

**UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT
CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y
DESARROLLO**

**Regional Seminar for Latin America and Caribbean Countries
on the Post-Doha WTO Competition Issues
São Paulo, 23 - 25 April, 2003**

**Seminario Regional Post Doha para los países de América Latina y el Caribe
sobre los temas de Competencia de la OMC
São Paulo, 23 - 25 de abril de 2003**

**Seminário Regional Pós Doha dos Países da América Latina e Caribe sobre os Temas
de Concorrência na OMC
São Paulo, 23 - 25 de abril de 2003**

Edited by Philippe Brusick and Ana María Alvarez

Foreword by

**Rubens Ricupero
Secretary – General of UNCTAD**



UNITED NATIONS

Geneva, 2003

Section VI. Other contributions from Experts and Delegates

6.1. ALGUNAS CONSIDERACIONES PARA APROBAR UNA LEY SOBRE COMPETENCIA EN BOLIVIA

Introducción

Bolivia no tiene una norma especial para regular el comportamiento del mercado, existe un Proyecto de Ley sobre Libre Competencia que abarca los sectores de la industria y el comercio, que se encuentra en proceso de revisión en el Congreso. Sin embargo, ha realizado algunas acciones sobre políticas de competencia en base a la Ley No. 1600 que crea el Sistema de Regulación Sectorial.

En este sentido, es muy poco lo que puedo manifestar sobre experiencias en mi país, sin embargo destacaría algunos aspectos que podría tomarse en cuenta, para el caso de Bolivia, en la aprobación e implementación de una Ley de Competencia.

Reciente adscripción a una economía de mercado

A partir de 1985 Bolivia lleva adelante profundos cambios en su política económica para poder enfrentar, inicialmente la crisis que la llevó a una fuerte hiperinflación, y luego para consolidar una política económica de mercado, que encare la liberalización de las actividades económicas, la asignación de los recursos orientada por las señales del mercado y la apertura externa de la economía. Asimismo, ha asignado al Estado el rol de facilitador y regulador de las actividades privadas y de inversor en infraestructura económica y desarrollo social, para reducir su papel preponderante en la actividad económica que tuvo en el pasado.

En este contexto y dentro de su Política de Inversiones realizó un cambio significativo con la promulgación de las leyes de Capitalización (21 de marzo de 1994); el Sistema de Regulación Sectorial – SIRESE (Ley No. 1600 del 28 de octubre de 1994), con el objetivo de regular, controlar y supervisar aquellas actividades pertenecientes a los sectores de telecomunicaciones, hidrocarburos, transportes, aguas y electricidad, de acuerdo a normas legales sectoriales; y el Sistema de Regulación Financiera – SIREFI que regula, controla y supervisa las actividades, personas y entidades relacionadas con el seguro social obligatorio de largo plazo, bancos y entidades financieras, entidades aseguradoras y reaseguradoras y del mercado de valores.

Análisis del mercado objeto de legislación

La elaboración de la normativa debe ser producto del análisis de la situación del mercado que se pretende regular, en este sentido el mercado boliviano tiene algunas características:

- En la década de los noventa recién se consolida su adscripción al sistema de la economía de mercado. Sin embargo, aún predomina un alto porcentaje del sector informal, dedicado básicamente a la comercialización, que organizados en grandes gremios o federaciones realizan el manejo de los precios, así como también los pequeños artesanos y los pequeños fabricantes de ropa, que se agrupan con el objeto de competir el contrabando proveniente de los países fronterizos.
- Las principales empresas de Bolivia no destinan su producción el mercado interno, sino a la exportación en casi su totalidad. Entre las 100 principales empresas de Bolivia y entre las que no están reguladas por una ley de competencia, se encuentran las que producen soya, aceites de soya y girasol, las que se dedican a la explotación aurífera, y algunas que se dedican a la fabricación de bisutería de oro.

- Recientemente ha sido modificada la Ley de Organización del Poder Ejecutivo, mediante el cual se esta realizando un proceso de reestructuración y modificación de las funciones y atribuciones de las instituciones que se encargaría de aplicar la Ley de Competencia.

Sentido de la competencia y competitividad

- En el mercado boliviano que ya es abierto y tiene una tasa arancelaria lineal y en un mundo globalizado, las pocas empresas y medianas empresas, no toman en cuenta aspecto de calidad y buen acabado de sus productos, se abstienen de utilizar nuevas tecnologías y modernizar sus procesos de producción. Claro que esto último esta en función a su inversión y a sus utilidades.
- Por otro lado, los consumidores no tienen cultura de consumo. El público en general no busca productos alternativos o similares de mejor calidad. Existe un predominio de lo tradicional.

Proyecto de Ley de Competencia

El Proyecto tiene una larga data y no se puede aprobar por x motivos que surgen, actualmente esta siendo revisado por el Congreso y al menos se destacan dos controversias:

- El objeto de la Ley esta cuestionado, en el sentido que además de evitar actos que impidan o distorsionen la eficiencia económica, “promoverá la oferta de bienes y servicios” .
- En el Proyecto se prevé la creación de una Superintendencia de Industria y Comercio, institución que realizaría las acciones de investigación y sanciones relativas a posición de dominio, concentraciones y otras prácticas restrictivas a la libre competencia. Existe mucha discusión respecto a si una Superintendencia sería la entidad apropiada para ser la autoridad investigadora y su relación con el proceso de investigación, con la legislación sancionadora en general, de quiénes conformarían la entidad investigadora.

Cooperación

En el marco del ALCA, la Secretaría General de la Comunidad Andina logró una asistencia técnica de USAID para la realización de seminarios para las autoridades en materia de competencia.

En este contexto, en noviembre de 2002 se llevó a cabo el Seminario “Beneficios de una Normativa Nacional en materia de Libre Competencia”, en las ciudades de La Paz, Cochabamba y Santa Cruz de la Sierra. Se invitó a representantes del Poder Legislativo, Prefecturas, Instituciones Públicas, representantes de los Sectores Privados, Cámaras de Comercio, de Industria, etc.

Los expositores si bien realzaron la gran importancia de contar con una normativa nacional, explicando experiencias de otros países, a nivel bilateral y subregional, no hubo receptividad e interés y poca participación en cuanto al tema, y más bien, existió un predominio interés para conocer más sobre la competitividad.

Conclusión

Crear conciencia para contar con una normativa nacional no es suficiente, considero relevante que primero se debe conocer y analizar en todos sus aspectos o ámbitos el comportamiento del mercado boliviano, de los actores económicos y de los consumidores y sus preferencias, sin olvidar el sector informal.

6.2. TRADE ASSOCIATIONS AND CARTEL LEADERSHIP: A DEVELOPPING COUNTRY EXPERIENCE¹

ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER²

ABSTRACT

In the present paper I analyze some issues related to the role that trade associations play in conspiracies to set forth uniform commercial behaviours amongst their members – especially related to price fixing cartels. I start stating general claims about the process through which the Brazilian State retreated from determining prices, as well as the reluctance with which trade associations received incentives to correct their behaviours so as to adapt to the new reality. Under this analysis I demonstrate that is very important to develop competition advocacy with trade associations in countries that liberalized their economies after years of price control policies. In this context, I show that sanctions imposed on the trade associations not only punish, but also educate. Next, I assess the results reached in administrative branch in which trade associations were convicted of price fixing by setting minimum prices for the services offered by their members. In sequence, I examine two administrative proceedings which have demonstrate how trade associations managed to coordinate cartels and gave cause to uniform commercial behaviour.

I. Price control, liberalization in Brazilian economy, and the role of trade associations

Under this topic I intend to present some statements about one of the conditions that drove trade associations³ to interfere in the determination of market prices related to the products offered by their members: the control over prices Federal Government set forth⁴.

During a long time period, many economic sectors of Brazil were tampered with price controls. I will concentrate on some examples emerged from the 60's onwards.

I begin with the price controls levied by the military dictatorship that ascended to power in virtue of a *coup d'État*. In that context, the National Commission for Price Stability Stimulation (CONEP) was created. Invested of powers to implement such a policy of price intervention, it offered fiscal benefits and public credit to companies that moderately raised their prices. The biggest concern was to block inflation, which was reaching high rates throughout the period. Companies that together answered for 70% of all sales in Brazilian market supported the system.⁵

¹ Paper prepared for the Regional Seminar for Latin America and Caribbean Countries on the Post-Doha WTO Competition Issues – São Paulo, 23-25 April 2003.

² Commissioner of CADE. Former Chief of Legal Counsel to the Brazilian Ministry of Justice. Former Law Clerk of the Brazilian Supreme Court. State Attorney of the State of São Paulo. LLM for the University of São Paulo (USP). Professor of Economic Law of IESB.

³ It is important to make it clear that in Brazil, unions and employer's organizations are gathered under the same term "*sindicato*", often translated by "union". In the Portuguese version of this paper, the distinction is not visible, therefore; workers unions are called "*sindicatos de trabalhadores*", while employers associations are named "*sindicatos patronais*". In consequence, each economic category has its own "*sindicato*". This paper will be concerned only with the cases in which employers associations were convicted, sometimes addressed to as *trade associations*, others as *employers associations*, for there hasn't been any precedent of conviction, even investigation, concerning unions.

⁴ Detailed information could be obtained from the flabbergasting article named "*The political economy of antitrust in Brazil: from price control to competition policy*" by Cláudio Monteiro Considera e Paulo Corrêa, mimeo, SEAE/MF, série documentos de trabalho nº 11, <http://www.fazenda.gov.br/seae/>.

⁵ See on the matter Dionísio D. Carneiro Neto, "Política de controle de preços industriais – perspectiva e análise

In spite of such a high adhesion rate, Brazilian government tried even more severe price control mechanisms by imposing to many economic sectors⁶ a mandatory system through which all price raises should be previously submitted to CONEP for analysis and if were the case, get approval⁷.

Afterwards, the Interministerial Commission for Prices (CIP) was created and price controls became even tougher: amongst several economic sectors, companies willing to increase their prices were obliged to prove their costs had risen. CIP set forth a detailed and complex control mechanism including administrative interference. I will not explain in details how the system worked as not to lose the required objectivity; alternatively, I will point out some deleterious aspects of the price control age inherited by the free-competition regime that followed, as well as stress some ways through which trade associations and private companies interacted with the CIP. I quote, thus, the following considerations made by Cláudio Considera and Paulo Corrêa:

*“Therefore, the price control mechanism employed by the CIP was not only competition preventing, through market rigidity. It was much more harmful. Firstly, it promoted concentration. Secondly, it indicated the leader was giving the signal for tacit agreements when the dominant firm exercised the price control individually. And thirdly, when there was a sector agreement, there was no need for blustering cartels; they were organized with the incentive of government. The CIP called meetings with associations or trade unions and, together, they talked about costs and fixed prices”.*⁸

After the years of the so-called “Brazilian miracle”, CIP remained alive, behaving in an increasingly more bureaucratic fashion, however. Studies demonstrate that price increases authorized by CIP throughout the economic sectors under its oversight were way alike those in the remaining sectors.⁹ During the 80’s, inflation rates reached higher levels, fact that messed about with the economy as a whole. Obviously, it included more attempts to control the escalation of prices. Even though, attempts to implement the conditions needed so as to authentic competition could come into being were aborted. In this context, trade associations remained playing important roles, intensely gathering their members to act collusively, mediate price setting negotiations – either privately or with government branches trusted with price control powers. Indeed, a significant raise in the number of trade associations has been noted all through the period.

The most important changes in the Brazilian economic paradigm became effective starting with the 90’s, especially with the “Plano Real” economic policy, which brought about several new structural measures to detain inflation, including the progressive ending of price controls, starting with the extinction of the CIP and the liberalization of most part of all economic sectors, with a view to freely set the prices they thought adequate, in an environment of unconstrained competition.

institucional da experiência brasileira”. In: Aspectos da participação do governo da economia, IOEA/INPES, 1976, série monográfica nº 26, p. 135-74.)

⁶ The entire manufacture industry sector and a good share of the food industry are included here among others.

⁷ Presidential Decree nº 61.993, issued in December 28th, 1967.

⁸ Cláudio Considera and Paulo Corrêa, “*The political economy of antitrust in Brazil: from price control to competition policy*”, *op. cit.*, p. 11-12. What is more, the authors emphasize: “As the previous section has shown, the associations met with the government officials at the price control agency to discuss cost increases and to negotiate price readjustment. (...) The price control in Brazil not only organized and stabilized the oligopoly prices contributing to reduce inflation, but also organized a structure for cartel functioning by making the Brazilian industrialists used to meet and talk about costs and prices. (...) In Brazil, the producers’ associations did not have to go against the Adam Smith advise or even waste their time by talking amenities⁸. The government made room for it: the law of price control and the action to enforce it strengthened and facilitated that meeting and the conversation on costs and prices. It is equally true that they continued to do so even after the end of price control in Brazil”

⁹ See on the subject Milton da Mata, p. 948.

Furthermore, it's important to mention that, in 1994, the current Competition Protection Law was enacted (Federal Law nº 8.884/94). Uncountable institutional breakthroughs added to the previous statutes, such as the merger control, the administrative independence enjoyed by CADE's members, the SEAE and SDE's deepened powers to collect evidences, as well as the more precise legal definition of competition law boundaries.

Notwithstanding, as we analyze CADE's conviction records, we discover that trade associations and employer's union abused their institutional functions, getting to coordinate its members aiming at collusive conducts that made uniform their commercial behaviour in the market.

Probably this fact will find its roots in the picture sketched in the preceding paragraphs, in which the State promoted price control throughout several economic sectors, encouraging the associations to engage in the mechanism to artificially fix prices. While the price controls were over in almost all economic sectors and competition was the new model of economy, these associations could hardly adapt to the new paradigms of Brazilian economy¹⁰.

Such a circumstance strongly highlights antitrust authorities' role in the market discipline. Thus, sanctions imposed on the associations not only punish but also educate, in the measure that they draw the lines that limit a company's freedom of action in free competition.

Having exposed those generic considerations, I will turn to the several cases in which employers' and commercial associations are involved inviting their members to collude and behave uniformly, mostly by fixing prices.

II. Cases where CADE convicted associations of setting minimum prices

CADE has convicted several class entities¹¹, which elaborated price listings tending to uniform their member's professional activities. The first of these cases was the Administrative Proceeding 53/92, in which the Brazilian competition authority decided that the Sergipe Hospitals Association had violated the competition rules by drafting hospital service's price sheets, forcing its associates to adopt it uniformly. According to the CADE, *"the issue which is first put is that the adoption of these sheets is, in principle, harmful to competition, as it eliminates the usual mechanisms of price formation, in view of the demand and supply rules¹²."*

¹⁰ Onofre Carlos de Arruda Sampaio observes in an article published in the Gazeta Mercantil (November 11th, 1999, p. A-2): "our tradition of intervening made us used to a patrimonialist and formalist economic system, where the State allocates resources and fiscal incentives, regulates imports and fixes prices (...). During the years, we got used to the public cartel and its more direct consequences: cost sheets, prices set by the state authority, fix exchange rate. In this context, the trade associations (...) had a relevant role, intermediating the actions amongst the government and the private sector, without any liability being found relative to the antitrust laws in general and, particularly, those related to disclosing information about the market. On the contrary, they were often called to act as an information and monitoring channel towards the market. Presently, in our way to the free-market, we are all rehearsing what has been denied to us all the years long: the exercise of the option, bargain in the commercial activities, new judgments, and the power to decide whether buy from this or that producer. We need behavioral adjusting, new judgment standards and learning new practices and concepts that still we don't master. (...)".

¹¹ In Portuguese "entidades de classe", another name used in Brazil for refer to trade associations.

¹² Still on the aforementioned Administrative Proceeding, the Reporting Board Member understood that *"on competition subjects, the existence of price sheets themselves constitute sufficient proof of the coordinated behavior, and, for those who edit or elaborates it, this represents an anticompetitive practice, which aims at achieving dominant position and the harm to competition"*.

It is important to note that CADE's understanding is that in order to identify trade associations (or unions) anticompetitive violations, there is not the presumption of a forced adoption of a uniform behaviour between competitors.

CADE's Board has therefore adopted the position that even when using an indicative sheet (with no imposition of obedience through intimidation), it is clear that the goal of the trade association (or union) is to influence the adoption of a uniform commercial practice¹³.

Grounded on such ideas CADE has been convicting dozens of class entities, which edit these price sheets, by applying the following sanctions:

- 1- Fines, usually corresponding to the minimum level set forth on the law. Though, as CADE is examining the existence of contumacious violations and as it has already indicated its understandings in the sense that such practices constitutes violations, it has imposed higher fines, even though compatible with the economic *status* of those entities.
- 2- Determination that the violation be ceased, that the entities refrain from publishing new price lists and that they inform their members of the conviction. Non-compliance with such decisions would result in the payment of a daily fine.
- 3- Publishing CADE's sentences on newspapers.

III. Trade associations and cartel leadership

III.1. Plain steel cartel: how the trade association sponsored the cartel.

The first case where CADE could definitively convict a trade association occurred in 1999, as an outcome of an administrative proceeding in which it could be proved that the three biggest Brazilian steel companies colluded in order to raise plain steel prices to the same level at the same time.¹⁴

Effectively, the practice consisted in the Brazilian steel producers setting their prices to a similar level in close dates, after a year without consistent changes in market prices. CSN implemented its new price policy in August 1st, 1996 (a raise of 3.63% for the hot rolled steel sheets and 4.34% for the cold rolled steel sheets); Cosipa set its prices in August 8th, 1996 (3.59% for the hot rolled steel sheets and 4.31% for the cold rolled steel sheets); Usiminas did so also in August 8th, 1996 (4.09% for the hot rolled steel sheets and 4.48% for the cold rolled steel sheets).

The new prices were preceded by communiqués sent to buyers in July 17th, 1996 (CSN) and July 22nd, 1996 (Cosipa and Usiminas); besides, a meeting was held under in the Ministry of Finances' Secretariat for Economic Monitoring (SEAE) in July 30th, 1996. Representatives of the three companies and one of the steel producers Association (IBS –

¹³ In the Administrative Proceeding nº018.302/96-99 was pointed that. Applicant: MEFP. Respondent: ABIAF – Brazilian association of Frigorific Warehouse Storing (Brasília, January 20th, 1999): "Orienting sheets are instruments capable of influencing the price formation, tending to make them uniform whilst they insert in the free competition environment a disturbing element, that escapes to the rules of the free market. (...) This Board tends not to accept the argument, a commonplace in such cases, that the sheets have the character of mere reference, given the diverse sizes and technologies companies that adopt them present. Even though it is not the intention of the sheet issuer to impose it and coerce – as it seems to be the present case – the sheet sets forth harmful effects to the competition, once it acts as a disabling instrument in relation to the free price formation in the market – it influences the companies within the market to set their prices based on those publicized. Such an agreement impeaches the quest for efficiency gains and quality improvement in the delivered services without any benefit to the consumer."

¹⁴ Administrative Proceedings nº 08000.015337/94-48, Respondents Companhia Siderúrgica Nacional – CSN; Companhia Siderúrgica Paulista – Cosipa e Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais – Usiminas. Reporting Board Member Ruy Santacruz.

Brazilian Institute of Metallurgy) informed the government body that they would raise their prices. The Secretary replied that such a practice would be eligible for cartel.

Hence, it rested well documented the way through which the trade association participated, once it was its initiative of scheduling the meeting to announce the prices would raise in a unified way, fact that evidenced their collusive practice. The meeting, indeed, was taken as an irrefutable proof of the agreement to set forth a cartel.

Subsequently, in 1997 the plain steel prices raised, having the Brazilian Institute of Metallurgy scheduled for a second time a meeting with antitrust authorities (this turn with CADE) to inform their members had jointly decided to do so. Once again it was made clear that the Federal Government handed over controlling prices.

We can clearly observe that even after the Federal Government ceased to control steel prices the trade association continued to behave in the old way, stimulating concerted practices amongst its members, working to coordinate the manner firms set their prices and trying to mediate the relation with governmental authorities.

However, in view of these proceedings, the trade association hasn't been charged of assisting or participating in the illegal practices, reason why the sanctions were imposed only to the companies. Their punishment was:

- 1- A fine equivalent to 1% of the companies' FY1996 gross revenues without the taxes;
- 2- Duty to publish and pay for a public two-day half-a-page notice, to be printed in the newspaper with the biggest revenues in the state where the company has its seat, for three consecutive weeks, with the abridged contents of the CADE's decision.
- 3- A fine of R\$ 3.512.315,00 and R\$ 3.487.890,00 imposed on Usiminas and Cosipa respectively, for having tampered with information addressed to the authorities.

III.2. Fuel Retail Cartel

III.2.1. A brief overview of the fuel price control changes in Brazil

Until 1990, fuel consumer prices in Brazil were still fixed by the Federal Government, being equally adopted by distribution companies and gas stations. On this year, however, the government issued rules softening the requirements for the opening of new gas stations, besides fixing only maximum prices, what enabled distributors and gas stations to freely adopt discount policies (in other words, distributors and gas stations could offer prices below those fixed by the government).

In 1993, the Fuel National Department of the Ministry of Mines and Energy, through Administrative Ruling 258, authorized the establishment of new distribution companies, as well as the creation of gas stations not controlled by or linked to any distribution company (the so-called "white flag" stations), what led to improvements in the competition regarding this specific sector.

Since then, we could observe the increase in the number of distribution networks, starting at an initial market concentration in five long-established companies – BR Distribuidora, Ipiranga, Shell, Esso, and Texaco – which currently hold 155 gas distributors. Not only new distribution companies grew, but also large multinational companies such as

Agip and Repsol YPF¹⁵ entered the market. These new entrants thought for secondary markets and acquired sections of networks left aside by the leading companies, which had chosen to concentrate their activities in regions with large sales volumes and high visibility for their trademark.

With regard to gas station sales, gas stations linked to or controlled by the largest distribution companies ended up by being outnumbered by the “white flag” gas stations.

Furthermore, in 1996 government freed companies to set gasoline and ethanol prices for distribution to gas stations. However, upon the liberalization of gasoline and ethanol prices to consumers, in April 1996 the Ministry of Finance simultaneously adopted a safeguard to prevent the marketplace – which was shifting from controlled prices to unfixed prices – from suffering the negative effects of disputes within and between suppliers. The Government held the so-called “market isonomy” by issuing Administrative Ruling 63 of the Ministry of Finance, which established that on April that year no distribution company could sell gasoline and ethanol to customers for a price difference which exceeded by 3% of the highest and lowest customer’s prices for the same product, within the same distribution base, on the same day¹⁶. Two years later, the Administrative Ruling n. 63 was issued, the Ministry of Finance decided that the market was sufficiently mature and therefore issued Administrative Ruling 225, on 31 August 1998, which revoked Administrative Ruling 63.¹⁷

Late in 2001 the market was fully liberalized through changes brought about by ANP¹⁸, such as the arrival of new agents in the oil supply chain (petrochemical units, blenders, importers and exporters). Imports and fuel prices, including ethanol and diesel, were unfixed at all stages of the production chain.

These regulatory changes obviously led to the increase in competition. However, the “pump” price often resulted not only from competition, but also from schemes involving tax evasion, injunctions obtained through the most different types of judicial orders (writs of mandamus, interlocutory injunctions, class actions against the Federal Government and State Governments and, sometimes, against the regulatory agency itself), adulteration, and suspicion that distribution companies were selling below the cost price, in addition to other equally unlawful schemes.¹⁹

These factors contributed to the outbreak, in mid-1999, of an unprecedented price war. In that scenario, all agents, ranging from gas stations to distribution companies (including the largest ones) began to act so as to ensure their survival in the market place.

Regardless of the complexity of the fuel distribution, the outstanding fact is the attempt of trade associations to influence agents’ decisions. When competition among gas stations – which had been enhanced by the price war – was established in the relevant

¹⁵ Agip arrived in 1998, when it acquired the Companhia São Paulo de Distribuição, and accelerated its growth in 2001 by acquiring 254 gas stations from Shell and six distribution bases in the South region. Before that, the company had already acquired another 285 gas stations also from Shell, in the Central-West region, in addition to the trademark of the Minas Gerais state-based Ipê distribution company, which had a network of 118 gas stations in Minas Gerais. (Published in the “Gazeta Mercantil” newspaper of 21 January 2002, page C1). Repsol YPF, in turn, acquired about 350 gas stations from Petrobras in the South, Southeast and Central-West regions.

¹⁶ The Ministry of Finance justified the measure by saying that it was aimed at ensuring sound business practices, avoiding predatory price discrimination and the loss of tax income that could occur if the sale prices were much higher than usual prices.

¹⁷ Ferreira, R. N., *op. cit.*, page 251.

¹⁸ Administrative Rulings 316 and 317 of 27 December 2001.

¹⁹ The so-called “PF” scheme, in which distribution companies reimbursed under the sheet the gas station that sold gasoline at lower prices. Court records of Preliminary Investigation Proceeding 08012.008306/99-01, page 47, and Folha de São Paulo newspaper of 25 July 1999, Section 2, page 5.

market both at the distribution (inter-brands) and retail level, some trade associations began to harmonize the conflicting interests previously existent, which the market pattern exacerbated – pattern that maybe sound strange to the associations since most of them were still living in times where the prices were fixed.

Over this background, in many locations the Association of Gas Station Companies was contacted by owners of gas stations that saw their profit margins reduce due to the increased competition in the sector. In the Florianópolis case, which will be reviewed next, the local association decided to act in the frontline, by dealing directly with gas station owners, with a view to decrease pump-price differences and, at times, by approaching the distribution companies themselves, asking for their interference to reduce the difference between competitors' prices.

However, regardless of the reasons which led trade associations to adopt such measures, it is clear that these violate not only the constitutional principle of free competition, which is one of the fundamentals of the economic order provided for in article 170 of the Brazilian Constitution, but also the competition law (Law 8884/94). Certainly other legal mechanisms could have been used against market agents who committed unlawful acts, but Federal Constitution prohibits the orchestration of actions by economic agents, including trade associations, in a competitive environment

I will review one administrative proceedings, in which a trade association was convicted for articulating processes of putting pressure over their members into adopting a uniform business conduct in the fuel resale market.

III.2.2. Florianópolis' gas stations cartel

In this case, more than fifteen gas stations in the city of Florianópolis were found guilty of cartelizing the gasoline retail.

By means of judicial authorization, phone calls were intercepted; they evidenced talks that demonstrated in detail the cartel organization, shedding lights on the coordinating role the stationers association's president had – fact that enabled the authorities to disclosure various aspects of the cartel's *modus operandi*.

As a result, CADE found that the stations' owners decided in a meeting held by the association's president that in June 21st, 2000, all stations would charge for the liter of gasoline a new price of R\$ 1,34 – what represented a raise of more than 20% over the previous price. Such orientation was followed by the majority of the stations. Those that did not follow the lead were invited by the association's members to correct their behaviour; anonymous calls threat to damage the recalcitrants' stations if they didn't raise their prices.²⁰

The monitoring system used should be underlined, by means of which the association's president, either by visiting personally the stations' facilities, or by receiving information from the associations' employees and other members, could implement a daily supervision of the current prices in the market. These actions compelled recalcitrant members to keep prices uniform. Furthermore, the president would warrant that non-members also behaved uniformly, even making use of physical threats. The fact that the association offered services as cashing checks put its headquarters (which, by the way, was

²⁰ See on the issue, Transcripts of the Statements made on the pages 363/364 of the previously mentioned Administrative Proceedings, where the Declaror Giovanio da Silva narrates in detail such facts, affirming he resisted to the pressures and kept selling gasoline by R\$ 1.059 the liter. There is another station owner's statement conceding he was influenced to raise his price from R\$ 1.27 to R\$ 1.34 .

located in a room built in one of the president's stations) in evidence. All these elements made easier the task of monitoring prices and gathering the cartel.²¹

Another interesting point to make salient are the internal negotiations to fix the price at a level lower than the agreed as the uniform one. Phone calls through which some members demanded to the president authorization to lower their prices given that neighboring stations were charging lower prices for they didn't belong to the cartel. Normally the president authorized such practices, defining some price level (few cents lower than the cartel price) and the time this price should last (few days). At the same time he would look for convincing the neighbouring non-members, sometimes successfully, the others not.

Talk recordings obtained by phone interception as well as evidences gathered from the case records demonstrate, in a conclusive way, how the stations' representatives participated in the collusion to artificially set the fuel reselling prices. It was proved that the commercial association had a central role once its president was responsible for coordinating and monitoring the group's activities.

As an outcome of the CADE finding the association's members guilty of having breaking the antitrust laws, the following sanctions were imposed:

- 1) A fine of R\$ 400,000.00 to the association, because it was proved by the elements of the records that it was the leader without whom the cartel would not have been possible.
- 2) It was established that the association must be registered in the National Consumer's Defense Register.
- 3) It was issued a recommendation addressed to the Federal Government as to not allow its branches to split tax debts in instalments or to cancel them, as well as not to grant fiscal incentives or public subsidies.
- 4) It was also established the association to include in its Charter a clause expressively forbidding it to engage activities that supported the participation, sponsorship or enrolment of its members in agreements or decisions that would modify, tampered with or uniform market practices, profit margins or prices to consumers.
- 5) Duty to publish and pay for a public two-day half-a-page notice, to be printed in the newspaper with the biggest revenues in the federated state where the company has its seat, of the for three consecutive weeks, with the abridged contents of the decision.

If the sanctions described in the items 4 and 5 were not met, a daily fine set in R\$ 6, 000.00 would be imposed.

The association's president was convicted to pay an individual fine corresponding to 15% of that one imposed to the stations he represented.²² To the companies similar sanctions were imposed, being the fine set to 10% of each one FY1999 gross revenues.

IV. Conclusion

Hardcore cartels are the most harmful violation of competition rules and cause serious damages to internal economy and consumer welfare, mainly in developing countries. The Brazilian experience in deterring cartel behaviour shows the enormous importance of

²¹ The examples are from the recordings transcript on the pages 261/263, 272/278 (in which one of his employees, Aliatar, can be heard), 283/291 e 298/320.

²² To them a fine corresponding to 10% of the FY 1999 gross income without taxes was imposed as the outcome of the conviction.

competition advocacy, besides the necessary legal tools to combat this kind of misconduct. The conjugation between competition advocacy and strong application of competition law is essential in countries that have liberalized their economies. Indeed, the price control policies implemented by those countries usually have the collateral effect of stimulating collusive conducts led by trade associations. In this context, sanctions imposed on trade associations that have led cartels not only punish, but also educate.

6.3. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA OMC, APLICACIÓN A UN POSIBLE ACUERDO MULTILATERAL SOBRE POLÍTICA DE COMPETENCIA

*Por: Lic. Mónica Rodríguez Gutiérrez
Especialista en Política Comercial
Dirección de Organismos Internacionales
Ministerio del Comercio Exterior, República de Cuba*

I. Introducción:

Los Acuerdos de la OMC están inspirados en varios principios considerados fundamentales, que constituyen la base del sistema multilateral de comercio. Al respecto, la Declaración Ministerial de Doha (DMD), expresa en su párrafo 25, que “*en el período que transcurra hasta el quinto período de sesiones, la labor del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia se centrará en la aclaración de los **principios fundamentales**, incluidas la **transparencia, la no discriminación y la equidad procesal**” ... entre otros aspectos que se describen en ese párrafo.*

De manera que durante el año 2002, la labor del Grupo de Trabajo de la OMC, estuvo orientada, entre otros aspectos, a la aclaración de la conveniencia o no y de las implicaciones, de incluir esos principios en un posible acuerdo multilateral sobre competencia.

II. Debate en el Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia de la OMC, sobre los principios fundamentales mencionados en la DMD:

Se proponen dos opciones básicas para la incorporación de los **principios fundamentales de la OMC** en un marco multilateral sobre política de competencia:

- i) una **aplicación limitada de los principios** ya consagrados en las normas de la OMC, a la esfera de las leyes de competencia y su observancia;
- ii) una **aplicación más amplia de los principios**, que informarían la elaboración de políticas y/ o leyes de competencia en los países Miembros y proporcionarían un marco para el mayor desarrollo de la labor relativa al comercio y la política de competencia dentro de la propia OMC.

III. Valoración de las propuestas para la inclusión de los principios “fundamentales” de la OMC, al posible acuerdo multilateral:

A. Sobre la incorporación del principio de transparencia de la OMC a un marco multilateral sobre política de competencia:

Transparencia significa información. Está dada por el grado de apertura y previsibilidad de las políticas y prácticas comerciales y de su proceso de elaboración. En la esfera del comercio, la transparencia equivale, en términos generales, a tener acceso a las “reglas del juego” en vigor, en un determinado país. Las “reglas de juego” abarcan las leyes y reglamentaciones aplicables, así como también las normas procesales, las formalidades y las prácticas. Los Acuerdos de la OMC contienen amplias disposiciones sobre transparencia encaminadas a garantizar un suministro adecuado de información sobre **las medidas comerciales nacionales** tanto a los agentes económicos como a los demás Miembros de la OMC.

Resumen de lo debatido en el Grupo de Trabajo:

En la esfera de la política de competencia, el compromiso en materia de transparencia se aplicaría a las leyes, los reglamentos y las directrices de aplicación general. Los Miembros de la OMC tendrían la obligación de asegurarse de que esas leyes, reglamentos y directrices se publicaran en forma completa y oportuna. Dicha publicación podría realizarse en una gaceta o diario oficial o un órgano similar o quizá en un sitio de la red accesible al público. Como excepción al principio de transparencia se plantea la importancia de proteger la información confidencial.

Propuestas concretas:

- La obligación de transparencia "externa" se aplicaría no sólo a las leyes, los reglamentos y las directrices sino también a las **exclusiones y exenciones sectoriales**.
- Los Miembros de la OMC deberían **notificar** a la Organización sus leyes, reglamentos y directrices y sus exclusiones y exenciones sectoriales. Asimismo, notificar las decisiones sobre **casos determinados relacionadas con la legislación de competencia** que tienen un valor de precedente vinculante y los **acuerdos de cooperación bilaterales y regionales en materia de política de competencia**.
- Aplicación del **mecanismo de solución de diferencias de la OMC** a las disposiciones sobre transparencia, pero que sólo quede sujeto al mismo, la existencia de determinados procedimientos básicos y no la cuestión de si esos procedimientos se habían aplicado en la forma debida en un asunto concreto. Otro criterio considera que la distinción entre las violaciones *de jure* y *de facto* se aplicarían al principio de transparencia al igual que al de no discriminación.
- Establecimiento de **una base de datos sobre legislación y política de competencia**, que constituiría una fuente práctica y unificada a la que podrían recurrir todos los Miembros.

Es decir, que la transparencia **debería impregnar todos los aspectos del régimen de competencia de un país**, dígase la legislación, las políticas, las estructuras institucionales, los procesos de adopción de decisiones, las prioridades en materia de observancia, las directrices de política y de procedimiento, los criterios para la selección de casos, los

critérios de exención, los procedimientos de apelación, y los detalles de todos los resultados y decisiones pertinentes.

B. Sobre la incorporación del principio de no discriminación de la OMC a un marco multilateral sobre política de competencia:

El principio de no discriminación establece que el sistema de comercio debe ser **no discriminatorio**, es decir, que un país no debe discriminar entre sus interlocutores comerciales (se concede a todos de forma igualitaria, la condición de “nación más favorecida” o NMF) y tampoco debe discriminar entre sus propios productos, servicios o ciudadanos y los productos, servicios o ciudadanos extranjeros (se les concede el trato nacional).

De manera que el principio de no discriminación se complementa de los **principios de nación más favorecida** y de **trato nacional**.

El principio de **nación más favorecida** (NMF) establece básicamente que en virtud de los Acuerdos de la OMC, los países no pueden por regla general establecer discriminaciones entre sus diversos interlocutores comerciales. Si se concede a un país una ventaja especial (por ejemplo, la reducción del tipo arancelario aplicable a uno de sus productos), se tiene que hacer lo mismo con todos los miembros de la OMC, es decir, que si un país aumenta los beneficios que concede a otro interlocutor comercial, tiene que dar éste “mejor” trato a todos los demás miembros de la OMC de modo que todos sigan siendo “más favorecidos”.

El principio de **trato nacional** significa un trato igualitario para los nacionales y extranjeros (dar a los demás el mismo trato que a los propios nacionales). Las mercancías importadas y las producidas en el país deben recibir un trato igualitario, al menos después de que las mercancías extranjeras hayan entrado en el mercado. Lo mismo se aplica a los servicios extranjeros y a los nacionales, y a las marcas de fábrica o de comercio, el derecho de autor y las patentes extranjeras y nacionales. El trato nacional sólo se aplica una vez que el producto, el servicio o la obra de propiedad intelectual ha entrado en el mercado. Por lo tanto la aplicación de derechos de aduana a las importaciones no constituye una violación del trato nacional, aunque los productos fabricados en el país no sean sometidos a un impuesto equivalente.

Resumen de lo debatido en el Grupo de Trabajo:

Con respecto al alcance y aplicación del principio de no discriminación tal como se concretaría en un marco multilateral sobre política de competencia, delegaciones que apoyan el desarrollo de ese marco opinaron que una disposición sobre no discriminación debía aplicarse sólo a la **discriminación de jure**, es decir, a la incorporada en leyes, reglamentos y directrices de aplicación general, y no a los casos de **discriminación de facto**, es decir, aquella en virtud de una legislación aparentemente neutral. Esto no implicaría que los casos de discriminación de facto no fueran causa de inquietud; no obstante, se plantea que por el momento resulta difícil distinguir entre esos casos por una parte y la aplicación del criterio de razonabilidad en las circunstancias particulares del mercado y la aplicación razonable de las facultades discrecionales para el ejercicio de la acción fiscal, basadas en factores objetivos, por la otra.

Problemas de la aplicación del principio de no discriminación a un posible acuerdo sobre competencia:

- El principio de no discriminación de la OMC se aplica en general a **productos y servicios "similares"**; sin embargo, el análisis y la observancia de la competencia se refiere a **casos y hechos específicos** y nunca dos situaciones son o podrán ser totalmente similares o comparables. Así pues, en la práctica, es difícil determinar si existe una discriminación *de facto* con respecto a las medidas encaminadas a asegurar la observancia de la legislación antimonopolio, dado que tales acciones se basan en las circunstancias de casos determinados.
- El **principio del trato nacional** plantea toda una gama de problemas que sería necesario examinar, puesto que las razones habitualmente invocadas para explicar por qué el trato nacional constituye un aspecto importante de la no discriminación en el contexto de la **política comercial**, no son necesariamente aplicables en el contexto de la **política de competencia**:

Relación del trato nacional con la política comercial:	Relación del trato nacional con la política de competencia:
En primer lugar, el trato nacional está destinado a asegurar que las concesiones efectuadas por los Miembros con respecto a los obstáculos al comercio en la frontera no resulten anuladas por una discriminación dentro de las fronteras entre las mercancías importadas y las producidas en el país.	Las fusiones y las restricciones verticales a menudo tienen efectos anticompetitivos tanto sobre los productores nacionales como sobre los extranjeros. No obstante, es difícil advertir cómo constituyen un bloqueo desleal del acceso de las importaciones al mercado, que es a lo que se refiere el principio de trato nacional.
En segundo lugar, el trato nacional está concebido para apoyar la liberalización del comercio, que es deseable porque, en su conjunto, se estima beneficiosa para los países participantes.	La política de competencia, en cambio, se enfrenta por definición con la competencia imperfecta, en la cual la presunción a favor del libre comercio es mucho menos neta. La política de competencia con respecto a las fusiones y cárteles podría tener efectos diferentes sobre el bienestar en países diferentes, según el lugar en que estuvieran establecidos los productores y los consumidores. Los países en desarrollo cuentan con muy pocos productos de exportación en condiciones de competencia imperfecta, pero tienen que hacer frente a estructuras oligopólicas de mercado respecto de importaciones e inversiones extranjeras directas. Por tanto es muy probable que esos países terminaran casi todos en el lado perdedor de las fusiones y de las prácticas comerciales restrictivas, con efectos transfronterizos, y que tuvieran muy poco que ganar con la aplicación del principio del trato nacional de la legislación en materia de competencia de los países desarrollados. Al mismo tiempo, como resultado en parte de las concesiones hechas en las negociaciones

	<p>comerciales multilaterales, los países en desarrollo están en un proceso de transformación estructural en el que muchas industrias están siendo expuestas por primera vez a la competencia internacional. Aunque la reducción e incluso la eliminación de las industrias no competitivas pudieran ser ventajosas, se justifica también una reestructuración ordenada, que incluya fusiones e incluso cárteles de racionalización, como la que ya han llevado a cabo muchos países desarrollados. La necesidad de tales medidas es, en cualquier caso, mayor en los países en desarrollo.</p>
<p>Una tercera justificación del principio de trato nacional en los acuerdos comerciales consiste en que, incluso en los casos en que un país pudiera obtener ventajas unilateralmente al apartarse del libre comercio, esas ventajas se convertirían en pérdidas si otros países actuaran de la misma manera.</p>	<p>No obstante, no se ha demostrado que los apartamientos de la norma en la esfera de la política de competencia internacional puedan ser mutuamente destructivos del mismo modo.</p>
<p>Estas distinciones entre el principio de trato nacional tal como se aplica al comercio de mercancías y su aplicabilidad potencial a la política de competencia, ponen en duda lo apropiado de trasladar ese principio al campo de esta política.</p>	

- Los países en desarrollo afrontarían ciertos problemas en relación con la aplicación del principio de no discriminación, pues a veces es necesario, en aras del desarrollo, **aceptar ciertas prácticas anticompetitivas** (tales como una discriminación contra una empresa extranjera), o ciertas fusiones, a fin de obtener resultados benéficos a largo plazo.
- En las economías de la mayoría de los países en desarrollo predominan las pequeñas y medianas empresas (PYMES), cuyas repercusiones en el mercado son insignificantes, de manera que esas PYMES no podrían mantener su viabilidad competitiva al aplicarse el principio de no discriminación, sino que serían eliminadas por las fusiones y adquisiciones de las empresas multinacionales que sí tienden a crear monopolios y favorecer las prácticas anticompetitivas.
- El principio de no discriminación puede ser objeto de abusos si no se aplica en forma correcta; por consiguiente, en caso de que debiera aplicarse, ello sólo debía tener lugar **caso por caso**, a fin de no hacerlo en aquellas situaciones en que estuviera en conflicto con los objetivos de desarrollo de los países.
- El enfoque que se ha adoptado para definir la no discriminación y otros principios fundamentales, que podían incluirse en un marco multilateral sobre política de competencia, **es hasta el momento básicamente defectuoso** pues se centra en el **comercio interno** más bien que en el **transfronterizo**. Por ejemplo, se ha utilizado el concepto de no discriminación de manera intercambiable con el de "trato nacional", que se refiere a la aplicación de un trato igual a las empresas extranjeras y nacionales que operan dentro del mercado nacional. Esta es una concepción conveniente a los intereses de quienes tienen inversiones importantes en el extranjero y desean garantizar el acceso a los mercados de los países en que

invierten. La mayoría de los países en desarrollo, en cambio, son importadores y exportadores, más que inversores. Así pues, la prioridad en la aplicación de los principios fundamentales ha de centrarse en primer lugar en el comercio transfronterizo. Si la Declaración Ministerial de Doha es verdaderamente un programa para el desarrollo, debe darse prioridad a la cuestión del comercio desleal transfronterizo, y no a la del comercio desleal interno. Existen muchas prácticas desleales relacionadas con el movimiento transfronterizo de las mercancías, es decir, con las exportaciones e importaciones, en particular en el caso de los cárteles, y por tanto sería conveniente centrarse más en tales movimientos.

En el contexto de la aplicación de las leyes nacionales de competencia, se sugirió que el **principio NMF** no plantearía grandes problemas pues era prácticamente inconcebible que una autoridad aceptara determinadas prácticas anticompetitivas de las empresas originarias de un país y las prohibiera a las empresas originarias de otros países. Pero por otra parte, podían surgir cuestiones relacionadas con el rango jurídico de los acuerdos de cooperación bilaterales y regionales en relación con el trato NMF, que tendrían que aclararse.

C. Sobre la incorporación del principio de la equidad procesal a un posible marco multilateral sobre política de competencia:

El principio de la equidad procesal, abarca las garantías procesales, la transparencia, la responsabilidad, la previsibilidad y la independencia de todo proceso jurídico o administrativo.

Resumen de lo debatido en el Grupo de Trabajo:

Se plantea que en relación con la equidad procesal son importantes **cuatro categorías generales de garantías**:

- 1) En primer lugar, debe haber **garantías relativas al acceso al sistema**. Esto podía entrañar, por ejemplo, el derecho de las empresas a tomar conocimiento de que la autoridad de defensa de la competencia había iniciado una investigación oficial contra ellas, y en qué consistían las objeciones de esa autoridad a su conducta.
- 2) Una segunda garantía fundamental está relacionada con la **defensa de las empresas afectadas**. Éstas debían tener oportunidad y tiempo suficientes para hacer conocer sus opiniones a la autoridad por escrito o mediante la participación en audiencias, para presentar pruebas o documentos y para producir prueba testimonial que corroborara su descripción de los hechos, antes de que la autoridad adoptara una medida. Este tipo de garantía incluiría normalmente algún derecho de acceso al expediente formado por la autoridad.
- 3) Una tercera garantía es el reconocimiento del derecho de las empresas intervinientes en procedimientos relativos a la competencia, a obtener el **reexamen de las decisiones que las afectaran, por un órgano judicial independiente**.(derecho de apelar contra una decisión de un organismo de competencia dado).
- 4) Por último, también debiera garantizarse la **protección de la información confidencial**, incluidos los secretos comerciales.

Problemas de la aplicación del principio de equidad procesal a un posible acuerdo sobre competencia:

- El problema fundamental radicaría en la adopción de disposiciones exhaustivas sobre la forma de aplicar en la práctica este principio. La equidad procesal puede tratarse de manera simple y práctica, sin dejar de tener en cuenta la evidente diversidad de las culturas y sistemas jurídicos de los Miembros. En la cuestión de la **revisión judicial**, por ejemplo, existen diversas disposiciones de los Acuerdos de la OMC que estipulan la obligación de prever tal revisión y que sin embargo no implican injerencia alguna en cuanto a la manera en que las revisiones judiciales estén organizadas en un país determinado, o en el alcance de las mismas.
- La obligación de establecer y mantener – de manera inmediata- un marco judicial para el trámite de las apelaciones puede resultar demasiado costoso para los países en desarrollo.
- La diversidad de culturas jurídicas de los Miembros, así como las prácticas establecidas en los sistemas judiciales nacionales y las autoridades de defensa de la competencia, pueden dificultar le establecimiento de normas uniformes en el plano multilateral.
- Uno de los elementos esenciales de la equidad procesal es que la parte objeto de una investigación sea notificada, por lo que para demostrar el cumplimiento de una obligación de equidad procesal en la OMC, habría de notificarse a los Miembros de la OMC de la realización de una investigación determinada, práctica ésta contraria al principio de no revelar públicamente la existencia de una investigación cuando no se haya establecido que la parte objeto de ésta hubiera cometido incorrección alguna, a fin de respetar los derechos de aquélla. (Una posible solución sería distinguir claramente entre la **notificación de las investigaciones a las partes** y la **notificación a la OMC**).

IV. Principios adicionales:

Se plantea además en el Grupo de Trabajo la necesidad de la incorporación de dos principios adicionales, no incluidos en la Declaración Ministerial de Doha, ellos son: el principio de trato especial y diferenciado a favor de los países en desarrollo, que es un principio fundamental de la OMC, y a iniciativa de Nueva Zelandia, el “principio de alcance integral”, que sería un principio de aplicación exclusiva hasta la fecha en la OMC, a la política de competencia.

D. Sobre la incorporación del principio de trato especial y diferenciado a favor de los países en desarrollo a un marco multilateral sobre política de competencia:

En los Acuerdos Multilaterales de la OMC se reconoce que los países en desarrollo, en particular los menos adelantados, pueden tropezar con dificultades para aceptar la totalidad o algunas de las obligaciones que los mismos imponen y se incluyen disposiciones sobre la **concesión de un trato especial y diferenciado a esos países**, en virtud de las cuales, se da a estos un trato “más favorable” que a los países desarrollados.

Esas disposiciones pueden agruparse en ***tres grandes categorías:***

- I. Disposiciones que obligan a los países (desarrollados y en desarrollo) a ***adoptar medidas*** que faciliten el comercio de los países en desarrollo y de los países menos adelantados.
- II. Disposiciones que regulan la ***flexibilidad*** de que disponen los países en desarrollo y los países menos adelantados para aceptar las obligaciones impuestas por los Acuerdos de la OMC.
- III. Prestación de ***asistencia técnica*** a los países en desarrollo y los países menos adelantados a fin de mejorar su capacidad para aplicar los Acuerdos.

Resumen de lo debatido en el Grupo de Trabajo:

Entre las posibles dimensiones del principio de trato especial y diferenciado se mencionan:

- i) las obligaciones de las empresas extranjeras con respecto al país de establecimiento; obligación de los gobiernos de los países de origen de asegurar que las empresas extranjeras cumplieran sus obligaciones;
- ii) las medidas que han de adoptar las empresas nacionales y los gobiernos en un posible marco multilateral;
- iii) la necesidad de permitir que las empresas nacionales, especialmente las pequeñas, siguieran siendo competitivas y crecieran;
- iv) los obstáculos a la competencia derivados de medidas gubernamentales, por ejemplo ***acciones antidumping***;
- v) los obstáculos a la competencia derivados de la protección de los derechos de propiedad intelectual y de los monopolios y oligopolios mundiales, y sus efectos sobre las empresas locales;
- vi) las grandes fusiones y adquisiciones efectuadas por empresas transnacionales, y sus efectos sobre los países en desarrollo.

Supuestamente, la labor propuesta permitiría al Grupo de Trabajo identificar medidas apropiadas de asistencia técnica y de investigación y desarrollo que pudieran ser útiles para los países en desarrollo.

Retos para la aplicación, en el marco de un posible acuerdo sobre competencia, de un principio de trato especial y diferenciado favorable al desarrollo:

- Constituye un requisito esencial que sean abordadas las preocupaciones de los Miembros que no han establecido aún, una política, autoridad o legislación general sobre la competencia, los cuales deberán asumir obligaciones en la medida en que vayan desarrollando sus regímenes nacionales de competencia. Es decir, un trato no sólo especial y diferenciado para los países en desarrollo sino también para los países que carecen de política, autoridad o legislación general sobre la competencia.
- Posibilidad de eximir los países en desarrollo, de un acuerdo sobre competencia, los cárteles de exportación nacionales e internacionales, ya que la mayoría de las empresas exportadoras e importadoras de esos países son de pequeño tamaño y necesitan reunirse o concentrarse para contrarrestar el poder de negociación de grandes compradores o vendedores pertenecientes a países industrializados.
- Preverse un trato especial y diferenciado para los países en desarrollo que permita a sus economías y empresas, a través de determinadas fusiones, estar en condiciones de competir en pie de igualdad con empresas del mismo tamaño en los mercados internacionales.

- Aplicación de este principio a un posible acuerdo, como un cuarto principio fundamental y no como un principio adicional.

E. Sobre la incorporación del “principio de alcance integral” a un marco multilateral sobre política de competencia:

La idea de incluir disposiciones sobre un principio de alcance integral surgió a raíz de una propuesta realizada por Nueva Zelanda durante la reunión del Grupo de Trabajo de los días 26 y 27 de septiembre de 2002, de manera que se trata de un principio que no se incluye dentro de los principios generales de la OMC. Su principal objetivo es **establecer un mecanismo de examen para las exenciones o excepciones a incluir por los Miembros y controlar o garantizar la legitimidad de las mismas.**

Al respecto planteó Nueva Zelanda: “los principios de transparencia, no discriminación y equidad procesal se derivan en gran medida de las actuales disciplinas de la OMC. Proporcionan condiciones necesarias, pero no suficientes, para una política de competencia adecuada. **En particular, esos principios no tratan adecuadamente la cuestión de las exenciones y las excepciones.** Se necesitaba un principio más, el de “**alcance integral**”.

Al abogar por el principio de alcance integral, Nueva Zelanda reconoce que todos los países necesitarían exenciones y excepciones en su política y leyes de competencia. No obstante, en el marco de un principio de alcance integral esas exenciones y excepciones estarían sujetas a “un **examen** de periódico, en el contexto de un marco o compromiso general sobre principios de competencia”.

Se plantea que el principio de alcance integral no constituye un principio fundamental de la OMC, sino **un principio fundamental de la política de competencia** y que su inclusión en el marco propuesto contribuiría a evitar una situación en la cual el valor del acuerdo resultara socavado por una excesiva proliferación de exenciones. “Un enfoque basado en **la exclusión absoluta de sectores enteros** de la economía nacional, del ámbito de los principios de competencia, bien podría perjudicar el logro de los objetivos que se quieren promover”.

Importancia de las excepciones y/o exenciones para el logro de los objetivos de desarrollo de los países en desarrollo:

- Muchos Miembros -entre ellos países menos adelantados y otros países en desarrollo, pero también algunos países industrializados- desean conceder, en sus legislaciones sobre la materia, mayor flexibilidad a las empresas pequeñas y medianas que a otras empresas. El marco propuesto deberá permitir ese tipo de flexibilidad.
- Los intereses nacionales pueden salvaguardarse previendo la exclusión de sectores económicos sensibles, de todas las disposiciones sustantivas de un marco multilateral.
- La previsión de exenciones y excepciones proporcionaría mayor flexibilidad a los Miembros de la OMC para alcanzar otros objetivos nacionales tales como el desarrollo industrial y económico.
- La desmembración de industrias que operen en condiciones de monopolio, cuando precisamente sea ésta la condición que les permita competir a nivel internacional, carece de fundamento y sería contraria al desarrollo.

- La competencia externa en el campo de la prestación de los servicios públicos, puede no ser deseada en muchos países, en concordancia con determinados objetivos sociales y por razones de desarrollo.
- El derecho soberano de un gobierno de ofrecer un grado mayor o menor de apertura del mercado nacional a bienes y servicios de empresas extranjeras no debería resultar afectado.
- La importancia y necesidad de aplicar exenciones demuestra que no debe reducirse su utilización a una cuestión de tiempo ni sujetarse a condiciones.

V. Conclusiones:

Hasta la fecha no existe consenso en el Grupo de Trabajo sobre la forma en que serían abordados los principios fundamentales de la OMC en un posible acuerdo sobre competencia. Se reconoce que teniendo en cuenta la diversidad de situaciones nacionales, podría no ser práctico imponer obligaciones uniformes, ni exigir una revisión inmediata en la legislación nacional en materia de competencia así como de los reglamentos para su aplicación.

Una manera posible de avanzar podría ser, incorporar en un acuerdo de la OMC sobre política de competencia **sólo disposiciones generales con respecto a los principios fundamentales**, y ofrecer interpretaciones más detalladas o enfoques posibles para la aplicación de los principios fundamentales, en forma de **directrices no vinculantes** o de una **lista de opciones**. Esto favorecería una común inteligencia de esos principios entre los Miembros, al tiempo que se tomarían en consideración los enfoques diversificados adoptados por los distintos Miembros.

6.4. POLÍTICA DE COMPETENCIA EN EL ECUADOR

Un proyecto necesario para una economía en vías de desarrollo

Por: Fausto Alvarado C. *M.d.e.*
Consultor responsable
Proyecto Competencia
Programa MICIP-UE-CAN

En Ecuador se está viviendo un proceso de cambios dentro de la política y la economía nacional, cuya primera manifestación importante se dio con la entrada a un régimen monetario diferente (la dolarización). Pero la transformación de nuestro entorno socio-económico y político no puede quedar únicamente en medidas “coyunturales”, sino que deberá calar en la esencia misma de sociedad y sobre todo en su institucionalidad.

Es bajo este proceso de cambio que desde 1998 se viene afianzando, con la vigencia de la nueva constitución, la reforma estructural del Estado Ecuatoriano. En efecto, como una manifestación político-jurídica de esa corriente se establece claramente, como Política de Estado, la institución de una economía social de mercado en el Ecuador. Concomitantemente, y vista la necesidad de crear las condiciones que hagan posible la realización de dicho sistema económico, se consagra constitucionalmente que el Estado promueva el desarrollo de actividades y mercados competitivos, impulsando la “**libre competencia**” y sancionando las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen, todo esto en beneficio y defensa del bien común.

El desgaste –léase descrédito- institucional y la inseguridad jurídica -que son el producto de la debilidad (existen demasiadas leyes) de normas e instituciones- nos obliga a la tarea fundamental de consolidar y crear instituciones fuertes, transparentes y bajo el control de ciudadanos probos, para de esta manera redundar positivamente generando certidumbre y seguridad jurídica que se transforman en inversión y crecimiento para el Ecuador.

El éxito o fracaso en la transformación y creación institucional es vital dentro de la vida democrática en la que pretendemos vivir.

El Proyecto de “LEY DE PROMOCION Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA” se fundamenta precisamente en el enunciado anterior, asumiendo desde el inicio de manera responsable su reto de contribuir al desarrollo económico del Ecuador, dentro de una economía social de mercado competitiva a través de una competencia sana entre los agentes económicos. En este contexto estamos convencidos que países como el Ecuador, al contar con una política de competencia y su correspondiente normativa obtienen una de las poquísimas “armas” – léase herramienta- que les ayudará a hacer frente a la globalización y la liberalización comercial.

Dentro de este contexto existe una verdad aceptada por los economistas de todas las tendencias, que la excesiva intervención de Estado puede conducir a problemas de ineficiencia económica, concentración de poder y corrupción. Pero simultáneamente se sabe que los resultados eficientes que se le atribuyen al mercado requieren de un conjunto de regulaciones que establezcan las condiciones que faciliten a los agentes económicos en sus decisiones económicas y de mercado. Por ello, la existencia de una economía social de mercado basada en la libre competencia y la libertad económica no sólo es perfectamente

compatible con la actividad legislativa –léase reguladora- del Estado, sino que necesita de ellas.

Pero la necesidad que tiene el mercado y la actividad privada no sólo se refiere a la mera creación de normas. La razón es que las leyes en sí mismas no son suficientes para que el mercado funcione, pues también se requiere algún mecanismo que garantice que esas normas y leyes se cumplirán. Por ello, la actividad económica también requiere de un Poder (Instituciones) que orienten y garanticen que todos los miembros de una sociedad a que se comporten de acuerdo a dichas normas (promoción).

Entender el Estado como un sistema de creación y aplicación de normas que coordinen el comportamiento social y como un sistema de apoyo a la iniciativa privada, no sólo permitirá que nuestros niveles de vida se incrementen sino que también admitirá que dichos beneficios lleguen a todos los ciudadanos, a través de la tan deseada redistribución de la riqueza que es tan concentrada, y por ende discriminatoria, en nuestro país.

En efecto, la actividad natural del Estado o, más precisamente, el instrumento natural de que dispone el Estado para relacionarse con los ciudadanos es la creación de leyes, normas y reglas que regulen la vida social, así como diseñar las organizaciones encargadas de aplicar y controlar el cumplimiento de esas normas.

Las reglas, leyes, normas y costumbres son las instituciones de una sociedad y su razón de ser es *facilitar las cosas* y permitir con ellas el logro de objetivos socialmente beneficiosos. Como todas las cosas, cuando las instituciones no logran sus objetivos se hace necesario cambiarlas o en el caso de NO tenerlas, como es el ecuatoriano en el tema de competencia, crearla. Para ello es necesario que establezcamos primeramente cuales son los fines sociales que se desean alcanzar, para después establecer cuales son los medios (esto es, instituciones) más convenientes para lograrlos. Las instituciones diseñadas al azar o las realizadas si tomar en cuenta tanto los objetivos como los medios que están al alcance están condenadas al fracaso.

Se debe tomar muy seriamente que se deben diseñar instituciones cuya organización esté acorde con la consecución de fines propios a los que nuestra sociedad necesita o bien que sean diseñadas en base de las capacidades de las que se dispone.

La búsqueda de los objetivos de riqueza y equidad implica un significativo problema que, de hecho, entraña una de las más importantes controversias tanto de la práctica política como de la actividad intelectual de las ciencias sociales. En efecto, aunque en el largo plazo estos dos objetivos pueden ser alcanzados simultáneamente, existe en el corto plazo una relación negativa según la cual la distribución de la riqueza reduce la capacidad de sociedad de generar mayor crecimiento económico.

La crisis que atraviesa la economía ecuatoriana desde hace 25 años hace que la prioridad política sea la creación de riqueza o más exactamente la reducción de la pobreza; lo anterior nos conduce a una importante reflexión: ¿no es una prioridad social la generación de riqueza?

Este objetivo fundamental se debe dar creando instituciones que regulen la economía de manera que se favorezca *la creación de mayor riqueza*, pero de una manera tal que pueda alcanzar a todos los estratos de la sociedad.

El crecimiento económico es un fenómeno social complejo, y existen muchas causas que pueden impulsarlo o frenarlo. La investigación económica a lo largo del presente siglo ha llevado a la conclusión de que existen tres elementos diferentes a las instituciones cuya importancia es fundamental en el proceso económico:

- La productividad del factor trabajo
- La acumulación de capital físico y humano (inversión)
- El cambio tecnológico

Ahora bien, es cierto que a fin de cuentas las decisiones de inversión o las políticas para incrementar la productividad o generar productos o técnicas de producción innovadoras dependen de las decisiones de las empresas y las personas, por lo tanto, la acción del Estado y de sus instituciones no puede afectarlas *directamente*. Sin embargo, las instituciones o reglas del juego de la economía pueden afectarlas *indirectamente*, por eso debemos estudiar los determinantes institucionales del crecimiento y desarrollo económicos.

Las instituciones y reglas de la economía (a diferencia de la inversión, productividad e innovación), están al alcance directo de la acción del Estado, y por eso son los principales instrumentos de que dispone la acción política para contribuir con la consecución de mayores niveles de vida para la población. La gran pregunta entonces es: ¿cuáles son las reglas que impulsan el crecimiento?

El Estado tienen tres deberes primordiales para asegurar que las instituciones sociales sean exitosas en su objetivo de mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos. Estas tres condiciones serán estudiadas a continuación.

a) La importancia de la estabilidad de las instituciones

El primer deber del Estado para crear instituciones dirigidas a la creación de riqueza es asegurar la estabilidad institucional, la cual es una condición *sine que non* para el crecimiento económico. *Estabilidad institucional* es sinónimo en este contexto a *Estado de Derecho*. Veamos por qué.

Como ya hemos señalado, las instituciones y reglas que rigen el comportamiento social tienen una gran influencia sobre el desempeño económico y la competitividad de una economía. La gran virtud de las instituciones es que hacen que el comportamiento de los miles de individuos de un país relativamente predecible, por lo cual facilitan la interacción social y económica.

Un sistema estable es aquel diseñado para permanecer a lo largo del tiempo y basado en reglas de decisión pública claras. Este aspecto es de fundamental importancia. Cuando las autoridades públicas deciden con base a reglas establecidas y transparentes, sus acciones están sometidas al control de los ciudadanos. Por el contrario cuando los organismos gubernamentales deciden sin atender a reglas bien establecidas, están dotados de una enorme dosis de discrecionalidad y los ciudadanos no tienen capacidad jurídica de emprender acciones contra las actuaciones públicas.

La discrecionalidad en manos de los organismos públicos significa y es equivalente a leyes y reglas de decisión no transparentes, lo cual puede conducir a la manipulación del Estado por parte de grupos de intereses privados. En efecto, a la hora que un organismo que no tiene reglas de decisión definidas debe tomar una decisión o va a emprender una regulación lo debe hacer con base a los argumentos del problema particular que desea resolver (en nuestro caso problemas de competencia). Los individuos que potencialmente se verán afectados por dicha regulación, al darse cuenta de ello, tienen incentivos para organizarse, presionar y tratar de convencer a las autoridades públicas con sus argumentos. En la medida que exista más de un grupo afectado, la regulación pública se convertirá, no en un mecanismo para la búsqueda de políticas orientadas a la generación de crecimiento económico, sino en mecanismos que reflejan los argumentos de aquellos que se organizan y negocian con los funcionarios. En el peor de los casos estos grupos de interés podrían

tratar de utilizar formas de corrupción para evitar medidas que, aunque favorecen a la colectividad, los perjudiquen a ellos.

Cuando la discrecionalidad administrativa es la regla, las instituciones en general *pierden credibilidad* y los inversionistas, especialmente en aquellos sectores donde se requieren mayores inversiones, perciben un mayor riesgo por posibles acciones públicas en su contra. Como es bien sabido, la inversión se estimula en la medida que la rentabilidad es mayor y el riesgo es menor. Los efectos de la discrecionalidad no se reducen únicamente a la generación de incertidumbre jurídica, que a la postre se convierte en menor crecimiento. También debe tenerse en cuenta que la discrecionalidad promueve la acción política de los agentes económico. Influir sobre las instituciones públicas no es una actividad productiva, así que los costos que genera deberán ser trasladados a los consumidores en forma de precios más altos, productos de menor calidad o cualquier otra forma de ineficiencia económica (contrarios a la competencia).

En consecuencia, para lograr instituciones fuertes, donde prevalezca un Estado de Derecho inmune a las presiones de grupos particulares para obtener medidas políticas en su propio beneficio, se requieren normas bien definidas y transparentes que reduzcan al mínimo posible la discrecionalidad de los organismos pertenecientes al Estado y que estimulen la negociación económica y no la política. Es decir, un sistema legal basado en reglas estables y no en interpretaciones de aquellos que transitoriamente ocupan los cargos de aplicación de la regulación y normativa estatal.

En efecto, si lo que se desea es crear las condiciones óptimas para la creación de riqueza, no debe olvidarse que toda actividad económica implica, en mayor o menor medida, un riesgo. En tal sentido, además de la necesidad de contar con un sistema coherente con el funcionamiento de la actividad económica que permita y promueva la creatividad empresarial, es necesario contar con un conjunto de instituciones que sea estable, que permita a los creadores de riqueza un cierto grado de certeza acerca de las condiciones futuras de la economía en la que se desempeñan. En la medida que las condiciones e instituciones económicas sean estables, también son predecibles y, por lo tanto, contribuyen a la reducción del riesgo y la incertidumbre, de manera tal que se generan las condiciones idóneas para la actividad empresarial y la inversión. En este sentido, se orientó el proceso del proyecto de ley ecuatoriano que a continuación explicaremos.

VENTAJAS DE POSEER UNA LEY DE COMPETENCIA EN ECUADOR

- Ante el notable proceso de cambio que se observa a escala mundial, cualquier iniciativa para establecer y aplicar normas de competencia se enfrenta con los límites impuestos por las fronteras nacionales. Grandes potencias comerciales como los Estados Unidos y la Unión Europea cuentan con normas de competencia y las aplican con bastante éxito cuando las prácticas anticompetitivas afectan sus propios mercados.
- De allí la necesidad que los países en vías de desarrollo como el Ecuador tengan la capacidad de actuar eficientemente al respecto. Ello implica, por un lado, **la adopción de una Ley Nacional de Competencia y la designación de una Autoridad (Consejo Ecuatoriano o Superintendencia) de Competencia**. Y, por otro lado, que esta autoridad tenga los medios suficientes para asegurar sus investigaciones y aplicar sus decisiones, lo cual no es siempre tarea fácil en ausencia de normas tanto nacionales como internacionales de cumplimiento obligatorio.

- Hay que entender sobremanera en este punto que, economías como la Ecuatoriana, que se encuentra próximo a concesionar sus empresas y que estas tienen el carácter de estratégicas (telefonía, energía, etc) para la competitividad, NO pueden pasar de ser empresas monopólicas estatales a ser monopolios privados, sin contar con una norma y su entidad que los regule, ya que las consecuencias serían catastróficas en términos sociales y económicos (mercado)
- La competencia es una situación en la cual varios operantes en un mercado tratan de ganar cuotas de mercado, es decir, (tratan de ganar los favores de los consumidores), con precios más atractivos, mejor calidad y servicio de venta y posventa, etc. Pero esta situación es muy inestable: cuando uno de los competidores gana y está en posición de eliminar a sus competidores, pierde el deseo de ser atractivo para sus consumidores. A medida que “el ganador “ toma una “posición dominante”, puede llegar a su “abuso”, es decir, que puede actuar sin preocuparse de las reacciones (baja precios, baja el incremento en calidad) de sus rivales y que se acerca a una situación de monopolio (suministrador exclusivo) desaparece la “competencia”.

Por estas razones, el libre mercado no es suficiente para asegurar la sobrevivencia de la competencia. Por eso, se necesita una política consciente de la competencia por parte del Estado. Es decir, que el Estado, con la adopción y aplicación de una Ley de Competencia, y el establecimiento de una autoridad de competencia (Consejo Ecuatoriano de la Competencia), vendría a velar por la defensa y la promoción de la competencia.

- Algunos países en vías de desarrollo, como el Ecuador, se niegan a aceptar un sistema multilateral del comercio basado en normas establecidas en gran parte por expertos de países desarrollados, especialmente por socios comerciales más poderosos cuyo objetivo principal es de salvaguardar sus intereses y de abrir mercados para sus empresas.
- Lograr el desarrollo constituye un proceso especialmente delicado ya que deben conciliarse dos realidades contradictorias. Por un lado, el hecho de que sin la presión de la competencia resulta difícil (o casi imposible) alcanzar sectores autosuficientes, de alta rentabilidad y que alcancen niveles de competitividad a escala internacional. Por otro lado, las economías de escala requieren por lo general, empresas de gran dimensión para ser capaces de competir efectivamente en mercados mundiales. Los países pequeños y en desarrollo, con mercados internos de bajo poder adquisitivo (Ecuador) no son lo más propicios para que generen economías de escala. Esta desventaja es generalmente mencionada por todos los que consideran que sólo los monopolios permitirán a las firmas de los países en desarrollo tener posibilidades de lograr la masa crítica necesaria y alcanzar economías de escala que les permitan hacer frente a los competidores extranjeros.

La evidencia empírica ha demostrado que tales afirmaciones son erradas ya que la desprotección total de la competencia –esto es mantener los monopolios- da lugar a empresas ineficientes, incapaces de mantener la competencia y deseosas de beneficiarse de las rentas monopólicas para unos pocos (concentración de la riqueza), toda vez que impiden que los escasos recursos de las economías menos avanzadas sean asignados en forma óptima entre las necesidades de la sociedad y por ende, que beneficie al desarrollo socio económico. Con frecuencia los sectores protegidos son precisamente, la infraestructura básica de la economía que en la realidad deberían representar los sectores más efectivos en virtud de su efecto de propagación en el desarrollo del resto del sector de la economía.

- Si como consecuencia de la protección monopolística, los servicios esenciales tales como, electricidad, telecomunicaciones, transporte, banca y la industria de seguros son ineficientes y retrasados como es el caso ecuatoriano, el resto de la economía que depende de estos servicios para desarrollarse, permanecerá también siendo poco desarrollados y penalizados (vía competitividad) frente a competidores extranjeros que no sufren de tales ineficiencias o distorsiones.
- Existen sin embargo, casos en los que, la apertura llevada a cabo de forma radical, de la industria local a la competencia, especialmente a la competencia extranjera, conlleva a erradicar a los productos locales. Esto sucede cuando los productores locales han estado alejados de la competencia (no son competitivos) por muchos años -o como en nuestro caso no la han tenido- no pueden enfrentarla en forma repentina. Con el fin de evitar esto, se requiere de un período de transitorio de promoción de la denominada cultura de la competencia.
- De ahí la necesidad de un cierto grado de flexibilidad en relación con las reformas económicas requeridas, especialmente, en el caso de los países menos avanzados como es el nuestro, lo cual posiblemente implique un mayor grado de intervención (léase regulación) estatal para hacer frente a las necesidades inmediatas y a las situaciones urgentes. Además, es conveniente tener en cuenta las cada vez más frecuentes deficiencias, “fallas” de mercado, encontradas en nuestro país. Un ejemplo de ello sucede en los casos de infraestructura de transporte inexistente o en mal estado que no permite un suministro de productos de forma continua para algunas regiones del país.
- Así mismo, la baja formación de capital y las tasas de interés elevadas que se encuentran generalmente en los países como el nuestro, reducen las oportunidades de negocios y puede registrarse una ausencia de empresarios inclusive en áreas donde las oportunidades de negocio existen.
- En virtud de las considerables dificultades para que el gobierno ajuste la economía logrando la mejor combinación de competencia y donde se requiera de protección y apoyo gubernamental, es esencial que el país tenga la posibilidad de decidir cómo desea conducir su desarrollo económico. En particular, deberá decidir, qué mercados necesita proteger de la competencia externa a gran escala y definir cuáles y cuándo podrían ser sometidos gradualmente a fuerzas competitivas.
- Sin embargo, en virtud de la abundancia de deficiencias (fallas) de mercado en el país, es un error pensar que este tipo de legislación es un lujo que solamente tiene sentido en el caso de economías avanzadas.
- Aún cuando la competencia en el ámbito nacional se considera una necesidad, este tipo de legislación no resulta siempre suficiente para abordar todos los tipos de prácticas anticompetitivas, particularmente si tales prácticas son originadas en el exterior del país y traen consigo efectos dentro de la frontera nacional.
- Así mismo se considera difícil aplicar una decisión o imponer una multa si los activos se mantienen en el exterior o si existen conflictos de jurisdicción con el país de donde provienen estas empresas y/o si el gobierno ejerce presión. Por eso, se contempla dentro de este tipo de normativa la posibilidad de cooperar con otros países en la aplicación de políticas de competencia, siempre y cuando el país cuente con una normativa marco o por lo menos básica.

SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LEY DE COMPETENCIA Y LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Las leyes de defensa y promoción de la competencia se fundamentan en la teoría económica y los principios jurídicos de los derechos de propiedad a través de la eficiente asignación de los recursos, siendo su objetivo final el bienestar del consumidor. Para preservar este resultado de bienestar del consumidor, el entorno institucional se sirve de diversas leyes como la de defensa de la competencia y la ley de defensa del consumidor, las cuales comparten la búsqueda de protección al consumidor pero a través de provisiones jurídicas e instrumentos diferentes, siendo la misión la ley de defensa de la competencia, la protección del proceso de competencia en los diferentes mercados. Con este fin, generalmente la ley asigna a las autoridades de competencia funciones relacionadas con investigaciones de conductas anticompetitivas, abusos de posición dominante en los mercados, y las de autorizar ciertas operaciones de concentración económica. Sin embargo, para obtener el cumplimiento de los objetivos de la ley de competencia no basta asignarle solo aquellas funciones. Se requiere también dotar a las autoridades que aplican la ley de competencia con las herramientas jurídicas necesarias para el cumplimiento de sus funciones de manera efectiva. También se requiere asignarle funciones relacionadas tanto con su participación en la formulación de ciertas políticas públicas, así como las funciones relacionadas con la creación y promoción de la denominada cultura de la competencia.

El objetivo último de la ley de competencia de bienestar del consumidor se complementa, pero NO debe confundirse, con el de la política y la ley de defensa del consumidor. Ambas van de la mano y comparten un marco teórico común pero cada una tiene su misión específica, y el trabajo diario es diferente en cada una de estas áreas. Ambas buscan la protección al consumidor pero con aproximaciones diferentes, mediante vehículos diferentes, con objetivos particulares diferentes. En el caso de la defensa de la competencia el bien jurídico tutelado es la competencia en sí misma, en el caso de la defensa del consumidor es el consumidor propiamente dicho.

Ciertamente, si una empresa carece de competidores puede imponer las condiciones en el mercado que más le convengan ya que los consumidores no tienen posibilidades de elegir entre diferentes alternativas. Adicionalmente, si bien la cantidad de opciones de compra o servicios es la fuente de eficiencia, se debe asegurar que los consumidores o usuarios tengan los elementos necesarios para hacer la mejor elección posible, ya que de poco sirven muchas alternativas si el consumidor o usuario no tienen la información y herramientas correctas para tomar su decisión de compra. De esta forma, la promoción de la competencia beneficia al consumidor al reducir las distorsiones externas en la provisión de bienes y servicios (cantidad, precio, posibilidades) basándose en la búsqueda de la mejor asignación de los recursos y una óptima organización industrial. Paralelamente, la protección al consumidor se concentra en asegurar que el consumidor tenga conocimiento, seguridad jurídica e información veraz para escoger, de forma tal que se reduzcan las asimetrías de información y de poder entre proveedores y consumidores.

Crear Cultura de la Competencia

La cultura de la competencia, entendida como el conocimiento generalizado por parte de los empresarios como de los consumidores sobre que es la competencia y el beneficio que ella conlleva a todos, favorece el éxito de una economía social de mercado y le garantiza a las autoridades encargadas tener en la comunidad sus mejores aliados para la aplicación de la Ley. La divulgación de los logros y beneficios que genera la aplicación de esta ley es el medio idóneo para el establecimiento de la cultura de la competencia.

En resumen, se ha clarificado que la ley de defensa de la competencia es diferente a la ley orgánica de defensa del consumidor, ya que si bien sus objetivos se entrelazan sus

misiones son específicas, siendo el objetivo de la ley de defensa de la competencia la preservación del orden público económico mediante la defensa de los mercados para la consecución del bienestar del consumidor. Para lograr la finalidad anotada, las autoridades de competencia deben contar con una ley que les permita adaptarse rápidamente a la dinámica de los mercados. Además, esta ley debe dotar a las autoridades correspondientes de las herramientas necesarias para apoyar en la formulación de ciertas políticas públicas con el objeto de prevenir restricciones a la competencia originadas por las privatizaciones, expedición de normativa económica, etc. Igualmente es importante para poder cumplir con el objetivo planteado que se lleve adelante una verdadera campaña de promoción y difusión sobre el tema, especialmente en lo que tiene que ver con los objetivos, alcances y sobre todo las ventajas de contar con normativas de este tipo en los actuales momentos por los que atraviesa el país.

6.5. Superintendencia de Industria y Comercio Honduras

Es de nuestro conocimiento que los Estados plantean como objetivo principal en los sistemas económicos de nuestro tiempo el establecimiento de un conjunto de normas reguladoras no solamente para proteger sino también para asegurar el proceso de la libre competencia económica y la libre concurrencia en el mercado. La defensa de la competencia es así un mecanismo fundamental de la economía de mercado.

En Europa estas normas se remontan a finales del siglo XIX, mas concretamente en el año 1890 cuando se promulga en los Estados Unidos la Sherman Act, que es históricamente la primera pieza normativa nacional en defensa de la competencia en los mercados. Con anterioridad, la relación entre el derecho y la competencia había sido desigual y se había logrado remover los obstáculos institucionales que impedían la competencia.

Si nos remontamos a la Edad Media, no hubo espacio para la competencia en la vida económica de la sociedad europea porque el acceso a los mercados no era libre, la actividad económica estaba exhaustivamente reglamentada y abundaban los monopolios que los monarcas absolutos concedían a sus financieros para la explotación de sus regalías. Fue la Revolución Francesa que consagró la libertad para cualquier negocio o profesión, arte u oficio. Puede decirse que el siglo XIX coloca, por primera vez “el principio de libertad de pactos” en el centro del sistema económico. En el caso de los países del Istmo Centroamericano estas normas aparecieron solamente en la segunda mitad de la década de los noventa, es decir, con bastante retraso. Al final de la década y a principios del siglo XXI se registraron sucesos de gran significado en el campo de la política pública de cada país.

Es de nuestro conocimiento que hasta fines de la década de los ochenta en Centroamérica existían una serie de políticas que atentaban contra la libre concurrencia tales como los elevados aranceles a las importaciones, la fijación de precios de una serie de productos y el otorgamiento de subsidios entre otros. Honduras y en general los países del Istmo Centroamericano han avanzado mas en los instrumentos de protección al consumidor que en los de competencia. Lo anterior ha dado lugar a disminuir, restringir o impedir de una manera desequilibrada el acceso a la libre competencia económica y a la libre concurrencia respecto a la comercialización de bienes o la prestación de servicios.

Las reformas emprendidas por Honduras a fines de la década de los ochenta consistieron primordialmente en desregular el tipo de cambio y las tasas de interés, liberar los precios de una serie de bienes usualmente controlados, además de reducir aranceles y eliminar barreras no arancelarias al comercio. En Honduras la normativa relativa a la competencia es variada y heterogéneo. Una serie de leyes han coadyuvado a mejorar las condiciones de competencia de los mercados para los inversionistas extranjeros; entre éstas se cuenta la Ley de Inversiones de junio de 1992; la Ley de Estimulo a la Producción, a la competitividad y Apoyo al Desarrollo Humano (Decreto No. 131-98), la Ley de Promoción de Desarrollo de Infraestructura y Obras Publicas de 1998 que define con claridad las condiciones para el otorgamiento de concesiones, licencias y permisos para la construcción, mantenimiento de obras, instalaciones y servicios públicos. A pesar de que el país no cuenta con una Ley Antimonopolio como tal, se ha avanzado notablemente en mejorar las condiciones de la competencia, un ejemplo de ello es el “Decreto No. 49-89 contentivo de la Ley de Protección al Consumidor, que tiene por objeto establecer el ordenamiento jurídico necesario para lograr y mantener una protección adecuada de los consumidores del país, a fin de garantizarles un trato justo y equitativo en la adquisición y uso de bienes y servicios”.

Cabe mencionar que esta ley esta siendo sometida a revisión para mejorarla y sobre todo para adecuarla a las condiciones económicas de una sociedad en constante evolución.

¿Por qué de la Defensa Pública de la Competencia?

Se dice que la competencia es un factor importante del progreso técnico y económico ya que las empresas sean públicas o privadas que tienen competencia en el mercado pueden garantizar una elección diversificada a los consumidores, mejores condiciones en precios y calidad entre otros. Por un lado, en la medida en que una concentración restringe, menoscaba o disminuye el número de participantes en un mercado, genera conductas anticompetitivas que reducen el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Por otro lado, en la medida en que una concentración proporciona apertura y ventajas competitivas para las empresas que participan en ella puede viabilizar la adopción de conductas más agresivas que aumentan el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Es importante considerar que el establecimiento de una libre competencia implica la adopción de un sistema normativo de control, ya que el proceso natural de concentración de empresas publicas y privadas puede desembocar en la creación de monopolios.

La adopción de mecanismos de control por parte del Estado sobre las concentraciones económicas tiene sin duda alguna, por regla general, efectos positivos sobre dichas concentraciones. Es cierto que las fusiones y adquisiciones permiten, entre otros, reducir costos de producción, lograr un equilibrio entre la calidad y precio de los productos ofrecidos a los consumidores y garantizar una elección. Ello resulta positivo no solo para la competitividad empresarial sino también para el bienestar de los consumidores. De esta forma, las empresas aumentarían su eficacia en el mercado, la competencia se intensifica y el consumidor final se beneficia de mejores productos a precios más equitativos.

La idea fundamental del control de las concentraciones por parte del Estado es ejercer control para poder impedir que ciertas concentraciones económicas dificulten el mantenimiento de una competencia efectiva sin afectar “la libertad de la empresa”.

En cuanto al contenido de la legislación en materia de competencia de un país, convendría incluir los siguientes elementos: el control a la formación de concentraciones asegurando el control del posible abuso que pueda derivarse de ellas, el control y la prohibición de las concentraciones de empresas (públicas y privadas) por el riesgo que éstas puedan entrañar.

Cabe mencionar que la competencia efectiva puede enfrentarse a obstáculos tales como, la alta concentración de varias empresas, los casos de abuso de posición de dominio, las barreras a la entrada de nuevos competidores, la organización, estructura y procedimientos empresariales y los problemas que enfrentan los pequeños competidores.

Convendría llevar a cabo un estudio analítico que contemple los anteriores factores y que permita:

- Una mejor valoración de las características y condiciones competitivas de los mercados;
- mayor flexibilidad y valoración de los mercados existentes;
- la determinación del verdadero “Poder de Dominio” o cuota de dominio que ejercen una o varias empresas en un mercado determinado;
- la valoración de la eficiencia y capacidad de las empresas participantes de una concentración económica, y
- la capacidad productiva

El término “competencia” significa según una primera acepción del diccionario de la Real Academia Española "Disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa". Una segunda acepción sería: "Oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa", y una tercera acepción sería "Situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto". De lo Anterior, podemos decir en algunos casos, que la competencia es “la presencia de conflictos de intereses irreconciliables por parte de los productores o comerciantes en cuanto a su posición dominante en el mercado, o bien conductas exclusivas entre empresas grandes”. Esto tiene que ver con la naturaleza humana, en tanto que la gente desee alcanzar posiciones económicas, sociales y culturales mejores que otras, “los hombres por naturaleza competirán entre sí”.

Si los agentes económicos actúan con libertad en el desarrollo de su ejercicio y no existen barreras de entrada al mercado, la propia dinámica del mismo neutralizará con el tiempo neutralizará esas pretensiones privadas de limitar la competencia. Hay dos tipos de conductas contrarias a la competencia particularmente dañinas para el buen funcionamiento del mercado. Se trata de las “Conductas colusorias y las conductas abusivas” de una posición dominante. En ellas centra su atención la política de competencia: Las primeras son conductas consistentes en acuerdos entre dos o más operadores económicos con el fin de impedir, restringir o falsear la competencia. Las segundas consisten en la adopción por parte de una empresa (o de varias) que ostentan una posición de dominio en el mercado, de comportamientos abusivos frente a clientes o proveedores.

Sólo perdurarán los monopolios que el Estado considere que debe proteger. Por eso, a corto plazo, resulta necesario que el Estado persiga y sancione los abusos de posición dominante.

Las políticas de competencia y de regulación juegan así un papel central en el desarrollo económico de los países latinoamericanos.

El fomento de la competencia descrito, se propicia desde el Estado a través de los tres instrumentos siguientes:

- ⇒ Desregulación
- ⇒ Liberalización y
- ⇒ Privatización

Desregulación: El Estado introduce competencia en sectores monopolizados a cuyas empresas, casi siempre únicas, se les prohíbe continuar con determinados comportamientos y se les obliga a adoptar otros.

Liberalización: Este es un proceso mediante el cual el Estado deja de intervenir en un sector, eliminando las trabas preexistentes y permitiendo la entrada a nuevas empresas.

Privatización: Es el proceso mediante el cual las empresas del Estado pasan a manos privadas y se fomenta tomando en consideración que la competitividad requiere calidad, productividad, empresas competitivas, productos competitivos, un país competitivo y la correspondiente infraestructura técnica.

Se reconoce que tanto el mercado como el Estado son sistemas imperfectos y cambiantes. A través de los años se ha venido justificando la intervención del Estado en la vida económica, política y social de un país porque el sector público persigue un interés general. No obstante, el intervencionismo del Estado ha perdido consistencia ya que los políticos y funcionarios persiguen sus propios intereses particulares y sobre todo por el auge de las

privatizaciones de algunas de las actividades que antes eran desarrolladas por el Estado. Todo ello se enmarca dentro de la mundialización cuyo objetivo primordial es fomentar la estructura y el comportamiento competitivo del mercado, beneficiando con ello la sociedad. El logro del bienestar del consumidor es el objetivo final de la política de competencia y se logra entre otros, a través de una asignación eficiente de los recursos, la prevención de los niveles de concentración y el control de las prácticas anticompetitivas de las empresas (incluidas las transnacionales).

¿Por qué es importante y necesaria la competencia?

Promover la competencia no es un fin en si mismo, sino un medio para lograr una economía eficiente que permita a los consumidores disponer de una mayor variedad de productos de calidad al menor precio posible a la vez que permite a los individuos disfrutar un nivel máximo de bienestar económico.

“**Las concentraciones económicas**” no necesariamente dañan de manera irrazonable la competencia. Por un lado, en la medida en que una concentración disminuye el número de participantes en un mercado, puede facilitar la adopción de conductas anticompetitivas que reducen el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica, generando costos para la sociedad como un todo. Por otro lado, en la medida en que proporciona ventajas comparativas para las empresas, una concentración puede adoptar conductas más agresivas que aumentan el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica, generando beneficios para la sociedad en su conjunto. Muchos actos de concentración involucran costos y beneficios económicos simultáneamente, en cuyo caso es importante considerar su aporte para la economía.

La política de competencia no es sin embargo la única política que busca aumentar la competencia de los mercados. Por ejemplo, las políticas comerciales o de liberalización de la inversión extranjera, las políticas de reforma regulatoria y privatización, tienen también un impacto importante sobre la competencia.

CONCLUSIONES

Para que exista una economía de libre competencia (mercado) será necesario un “Estado fuerte” que exija el cumplimiento de la Ley. El Estado debe así actuar con suficiente independencia de los grupos sociales, económicos y políticos.

Con la concentración de los mercados por parte de una o varias empresas, se reducen las condiciones de acceso para los pequeños productores a los canales de distribución de sus productos lo que no les permite competir con los líderes.

La cuota o la posición competitiva de una o varias empresas se puede valorar atendiendo a la capacidad productiva de las mismas, su grado de eficiencia, sus recursos financieros (que le dan la posibilidad de tener acceso a las materias primas para producir) y sus vínculos con otros operadores que apoyen sus perspectivas de crecimiento e innovación.

Un cierto grado de disputa positiva o rivalidad en un mercado no es mala y puede ser efectiva cuando los competidores son económicamente capaces de sostener conductas agresivas para mantener o aumentar su participación en el mercado.

Uno de los obstáculos importantes a la entrada de nuevas empresas en el mercado son las “barreras” que deberán apreciarse en cada caso concreto. Cabe distinguir entre **barreras tipo legal y barreras tipo económico**; las primeras se derivan de la legislación existente y

las segundas se derivan de la inversión que se hace necesaria para operar en un determinado mercado.

En muchos casos la fidelidad de los consumidores o la preferencia por “**las marcas**” establecidas en un determinado mercado puede considerarse como una barrera (esta barrera en muchos casos puede ocupar un papel central en la decisión de la entrada de un nuevo producto).

Con el control de las concentraciones económicas del mercado se pretende adoptar medidas oportunas para que de las mismas no tengan efectos negativos en la competencia efectiva, en la competitividad empresarial, en el bienestar de los consumidores y en el interés general.

Una buena rivalidad resulta efectiva cuando los competidores son económicamente capaces de mantener conductas agresivas para mantener o aumentar su participación en el mercado.

6.5. LA COOPERACIÓN CON LOS PAÍSES EN PROCESO DE INSTALACIÓN DE UNA AGENCIA DE COMPETENCIA (CASO DE NICARAGUA)

Presentado por: Haraxa José Sandino Méndez; Director de Promoción de la Competencia y Desregulación; Managua, Nicaragua

Ministerio de Fomento, Industria y Comercio (MIFIC)
Dirección Promoción de la Competencia y Desregulación

La creación del sistema e infraestructura administrativa y funcional que soporta la política de competencia ha tenido una evolución diversa en las diferentes regiones del mundo, la necesidad de su adopción ha venido desarrollándose como es conocida hoy día por más de 100 años y los países menos desarrollados se ven actualmente forzados a emprender el reto de transformar los conservadores y proteccionistas sistemas económicos que han perdurado desde la época de la colonia, hacia una economía de mercado, abierta al nuevo sistema globalizado.

Los actuales procesos de integración económica y libre mercado en las Américas, han empujado a los países huérfanos de este tipo de políticas a fijar su vista en los sistemas de competencia que hoy día trabajan en función regular las prácticas anticompetitivas y educar a sus agentes económicos a utilizar estas herramientas, tarea nada fácil debido a la herencia de siglos de arreglos y componendas en todos los aspectos de la vida, incluyendo claro está, la actividad económica.

Los países de Latinoamérica iniciaron a nivel constitucional la adopción de preceptos que sirvieron de punto de partida de un proceso institucional del Derecho de la Competencia, en el caso nicaragüense el ejemplo más destacado se encuentra en la Constitución Política de 1974 establecía en su artículo 67: **“Se prohíben los monopolios en interés privado y toda clase de acaparamientos industriales y comerciales. Así mismo se prohíbe el otorgamiento de concesiones que signifiquen la constitución de monopolios sobre las riquezas naturales del Estado. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora; solo en exclusivo interés nacional puede la Ley establecer monopolios y estancos a favor del Estado o los municipios”**. Sin embargo, pese a lo notable de la claridad del legislador sobre la importancia del tema al reconocer que el monopolio y la práctica y tendencia monopolizadora son dañinos para el desarrollo económico y social, las constituciones que le sucedieron, es decir las de 1987 y sus reformas de 1995 y 2000, omitieron hacer referencia al concepto de monopolio o derecho de competencia.

Ahora bien, la comunidad internacional ha venido desarrollando esfuerzos por adoptar reglas multilaterales de comercio y competencia desde el año 1947, en la llamada Carta de la Habana, antecedente que sirvió de base para el Acuerdo sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), en este primer documento ya se podían encontrar reglas relacionadas a practicas anticompetitivas de comercio.

En este contexto internacional podemos seguir la evolución hasta la adopción del Conjunto de Principios y Reglas de Equidad multilateralmente acordados para el Control de Prácticas Restrictivas de Comercio (conocido como SET de Naciones Unidas) resolución 35/63 del 5 de diciembre de 1980. Posteriormente en 1985 todos los aspectos del SET fueron revisados

y debido al poco apoyo de los países desarrollados a esa iniciativa se debió continuar la discusión en 1986, con la Ronda de Uruguay de negociaciones multilaterales de comercio.

Ya en el pasado reciente la comunidad internacional ha logrado avanzar en la profundización de los temas relativos a la política de competencia con documentos tan importantes como la Declaración de Doha, del 20 de noviembre de 2001, que sobre la interacción del tema de comercio y competencia incluyó el mejoramiento a la contribución de la política de competencia al comercio internacional y al desarrollo, y la necesidad de potenciar la asistencia técnica y la creación de capacidades en esta esfera. Se reconoció la necesidad de los países en desarrollo de potenciar el apoyo en temas como: el análisis y la formulación de políticas para que puedan evaluar mejor las consecuencias de una cooperación multilateral más estrecha para sus políticas y objetivos de desarrollo, incluyendo el desarrollo institucional y humano; la importancia del trabajo en cooperación con otras organizaciones intergubernamentales como UNCTAD, los canales regionales y bilaterales, todo para facilitar una asistencia reforzada y dotada de recursos suficientes que den respuesta a dichas necesidades.

Por último y no menos importante es recordar lo que establece el artículo 25 de la Declaración con relación a la labor ulterior en el Grupo de Trabajo sobre la interacción entre comercio y política de competencia, centrada en la aclaración de: principios fundamentales, tales como la transparencia, la no-discriminación y la equidad procesal (debido proceso); disposiciones sobre los cárteles intrínsecamente nocivos; modalidades de cooperación voluntaria y apoyo para el fortalecimiento progresivo de las instituciones encargadas de la competencia en los países en desarrollo mediante la creación de capacidad.

Por lo tanto se deduce que la cooperación en el ámbito internacional es de importancia primordial. Sobre el tema en cuestión se pueden reconocer tres niveles de cooperación: la bilateral, entre las autoridades de competencia de dos países; la regional, en el caso de Nicaragua participamos actualmente en ALCA y CAFTA; Finalmente las multilaterales, como es el caso de la OMC y UNCTAD.

En cuanto a la cooperación bilateral, podemos decir que una herramienta de cooperación bastante informal en donde las autoridades de competencia intercambian información, esto es beneficioso para los países en desarrollo que requieren de datos que se generan fuera de su territorio nacional, sobre todo en cuanto a casos que afecten su mercado. En este tipo de cooperación encontramos lo que doctrinariamente se conoce como acuerdos informales o cooperación voluntaria, dividida en cortesía negativa, que es la facilitación de información legal o casuística sobre casos que inician en un país con implicaciones anticompetitivas en otro; y la cortesía positiva, que es más activa al responder positivamente a una solicitud de asistencia, en estos casos la información se facilita voluntariamente y se sujetan a normas de confidencialidad, este sistema tiene sus críticos al surgir la preocupación de que las autoridades de países pequeños en desarrollo, cuentan con recursos limitados y tendrían dificultades para responder a solicitudes de información, viéndose rebasados en su capacidad por las demandas de cooperación de parte de autoridades extranjeras de competencia, requiriendo información específica relacionada a la apertura de sus mercados domésticos, mientras que no habrían condiciones para que ellas pudieran realizar sus investigaciones propias con relación a prácticas de competencia que afectan sus propios mercados, por lo que se debe reconocer en este tipo de cooperación con claridad las limitaciones de las partes.

Los acuerdos bilaterales también son llamados de primera y segunda generación, diferenciándose estos en que los primeros no requieren de la intervención del poder legislativo o Asamblea Nacional en el caso Nicaragüense, ya que es una negociación entre agencias de competencia, los de segunda generación son acuerdos bilaterales más profundos, también conocidos como tratados de asistencia legal mutua, esto involucra por

ejemplo: investigaciones conjuntas; asistencia legal; delegación de la investigación de un caso en otra agencia.

Nicaragua ha recibido este tipo de apoyo bilateral a través de pasantías de funcionarios de la Dirección de Promoción de la Competencia y Desregulación en países como Perú, México y Panamá, así mismo la asistencia a seminarios regionales sobre políticas de competencia y la realización de capacitaciones y seminarios nacionales que han tenido como fin la creación de la cultura de competencia y desarrollo de una ley de competencia, ya que la eficiencia de la política de competencia depende de una serie de factores y uno de los que son más frecuentemente mencionados en el ámbito de la política de competencia es el capital humano, puesto que la implementación de una ley moderna de competencia implica un alto grado de complejidad técnica; en frecuentes ocasiones, los recursos humanos contratados no disponen de todos los conocimientos requeridos por las autoridades de promoción de la competencia, lo cual implica la necesidad de facilitar la capacitación debida. No obstante se debe considerar que la cooperación sería más efectiva cuando los miembros de la comunidad cooperante amplían el grupo meta a capacitar, por ejemplo se pueden diseñar proyectos para integrar a los programas de estudio de los últimos años de las facultades de derecho y economía, en los países en desarrollo, la materia del derecho de competencia, para ir formando la cultura de competencia en el mediano y largo plazo.

El siguiente nivel de cooperación es el regional, este resulta sumamente importante para los países de Latinoamérica, como decíamos al inicio Nicaragua participa actualmente en dos foros de negociación internacional que incluyen capítulos sobre competencia, ALCA y CAFTA , estos procesos de negociación han obligado a los países que no tenemos aún legislación de competencia, empezar a discutirla con seriedad con diferentes sectores económicos, en Nicaragua por ejemplo se han hecho para este fin tres conferencias internacionales: La primera en 1997: Legislación y Política de la Promoción de la Competencia – Una Perspectiva Centroamericana, a través del proyecto MIPRES/MEDE/GTZ; la segunda conferencia internacional fue en el año 1999, Política de Competencia y sus Instituciones en Latinoamérica, con el apoyo del MIFIC y GTZ; finalmente en noviembre del año 2002 realizamos el seminario internacional Políticas de Competencia, una Perspectiva para Nicaragua, con el apoyo del proyecto PROCOMPE / BANCO MUNDIAL. Este empuje ha dado como resultado la concientización de los agentes económicos sobre la importancia de adoptar estas políticas para países como Nicaragua y discutir un primer anteproyecto de Ley, que está aún en proceso de discusión y perfeccionamiento, con miras a ser enviado a la Asamblea Nacional a finales del presenta año 2003.

Esos procesos muestran como la cooperación en el ámbito regional obliga a los países que todavía no tienen una estrategia de promoción y defensa de la competencia a pensar en ello y tratar de homogeneizar sus legislaciones con países que ya la tienen. En ALCA por ejemplo se creó una sesión especial de asistencia técnica, donde países con alguna experiencia en administrar legislación de competencia mostraban casos y contaban su experiencia; los foros regionales de negociación y cooperación son de gran provecho para que los países que no tienen este tipo de legislación la implementen y aprendan de la experiencia de países con un grado avanzado o intermedio de desarrollo.

El último nivel de cooperación que abordaremos es el multilateral. Podemos afirmar que los organismos multilaterales han avanzado mucho los últimos años sobre legislación de defensa de la competencia, en este sentido pueden ser catalogados como los grandes asesores de países que están implementado su legislación sobre competencia, ya sea a través de recomendaciones no vinculantes o como la iniciativa de UNCTAD al discutir y circular la Ley Tipo de Defensa de la Competencia. En cuanto al foro de discusión en OMC sobre defensa de la competencia, consideramos que un marco regulatorio multilateral será ventajoso en la medida que sería armonizado por definición, aspiraría a una limitación de la

carga de informes múltiples o notificación para empresa que desean fusionarse o presentar ofertas públicas de adquisición, adicionalmente el problema del desequilibrio de poder sería limitado, dado que existe un mecanismo imparcial de Conciliación de Disputas al que se podría recurrir en cualquier momento.

La cooperación regional y multilateral es un instrumento muy útil. Para hacer que los países que no tienen legislación sobre este tema avancemos más rápido y tengamos una legislación homogénea a los que ya la tienen, por lo que podemos decir que es importante que los tres niveles de cooperación se desarrollen simultáneamente. El rol de la asistencia técnica tiene que ser no solo de ayudar a los países a implementar leyes de promoción o defensa de la competencia, sino a implementar políticas donde todos los instrumentos sean consistentes entre sí; de lo contrario acciones legítimas de una autoridad nacional de competencia puede ser objetada por países extranjeros cuando se trata de acciones contra una empresa transnacional; la presión unilateral sobre los gobiernos puede ser tan grande que la decisión de la autoridad de competencia queda anulada sobre la base de otras consideraciones, como la anulación de créditos o proyectos de inversión extranjera.

Por esto la existencia de reglas multilaterales respetadas puede convertirse en un instrumento para ajustar el balance de poder a favor de las autoridades nacionales de competencia, comprobando ante sus gobiernos que las acciones tomadas son compatibles con normas internacionales establecidas.

Regresando a los procesos de integración en Centroamérica se debe mencionar que el Protocolo de Guatemala al Tratado General de Integración Económica de octubre de 1993, incluye una disposición de orden constitutivo en el artículo 25, la que dice textualmente: "En el sector comercio, los Estados Parte convienen en adoptar disposiciones comunes para evitar las actividades monopólicas y promover la libre competencia en los países de la región". Esto constituye un asidero jurídico de suprema importancia, puesto que marca un punto de reinicio y continuidad al mismo proceso.

Actualmente existe una gran necesidad de cooperación en el contexto de los procesos de integración Centroamericana y la cooperación internacional es determinante, ya que representa una herramienta en la construcción de las agencias de competencia de los países, puesto que el grado de complejidad técnica que se requiere y al que ya hemos hecho mención, debe nutrirse de la experiencia internacional ya que tiene el efecto de punto de referencia (benchmark effect). Sobre todo por la necesidad de fundamentar ante los gobiernos, poder legislativo y agentes económicos que la adopción de estas políticas no debe verse como la creación de más burocracia, sino el beneficio y ganancia para el país al contar con este instrumento de política pública, cuyo objetivo principal consiste en: *conservar y promover la competencia como medio para garantizar la distribución eficiente de los recursos en una economía, de forma que se obtenga la mejor opción en términos de calidad, precios y abastecimiento adecuado del consumidor* (World Investment Report , UNCTAD, 1997).

Por tanto consideramos que organismos como UNCTAD podría desempeñar un importante papel en los temas orientados al diseño, creación e implementación de las políticas y agencias de competencia en los países de la región Centroamericana.

Para finalizar consideramos que debe prevalecer la opinión de que entre estados grandes y pequeños se necesita de reglas comunes para proteger los intereses de los actores más pequeños contra los grandes; se debe procurar detectar los abusos de las potencias dominantes y los intentos empresariales de monopolización, teniendo como criterios principales la eficiencia económica y el bienestar del consumidor y uno de los principales instrumentos para defenderse de estas prácticas, para países como Nicaragua, es la

adopción de una legislación y política de competencia, inmersa en un sistema de cooperación como el que hemos presentado.

6.7. Las políticas de competencia en el Uruguay

Fanny Trylesinski
Directora General
Ministerio de Economía y Finanzas Dirección General de Comercio Exterior
Montevideo - Uruguay

El objetivo del presente documento es presentar una reseña de las principales reformas que han tenido lugar en el Uruguay en la última década y que apuntan al objetivo de incrementar la competencia en los diferentes mercados.

El proceso de generación de un marco adecuado de defensa de la competencia en Uruguay no puede desligarse de otro que se ha venido dando simultáneamente y que está orientado a ampliar los ámbitos de competencia en los mercados.

Sin embargo, esta experiencia debe inscribirse de forma adecuada en el marco jurídico político e institucional particular del Uruguay, para poder entender su ritmo y su dirección. Por ello es importante rever brevemente este marco, para luego describir las reformas que se han operado y, por último, evaluarlas a la luz de dicho marco.

El marco institucional

Este capítulo pretende ser una reflexión sobre el entorno jurídico, político y económico en el que se insertan las políticas de competencia en el Uruguay. La descripción será somera y solo intenta fijar ideas para inscribir las mencionadas políticas.

A lo largo del siglo XX los principales servicios básicos han sido producidos por empresas estatales (electricidad, gas, agua potable, saneamiento, telecomunicaciones, seguros, transporte ferroviario, banca) a la vez que se desarrolló una fuerte regulación de la actividad económica del sector privado. A pesar de que la calidad del servicio de muchos, sino de todos, los servicios ha sido dudosa, los ciudadanos asimilan la idea de que el control por parte del Estado de estas actividades representa en sí misma una mejora en el bienestar. Estos sienten que tienen cierto tipo de control de su actividad vía un Estado paternalista que actuará en forma directa sobre estos servicios toda vez que su accionar se aleje de lo que la ciudadanía considera correcto. Además, es un país donde los cambios se suelen procesar muy lentamente y basados en grandes acuerdos.

En cuanto a la actividad reguladora del Estado, ésta no pasa por establecer reglas de juego claras para los agentes, sino por intervenir en forma puntual y por la ocurrencia de situaciones excepcionales en los mercados. Generalmente, esta intervención se perpetúa más allá de la superación del elemento puntual que lo desencadenó, generando con el tiempo intereses particulares que son difíciles de revertir. A esto debe sumarse la poca experiencia en la aplicación de reglas claras de competencia en los mercados, lo que disminuye la confianza de los ciudadanos y refuerza la necesidad de interacción y la resistencia a los cambios.

Paralelamente el Uruguay tiene una baja tasa de inversión, aún comparándola con la que exhiben el resto de los países de la región. La existencia de empresas de propiedad estatal en los sectores de servicios básicos así como la fuerte regulación del sector privado, conspiran contra la inversión tanto pública como privada. Pública, pues las empresas han

operado en forma monopólica en los mercados, con lo cual el incentivo a la inversión ha sido bajo y el incentivo a la creación de empleos improductivos e ineficientes alto. En el sector privado, la fuerte regulación y la alta permeabilidad del sector político a reclamos sectoriales, crea equilibrios que son difíciles de revertir y donde la falta de competencia no genera incentivos a la mejora en el desempeño y a la introducción de mejores tecnologías y productos.

A su vez, el Poder Judicial uruguayo se caracteriza por una escasa formación en temas económicos, lo cual ha sido reconocido por los propios integrantes de la Suprema Corte de Justicia. Este hecho restringe fuertemente las posibilidades de incorporar a la justicia en los temas de competencia como en otros países, dejando como opción la creación de organismos con distinto grado de independencia del Poder Ejecutivo para impartir justicia en temas económicos.

Es en este marco donde deben insertarse los intentos por modificar el marco regulatorio en el que se desenvuelve la actividad económica pública y privada, cambiando la intervención directa del Estado en las variables relevantes de los mercados (precios, número de empresas, beneficios) por una intervención más indirecta basada en la supervisión del comportamiento de los agentes en el mismo.

El ambiente de mayor competencia genera cambios en la estructura y funcionamiento de los mercados, desaparición de empresas obsoletas, cambios en los servicios, etc. que dan la sensación de vorágine a los ciudadanos. En una sociedad que resiste los cambios, más aún en el sector privado, no es difícil de entender la secuencia y el desarrollo con el que los cambios han operado.

Este accionar se ha visto facilitado en gran medida por las dificultades que han demostrado los propulsores de los cambios para transmitir a la población las ventajas que un mercado más competitivo significan para el ciudadano, y la sensibilidad que han generado algunas experiencias privatizadoras realizadas en países vecinos que no han resultado exitosas.

Ello ha contribuido a que en el discurso opositor los cambios sean mostrados al público siempre como privatizaciones, aunque ellas no lo sean, facilitando la comparación con las experiencias mencionadas y generando un mayor rechazo a las reformas.

Sin embargo, desde los años noventa se han producido un cúmulo de cambios regulatorios que han fomentado la competencia en varios ámbitos de la economía. Estos cambios se han acentuado fuertemente en el último período de gobierno con la introducción de órganos regulatorios sectoriales y organismos de control de la competencia en los mercados que a continuación se describen.

Modificaciones en las reglas que afectan el funcionamiento de los mercados

Como ya se mencionó, las principales áreas de servicios públicos han sido gestionadas por el Estado en forma monopólica: telecomunicaciones, energía, transporte, agua potable y saneamiento. Así el Estado no solamente ha operado como proveedor de estos servicios a través de empresas de su propiedad, sino que al ser el único oferente en el mercado, estas mismas empresas han ejercido un rol de regulador en los mercados en los que han actuado. Es en este sentido que se está realizando una profunda reforma del Estado abocada a reducir su incidencia económica, priorizar el cumplimiento de sus cometidos sustantivos y aquellos considerados de importancia social, reformular los servicios públicos desde la perspectiva del usuario y asumir un papel regulador y promotor de la empresa privada.

Un primer paso fue entonces separar el rol regulador del rol productor de las empresas estatales, creando unidades reguladoras con distinto grado de descentralización del

gobierno central. Estos ajustes, en mayor o menor grado, afectan las reglas del juego de las Empresas Públicas involucradas y de los mercados en los que ellas actúan, y son consistentes con el objetivo declarado de establecer un mayor ámbito de competencia esos mercados. También se permitió las asociaciones de las Empresas Públicas: un mercado de servicios públicos más competitivo requiere Empresas Públicas con mayor capacidad de competir, y las asociaciones pueden ser un instrumento para obtener recursos para ello. Se trata de la continuación de un proceso ya iniciado por gobiernos anteriores, pero en base a un planteo de nuevas reglas del juego generales y no de excepciones a las existentes.

Las reformas en este ámbito han tenido cuatro objetivos:

- La definición de los marcos regulatorios de algunos sectores: telecomunicaciones, energía eléctrica, agua corriente, correos y la creación de los organismos reguladores.
- La ampliación de la concesión de obra pública y de otros mecanismos que habilitan a los privados a prestar servicios públicos o bien servicios no estrictamente públicos pero que eran producidos por Empresas Públicas
- El avance en la desmonopolización de servicios públicos.
- Igualación gradual del tratamiento impositivo entre operadores públicos y privados

A continuación se hará una breve reseña de los principales cambios operados en los mercados en los que actúan las empresas públicas.

Energía Eléctrica, Agua, Gas y Saneamiento.

a- Organismo Regulador

La Ley N° 16.832 de 12 de junio de 1997 y su Decreto Reglamentario del 26 de enero de 1999, establecieron un nuevo marco normativo para el sector eléctrico. El mismo diferenció las actividades decisorias de política, de las regulatorias y las operativas a través de la institucionalización de la Unidad Regulatoria de la Energía Eléctrica (UREE); de la Administradora del Mercado Eléctrico (ADME) - persona pública no estatal a cargo de la administración del mercado mayorista de energía eléctrica -; y del Mercado Mayorista de Energía Eléctrica (MMEE), mercado competitivo para generadores y consumidores y con uso compartido de, y acceso libre a, la capacidad de las redes de transmisión y distribución no comprometida por contratos.

El 13 de diciembre de 2002 a través de la Ley N° 17.598 se creó la Unidad Reguladora de los Servicios de Energía y Agua (URSEA), unidad reguladora que incorporó a las tareas de la UREE las de regular en los sectores de energía -incluyendo electricidad, gas y combustibles líquidos-, agua potable y saneamiento. Su objetivo es proteger los derechos de los consumidores, controlando el cumplimiento de las normas vigentes y asegurando que los servicios regulados tengan un adecuado nivel de calidad y seguridad, a un precio razonable. Como regulador independiente, es su responsabilidad promover la competencia en las áreas de la industria donde está habilitada por la ley, y regular los monopolios, estableciendo niveles mínimos de calidad y proponiendo precios basados en costos eficientes.

De acuerdo a la Ley, las principales funciones de la URSEA son:

- Controlar el cumplimiento de las normas vigentes
- Establecer los requisitos que deberán cumplir quienes realicen actividades comprendidas dentro de su competencia

- Dictaminar preceptivamente en los procedimientos de selección de concesionarios a prestar servicios dentro de su competencia
- Resolver, en vía administrativa, las denuncias y reclamos de usuarios
- Proponer al Poder Ejecutivo las tarifas técnicas de los servicios regulados
- Prevenir conductas anticompetitivas y de abuso de posición dominante

b- Electricidad

Con anterioridad a su redefinición, el sector eléctrico se conformaba por una empresa pública integrada verticalmente, la Administración de Usinas Eléctricas del Estado (UTE) prestadora de servicios de generación, transmisión y distribución de electricidad y de la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, ente energético binacional de propiedad conjunta de la República Argentina y del Uruguay.

A diferencia de procesos de reformas llevados adelante en otros países, el camino elegido por Uruguay no contempla la privatización ni la división de las empresas prestadoras del servicio eléctrico. En el nuevo escenario, UTE sigue siendo una empresa pública, con unidades de negocios diferenciadas, cada una de las cuales actúa en una de las ramas de la industria. De acuerdo a lo establecido por la Ley, cada una de estas unidades debe presentar resultados económicos de gestión separados (segregación contable). El objetivo de esta medida es prevenir subsidios cruzados entre actividades que se desempeñan en condiciones de monopolio natural (transmisión y distribución) y actividades en competencia (generación y comercialización).

En la actualidad, la URSEA ha reglamentado la distribución y transmisión de energía eléctrica, estableciendo normas que regulan los precios y la calidad en los servicios de transporte de la electricidad a través de líneas de alta, media y baja tensión -desde las centrales de generación a los centros de consumo- y consagran el libre acceso a las redes por parte de los generadores y grandes consumidores. El objetivo de las nuevas reglas es incentivar la eficiencia en el servicio brindado en condiciones de monopolio natural. A su vez, se ha reglamentado también el funcionamiento del mercado mayorista de energía eléctrica el cual permitirá que los generadores competirán por abastecer al distribuidor (UTE) y a los grandes consumidores, de acuerdo al principio de libre competencia en generación consagrado en la Ley N° 16.832. A partir de ese momento, las industrias y otros grandes consumidores (aquellos con potencia contratada superior a 500 kW), podrán elegir libremente a su proveedor de electricidad, ya sea contratando con UTE o con cualquier otro generador instalado en el país o en la región.

c- Agua Potable y Saneamiento

El sector comprende al conjunto de instituciones públicas y privadas y recursos existentes en el país relacionados con el suministro de agua potable, incluyendo la captación, tratamiento, almacenamiento y distribución de agua, así como los servicios de alcantarillado sanitario, depuración de efluentes y disposición de excretas, tanto en áreas urbanas y urbano marginales como rurales.

Existe una multiplicidad de actores involucrados en el sector, entre los que caben distinguir cinco operadores y diversos organismos públicos, a saber:

- La Administración de Obras Sanitarias del Estado (O.S.E.), empresa pública, que presta servicios de agua potable en todo el país (Montevideo y 324 localidades en el Interior) y de saneamiento en el interior (42 localidades). La legislación actual le posibilita, con la previa aprobación del Poder Ejecutivo, otorgar servicios en concesión (artículo 750 de la Ley 16.736). La empresa ya otorgó dos concesiones estando en estudio otras adicionales.

- La Intendencia Municipal de Montevideo que presta los servicios de saneamiento en Montevideo con una cobertura del 80%;
- Las Intendencias Municipales del Interior con competencia en la disposición de excretas individuales;
- Aguas de la Costa y Uruguay, empresas concesionarias de O.S.E., prestadoras de servicios de agua potable y saneamiento en el departamento de Maldonado; y
- Pequeñas empresas privadas que prestan servicios en localidades balnearias y que se llevan a cabo ajenas a toda regulación estatal.

Adicionalmente a los operadores, participan el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente a través de la Dirección de Medio Ambiente (DINAMA) la que ejerce la competencia en el control de la calidad de las aguas y vertimientos y como ministerio de enlace de la OSE.; el Ministerio de Transporte y Obras Públicas a través de la Dirección Nacional de Hidrografía (DNH) la que ejerce la administración del uso de las aguas en tanto recurso hídrico; el Ministerio de Salud Pública y la Oficina de Planeamiento y Presupuesto.

d- Gas

El funcionamiento de las empresas en este sector se rige fundamentalmente por los contratos de concesión (dos de distribución y uno de transporte). La empresa estatal de distribución que funcionaba en el departamento de Montevideo, es operada actualmente por una empresa privada a través de un contrato de concesión.

El sistema de transporte de gas natural del país está compuesto por dos gasoductos. El primero, que entró en operación en 1999; construido y operado por ANCAP, que abastece varias plantas industriales de la ciudad de Paysandú así como la red de distribución de la misma ciudad operada por Conecta. El segundo, el Gasoducto Cruz del Sur, se encuentra actualmente en construcción.

En cuanto a las redes de distribución de gas, en la actualidad hay tres. La primera de ellas es la red de distribución de gas de Montevideo, operada por la empresa Gaseba Uruguay S.A., que abastece de gas manufacturado y propano vaporizado (según la zona) a distintas áreas del departamento de Montevideo. Esta red será modificada para poder operar con gas natural cuando dicho combustible acceda al departamento a través del Gasoducto Cruz del Sur, y será asimismo extendida para que pueda servir a la mayor parte del territorio del departamento. La segunda red de distribución es la que abastece de gas natural a la ciudad de Paysandú; operada por Conecta S.A. y recibe el gas a través del Gasoducto del Litoral. La tercera red, actualmente en expansión, es la que abastece de gas a la Ciudad de la Costa del departamento de Canelones; esta red también es operada por Conecta, y actualmente distribuye propano aireado, pero este gas será sustituido por gas natural cuando entre en servicio el Gasoducto Cruz del Sur.

e- Hidrocarburos derivados del Petróleo.

El sector se caracteriza por la presencia de una empresa estatal - la Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland (ANCAP)- monopólica desde su creación en 1931 en las etapas de importación y refinación de crudo. En la etapa de comercialización participan empresas privadas a través de contratos de concesión donde la regulación es ejercida por la propia empresa pública. En diciembre de 2001, la Ley N° 17.448 desmonopolizó la importación, exportación y refinación de petróleo crudo que existía a favor

de ANCAP. En la actualidad ANCAP se encuentra a la búsqueda de un socio comercial para realizar sus actividades de forma de reducir los precios a los usuarios.

Telecomunicaciones y servicios postales

Por la Ley N° 17.296 se creó la Unidad Reguladora de los Servicios de Comunicación (URSEC) un órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo, con los objetivos de regulación y el control de las actividades referidas a las telecomunicaciones, entendidas como toda transmisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo radioelectricidad, medios ópticos y otros sistemas electromagnéticos y, asimismo, las referidas a la admisión, procesamiento, transporte y distribución de correspondencia realizada por operadores postales. Anteriormente, el Ministerio de Defensa Nacional era el organismo rector del sector, siendo su competencia, a través de la Dirección Nacional de Comunicaciones (D.N.C.) como organismo asesor, la formulación de la política nacional en materia de telecomunicaciones. Por su parte, los objetivos de la Unidad son:

- extensión y universalización del acceso a los servicios;
- promoción de la competencia;
- control de las actividades monopólicas persistentes;
- aplicación de tarifas que reflejen costos económicos;
- fomento de niveles óptimos de inversión;
- protección de los derechos de los usuarios.

En el área de su competencia, la situación era la siguiente.

a- Telecomunicaciones.

La Administración Nacional de Telecomunicaciones (ANTEL) es la empresa pública encargada de la prestación de los servicios de telecomunicaciones urbanas y de larga distancia nacionales e internacionales. El artículo 6° de la Ley N° 14.235 le otorgó el monopolio de los servicios cuya prestación se le asigna por la referida norma aunque desde 1992 opera una empresa privada en los servicios de telefonía celular y desde fines de 1994, la propia ANTEL opera la segunda banda celular.

Dicha situación fue modificada por la Ley N° 17.296 que dispuso en su artículo 613 mantener exclusivamente el monopolio en la telefonía básica definida como aquellos servicios telefónicos que reúnen las características de fija, conmutada y referida al tráfico nacional, liberalizando la telefonía internacional y la totalidad de los servicios de valor agregado. Este artículo legal fue derogado, luego de que se suscitara una resistencia de la ciudadanía y de los trabajadores de la empresa estatal a la operativa de empresas privadas en el sector. Sin embargo, la introducción de la competencia en el sector de telefonía internacional produjo una rebaja del 40% en las tarifas, además de la introducción de nuevos operadores en el sector mientras la ley estuvo vigente.

En general, el sector se caracteriza por la presencia de un monopolio parcial legal estatal que controla gran parte del mercado acompañado de una empresa privada concesionaria de una banda de telefonía celular. A tal situación se le agrega en el pasado la concesión a privados por parte de la DNC, de redes inalámbricas para la transmisión de datos (LMDS), sistemas de telecomunicaciones móviles por satélite para la transmisión y recepción de datos alfanuméricos en forma bidireccional; sistemas de radioenlaces troncalizados con carácter nacional y un telepuerto.

b- Servicios Postales.

La Ley N°16.736 de 5 de enero de 1996 en su artículo 747, dispuso la creación de la Administración Nacional de Correos como servicio descentralizado con la competencia y organización de la ex Dirección de Correos (unidad ejecutora del Ministerio de Educación y Cultura) con el cometido de la prestación de los servicios postales; esto es, la admisión, transporte o distribución y entrega de envíos de correspondencia, giros postales y productos postales en general.

La empresa estaba facultada para autorizar permisos precarios - sujetos a un precio - a empresas privadas, los que en la actualidad son más de 100. Lo expuesto llevaba a una confusión entre las funciones operativas y regulatorias de los servicios postales en una empresa pública. Dicha confusión fue clarificada con lo dispuesto en la ya citada Ley N° 17.296 al crear la URSEC con cometidos específicos en materia de servicios postales tales como establecer normas regulatorias de los servicios y autorizar la prestación de servicios postales a terceros.

Otras áreas

a- Transporte Ferroviario.

El mismo se cumple por la Administración de Ferrocarriles del Estado (AFE), empresa pública facultada legalmente para la prestación de los servicios de transporte de carga y pasajeros. A partir del 1° de enero de 1988, los servicios de pasajeros se suspendieron - dados la baja calidad del servicio, escaso número de clientes pagos y alto subsidios -, manteniéndose en la actualidad dos líneas de corta distancia. Si bien no existe competencia intramodal, experimenta una fuerte competencia intermodal (transporte por carretera).

Es intención del Gobierno analizar una profunda reestructuración de AFE - incluida la apertura a la competencia ya dispuesta por el artículo 22 de la Ley N° 17.243 -- habida cuenta de los modelos aplicados en otras partes del mundo, las características de modo uruguayo, y los objetivos y consideraciones técnicas a cumplir.

b- Seguros

Se estableció la libre competencia en el mercado de seguros (con excepción del referido a accidentes laborales) anteriormente monopólico por el estatal Banco de Seguros del Estado (BSE), Esto permitió el ingreso de varias empresas de seguros privadas, principalmente en los rubros de seguros para automóviles y hogares, con el consiguiente aumento en la oferta de trabajo y la posibilidad de elección para el usuario. Además, se estableció el mismo sistema tributario para el estado y los privados.

c- Generales

Se estableció que toda iniciativa en materia de regulaciones y restricciones administrativas que afecten la competencia entre particulares o la competitividad, así como en materia de tasas, a ser percibidas por las unidades ejecutoras de la Administración Central por concepto de trámites, servicios o similares, requerirá informe previo de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, a excepción de las que fuere evaluada por la URSEC o por la URSEA.

Defensa de la competencia

Las primeras normas en materia de defensa de la competencia en el Uruguay se establecieron por ley en junio del año 2000 (Ver Apéndice Legislativo). Las mismas prohíben

los acuerdos y las prácticas concertadas entre los agentes económicos, las decisiones de asociaciones de empresas y el abuso de la posición dominante de uno o más agentes económicos que tengan por efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios, estableciendo sanciones para los infractores. El Decreto N° 86/001, por su parte, estableció que la autoridad de aplicación de las normas de defensa de la competencia será la Dirección General de Comercio.

Si bien, el tema ha sido objeto de algún tipo de discusión, es bastante claro que las conductas anticompetitivas que han sido objeto de legislación son el abuso de posición dominante y los prácticas concertadas cuando las mismas tienen ciertos efectos. No existen normas de control previo de concentraciones.

La legislación actual está siendo revisada por el Parlamento Nacional a efectos de que la misma sea más exhaustiva, se encuentre incluida en una sola ley y se asemeje más a las legislaciones de los demás países del MERCOSUR.

Dado que actualmente es la Dirección General de Comercio el órgano de aplicación, y dada la escasa cultura de competencia en el Uruguay, ha sido necesario además de intervenir en los casos concretos denunciados difundir los principales elementos de la competencia, sus beneficios en términos de bienestar para la población y los cambios que se requieren en el sector privado y público para su efectiva implementación.

Reflexiones finales

La introducción de la competencia y, por tanto, de elementos de mercado en el Uruguay ha sido un proceso gradual iniciado a principios de los noventa. La escasa velocidad del mismo obedece a los profundos cambios culturales necesarios en la sociedad civil y en los agentes económicos tanto públicos como privados a lo largo de un siglo de fuerte intervención estatal en los mercados para hacer las nuevas reglas de juego. Para que la competencia opere y mejore los estándares de vida de la población, se requiere una constante educación del sector público y privado y una supervisión de los mercados, de forma de que no se susciten situaciones que desaceleren el proceso tan difícilmente iniciado.

Estas reformas estructurales requieren del apoyo constante, principalmente de los países que ya han transitado por estos caminos y que pueden demostrar la efectividad del mismo, de forma de no cejar en el esfuerzo reformador y alterar lentamente patrones culturales tan arraigados en la sociedad.

Apéndice legislativo

Ley N° 17.243 de 29 de junio de 2000.

Artículo 13.

Las empresas que desarrollen actividades económicas, cualquiera fuere su naturaleza jurídica, están sujetas a las reglas de la competencia, sin perjuicio de las limitaciones que se establecieron por ley y por razones de interés general (artículos 7° y 36 de la Constitución de la República) o que resulten del carácter de servicio público de la actividad de que se trate.

Artículo 14.

Prohíbense los acuerdos y las prácticas concertadas entre los agentes económicos, las decisiones de asociaciones de empresas y el abuso de la posición dominante de uno o más

agentes económicos que tengan por efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios, tales como:

- Imponer en forma permanente, directa o indirectamente, precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva para los consumidores.
- Restringir, de modo injustificado, la producción, la distribución y el desarrollo tecnológico, en perjuicio de empresas o de consumidores.
- Aplicar injustificadamente a terceros contratantes condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos así en desventaja importante frente a la competencia.
- Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de obligaciones complementarias o suplementarias que, por su propia naturaleza o por los usos comerciales, no tengan relación con el objeto de esos contratos, en perjuicio de los consumidores.
- En forma sistemática, vender bienes o prestar servicios a precio inferior al costo, sin razones fundadas en los usos comerciales, incumpliendo con las obligaciones fiscales o comerciales. La aplicación de estas normas procede cuando la distorsión en el mercado genere perjuicio relevante al interés general.

Artículo 15.

El Poder Ejecutivo reglamentará las disposiciones del presente Capítulo y dispondrá las medidas pertinentes para la aplicación de dichas disposiciones. Toda contienda que se suscite que refiera a la materia regulada en este Capítulo podrá ser sometida por las partes a arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en el Título VIII del Libro II del Código General del Proceso (Ley N° 15.982, de 18 de octubre de 1988). La reglamentación promoverá la habilitación de centros especializados a tales efectos.

Ley N° 17.296 de 21 de febrero de 2001.

Artículo 157.

La reglamentación dictada por el Poder Ejecutivo establecerá a qué repartición del Estado se le asigna competencia en el control de los actos y conductas prohibidos por el artículo 14 de la Ley N° 17.243, de 29 de junio de 2000, que serán sancionados de la siguiente forma:

Apercibimiento.

Apercibimiento con publicación a costa del infractor.

Orden de cese definitivo de los actos o conductas prohibidos y la remoción de sus efectos.

Multa de 500 UR (quinientas unidades reajustables) hasta 20.000 UR (veinte mil unidades reajustables) según que la infracción se califique de leve, grave o muy grave.

Las sanciones podrán aplicarse independiente o conjuntamente según resulte de las circunstancias del caso. En el caso de que la gravedad de la infracción lo amerite, podrá

ordenarse el cese provisorio de los actos o conductas prohibidos, sin perjuicio de la iniciación del proceso administrativo que corresponda. Los criterios que se tendrán en consideración para determinar la gravedad de la infracción serán el daño causado, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, la participación del infractor en el mercado, la duración de la práctica prohibida y la reincidencia o antecedentes del infractor.

Artículo 158.

El órgano de aplicación de las normas contenidas en los artículos 13, 14 y 15 de la Ley N° 17.243, de 29 de junio de 2000, tendrá las siguientes funciones y facultades:

- Requerir a las autoridades nacionales o municipales y a los particulares, la documentación, información y colaboración que juzgue necesarias a los efectos de cumplir con sus cometidos y en especial, con los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes.
- Habilitar los centros especializados de arbitraje a que refiere el artículo 15 de la Ley N° 17.243, de 29 de junio de 2000.
- Emitir opinión en los asuntos que se sometan a su consideración o que analice en el marco de su competencia e informar y asesorar respecto de acuerdos, prácticas restrictivas, decisiones de empresas y demás cuestiones relativas a la defensa de la competencia.
- Imponer las sanciones establecidas en la presente ley.
- Dispondrá de las más amplias facultades de investigación y fiscalización, pudiendo requerir de los organismos especializados la colaboración necesaria a los efectos de la realización de inspecciones, investigaciones, pericias, controles y comprobaciones. Podrá asimismo, requerir la comparecencia de los investigados y de terceros a los efectos de proporcionar información. Los datos e informaciones obtenidos solo podrán ser utilizados para las finalidades previstas en esta ley.
- Solicitar en forma fundada, al Juez competente, las medidas cautelares que estime pertinentes, procedimiento en el que estará exonerado de prestar contra cautela.
- Proyectar y someter a la consideración del Poder Ejecutivo el procedimiento pertinente, a los efectos de la constatación de la realización de los actos o las prácticas prohibidas y la aplicación de sanciones, ya sea de oficio o por denuncia de parte interesada y legitimada al respecto, garantizándose al denunciado o investigado el ejercicio del derecho de defensa.
- Promover la celebración de acuerdos, conciliaciones o compromisos de cese, en los asuntos sometidos a su consideración.

VI. Other contributions from experts and delegates

Presentations PPT

- 6.A. The Colombian Superintendency of Industry and Trade and the enforcement of competition law
Carlos Caycedo. Superintendencia de Industria y Comercio Colombia 329
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200386a.ppt>
- 6.B. Competition Law Project in Paraguay
Bruno Belmont, Ministry of Industry and Trade. Paraguay 330
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200386b.ppt>