

**Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and
Policy, Fifteenth Session**

Geneva, 19-21 October 2016

Peer Review Uruguay

Contribution

By

Pamela Sittenfeld

The views expressed are those of the author(s) and do not necessarily reflect the views of UNCTAD

Examen voluntario entre homólogos del derecho y la política de la competencia

REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Pamela Sittenfeld

Miembro del Grupo Asesor de Expertos

**Programa de Competencia y Protección del Consumidor en
América Latina (COMPAL)**

Contenido

- **Introducción**
 - Antecedentes
 - Contenido
 - Objetivos
 - Ámbito de aplicación

- **Aspectos sustantivos de la Ley 18159**
 - Prácticas anticompetitivas
 - Remedios y sanciones
 - Programa de clemencia
 - Concentraciones
 - Aplicación de la Ley

- **Comisión de promoción y defensa de la competencia**
 - Aspectos institucionales
 - Procedimiento
 - Consulta
 - Revisión judicial
 - Abogacía
 - Sectores regulados

- **Conclusiones y recomendaciones**



Introducción



Antecedentes de la Ley 18159

- **Principio General:** La Constitución Política contiene dos normas que desarrollan los principios de competencia y fundamentan la economía de mercado. El artículo 36 consagra la libertad de industria y comercio. El artículo 50 establece el control del Estado sobre organizaciones comerciales o industriales trustificadas. Durante mucho tiempo estas normas se mantuvieron sin desarrollo legislativo.
- **Primer desarrollo:** Se dio con la promulgación de la Ley 17.243 del 29 de junio del año 2000. La regulación estaba compuesta de 3 artículos que delimitaban el ámbito de aplicación, la lista de prácticas prohibidas y la posibilidad de solucionar las contiendas por la vía del arbitraje.
- **Segunda Ley:** La Ley de Presupuesto, No. 17.296 del 21 de febrero del 2001 y el Decreto 86/001 del 28 de febrero del 2001 complementaron esta normas. Esta regulación establecía como autoridad de aplicación a la Dirección General de Comercio del Ministerio de Economía y Finanzas, que podía investigar y sancionar las prácticas prohibidas y emitir opinión en materia de competencia. Tuvo poco impacto fundamentalmente porque las normas eran incompletas y condiciones para establecer las sanciones eran muy estrictas. Se ha mencionado también que la autoridad no era independiente, no tenía los recursos necesarios y la cultura de la competencia era incipiente.
- **Proyecto de Ley:** En el período legislativo del 2000 al 2005 se presentó un nuevo proyecto. Sin embargo, terminada la legislatura en el año 2005, no logró la aprobación de la Cámara de Senadores.
- **Promulgación de la Ley:** En julio de 2005, se presentó otro proyecto de ley. Luego de dos años de análisis, el 10 de julio del año 2007 se aprobó la Ley 18159, de Promoción y Defensa de la Competencia.



Ley 18159

- **Contenido: Cuatro Capítulos.**

- Disposiciones Generales;
- Procedimiento para la investigación y sanción de prácticas prohibidas;
- Órgano de aplicación;
- Disposiciones finales.

- **Objetivo**

“(...) fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados.”

(Art. 1 de la Ley)

- **Ámbito de aplicación**

Amplia aplicación a todas las actividades económicas que tengan algún efecto en el Uruguay, excepto:

- “limitaciones establecidas por ley, por razones de interés general”.
- “[e]l ejercicio de un derecho, facultad o prerrogativa excepcional otorgada o reconocida por ley”.

(Art. 2 de la Ley)



Aspectos sustantivos de la Ley



Prácticas anticompetitivas

- En términos generales la Ley 18159 es operativa. Sin embargo, se identificaron algunos puntos de mejora.
- Los artículos 2 y 4 se refiere a las prácticas prohibidas. El primero de ellos es una prohibición genérica de realizar conductas anticompetitivas, y el segundo establece una lista enunciativa de las principales de estas conductas.
- Los diferentes tipos de prácticas anticompetitivas se mezclan en una sola categoría común, sin distinguir cuáles de ellas se refieren a conductas horizontales, a acuerdos verticales o a abuso de posición dominante.
- La Ley no menciona algunas prácticas anticompetitivas que usualmente prohíben otras legislaciones.
- Algunas de las prohibiciones podrían incluir una serie de conductas de distinta naturaleza y con reglas de análisis disímiles entre sí.
- En algunos casos incluye prácticas que normalmente no se consideran anticompetitivas.
- La Ley tampoco da una indicación del grado de gravedad de las conductas, y se establece que todas las prácticas anticompetitivas se deben analizar según la regla de la razón.
- La autoridad debe hacer un análisis de eficiencias en absolutamente todos los casos, independientemente de si la parte investigada las alega o no.
- Las definiciones de mercado relevante y poder sustancial sí se ajustan a las mejores prácticas internacionales.



Remedios y Sanciones

- El artículo 17 de la Ley enlista las sanciones aplicables. En términos generales las sanciones están acorde con la práctica internacional, y se consideran disuasorias.
- Además del cese de la conducta, pueden imponerse sanciones de apercibimiento (privado o público), y multas de hasta el 10% de la facturación anual del infractor o el equivalente a 3 veces el perjuicio causado por la práctica.
- En la determinación de las sanciones, la gravedad de la conducta no se toma en cuenta como un criterio para determinar la sanción.

Programa de Clemencia

- La Ley prevé la posibilidad de atenuar la sanción a quien participe de un acuerdo prohibido y aporte pruebas para inculpar a los demás miembros. El Reglamento limita el beneficio a casos de prácticas concertadas entre competidores.
- El beneficio puede ser la exoneración total de la sanción, pero sólo se otorga a la primera empresa en aportar información, siempre y cuando no haya iniciado la conformación del acuerdo.
- Se echa de menos algunas condiciones usualmente incluidas en estos procedimientos, como: reglas en caso de cooperación a título personal, reglas para garantizar la cooperación durante la investigación, y las garantías para que el agente deje de realizar la práctica anticompetitiva.



Control de concentraciones

- Definición de concentración (Art. 7) coincide con la utilizada en varias legislaciones, que relacionan la concentración económica con la adquisición o transferencia de control entre entidades independientes entre sí.
- Para determinar si una concentración debe notificarse se acude a dos umbrales:
 - **50% o más de participación de mercado:** Contrario a las mejores prácticas internacionales, que recomiendan usar umbrales objetivos y de fácil verificación.
 - **Facturación anual de US\$ 78,000,000.00:** Se considera bajo para una economía de menor tamaño relativo.
- Internacionalmente, el análisis de concentraciones pretende verificar si producto de ésta se adquiere o consolida una posición de poder en el mercado, o si la transacción puede tener el efecto de restringir o impedir la competencia. En el caso de Uruguay, sin embargo, la Ley señala que la autorización de la Comisión se requiere únicamente “*en los casos en que el acto de concentración económica implique la conformación de un monopolio de hecho.*” (Art. 9).
- El análisis de ganancias de eficiencia sí se ajusta a las recomendaciones de las mejores prácticas internacionales.
- El solicitante podrá proponer medidas de mitigación de los impactos previstos sobre el mercado. Pero el procedimiento para valorarlas es sumamente rígido y no prevé un diálogo fluido entre el solicitante y la autoridad.



Datos sobre la aplicación de la ley (*enforcement*)

Prácticas prohibidas

- Entre el 2009 y el 2015, la Comisión **recibió 126 asuntos** y **resolvió 118.5** (65.5 investigaciones, 23 estudios preparatorios y 30 concentraciones económicas).
- Se ha iniciado en promedio **una investigación de oficio por año**.
- **Duración promedio** de las investigaciones de **28.3 meses**.
- Únicamente un caso ha sido resuelto por el mecanismo del compromiso de cese.
- Se ha **sancionado en 15 expedientes**, la mayoría sobre acuerdos verticales o abuso de posición de dominio.
- La autoridad ha sancionado a **30 agentes económicos**. En 9 de los expedientes se ha impuesto un apercibimiento a las empresas, por la comisión de prácticas anticompetitivas, para un total de 15 agentes económicos sancionados. En los 6 casos restantes, se han establecido multas, para un total de 15 agentes económicos sancionados.
- El monto de las multas impuestas ha sido relativamente bajo en la mayoría de los casos (**10 de los agentes recibieron multas por aproximadamente US\$ 11.048**). Al menos **un caso el denunciante se amparó al atenuante de la clemencia**.
- Del total de casos sancionados, hasta diciembre del 2015, solamente se detectó **un caso revocado** por el Ministro de Economía y Finanzas.

Concentraciones

- La actividad en materia de concentraciones ha sido poco significativa. De los 33 casos notificados hasta el 2015 **ninguno requirió la autorización** por parte de la Comisión, ya que **no se había conformado un monopolio de hecho**.
- En la práctica, el análisis se reduce a verificar si los requisitos están completos. Estándar que establece la Ley **equivale a no tener ningún control** en materia de competencia sobre este tipo de transacciones.



Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia



Aspectos institucionales

- La autoridad uruguaya inició sus actividades el 16 de marzo del 2009.
- Algunos elementos favorecen su independencia, como el hecho de ser un órgano desconcentrado y de contar con personal propio.
- Sin embargo, su diseño institucional podrían mejorar para otorgarle más independencia, especialmente en los siguientes aspectos:
 - Sus resoluciones pueden apelarse ante el Ministro.
 - No tiene autonomía presupuestaria (el presupuesto lo aporta el Ministerio), ni facultades para ser un ordenador de gastos, ya que depende de la aprobación de la Dirección General de Secretaría.
 - Tiene recursos limitados. Para el año 2015, los recursos financieros asignados a la autoridad fueron aproximadamente US\$ 445.910.
 - Tiene poco recurso humano. Actualmente está integrada por un abogado y dos economistas. El personal del equipo técnico se compone de 7 personas: 2 administrativos, 2 economistas, 3 abogados.



Procedimiento

- A la Comisión le corresponde desarrollar las fases de investigación, instrucción, análisis y resolución final. El inicio del procedimiento puede ser tanto por denuncia o de oficio.
- Tiene amplias facultades para realizar investigaciones preliminares, recabar información de forma coactiva a particulares y solicitar (con la intervención de la autoridad judicial) investigaciones *in situ*. Puede también dictar medidas cautelares.
- La Ley no contiene mayores disposiciones relacionadas con el curso del procedimiento una vez finalizada la etapa inicial. Estas normas se detallan en el Reglamento.
- Plazo de defensa y descargo es de solamente 10 días. Posteriormente, se evacúa la prueba y se vuelve a conceder una audiencia para referirse a la resolución final.
- Procedimiento puede finalizar también por desistimiento o por compromiso. El compromiso se puede rechazar cuando la culpabilidad sea evidente (problema de adelanto de criterio). La propuesta de compromiso se acepta o rechaza en su totalidad, no hay procedimiento para modificarla.
- El ordenamiento uruguayo establece la posibilidad de conciliar. En la forma que está planteada, la conciliación podría no ser aplicable, ya que los procedimientos no protegen derechos patrimoniales. La Comisión la ha interpretado como la posibilidad de acordar el cese o la modificación de la conducta.



Consulta

- Reglamento establece un procedimiento que permite a particulares realizar consultas sobre conductas o concentraciones que realicen o pretendan realizar, o que realizan terceros.
- En el caso de consultas propias, el solicitante determinará si la misma será o no vinculante para la autoridad. Si la decisión no es vinculante, deberá aportar todos los elementos que considere relevantes y la autoridad deberá responder en un plazo de 30 días hábiles. Si es vinculante, la autoridad tendrá las mismas potestades de investigación que para el análisis de casos y los particulares tendrán el deber de cooperar. No se podrán formular consultas vinculantes sobre conductas de terceros.
- Este procedimiento de las consultas vinculantes podría distraer recursos de la autoridad, que podría verse obligada a realizar una investigación para responder la consulta y luego tener que conducir un procedimiento para sancionarla.
- Este riesgo se disminuiría si, por ejemplo, la facultad de opinar fuese potestativa para la autoridad, y las opiniones se refieran exclusivamente a criterios generales.

Revisión Judicial

- Resoluciones de la Comisión pueden impugnarse ante el Tribunal de lo Contencioso – Administrativo.
- Tribunal no es especializado en la materia, sino que es un Tribunal general de Derecho Público.
- En una misma acción no se analiza conjuntamente la anulación del acto y la reparación del daño. Si se obtiene una sentencia anulatoria, podrá luego demandar la reparación ante la sede correspondiente, pero no puede pedir la anulación si opta primero por la acción reparatoria.



Abogacía de la competencia

- El artículo 26 de la Ley 18.159 establece las siguientes facultades de la autoridad para ejercer las funciones de abogacía de la competencia
- Al igual que en materia de defensa de la competencia, la autoridad ha sido **más reactiva que proactiva** a la hora de ejercer sus facultades de abogacía.
- Por sus limitaciones institucionales, la Comisión tiene **muy poco margen para definir una agenda estratégica** en esta área.
- Actividades de abogacía se han concentrado en dos áreas: la atención de consultas y la difusión de la legislación de competencia.
- Del año 2009 al 2015, la Comisión resolvió **90 consultas (53 informales y 37 formales)**.
- **No hay un sistema de seguimiento** sobre los efectos de sus acciones de abogacía. No obstante lo anterior, a partir de algunas consultas se han derivado posteriormente denuncias o investigaciones.
- Se han realizado reuniones, cursos, talleres y seminarios para coordinar, capacitar y difundir los principios de competencia.
- En materia de comunicación, la Comisión **no realiza una actividad proactiva ni planificada**. Sin embargo, responde sobre los procedimientos en curso y las demandas de información de diversos medios periodísticos. En general hay una buena cobertura de los casos relevantes que conoce la autoridad.
- La Comisión tiene una página web, que incluye la información normativa, institucional y técnica básica, así como las resoluciones e informes de los distintos asuntos que conoce. La página se actualiza con regularidad.



Sectores regulados

- La Ley de Competencia establece que en todos los sectores regulados estarán a cargo de su regulador sectorial, quien podrá consultar con la Comisión de forma no vinculante.
- Esta competencia se extiende además a mercados que pudieran estar relacionados con el mercado regulado, tanto horizontal como verticalmente en la medida que afecte las condiciones competitivas en éste.
- La interpretación que se le ha dado a la norma ha sido bastante amplia a la hora de determinar los sectores incluidos.
- Esto reduce las posibilidades de actuación de la Comisión, y podría generar inconsistencia en los criterios de las distintas autoridades, así como falta de certeza de los administrados sobre la forma en que se regula su actividad.
- Además, aplicación de las normas de competencia no ha sido la prioridad de los organismos reguladores. Llama la atención la ausencia de sanciones significativas en casos en los que el propio regulador confirmó la realización de prácticas anticompetitivas.



Recomendaciones



Aspectos sustantivos

Ámbito de aplicación

- A pesar que la Ley establece un ámbito amplio de aplicación, es posible posibilidad de establecer una gran cantidad de excepciones a su aplicación, mediante otras regulaciones e interpretaciones.
- Se recomienda promover las modificaciones regulatorias necesarias para restringir esta posibilidad.

Regulación de las prácticas anticompetitivas

- Clasificar las conductas prohibidas conforme a sus tipos, naturaleza y gravedad.
- Establecer la regla de análisis *per se*, para ser aplicada a los llamados “carteles de núcleo duro”.
- Distribuir la carga de la prueba en los procedimientos que apliquen la regla de la razón.
- Delimitar la lista de prácticas prohibidas. De mantenerse la prohibición genérica, se sugiere establecer algunos requisitos y parámetros para su aplicación.
- Aclarar la aplicación de las reglas de competencia a las actuaciones de asociaciones y otras organizaciones gremiales.
- Incluir la gravedad de la conducta como parámetro para valorar sanciones.
- Emitir guías o manuales.



Regulación de las concentraciones

- Establecer umbrales de notificación basados únicamente en parámetros objetivos y de fácil verificación, tales como el valor de las ventas o de los activos de las partes.
- Evaluar si el valor del umbral establecido es adecuado considerando el tamaño de la economía local.
- Modificar las reglas del análisis de fondo de las concentraciones, de forma tal que la autoridad intervenga en aquellos casos que la concentración pueda tener efectos anticompetitivos.
- Establecer un procedimiento más detallado para la propuesta e imposición de remedios a las concentraciones, que permitan un diálogo fluido entre las partes, así como la propuesta de los remedios más adecuados para evitar los efectos anticompetitivos.
- Emitir guías o manuales.



Aspectos institucionales

Estructura y potestades

- Otorgar a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia mayor autonomía e independencia.
- Aumentar significativamente el presupuesto de la autoridad.
- Mejorar la gestión del conocimiento por parte de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia.
- Fortalecer las destrezas del equipo técnico en la investigación y análisis de prácticas y concentraciones anticompetitivas.

Abogacía de la competencia

- Continuar y profundizar los esfuerzos en materia de abogacía de la competencia, en la medida que los recursos lo permitan.
- Capacitar al poder judicial en el análisis legal y económico en materia de competencia.
- Realizar estudios de mercado.
- Promover programas preventivos de cumplimiento.



Aplicación de la legislación de competencia

- Reformar el procedimiento para la investigación de conductas, para que se adecue mejor a las complejidades de este tipo de casos.
- Desarrollar todos los elementos que motivan el acto administrativo dentro del texto de la resolución final.
- Establecer procedimientos y manuales internos para la investigación y análisis de las prácticas anticompetitivas y las concentraciones económicas.
- Elaborar directrices para la aplicación de sanciones.
- Mejorar la reglamentación de la figura del compromiso de cese y promover su utilización.
- Promover y regular el atenuante de la clemencia.



Sectores regulados

- Delimitar competencias de los órganos reguladores o bien considerar una reforma legal para establecer un órgano único de aplicación de las normas de competencia.
- Eliminar la extensión de las competencias de reguladores sectoriales a mercados ajenos al directamente regulado.
- Mayor coordinación con la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia.



Muchas gracias

