

La política de competencia en Latinoamérica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Chileno

Jorge WITKER*

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito del derecho económico, las regulaciones de defensa de la competencia, se encuentran conceptualmente relacionadas, con una serie de vertientes que, con especificidades concretas, sin embargo, convergen sobre objetos jurídicos relativamente similares. En efecto, los sujetos a proteger, tales como la empresa, la clientela, el mercado, el consumidor, la competencia y los consumidores actúan en escenarios relativamente comunes.

Un intento por delimitar estos campos, tomando como base el principal bien jurídico protegido, por cada tópico de reglas particulares, nos permite sostener lo siguiente:

- La defensa de la competencia protege al mercado y al conjunto de los competidores.
- La defensa del consumidor protege al consumidor final de bienes y al usuario de servicios.
- La lealtad comercial protege a una empresa o competidor individual de los intentos de otros competidores para desvío de clientela, confusión o destrucción; el comercio desleal internacional, protege contra importaciones a precio *dumping* y aplicaciones

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; integrante del Sistema Nacional de Investigadores.

de derechos *antidumping*, o beneficiadas por subsidios estatales (subvenciones y aplicación de derecho compensatorio).

Planteados los deslindes, anteriormente descritos, estas reflexiones se inscriben exclusivamente, en el primer rubro mencionado, es decir, defensa de la competencia que protege al mercado y al conjunto de los competidores.

En efecto, la política de competencia está referida a la legislación, jurisprudencia y órganos aplicadores y reguladores de las prácticas anticompetitivas en que pueden incurrir agentes públicos (licitación de concesiones) o privados (predación y/o colusión).

Bajo esta concepción genérica, estas reflexiones plantean una panorámica general de la política de competencia en Sudamérica, destacando la apertura de las economías al comercio e inversiones internacionales y los respectivos tratados de libre comercio suscritos en la región, no han dado los resultados esperados, pues no contemplan en general, cláusulas específicas sobre el poder dominante de las empresas y corporaciones transnacionales, las que en general, han venido a remplazar a los monopolios públicos sin efectos competitivos importantes para el desarrollo económico regional.

En cuanto a órganos reguladores o aplicadores de legislación de competencia se hace una mención breve del Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia de Chile que a pocos años de funcionamiento ha demostrado cierta eficacia y relativa viabilidad.

II. ETAPAS DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN LA REGIÓN

Conviene precisar que la política de competencia presenta tres grandes periodos.

A saber de 1960 a 1980 etapa en que no existe propiamente una preocupación por la competencia como variable económica importante pues la región experimentó un aislamiento completo bajo el modelo proteccionista sustitutivo de importaciones que la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) impulsó para el crecimiento industrial a partir de la década de los cincuenta.

Un segundo periodo, que va de 1980 a 1995, es caracterizado por la apertura de las economías regionales a los mercados globales, tanto en el ámbito de las inversiones, como del comercio, es la era de los tratados de libre comercio en donde el GATT-OMC, el TLCAN y el resto de los tratados de libre comercio, protagonizan las aperturas más radicales y significativas en la subregión.

Finalmente el periodo que va de 2000 a 2010 en que la política de competencia se enfrenta al libre comercio para sancionar la cartelización de empresas y castigar las colusiones con sendas reformas legales a nivel tanto de Estados Unidos y la Unión Europea, como de algunas legislaciones Latinoamericanas.

III. ASPECTOS RELEVANTES DE LAS LEGISLACIONES DE COMPETENCIAS

Varios son los temas que, por lo general, abarcan las normas jurídicas aplicadas a la defensa de la competencia. Ellos tienen que ver con:

- El ámbito material de la aplicación (conductas y prácticas anti-competitivas).
- Criterios de evaluación de esas conductas.
- Ámbito territorial de aplicación del régimen legal.
- Naturaleza de la legislación (infraccional, penal, indemnizatoria).
- Administración del régimen (órganos administrativos o judiciales, sus competencias, funciones y modo de actuación).

1. *Restricciones a la competencia originadas en las empresas*

Las prácticas empresarias que impiden, limitan o distorsionan la competencia comprenden, a su vez, dos grandes grupos: el de los acuerdos entre empresas, las prácticas paralelas o colusorias y las conductas autónomas o individuales por una parte, y el abuso de una posición de dominio en el mercado, por la otra.

A. Acuerdos, prácticas concertadas o paralelas y conductas autónomas

Se trata de acuerdos expresos o tácitos entre empresas. Los expresos tienen todas las características de un convenio (aunque no sea un contrato si su objeto es ilícito), con su consentimiento entre personas (físicas o jurídicas) capaces de voluntad independiente. Los tácitos consisten en acciones o prácticas concertadas, o conductas

Paralelas, ya sea porque quienes participan no tienen voluntad autónoma (entidad filial o sucursal, comisionista, representante, etcétera) o aunque la tengan su accionar se concreta a través de conductas similares —paralelas— que denotan una concertación, sin que ella sea manifiesta. A los acuerdos expresos y tácitos también se los denomina colusorios, por su potencialidad de producir daños a terceros.

a. Fijación de precios

Es una de las conductas considerada de mayor perjuicio para la competencia, ya que el precio es el elemento esencial de la libertad en las transacciones. Se da principalmente en las prácticas horizontales cuando hay acuerdo entre algunos competidores para establecer los precios, limitar descuentos, consensuar precios (en especial en las asociaciones profesionales), etcétera. También puede configurarse en actos verticales, cuando un vendedor determina el precio de reventa que aplicarán sus compradores.

b. Compras o contrataciones atadas (*tying clauses*)

Las operaciones sujetas a la imposición de prestaciones complementarias, muestran una de las prácticas más habituales en materia de limitación de la competencia. En las normas de la Unión Europea (artículo 85, inciso E, del Tratado de Roma) se describe esta conducta: subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que por naturaleza o de acuerdo con los usos mercantiles, no tienen relación con el objeto del

contrato. La ley vigente en Argentina ha tomado casi textualmente esta disposición.

c. Negativa de venta

Es una típica conducta unilateral por lo cual no figura tan frecuentemente en la enumeración de conductas cuestionadas o prohibidas en los distintos regímenes. En Brasil en 1990, se aprobó una ley especial (Ley 8002 del 14/3/90) que aplicaba fuertes multas a las negativas a satisfacer pedidos de venta de mercaderías. Cuando en 1994 se aprobó la ley sobre competencia actualmente vigente en Brasil la ley de 1990 fue derogada expresamente, pero la negativa de venta o de contratación figura entra en las infracciones contempladas por la nueva ley.

Las conductas anteriores y otras se encuentran en las legislaciones de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica y Perú teniendo como paradigma central el poder dominante o poder de mercado que podemos conceptualizarlo como aquel que ejerce una empresa o conglomerado (cartel) cuando tiene capacidad para fijar un precio por encima del costo marginal en un mercado relevante, perjudicando a oferentes, demandantes y consumidores.

Dichas legislaciones evalúan en general la dominancia bajo la regla de la razón contemplando las siguientes variables:

- 1) Definición del mercado relevante (por producto o por zona geográfica).
- 2) La existencia de una posición de dominio por parte de una empresa o grupo de empresas.
- 3) Un abuso de dicha posición de dominio (individual o colectivo) identificando la o las prácticas específicas anticompetitivas.
- 4) Medir sus efectos a nivel consumidores y de bienestar general.
- 5) Ponderar ganancias o pérdidas en materia de eficiencia estática o dinámica, por ejemplo la introducción de ventas atadas o contrato de exclusividad, que en algunos casos puede eficientar a una industria beneficiando así a consumidores.

IV. LAS FUSIONES Y CONCENTRACIONES

Los ataques a la competencia que provienen de la concentración empresarial afectan a la estructura y composición del mercado: número y tamaño de empresas, propiedad de las mismas, modificaciones en su administración, y comportamiento de las distintas unidades económicas.

Siendo la legislación sobre competencia tan cercana a la legislación antimonopólica, llama la atención que no todos los regímenes contemplen el tratamiento de las fusiones y concentraciones. En los Estados Unidos, fue la ley Clayton la que introdujo el tema en 1914. En su artículo 7o. prohíbe a las sociedades anónimas la adquisición de acciones o activos de otras “cuando su efecto sea afectar sustancialmente la competencia o crear un monopolio”.

En el sistema de la Unión Europea las concentraciones no estuvieron contempladas en el Tratado de Roma y recién en 1989, a través del Reglamento del Consejo núm. 4064/89, se reglamentó el control previo de ciertas operaciones de concentración empresarial.

Con relación a las fusiones y concentraciones ocurre algo similar que con los casos de posición dominante, no hay presunción de que toda operación de concentración sea restrictiva de la competencia. Así como en la posición dominante lo que se sanciona es el abuso de ella, en las concentraciones es condenable el comportamiento anti-competitivo de la entidad resultante de la concentración. De ahí el mecanismo de control previo y análisis de cada caso, que se aplica en aquellos sistemas de defensa de la competencia que supervisan estas operaciones.

En la evaluación sobre potencialidad de las operaciones de concentración para eliminar o restringir la competencia, dos aspectos son los prioritarios: definir el mercado afectado y determinar, con base en la facturación de las empresas u otros criterios cuantitativos, el tamaño de las concentraciones que requieren control.

En áreas de integración se trata de establecer la dimensión comunitaria de la operación aplicando varios criterios, como por ejemplo, que las empresas involucradas actúen en dos o más países integrantes

del esquema de integración; que sea comparativamente relevante el volumen de negocios regional de esas empresas con relación al que desarrollan en el mercado mundial; la compatibilidad de la operación con los fines y principios del mercado ampliado, etcétera.

En América Latina a partir de la década de los noventa, las fusiones y adquisiciones adquieren relevancia por las privatizaciones de empresas y servicios públicos y por los procesos de apertura económica, legalizados en los tratados de libre comercio, así la inversión extranjera ha venido a jugar un papel clave en este proceso y lamentablemente a acentuado la concentración económica limitando en parte, las políticas de competencia que se impulsan originalmente por los tratados de libre comercio.

En cuanto a las notificaciones de estos procesos, en las legislaciones señaladas hay dos sistemas para notificar *ex antes* o *ex post* dichas operaciones, pues con todo deben evaluarse cuidadosamente ya que afectan o pueden afectar directa o indirectamente, la competencia en los mercados, aunque es pertinente reconocer que hay casos en que estas fusiones adquieren perfiles pro-competitivos en materia de eficiencia dinámica (servicios).

Los procesos de integración y los numerosos tratados de libre comercio suscritos en la región, han abordado con diferentes criterios la relación competencia-libre comercio y como veremos en seguida sólo el Mercosur ha diseñado reglas y principios para regular las posiciones dominante de mercado que con la eliminación de los aranceles suele presentarse, provocando distorsiones a la competencia mercantil y favoreciendo la articulación de carteles y colusiones empresariales poco transparentes y perjudiciales para los consumidores.

V. LAS REGLAS SOBRE COMPETENCIA EN EL MERCOSUR

Desde antes que concluyeran el “periodo de transición” el 31 de diciembre de 1994, existió la inquietud de establecer reglas en materia de competencia y el tema estuvo listado entre los requisitos mínimos que señaló el Consejo para poner en funcionamiento a la Unión Aduanera.

Durante 1994 fue aprobada la Decisión núm. 21/94, que fijó las pautas para negociar y aprobar un “estatuto” de defensa de la competencia en el Mercosur. Sus principales previsiones fueron las siguientes:

- El objeto sería la defensa de la competencia y el libre acceso al mercado en el ámbito del Mercosur.
- Quedarían sujetas al régimen todas las empresas, de cualquier naturaleza jurídica y tipo, siempre que explotaran actividades no monopolísticas.
- Se prohibirían acuerdos y prácticas concertadas que tuvieran por objeto, o defecto, impedir, restringir o distorsionar la competencia o el libre acceso al mercado en todo o en parte del Mercosur, y que pudieran afectar el comercio entre los Estados partes.
- Se prohibirían, entre otras prácticas: fijar precios y condiciones de venta; limitar o controlar la producción o inversiones; dividir mercados o fuentes de abastecimiento; realizar acuerdos colusorios para licitaciones; adoptar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes; subordinar la contratación a prestaciones suplementarias; ejercer presión sobre clientes o proveedores para obligarlos a determinada conducta.

1. *El Protocolo de Defensa de la Competencia*

En la Reunión del Consejo en Fortaleza, el 17 de diciembre de 1996, se adoptó la decisión 18/96 por la cual se aprueba el Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur.

La decisión 18/96 incluye dos disposiciones por las que se define el tratamiento del *dumping* intrazonal. Conforme a ellas, las investigaciones de *dumping* para importaciones provenientes de otro Estado parte estarán regidas por la legislación nacional hasta el 31 de diciembre de 2000. En este sistema transitorio se asume el compromiso de preceder el inicio de las investigaciones, con una notificación al gobierno del país del Mercosur involucrado en la exportación sospechada de precios predatorios, pudiendo éste solicitar la realización de consultas y ofrecer informaciones complementarias para aclarar el caso.

2. *Conductas y prácticas restrictivas de la competencia*

Las reglas comunes abarcan los actos individuales o concertados que tengan por objeto o defecto: limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia; limitar, restringir, falsear o distorsionar el acceso al mercado; constituir un abuso de posición dominante.

Ellos configuran infracciones, independientemente de culpa.

El instrumento incluye la habitual enumeración no taxativa de los actos y conductas considerados restrictivos de la competencia. Están contemplados: la fijación de precios y condiciones; las prácticas concertadas entre competidores; el reparto de mercados; la limitación o el control de la producción, las inversiones, o la I&D; las licitaciones colusorias; las compras o contrataciones atadas; las condiciones discriminatorias para prestaciones equivalentes; el abandono, sin causa justificada, de explotaciones agrícolas, etcétera.

Una de las críticas que se ha hecho al Protocolo es que no se prevén excepciones fundadas en mejoras a la producción, la comercialización, la I&D, etcétera, como hace el Tratado de Roma.

3. *Las sanciones*

Las sanciones por violación de las reglas establecidas en el Protocolo pueden ser:

- Orden definitiva de cese.
- Multa, cobrada por la autoridad de aplicación del domicilio del infractor y aplicada sobre la base de las ganancias obtenidas en virtud de la practica, o la facturación bruta, o los activos involucrados.
- Prohibición de participar, por un plazo determinado, en compras de gobierno en cualquiera de los Estados partes.
- Prohibición de contratar con entidades financieras públicas de cualquier Estado parte, por un plazo determinado.

4. *Multas*

Un año después de la firma del Protocolo se aprobó, mediante la Decisión núm. 2/97 un Anexo estableciendo criterios de cuantificación de las multas.

Allí se dispone que las multas serán equivalentes a:

- Hasta el 150% de las ganancias obtenidas con la práctica infractora.
- Hasta el 100% del valor de los activos involucrados.
- Hasta el 30% del valor de facturación bruta de la empresa responsable, conforme al último ejercicio, excluidos los impuestos.

Por inobservancia de las medidas preventivas que se hayan adoptado, o por incumplimiento del compromiso de cese (propuesto por el denunciado), o por incumplimiento de la orden de cese (aplicada como sanción): la multa diaria equivaldrá hasta el 1% de la facturación bruta en el último ejercicio.

VI. EL NAFTA Y SU CAPÍTULO XV

El Nafta en su capítulo XV, “Política en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado” (31), consagra la aplicación por cada Estado parte de su propia legislación sobre competencia y solamente propone la cooperación y la coordinación entre las autoridades nacionales para impulsar una efectiva prohibición de prácticas de negocios contrarias a la competencia. A tal punto llega la reserva nacional en este tema que expresamente se impide “recurrir a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado respecto de cualquier asunto que surja de este capítulo”.

Con respecto a los monopolios y empresas del Estado reafirma la facultad de los países de establecerlos, pero señala pautas para que, mediante control reglamentario y supervisión administrativa, los países se aseguren que esos monopolios y empresas estatales actúen de manera que resulte compatible con los compromisos de libre comercio que se establecen en el Tratado.

Por otra parte, conviene señalar que nada expresa sobre los monopolios y oligopolios privados, los cuales a partir de la vigencia de dicho tratado se han consolidado en el área del transporte de los servicios bancario-financiero y seguros, del cemento, de los alimentos, de las telecomunicaciones que en México han vulnerado la libre competencia en todos los planos.

Fuera de estos tratados la mayoría de los vigentes de libre comercio en la región si bien tienen cláusulas referidas a la competencia no hacen mención a las posesiones dominantes de mercado, monopolios, oligopolios, colusiones, etcétera. Por lo que la competencia no se ha estimulado por estos instrumentos liberatorios de la inversión y el comercio a continuación presentamos un cuadro de los acuerdos de libre comercio vigentes en América Latina.

- | | |
|------------------|---|
| 1. México | - Costa Rica
- AELC
- Unión Europea
- Japón
- Israel
- Nicaragua
- Triángulo del Norte (El Salvador, Nicaragua, Honduras)
- Uruguay
- Bolivia |
| 2. Chile | - AELC
- Unión Europea
- Corea
- México
- Estados Unidos |
| 3. Centroamérica | - Chile
- República Dominicana
- Panamá |

- | | |
|-----------|--|
| 4. Canadá | - Chile
- Costa Rica |
| 5. Otros | - CARICOM- Costa Rica
- De los tres: Colombia, Venezuela
y México (G-3)
- Panamá- -Taiwán |

De todos estos tratados el único que contiene sanción expresa para las prácticas abusivas de posición dominante de conglomerados, es el Tratado de Libre Comercio Corea-Chile. En el resto de los tratados se hace mención a las empresas o monopolios públicos que deben actuar bajo criterios de racionalidad privada y establecen mecanismos de coordinación e intercambios de información para las agencias reguladoras de la competencia sin aludir al tipo de información dejando al margen la información confidencial que es la más frecuente en este tipo de actividades económicas.

VII. LOS ÓRGANOS REGULADORES DE LA COMPETENCIA

Las autoridades de competencia en la mayoría de los países mencionados presentan diferencias de matices en el sentido de que las agencias u órganos reguladores se inscriben en los poderes ejecutivos con lo cual pierden objetivamente independencia y autonomía. Hay a niveles teóricos consenso en el sentido de que estos órganos deben tener autonomía tanto funcional como presupuestaria y que sus personeros deben ser profesionales idóneos, sometidos a escrutinios curriculares rigurosos y que sean sancionados por órganos congresionales o parlamentarios.

En la mayoría de los países analizados se establecen comisiones de competencia formada por funcionarios nombrados por los ministros de economía sin intervención de otros órganos externos a dicho poder, tal vez el único caso novedoso lo presenta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile que actúa técnicamente con relativa

independencia aunque sus comisionados con el nombre de magistrados son designados por el presidente de la República.

Una panorámica de este único tribunal existente en materia de competencia en América Latina la resumimos en las siguientes páginas.

VIII. EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA DE CHILE

El TDLC de Chile fue creado el 14 de noviembre de 2003, mediante la Ley 19.911, teniendo su última modificación a través de la Ley 20.3.601 del 13 de julio de 2009, su naturaleza jurídica es la de un órgano de jurisdicción especial independiente para administrar justicia en relación a conflictos de relevancia jurídica respecto a las conductas anticompetitivas, lo forman cinco ministros y dos suplentes, de los cuales tres son abogados, y dos economistas. El Tribunal está sujeto a la superintendencia correctiva y discrecional de la Corte Suprema de Justicia en virtud del principio de jerarquía o grado jurisdiccional.

El TDLC tiene facultades de conocer, dictar instrucciones y proponer modificaciones o derogaciones de los preceptos legales y reglamentarios contrarios a la libre competencia. Sus facultades principales son de carácter jurisdiccional, pues recibe las acusaciones de parte de la FNE y/o de particulares con interés procesal en materia de competencia.

En estos momentos el Tribunal conoce la solicitud de delación compensada explicada anteriormente

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directa, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función es la de prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia.

- Órgano jurisdiccional: el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ejercerá su jurisdicción respecto de todo el territorio de Chile en los conflictos que afecten a la libre competencia.
- Especial: aquel establecido por la ley para juzgar a ciertas personas o para resolver determinadas materias. En el caso del Tribu-

- nal, deberá conocer de todas las materias relacionadas con infracciones a la libre competencia, emanadas del Derecho 19911.
- Independiente: principio en virtud del cual los tribunales tienen por regla general el ejercicio privativo y exclusivo de la función jurisdiccional, no siendo lícito mezclarse en las atribuciones de los demás poderes públicos.
 - Bajo la Superintendencia de la Corte Suprema, los tribunales de justicia no sólo están investidos de la función jurisdiccional, sino que además les corresponde ejercer las llamadas atribuciones conexas. Respecto del Tribunal de Defensa, estas atribuciones conexas están en manos de la Corte Suprema, la que velará porque actúe dentro de la esfera de sus atribuciones y que se respeten asimismo en su actuar, las garantías individuales establecidas en la Constitución Política y en las leyes (facultad directiva), además deberá velar por el cumplimiento de los deberes de los jueces (facultad disciplinaria), como también para que a través de una mejor organización de justicia, aclare y complemente las normas que regulan su funcionamiento, tiene por objeto una mejor y más expedita administración de justicia, servicio judicial (facultad económica).
 - La función específica del Tribunal es prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia, quedando fuera de la esfera de su competencia todas las demás materias que no tengan relación alguna con la libre competencia.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

En la actualidad, el escenario global muestra una constante: creciente apertura comercial y existencia de legislaciones pro-competencia —tendencia extendida a través de la suscripción de tratados de libre comercio—. No obstante, las condiciones vigentes como la ausencia de leyes punitivas, conduce a la colusión entre las empresas con el objetivo de la fijación de precios y adquisición de posiciones dominantes. Ello inhibe las ventajas del libre comercio y eficiencia de mercados.

La colusión entre empresas para lograr dichos fines, es un fenómeno actual que encuentra en la falta de mecanismos para sancionar tales prácticas oportunidades de fortalecerse. Las economías de mercado deben contar con instrumentos legales avanzados que permitan proteger la competencia y actuar en forma efectiva sobre prácticas anti-competitivas.

En este marco, la amnistía para delatores de cárteles ha mostrado ser un instrumento efectivo en la lucha contra estas prácticas entre empresas a nivel internacional, como ha demostrado ser los ejemplos de Brasil y Chile, este último con su Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de plena jurisdicción sobre los temas relacionados con esta materia.

No debe perderse de vista la importancia del papel de los Estados en el diseño y estructuración de políticas públicas y estrategias, que permitan a sus naciones lograr los resultados políticos, económicos, culturales y sociales, para alcanzar un mejor nivel de vida para sus gobernados, sin sacrificar en la suscripción de tratados, un desarrollo micro por uno macroeconómico ya sea nacional o extranjero, sino hacer uso de tales instrumentos internacionales para crear y en su caso fortalecer órganos y organismos de control sobre estas prácticas, logrando así el crecimiento y desarrollo económico para los consumidores nacionales.