante acuerdo

Recomendaciones

Un defecto de la ley de 1973 era que no se preveía ningún tipo de procedimiento para que la FNE y el demandado pudiesen resolver un expediente mediante un acuerdo, fuera de la exigencia de adjudicación plena por parte de la Comisión Antitrust. Las reformas de 2003 solucionaban en parte este problema, estableciendo un procedimiento de arreglo, cuyo resultado debía ser aceptado por el tribunal. No quedaba claro, sin embargo, si este nuevo procedimiento era aplicable a multas o a mandatos de

transacciones comerciales, con lo que el informe de la evaluación recomendaba que sería necesario que las nuevas reformas incluyesen las multas en los procesos a los que se les puede aplicar el procedimiento de arreglo.

Respuesta

Esta recomendación no se ha tenido en cuenta, aunque Chile respondió que no hay una prohibición expresa de aplicar el procedimiento de arreglo a las multas. No existe ninguna proposición para incluir este procedimiento en las enmiendas que se están debatiendo, aunque sí se está debatiendo el hecho de adoptar procedimientos que permitan a la FNE y a los demandados llegar a acuerdos extrajudiciales.

Fomento de la competencia

Recomendación

Como ya se ha dicho, la FNE lleva mucho tiempo promocionando la competencia entre las empresas de infraestructuras, donde ha conseguido grandes éxitos. El informe recomendaba que la FNE ampliase esta promoción a otras actividades del gobierno, además de recomendar que ampliase sus esfuerzos a todos los ámbitos para explicar cómo la legislación y las políticas de defensa de la competencia pueden beneficiar a los consumidores, a los empresarios y a la economía en general.

Respuesta

La FNE ha fijado como uno de sus objetivos primordiales el aumento del campo de aplicación de sus políticas de fomento de la competencia. Este organismo ha emitido observaciones a la legislación, y ha buscado establecer relaciones más estrechas con los reguladores del sector. Ha empezado a trabajar también con los gobiernos regionales y con los reguladores. La respuesta de Chile indicaba que la legislación de defensa de la competencia establece la facultad del tribunal de incoar un expediente que resultase de la elaboración de un informe o de la solicitud al Ejecutivo de que revocase o modificase una determinada ley o reglamento que obstaculizase de manera innecesaria la competencia, pero en dicha respuesta no se hacía mención de si ya se había hecho uso o no de dicha facultad.

Aplicación de la ley en los mercados que no tienen relación con las infraestructuras

Recomendación

Como ya se ha dicho, los organismos de defensa de la competencia han centrado sus esfuerzos en los mercados de infraestructuras y se ha realizado una actividad relativamente escasa en lo que se refiere a la aplicación “tradicional” de la ley en los mercados que no tienen relación alguna con las infraestructuras. El informe recomendaba que la FNE debía de incrementar sus esfuerzos en este sentido.

Respuesta

La FNE lo ha hecho, incluyendo los mercados crediticio, minorista, de transportes o sanitario.

Concentraciones

Recomendaciones

La legislación de defensa de la competencia no prohíbe específicamente las concentraciones anticompetitivas, pero las disposiciones generales de la ley son de aplicación en este tipo de conductas. Además, los organismos de defensa de la competencia habían instruido pocos expedientes sancionadores a este tipo de concentraciones en los años anteriores a la aparición del informe de la evaluación. Es más, la notificación de la concentración no es obligatoria, aunque se fomenta su notificación voluntaria. El informe recomendaba que Chile considerase la exigencia de una notificación previa de las concentraciones, es decir, la exigencia de que aquellas concentraciones que superasen un tamaño concreto se notificasen al organismo de defensa de la competencia antes de que se consumase la concentración, así como que las partes afectadas lo notificasen con la antelación suficiente para permitirle al organismo que evaluase la transacción y, si fuese necesario, impusiese soluciones estructurales.

Respuesta

Chile respondió que su régimen de notificación voluntaria funcionaba muy bien, que proporcionaba incentivos suficientes para que las partes implicadas notificasen su transacción a la FNE. En el Congreso se han

producido debates sobre la necesidad de promulgar la obligatoriedad de la notificación previa a las concentraciones, pero dicha proposición no ha conseguido el suficiente apoyo político.

Al amparo de lo que establece la legislación actual, la única solución que tienen la FNE en el caso de que se produzca una concentración que considere que vulnera la legislación de defensa de la competencia es la de iniciar un expediente regido por el principio de contradicción ante el tribunal, proceso que resulta latoso y no es el más apropiado para el ritmo rápido con el que se mueven las concentraciones. Está en estudio una enmienda que permitiría a la FNE iniciar un “procedimiento de consulta” o “no contencioso”, cuyo resultado sería vinculante. En la actualidad, sólo las partes implicadas en la concentración pueden iniciar dicho procedimiento no contencioso a través de su notificación.

Carteles

Recomendaciones

Los organismos de defensa de la competencia no habían tenido una participación activa en lo que se refiere a perseguir los carteles anticompetitivos. El informe recomendaba que Chile le diese la máxima prioridad a estos casos. Recomendaba medidas como la imposición de sanciones más elevadas a los empresarios que participen en los carteles, así como la consideración de ilícitas a todos los efectos de estas prácticas.

Respuesta

Chile se encuentra en el proceso de aplicar estas recomendaciones. Están en estudio las enmiendas que permitirían a la FNE dirigir redadas, con autorización judicial, y crear un programa de clemencia. Estas reformas también aumentarían la cuantía de las multas que se aplican por estas prácticas. La FNE ha incrementado su actividad contra los carteles, como lo demuestra el hecho de que desde 2005 ya ha llevado a los tribunales cuatro causas relacionadas con los carteles.

Presupuesto

Recomendaciones

El informe destacaba que la FNE había sido bastante pequeña hasta 1999, año en que recibió la financiación necesaria para duplicar su tamaño (unos 60 puestos de trabajo). Sin embargo, el informe recomendaba más incrementos en la financiación, sobre todo para hacer frente a las nuevas responsabilidades que tendría dicho organismo, si se aplicasen las recomendaciones del informe del examen inter-pares.

Respuesta

El presupuesto de la FNE se ha incrementado en 2006, lo que le permite a ese organismo aumentar el número de empleados, así como conseguir el asesoramiento técnico y económico necesario para utilizar en los casos que tienen en el tribunal. Además, el Presidente ha anunciado que este organismo recibirá un “aumento sustancial y considerable” en 2008, que se utilizará tanto para mejorar su capacidad de hacer cumplir la ley, como para la promoción de la competencia en los ámbitos regional y estatal.

Comentarios generales

Chile respondió de manera positiva a las preguntas 3 y 4 del cuestionario, en las que se le pedían comentarios relativos al modo en que fue utilizado el informe de la evaluación por pares, así como su utilidad a la hora de mejorar la política de competencia del país. El informe fue distribuido ampliamente tras su publicación; estuvo en la página web de la FNE durante un año y se enviaron ejemplares del mismo a las asociaciones de consumidores, bufetes de abogados, economistas, grandes empresas, medios de comunicación y otros organismos públicos. Dicho informe “ha sido y sigue siendo una herramienta técnica importante que utiliza la FNE para el debate y el análisis interno. Sus propuestas han servido de punto de referencia para evaluar las actuaciones y objetivos de la FNE”. También ha sido útil en el debate en curso sobre las posibles nuevas reformas de la legislación de defensa de la competencia.

PERÚ

(2004)

Perú fue el segundo país de los cinco que fueron evaluados. Ello tuvo lugar en el seno del Foro Latinoamericano de Competencia de 2004. El informe de la evaluación por pares fue publicado en octubre de ese mismo año.

Al igual que la mayoría de estos cinco países que fueron evaluados, Perú llevó a cabo importantes reformas del mercado a principios de los noventa, lo que dio como resultado, entre otros, la promulgación de una nueva ley de defensa de la competencia y la creación de un nuevo organismo de defensa. La Ley de la libre competencia de Perú entró en vigor en 1991, pero el verdadero comienzo fue en 1993, año en que se creó un nuevo organismo público, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Al Indecopi se le ha otorgado un alto grado de autonomía y de funciones, más que la simple aplicación de la ley sobre competencia, lo que lo convierte en un organismo atípico entre los organismos de defensa de la competencia. Bajo la protección de este organismo, además de las políticas de defensa de la competencia, se encuentra el acceso a los mercados, la competencia desleal, la protección del consumidor, los reglamentos técnicos y comerciales, subvenciones y normas antidumping, patentes, marcas, derechos de autor y procedimientos de quiebra.

Dentro del Indecopi, las investigaciones que se efectúan sobre temas de competencia, así como los expedientes que surjan a raíz de las mismas, son tramitados por la Comisión de Libre Competencia, una de las siete comisiones y tres oficinas de las que está compuesto el organismo. Sus decisiones pueden ser apeladas ante la Sala de Defensa de la Competencia, una de las dos salas que componen el Tribunal de defensa de la competencia y de la propiedad intelectual. La Sala de Defensa de la Competencia, que trata las apelaciones de las comisiones, es conocida como Tribunal de la Competencia.

Además de la Ley de defensa de la competencia, existe una segunda ley que influye en la política de competencia de Perú: la Ley de acceso al

mercado, que prohíbe las normas estatales que imponen barreras injustificadas e ilegales de acceso al mercado. De la aplicación de esta ley se encarga una comisión diferente dentro del Indecopi, la Comisión de Acceso al Mercado. Las decisiones de dicha comisión también se pueden recurrir ante el Tribunal de la Competencia.

El informe del examen inter-pares indicaba que después de que el Indecopi empezase su actividad en 1993, en seguida adquirió una fama de transparencia y eficacia que no es habitual en Perú. En sus primeras fases, la mayor parte de su trabajo en lo que se refiere a política de defensa de la competencia, se centraba en el fomento de la misma y en la formación; el Indecopi inició pocos expedientes de incumplimiento de la ley de competencia, aunque tuvo algunos éxitos sonados. A pesar de los esfuerzos del Indecopi en la promoción de la competencia, no hubo un amplio apoyo a las políticas de defensa de la competencia pues la comprensión pública de los beneficios que supondría para los consumidores la libre competencia era mínima. Según el informe, a principios de 2000 la fama del Indecopi de independencia y capacidad en temas de competencia empezó a disminuir. Además se enfrentó a graves problemas presupuestarios. El informe de la evaluación se hizo eco de estos temas y de otros muchos, cuyas recomendaciones, así como las respuestas dadas, se resumen a continuación.

Independencia y capacitación de la Comisión de la Libre Competencia y del Tribunal de la Competencia.

Recomendación

El informe describía algunos cambios de los altos cargos del Indecopi que estableció el gobierno en 2002 y 2003 que parecían indicar que el gobierno quería asumir un mayor control sobre el organismo. Una de las consecuencias de este cambio fue que de los cuatro miembros que componían el Tribunal de la competencia sólo el Presidente estaba considerado capacitado en temas relacionados con la legislación y la política de defensa de la competencia. También es cierto que los miembros del Tribunal de la Competencia y de la Comisión de la Libre Competencia podían ser retirados en cualquier momento sin motivación.

El informe recomendaba que se promulgase una legislación que revisase el proceso de selección de miembros de las comisiones y del Tribunal (a los que se les consideraba “órganos cuasi-judiciales”). Deberían ser elegidos por períodos concretos, serían destituibles sólo por causas justificadas y se les debería exigir unas cualificaciones profesionales concretas para esos puestos de trabajo.

Respuesta

En su respuesta al cuestionario, Perú no está de acuerdo con las acusaciones del informe de falta de independencia de sus órganos a la hora de aplicar la legislación de defensa de la competencia. Perú considera que las comisiones y las salas cuentan con “autonomía total” a la hora de tomar decisiones relativas a la defensa de la competencia y la protección de la propiedad intelectual. Aunque aparentemente es cierto que estos cargos no desempeñan sus funciones durante períodos determinados de tiempo y están sujetos a destituciones sin causa justificada, habitualmente desempeñan sus funciones períodos relativamente largos – a menudo cinco años – antes de presentar la dimisión voluntaria. El nombramiento de los miembros de estas instituciones depende de la aprobación por parte del Directorio, cuyos tres miembros son nombrados por el Presidente del Gobierno y el Ministro de Finanzas. Los miembros del Tribunal de la Competencia son nombrados por el Presidente de Perú, a propuesta de un Consejo Asesor, cuyos 12 miembros representan los diversos sectores de la sociedad civil y empresarial.

En cuanto a la capacitación técnica de los miembros del Tribunal y de las comisiones, la respuesta de Perú afirma que los miembros son seleccionados por su experiencia y conocimientos de la política de defensa de la competencia. Por otro lado, una composición multidisciplinaria es habitual en Perú, por lo que los miembros de una comisión o de una sala pueden contar con amplia experiencia en temas diferentes, aunque complementarios, como defensa de la competencia, economía o derecho procesal.

Por último, el Presidente del Indecopi ha encargado un grupo de estudio que dirija una evaluación interna de la organización con la finalidad de mejorar su eficacia y fortalecer la confianza pública de su independencia.

Presupuesto

Recomendaciones

En 2003 el Indecopi obtuvo la autonomía presupuestaria; en el momento del informe no recibía ningún tipo de financiación pública, que de existir no podría superar el 30% de su presupuesto. La principal fuente de ingresos son las multas que impone, que representaban un 60% del presupuesto. El resto procedía fundamentalmente de los cánones que cobraba por el registro de la propiedad intelectual y procedimientos de quiebra, así como de tasas

cobradas a particulares por presentar demandas ante el Indecopi sobre temas de defensa de la competencia.

En 2003 la Comisión de Libre Competencia contaba con un personal autorizado compuesto por siete profesionales y la Comisión de Acceso al Mercado por cuatro. Esto sin contar los mismos comisionados, que eran (y todavía son) cargos a media jornada. A este total habría que añadir parte del personal del Departamento de Política Económica del Indecopi que realiza análisis económicos para las comisiones de Competencia y de Acceso al Mercado, así como para el Tribunal de Competencia, que, como ya hemos dicho, conoce de las apelaciones a las resoluciones de estas comisiones y de las de otras. Así se obtenía un total de 18 empleados destinados a realizar todo el trabajo principal de defensa de la competencia del Indecopi. En cualquier caso, esta cantidad de personal era reducida.

El informe calificaba el sistema por el que más de la mitad de los fondos del Indecopi procedían de las multas impuestas de “bastante inusual” y recomendaba que esta dependencia de las multas se redujese sustancialmente o se eliminase y pasase a depender de fondos públicos. Ese sistema influye de manera negativa en la eficacia y socava la confianza pública en la integridad de las decisiones adoptadas por un organismo de defensa de la competencia. El informe recomendaba además que se incrementase tanto el presupuesto como los efectivos autorizados destinados a labores de defensa de la competencia en el seno del organismo. Indicaba que Perú dedicaba menos recursos a esta misión que los que dedicaban otros países en vías de desarrollo con un PIB similar o incluso inferior. Destacaba además un estudio encargado por el BID en el que concluía que el trabajo de defensa de la competencia y de acceso al mercado realizaba aportaciones a la economía de Perú de una manera desproporcionadamente grande si las comparamos con el tamaño de dichos órganos. Este estudio justificaba un aumento del presupuesto de dichas instituciones.

Respuesta

En la actualidad, el 85% del presupuesto del Indecopi procede de las tasas, el 10% de las multas y el 5% de la financiación pública (estos datos se refieren a todo el Indecopi y no sólo a los órganos de defensa de la competencia). Es habitual en Perú cobrar tasas por los servicios que presta el Estado y, por ley, dichas tasas deben ser lo más próximas posibles al coste real del servicio. Muchos de los expedientes generados en la Comisión de Defensa de la Competencia son iniciados por particulares, con lo que son, pues, una fuente de tasas para el organismo.

En su respuesta, Perú rechaza la idea de que el Indecopi impusiese multas, o que pudiese existir la posibilidad de hacerlo, con el fin de

conseguir financiación. Las multas se imponen sólo cuando el organismo considera que se ha producido un quebrantamiento de la ley. Su finalidad es disuadir la actividad ilícita. Legalmente, las multas no pueden superar el 10% de la facturación total del demandado el año anterior. Una garantía importante contra la posibilidad de multas abusivas es el derecho del demandado a recurrir a la justicia y, mientras no se resuelva el recurso, se suspende la obligación de pagar la multa.

Desde la publicación del informe se han producido incrementos presupuestarios. Entre 2003 y 2007 el presupuesto de la Comisión de Competencia aumentó un 86% y el de la Comisión de Acceso al Mercado un 381%. El número de personal autorizado en las dos comisiones aumentó un 128% y un 150% respectivamente.

Expedientes de defensa de la competencia y de acceso al mercado

Recomendación

Como ya se ha dicho, la Comisión de Competencia había abierto relativamente pocos expedientes relacionados con la defensa de la competencia, y la mayoría de ellos eran producto de reclamaciones de particulares; muy pocos se incoaron de oficio. La Comisión de Acceso al Mercado había sido más activa. Alrededor de la mitad de los casos fueron iniciados de oficio, y su resolución fue bastante positiva pues se eliminaban las barreras de participación innecesarias e impuestas desde el Estado. El informe recomendaba que la Comisión de Competencia debiera ser más proactiva incoando expedientes de defensa de la competencia y que la Comisión de Acceso al Mercado recibiese más recursos para ampliar su trabajo. En concreto, la Comisión de Acceso al Mercado debería llegar a las pequeñas y medianas empresas, que habían sido menos activas que las grandes empresas a la hora de presentar demandas ante la comisión.

El informe también señalaba que existía relativamente escasa orientación sobre cómo interpretar y aplicar la legislación de defensa de la competencia o cómo se definen los mercados. Para ello, el Tribunal de la Competencia puede hacer uso de “precedentes vinculantes”, pero el informe también recomendaba que el organismo de defensa de la competencia debiera emitir directrices sobre diversos temas, al igual que han hecho otros países.

Respuesta

Perú respondió que la Comisión de Competencia se ha vuelto más activa a la hora de incoar expedientes en temas de competencia. Este año inició una investigación sobre gases licuados del petróleo y ha empezado otras diez investigaciones sobre acuerdos posiblemente ilícitos. Entre 2004 y 2006 se incoaron 46 casos, de los que 10 se iniciaron de oficio. En 2007 el Tribunal de la Competencia ha emitido tres dictámenes en los que se han descubierto quebrantamientos de la legislación de defensa de la competencia y se impusieron sanciones. Además, con el fin de incrementar la capacidad coercitiva, la Comisión está negociando acuerdos de cooperación con otros países latinoamericanos.

El Indecopi ha dado prioridad a las actuaciones sobre las innecesarias barreras a la participación impuestas por las autoridades municipales. Como ya se ha dicho, aumentó los recursos destinados a la Comisión de Acceso al Mercado y ha empezado una campaña de relaciones públicas también con esta finalidad. En 2007, la Comisión ha emprendido 190 investigaciones sobre barreras burocráticas abusivas, de las que el 22% dieron frutos positivos. Además, este año se han promulgado dos nuevas leyes, con las que se dota a la Comisión de nuevas competencias para eliminar reglamentos ilegales o con las que se exigen actuaciones a las autoridades locales en lo que se refiere a las solicitudes de licencias u homologaciones en ciertos períodos de tiempo.

En cuanto a la transparencia de las decisiones por parte de los órganos de defensa de la competencia, el Tribunal publica sus decisiones de forma anual. Se está valorando la posibilidad de ampliar y revisar algunos de los precedentes vinculantes del Tribunal con el fin de orientar tanto a comunidades jurídicas como empresariales.

Concentraciones, acuerdos horizontales y fijación abusiva de precios.

Recomendaciones

La Ley de libre competencia no incluye el control de las concentraciones. (De manera excepcional, una ley diferente proporciona control a las concentraciones en el sector de la electricidad). El informe hablaba de algunos de los argumentos que se han dado en contra de la adopción de control de las concentraciones en los países en vías de desarrollo y los califica de deficientes. Destacaba que se han dado algunas concentraciones importantes en Perú en los últimos años que han hecho soltar las alarmas en lo que se refiere a la defensa de la competencia y

recomendaba que Perú reformase la ley para permitir el control de las concentraciones y se estableciese el sistema de notificación previa de las concentraciones.

El Tribunal de la Competencia ha estudiado algunos casos de carteles, pero sus decisiones han generado alguna confusión sobre la normativa que se debe aplicar a dicha actividad delictiva, en concreto si se debe aplicar el principio de ilegalidad intrínseca o si se debe aplicar algún otro principio. El informe recomendaba reformar la legislación para que se aplicase el principio equivalente al de ilegalidad intrínseca.

También hubo alguna incertidumbre sobre si se debía aplicar la legislación de defensa de la competencia a la fijación de precios abusiva o monopolística. El informe reiteraba las razones por las que resultan impracticables las prohibiciones de fijar los precios y recomendaba que no se crease tal normativa.

Respuesta

En 2005 el Indecopi presentó una proposición de ley que establecería el control de las concentraciones y otra para poder aplicar la ley de defensa de la competencia a la fijación abusiva de precios. Las proposiciones se enviaron tanto al Consejo de Ministros como al Congreso para su debate, pero ambas fueron rechazadas. Las objeciones que se dieron en lo relativo a la fijación abusiva de precios fueron que se convertiría en una intervención injustificada en la libertad de las empresas para operar en el mercado y que podría constituir un primer paso de vuelta al control de precios. En lo que se refiere al control de las concentraciones, parece que la principal razón para rechazar la propuesta fue la exigencia de la notificación previa. En lo que respecta a la normativa de aplicación a los carteles, el Tribunal Superior de Lima ha ratificado la decisión del Tribunal de la Competencia en la que se establecía que la Ley de defensa de la competencia no permite la aplicación del principio de ilegalidad intrínseca a la práctica de los carteles.

Fomento de la competencia por parte del Indecopi

Recomendaciones

Uno de los puntos fuertes del Indecopi fue su trabajo a favor de la promoción de la competencia. El informe destacó las diversas formas en las que el Indecopi ha realizado esta importante función. Sin embargo, parece que flaquea en un punto: promocionar el valor que tiene para los consumidores la aplicación de la ley de defensa de la competencia – y

emprender acciones penales contra los quebrantamientos más graves de dicha ley. Parece que existe la percepción de que el Indecopi, y la legislación por la que vela, resultaron ante todo muy útiles para resolver disputas privadas, ya sea con expedientes sancionadores en temas relacionados con la protección al consumidor o de competencia desleal instados por particulares. El informe recomendaba que el Indecopi debiera hacer más hincapié en al promoción de los beneficios para el público en general que suponen la resolución de casos de defensa de la competencia y de acceso al mercado.

Respuesta

La respuesta de Perú resumía las extensas actividades de fomento de la competencia que realizó el Indecopi. Entre éstas se incluía la publicación de las resoluciones de dicho organismo, aumento de los comunicados de prensa, patrocinio de seminarios y conferencias, contacto habitual con los organismos de defensa de la competencia de otros países y con organizaciones internacionales, incluidos la Comunidad Andina y el MERCOSUR. El Indecopi está trabajando para ampliar sus servicios a más interesados y ofrecer más servicios, como lo demuestra el hecho de que se produjo un aumento en un 61% de los casos tratados entre 2004 y 2006. Además, la respuesta resumía con algún detalle cómo se complementaban los distintos servicios del Indecopi, en la medida en que mejoran la reputación del Indecopi en la opinión pública.

Sin embargo, el Indecopi no se ha fomentado como la fuente de resolución de las disputas privadas. Antes bien, las demandas privadas se ven como una fuente de información sobre conductas anticompetitivas, a las que este organismo puede dar una respuesta.

Promoción de la competencia por parte de otros organismos estatales

Recomendaciones

El informe reflejaba la premisa obvia aunque tácita de que la promoción de la competencia no es una tarea exclusiva del organismo de defensa de la competencia. Muchos otros entes pertenecientes a la Administración – por ejemplo los ministerios de Economía, de Comercio y Finanzas o los reguladores del sector – también tienen interés en los mercados competitivos y también deberían participar en la promoción de la competencia y en la formación de la opinión pública sobre sus beneficios.

Respuesta

La respuesta de Perú daba ejemplos de cómo otros órganos de la Administración participan en la política de defensa de la competencia. En los últimos años Perú ha participado en varios acuerdos de libre comercio con otros países, muchos de los cuales incluían apartados dedicados a la libre competencia. La consecuencia de estos acuerdos es la apertura de los mercados locales a una mayor competencia, además de abrir los mercados extranjeros a los productores peruanos. En dicha respuesta, también venían resumidas las formas en las que el Indecopi trabaja con otros organismos del Estado – reguladores del sector, ministerios y poder judicial – para fomentar la política de defensa de la competencia.

La respuesta de Perú cuestionó la opinión expresada en el Reporte que la población de bajos ingresos del país es hostil a, o al menos no está interesada en, la competencia. Más bien, este grupo está enfocado en necesidades más básicas e inmediatas- infraestructura, educación, salud, justicia-las cuales son responsabilidad de otras agencias gubernamentales.

Comentarios generales

Perú respondió de manera positiva respecto a los beneficios que se desprendían del informe del examen inter-pares. Por ejemplo:

El examen inter-pares (Peer Review) ha permitido enriquecer la perspectiva de mejora en el sistema de competencia del Perú evidenciando aspectos a mejorar, los que han sido objeto de trabajo en el período próximo pasado y que tienen prioridad en la agenda gubernamental actual. Finalmente, algunas propuestas no son necesariamente viables en el corto plazo, por lo cual, se continuarán los esfuerzos por mejorar la competencia en el Perú. El Informe ha sido utilizado para acompañar las propuestas de modificación de la Ley de Competencia cuando fueron presentadas ante las autoridades administrativas y legislativas correspondientes.

Sin embargo, Perú expresó algunas reservas ante las referencias que hacía el informe de la falta de autonomía del Indecopi que, consideraba, no se demostraban con pruebas.

MÉXICO

(2004)

El examen inter-pares de México estuvo financiado por el BID y dirigida por el Comité de Competencia de la OCDE (y no como parte del Foro Latinoamericano de Competencia) en 2004. Venía precedido por una evaluación de la competencia en México realizada en 1998 por el Comité de Competencia como parte de un estudio mayor de la OCDE sobre la reforma reglamentaria en México. El informe de 1998 destacaba que uno de los puntos fuertes de México, de su política de defensa de la competencia, era el elegante proyecto de ley de defensa de la competencia, que acabó promulgándose en 1993. Entre los puntos débiles que el informe de 1998 señalaba se encontraban una falta de apoyo en el país a la política de defensa de la competencia y la percepción de que algunas partes de la Comisión Federal de Competencia (CFC) eran reacias o incapaces de hacer frente a los poderosos intereses económicos que habían existido en el país durante tanto tiempo, a pesar de que se habían iniciado algunos expedientes sancionadores de importancia contra dichos intereses. El informe de 1998 también hacía algunas recomendaciones más concretas relativas a las actividades coercitivas de la CFC.

El informe de 2004 concluía que muchas (aunque no todas) de esas recomendaciones se habían tratado en los años que mediaron. Concluía que la CFC se había convertido en un organismo creíble y respetable pero que seguía teniendo que hacer frente a una serie de retos. El apoyo de la opinión pública a la política de defensa de la competencia seguía sin ser fuerte; la Comisión carecía de ciertas competencias reglamentarias necesarias para hacer cumplir de manera efectiva la ley, se veía atada por la normativa jurídica que permitía a los demandados emprender litigios colaterales largos y costosos contra la comisión mientras que dicho organismo seguía adoleciendo de recursos económicos.

Las recomendaciones concretas del informe de 2004, así como la respuesta de México se detallan a continuación. Queda claro que México ha realizado avances considerables en la forma de atajar los problemas que

destaca el informe. El factor primordial de este esfuerzo fue la aprobación en junio de 2006 de las reformas exhaustivas de la ley de defensa de la competencia. Merece la pena destacar también que la Secretaría de la OCDE proporcionó amplios comentarios a las propuestas de reforma antes de su aprobación (al igual que hizo con la ley original también en 1993) que constituyeron una ayuda sustancial para la CFC.

Cumplimiento de la normativa contra los carteles

Recomendaciones

La CFC carecía de competencias reglamentarias importantes para luchar de manera eficaz contra la constitución de carteles. Por ejemplo, no podía realizar inspecciones de los sospechosos de realizar estas prácticas ni podía crear un programa de clemencia. El informe recomendaba que se dotase a este organismo de dichas competencias necesarias y además que la CFC siguiese una política más agresiva de persecución de estas prácticas, imponiendo sanciones más elevadas y emprendiendo acciones penales contra los empresarios culpables.

El informe indicaba que la CFC tenía problemas para cobrar las multas que imponía porque los procedimientos para hacerlo eran extremadamente latosos. Se recomendaba simplificar estos procedimientos.

Respuesta

La ley de 2006 resolvió todos esos problemas. Amplió las competencias de la CFC para recabar información, incluyendo la posibilidad de realizar inspecciones. Además la dotó de la capacidad de establecer un programa de clemencia. La Comisión todavía no lo ha hecho, pero se encuentra en trámite. También se modificó la legislación en lo que se refiere a la forma en que son cobradas las multas. En la actualidad lo realiza la Hacienda Federal y antes lo hacían las autoridades municipales.

La respuesta de México al cuestionario no indica si esas nuevas competencias originaron la apertura de más expedientes contra los carteles aunque quizá sea demasiado pronto para poder hacer tal valoración. La Comisión ha emprendido una reestructuración interna que se espera que destine más recursos a las labores contra este tipo de prácticas.

Monopolio/Abuso de la posición dominante

Recomendaciones

La propuesta y recomendaciones del informe relativas a este aspecto importante del cumplimiento de la ley de defensa de la competencia fueron muy limitadas. La Ley de defensa de la competencia de México no hace mención específica de las conductas monopolísticas; es más, ciertas prácticas anticompetitivas de empresas simples están tipificadas en la ley como “prácticas monopolísticas relativas” (los carteles son prácticas monopolísticas absolutas). El informe recomendaba que se dotase a la CFC de la capacidad, que antes no tenía, de imponer soluciones estructurales en el caso de monopolio. Además recomendaba que, independientemente de que pudiese intervenir directamente o no en la reestructuración del monopolio, debería tener la capacidad de iniciar investigaciones a las empresas que son supuestos monopolios y de recomendar al Congreso que establezca las soluciones oportunas.

Respuesta

La ley de 2006 dotó a la CFC de las competencias para exigir cesiones en un caso de monopolio, aunque en su respuesta la CFC destacó que la carga de la prueba que recae sobre ella en tales casos es muy alta. La respuesta al cuestionario de la CFC también señalaba que la Comisión siempre ha contado con las competencias necesarias para iniciar investigaciones del tipo que se indica en el informe, pero que no había hecho uso de ellas. Sin embargo, desde 2005 la Comisión ha iniciado dos investigaciones importantes en los sectores de las finanzas y de las telecomunicaciones. El Congreso le otorgó una considerable importancia a las conclusiones de la Comisión, con lo que se convirtieron en el instrumento que logró reformar la legislación.

Concentraciones

Recomendaciones

Aquí también las recomendaciones que hace el informe del examen inter-pares la evaluación por pares a este respecto son muy limitadas. Los procedimientos de notificación previa a la concentración en México parecían funcionar razonablemente bien. La Comisión contaba con un buen historial en la rapidez con la que realizaba las evaluaciones de las

concentraciones. Existía cierta confusión sobre cuándo se debía notificar una transacción que suponía básicamente una reestructuración por parte de empresas extranjeras que poseían filiales mexicanas. El informe recomendaba una aclaración en estos casos. Las normas sustantivas de aplicación en la evaluación de las concentraciones concordaban con las normas internacionales, pero no había un reconocimiento explícito de la excepción de empresa en dificultades. El informe recomendaba que la Comisión adoptase los criterios necesarios para valorar esta petición.

Respuesta

La legislación de 2006 adoptó varias reformas que afectaban a la notificación de las concentraciones, incluyendo la aclaración del tema de la reestructuración del que se habla en el informe (otras de estas reformas son el incremento del mínimo de declaración obligatoria, la creación de un procedimiento abreviado para aquellas concentraciones que claramente no presentan problemas importantes de competencia, la posibilidad de la CFC de emitir una orden de suspensión temporal de concentración, mientras está investigando el caso). Por otro lado, la CFC ha publicado nuevas directrices sobre concentraciones desde el informe de 2004 que incluyen un apartado dedicado a la excepción de empresas en dificultades.

Acciones legales colaterales contra las decisiones de la CFC

Recomendaciones

Quizá sea este el problema más apremiante de los que se citan en el informe. La Constitución mexicana les otorga a los ciudadanos el derecho a llevar a los tribunales federales cualquier actuación gubernamental que se considere anticonstitucional. Este derecho, denominado juicio de amparo, ha sido interpretado de manera muy amplia para abarcar tanto temas de derecho procesal (de jurisdicción) como sustantivo. Así, en el caso de las decisiones de la CFC, los juicios de amparo se han presentado contra todos los procedimientos de la Comisión, incluyendo las peticiones de información o decisiones probatorias, así como resoluciones finales y órdenes de la Comisión. La CFC se enfrentaba a un número cada vez mayor de este tipo de casos, lo que influía en la ralentización brusca de sus procedimientos y obligaba a destinar a estos menesteres una parte importante de sus escasos recursos.

Además de los juicios por recursos de amparo, los demandados que son multados por la CFC han podido recurrir sus multas en recursos diferentes

ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (Tribunal Fiscal). Si la decisión de la CFC incluía también disposiciones judiciales, dichos requerimientos también se podían recurrir. La CFC ha impugnado las competencias del Tribunal Fiscal en estos casos, pero sólo le han dado la razón en parte a este respecto. Al igual que ocurre con los juicios de amparo, el número de causas abiertas en el Tribunal Fiscal ha ido en aumento, aunque en una cifra muy inferior a los juicios de amparo.

El informe hizo varias recomendaciones pensadas para mitigar el impacto de los juicios de amparo en los expedientes de la CFC, reconociendo que dicho recurso es un derecho constitucional y sólo se puede cambiar modificando la Constitución. Las recomendaciones indicadas incluían que la CFC aumentase sus esfuerzos en fomentar la resolución mediante acuerdo antes que entrar en litigios, que incrementase la transparencia de sus procedimientos para evitar los juicios de amparo basados en irregularidades en el procedimiento; que se crease un tribunal especial para ver los juicios de amparo presentados contra la CFC y contra otros organismos económicos y evitar que los tribunales aplazamientos inoportunos de las decisiones de la CFC mientras revisan el caso. El informe realizó recomendaciones similares con respecto a las causas abiertas en el Tribunal Fiscal, la mayoría de las cuales necesitarían una modificación de la legislación.

Respuesta

La CFC ha actuado en aquellas recomendaciones que podía llevar a cabo sin tener que modificar la legislación. Está intentando fomentar la resolución por acuerdo y lleva trabajando en la transparencia de sus procedimientos. Con la ayuda de una subvención del BID, está trabajando con jueces y magistrados para incrementar su conocimiento de la política y la ley de defensa de la competencia, lo que podría originar unos mejores resultados en lo que se refiere a los juicios de amparo o ante el Tribunal Fiscal. Es más, las reformas de 2006 modificaron algunos artículos de la ley que habían sido declarados anticonstitucionales en los juicios de amparo. Aún es demasiado temprano para valorar si estas actuaciones han tenido algún efecto favorable en los procedimientos de amparo o ante el Tribunal Fiscal. Las recomendaciones que implicaban una modificación de la legislación, aún no han sido tratadas.

Presupuesto e independencia del organismo

Recomendaciones

El informe concluía que el presupuesto de la CFC no era el adecuado y recomendaba que se incrementase. También señalaba que dicho presupuesto dependía del control del Ministerio de Economía, y recomendaba que fuese aprobado directamente por el Congreso. Por último, el informe recomendaba que los nombramientos de los cinco miembros de la Comisión por parte del Presidente (por mandatos de 10 años) dependiesen de la aprobación del Congreso. Darle al poder legislativo el papel de nombrar los cargos, reforzaría la legitimidad de la Comisión como organismo con importantes competencias federales.

Respuesta

El presupuesto de la CFC no se ha aumentado; de hecho, el presupuesto de 2006 fue un 8% inferior al de 2005, en valores nominales. La Comisión compensará el efecto de este empeoramiento de los salarios, dedicando una mayor partida del presupuesto de 2006 a salarios.

No ha habido ninguna actuación en lo que se refiere a la recomendación de independencia presupuestaria, que necesita reformas legislativas. La ley de 2006 establecía la aprobación por parte del Congreso de los nombramientos que el presidente realizaba en la CFC, tal y como recomendaba el informe, pero dicha disposición fue recurrida en los tribunales, que dictaminaron que era anticonstitucional.

La CFC y la política reguladora

Recomendaciones

La legislación mexicana otorga a la CFC un poder importante en los sectores regulados. Antes de que el regulador pueda establecer los precios o el acceso en su sector, la CFC debe declarar que hay ausencia de competencia efectiva en el mercado en cuestión. La CFC ha tomado algunas decisiones importantes de este tipo que afectan a aeropuertos, transporte aéreo de pasajeros, puertos, gas licuado del petróleo y telecomunicaciones. Sin embargo, tanto el informe de 1998 como el de 2004 han indicado que la CFC no había participado activamente en las actuaciones reglamentarias después de haber concluido que existía poca competencia, por lo que

recomendaban que lo hiciese. Si fuese necesario, habría que promulgar la legislación pertinente que la capacitase para eso.

En 1998 se creó una nueva Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER). A todos los organismos federales se les exige que presenten todas las propuestas reglamentarias a la COFEMER, en donde otros organismos, incluyendo la CFC, podrán hacer comentarios al respecto. El informe de 2004 recomendaba que la CFC participase más comentando las propuestas presentadas ante la COFEMER. Por último, el informe recomendaba que se promulgase la legislación necesaria para otorgar poderes a la CFC para bloquear las decisiones anticompetitivas de los procedimientos de derecho mercantil.

Respuesta

En 2005 la CFC firmó un acuerdo de cooperación con COFEMER por el que se establecía una colaboración más estrecha entre ambos organismos. La respuesta al cuestionario de la CFC afirma que la Comisión siempre ha considerado que tiene la capacidad de participar en los procedimientos regulatorios y de ofrecer, al menos, recomendaciones no vinculantes, en los casos oportunos. La ley de 2006 otorgó estas competencias de manera más explícita. La Comisión no tiene competencias para bloquear las decisiones anticompetitivas de derecho mercantil como recomendaba el informe.

Fomento de la competencia

Recomendaciones

Como ya se ha dicho, tanto el informe de 1998 como el de 2004 instaban a que la CFC trabajase por conseguir un apoyo público más fuerte a la política de defensa de competencia. El informe de 2004 hacía algunas recomendaciones concretas a este respecto. Recomendaba: que la CFC estableciese una relación más estrecha con PROFECO, Procuraduría Federal del Consumidor, para utilizar el acceso que tenía ésta a la opinión pública para fomentar la política de defensa de la competencia, que abriese una línea de diálogo con la Barra Mexicana Colegio de Abogados para atajar las percepciones de que los procedimientos de la CFC ya están predispuestos contra los demandados, y que estableciese relaciones más estrechas con las organizaciones empresariales para fomentar políticas de defensa de la competencia en el seno de la comunidad empresarial.

Respuesta

La CFC ha actuado sobre todas las recomendaciones. En 2005 llegó a un acuerdo de cooperación con PROFECO por el que se establecía una mayor comunicación e interacción entre ambos organismos. Trabajó íntimamente con la comunidad jurídica para redactar el proyecto de ley de 2006, que trataba algunas de las preocupaciones que tenía la comunidad sobre los procedimientos de la Comisión y sigue trabajando en proyectos cuya finalidad es la de lograr que el proceso de toma de decisiones sea más transparente. Con la ayuda económica del BID y el Fondo Multilateral de Inversiones está embarcado en un programa destinado para la pequeña y mediana empresa con el fin de incrementar su concienciación en lo que se refiere a la defensa de la competencia. Por último, la respuesta del cuestionario esboza las distintas maneras en que la Comisión, a través del presidente Pérez Motta, ha fomentado la política de defensa de la competencia en los últimos años en encuentros, seminarios y comunicados de prensa.

Comentarios generales

Como respuesta a la pregunta 4 del cuestionario, que invitaba a comentar en líneas generales sobre la utilidad del examen inter-pares para ellos, México expresó lo siguiente:

La Comisión considera que el informe fue de un incalculable valor a la hora de convencer a las distintas partes implicadas en el debate de reforma de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), tanto públicas como privadas, sobre la necesidad de actualizar la ley incrementando las multas, reformando los artículos anticonstitucionales, otorgando más competencias a la Comisión y mejorando sus procedimientos. El examen inter-pares de la OCDE ha proporcionado una opinión neutral al debate al presentar un análisis imparcial del estado de la política de defensa de la competencia en México y esbozando simplemente las mejores prácticas basadas en su experiencia en los países miembros de la OCDE. El informe fue utilizado y citado en los comunicados al parlamento y a la administración pública federal. Es más, la OCDE le envió una carta al presidente de la CFC, que se mostró a los congresistas, en la que se explicaba la opinión de la OCDE sobre el proyecto de ley propuesto en aquel momento y que venía firmada por Bernard J. Phillips, jefe de la División de Competencia de la OCDE...

BRASIL

(2005)

Brasil fue evaluado en el Foro Latinoamericano de Competencia celebrado en el verano de 2005. Posteriormente, ese mismo año, se publicó el informe de la evaluación por pares. La política de defensa de la competencia en Brasil ya había sido objeto de una evaluación dirigida por la OCDE en 2000. Un largo informe fue publicado a raíz de esa evaluación, pero Brasil no estaba sometido al proceso formal del examen inter-pares. El informe de 2000 indicaba algunos puntos de referencia cuyo progreso se podía comparar en 2005.

Brasil cuenta desde hace tiempo con una ley de defensa de la competencia, pero la era moderna en la política de defensa de la competencia en el país comenzó en 1994, cuando el gobierno se embarcó en un nuevo programa de medidas fiscales más estrictas, privatización de las empresas públicas y liberalización del mercado. Como parte de esas reformas se promulgó la nueva ley de defensa de la competencia (ley número 8884), que es la que hoy sigue en vigor.

Existen algunas características poco comunes en la política brasileña de defensa de la competencia, sobre todo en la estructura de las instituciones que velan por su cumplimiento. Están implicados tres organismos. Por un lado, el Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), consejo independiente compuesto por siete personas, facultado para juzgar causas e imponer sanciones. Existen otros dos organismos que asesoran al CADE y le presentan sus recomendaciones: la SDE, la Secretaría de Direito Econômico del Ministerio de Justicia que tiene el principal papel investigador y la SEAE, Secretaría de Acompanhamento Econômico del Ministerio de Hacienda, que también juega un papel investigador, pero es la responsable principal de proporcionar los análisis económicos en las causas de defensa de la competencia (así como el fomento de la competencia en los sectores regulados). Estos tres organismos en su conjunto forman el Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia (SBDC).

Esta estructura resultaba ineficaz. Los procedimientos eran tediosos y llevaba mucho tiempo resolver los expedientes y las investigaciones, un tema que ya se trataba en el informe de 2000. Dicho informe trataba además otros aspectos del régimen de aplicación de la ley que necesitaba mejoras, incluyendo el escaso énfasis que se hacía en perseguir las prácticas de carteles, los procedimientos de notificación de las concentraciones que no se adecuaban a las normas internacionales y elevado volumen de negocios y una falta de conocimiento institucional en el CADE, como resultado de los insuficientes recursos y de los cortos mandatos (dos años) de los consejeros del CADE.

La puesta en práctica de algunas de estas recomendaciones exigía una reforma legislativa y, aunque se hicieron varias propuestas en los años siguientes al informe de 2000, la mayoría no salió adelante. Sin embargo, el informe del examen inter-pares de 2005 concluía que el SBDC “había realizado progresos importantes durante los últimos cinco años estableciendo una sólida política de defensa de la competencia en Brasil”, y que ... la mayoría de las recomendaciones del informe de 2000 que el SBDC pudo responder, han sido aplicadas, incluyendo en concreto las recomendaciones relativas al aumento de la eficacia en la evaluación de las concentraciones y la redistribución de los recursos para hacer cumplir la ley en lo que se refiere a los carteles”. Además el SBDC ha realizado otras mejoras, que incluyen soluciones más efectivas en los casos de concentraciones, análisis económicos más exhaustivos o un mayor énfasis en la promoción de la defensa de la competencia.

El informe de 2005 fue muy exhaustivo y en él se hacían varias recomendaciones nuevas. A continuación se resumen éstas, junto con la respuesta dada por Brasil. Al igual que ocurrió con el informe de 2000, algunas de las recomendaciones exigen la modificación de la legislación, que por desgracia todavía no se ha promulgado. En el momento de publicarse el informe de 2005, en el parlamento estaba debatiéndose un amplio proyecto de ley que se ocupaba de muchos de los temas tratados en ambos informes. El proyecto sigue debatiéndose y el SBDC ha presentado algunas enmiendas para poder hacer frente a las recomendaciones del informe de 2005. Muchas de dichas recomendaciones se han incorporado al proyecto de ley. Sus condiciones se describen más adelante, cuando se consideran oportunas.

I. Recomendaciones que necesitan una nueva legislación o la actuación de otras entidades estatales.

Estructura y operaciones del SBDC

Recomendación

Como ya se ha dicho, la estructura tripartita del SBDC resultaba ineficaz. El SBDC ha solucionado muchos de sus problemas con la reorganización de los procedimientos internos, pero la estructura sigue siendo poco manejable. El informe recomendaba que las funciones investigadoras, fiscalizadoras y decisorias del SBDC se combinen en un único organismo.

Respuesta

El proyecto de ley presentado lo hará, con lo que se transfieren las competencias investigadoras de la SDE al CADE. Las investigaciones serán dirigidas por un Director General en el CADE. Las funciones de la SEAE se modificarían y pasaría a dedicarse a labores de fomento de la competencia, estudios de mercado y demás materias relacionadas con los sectores regulados de la economía. Proporcionaría una opinión sobre los casos de concentraciones bien actuando de oficio o cuando se lo solicitase el CADE.

Recomendaciones

Según lo establecido en la legislación vigente, los consejeros del CADE sólo están en el cargo por un período de dos años y pueden ser reelegidos para otro mandato. El informe concluía que esto afectaba de manera negativa la independencia del consejo, además de contribuir a un elevado rendimiento del consejo. Recomendaba que el mandato de los consejeros y de los altos cargos del CADE, como el Director General, se ampliase a, por lo menos, cuatro años. El proyecto de ley que existía en el momento de hacerse público el informe, establecía un mandato de cuatro años para los consejeros, pero de sólo dos años para el Director General.

El informe recomendaba, además, que los mandatos no fuesen coincidentes en el tiempo de tal forma que se evitase la existencia de varios puestos vacantes al mismo tiempo en el consejo y que, a la hora de proponer los nombramientos (por parte del presidente del país, con la aprobación del Senado), se considerase seriamente la importancia de la experiencia profesional en economía o derecho.

Además recomendaba, para incrementar la eficacia, la reducción del quórum de consejeros necesario, pasando de cinco a cuatro.

Respuesta

El proyecto de ley revisado establece mandatos de cuatro años, sin posibilidad de renovación y sin coincidir en el tiempo tanto para los consejeros como para los altos cargos del CADE, incluido el Director General. La respuesta de Brasil al cuestionario indica que el proceso de nombramiento sí que tiene en cuenta la formación en derecho y/o ciencias económicas. El presidente del CADE es uno de los principales economistas de Brasil y se considera uno de los especialistas más destacados en derecho antitrust y todos los consejeros actuales son doctores o en economía o en derecho. Por último, el proyecto de ley reduce el quórum de éstos de cinco a cuatro.

Recomendación

El proyecto de ley que existía en el momento de hacerse público el informe establecía que el 50% de las multas impuestas por el CADE reverterían en sus arcas y en las de la SEAE. Según la legislación actual, todos los ingresos por multas pasan a un fondo central del gobierno. El informe recomendaba no cambiar este procedimiento pues si un organismo de defensa de la competencia se beneficia directamente de las multas que impone, perjudicaría la reputación de imparcialidad.

Respuesta

El proyecto de ley fue revisado y se le eliminó los ingresos por multas al CADE y a la SEAE, tal como se le ha recomendado.

Organización y personal del CADE

Recomendaciones

Un problema significativo identificado en el informe es que la mayoría de los empleados del CADE no son personal fijo del consejo: o bien tienen contratos temporales, o son “prestados” por otros organismos estatales. El informe recomendaba que se estableciesen puestos de carrera en el seno del CADE y en un número suficiente para poder gestionar la carga de trabajo del consejo, además de recomendar que los salarios fuesen lo suficientemente atractivos para conquistar a personal muy cualificado.

El informe recomendaba además que hubiera que considerar la creación de sucursales del CADE fuera de Brasilia, dado el gigantesco tamaño de Brasil y el número de centros de población del país.

Respuesta

El proyecto de ley autorizaría un total de 200 puestos de trabajo de funcionarios técnicos en el CADE. En la actualidad no se está valorando la posibilidad de crear sucursales del CADE, fundamentalmente por razones presupuestarias. El SBDC está afrontando este problema en parte estableciendo una colaboración más estrecha con otros organismos estatales que podrían detectar posibles quebrantamientos de la legislación de defensa de la competencia en las diferentes regiones e informar de ello al SBDC en Brasilia.

Concentraciones

Recomendaciones

Tanto el informe de 2000 como el de 2005 indicaba las deficiencias existentes en Brasil en cuanto a la notificación y los procesos de evaluación, lo que originaba cierta confusión sobre si se debían o no, y en qué momento, notificar las concentraciones y provocaba además una asignación desacertada de los recursos del SBDC hacia las evaluaciones de las concentraciones y alejada del trabajo de lucha contra los carteles, así como la ineficacia y el retraso en acabar las evaluaciones de las concentraciones. Como ya se ha dicho, entre 2000 y 2005 el SBDC resolvió muchos de estos problemas de procedimiento, pero algunos sólo se pueden solucionar con la legislación. El informe de 2005 realizó varias recomendaciones sobre la evaluación de las concentraciones:

- Adoptar un sistema de notificación previa de las concentraciones.
- Revisar el mínimo de declaración obligatoria, adecuándolo a la práctica habitual internacional.
- Adoptar una normativa jurídica explícita para evaluar las implicaciones competitivas de las transacciones de las concentraciones.
- Eliminar la notificación de aquellas transacciones que no son concentraciones

- Establecer un procedimiento urgente de evaluación y compensación para aquellas transacciones que no presentan problemas de competencia.
- Establecer un plazo final en el que el CADE debe decidir si bloquea o no una concentración.
- Establecer procedimientos de resolución mediante acuerdo en los casos de concentraciones ilícitas.

Respuesta

El proyecto de ley adopta todas estas recomendaciones.

Carteles

Recomendaciones

La experiencia ha demostrado que cuando los países adoptan programas de clemencia como parte de su sistema de lucha contra los carteles, el programa no da frutos inmediatos. Existen probablemente varias razones entre las que se encuentran la falta de tradición del país por la que los delincuentes pueden ser perdonados parcialmente cuando cooperan con las autoridades en la investigación, la incertidumbre de la comunidad empresarial sobre el funcionamiento de dicho programa o de si el solicitante de dicho programa será liberado de sanciones severas y, quizá la más importante, la falta de credibilidad ante la amenaza de sanciones severas para aquellos que no cooperen. Brasil ha experimentado alguno de estos problemas desde que introdujo el programa de clemencia en 2001, aunque sólo desde hace poco tiempo ha recibido alguna solicitud de inserción en dicho programa.

El informe hace algunas recomendaciones técnicas sobre cómo se podría hacer más eficaz el programa, relativas a reducir las sanciones civiles y penales a los que soliciten el programa de clemencia y garantizándoles que las pruebas que presenten no se utilizarán contra ellos.

Respuesta

Brasil sigue refinando el programa de clemencia y está trabajando en la aplicación de las recomendaciones del informe. El proyecto de ley contiene además disposiciones que reducirían la inseguridad de los potenciales solicitantes del programa de clemencia si fuesen aceptados o no.

Competencia y regulación

Recomendación

El informe indicaba que la SEAE había proporcionado aportaciones útiles a las actuaciones de los reguladores del sector en varias ocasiones, pero no solía haber un procedimiento habitual de participación de la SEAE en estos temas. En el momento en que apareció el informe, había pendiente en el Congreso un proyecto de ley de diversos asuntos del sector que habría establecido disposiciones para tales procedimientos, y el informe recomendaba que se aprobasen dichas disposiciones.

Ha habido incertidumbre sobre si la ley de defensa de la competencia es de aplicación o no, y hasta qué punto, al sector bancario. En 2003 se presentó un proyecto de ley que habría resuelto el tema, garantizando las competencias al SBDC para dirigir las investigaciones en las concentraciones bancarias, excepto en aquellos casos que suponen un riesgo para el sistema financiero. El informe recomendaba que se aprobase ese proyecto de ley.

Respuesta

Desgraciadamente no se ha aprobado ningún proyecto de ley. El SBDC sigue apoyando los proyectos de ley y emprende otras medidas que fortalecen su papel en los sectores regulados. La SEAE ya está reconduciendo sus esfuerzos hacia la promoción de la competencia, anticipándose a la aprobación de las reformas de la ley de defensa de la competencia. En 2006 el CADE y el Banco Central firmaron un acuerdo de cooperación según el cual estarían colaborando en un plan para realizar evaluaciones de las concentraciones. Están trabajando además en las directrices para evaluar las concentraciones bancarias y una fuente importante de información para ello ha sido trabajo del Comité de Competencia de la OCDE.

II. Recomendaciones que el SBDC puede ejecutar sin necesidad de nueva legislación

Recomendaciones

El informe contiene varias recomendaciones de este tipo, entre las que se incluyen:

- tratar las restricciones competitivas que imponen el Estado y los gobiernos locales;
- actualización de las Directrices contra las Concentraciones Horizontales de 2001 para que se ajusten a las prácticas habituales internacionales.
- Mejora de la transparencia de las decisiones del CADE, incluyendo una explicación más completa de los fundamentos en los que se basan las decisiones
- Aumento de la capacidad para solucionar las causas por acuerdo, sobre todo las de carteles.
- Involucrarse más en los litigios privados, que están permitidos por la ley de defensa de la competencia, sobre todo porque sirven de vehículos para promocionar la competencia.
- Continuar con los programas existentes: fortalecimiento de las medidas para hacer cumplir la legislación contra los carteles y la promoción de la competencia en los sectores regulados; incrementar la cooperación con la Fiscalía y fomentar la defensa de la competencia en la opinión pública en general.

Respuesta

Brasil respondió positivamente a todas estas recomendaciones. En lo que respecta a la recomendación de que el SBDC participase más activamente en el trato de las restricciones anticompetitivas de los gobiernos regionales y locales, el CADE adoptó una reciente decisión relacionada con la adopción de una zona libre de impuestos en Manaus. El SBDC está reescribiendo las directrices de las concentraciones y mientras la SDE ha emitido algunos informes que aclaran los temas que aparecerán en las nuevas directrices. El CADE tiene más cuidado con las decisiones que publica con la finalidad de reforzar su situación ante los tribunales, en caso de que se recurran las decisiones. Los litigios civiles por temas de defensa de la competencia todavía son una novedad en Brasil, pero el CADE se ha involucrado en tres en los últimos tres años. Las iniciativas recientes del SBDC en lo que se refiere a la lucha contra los carteles y la promoción de la competencia ya fueron esbozadas antes.

Comentarios generales

En su respuesta, Brasil alabó el informe del examen inter-pares tanto por su utilidad dentro del SBDC como por ser herramienta de promoción. El informe

...dio una oportunidad de diálogo dentro del ... SBDC, aumentando, así, la coordinación y la interacción del SBDC y un mejor entendimiento de los temas clave en defensa de la competencia; ... posibilitó que el SBDC se beneficiase de las mejores prácticas internacionales en el ámbito de la defensa de la competencia.

El informe ha desempeñado un papel importante en la promoción que el SBDC hace de las reformas del proyecto de ley de defensa de la competencia.

... cada uno de los congresistas que forma parte del Comité que va a estudiar el proyecto de ley recibió una carta personal (de uno) de los directivos del SBDC en la que se resumen las principales conclusiones del examen inter-pares, el informe y una tabla en la que se muestran las recomendaciones recibidas y el artículo del proyecto de ley que trataba de ellas. Después de que la mayoría de las recomendaciones ya formaban parte del proyecto de ley, el informe fue muy importante para justificar dichos cambios. Desde un punto de vista político, servía de “certificación” de que las propuestas defendidas por estos organismos brasileños eran defendidas también por otros estamentos.

ARGENTINA

(2006)

Argentina fue el último de los cinco países latinoamericanos en ser evaluado. La evaluación tuvo lugar en el Foro Latinoamericano de Competencia en 2006.

El informe del examen inter-pares destacaba que en los últimos 25 años Argentina había hecho grandes progresos, aunque irregulares, en la elaboración de una exitosa economía de mercado. Los progresos referentes a la política de defensa de competencia también han sido irregulares, al verse afectados de muchas maneras por la turbulenta historia política y económica. Hubo un sólido crecimiento económico en los noventa, seguidos de un período de hiperinflación. En 2001, tuvo lugar una grave crisis económica, lo que provocó la devaluación del peso argentino y el impago de la deuda pública. Sin embargo, la economía se recuperó rápidamente y ha disfrutado de un crecimiento importante en todo 2006, aunque acompañado de más inflación.

En 1999 Argentina promulgó una nueva ley de la competencia que, en cierta medida, había sido bien redactada. Sin embargo, la ejecución completa de la ley se interrumpió debido a la crisis económica de 2001. La ley de 1999 establecía un nuevo organismo de defensa de la competencia independiente, el Tribunal de Defensa de la Competencia, pero nunca llegó a crearse. Velaba, y aún lo sigue haciendo, por el cumplimiento de las disposiciones importantes de la ley el organismo de defensa de la competencia que existía al amparo de la ley anterior, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC). La CNDC no es un organismo independiente, pues forma parte del Ministerio de Economía y Producción. La CNDC no tiene competencias propias en lo que se refiere a hacer cumplir la ley, y sus decisiones deben ir refrendadas por una de las secretarías del ministerio.

El informe del examen inter-pares indicaba que la CNDC y los comisarios se consideraban profesionales, competentes y trabajadores, pero aseguraba que la Comisión se había ido consumiendo en algunos aspectos

desde la crisis de 2001, principalmente por la falta de independencia y un presupuesto no adecuado. Las recomendaciones del informe se centran en estos temas, pero además trataban aspectos concretos de la política de competencia en el país. Estas recomendaciones, así como la respuesta que dio Argentina a las mismas, se describen a continuación. Habría que señalar que sólo ha transcurrido un año desde que se publicó el informe, con lo que deja relativamente poco tiempo para trabajar sobre las recomendaciones. Además, muchas de las mismas necesitan alguna modificación legislativa para ponerlas en práctica, situación que hace que sea más problemática una rápida respuesta.

El Tribunal e independencia del organismo

Recomendaciones

La primera y más importante recomendación del informe fue crear el Tribunal de Defensa de la Competencia, tal como establecía la ley de 1999. El informe calificaba de “anómalo que casi siete años después de la promulgación de la ley de defensa de la competencia, el organismo que ésta creó no haya sido establecido aún”. La creación del Tribunal solucionaría un problema fundamental al que se enfrenta la CNDC, la falta de independencia. Como ya se ha dicho, las decisiones de la CNDC no son ejecutables, deben ser sancionadas por el ministerio. Es más, en los últimos años la CNDC ha tenido que desviar algunos de sus escasos recursos a la lucha gubernamental contra la inflación. Además de recomendar que se crease el Tribunal, el informe recomendaba que hasta que eso pasase, la CNDC debía quedar libre de toda influencia política lo máximo posible.

Respuesta

Aunque la ley de 1999 establecía la creación del Tribunal, no se podría hacer si no se modifica la legislación. En 2005 un proyecto de ley en el Congreso que habría creado el Tribunal fracasó por un estrecho margen. En 2006, tras el nombramiento de un nuevo presidente de la CNDC, se realizó un nuevo esfuerzo en el Congreso: el ejecutivo aprobó la presentación de nueva legislación que debía ser debatida en el Congreso en una sesión extraordinaria celebrada en febrero de 2007. Sin embargo, debido a la presión de otros temas, nunca llegó a triunfar.

En cuanto a la recomendación de que la CNDC debe estar más libre de influencias políticas, la respuesta al cuestionario indica que los esfuerzos se han destinado principalmente a trabajar por el establecimiento del Tribunal y

por proporcionarle a la CNDC independencia presupuestaria (véase más adelante). La respuesta hace hincapié, sin embargo, en que la Comisión realiza las tareas que le encomienda la ley de defensa de la competencia “lo más independientemente posible de cualquier departamento gubernamental”

Presupuesto

Recomendaciones

El informe indicaba que el presupuesto de la CNDC había disminuido cada año entre 2002 y 2005, y esto había empeorado debido a la inflación actual del país. Dichas reducciones condujeron a unos salarios bajos tanto para los empleados como para los comisarios, lo que originó un gran cambio de personal en el organismo, que afectó de manera negativa a su actuación. Otra consecuencia de la escasa financiación fue que muchos de los empleados de la CNDC trabajaban con contratos de corta duración – de unos tres meses. Esto afectaba moralmente al personal y aumentaba el revuelo. El informe también indicaba que la CNDC tenía escaso poder de decisión sobre cómo gastar el presupuesto, pues la mayor parte de las decisiones a este respecto las tomaba el ministerio.

El informe recomendaba que se incrementase el presupuesto de la Comisión a los niveles, por lo menos, de 2001 en términos reales, y que contase con más independencia sobre cómo gastar su presupuesto.

Respuesta

Argentina ha dado grandes pasos a este respecto. El presupuesto de la CNDC relativo a ello fue de 3,3 millones de pesos, muy por encima de los 2,1 millones de 2005, aunque todavía por debajo del nivel de 2001. Este dinero adicional ha posibilitado que la Comisión contratase a profesionales que sustituyesen a los que se habían marchado, además de hacer contratos permanentes a otros. Asimismo, a principios de 2007 el presidente de la CNDC asumió más autoridad sobre el presupuesto del organismo, como resultado de una serie de negociaciones al más alto nivel en el gobierno. Sin embargo, es demasiado pronto para medir el impacto de estos recursos adicionales de manera significativa.

Cumplimiento de la legislación contra los carteles

Recomendaciones

El informe indicaba que la CNDC no había sido muy activa en abrir expedientes por casos de carteles hasta 2005, cuando abrió dos expedientes importantes en cementos y oxígeno líquido. El informe hacía hincapié en la necesidad de seguir con este impulso y que la Comisión le diese la máxima prioridad a combatir la práctica de los carteles, sobre todo a raíz de los indicios anecdóticos de que los carteles estaban operando en la economía argentina. A este respecto, recomendaba que en aquellos casos demostrados de carteles, la Comisión empezase a imponer multas más grandes a las empresas y empezase a multar a los individuos también; que se incrementase la cantidad legal máxima con la que se podía multar a quien cometiese estas prácticas; que este organismo de defensa de la competencia estableciese un programa de clemencia y que la Comisión valorase la utilización juiciosa de las investigaciones proactivas (es decir, que empezase sin que se diese una prueba directa de que se daban este tipo de prácticas), sobre todo en los mercados de contratación pública, donde los carteles son algo común en muchos países.

Respuesta

Argentina respondió que las multas más importantes que había puesto hasta la fecha habían sido las de los casos de cementeras y de oxígeno líquido. Aún no ha impuesto ninguna multa contra personas individuales, pero en sus investigaciones actuales, el organismo ha informado a algunas de las partes de su potencial responsabilidad en este sentido. En cuanto al incremento de la cantidad legal máxima de multa, la respuesta de Argentina reconoce que la inflación es la que ha erosionado la importancia de los máximos legales actuales. Sin embargo, no se han llevado a cabo acciones concretas en el terreno legislativo para solucionar este tema. También hay que modificar la legislación para crear un programa de clemencia. El organismo está reuniendo testimonios en este sentido, pero reconoce que no son comunes en Argentina programas de este tipo.

En cuanto a las investigaciones proactivas en las licitaciones públicas, los escasos recursos de la CNDC limitan el número de investigaciones que se pueden emprender. En cualquier caso, se han producido reclamaciones de este tipo de actividad en las adquisiciones públicas, lo que ha generado nuevas investigaciones.

Investigaciones de conductas anticompetitivas

Recomendaciones

El informe señalaba que había una gran cantidad de trabajo atrasado en este tipo de casos en la CNDC. Esto se debía, en parte, a un aumento de la carga de trabajo en lo relativo a las concentraciones – éstas tienen prioridad sobre otro tipo de conductas dados sus plazos externos – y a la falta de quórum de los comisarios durante un tiempo. El trabajo atrasado también reflejaba los tediosos procedimientos de la Comisión a la hora de tratar dichos casos. Cualquier ciudadano privado puede iniciar un expediente con una reclamación y la ley obliga al organismo de defensa de la competencia a tramitarlo. Muchas de esas reclamaciones acaban archivándose y la mayoría tienen escaso valor legal. El informe recomendaba que el organismo considerase simplificar los procedimientos de tramitación de estas reclamaciones de particulares, permitiendo desechar rápidamente aquellas que claramente no tengan razón de ser. Incluso en aquellos casos que necesitan una investigación más profunda, el informe recomendaba que se adoptasen procedimientos que le permitiesen a la Comisión tramitarlos con más celeridad, en consecuencia con la evidente necesidad de mayor transparencia y equidad.

Respuesta

No se han dado pasos concretos para llevar a cabo esta recomendación. La respuesta de Argentina indicaba que el problema se había agravado por la continua rotación del personal en la CNDC, que originaba que los expedientes estuviesen constantemente cambiando de investigador. Se esperaba, por otra parte, que una mayor estabilidad de los puestos de trabajo a raíz del aumento de salarios y del incremento de los contratos fijos, de los que ya se ha hablado, ayude a solucionar el problema.

Concentraciones

Recomendaciones

La ley de 1999 introdujo el control de las concentraciones en Argentina por primera vez. Dicha ley exigía la notificación de las concentraciones que alcanzaban un tamaño concreto, pero no tenía carácter previo, es decir, las partes que se fusionaban no tenían que esperar la aprobación de la Comisión para consumir su concentración. El informe se centraba en dos temas

relativos a la evaluación de las concentraciones: la eficacia y la notificación previa a la concentración.

Tras la promulgación de la ley de 1999, el número de concentraciones que se notificaron a la CNDC aumentó rápidamente. En 2001 se aumentó el límite para la notificación y se consiguió el efecto deseado: el número de notificaciones descendió considerablemente. En 2005 dicha cifra había vuelto a aumentar, y el informe sugería que podría haber llegado el momento de volver a subir los límites otra vez (que debía realizarse mediante una ley), aunque no recomendaba ningún tope concreto.

El informe señalaba además que le llevaba a la CNDC entre 3 y 4 meses aprobar las concentraciones “sencillas” – aquellas que no suponían una violación de los temas de defensa de la competencia. Este plazo estaba muy por encima del habitual en los países de la OCDE, que de media es de 30 días o menos para este tipo de fusiones. El informe recomendaba que la Comisión simplificase los procedimientos, sobre todo la manera de solicitar la información a las partes, para acortar este período.

El informe destacaba otro problema del procedimiento: en unos cuantos casos, terceros habían recurrido las decisiones de la CNDC sobre las concentraciones ante los tribunales, lo que provocó serias interrupciones y retrasos. La CNDC se había opuesto al derecho de éstos a litigar en estos casos, con cierto éxito. El informe instaba a la CNDC que siguiese en esa línea de oposición estricta a estos litigios.

En cuanto a la falta de notificación previa a la concentración en Argentina, el informe señalaba las habituales debilidades asociadas a esa situación en la mayoría de los casos: retrasos, imposibilidad del organismo de defensa de la competencia de prohibir una concentración. El informe recomendaba que Argentina considerase la posibilidad de adoptar el sistema de notificación previa. Si por razones políticas no fuese posible, el organismo de defensa de la competencia debería pensar en hacer habitual el empleo de las órdenes de suspensión de la concentración mientras duran las investigaciones o la de emitir órdenes de disgregación.

Respuesta

En cuanto a los límites para las notificaciones, Argentina respondió lo que ya era obvio, que para eso era necesario una modificación legislativa. Sin embargo no ha habido ninguna iniciativa en ese sentido. En cuanto a la reducción del período de evaluación de las concentraciones no problemáticas, la respuesta echa la mayor parte de la culpa de esta situación a las partes que pretenden fusionarse, que no presentan la información necesaria con la notificación, lo que exige una labor de seguimiento por

parte del organismo de defensa de la competencia. La respuesta destaca, al igual que hizo el informe, que el sector empresarial no es especialmente crítico con el tiempo que tarda la CNDC, y sugiere que son las partes implicadas en la concentración las responsables, al menos en parte. En su respuesta, la Comisión se compromete a seguir con su oposición estricta a la intervención de terceros en los casos de concentraciones.

En cuanto a la notificación previa de las concentraciones, vuelve a ser obvio que para cumplirlo haría falta una reforma legislativa. La respuesta argentina, sin embargo, sugiere que la falta de capacidad de la Comisión para impedir la concentración antes de que termine su evaluación no es un problema importante, porque en la mayoría de los casos, las partes implicadas son conscientes de los riesgos asociados con la fusión antes de que reciban la aprobación – que podrían tener que deshacer la transacción – con lo que se abstienen de completarla, por lo menos en su totalidad.

Cultura de libre competencia / promoción de la competencia

Recomendación

El informe aplaudía las diversas formas en que la CNDC promovía la defensa de la competencia en Argentina y recomendaba que se ampliasen estos esfuerzos, incluyendo medios como conferencias públicas y seminarios, comunicados de prensa, publicaciones o ampliando su página web.

Respuesta

La CNDC ha ampliado sus esfuerzos en este sentido. Organizó conferencias públicas en 2006 y 2007 sobre la política de defensa de la competencia. Los miembros de la CNDC han participado en talleres y seminarios. Los expedientes y las decisiones más importantes se dan a conocer a través de comunicados de prensa y aparecen en la prensa especializada. La Comisión está trabajando para poner todas sus decisiones en su página web.

Relación con los jueces

Recomendaciones

La mayoría de los recursos de la CNDC se hicieron ante un tribunal casi especializado de Buenos Aires. El informe recomendaba que la Comisión ayudase a los magistrados a comprender estos temas especiales en materia de defensa de la competencia con seminarios y conferencias y con invitaciones a los jueces para que participasen en los eventos públicos patrocinados por la Comisión.

Respuesta

Argentina respondió que ha incluido a los jueces en los eventos que organiza y que los jueces han mostrado el máximo interés en el estudio de la defensa de la competencia.

El papel del organismo de defensa de la competencia en los sectores regulados

Recomendaciones

No hay excepciones a la aplicación de la ley de defensa de la competencia en los sectores regulados, lo que significa que el papel que juega el organismo de defensa de la competencia en estos sectores es potencialmente muy importante. El informe recomendaba que dicho organismo estableciese relaciones de cooperación con los reguladores del sector, tanto para incrementar el cumplimiento de la ley como para que participen en la promoción de la defensa de la competencia hasta donde se lo permitan sus limitados recursos.

Respuesta

Argentina respondió que la participación de los reguladores en los expedientes de la CNDC normalmente no es necesaria y que recibe una buena cooperación por parte de los mismos cuando la Comisión les solicita información al respecto. En cuanto a la ampliación de la promoción a los sectores regulados, lo limitado de su presupuesto y la gran carga de trabajo impiden que lo pueda hacer en la actualidad.

Comentarios generales

Argentina describió diversas maneras en las que le resultó de utilidad el examen inter-pares. Como ya se ha comentado, la CNDC ha apoyado una legislación que pretendía crear un nuevo Tribunal de Defensa de la Competencia y Argentina ha afirmado en su respuesta que

... uno de los argumentos utilizados a favor de esto es precisamente la recomendación del informe del examen inter-pares en la que se afirma que se debería crear el Tribunal tan pronto como fuese posible.

El informe fue además muy útil para los fructuosos esfuerzos de la CNDC para incrementar su presupuesto y conseguir más control sobre su gestión, y se empleó también en sus labores de promoción de la defensa de la competencia:

El informe del examen inter-pares fue debatido en un seminario especial que tuvo lugar en el Ministerio de Economía (octubre de 2006); alguna prensa especializada resumió sus conclusiones principales y también fue presentado en círculos privados relacionados con estos temas (como, por ejemplo, en los desayunos del Foro de Competencia). Todos estos ejemplos demuestran el impacto del examen inter-pares para promover la cultura de la libre competencia en Argentina...

Apéndice

CUESTIONARIO

Las recomendaciones del informe del examen inter-pares se exponen en un anexo a este cuestionario, junto con el texto explicativo que lo acompaña. Se ruega remitirse al informe completo como marco de referencia en lo que se refiere a estas recomendaciones. Al formular su respuesta, puede agrupar las recomendaciones o las subdivisiones que haga de ellas como mejor le convenga.

1. Para cada una de las recomendaciones y sus subdivisiones, cuando proceda, proporcione la siguiente información:
 - a. Si se ha puesto en práctica la recomendación en su conjunto o en parte según el informe, describa qué es lo que se ha hecho.
 - b. ¿Qué ocurrió tras poner en práctica la recomendación? En la medida de lo posible, indique los efectos de los cambios realizados para poner en práctica las recomendaciones (por ejemplo, se han abierto tantos nuevos expedientes por carteles el año pasado, o se han contratado X número de abogados).
 - c. Si se está barajando la posibilidad de más medidas para poner en práctica, diga en qué situación se encuentran.
 - d. Si las recomendaciones no se han implementado completamente, indique qué es lo que no se ha llevado a cabo y dé las razones por las que usted cree que no se han puesto en práctica.
2. Describa el papel o el efecto que el informe del examen inter-pares ha tenido en la realización de los cambios descritos en la respuesta a la pregunta 1. Por ejemplo, ¿el informe ha proporcionado nuevos elementos para comprender los problemas y las soluciones? ¿Se utilizó el informe o se citó en las relaciones con el parlamento o con otros departamentos gubernamentales para tratar estas nuevas medidas? Por favor, sea concreto si es posible.

Un informe del examen inter-pares tiene una doble finalidad, por un lado proporcionar las evaluaciones y, cuando proceda, ofrecer soluciones a temas concretos relativos a la política y la ley de defensa de la competencia en un país y, por otro, fomentar de manera general la política de defensa de la competencia en un país. En cuanto al segundo objetivo:

3. Describa cómo fue utilizado el informe, si es que lo ha sido, en:
 - a. incrementar la concienciación de la opinión pública sobre temas de defensa de la competencia;
 - b. comunicaciones o relaciones con otros departamentos estatales (nacionales, regionales o locales), el parlamento, reguladores de los sectores y tribunales, en aquellos aspectos no descritos en su respuesta a la pregunta 2.
4. Escriba cualquier comentario adicional que considere oportuno sobre la utilidad del informe del examen inter-pares así como sobre su efecto en la política de defensa de la competencia en su país.

RESUMEN DE LA DISCUSIÓN

El **Presidente** de la mesa redonda, Frédéric Jenny de la OCDE, pidió a John Clark, consultante en la OCDE, que introdujera la nota de referencia que el había redactado para la discusión. El señor Clark hizo un repaso breve de la historia del proceso de examinación inter-pares en el Comité de competencia de la OCDE. El Comité ha conducido varias revisiones de política de competencia de sus estados miembros y de selectos estados no-miembros también. La OCDE se unió al Banco Interamericano de Desarrollo para llevar a cabo los exámenes inter-pares de cinco países latinoamericanos, cuatro de ellos del Foro de Competencia Latinoamericano y uno de ellos del Comité. Los cinco países, en el orden correspondiente a su examinación, fueron Chile, Perú, México, Brasil y Argentina.

Este año se decidió realizar un seguimiento a las cinco examinaciones. Para esta meta se enviaron cuestionarios a los cinco países en cuestión. Se le pidió a cada uno de ellos declarar si, y a qué grado, se habían implementado las varias recomendaciones contenidas en cada reporte de examinación inter-pares. También se le invitó a los países a que comentaran sobre como los reportes habían sido utilizados en su país y sobre su utilidad para la agencia de competencia.

Es difícil derivar muchas generalizaciones de las respuestas al cuestionario ya que existen diferencias en la manera en la que los cinco países en cuestión implementan las políticas de competencia. Aun así, surgieron muchos temas comunes que serán explorados durante la discusión. Dos comentarios generales pueden ser establecidos. Primero, muchas de las recomendaciones en los reportes de exámenes inter-pares han sido implementadas, especialmente aquellas sobre las cuales la agencia de competencia podría actuar de manera unilateral, sin necesidad de una nueva legislación. Segundo, los países que respondieron alabaron el proceso de examinación inter-pares. Consideraron que los reportes eran útiles a la vez para identificar e implementar mejores prácticas en el fomento y la aplicación del derecho de la competencia y para ayudar en las negociaciones con otras partes de gobierno, por ejemplo en lo que concierne la obtención de nueva legislación o de presupuestos más grandes.

El **Presidente** empezó la discusión declarando que seis tópicos de interés habían sido identificados en las respuestas al cuestionario: agencias de competencia e independencia, aplicación de las leyes anti-cartel, concentraciones, procedimientos de tramitación de casos, presupuestos de las agencias de competencia y utilización de la materia económica por estas mismas. Cada uno de estos tópicos serían discutidos, comenzando por una pregunta del presidente dirigida a uno de los cinco países. Otros países serían en seguida invitados a participar en la discusión.

Estructura e independencia de la agencia de competencia

Como introducción, el Presidente destacó que la independencia de la agencia de competencia es importante. Esto puede ser logrado haciendo que la agencia sea estructuralmente independiente de otras partes de gobierno, pero según la opinión de otros, la agencia puede llegar a tener más influencia si se queda como parte de un ministerio, lo cual la pondría cerca de los responsables políticos de las decisiones. El Presidente también destacó que por lo menos un experto latinoamericano en competencia había sostenido que en años recientes había habido un debilitamiento de las agencias de competencia en la región.

El presidente notó que **Chile** había promulgado una ley en el 2003 que había creado un nuevo Tribunal de Competencia, el cual parece ser más estructuralmente independiente de lo que era el caso bajo el sistema previo. El presidente preguntó a Chile si la nueva agencia era de hecho substancialmente independiente, y si lo era, si podía describir el proceso a través del cual esta independencia había sido obtenida.

La ley del 2003, la cual se hizo efectiva en el 2004, reformó una ley que había estado en efecto desde 1911. Bajo esa ley las decisiones relevantes a la aplicación del derecho de la competencia eran tomadas por una o más comisiones casi-independientes. Estas Comisiones fueron remplazadas por el Tribunal de Competencia, cuerpo formado por cinco miembros, de los cuales tres son abogados y dos son economistas. El Tribunal es independiente de otras partes de gobierno, reportándose con la Suprema Corte y teniendo su propio presupuesto. Los miembros del Tribunal son electos por un panel especial de expertos y no por el presidente del país. Las Investigaciones son emprendidas, como previamente, por la Fiscalía Nacional Económica (FNE), quién forma parte del gobierno. El FNE presenta los casos al Tribunal quién a su vez rinde las decisiones. El sistema es un mejoramiento del antiguo; las antiguas comisiones se reunían esporádicamente, y su presupuesto y apoyo administrativos eran otorgados por la Oficina del Procurador del Distrito Económico.

El nuevo sistema está marchando bien. Sin embargo, algunos problemas han surgido, notablemente en lo que concierne la reunión de pruebas bajo el Código Civil de Chile vigente ya desde hace 100 años. Algunas propuestas de cambio al código están siendo discutidas. Un proceso nuevo fue introducido a través de la creación del Tribunal, el de las consultaciones. Las partes pueden hacer una solicitud al Tribunal para que este decida sobre la legalidad de alguna conducta en particular o de una concentración. El procurador conduce una investigación sobre el asunto y el Tribunal juzga sobre su legalidad. También hay leyes más fuertes que prohíben los conflictos de interés por parte de los miembros del Tribunal. Finalmente, un aspecto importante de la independencia del Tribunal es el proceso de selección de sus miembros. Este es llevado a cabo de manera imparcial, con enfoque en los niveles de especialización y experiencia requeridos para la posición.

El delegado de **Perú** habló sobre la independencia de su agencia, Indecopi. La agencia, que tiene varias otras responsabilidades aparte de la relativa a la aplicación del derecho de la competencia, es estructuralmente independiente. Dentro del Indecopi, la resolución de casos está separada de la función administrativa, y existen responsabilidades separadas e independientes entre los cuerpos de investigación (Secretariados Técnicos) y aquellos de toma de decisiones (Comisiones y Cámaras). Los miembros del tribunal que rinde las decisiones son propuestos por la Junta Directiva del Indecopi, cuyos tres miembros son nombrados por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Finanzas. Los miembros del Tribunal son nombrados según la resolución firmada por el Presidente de Perú y el Presidente del Consejo de Ministros, quienes también toman en cuenta la recomendación de un Consejo de Asesores cuyos 15 miembros representan diversos sectores empresariales y de la sociedad civil. Indecopi tiene su propio presupuesto, la mayor parte del cual proviene de comisiones evaluadas por la agencia y no de fondos públicos.

El Presidente hizo un resumen de la discusión de este tema. Hay por lo menos tres atributos que afectan la independencia de una agencia de competencia. La estructura- el existir aparte de los ministerios gubernamentales-, tener un presupuesto separado, si es posible sin que este bajo el control de un ministerio, y estipular que el nombramiento de los miembros de alto rango de la agencia se haga por una o varias personas fuera del gobierno. La transparencia en los procedimientos es importante para la independencia y el buen funcionamiento de una agencia, al igual que lo son un presupuesto adecuado y procedimientos efectivos y justos de resolución de casos. Aun así el concepto de independencia es resbaladizo; no es fácil definirlo con certitud.

Aplicación de la política anti-cartel

El **Presidente** aclaró que dado a que la mayor parte de la sesión matutina había sido dedicada a este tema, pasaría poco tiempo en él durante la sesión de la tarde. Sin embargo, notó que Brasil parecía haber sido especialmente exitoso en la implementación de su programa anti-cartel, y le pidió entonces a esta delegación que describa las medidas que había tomado en ese aspecto.

La lucha en contra de los carteles más activos es una prioridad en Brasil. Varios cambios han sido introducidos al programa desde el comienzo de esta década. Una nueva legislación ha hecho posible la implementación de un programa de clemencia y, como parte de este programa, llegar a un acuerdo con los solicitantes de clemencia protegiéndolos de un proceso a cambio de su cooperación. Como resultado, el programa de clemencia ha comenzado a producir nuevos casos. Ha habido un total de diez acuerdos de clemencia bajo el nuevo programa. Las solicitudes de clemencia producen una fuerte y directa prueba de acuerdos de cartel, con el resultado que los casos sobre carteles están más aptos para enfrentar desafíos en la corte. El nuevo programa permite que se use evidencia de documentos corporativos proporcionados por el solicitante.

Otras mejoras al programa incluyen el aumento del uso de inspecciones (redadas en la madrugada) y la intercepción de la comunicación por medios electrónicos; la formación de fuerzas especializadas en donde representantes del procurador, de la policía y de la agencia de competencia trabajan en conjunto; la utilización de instrumentos económicos para identificar y seleccionar casos y también para evaluar los costos de la colusión en un caso determinado; la habilidad de resolver casos a través de acuerdos con los demandados sobre la sanción apropiada en lugar de acudir al litigio; y la habilidad de encarcelar temporalmente a individuos en vistas de preservar evidencia importante. Hasta el momento en el 2007 se han conducido 84 inspecciones y 30 personas han sido encarceladas bajo la medida de protección de la evidencia.

Aunque Brasil está teniendo un nuevo éxito en su lucha anti-cartel, está consciente de que hay aún mucho más por hacer.

Concentraciones

El presidente empezó la discusión notando que entre países latinoamericanos hay diferencias significativas en cuanto a la manera en que se controlan las concentraciones, si se hace del todo. Declaró que entre los cinco países que habían sido examinados inter-pares, **Perú** era el único sin

tener un control de concentraciones. Una propuesta para añadir el control de concentraciones al derecho de la competencia había sido recientemente rechazada. El Presidente le preguntó al delegado de Perú sobre el debate dentro del país alrededor del tema del deseo de que haya o no un control de concentraciones.

En un principio se había decidido no introducir un control de concentraciones en Perú dado a que se había considerado que los costos de un tal programa excederían sus beneficios. La economía de Perú era relativamente pequeña, y las personas de influencia en posición de toma de decisiones, en los sectores tanto públicos como privados, estaban opuestas al concepto. Sin embargo, en el 2005 una propuesta para comenzar el control de concentraciones fue introducida en la legislatura. Tal propuesta fue acompañada por una segunda, la de añadir las prácticas de precios excesivos como una violación al derecho de la competencia. Hubo una gran oposición a la propuesta relativa a los precios excesivos, y causó también, como efecto residual, el rechazo de la propuesta del control de concentraciones. En el presente se habla poco sobre el tema, pero algunos expertos están comenzando a considerar la idea de nuevo, con vistas a introducir una nueva propuesta en algunos años.

El Presidente notó que **El Salvador**, una economía pequeña, había recientemente promulgado su primera ley de competencia que incluía el control de concentraciones, al igual que la obligación de hacer una notificación previa a la concentración. El Presidente le preguntó al delegado del Salvador sobre el proceso que había llevado a ese resultado.

Se había ya considerado introducir una ley de competencia en el Salvador desde hacia 12 años antes de que se adoptase finalmente en el 2006. Había habido siempre una preocupación sobre el poder de mercado sostenido por grandes empresas, y se había considerado que el control de concentraciones sería útil para limitarlo. Una característica de la ley que contribuyó a la aceptación del control y la notificación previa de las concentraciones fue el haber fijado los umbrales de notificación a un alto nivel.

El Presidente cambió al tema de la notificación previa de las concentraciones, lo cual a su vez impulsó a que hubiese varias intervenciones. Destacó que **Brasil** no contaba con una obligación de notificación previa a las concentraciones pero que había una propuesta en la legislatura para que se creara tal obligación, hasta el momento sin éxito alguno. Le pidió a Brasil que describa el presente estado de la discusión sobre este tema en el país.

Las agencias de competencia reconocen que el sistema actual, según el cual la notificación es mandatoria pero no es necesario que se haga

previamente a la concentración, es ineficiente. Sin embargo, sus esfuerzos para que se adopte la notificación previa a las concentraciones se han confrontado con una oposición política. La comunidad empresarial no entiende los beneficios que puede tener para ella la notificación previa a las concentraciones. Esta comunidad necesita tener la garantía de que la agencia de competencia será apta para administrar tal proceso de manera eficiente.

Al igual que en Brasil, en **Chile** no existe una obligación de notificación previa a las concentraciones, pero a la diferencia de Brasil no la considera necesaria. En Chile se le aconseja a las partes de la concentración que notifiquen su transacción de manera voluntaria antes de llevarla a cabo, utilizando el proceso de consultación previamente descrito. Normalmente estas lo hacen si es que la concentración pudiese ser problemática. Para hacer esta evaluación, las partes consultan, entre otros documentos, las publicaciones de la OCDE relativas a la identificación de concentraciones potencialmente problemáticas.

Honduras promulgó recientemente una nueva ley de competencia que incluye el control de concentraciones pero la notificación es voluntaria. Hubo poco debate sobre el hecho de incluir o no un control de concentraciones. Se les advirtió a los redactores de la ley de las experiencias en España y en otros países de la OCDE en donde hasta 95% de las concentraciones que son propuestas no presentan serios problemas de competencia. Existía la preocupación de que el hecho de tener que procesar tantas notificaciones de concentraciones benignas fuera a requerir demasiados recursos por parte de la agencia de competencia, y la decisión fue entonces que no fuese requerida una notificación. Sin embargo, se incluyó un incentivo en la ley para que esta última se hiciera; una concentración que fuera notificada y aprobada no podría en los siguientes 18 meses ser desafiada bajo la ley de competencia, salvo si la información en la notificación fuese falsa o incompleta.

Panamá se parece a Honduras en el sentido en que la notificación es voluntaria, pero las empresas seguido hacen la notificación bajo un proceso de consultación como es el caso en Chile porque desean tener la certitud que proviene de la aprobación de su transacción por la agencia.

México utiliza la notificación previa a las concentraciones y lo considera necesario para permitirle a la agencia de competencia prohibir concentraciones anticompetitivas sin que tenga que deshacer lo hecho (o “unscramble the eggs”) en caso de que la concentración ya haya sido consumada. Es importante sin embargo que el proceso sea eficiente. Para este propósito, México tiene un proceso acelerado para concentraciones que aparentemente presentan pocas preocupaciones de competencia. También es importante fijar altos los umbrales de notificación, para que se excluyan de

los requerimientos de notificación las transacciones pequeñas, las cuales son probablemente poco anticompetitivas.

El delegado de los **Estados Unidos**, una economía grande que utiliza la notificación previa de las concentraciones, recordó una conversación que había tenido con un representante de una economía mucho más chica, durante la cual la persona había dicho que la notificación de concentraciones era innecesaria en su país porque las grandes transacciones de negocios como las concentraciones se daban a conocer rápido públicamente, dándole a la agencia de competencia la oportunidad de hacer una investigación si lo deseaba. Había escogido no requerir la notificación previa a las concentraciones en vistas de conservar sus escasos recursos para ocuparse de las violaciones de conducta.

El delegado de la **República Dominicana** describió una experiencia diferente de aquella de sus vecinos de América Central, quienes habían introducido el control de concentraciones en sus primeras leyes de competencia. Una propuesta de ley de competencia esta aun siendo debatida en la República Dominicana, pero hay una fuerte oposición al control de concentraciones por parte de la comunidad empresarial, y entonces ha sido removida del anteproyecto de ley. La redacción revisada esta otra vez bajo consideración y hay una mayor probabilidad de que sea aprobada. Si lo es, existe la posibilidad de que el control de concentraciones sea añadido en una segunda etapa.

La ley actual de **Costa Rica** carece de estándares suficientes para el control de concentraciones. Sin embargo, hay una propuesta para una nueva ley que le otorgaría poderes importantes a la agencia, incluyendo un programa de clemencia y poderes de registro, y eliminaría las exenciones que existen en el presente en algunos sectores y actividades. También ha sido propuesto añadir una notificación previa a las concentraciones.

Un delegado de España expresó la opinión que la notificación previa a las concentraciones no era necesariamente lo indicado para todos los países. Los costos de imponer tal proceso deben de ser considerados en función de sus beneficios, sobre todo en economías pequeñas.

El Presidente estuvo de acuerdo con la idea que los costos del control de las concentraciones debían de ser considerados en función de sus beneficios, notando sin embargo, que tales beneficios debían de incluir los costos económicos de las concentraciones anticompetitivas que fuesen prevenidas.

El delegado de Italia hizo dos puntos que son algunas veces pasados por alto en el debate sobre si el control y la notificación previa de las concentraciones son necesarios. Primero, al evaluar los beneficios del control de concentraciones se debe de considerar no solamente aquellas

concentraciones anticompetitivas que son prevenidas o modificadas por la agencia de competencia, pero también aquellas que no son nunca propuestas porque probablemente violarían la ley. En cuanto a la notificación previa de concentraciones, uno de sus beneficios es que remueve la discreción que la agencia hubiese tenido para revisar una transacción dada. El tener que ejercer aquella discreción podría exponer a la agencia a influencias externas, lo que interferiría con su propia independencia.

Tramitación de casos

El Presidente notó que tres de los reportes habían recomendado que los países adopten procedimientos para resolver casos, es decir, ponerse de acuerdo con las partes demandadas sobre un remedio apropiado sin la necesidad de litigio o de audiencia. Este proceso contribuye a la eficiencia acortando el tiempo requerido para la resolución de un caso y minimizando el riesgo de apelación a las cortes. **México** era uno de los tres países. El Presidente notó que una enmienda reciente a la ley mexicana había permitido que la agencia de competencia hiciera acuerdos con las partes demandadas y preguntó si el procedimiento estaba funcionando. También preguntó sobre los efectos de tales acuerdos para terceros - los participantes en el mercado aparte de las partes demandadas.

El delegado mexicano primero expresó su punto de vista sobre la utilidad del proceso de examinación inter-pares para su país. La examinación inter-pares había sido muy útil, especialmente para influir en el contenido de las extensas enmiendas a la ley de competencia en el 2006. Como respuesta a las preguntas del Presidente relativas a los acuerdos de resolución de disputas, admitió que sería bastante útil en teoría tener la habilidad de resolver un caso en una etapa temprana llegando a un acuerdo con las partes. La nueva ley en México le da a las partes la habilidad de hacer acuerdos ya sea de conducta o de estructura que puedan resolver el caso. Sin embargo, es aun bastante temprano para determinar la utilidad de estas nuevas provisiones. En cuanto al impacto de tales acuerdos para terceros, el delegado afirmó que estos deben de ser de acuerdo al interés público, es decir, tienen que beneficiar a la competencia.

El delegado de México habló sobre otras maneras, aparte del acuerdo, para reducir el riesgo de apelaciones judiciales en casos de competencia. Dos de ellas son el aumento en la transparencia de las decisiones de la agencia y una mejor preparación para el litigio. El delegado notó que en los últimos seis meses la agencia había tenido éxito en el 80% de las demandas colaterales, o amparos, traídas en sus casos.

Brasil brevemente describió los procedimientos que sus agencias de competencia utilizan para resolver casos de concentraciones.

El Presidente notó que la introducción de procedimientos de resolución de casos mediante acuerdos está siendo considerado en varios países ya que son obvios los beneficios en eficiencia que pueden tener. Sin embargo, indicó dos posibles dificultades que tales procedimientos podrían introducir: Primero, la oportunidad de resolución, especialmente en términos favorables, podría reducir el incentivo de los participantes en el mercado de obedecer a la ley; y segundo, acuerdos de resolución requieren un monitoreo por parte de la agencia de competencia, lo cual reduce la eficiencia global generada por este proceso. Notó otro tópico más amplio que surgió de esta discusión y que podría ser sujeto de discusión en una reunión futura: el aumento en el papel que juegan las cortes en los casos de competencia y las maneras de lidiar con este, ya sea evitando a las cortes a través de acuerdos o volviéndose más eficientes y obteniendo mejores resultados en los casos en corte.

Presupuesto y recursos de la agencia

Este fue un tema común en los reportes de examinación inter-pares. En los cinco reportes se consideró que el presupuesto de la agencia de competencia era insuficiente. En cuatro de los cinco países, el presupuesto de la agencia fue aumentado después de la publicación del reporte.

El Presidente notó que la agencia de competencia de **Perú**, Indecopi, esta financiada de manera inusual. Solo una pequeña parte de su presupuesto proviene de fondos públicos; la mayoría de sus fondos provienen de comisiones que la agencia cobra por los varios servicios que provee. Una porción aun más pequeña proviene de las multas que la agencia impone. El Presidente pidió más información sobre la manera en la que este sistema funciona, y si este crea algún incentivo para que la agencia imponga multas que de lo contrario no hubiese impuesto.

Los delegados de Perú explicaron que el presupuesto total de la agencia era aprobado por el Congreso. Este presupuesto toma en cuenta las comisiones esperadas y las multas, y añade una pequeña porción de fondos públicos para completar el total. Sin embargo, las multas y las comisiones impuestas por el Indecopi no son pagadas directamente a la agencia sino a un fondo central del gobierno. Actualmente, el 95% del presupuesto de Indecopi está financiado por sus actividades, con el restante 5% siendo provisionado por el gobierno central. El delegado peruano declaró que el sistema no creaba ningún incentivo para que la agencia impusiese multas que no hubiera impuesto bajo la manera usual de aplicación de la ley.

La **República Dominicana** tiene un sistema parecido al de Perú. El gobierno compensa con fondos públicos la diferencia entre el presupuesto total de la agencia y el ingreso generado por esta a través de comisiones y multas. Sin embargo, la habilidad de la agencia de competencia para actuar estratégicamente al imponer multas está limitada por la ley, la cual impone algunas restricciones en sus poderes de multa.

El presidente destacó que si la ley era demasiado rígida en cuanto a las multas, esto podría eliminar la discreción necesaria que la agencia de competencia debe de tener para imponer estas mismas. El delegado Dominicano estuvo de acuerdo con lo anterior y declaró que la agencia sí tenía alguna discreción dentro de los límites de la ley.

El uso de la ciencia económica por las agencias de competencia

El Presidente notó que casi toda agencia de competencia emplea a economistas como parte de su personal profesional, y que el análisis económico forma una parte importante en la mayoría de los casos de competencia. Las agencias de competencia utilizan sin embargo a los economistas de diferentes maneras. Entre los países latinoamericanos, **Brasil** tiene la reputación de dar a los economistas un papel importante en sus casos. El Presidente le pidió a la delegación de Brasil que elaborara más sobre como empleaba a los economistas.

En Brasil el uso de la ciencia económica en casos de competencia está en crecimiento y se está volviendo más sofisticado. Los estudios y análisis económicos complementan las pruebas evidentes en un caso, por ejemplo en cuestiones de definición de mercado, de entrada y de eficiencias. Actualmente hay una tendencia de realizar estudios económicos más aprofundizados. Se han hecho por ejemplo estudios sobre los sectores del supermercado, bancario y de la salud. Ya que el análisis económico es tan importante en casos de competencia, el Departamento de Estudios Económicos, previamente parte del Ministerio de Finanzas, se hizo parte del CADE, el tribunal de competencia.

El Presidente comentó sobre la resistencia en Europa al uso de la materia económica en casos de competencia. Una cuestión importante es la de saber como integrar la materia económica dentro del mecanismo de la aplicación del derecho de la competencia, si por medio de cortes especiales de competencia, o por unidades económicas especiales dentro de agencias de competencia, etc. De todas formas, es importante utilizar el análisis económico de manera entendible y útil para los no-economistas y sobre todo para las cortes.

El delegado de **Brasil** estuvo de acuerdo. El aporte económico en los casos no necesita ser demasiado complicado. Es de particular importancia que sea presentado de manera a que sea útil para los jueces. Para este fin, Brasil piensa patrocinar seminarios de micro-economía para los jueces.

Otros delegados se unieron a la idea de la importancia de hacer que la ciencia económica sea entendible para los jueces. En **Chile** la nueva ley requiere que las decisiones del Tribunal de la Competencia tengan su base tanto en el derecho como en la economía, razón por la cual el Tribunal está compuesto tanto de abogados como de economistas. Sin embargo, el problema surge cuando los casos llegan a la Corte Suprema porque la mayoría de los jueces no tiene una formación en materia económica. Una propuesta para sobrepasar este problema es que en los casos de la Suprema Corte se limiten las cuestiones relevantes a aquellas de derecho. El Presidente respondió que en los casos de competencia las cuestiones de derecho y de los hechos, incluyendo las cuestiones económicas, están entrelazadas y no pueden ser fácilmente separadas.

México estuvo de acuerdo con el hecho de que es difícil separar las cuestiones de derecho y las de economía. En México el proceso legal es altamente formal. El reto en casos de competencia es hacer que sean claras y entendibles las cuestiones económicas para los jueces.

En **Perú** hay economistas en la primera y segunda instancias en el seno del Indecopi, pero como en otros países los problemas surgen cuando los casos llegan a las cortes. Es entonces necesario, como lo han ya dicho otros delegados, hacer que los conceptos económicos sean entendibles para los jueces que no son economistas.

Costa Rica estuvo de acuerdo con los otros delegados sobre el hecho que presentar cuestiones económicas a los jueces es un gran reto en los casos de competencia. Su agencia de competencia estará afrontada a un reto a principios del próximo año cuando los casos de competencia estarán sujetos a un proceso administrativo diferente que necesitará de juicios. En el pasado, la agencia estaba representada en la corte por el Procurador General, pero al principio del próximo año la agencia de competencia también participará en los juicios dado el aspecto especializado de los casos de competencia.

El Presidente resumió esta interesante discusión sobre la ciencia económica notando que al parecer el uso de análisis económicos en casos de competencia está en aumento en todos los países, y que el hacer que la ciencia económica sea entendible para los jueces en casos de competencia es un gran y creciente problema a través de los países. Una fuente de información en cuestiones de economía, presentada en un lenguaje

entendible, es el sitio web de la OCDE, en el cual se encuentran accesibles varios documentos sobre cuestiones de economía [<http://www.oecd.org/competition>].

De manera más general, el Presidente sugirió que este tópico-la incorporación de la ciencia económica en el proceso judicial en casos de competencia-podría ser uno de los temas de discusión en un Foro de Competencia futuro. El Presidente agradeció a los delegados por su participación en la discusión y al Banco Interamericano de Desarrollo por haber financiado los exámenes inter-pares y el trabajo de seguimiento que sirvió como base a esta mesa redonda.

OECD PUBLICATIONS, 2, rue André-Pascal, 75775 PARIS CEDEX 16
PRINTED IN FRANCE
00 2007 4Z3 – No. 88 596