

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE
COMERCIO Y DESARROLLO

**Examen voluntario entre homólogos del derecho y
la política de competencia: Indonesia**

PANORAMA GENERAL

Informe de la secretaría de la UNCTAD



NACIONES UNIDAS
Nueva York y Ginebra, 2009

Nota

La UNCTAD se ocupa, dentro de la Secretaría de las Naciones Unidas, de todas las cuestiones relacionadas con la política de la competencia. La UNCTAD pretende profundizar los conocimientos sobre los aspectos esenciales del derecho y la política de la competencia y su contribución al desarrollo y crear un entorno favorable para el funcionamiento eficiente de los mercados.

A fin de llevar a cabo esta labor, la UNCTAD organiza debates intergubernamentales y lleva a cabo actividades de fomento de la capacidad, asesoramiento en materia de políticas e investigación y análisis del interfaz entre política de la competencia y desarrollo.

El examen voluntario entre homólogos del derecho y las políticas de competencia se enmarca en el Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas (el "Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas"), aprobado por la Asamblea General en 1980. Con la presente serie de documentos se pretende, entre otras cosas, ayudar a los países en desarrollo a adoptar y aplicar leyes y políticas de defensa efectiva de la competencia que se adapten a sus necesidades de desarrollo y su situación económica.

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o límites. El material contenido en esta publicación puede citarse o reproducirse sin restricciones siempre que se indique la fuente y se haga referencia al número del documento. Debería remitirse a la secretaría de la UNCTAD un ejemplar de la publicación en que aparezca el material citado o reproducido.

El presente informe fue preparado para la UNCTAD por la profesora Elizabeth M.M.Q. Farina, ex Presidenta del Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), que actúa como tribunal de defensa de la competencia en Brasil.

El panorama general contenido en el presente documento se publica también como parte del *Examen voluntario entre homólogos de la política de competencia: Indonesia* (UNCTAD/DITC/CLP/2009/1).

UNCTAD/DITC/CLP/2009/1(Overview)

ÍNDICE

	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN	1
I. MARCO GENERAL DE LAS POLÍTICAS ECONÓMICAS Y EL DESARROLLO.....	2
II. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO DEL DERECHO Y LA POLÍTICA DE COMPETENCIA	4
A. Objetivos de la política de competencia y desarrollo	4
B. Alcance de la legislación de defensa de la competencia: prácticas anticompetitivas	5
1. Análisis sustantivo	5
2. Cuestiones de procedimiento	9
3. Sanciones.....	12
4. Examen de las fusiones	13
5. Revisión judicial.....	14
6. Excepciones: artículo 50	17
C. Aplicación del derecho de competencia: instituciones.....	17
III. DIFUSIÓN DE LA COMPETENCIA.....	21
IV. COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y ASISTENCIA TÉCNICA.....	26
V. CONCLUSIONES Y POSIBLES OPCIONES DE POLÍTICA.....	27
A. Recomendaciones	27

ÍNDICE (continuación)

	<i>Página</i>
V. A. (continuación)	
1. Prácticas anticompetitivas	27
2. Instituciones	29
3. Examen de las fusiones	31
4. Tribunales.....	31
5. Difusión.....	32
B. Consideración general: enmienda de la ley..	32

Introducción

En Indonesia, desde la promulgación de la Ley de defensa de la competencia de 1999, la política de competencia se ha centrado en tres cuestiones principales: primero, la aplicación de dicha ley contra las confabulaciones en la licitación pública, frecuentemente en colaboración con la Comisión Anticorrupción (en adelante la "KPK"). Segundo, la insistencia en que se tengan en cuenta los objetivos de la política de defensa de la competencia del Gobierno cuando se planteen otros objetivos del Gobierno. Tercero, el mantenimiento del apoyo de la opinión pública mediante la inclusión entre los criterios utilizados para definir el uso de los recursos si una actuación concreta tendrá, o no, unas repercusiones directas y positivas en los ciudadanos y los consumidores. Sin embargo, la Comisión de Supervisión de la Competencia Comercial (Komsu Pengawas Persaingan Usaha) (en adelante, la "KPPU") se esfuerza por superar su debilidad institucional, que constituye una amenaza para su independencia y su capacidad técnica. La Ley de defensa de la competencia contiene pasajes ambiguos que provocan incertidumbre. También contienen disposiciones incongruentes con los objetivos que ella misma se propone alcanzar.

El examen por homólogos de la política de competencia pretende ofrecer a los organismos encargados de su defensa una evaluación independiente y constructiva de sus instituciones y del contenido sustantivo de la legislación de defensa de la competencia y su aplicación. Además, el proceso de examen por homólogos, que lleva a cabo la UNCTAD, permite evaluar las necesidades de fomento de la capacidad y asistencia técnica de los países interesados.

I. MARCO GENERAL DE LAS POLÍTICAS ECONÓMICAS Y EL DESARROLLO

Indonesia tiene 245 millones de habitantes y unos ingresos por habitante de 2.271 dólares de los EE.UU¹. (en adelante "dólares"). Aunque estos ingresos sean todavía inferiores a los de otros países asiáticos vecinos como Malasia (6.948 dólares), Singapur (30.000) y Tailandia (3.737), se han casi duplicado desde 2004.

Indonesia tiene una economía orientada al mercado en la que el Gobierno sigue desempeñando un papel importante. Entre los años setenta y los últimos años noventa, la economía indonesia creció a un ritmo rápido. Indonesia se ha considerado un ejemplo de éxito de una nueva economía en proceso de industrialización, y un importante mercado emergente. No obstante, el rápido crecimiento económico ocultó algunas debilidades institucionales importantes que quedaron al descubierto durante la crisis de los años noventa. El sistema jurídico y judicial era muy débil e ineficaz y no había ningún medio eficaz para exigir el cumplimiento de los contratos, cobrar deudas o entablar un procedimiento de quiebra. La reglamentación cautelar del sistema bancario era escasa y los obstáculos no arancelarios, las actividades de las empresas estatales para obtener ingresos, las subvenciones internas, los obstáculos al comercio interno y las restricciones a la exportación eran fuente de distorsiones económicas².

A finales de los años noventa, Indonesia y el Fondo Monetario Internacional (FMI) llegaron a un acuerdo para proceder a unas reformas económicas, institucionales y estructurales que incluían una política de defensa de la competencia y una firme lucha contra la corrupción. En 1998 el Gobierno de Indonesia y el FMI firmaron una carta de intenciones. La promulgación de la Ley N° 5, de 5 de marzo de 1999³, es atribuible a este acuerdo, aunque en los años noventa se hubiera debatido

¹ Al tipo de cambio corriente.

² http://wapedia.mobi/en/Economy_of_Indonesia.

³ La ley preveía el plazo de un año para entrar en vigor, al que se sumaba un plazo adicional de seis meses para que la comunidad empresarial ajustara sus operaciones para cumplir sus disposiciones (hasta septiembre de 2000).

ya, a iniciativa de la propia Indonesia, una ley de defensa de la competencia. Los monopolios, los cárteles y la corrupción suscitaban una amplia preocupación pública. En cierta medida, la competencia se abordaba en las disposiciones de los Códigos Civil y Penal⁴. A diferencia de lo habitual, la ley no responde a una propuesta del Gobierno, sino a una iniciativa de la Cámara de Representantes.

Desde la promulgación de la ley, la Comisión de Supervisión de la Competencia Comercial (Komisi Pengawas Persaingan Usaha - "KPPU") ha sido el órgano responsable de su aplicación en Indonesia.

A lo largo de sus ocho años de actividad, la KPPU ha recibido un número creciente de informes (denuncias), que pasó de 7 a 231, y en consecuencia ha formulado un número creciente de decisiones, que pasaron de 2 en 2002 a 46 en 2008. La estrecha relación entre las políticas anticorrupción y de defensa de la competencia se manifiesta en la mayoría de los casos relacionados con licitaciones públicas. El elevado porcentaje de las recomendaciones de la KPPU que han sido adoptadas por el Gobierno (el 50% de las 57 recomendaciones emitidas durante el período 2000-2008) ilustra el éxito de ésta en el desarrollo de una cultura de la competencia en Indonesia.

⁴ Estas disposiciones siguen en vigor en virtud del párrafo 1) del artículo 52 de la Ley N° 5, siempre que no entren en conflicto con esta última.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO DEL DERECHO Y LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

A. Objetivos de la política de competencia y desarrollo

La Ley N° 5 establece que sus objetivos son: "a) proteger los intereses del público y mejorar la eficiencia económica nacional como parte de los esfuerzos por mejorar el bienestar de la población; b) crear un clima empresarial positivo mediante el establecimiento de una competencia leal que garantice la igualdad de oportunidades a las empresas grandes, medianas y pequeñas de Indonesia; c) prevenir las prácticas monopolistas y de competencia empresarial desleal en que podrían incurrir los empresarios; y d) fomentar la eficiencia y la eficacia en las actividades empresariales"⁵. El preámbulo añade la promoción del crecimiento económico. Es interesante señalar que la ley hace referencia, como su objetivo, al bienestar general, y no al bienestar de los consumidores según cabe deducir de la importancia que atribuye a la eficiencia y eficacia de las actividades empresariales.

La ley tiene multitud de objetivos contradictorios: el interés público, la protección de las pequeñas empresas, la eficiencia, etc. Equilibrar estos objetivos representará un reto y las distintas soluciones pueden dar lugar a decisiones contradictorias e impredecibles. La evolución en la aplicación de la legislación, respetando la cultura jurídica y el marco legal, el entorno económico y las características de la sociedad, irá dando forma y definiendo este equilibrio. Un elemento de este equilibrio ha sido ya definido: según algunos miembros de la KPPU, la prohibición de la competencia desleal se ha aplicado firmemente contra las prácticas que merman la competencia, producen pérdidas a los consumidores o dañan el interés público.

⁵ Traducción de la versión en inglés del artículo 3 de la Ley N° 5, facilitada esta última por la KPPU.

B. Alcance de la legislación de defensa de la competencia: prácticas anticompetitivas

1. Análisis sustantivo

La Ley N° 5 se inicia con una sección en la que se definen los conceptos utilizados. Algunas definiciones son demasiado restrictivas o demasiado amplias. Por ejemplo, la ley establece que *el* criterio para estimar la cuota de mercado que detenta una empresa es el valor de las ventas o las compras. Sin embargo, hay otros criterios, como el volumen o la capacidad de producción, que podrían indicar mejor su influencia en la competencia y que se utilizan normalmente en otras jurisdicciones. Otros conceptos se definen en términos más generales de lo común, por ejemplo, el de "monopolio", que la ley define como "un agente empresarial" o bien como "un grupo de agentes empresariales".

La legislación indonesia no permite una gran flexibilidad en su aplicación una vez que los términos se han definido jurídicamente, y resulta difícil modificar la legislación de defensa de la competencia.

Las prácticas anticompetitivas se dividen en tres tipos principales: a) los acuerdos prohibidos, subdivididos en oligopolios, fijación de precios, división territorial, boicot, cárteles, consorcios, oligopsonios, integraciones verticales, acuerdos excluyentes y acuerdos con partes extranjeras; b) actividades prohibidas, subdivididas en monopolio, monopsonio, control del mercado y confabulación; y c) posición dominante, subdividida en disposiciones generales, diversas posiciones de mercado y propiedad de las acciones.

El capítulo III fija un umbral de cuota de mercado que establece una presunción legal:

En el caso de los oligopolios/oligopsonios: que dos o tres "agentes empresariales" controlen más del 75% del mercado (párrafo 2 del artículo 4);

En el caso de los monopolios/monopsonios: que un "agente empresarial" controle más del 50% del mercado (párrafo 2 C del artículo 17 y párrafo 2 del artículo 18); y

En el caso de la posición dominante: que un "agente empresarial" controle más del 50% de un grupo de empresas o que dos o tres "agentes empresariales" controlen más del 75% (párrafo 2 del artículo 25).

Estas presunciones se utilizan para someter a vigilancia las estructuras de mercado que permiten la aparición de prácticas monopolistas y de competencia empresarial desleal.

La ilegalización de estas prácticas a través de prohibiciones propiamente dichas o aplicando un criterio de sentido común sigue una pauta en Indonesia inversa a la práctica generalizada. Frente a lo habitual, aplica un criterio de sentido común al evaluar algunos acuerdos horizontales a los que en otras jurisdicciones normalmente se aplica el criterio de prohibición *per se*, entre ellos fijación de precios, reparto del mercado y manipulación de las licitaciones. En cambio, considera ilegales *per se* muchos actos unilaterales, entre ellos, la discriminación de precios, los acuerdos excluyentes, los acuerdos de exclusividad y el abuso de posición dominante. Este enfoque parece contradictorio con los objetivos de la ley, aunque sólo sea por su efecto paralizador de las estrategias de competencia de las empresas.

Un mecanismo que se utiliza para eludir las disposiciones legales que no contribuyen al cumplimiento de los objetivos que establece la propia ley es renunciar a exigir su cumplimiento. Algo de esto cabe adivinar en la aplicación de algunas de las disposiciones en cuestión. Por ejemplo, la discriminación de precios es ilegal *per se*. Pero en sus ocho años de existencia, la KPPU no ha denunciado ningún caso de discriminación de precios. La fijación de precios predatorios ha recibido un trato similar. En muchos casos, la discriminación de precios puede tener consecuencias favorables a la competencia y cabe confundir precios bajos con precios predatorios. Por eso, parece más adecuado aplicar a estas prácticas el criterio del sentido común.

Una de las áreas en las que la KPPU ha tenido más éxito en su labor de vigilancia del cumplimiento de la ley es la de las confabulaciones de todo tipo (horizontales, verticales o ambas) en los procedimientos de licitación pública, relacionadas en gran medida con la corrupción de funcionarios públicos. La mayoría de los casos abiertos por la KPPU se

relacionan con fraudes en la contratación pública. A primera vista se diría que el hecho de tener atribuciones para intervenir en determinados casos de corrupción podría desviar su atención de los problemas de la competencia. Pero la realidad ha sido otra: casi el 90% de los casos abiertos en virtud de esas atribuciones eran fraudes y confabulaciones.

La Ley anticorrupción de 2002 sólo se aplica a los funcionarios públicos y a los empleados de empresas estatales implicados en fraudes en la contratación pública. Esta ley no es aplicable a las empresas privadas o "agentes empresariales". La necesidad de combatir la corrupción en la que intervengan empresas y agentes privados obligó a abordar la cuestión en la legislación de defensa de la competencia. La institución encargada de la aplicación de la Ley anticorrupción es la Comisión Anticorrupción (KPK). La KPPU y la KPK han firmado un memorando de entendimiento cuyo objetivo es vigilar el cumplimiento de ambas leyes y combatir la corrupción y la manipulación, o el fraude, en las licitaciones por parte de agentes empresariales. Estos organismos se remiten entre sí los casos que les interesan, reforzándose así simultáneamente la lucha contra la corrupción y contra las prácticas anticompetitivas. La vigilancia del cumplimiento de ambas leyes se apoya también en la información sobre prácticas ilegales que reciben ante todo de licitadores "perdedores". La relación entre ambas comisiones parece muy productiva.

La única directiva publicada por la KPPU se refiere al artículo 22 de la Ley N° 5, referente a la prohibición de la confabulación en las licitaciones.

Otra estrategia para combatir la corrupción ha sido crear un "índice de integridad". El índice se basa en sondeos y encuestas sobre el pago de sobornos.

La información sobre las prácticas ilegales procede principalmente de las quejas presentadas por los "perdedores" de las licitaciones, los cuales pueden presentar "informes" a ambas comisiones.

Los casos de manipulación de licitaciones son más difíciles de descubrir, pues no hay perdedores que se quejen. Aunque la KPPU pueda practicar escuchas telefónicas (art. 12) y realizar investigaciones e incau-

taciones, lo difícil es tener la primera noticia. La Ley de Competencia N° 5 no prevé acuerdos de rebaja de penas ni amnistías. Sin embargo, ofrece incentivos para que se denuncie la corrupción. Primero, hay una ley de protección de testigos, destinada a ayudar a la KPK. Segundo, hay una disposición que permite recompensar los "informes" (hasta el 0,2% del valor de la suma obtenida por el Estado).

Hay un tribunal especial que juzga los casos de corrupción denunciados por la KPK. Los casos de corrupción denunciados por la Fiscalía son sometidos, por su parte, a los tribunales de distrito. El resultado es que hay dos resultados distintos y dos autoridades distintas, y una posibilidad real de que se establezcan criterios distintos. Según la KPPU, el diseño del sistema de vigilancia del cumplimiento de la ley forma parte del problema, no de la solución.

La KPPU no tiene facultades para negociar acuerdos de rebaja de penas o establecer programas de amnistía. No obstante, se utilizan los acuerdos de aceptación, en virtud de los cuales una parte promete poner término a unos actos delictivos. La utilización de los acuerdos de aceptación puede integrarse en un proceso de aprendizaje que parta del supuesto de que existe una larga tradición de actos de monopolio y de nepotismo a través de cadenas verticales.

El análisis de las prácticas anticompetitivas dará lugar a una directiva. La KPPU aparentemente está elaborando una directiva que incluirá todos los conceptos, definiciones y criterios de análisis aplicables, utilizando como base tanto su informe de 2007 como el informe del Organismo de Cooperación Internacional Japonés (JICA). Se reforzará así la transparencia y, siempre que el poder judicial esté de acuerdo, la seguridad jurídica.

Aparentemente la KPPU está elaborando varias directivas al mismo tiempo, lo que incluye un examen de las fusiones. No obstante, hasta ahora sólo se ha aprobado y se aplica una. Las directivas se preparan muchas veces a partir de la experiencia práctica y normalmente reflejan las decisiones judiciales. Elaborar las directivas puede ser una labor lenta y difícil si se incluye el proceso de búsqueda de un consenso

interno. Por todos estos motivos, quizá sea aconsejable que las directivas tengan un alcance más limitado.

Como las directivas afectan a distintos interesados, que tienen distintas perspectivas y experiencia, resulta bastante útil someter la propuesta a consulta pública. Su traducción al inglés podría motivar la presentación de observaciones a escala internacional, lo que, a su vez, aportaría nuevas perspectivas y experiencias.

2. Cuestiones de procedimiento

Los artículos 35 y 36 atribuyen amplios poderes a la KPPU y le confieren la autoridad que necesita para realizar investigaciones y resolver sobre asuntos relacionados con la competencia, con las correspondientes obligaciones. Entre estas obligaciones figura "evaluar" acuerdos, actividades empresariales y actos de "agentes empresariales" y situaciones de abuso de posición dominante. También está obligada a ofrecer asesoramiento y opinión sobre las políticas del Gobierno, preparar directivas y someter informes anuales.

Entre sus poderes, la KPPU está autorizada para recibir "informes" (denuncias), convocar a las partes y los testigos, extraer conclusiones de las investigaciones y audiencias, pedir declaraciones a instituciones públicas competentes, "determinar y establecer la existencia o no existencia de pérdidas por parte de los agentes empresariales o la sociedad", e imponer sanciones. Las facultades investigadoras están reguladas en términos amplios como "realizar indagaciones", "realizar investigaciones", "obtener, examinar y/o evaluar" cartas, documentos u otros instrumentos de prueba.

El procedimiento de las investigaciones se inicia o bien a consecuencia de un "informe" de una persona o de oficio por la KPPU. La intervención de oficio de la KPPU se produce después de un proceso de indagación, que ha de llevarse a cabo en un plazo de 90 días prorrogables otros 60. Aunque no se aceptan denuncias anónimas, se puede considerar confidencial la identidad de quienes las presenten.

Una vez aceptada la denuncia de un caso de competencia, el "informe" (denuncia) sigue todas las etapas del procedimiento establecido.

La mayoría de las decisiones de la KPPU, incluidas las condenas, tienen un impacto reducido en la economía según sus miembros. La KPPU no está autorizada para seleccionar, considerar prioritarios o desestimar casos mediante un procedimiento rápido y sencillo.

Si el informe o el proceso de indagación son lo suficientemente completos para concluir que hay una posible infracción, la KPPU inicia una investigación preliminar. El objetivo de la investigación preliminar es reunir las primeras pruebas de una práctica anticompetitiva y determinar si son necesarias nuevas investigaciones. Durante esta fase se pueden celebrar audiencias. La investigación preliminar debe finalizarse en un plazo de 30 días laborables.

Si la investigación preliminar concluye con la constatación de que es posible que se haya cometido una infracción, la Comisión inicia una investigación ulterior que deberá finalizar en un plazo de 60 días laborables, prorrogables un máximo de 30 días más.

Las partes pueden guardar silencio, o mentir, para no autoinculparse, pero no pueden negarse a presentar la documentación que se les solicite o a testificar, y tampoco a obstaculizar la investigación.

La KPPU tiene que formular su decisión por escrito y presentarla en una sesión abierta al público en un plazo de 30 días laborables contados a partir de la conclusión del plazo para la investigación ulterior. Las partes disponen de 30 días para cumplir la decisión.

La ley no prevé ningún tipo de revisión por la propia KPPU. Los errores materiales y sencillos que se produzcan sólo pueden ser corregidos mediante una costosa apelación ante el poder judicial.

Las apelaciones contra las decisiones de la KPPU deben ser sometidas por la parte considerada culpable al tribunal de distrito antes de que transcurran 14 días desde la notificación. El tribunal de distrito dispone de 30 días para decidir. Tanto la KPPU como las partes pueden apelar directamente al Tribunal Supremo, sin tener que pasar previamente por el Tribunal Superior (tribunal de apelación). El Tribunal Supremo dispone de 30 días para emitir su decisión. La KPPU, en caso necesario, recurre también a los tribunales para hacer cumplir sus decisiones.

Según la KPPU, el 70% de los casos terminó con una sentencia condenatoria. El 40% de los anteriores fue objeto de apelación judicial. El 85% de las decisiones de la KPPU apeladas fueron confirmadas por los tribunales de distrito, y el Tribunal Supremo por su parte confirmó todas las decisiones que se le sometieron. Se trata de un resultado muy bueno en comparación con otras jurisdicciones también con escasa experiencia.

Todos los plazos señalados para la investigación de prácticas anticompetitivas y la decisión sobre ellas han de cumplirse estrictamente, sin que esté prevista su interrupción por ningún motivo. Incluso el plazo dado a las partes para cumplir la decisión puede ser excesivamente corto, dependiendo del tipo de medida correctora impuesta por la Comisión. Algunos académicos justifican esta disposición basándose en la lentitud del sistema judicial. Sin embargo, se reconoce que los plazos pueden funcionar bien si se trata de casos pequeños y sencillos, pero no si son más complejos.

Según un miembro de la Comisión, resulta muy difícil realizar buenos estudios económicos dentro de los límites temporales establecidos por la ley.

Las limitaciones de tiempo dificultan la realización de una investigación a fondo y un análisis económico adecuado. Para resolver este problema se podría adoptar un sistema de interrupción de los plazos a fin de reunir datos o información adicional, en el que dicha interrupción esté condicionada por el respeto de algunas normas, como la de que se justifique o que se mantenga dentro de unos límites temporales. En la actualidad, la única vía de flexibilidad consiste en que los tribunales de distrito pueden estirar el plazo para formular una decisión si entienden que es necesario devolverlo a la KPPU para que se realicen nuevas investigaciones.

En la actualidad se está debatiendo una enmienda de la ley que modificará el procedimiento. Hoy se puede apelar contra una decisión de la KPPU ante cualquier tribunal de distrito de Indonesia. Hay más de 100 tribunales de distrito. El proyecto de enmienda establece que el Tribunal Supremo nombre un tribunal de distrito que reciba todas las apelaciones frente a las decisiones de la KPPU. Como alternativa, podrían lograrse

algunas mejoras si las apelaciones se trasladaran de los tribunales de distrito al Tribunal Superior⁶.

3. Sanciones

Según la Ley N° 5, la KPPU está facultada para imponer sanciones administrativas y penales. Entre las sanciones administrativas cabe señalar que la Comisión puede declarar nulos algunos acuerdos, ordenar la interrupción de una integración vertical o de actividades "que se haya demostrado que son el origen de prácticas monopolistas, competencia empresarial desleal y/o perjuicios para la sociedad", y el abuso de posición dominante, estipular pagos de compensación e imponer multas de 1.000 a 25.000 millones de rupias (aproximadamente de 82.650 a 2.070.000 dólares, a los tipos de cambio corrientes).

El artículo 48 establece las sanciones penales que puede imponer la KPPU. Dependiendo de la gravedad del delito, las sanciones penales oscilan entre 1.000 y 100.000 millones de rupias (aproximadamente de 82.650 a 8.270.000 dólares) y penas de prisión de tres a seis meses. La autoridad puede imponer también sanciones adicionales como: "a) la revocación de licencias empresariales; o b) la prohibición de que los agentes empresariales que se haya demostrado que han infringido esta ley ocupen el cargo de director o miembro de la Comisión por un plazo no inferior a 2 (dos) años y no superior a 5 (cinco) años; o c) ordenar la interrupción de determinadas actividades o de actos que produzcan pérdidas a otras partes".

A pesar de ello, los miembros de la Comisión informaron que la KPPU no estaba autorizada a imponer sanciones penales. Por tanto, no está claro si la KPPU tiene poderes para aplicar sanciones penales y, en caso afirmativo, si puede hacerlo sin apoyo policial o judicial. Esta situación genera inseguridad jurídica y debilita la labor de vigilancia de cumplimiento de la ley de la KPPU.

En comparación con el volumen de las ventas de las mayores empresas indonesias, como Telekom Indonesia (5.590 millones de dóla-

⁶ Hay tres niveles de tribunales: tribunales de distrito, Tribunal Superior y Tribunal Supremo.

res de ventas en 2008), el Banco Rakyat de Indonesia (2.150 millones de dólares de ventas) o Bumi Resources (1.870 millones de dólares de ventas)⁷, las multas máximas son demasiado bajas para disuadir del uso de prácticas ilegales.

En la enmienda de la ley deberían incluirse multas más elevadas y adoptarse un sistema sencillo de revisión de los umbrales de valor monetario.

4. Examen de las fusiones

El examen de las fusiones es otra función importante que desempeñan las autoridades de defensa de la competencia con el fin de impedir que se acumule, mediante dichas fusiones y otras adquisiciones, un elevado poder de mercado o se cree una estructura de mercado que promueva la interacción coordinada en él. Además, las decisiones sobre las fusiones aumentan la presencia pública de la autoridad de defensa de la competencia.

Aunque la ley prevea un examen de las fusiones, estas disposiciones esperan todavía la reglamentación del Gobierno, que condiciona su aplicación y validez. Algunos miembros del Gobierno muestran una firme resistencia a ello. Aunque la KPPU le atribuya una elevada prioridad, las iniciativas de este organismo en los últimos cuatro o cinco años no han rendido frutos. Sin embargo, se informa de que la KPPU, a la espera de esa reglamentación, está finalizando una directiva para los exámenes de las fusiones.

El examen de las fusiones es una labor que exige muchos recursos⁸. En las jurisdicciones en las que se examinan y controlan las fusiones, los exámenes absorben una parte sustancial del presupuesto y el

⁷ Forbes 2008 (www.forbes.com/lists/2008). Las cifras se ofrecen en dólares de los EE.UU. al tipo de cambio más reciente.

⁸ Según el estudio preparado por el Grupo de Trabajo sobre la política de la competencia y su aplicación de la Red Internacional de la Competencia: "En la mayoría de los casos, estas respuestas "reactivas" reflejan el elevado número de exámenes de fusiones demandados a las autoridades, que éstas consideran que son el principal elemento limitador de la capacidad del organismo de ser proactivo".

personal. Dadas las limitaciones de personal, la notificación de las fusiones sólo debería exigirse, inicialmente por lo menos, cuando se trate de transacciones que sobrepasen un umbral muy alto.

Algunos analistas consideran que el texto original y auténtico del artículo 28 de la Ley N° 5 reconoce a la KPPU completa libertad para interpretar dicho artículo en el sentido de que prohíbe todas las fusiones y adquisiciones con independencia de sus efectos. Sin embargo, la finalidad de los exámenes de las fusiones y adquisiciones es valorar, caso por caso, el probable efecto de la transacción en la competencia. La enmienda de la ley puede aclarar que sólo las fusiones o adquisiciones que superen un umbral de daño a la competencia en Indonesia estarán prohibidas o sometidas a condiciones para su aprobación.

El artículo 28 sirve de ejemplo de redacción ambigua que produce incertidumbre y daña el entorno empresarial, socavando a su vez el cumplimiento de los objetivos de la Ley N° 5.

5. Revisión judicial

Todas las decisiones de la KPPU pueden ser sometidas a revisión judicial. Según el sistema jurídico indonesio, se puede apelar contra las decisiones de la KPPU ante los tribunales de distrito. Las apelaciones contra las decisiones de los tribunales de distrito son revisadas por el Tribunal Supremo, puenteando al Tribunal Superior como antes se ha indicado.

La KPPU ha de apelar a un tribunal de distrito para exigir el cumplimiento de las decisiones suyas que no hayan sido llevadas a la práctica voluntariamente. De ahí que la vigilancia del cumplimiento de la legislación de defensa de la competencia corresponda tanto a la KPPU como al poder judicial. Así pues, el sistema judicial desempeña un papel importante en la aplicación del derecho y las políticas de competencia y en la vigilancia de su cumplimiento.

Según información facilitada por la KPPU, ¡menos del 0,3% de las multas se pagan voluntariamente! Si consideramos el total de las multas pagadas después de una orden ejecutoria de un tribunal, el porcentaje

sigue siendo extremadamente bajo: ¡1,4%! Se necesita un esfuerzo urgente para hacer más eficaces las decisiones de la KPPU.

La mayoría de las decisiones de los tribunales de distrito relacionadas con la ley de competencia son objeto de apelación ante el Tribunal Supremo. Los jueces de los tribunales de distrito no están familiarizados con los problemas de la competencia, por lo que se necesita mejorar su capacidad. Sólo unos 200 de los 6.000 jueces de tribunales de distrito han recibido formación para aplicar la ley de competencia. Sería útil que se convocaran con frecuencia seminarios de alto nivel sobre cuestiones de derecho y economía para el Tribunal Supremo.

La KPPU ha pedido al Tribunal Supremo que publique unas directrices de procedimiento para los casos relacionados con el derecho de la competencia. Las disposiciones de procedimiento de la Ley N° 5 son insuficientes y la KPPU necesita que se aclare su papel y sus competencias. Muchos de los casos sometidos en apelación al Tribunal Supremo se refieren a los procedimientos de la KPPU y los impugnan⁹.

Después de mucho debate y análisis, el Tribunal Supremo publicó la Perma N° 1/2003 (*Peraturan Mahkamah Agung - Perma*), que da claras instrucciones a los tribunales de distrito sobre la forma de abordar una objeción (*keberatan*) a una decisión de la KPPU.

Aparte de hacer el proceso transparente y estable, otro efecto positivo de la directriz del Tribunal Supremo ha sido que ordenaba a los tribunales de distrito a que devolvieran la decisión a la Comisión en caso de que no hubiera pruebas o éstas fueran incompletas, enviando el claro mensaje de que todas las competencias investigadoras seguían correspondiendo en exclusiva a la KPPU. Esta medida puede reforzar el reconocimiento de la experiencia técnica y la independencia de la KPPU. Además, el procedimiento establecido por el Tribunal Supremo impide que una decisión técnica, adoptada por la Comisión y basada en la labor del personal técnico de la secretaría, sea sustituida por una decisión de un juez no familiarizado con los problemas de la competencia.

⁹ También pueden impugnarse en apelación los fundamentos de la decisión.

El poder judicial padece también las consecuencias de los plazos impuestos por la Ley N° 5 para dictar sus decisiones. Un plazo de sólo 30 días es demasiado breve. Aunque no esté castigado por la ley que no se respeten los plazos, esta inobservancia influye negativamente en la valoración de la actuación profesional de los jueces, y en las promociones. Hasta la fecha no se han incumplido los plazos en ningún caso.

La ley debe ser modificada para ampliar, por ejemplo, el plazo de 90 días de que dispone el Tribunal Supremo para formular una decisión, según han propuesto algunos miembros del propio Tribunal Supremo. El plazo de 30 días es imposible de cumplir ya que todos los años se inician 10.000 querellas nuevas (de 10 a 20 casos aproximadamente por día y juez).

Se ha propuesto que las apelaciones frente a las decisiones de la KPPU se sometan directamente al Tribunal Superior o al Tribunal de Comercio. Ello implicaría que habría que formar menos jueces y el proceso de fomento de la capacidad sería más eficaz.

Tanto la KPPU como el Tribunal Supremo entienden que sólo deben someterse a este último cuestiones de derecho (de procedimiento) y no de hecho (fundamentos), y el tribunal reconoce que es preciso que los jueces comprendan profundamente los fundamentos y la metodología del análisis económico para poder desempeñar correctamente sus funciones.

6. Excepciones: artículo 50

La Ley de competencia de Indonesia establece algunas excepciones en las que se utilizan conceptos amplios o indefinidos, lo que hace que sus disposiciones sean poco claras. En la ley se han incluido algunas excepciones con las que se pretende paliar las debilidades del país, como la innovación; otras excepciones están destinadas a mantener en parte el statu quo, como los monopolios estatales.

Una excepción que llama la atención es la que afecta a las cooperativas. La exención de las cooperativas es una cuestión política. Aunque la KPPU entienda que sólo están exentas las cooperativas que prestan servicios exclusivamente a sus miembros, tal limitación no se

refleja en la ley. Una exención tan amplia puede tener consecuencias anticompetitivas involuntarias, cuando menos porque ofrece la posibilidad de estructurar las empresas de forma que se eluda la legislación de defensa de la competencia.

C. Aplicación del derecho de competencia: instituciones

La KPPU fue creada como órgano independiente y autónomo en virtud de la Decisión del Presidente N° 75, de 8 de julio de 1999 (Decreto presidencial), que da cumplimiento a las disposiciones del párrafo 1) del artículo 34 de la Ley N° 5. El proceso de formación de la Comisión se completó con el nombramiento de sus miembros el 7 de junio de 2000.

La KPPU no forma parte ni del poder judicial, ni del ejecutivo ni del legislativo. Sin embargo, responde ante todos ellos y está sometida a su vigilancia. En lo que respecta a los poderes ejecutivo y legislativo, el apartado G) del artículo 35 establece que la Comisión tiene que presentar anualmente un informe al Presidente y a la Asamblea Legislativa Popular (la Cámara de Representantes). Además, el Presidente nombra y sustituye a sus miembros, en ambos casos con aprobación de la Cámara de Representantes. Esta Cámara aprueba el presupuesto de la KPPU. En lo que respecta al poder judicial, todas las decisiones de la KPPU pueden ser recurridas ante él. El cumplimiento de las decisiones de la KPPU sólo es exigible a través de los tribunales. Además, el público en general puede opinar sobre las actividades de la KPPU ya que todas sus decisiones se dan a conocer en sesiones públicas. Sin embargo, no está establecido que el informe anual se haga público.

Constituyen una fuente de preocupación algunas disposiciones legales referentes a los propios miembros de la Comisión. Ciertas disposiciones, o en algunos casos su falta, referentes a su destitución, prórroga sin nuevo nombramiento, número, quorum y compatibilidad del puesto con otras actividades remuneradas pueden plantear la cuestión de su independencia política.

La destitución de un miembro de la Comisión, según la Ley N° 5, no tiene que justificarse¹⁰. Sin embargo, el Parlamento ha de dar su consentimiento para destituir al Presidente.

La ley establece un número mínimo de miembros de la Comisión, siete, pero no un máximo¹¹. En la actualidad están nombrados 13 miembros. De ellos, 11 son miembros activos. Los miembros tienen un mandato de cinco años, siendo posible un segundo mandato. Además, si el mandato de un miembro ha expirado y no se ha nombrado a su sustituto, puede prorrogarse. Tanto la posibilidad de un segundo nombramiento como de prórroga puede influir en las decisiones de los miembros y, a su vez, estas decisiones pueden influir en sus perspectivas de segundo nombramiento o de prórroga.

El quorum mínimo para que la Comisión pueda formular una decisión es incongruente con el número de miembros. La Ley N° 5 establece que el quorum para adoptar una decisión es tres miembros, pero no establece un número máximo. Tres miembros pueden ser una minoría, aunque representen la mayoría del número mínimo de tres.

Cabe argumentar que las decisiones adoptadas por tres miembros, entre siete o más, carecen de legitimidad, y el argumento adquiere más solidez cuanto mayor es el número de miembros.

La Ley N° 5 no prevé que el puesto de miembro de la Comisión exija una dedicación exclusiva y plena. La ley exige, entre otras cosas, que los miembros tengan alguna experiencia empresarial o "conocimiento y experiencia" de derecho y economía, pero en realidad se trata de un nombramiento político. La mayoría de los miembros actuales son profesores de derecho o económicas, como el Presidente y el Vicepresidente.

¹⁰ El artículo 33 enumera las causas de interrupción del mandato de un miembro del siguiente modo: "a) sustitución; b) dimisión, a petición propia; c) residencia fuera del territorio del Estado de la República de Indonesia; d) enfermedad física o mental permanente; e) cumplimiento de su mandato en la Comisión; o f) destitución".

¹¹ El proyecto de enmienda de la ley, según miembros de la Comisión, establece un número máximo de siete.

Sin embargo, algunos miembros son dirigentes o miembros de partidos políticos. Casi todas las personas entrevistadas que tenían relación con la política de defensa de la competencia en Indonesia mencionaron este hecho como un problema, un vehículo para socavar la independencia de la KPPU. En su opinión, algunos miembros tenían una relación demasiado estrecha con partidos políticos.

De lo anterior se deducen tres recomendaciones principales: a) establecer un número máximo de miembros; b) reforzar el personal y la secretaría; y c) exigir que los miembros no tengan relación con posiciones políticas.

Todavía cabe hacer una cuarta recomendación con respecto a la Comisión. Los miembros no deben ser sustituidos todos a la vez, con objeto de retener su experiencia y aumentar la seguridad jurídica. Por ejemplo, si los miembros fueran siete, como se prevé en el proyecto de enmienda, su sustitución debería hacerse escalonadamente, primero dos, luego otros dos y luego tres. Para ello habría que establecer un período transitorio durante el cual el mandato sería más breve que el normal de cinco años. Después de este período de transición, los mandatos irían expirando sin coincidir todos en el tiempo. Las normas aplicables en caso de demora del nombramiento, o ausencia del mismo, deberían mantener la expiración escalonada de los mandatos.

La KPPU dispone también de una secretaría, responsable de las investigaciones que hayan de realizarse. La secretaría dispone de personal técnico y cuenta también con grupos de trabajo compuestos por expertos externos. La contratación y el mantenimiento del personal técnico son dos problemas básicos. El personal se renueva con rapidez ya que la capacidad técnica de la mayoría del personal es muy superior a la media del mercado y los salarios en la KPPU son relativamente bajos. Este desfase de los salarios puede empeorar si se acepta una propuesta de hacer funcionarios públicos a los miembros del personal técnico. Significaría la reducción inmediata de los salarios en un 60%. En la actualidad, el personal técnico no está formado por funcionarios públicos. Aunque sea muy poco habitual, este hecho se consideró positivo en Indonesia. La actual crisis económica puede desacelerar a muy corto plazo las pérdidas de personal técnico capacitado, pero probablemente no

lo hará a largo plazo. La contratación de personal técnico plantea las mismas cuestiones de desfase salarial con el sector privado.

Los recursos de la KPPU proceden básicamente del presupuesto público ("Cuentas del Estado y Presupuesto de Ingresos y Gastos"). La partida correspondiente está incluida en el presupuesto del Ministerio de Comercio¹². Las multas van a parar al presupuesto central del Estado. Sin embargo, las disposiciones legales dejan abierta la posibilidad de que la Comisión complemente su presupuesto con fondos procedentes de otras fuentes. Por ejemplo, si se aprueba el examen de las fusiones es posible que se autorice el cobro de una tasa de notificación que cubra el costo del examen, al menos en parte. Muchas jurisdicciones han adoptado este sistema, que puede ayudar a sufragar los gastos de la autoridad encargada de la defensa de la competencia.

A escala interna, la secretaría prepara el proyecto de presupuesto, dividido en un programa quinquenal y un programa anual. El proyecto se somete al Gobierno, y como ya se indicó, ha de ser aprobado por el Parlamento. La aprobación del presupuesto supone dos procesos importantes: negociación con el Gobierno y negociación con el Parlamento. El proyecto es para dos años, pero se aprueba año a año. La evolución del presupuesto de la KPPU muestra un crecimiento importante durante los últimos cuatro años. En el período 2000-2004, el promedio anual fue de 5,53 millones de dólares, mientras que en el período 2005-2009 saltaba a 16 millones¹³.

¹² Aunque cabría imaginar un conflicto entre las políticas comerciales y la de competencia, la KPPU señaló que no había tenido ningún problema en este sentido.

¹³ Conversión en dólares de los EE.UU. basada en el tipo de cambio implícito en la paridad de poder adquisitivo, según las Perspectivas del Comercio Mundial de 2009, del FMI.

III. DIFUSIÓN DE LA COMPETENCIA

Muchas de las prácticas combatidas ahora por la Ley de Competencia estuvieron muy extendidas durante muchos años. Al aprobarse la Ley de Competencia, estas prácticas fueron declaradas repentinamente ilegales. Ante tal situación, cabe esperar que la sociedad, las empresas y el poder judicial no estén familiarizados con los objetivos e ideas en que se basa la legislación de defensa de la competencia. Los malentendidos, por ejemplo, que la autoridad de defensa de la competencia tiene por objetivo oponerse a las grandes empresas y proteger a las pequeñas a cualquier costo, son muy comunes.

La KPPU considera que la confianza pública en la autoridad es un activo importante para la aplicación de una política de competencia. A fin de mantener el apoyo público, entre sus prioridades figura seleccionar los casos que benefician de forma directa y sustancial al público o los consumidores.

La mayoría de los problemas de competencia que se plantean en Indonesia están relacionados con el Gobierno. En la etapa del ex Presidente Suharto los monopolios creados por el Estado se extendían por todas partes. Actualmente, sin embargo, muchos de los monopolios que persisten se deben a la reglamentación de los gobiernos locales. Muchos políticos y funcionarios encargados del cumplimiento de la ley no están familiarizados con los objetivos o los efectos de una política de defensa de la competencia. No están habituados a considerar que la competencia es un objetivo de política pública. En respuesta a la insistencia de la KPPU, la oficina del Primer Ministro creó una unidad especial encargada de evaluar las consecuencias para la competencia de determinadas políticas del Gobierno.

Sin embargo, la difusión de la competencia no es todavía completa. Algunas normas de importación sirven de ejemplo de política pública profundamente dañina para la competencia. Por ejemplo, algunos productos (entre ellos, textiles, vestido, calzado, juguetes y alimentos) sólo pueden ser importados a través de cinco puertos concretos y por importadores registrados, nombrados conjuntamente por los Ministerios de Comercio y de Agricultura.

La KPPU intenta establecer y mantener estrechas relaciones con el Gobierno y los reguladores sectoriales, y obtener apoyo de ellos. Asesora y hace recomendaciones al Gobierno (a escala central y regional) sobre todas sus políticas que considere potencialmente distorsionadoras de la competencia. La KPPU ha hecho más de 60 recomendaciones de impedir la creación de monopolios por medio de la reglamentación del Gobierno, o reducirla. La KPPU informa de algunos resultados y respuestas positivas a estas iniciativas.

Las recomendaciones de la KPPU derivan de estudios económicos de los sectores más importantes, como las telecomunicaciones, los seguros y las farmacias. Las instalaciones portuarias son un área importante. Un tema conflictivo concreto que plantean es el de los gastos de manipulación en la terminal. Esta cuestión es importante porque determina los costes de las exportaciones indonesias.

Como ejemplos de actos del Gobierno contrarios a algunos de los objetivos de la Ley de competencia cabe citar la protección del comercio minorista tradicional. En diciembre de 2008 se promulgó un decreto presidencial destinado a proteger los mercados tradicionales. La KPPU apoyó las nuevas normas pero formuló una recomendación¹⁴. Este tipo de reglamentación está difundido por todo el mundo, tanto en países desarrollados, como Italia o Francia, como en países en desarrollo, como la Argentina. Según la KPPU, los precios en las tiendas minoristas tradicionales y en los supermercados son más o menos iguales. Sin embargo, los supermercados son mucho más confortables, limpios y prácticos, en particular en la estación de las lluvias. Al proteger los canales minoristas tradicionales, la reglamentación priva a la población de ingresos bajos de poder comprar en lugares más confortables y limpios. El costo no es poco, y no hay garantía de que este tipo de reglamentación proteja efectivamente los canales tradicionales. Es posible que el decreto presidencial proteja los pequeños negocios, pero desde luego no el bienestar de los consumidores.

¹⁴ Decreto Presidencial N° 112, de 2007, y Decreto del Ministro de Comercio N° 53, de 2008. (KPPU Newsletter, vol. 1, II, 2009).

En otro caso, la KPPU concluyó que el Gobierno había garantizado durante varios años a una empresa un monopolio de la exportación de mangos a la República de Corea a cambio de que invirtiera en Indonesia. En 2005, la KPPU recomendó al Gobierno que pusiera término a esta política. El Gobierno la cambió y eliminó los derechos de monopolio.

La política de distribución de la sal también fue modificada siguiendo la opinión de la KPPU. El Gobierno central y los gobiernos regionales aplicaban políticas diferentes a la distribución de la sal, y esta incoherencia representaba un obstáculo artificial a la entrada en este mercado. A raíz de la iniciativa de defensa de la competencia de la KPPU, las restricciones impuestas por los gobiernos locales fueron suprimidas.

Entre 2000 y 2009, el 50% de las recomendaciones de la KPPU obtuvieron una respuesta positiva. No obstante, muchas no fueron respetadas por el Gobierno, lo que representa un reto para la aplicación y la exigencia del cumplimiento de la legislación de defensa de la competencia en Indonesia.

El Estado fija también los precios en importantes sectores económicos, como los del petróleo y el gas, aunque la ley diga que los precios son determinados por el mercado. Los bienes básicos de consumo y el transporte público están subvencionados.

El Ministerio de Coordinación de los Asuntos Económicos ha prestado apoyo a la KPPU en su labor de difusión de la competencia en otros ministerios. La KPPU organizó un seminario para los ministros, con apoyo del Ministro de Coordinación, con objeto de debatir las consecuencias para la competencia de la reglamentación del Gobierno. Sin embargo, la mayoría de los problemas se plantean a escala de los gobiernos locales y la KPPU no cuenta con medios suficientes para combatir la miríada de monopolios locales creados por el Estado. Además, los gobiernos locales son independientes.

El Decreto presidencial N° 75, de 1999, permite que la Comisión abra oficinas regionales. Puede ser una forma de supervisar las iniciativas de los gobiernos regionales que podrían distorsionar la competencia, así como de conocer mejor las prácticas anticompetitivas locales. Por otro

lado, las oficinas regionales son costosas. El problema de la competencia local podría abordarse también mediante la cooperación y la estrecha relación con las fiscalías y las autoridades locales.

A finales de los años noventa, el entorno no era favorable a las políticas de competencia. Los principales sectores estaban controlados por monopolios. En aquella época se empezó a estimular la investigación económica de las medidas antimonopolio en Indonesia. Por eso, el mundo académico ha participado desde el primer momento en la aplicación de la política de competencia. Según un investigador académico, el número de economistas que conocen la legislación de defensa de la competencia va en aumento.

Desde hace más de cinco años, los departamentos de economía de las universidades ofrecen cursos de economía de las organizaciones industriales y defensa de la competencia. A escala universitaria, existe un programa de investigación sobre cuestiones relacionadas con la competencia, llevado a cabo en institutos independientes de investigación y consultoría. Los estudios de la competencia se iniciaron antes de que se creara la KPPU y han sido financiados por organizaciones internacionales tales como GTZ, el Banco Mundial y el JICA. La KPPU ha informado de que iba a preparar, con varios profesores universitarios, un libro de texto sobre derecho de la competencia que sería incluido en el programa de estudios general de todas las universidades de la nación.

El éxito en la aplicación de la legislación de defensa de la competencia por los tribunales de distrito depende de la educación continua de los jueces. Aunque la mayoría de las facultades de derecho ofrecen actualmente cursos de derecho de la competencia, no era ése el caso hace tres, cuatro o cinco años. Por consiguiente, la mayoría de los jueces no están familiarizados con las cuestiones que plantea la competencia.

Sorprendentemente, los jueces aceptaron depender de la KPPU para enriquecer sus conocimientos sobre las cuestiones que plantea la competencia. Esta aproximación fue apoyada por el Presidente del Tribunal Supremo, quien reconoció que si los jueces de los tribunales de

distrito necesitaban conocer las cuestiones que plantea la competencia, también lo necesitaban los jueces del Tribunal Supremo.

Las conferencias de prensa hacen que muchos periodistas debatan cuestiones de competencia. Todas las semanas la KPPU se reúne con los periodistas para debatir los casos o las recomendaciones más recientes.

IV. COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y ASISTENCIA TÉCNICA

La KPPU y otras instituciones indonesias se han beneficiado de diversos programas bilaterales y multilaterales de asistencia técnica. El fomento de la capacidad del personal técnico de la KPPU fue facilitado por la cooperación bilateral con la Bundeskartellamt alemana, la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, la Comisión de Comercio Leal del Japón, la Comisión de Comercio Leal de la República de Corea, la Comisión de Comercio Leal del Taipei Chino y la Comisión de Competencia y Consumo de Australia. Estas instituciones han facilitado también la ejecución de programas de formación para profesores universitarios y jueces, entre otros. Además, en 2007 algunos miembros del Tribunal Supremo recibieron asistencia técnica de Alemania en relación con el derecho de la competencia y visitaron la Bundeskartellamt, la Comisión de la Competencia de la Unión Europea (UE) y el Tribunal Supremo de la UE. Este tipo de iniciativa es muy poco habitual en los tribunales supremos, y debe ser alentada.

La asistencia multilateral ha incluido la participación de la KPPU en los programas de la Red Internacional de la Competencia destinados a mejorar las políticas de competencia en las jurisdicciones jóvenes, en alianza con la Comisión de Comercio Leal del Japón. Además, la KPPU ha recibido informes de evaluación en profundidad, entre otros del JICA y de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). La KPPU fue observadora en el Comité de la Competencia de la OCDE durante dos períodos. También es miembro de varias organizaciones internacionales relacionadas con la competencia: la Red Internacional de la Competencia, el Grupo de Expertos en Competencia de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN) y el foro de Asia Oriental sobre la Competencia.

V. CONCLUSIONES Y POSIBLES OPCIONES DE POLÍTICA

A. Recomendaciones

1. Prácticas anticompetitivas

Dado que la utilización de los conceptos definidos en la ley no admite flexibilidad, la inclusión en ésta de definiciones debe estar sometida a un nivel elevado de exigencia. Ese nivel depende de la práctica jurídica indonesia. En el caso de las definiciones de conceptos incluidas en la ley, debe prestarse cuidadosa atención a su redacción y contenido de forma que se pueda adaptar la aplicación de la ley a las circunstancias fácticas que concurren en cada caso individual.

En particular, la definición de oligopolio debe permitir que se utilicen otros criterios posibles de medición que no sean las "ventas", ya que este criterio puede ser difícil de aplicar en algunos sectores concretos (por ejemplo, "ventas" de servicios financieros) o inducir a error en otros sectores.

Gran parte de los actos unilaterales deben ser sometidos a un análisis basado en el criterio del sentido común. Ello se debe a que la mayoría de los actos unilaterales contribuyen al cumplimiento de los objetivos de la ley, como la eficiencia. No se deben desalentar los actos unilaterales que promuevan la competencia. Sin embargo, pueden confundirse con actos que favorecen la competencia conductas unilaterales contrarias a ella, por ejemplo, los actos predatorios pueden confundirse con una competencia agresiva, pero legal.

Deben revisarse las decisiones sobre conductas horizontales a fin de determinar si algunas de ellas deben ser sometidas a una prohibición propiamente dicha. La prohibición *per se* de los acuerdos de fijación de precios y división del mercado puede facilitar la administración de la ley, liberando recursos para otros fines.

Deben publicarse directrices centradas en asuntos concretos. La Comisión está preparando una directiva completa, que incluirá todas las conductas, y conceptos de todo tipo. Disponer de una directiva es útil para todos: la propia autoridad, la sociedad y el poder judicial. Se recomienda que la autoridad, en lugar de preparar un amplio documento

que abarque todas las prácticas, publique varias directivas con un alcance más limitado. Las directivas con un alcance más limitado pueden ser ajustadas, actualizadas o modificadas con mayor facilidad. También se recomienda que la autoridad cite la fuente de los conceptos y definiciones que se utilizan en la directiva. Se recomienda que en ésta se utilicen, en la medida de lo posible, conceptos ya establecidos a escala internacional. A este respecto, deben consultarse los debates y recomendaciones de la Red Internacional de la Competencia. Las directivas deben ser sometidas a información pública antes de su aprobación, con el fin de recibir observaciones de toda la sociedad, incluidos los medios universitarios y el poder judicial. Si se tradujeran al inglés, los proyectos de directivas podrían suscitar observaciones a escala internacional.

Deben establecerse procedimientos para suspender el vencimiento de los plazos para la investigación y la formulación de una decisión. Todos los plazos establecidos para la investigación y la formulación de una decisión con respecto a prácticas anticompetitivas, sea por la KPPU, sea por los tribunales de distrito o sea por el Tribunal Supremo, son breves y no hay ninguna disposición que permita la suspensión del vencimiento de estos plazos por ningún motivo. Tal suspensión debería estar sometida a unas normas estrictas que regularan sus motivos, la cantidad de las suspensiones que pueden solicitarse y la longitud de éstas. La KPPU ha estimado que 120 días sería un plazo razonable para la etapa de la investigación, con la posibilidad de una prórroga en casos justificados.

Debe establecerse un procedimiento que permita a la KPPU corregir errores materiales que no tengan influencia en los fundamentos de la decisión. Como no hay un órgano superior en la KPPU al que pueda recurrirse en apelación, la KPPU debe aceptar algún tipo de examen muy limitado y restringido que permita corregir errores de hecho, evitando así apelaciones innecesarias y costosas ante los tribunales. El examen de la autoridad debe limitarse a la corrección de errores formales únicamente.

La KPPU debe disponer de un mecanismo que le permita filtrar y despachar de forma rápida y con menor costo los casos de menor importancia y escaso, o nulo, impacto. Dada la limitación de sus recursos, debe poder "elegir" los casos más importantes y destinar a ellos sus

recursos para formular decisiones sólidas y de calidad elevada. Estas decisiones podrían ser utilizadas para educar a la sociedad y que ésta conozca las políticas de defensa de la competencia.

Hasta la fecha, la mayoría de los casos examinados por la KPPU se relacionaban con confabulaciones en licitaciones públicas, por lo que su estrecha relación con la KPK ha sido importante para reforzar la política de competencia. La KPPU debería procurar ahora reforzar su lucha contra otros tipos de cárteles u otras conductas perjudiciales para la competencia. La KPPU podría enriquecerse con la experiencia acumulada por otras jurisdicciones jóvenes en la lucha contra los cárteles.

Por último, hay que mejorar el cumplimiento de las decisiones de la KPPU ya que no llega a cobrarse el 1,4% de las multas impuestas por ella, ni siquiera después de una orden de ejecución judicial.

2. Instituciones

Los informes anuales deben ser obligatorios y de difusión pública, al menos en formato electrónico.

Los miembros de la Comisión sólo deben ser separados de su cargo por motivos concretos, limitados y bien definidos. De este modo se ofrecerá mayor seguridad jurídica y objetividad y se reducirán las influencias políticas sobre el órgano.

Debe exigirse a los miembros de la Comisión que no estén afiliados a ningún partido político, o al menos que no ocupen cargos administrativos o políticos en partidos.

Debe establecerse en la ley el número exacto de miembros de la Comisión. Esta precisión reduciría la posible utilización política del órgano.

Los mandatos de los miembros deben estar escalonados. De este modo se contribuiría a retener experiencia y aumentar la seguridad jurídica. Por ejemplo, si hubiera siete miembros, como se propone en el proyecto de enmienda, su sustitución debería producirse en momentos distintos, primero dos, luego dos y finalmente tres. Para ello debería establecerse un período transitorio en el que los miembros recibirían un

mandato por un período inferior a cinco años¹⁵. En otras disposiciones se podría abordar el problema de los retrasos en los nombramientos, a fin de conseguir que la norma no pierda efectividad.

Los miembros de la Comisión no deben seguir prestando sus servicios una vez concluido su mandato. Debe establecerse una norma más concreta que obligue al Gobierno a nombrar un nuevo miembro dentro de un plazo razonable en caso de que se produzca una vacante. Asegurar el mantenimiento del número completo de miembros con un mandato a plazo fijo contribuirá a mantener la independencia del organismo.

No deben producirse confirmaciones en el cargo, ya que la posibilidad de tal confirmación podría alterar los incentivos y la independencia de los miembros.

Debe reforzarse la secretaría. Deben incorporarse a ella profesionales capacitados y con la experiencia necesaria para tramitar los casos y formular recomendaciones razonadas. Debe admitirse la necesidad de atraer y retener el personal adecuado. Una secretaría reforzada aumentará la eficiencia y la eficacia.

La KPPU debe establecer estrechas relaciones, y cooperar, con las autoridades locales y las fiscalías a fin de corregir las distorsiones locales de la competencia y ayudar a reunir a escala local información sobre prácticas anticompetitivas.

Podría ser muy útil elaborar un manual sobre los procedimientos internos obligatorios, con inclusión de los procedimientos para tramitar los casos. Con esta medida podría aumentar la transparencia y la previsibilidad y reducir el número de apelaciones contra las decisiones fundadas en errores de procedimiento. También puede disminuir la incidencia de la rápida renovación del personal.

¹⁵ Se podría establecer, por ejemplo, una norma transitoria que fijara un mandato de 3 años para los dos primeros miembros nombrados, 4 años para los dos siguientes y 5 años para los tres miembros restantes. Al cabo de este período transitorio, el término de los mandatos no sería coincidente.

La KPPU debe crear una biblioteca interna dedicada a temas concretos de competencia. Además de información fáctica sobre la economía indonesia, debe incluir y mantener libros y revistas recientes de teoría económica. Deben establecerse procedimientos para mantener la biblioteca de forma que pueda ser útil a la KPPU en sus actividades, con inclusión de procedimientos estrictos para el préstamo de documentos.

3. Examen de las fusiones

Aunque el examen de las fusiones es uno de los deberes importantes de las autoridades de defensa de la competencia, también es una labor que consume recursos y tiempo. Debido a la limitación de los recursos, el umbral para declarar obligatoria la notificación de una fusión debe ser muy elevado.

El artículo 28 debe ser modificado para aclarar que sólo las fusiones o adquisiciones que traspasen el umbral de daño a la competencia en Indonesia estarán prohibidas o sometidas a condiciones para su aprobación. En la actualidad, el texto original y auténtico del artículo 28 es ambiguo con respecto a los criterios para la prohibición.

Como norma transitoria, no se establecería ningún control obligatorio de las fusiones. No habría notificación obligatoria, pero la KPPU estaría dotada de plenos poderes para investigar las transacciones que tengan repercusiones en la competencia. En tal caso, la KPPU debería estar facultada también para imponer condiciones o paralizar la transacción en Indonesia.

4. Tribunales

La ley debe ser enmendada para ampliar el plazo de que dispone el Tribunal Supremo para formular una decisión. Como las cuestiones relacionadas con la competencia exigen decisiones rápidas, deberá considerarse si debe realizarse una enmienda que establezca que las apelaciones frente a las decisiones de la KPPU se someterán directamente al Tribunal Superior (tribunal de apelación), en lugar de someterse a un tribunal de distrito.

5. Difusión

Dentro de las prioridades de la KPPU, la protección de los consumidores parece ocupar un lejano segundo lugar. Como la ley atribuye a la KPPU la competencia de la protección de los consumidores, la Comisión debe hacer lo necesario para elaborar y aplicar una política de protección de los consumidores.

B. Consideración general: enmienda de la ley

A la vista de los costos que supone la enmienda de la ley, entre ellos la inseguridad jurídica que genera, ésta debe aplazarse. A corto y medio plazo se recomienda que aumente la vigilancia del cumplimiento de la ley vigente y se publiquen explicaciones y directivas, además de ponerse en marcha iniciativas de fomento de la capacidad. No obstante, se recomienda que se realice una enmienda técnica que reajuste las definiciones de los conceptos y los plazos, como antes se indicó.
