

COMPETITION LAW AND POLICY IN LATIN AMERICA

REVISADO POR:

TOMMY DEZA SANDOVAL

Si bien las políticas de competencia adquirieron fuerza en América Latina a partir de la década de los noventa, en los últimos años hemos sido testigos de un mayor dinamismo en la implementación de dichas políticas, propiciado, entre otros motivos, por la celebración de acuerdos bilaterales de libre comercio entre los Estados.

Por un lado, algunos países de la región recientemente han introducido leyes de competencia en sus jurisdicciones nacionales, tales como El Salvador, Honduras, Nicaragua y Uruguay. De otro lado, en otras jurisdicciones como Argentina, Perú y Chile se ha llevado adelante una reforma normativa integral.

En ese orden de ideas, los editores del libro bajo comentario reconocen la importancia de analizar la aplicación de las políticas de defensa de la competencia desde un contexto latinoamericano, cuya realidad es muy distinta al *antitrust* estadounidense o al derecho de la competencia europeo comunitario, pese a que estos últimos por su larga tradición ejercen sobre éstas una gran influencia. Esta distinción resulta importante, debido a que existe la tendencia entre los académicos y especialistas de pensar en términos globales respecto a la implementación y ejecución de políticas de competencia, y no considerar la realidad específica de cada región.

⁺ Eleanor M. Fox y D. Daniel Sokol editores (2009) “Competition law and policy in Latin America”, Oxford: Hart Publishing, 522 páginas.

^{*} Ejecutivo 2 de la Comisión de Procedimientos Concursales – ILN. Ex Asistente Legal de la Comisión de Defensa de la Competencia del Indecopi y de la Sala de Defensa de la Competencia 1 del Tribunal del Indecopi. Estudios de Maestría en Derecho de la Empresa en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster en Regulación de Servicios Públicos de Red por la Universidad de Barcelona. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Pese a que en la actualidad la mayoría de los países de América Latina cuentan con leyes nacionales de competencia¹, los editores del libro reseñado reconocen que el ambiente político y la endeble institucionalidad en la cual operan las agencias latinoamericanas de competencia, limitan su actuación efectiva contra las conductas anticompetitivas. Ello se debe, además, a que en la región ha existido una tradición anticompetitiva de larga data, que ha sido aceptada y tolerada por la sociedad en su conjunto e incorporada dentro de su sistema de valores. No es extraño observar que, en muchos de estos países, durante largo tiempo los empresarios hayan considerado como una práctica comercial lícita el adoptar alguna forma cooperativa que permita actuaciones concertadas.

Considerando lo anterior, el libro bajo reseña aborda dos temas principales: la actuación de las agencias de competencia latinoamericanas para reprimir los acuerdos colusorios y la utilidad de la “abogacía de la competencia”, principalmente en países con problemas de institucionalidad débil, como es el caso de varios países de la región.

Al respecto, los editores señalan que en América Latina las agencias de competencia han concentrado sus esfuerzos en la lucha contra los cárteles, debido a que el éxito de tales acciones requiere menos pericia por parte de los funcionarios, con relación a los mayores beneficios que potencialmente puede producir.

No obstante lo anterior, reconocen que existen numerosos problemas que afectan negativamente los esfuerzos de las agencias de competencia latinoamericanas en su lucha contra los cárteles. En particular, se hace especial referencia a dos tipos de problema:

- i) la importación de herramientas de lucha anti-cártel que han sido exitosas en otras jurisdicciones, pero que dada la realidad jurídica de cada país latinoamericano enfrenta dificultades en su implementación; y,
- ii) la probanza de las colusiones tácitas.

Así, en el caso de Brasil, Leopoldo Pagotto² escribe sobre los problemas que han surgido debido a que el programa de indulgencia adoptado en dicho país ha

¹ Ecuador y Bolivia no cuentan con leyes nacionales de defensa de la competencia, sin embargo, les son aplicables a sus jurisdicciones la Decisión 608 que es la norma de la Comunidad Andina de defensa de la competencia.

² Vid., Capítulo VI titulado “*To What Extent Will the Possibility of Executing Agreements with Cartel Members Impact on Brazilian Antitrust Policy?*”.

“trasplantado” el modelo estadounidense del *Leniency Program* a su sistema jurídico, sin tomar en cuenta el particular diseño institucional de la política de competencia brasileña. Asimismo, señala que en dicho país, los denominados “*consent decrees*”³ estadounidenses no son viables debido a los problemas administrativos que enfrentan las agencias y a la falta de recursos económicos.

Por su parte, Leonor Cordovil⁴ hace referencia a la dificultad de adoptar en el sistema jurídico brasileño las reglas del derecho estadounidense contra el denominado “*gun jumping*”, es decir, la estrategia de las empresas de utilizar un plan de fusión para encubrir un acuerdo colusorio. Según la referida autora, en el sistema jurídico brasileño no son claros los límites que pueden ser impuestos a las empresas que se encuentran en una etapa “pre – fusión”, respecto a la coordinación y transferencia de información.

De otro lado, con relación a las colusiones tácitas, en el libro bajo comentario, no se considera como tales a las prácticas conscientemente paralelas derivadas de la interdependencia oligopólica (tal como se ha considerado en la doctrina estadounidense), sino a aquellas conductas que suponen cierto grado de coordinación concertada pero de la cual no se tiene prueba directa del acuerdo (es decir, las prácticas concertadas).

Sebastian Zárate y Elina Cruz⁵, tratan el problema de la falta de confianza de los órganos judiciales en la política de competencia chilena, la cual se refleja en la aplicación de las normas de competencia a la colusión tácita. Según dichos autores, si bien el nuevo diseño institucional (que data del año 2003) establece que las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia chileno sean revisadas directamente por la Corte Suprema de Justicia de Chile, el desconocimiento del Poder Judicial sobre temas de Derecho de la Competencia y el razonamiento económico de la competencia, ha derivado en la emisión de decisiones equivocadas.

³ En el ordenamiento jurídico estadounidense, los “*consent decrees*” son pronunciamientos judiciales que aprueban un determinado acuerdo por el cual un imputado se compromete a cesar determinadas actividades que una agencia gubernamental ha considerado ilegal a cambio de que ésta retire los cargos.

En el Perú, una figura similar denominada “compromiso de cese” se encuentra regulada en el artículo 25 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada por Decreto Legislativo 1034.

⁴ Vid., Capítulo VII titulado “*Gun Jumping or Cartel: Is Brazil Prepared for this Analysis?*”

⁵ Vid., Capítulo IX titulado “*Building Trust in Antitrust: The Chilean Case*”.

Por ejemplo, en el caso de las colusiones tácitas en donde la prueba circunstancial es de vital importancia para develar acuerdos anticompetitivos, el Poder Judicial de Chile ha introducido estándares de prueba tan elevados que hace, según los autores, virtualmente imposible sancionar a los miembros de un cártel sobre la base de este tipo de evidencia. En ese sentido y coincidentemente con los autores arriba citados, Aldo Gonzales⁶ sostiene que la autoridad de competencia chilena se ha visto incentivada a iniciar procedimientos que tengan solo evidencia directa.

Otro tema que aborda el libro bajo comentario es el referido a la importancia de la “abogacía de la competencia” en los países de la región, entendido como el proceso a través del cual las agencias de competencia realizan actividades de promoción tales como reportes o informes e intervienen en el proceso regulatorio, sugiriendo reformas pro competitivas. Tales acciones de abogacía de la competencia pueden ser utilizadas contra la aprobación de legislaciones anticompetitivas, acciones de la administración pública que pudieran generar efectos anticompetitivos u omisiones por parte del gobierno en la aprobación de medidas de liberalización de sectores económicos determinados.

En efecto, la restricción del proceso competitivo en los mercados no siempre deriva de la actuación estratégica e ilícita de los particulares sino que, en algunos casos, las limitaciones más perjudiciales provienen de medidas adoptadas por el propio Estado, mediante decisiones proteccionistas o controlistas que encarecen el acceso al mercado.

En el libro bajo comentario, Todd Zywicki y James Cooper⁷ enfatizan la importancia de la abogacía de la competencia, particularmente, en países latinoamericanos, cuyas economías, como se ha señalado, se han caracterizado por una fuerte intervención y regulación del Estado a la vez que han tenido una débil tradición de competencia.

La sección sobre abogacía de la competencia del libro bajo comentario finaliza con tres artículos sobre las condiciones de competencia en el sector aerocomercial y de supermercados en Chile y sobre el sector agrícola en Colombia.

⁶ Vid., Capítulo X titulado “*Quality of Evidence and Cartel Prosecution: The Case of Chile*”.

⁷ Vid., Capítulo XVI titulado “*The US Federal Trade Commission and Competition Advocacy: Lessons for Latin American Competition Policy*”.

En el primer artículo, se analizan los efectos restrictivos sobre la competencia derivados de la fusión operada entre Lan Chile y Lan Express en 1995, los cuales se reflejaron en un incremento de precios en perjuicio del segmento inelástico de la demanda⁸.

El segundo artículo se refiere a las condiciones de competencia en el sector de supermercados en Chile, en el cual se observó un incremento de precios luego de que el mercado se concentró en la segunda mitad de la década de los noventas⁹.

Finalmente, el tercer artículo se refiere a la relación entre las políticas de competencia y agrícola en Colombia, y cómo es que la competencia puede coadyuvar al desarrollo sostenido de la agricultura en dicho país¹⁰.

⁸ Vid., Capítulo XVII titulado “*Determinants of the Fares in Chilean Airlines Market: An Empirical Approximation to the Case of LAN CHILE*”.

⁹ Vid., Capítulo XVIII titulado “*Mergers, Prices and Concentration in the Supermarket Industry: The Case of Chile*”.

¹⁰ Vid., Capítulo XIX titulado “*The Agricultural Sector and Competition Policy*”.