

7

INSTITUCIONES DOMÉSTICAS E INTEGRACIÓN REGIONAL: LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN EL MERCOSUR¹

**M. Viviana Guadagni de Quevedo²
José Tavares de Araujo Jr.³**

1 Parceria entre Rede de Pesquisas Econômicas do MERCOSUL (*Red MERCOSUR*), a Fundação Centro de Estudos do Comércio Exterior - FUNCEX e a Universidad de San Andrés - UDESA.

2 Del Universidad de San Andrés (UDESA).

3 Del Centro de Estudos de Integração e Desenvolvimento (CINDES).

INSTITUCIONES DOMÉSTICAS E INTEGRACIÓN REGIONAL: LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN EL MERCOSUR

1. INTRODUCCIÓN

Las experiencias de la Unión Europea y del acuerdo de integración Australia–Nueva Zelandia (*Closer Economic Relations Agreement* – CER) de las décadas de 1980 y 1990 revelan que la política de competencia cumple dos papeles fundamentales en los procesos de integración exitosos. En primer lugar, asegura que los beneficios derivados de la liberalización comercial no sean anulados por conductas del sector privado, unilaterales o concertadas, que intenten mantener segmentados los mercados regionales. En segundo lugar, ofrece un marco institucional eficaz para lidiar con los dos principales focos de resistencia a la integración regional, que son las disparidades de eficiencia entre las estructuras productivas de los países miembros. Además de evitar que estas asimetrías se transformen en disputas comerciales, y retrasen el proceso de integración, la acción de las autoridades de defensa de la competencia permite que temas como la formación de carteles, el abuso de posición dominante y las demás conductas anticompetitivas se tornen prioritarios en la agenda regional. De esta manera, los conflictos comerciales, y las respectivas presiones proteccionistas locales, pueden ser tratados bajo la óptica de los intereses públicos de cada país, facilitando este abordaje la negociación de las medidas para superar los obstáculos en el proceso de integración.

La experiencia del CER deja lecciones que son particularmente útiles para los países del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), y demuestran que es posible formar un espacio económico unificado sin el amparo de instituciones supranacionales, siempre que los gobiernos de los países miembros dispongan de los instrumentos necesarios para garantizar la coherencia entre las políticas domésticas y las metas de integración regional. La implementación del CER también ilustra los obstáculos enfrentados por las autoridades antitrust en economías sometidas a políti-

casos proteccionistas durante largos períodos. Tal como ocurre en América Latina, el crecimiento económico de Australia y de Nueva Zelandia entre 1930 y mediados de los años 1970 también surgió de estrategias de industrialización basadas en la sustitución de importaciones.

De hecho, en estas economías el principal desafío que enfrentan las autoridades antitrust no reside en disciplinar la conducta del sector privado, sino en lidiar con las distorsiones de mercado creadas por actos de los órganos públicos. En el caso de análisis de fusiones y concentraciones, por ejemplo, frecuentemente las barreras a la entrada y otras fuentes de poder de mercado son reforzadas por privilegios creados por el Estado a través de mecanismos de todo orden, como tarifas aduaneras, medidas de salvaguarda, investigaciones antidumping, exenciones fiscales y subsidios, programas selectivos de financiamiento por parte de bancos oficiales, disparidades del sistema tributario, fallas en la regulación de los sectores de infraestructura, y los procedimientos usados en las compras gubernamentales. De la misma forma, son usuales los casos de conductas anticompetitivas que develan lagunas o ambigüedades de algún marco regulatorio, o que son promovidas directamente por algún programa de gobierno.

Este artículo discute el estado actual de los instrumentos de defensa de la competencia en el Mercosur y registra las deficiencias que impiden la superación de los obstáculos referidos en el párrafo anterior. Las Secciones 2 a 4 abordan estos temas en el ámbito regional, a través de los ejemplos de la Unión Europea, CER y el Protocolo de Fortaleza en el ámbito del Mercosur. Las secciones 6 a 9 examinan las leyes de defensa de la competencia de Argentina, Brasil, Uruguay y Venezuela, con énfasis en tres temas principales: el tratamiento de las conductas anticompetitivas, el control de los actos de concentración económica y el formato de las autoridades de defensa de la competencia. Finalmente, la sección 10 resume las conclusiones del texto.

2. EXPERIENCIA INTERNACIONAL: UNIÓN EUROPEA

El fundamento legal de la normativa comunitaria de competencia se encuentra en el Tratado de Roma, en cuyo tercer artículo se establece que en aras de cumplir con los propósitos establecidos en el Art. 2 del Tratado las actividades de la Comunidad deben establecer un “*régimen que garantice que la competencia no sea distorsionada en el mercado interior*”.⁴ La política de competencia europea tiene objetivos que trascienden los tradicionales de eficiencia económica y el bienestar de los consumidores ya que también constituye una importante herramienta para lograr la integración del mercado europeo. El objetivo de fortalecer la integración explica el estricto tratamiento al cual se someten ciertos tipos de conductas empresarias que intentan fraccionar nuevamente el mercado, tales como las de discriminación de precios entre diferentes estados miembros, o la protección territorial.⁵

El análisis de la legislación comunitaria de defensa de la competencia reviste particular interés ya que parte de la normativa del Protocolo de Fortaleza, y de varias de las legislaciones nacionales de competencia, está fuertemente inspirada en las normas del Tratado de Roma. Sin embargo se debe tener presente que el MERCOSUR tiene un grado de integración diferente al de la Unión Europea al carecer el primero de órganos supranacionales. Empero, ello no obsta a que se puedan extraer algunas enseñanzas, en particular del rol de los organismos nacionales en la aplicación de la normativa comunitaria y de la cooperación de las autoridades nacionales entre sí y con las autoridades comunitarias. También resulta de interés para el MERCOSUR la estructura de la política de competencia europea, la cual se asienta en un triple eje de control de conductas, concentraciones y ayudas de estado.

2.1 Conductas Prohibidas

Las normas comunitarias europeas establecen por un lado una prohibición general de conductas anticompetitivas y por el otro un régimen de excepciones. En efecto, el apartado 1 del artículo 81 establece que “*serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común*”.

4 Tratado del Roma Artículo 3 inc. G.

5 Véase Motta (2004, p.15).

Acuerdos entre empresas

El artículo 81 únicamente prohíbe conductas bilaterales, es decir que la conducta de una única empresa solamente será sancionable en caso que ésta tenga posición dominante y su conducta además configure un abuso encuadrable en el artículo 82. Cabe destacar que aún las conductas de las empresas públicas pueden infringir la normativa comunitaria ya que la Corte de Justicia Europea distingue entre la actividad del Estado cuando desarrolla actividades económicas ofreciendo bienes o servicios de su actividad en ejercicio de autoridad oficial⁶.

Objeto o efecto

Una conducta puede ser anticompetitiva por su objeto o por su efecto, siendo la presencia de ambos elementos alternativa. La Comisión entiende que la determinación de la existencia de una conducta con objeto anticompetitivo no se hace considerando la intención subjetiva de las partes sino evaluando los términos, el contexto económico jurídico y la conducta de las partes⁷. Por ello no es suficiente con que las partes demuestren que no tenían por objetivo la restricción de la competencia sino objetivos de una índole diferente ya que lo relevante es la tendencia natural del acuerdo para restringir la competencia. En el mismo sentido, no se puede sancionar un acuerdo solo porque el objetivo que perseguían las partes intervinientes era la restricción de la competencia si el acuerdo mismo no tenía aptitud suficiente para lograrlo.

En los hechos pocos acuerdos son considerados restrictivos por objeto, únicamente los muy obvios, tales como los acuerdos de fijación precios o de reparto de mercados. Este tipo de acuerdos pone en peligro los objetivos primordiales de las normas de competencia ya que reducen la producción y aumentan los precios, redundando entonces en una mala asignación de recursos y, al propio tiempo, en una reducción del bienestar de los consumidores. Una vez establecido que el objeto de una conducta es anticompetitivo la Comisión entiende que ya no resulta necesario analizar el efecto concreto de la conducta. Por ejemplo, en el caso de un acuerdo de precios, no es necesario demostrar que realmente los precios se vieron afectados⁸.

Efecto

En los casos de acuerdos cuyo objeto no es el de la restricción de la competencia, la Comisión debe analizar si la misma igualmente se vio reducida o afectada hasta un punto apreciable. Para hacer dicho análisis la Comisión compara con la situación de

6 Conforme los fallos C-343/95 *Diego Cali & Figli Srl v Servizi ecologici porto di Genova SpA* (SEPG) 1997, ECR I-547; *Comisión v Italy* (1987) ECR 2599, p. 7

7 Decisión Conjunta 96 a 102, 104, 105, 108 y 110/82 *NV IAZ Internacional Belgium y otros contra la Comisión* (1983) ECR 3369, p. 23-25

8 Ver sobre este tema *Faull y Nikpay* (1999, p. 82).

competencia que hubiera prevalecido de no existir el acuerdo⁹. Además, el efecto de la conducta sobre la competencia debe ser significativo. Si las empresas participantes del acuerdo o práctica tienen una participación de mercado menor al 10% en caso que la misma sea horizontal, o menor al 15% en caso que sea vertical, se considera que sus conductas no tienen un efecto sensible sobre la competencia.¹⁰

Exenciones artículo 81 inc 3

Como se anticipara, las normas europeas acompañan la prohibición general establecida en el inciso 1 del artículo 81 con un régimen de excepciones el cual se encuentra regulado en el inciso 3 del mismo artículo. En efecto, el inciso 3 enuncia las condiciones que deben estar presentes para que una determinada conducta pueda recibir una exención. Hasta el año 2003 las empresas debían notificar previamente los acuerdos que encuadraban en el artículo 81 solicitando, en su caso, la exención del inciso 3. Únicamente no debían notificarse aquellos actos o acuerdos que encuadraran en alguna exención por categoría. A partir de la entrada en vigencia del Reglamento 1/2003 las exenciones son directamente aplicables sin que sea necesaria una decisión previa de la Comisión. El paso de un sistema de notificación y autorización previa de las conductas a uno ex post otorgó mayor agilidad al régimen europeo y lo acercó al régimen argentino que se verá más adelante.

Abuso de Posición Dominante

La legislación comunitaria europea prohíbe en el artículo 82 el abuso de posición dominante por parte de una o más empresas en la medida en que el mismo pueda afectar el comercio entre los Estados Miembros. La posición dominante no está penalizada en sí misma sino únicamente su abuso. Ante la ausencia de una definición legal de la noción de posición dominante la misma fue construida por la jurisprudencia y consiste en la posición de fuerza económica de la que goza una empresa, que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante, posibilitándole comportarse apreciablemente de forma independiente de sus competidores y clientes, y en definitiva de los consumidores¹¹. Los abusos de posición dominante pueden ser tanto explotativos como exclusorios.

9 Conforme Faull y Nikpay, op. cit. p. 85.

10 Los parámetros cuantitativos son fijados en la "Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea" (comunicación *de minimis*), Diario Oficial C 368 de 22.12.2001. Cabe aclarar que la propia comunicación expresamente dispone que aunque los participantes tengan baja participación de mercado sus conductas igualmente pueden encuadrar en el artículo 81 cuando su objeto sea la fijación de precios o la limitación de la producción o las ventas, y en caso de tratarse de un acuerdo vertical cuando el mismo sea la protección territorial. A pesar de lo expresado en la práctica no se sancionan conductas de empresas con participaciones menores a las definidas.

11 United Brands, 1976.

Dimensión comunitaria

Para que una conducta, acuerdo anticompetitivo o abuso de posición dominante quede sujeta a las normas comunitarias debe poder “*afectar al comercio entre los Estados miembros*”. Ahora bien, ¿cuándo un acto o acuerdo afecta el comercio? El criterio del efecto sobre el comercio es un criterio jurisdiccional que define el ámbito de aplicación del Derecho Comunitario, por ello su contenido y alcance fue aclarado por los tribunales comunitarios y sistematizado de manera muy detallada en las directrices de la Comisión¹².

La Corte de Justicia europea entiende que una determinada conducta puede afectar el comercio entre estados partes cuando la misma altera la estructura competitiva del mercado y cuando modifica el flujo de comercio. Se entiende por comercio a todas las actividades económicas relacionadas con productos y servicios, y para que su flujo se considere modificado no se exige que la modificación sea “dañina” o “negativa” sino que basta con que el mismo pueda verse afectado.

Como se dijo, la jurisprudencia europea interpreta que la noción de “comercio” es amplia ya que abarca también aquellos supuestos en los que los acuerdos o prácticas afectan la estructura de la competencia en el mercado. Por ello pueden quedar sujetos a las normas comunitarias de competencia los acuerdos y prácticas que eliminan o amenazan con eliminar a un competidor que opera dentro de ella. La estructura de la competencia en la Comunidad también puede verse afectada cuando se elimina o existe el riesgo de eliminar las actividades económicas a las que se dedica una empresa¹³. Además la Comisión interpreta que la aplicación del criterio del efecto sobre el comercio es independiente de la definición de los mercados geográficos de referencia ya que el comercio entre Estados miembros también puede verse afectado en el caso de que el mercado pertinente sea nacional o aún subnacional¹⁴. En esos casos las normas comunitarias se aplican entonces aún a prácticas desarrolladas en un solo estado.¹⁵

La normativa europea, a diferencia del Protocolo de Fortaleza, que se describirá más adelante, no exige que los actos “afecten” el comercio sino que basta con que los “pueda” afectar. Según el modelo de análisis desarrollado por el Tribunal de Justicia, la noción de “pueda afectar” implica que debe ser posible prever con un

12 Véase Comunicación de la Comisión, Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, 2004/C 101/07.

13 Véase Comunicación de la Comisión, Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, 2004/C 101/07, punto 20.

14 Véase Comunicación de la Comisión, Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, 2004/C 101/07, punto 22.

15 La Comisión menciona como ejemplo a los carteles horizontales que abarcan todo un Estado miembro ya que al abarcar la integridad del territorio producen por su propia naturaleza el efecto de consolidar la compartimentación de los mercados a escala nacional impidiendo la penetración económica que el Tratado pretende lograr. Las empresas participantes del cartel necesitan normalmente tomar medidas para excluir a los competidores de

grado suficiente de probabilidad, con arreglo a un grupo de factores objetivos de derecho o de hecho, que el acuerdo o práctica pueda tener una influencia, directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes comerciales entre Estados miembros¹⁶. La probabilidad de que un acuerdo o práctica afecte el comercio depende de la conjunción de varios factores tales como la naturaleza del acuerdo y de la práctica en cuestión, de la naturaleza de los productos cubiertos por el acuerdo o práctica y de la posición e importancia de las empresas interesadas¹⁷.

Además, debe recordarse que la aplicación del Derecho comunitario está limitada a los acuerdos y a las prácticas que puedan producir efectos de cierta magnitud tomando en consideración la posición y la importancia que las correspondientes empresas tengan en el mercado de los productos de que se trate.

2.2 Control de concentraciones económicas

En una primera etapa la política de competencia europea se basaba únicamente en el control de comportamiento de las empresas. La Comisión intentó llenar el hueco producido por la falta de un régimen explícito de control de concentraciones económicas interpretando extensivamente los artículos 81 y 82 a empresas con

otros Estados miembros. Los acuerdos verticales que abarcan todo un Estado miembro también pueden ser capaces de afectar a las corrientes comerciales entre Estados miembros cuando hacen más difícil que las empresas de otros Estados miembros penetren en el mercado nacional en cuestión, ya sea exportando o estableciéndose en él. Cuando los acuerdos verticales dan lugar a estos efectos de exclusión, contribuyen a compartimentar los mercados a escala nacional, impidiendo justamente la interpenetración económica que el Tratado pretende lograr. La exclusión puede ocurrir, por ejemplo, cuando los proveedores imponen obligaciones de compra exclusiva a los compradores. En el asunto *Delimitis* relativo a unos acuerdos entre un fabricante de cerveza y los propietarios de los locales en los que se consumía la cerveza, por los cuales estos últimos se comprometían a comprar cerveza exclusivamente al fabricante, el Tribunal de Justicia definió la exclusión como la falta de posibilidades reales y concretas de acceder al mercado, debido a los acuerdos. Normalmente, los acuerdos sólo crean barreras significativas a la entrada cuando abarcan una proporción significativa del mercado. La cuota de mercado y el mercado abarcado pueden utilizarse como indicadores a este respecto.

16 Véase Comunicación de la Comisión, Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, 2004/C 101/07, punto 23.

17 La naturaleza del acuerdo y de la práctica constituye un indicio, desde un punto de vista cualitativo, de la posibilidad de afectación al comercio entre Estados miembros. Algunos acuerdos y prácticas, tales como los carteles internacionales, pueden, por su propia naturaleza, afectar al comercio entre los Estados miembros, mientras que otros requieren un análisis más detallado. La naturaleza de los productos cubiertos por los acuerdos o prácticas también constituye un indicio de la posibilidad de que el comercio se vea afectado. Cuando, por su naturaleza, los productos se comercian fácilmente a través de las fronteras o son importantes para las empresas que quieren introducirse o ampliar sus actividades en otros Estados miembros, es más fácil establecer la aplicabilidad del Derecho comunitario que cuando, debido a su naturaleza, existe una demanda limitada de los productos ofertados por los proveedores de otros Estados miembros.

posición dominante que adquirieran el control de un competidor y reforzaran así su dominio en el mercado. Esta solución distaba de ser perfecta ya que no se podía extender a situaciones de creación de posiciones dominantes a través de la adquisición de un competidor¹⁸. Por eso, en una segunda etapa se incorporó un régimen de control de concentraciones económicas a través del Reglamento 4064/89 el cual fue reemplazado por el Reglamento 139/2004¹⁹.

El actual Reglamento de concentraciones económicas prohíbe las concentraciones susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante.²⁰ El reglamento 139/2004 cambió el estándar de evaluación ya que el primer Reglamento únicamente prohibía aquellas operaciones que crearan o reforzaran una posición dominante, de esa manera quedaban fuera del ámbito de control aquellas operaciones en estructuras de mercado oligopólicas en la medida que no crearan ni reforzaran una posición de dominio.

Umbrales de Notificación

El Reglamento establece que se deben notificar las operaciones de concentración económica con dimensión comunitaria. La determinación de la dimensión comunitaria de una operación se hace en función de los volúmenes de negocios mundiales y comunitarios de las empresas que se concentran. Quedan por ende fuera del ámbito de aplicación del Reglamento aquellas operaciones entre empresas que realizan una porción significativa de su actividad en un solo estado miembro²¹.

Plazos de Notificación

En la Unión Europea los plazos de notificación originalmente estaban establecidos en el Artículo 4 del Reglamento 4064/89 sobre concentraciones económicas. El mismo disponía que las concentraciones debían ser notificadas a la Comisión *“en el plazo de una semana a partir de la fecha de conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control”*. La

18 Véase Font, Briones, Navarro y Crespo (1999, p. 33).

19 Los artículos 81y 82 (ex 85 y 86), relativos a los acuerdos restrictivos y abusos de posición dominante, respectivamente, datan del 25 de marzo de 1957, fecha de la firma del Tratado de Roma. El primer reglamento de concentraciones económicas es de 1989. El actual Reglamento de control de las concentraciones entre empresas (CE) n° 139/2004 es del 20 de enero de 2004 (Diario Oficial L 24 de 29.1.2004).

20 Reg.139/2004 Art. 2,3.

21 Una concentración tiene dimensión comunitaria cuando el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5.000 millones de Euros y cuando el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración, supere los 250 millones de Euros salvo que cada una de las empresas realicen más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un solo estado miembro (Artículo 1, parr. 2 Reglamento 139/2004).

Comisión entendía que el término “conclusión del acuerdo” debía interpretarse como la conclusión de un acuerdo jurídicamente vinculante. Es decir que no se podían notificar operaciones hasta tanto no existiera un acuerdo de dichas características y se disponía de tan solo una semana a partir de ese momento. Sin embargo es preciso notar que la Comisión Europea aplicaba la disposición que establecía el plazo máximo de una semana con cierto pragmatismo. Lo importante era que las partes de una operación de concentración notificable informaran lo antes posible a los servicios de la Comisión su intención de cumplir con su obligación, sin que por ello se aceptaran retrasos significativos e injustificados que pudieran constituir casos de negligencia²².

El nuevo reglamento de concentraciones, el Reglamento 139/2004, cambió el artículo 4 y dispuso que las concentraciones de dimensión comunitaria deben notificarse “antes de su ejecución en cuanto se haya concluido el acuerdo, anunciado la oferta pública de adquisición o adquirido una participación de control.”²³ Es decir que lo que se flexibilizó es el momento a partir del cual se pueden notificar las operaciones, no siendo ya necesario que exista un acuerdo jurídicamente vinculante. Las modificaciones dotaron de mayor flexibilidad a las empresas ya que se acepta que se notifiquen las operaciones cuando las empresas afectadas demuestren a la Comisión su “intención de buena fe de concluir un acuerdo”, sin que sea necesario que hayan arribado a un acuerdo vinculante²⁴.

También se suprimió el plazo de una semana como elemento disparador del plazo de notificación, ya que se consideró que era una rigidez regulatoria innecesaria, dada la prohibición de ejecución establecida en el artículo 7 enfatizada también en la nueva redacción del artículo 4²⁵. En efecto, el artículo 7 establece que la operación no puede ejecutarse antes de ser notificada ni hasta que haya sido declarada compatible con el mercado común. La operación de concentración debe “suspenderse” por un plazo de 25 días laborables durante el cual la Comisión examina el caso, y en el caso que existan dudas acerca de la compatibilidad de la transacción con el mercado común se incoa el procedimiento, el que tiene una duración máxima de 90 días laborables²⁶. El apartado tercero del artículo 7 prevé que la Comisión puede, a instancia de parte, conceder una dispensa de la suspensión de la concentración, para lo cual tendrá en cuenta los efectos de la suspensión para una o más empresas afectadas por la operación o para un tercero, así como la amenaza que para la competencia representaba la concentración. La dispensa puede ir acompañada de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar las condiciones de competencia efectiva.

22 Cfr. Font, Briones, Navarro y Crespo (1999, p. 293).

23 Reglamento 139/2004 sobre el Control de las concentraciones entre empresas.

24 Reglamento 139/2004, artículo 4, apartado 1 párrafo 2.

25 Ver *Merger Review in a Nutshell*, portal de la Unión Europea.

26 Reglamento 139/2004, artículo 10.

2.3 Ayudas de Estado

La distorsión de las condiciones de competencia puede provenir no sólo de los agentes privados sino también de las acciones de los propios estados miembros. En función de ello las normas europeas contienen un régimen de notificación y autorización de ayudas otorgada por los estados que distorsionen o amenacen con distorsionar la competencia en el mercado al favorecer ciertas empresas y siempre que se afecte el comercio entre Estados Miembros. Vale aclarar que el sistema de notificaciones otorga un tratamiento particular a las ayudas sociales y a las ayudas para reparar daños causados por desastres naturales o excepcionales.

2.4 Autoridad de Aplicación

Hasta el año 2003 la autoridad de aplicación de las normas de competencia era la Comisión Europea. El reglamento 1/2003 cambió el régimen centralizado que había sido establecido en el Reglamento 17, por lo que a partir de su entrada en vigencia, en mayo de 2004, las normas de competencia son aplicadas tanto por la Comisión como por las autoridades de competencia de los estados miembros. Los estados miembros aplican el derecho comunitario y su propia legislación nacional. La justicia de cada país al aplicar las leyes de competencia nacionales también debe aplicar las comunitarias. Las normas comunitarias actúan como un piso, es decir que las legislaciones nacionales pueden ser más estrictas pero no más benignas ya que no pueden autorizar lo que la legislación comunitaria prohíbe.

Las autoridades nacionales y la Comisión forman una red de autoridades públicas que aplican las normas de competencia en estrecha cooperación. Las autoridades nacionales deben informar a la Comisión antes de tomar una decisión sobre un acto o acuerdo y pueden consultarla sobre cualquier caso de aplicación del Derecho Comunitario. Por su parte, la Comisión antes de tomar una decisión debe consultarla con el Comité consultivo, formado por representantes de las autoridades nacionales de competencia. El Comité puede emitir un dictamen, el que debe ser tenido en cuenta por la Comisión y se adjunta a la Decisión. Para facilitar la aplicación de las normas el Reglamento prevé que tanto la Comisión como las autoridades nacionales puedan intercambiar información entre sí para utilizar como medio de prueba²⁷.

²⁷ Véase sobre este tema el Artículo 11 del Reglamento CE 1/2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

3. EL AUSTRALIA NEW ZEALAND CLOSER ECONOMIC RELATIONS TRADE AGREEMENT

El CER consiste en una serie de acuerdos entre Nueva Zelanda y Australia que entraron en vigencia en enero de 1983. En el marco de dichos acuerdos se estableció el mandato de armonización de las normas de prácticas comerciales anticompetitivas. Este mandato derivó en la adopción, por parte de Nueva Zelanda, de una nueva legislación de competencia asimilada a la australiana. Además en 1988 se acordó la aplicación de las legislaciones de competencia también a aquellas conductas que afecten el comercio entre ambos estados y, más aún, se extendió la facultad de las agencias de solicitar información a compañías domiciliadas en el otro país²⁸. En 1990, cinco años antes de lo previsto originalmente, los países miembros lograron la integración a través del libre comercio de bienes y servicios y se estaban moviendo progresivamente hacia una integración más profunda de políticas, leyes y regímenes regulatorios a través de la coordinación, mutuo reconocimiento y armonización.²⁹

A pesar que las respectivas leyes nacionales de defensa de la competencia de ambos países no son idénticas ya que, por ejemplo, en Nueva Zelanda se utiliza el standard de poder de mercado y en Australia el de posición de dominio, la utilización de diferentes standards no tiene efectos prácticos significativos ya que ambas agencias utilizan la misma metodología en otros aspectos críticos de la investigación, tales como la determinación del mercado relevante, análisis de barreras a la entrada, etc³⁰.

Por otra parte la política de competencia se ve reforzada con mecanismos para asegurar la transparencia de los mercados, tales como los reportes que elaboran la Comisión de Asistencia a la Industria, de Australia, y la Comisión de Desarrollo Económico de Nueva Zelanda. Ambas Comisiones tienen funciones similares y fueron creadas para promover la transparencia de los mercados y brindar asesoramiento económico independiente que permita evaluar el impacto de las políticas públicas, y sus posibles efectos en la creación de barreras a la entrada y demás distorsiones a las condiciones de competencia entre firmas de una misma industria tales como subsidios, cuotas, etc. La experiencia del CER ilustra que los objetivos de la política de competencia, tanto el bienestar del consumidor como la eficiencia productiva dependen más de estos mecanismos para asegurar la transparencia en los mercados que de las sanciones previstas en las leyes de defensa de la competencia.

28 Véase Araujo Jr. y Tineo (1997, p. 8).

29 The CER Trade Agreement: 1983-2003 Backgrounder <http://www.mfat.govt.nz/foreign/regions/australia/cer2003/cerbackgrounder.html>.

30 Araujo Jr. (1998).

Una de las principales enseñanzas que el Mercosur puede tomar del CER es la que la política de competencia es solo una herramienta, la cual debe ser complementada con políticas públicas consistentes y coherentes con el objetivo de eliminar las distorsiones de mercado para así evitar la tradicional situación en la cual el gobierno impulsa la competencia por un instrumento y crea distorsiones de mercado por otro. En este sentido, los países miembros del CER no pueden tomar medidas antidumping entre ellos. Además no se otorgan subsidios o incentivos a la exportación de productos comercializados en el área y ambos gobiernos restringen la adopción de ayudas industriales con efectos sobre la competencia en el área. Ambos países modificaron sus regímenes de inversión en relación a las inversiones provenientes del otro país. De esta manera la mayor parte de las propuestas de inversión de uno de los países en el otro no requiere aprobación. Ninguno de los dos gobiernos rechazó una propuesta de inversión del otro país por al menos diez años.

También resulta interesante destacar que el CER no prevé ningún procedimiento específico de solución de controversias. Cualquier eventual conflicto o preocupación se trata a través de las discusiones entre los dos gobiernos. Ni la falta de una autoridad supranacional, ni la ausencia de procedimientos de solución de controversias fueron obstáculos para la integración de ambos países.

4. EL PROTOCOLO DE FORTALEZA

El 16 de Diciembre de 1996, en la ciudad de Fortaleza, Brasil, el Consejo del Mercado Común (CMC) aprobó el Protocolo de Defensa de la Competencia.³¹ El Protocolo constituye el primer cuerpo orgánico sobre la materia en el ámbito del Mercosur. La necesidad de tener normas sobre defensa de la competencia se había expresado en 1994, al aprobar el CMC la Decisión 21/94 sobre “Pautas básicas sobre Defensa de la Competencia en el Mercosur” mediante la cual se encargó a la Comisión de Comercio del Mercosur la elaboración de un proyecto de Estatuto de Defensa de la Competencia. El CMC debería entonces decidir si se aprobaría como un Protocolo común o como un instrumento de referencia para las legislaciones nacionales. Finalmente el Consejo optó por aprobarlo como Protocolo, lo que evidenció, en ese momento, un mayor compromiso con la integración del mercado.³²

Hasta la fecha, a diez años de la firma del Protocolo, el mismo fue ratificado únicamente por Brasil³³ y Paraguay. La Reglamentación se firmó casi seis años después, el 5 de Diciembre de 2002. Actualmente, y a pedido de la Comisión de Comercio, el Protocolo se encuentra sujeto a revisión por parte del Comité Técnico 5³⁴ El Protocolo de Fortaleza establece en su artículo primero que *“tiene por objeto la defensa de la competencia en el ámbito del MERCOSUR”*. No se hace ninguna referencia expresa a objetivos tales como fortalecer la integración, ni la protección del bienestar general o del consumidor.

4.1 Conductas prohibidas

El Protocolo establece que para que una determinada conducta quede sujeta a su ámbito de aplicación debe tratarse de actos, ya sea individuales o concertados, que tengan por objeto o efecto la limitación de la competencia o constituir un abuso de posición dominante en el ámbito del MERCOSUR y que sean practicados por personas físicas o jurídicas de derecho público o privado. Los actos deben afectar

31 Decisión 18/96.

32 Véase Comisión Nacional de Defensa de la Competencia Argentina (1998).

33 El 18 de septiembre de 2000 el Protocolo fue incorporado al ordenamiento jurídico brasilero mediante Decreto 3602, publicado en la Gaceta Oficial el 19 de septiembre de 2000.

34 El Comité Técnico N° 5, CT5, es una instancia dependiente de la Comisión de Comercio y está integrada por cuerpos técnicos de los Estados Parte.

el comercio entre estados partes³⁵ y los mercados relevantes de bienes o servicios en el ámbito del Mercosur³⁶

Actos Anticompetitivos

El Protocolo regula en un único artículo a los actos anticompetitivos tanto unilaterales como concertados y los abusos de posición dominante. De forma similar a la legislación argentina, que se describirá más adelante, y a diferencia de la normativa comunitaria europea, el Protocolo no exige la presencia de una posición dominante para que la conducta unilateral de una empresa pueda ser considerada anticompetitiva. Se otorga de esta manera mayor flexibilidad a la aplicación de la norma ya que no tiene que acreditarse la existencia de una posición dominante para sancionar la conducta de una única empresa, bastando con que la empresa tenga el poder de mercado suficiente. Los actos anticompetitivos pueden ser cometidos aún sin culpa, incorporándose de esta manera un supuesto de responsabilidad objetiva, de manera similar a lo previsto en la normativa brasilera.

El Protocolo no ha incorporado infracciones per se, es decir conductas que violan la ley en sí mismas, sin que resulte necesario hacer un análisis sobre su impacto en la competencia. En efecto, y si bien el artículo 6 lista una serie de conductas se aclara que únicamente serán consideradas prácticas restrictivas de la competencia en la medida en que se den además los presupuestos establecidos en el artículo 4. El esquema utilizado es idéntico al de los artículos 1 y 2 de la ley argentina que se verá más adelante.

Las normas del Mercosur no han seguido el modelo europeo en cuanto que no prevén un régimen de notificación de conductas ni por consiguiente de exenciones, lo cual constituye una virtud ya que de otra manera hubiera sido muy difícil implementar el mismo dada la complejidad del proceso de toma de decisiones adoptado por el Protocolo.

Objeto o efecto

Para que un acto quede comprendido bajo el ámbito de aplicación del Protocolo debe tener un objeto o efecto anticompetitivo. Al igual que en la normativa comunitaria analizada precedentemente, ambos elementos se presentan como alternativos por lo que no será necesario que el efecto se llegue a producir en los casos que el objeto sea claramente anticompetitivo. Vale aclarar que en esos casos no se estará frente a un supuesto de tentativa sino que la infracción se considerará cometida.³⁷

35 Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR, artículo 2.

36 Reglamento del Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR (Resolución GMC 26/01 Fe de Erratas Original), artículo 10.

37 Ver en este punto Cuevas (2005, p. 223) analizando la ley argentina, de redacción muy similar a la del Protocolo en este punto.

Posición dominante

El Protocolo no prohíbe la posición dominante en sí misma sino únicamente su abuso. No se brinda una definición del concepto de posición dominante, pero sí se explicitan las circunstancias que se deben tener en cuenta para establecer su existencia. Se incluyen, a título meramente enunciativo, a la participación de mercado de las empresas, el grado de sustitución del bien, barreras a la entrada, y el grado en que la empresa puede influir unilateralmente en la formación de precios³⁸. Las circunstancias que se tienen en cuenta son casi idénticas a las previstas en el artículo 5 de la ley argentina.

Sujetos comprendidos

Los actos pueden ser practicados tanto por personas de derecho privado como público, incluyéndose expresamente a las empresas con monopolio estatal en la medida en que “*las Reglas de este Protocolo no impidan el desempeño regular de atribuciones legales.*” No queda muy claro a qué tipo de atribuciones legales se refiere esta disposición ni si las mismas deben ser anteriores a la entrada en vigencia del Protocolo. La redacción de esta norma genera cierto riesgo ya que se podría interpretar que las conductas anticompetitivas realizadas por empresas estatales no podrían ser sancionadas en el caso que estuvieran respaldadas por alguna ley. Quizás hubiera sido más apropiado hacer una distinción entre actos realizados por personas de derecho público en ejercicio de su autoridad oficial y actos relacionados con el desarrollo de actividades económicas en la cual el Estado actúa como un agente de derecho privado ofreciendo productos o servicios al mercado. Como hemos visto la jurisprudencia europea practica esta distinción y deja fuera del ámbito de aplicación únicamente al primer tipo de actos.

Dimensión MERCOSUR

Para que los actos queden sujetos al ámbito de aplicación del Protocolo deben afectar el comercio entre los estados partes. La norma excluye expresamente a los actos cometidos dentro del territorio de un estado con efectos restringidos a su territorio. La interpretación del alcance que se le debe dar a la “*afectación del comercio entre estados miembros*” es clave para el éxito de la implementación del Protocolo. En efecto, si se interpretara restrictivamente la “*afectación al comercio*” se correría el riesgo de dejar impunes aquellas conductas de empresas con el poder de mercado en un país suficiente como para imponer restricciones a la calidad de los servicios ofrecidos en otro país de la región, o influir en la estructura de precios domésticos, pero sin provocar consecuencias evidentes en el flujo de comercio³⁹.

38 Reglamento del Protocolo de Defensa de la Competencia, artículo 11.

39 Véase Araújo Jr. (2001, p. 5).

El requisito de afectación al comercio entre estados partes para determinar la aplicación de Protocolo parece tener como antecedente al derecho comunitario europeo. Sin embargo las normativas no son idénticas ya que el tanto el art. 81 como el 82 establecen que comprenden aquellos actos que “*pudieran afectar el comercio entre los Estados Miembros*”. Es decir que las normas europeas no requieren que se configure efectivamente la afectación para que la conducta resulte violatoria de la misma. Hecha esa salvedad, entendemos que la jurisprudencia y las decisiones de la Comisión Europea igualmente pueden ser útiles para delimitar con mayor precisión el concepto de afectación al comercio y delimitar así el ámbito de aplicación del Protocolo. Por ello también podría utilizarse como guía el criterio aceptado en Europa por el cual se interpreta que el comercio entre estados pueda verse afectado aún en los casos de conductas que se desarrollan en un solo estado. No coincidimos en este punto con la interpretación de algunos autores en cuanto a que las conductas que afectan solo a uno o dos de los Estados Miembros no poseen la dimensión requerida para que queden sometidas al ámbito de aplicación del Protocolo.⁴⁰

Afectación de los mercados relevantes en el ámbito del MERCOSUR

La reglamentación del Protocolo agregó que el acto debe además afectar “*los mercados relevantes de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR*”, entendiéndose por tales al “*conjunto de bienes y servicios que se producen o comercializan en el territorio de uno o más Estados Partes del MERCOSUR*”⁴¹. Este párrafo no parece agregar nada ya que va de suyo que se debe afectar el mercado relevante. El Protocolo expresamente deja fuera del ámbito de aplicación a los actos con efectos limitados al territorio de cada país.

4.2 Control de Concentraciones

El Protocolo previó que los Estados partes adoptarían “*para fines de incorporación a la normativa del MERCOSUR y dentro del plazo de dos años, normas comunes para el control de los actos y contratos,...que puedan limitar o de cualquier forma perjudicar la libre competencia o resultar en dominio del mercado regional relevante de bienes y servicios, inclusive aquellos que resulten en concentración económica...*”⁴² A punto de cumplirse los diez años de la firma del Tratado no se ha avanzado mucho en ese sentido. En el seno del CT5 se discute la incorporación del control de concentraciones económicas pero se considera que el tema es

40 Véase Andrade (2001, p. 46).

41 Reglamento del Protocolo de Defensa de la Competencia, artículo 10 párrafo único

42 Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR, artículo 7.

“sensible porque constituye un control al ingreso de inversiones”.⁴³ Si este es el enfoque bajo el cual se elaborará un régimen de concentraciones el resultado no será muy feliz, ya que justamente un buen régimen de concentraciones económicas alienta inversiones al asegurar que las mismas se darán en condiciones de competencia.

Por otra parte, las diferentes estructuras de mercado de los estados miembros pueden dificultar la discusión sobre este tema⁴⁴, particularmente en cuanto a los umbrales de negocios que disparen la obligación de notificación y, más importante aún, en cuanto a qué grado de concentración puede despertar preocupación para el mercado.

Vale aclarar que la mora en la incorporación de un régimen de control de concentraciones al Protocolo no obstaría a que se pueda llegar a interpretar que ciertas concentraciones económicas son “actos anticompetitivos” y por ende violatorias del artículo 4. Como se recordará, este fue el enfoque utilizado por la Comisión Europea cuando la legislación comunitaria todavía no tenían un régimen de control previo de concentraciones, aunque también se han señalado las limitaciones de dicha solución. La principal dificultad en este caso sería que las concentraciones únicamente podrían ser desafiadas *ex post*, una vez perfeccionadas, y los efectos de las mismas podrían en la práctica no ser revertidos.

4.3 Ayudas de Estado

De manera similar a la normativa comunitaria al firmarse el Protocolo se entendió que las distorsiones a las condiciones de competencia podían originarse no solamente en las conductas de los particulares sino también en las propias políticas públicas. Por eso se fijó una agenda, en línea con la fijada para el control de concentraciones económicas, agenda que en este tema tampoco se cumplió.

4.4 Autoridad de Aplicación

Uno de las características principales del MERCOSUR es la ausencia de autoridades supranacionales. El Protocolo de Defensa de la Competencia será aplicado por el Comité de Defensa de la Competencia (CDC), formado por los órganos nacionales de aplicación del Protocolo (ON), la Comisión de Comercio (CCM) del

43 Memoria de la CNDC, 2002, 2003,2004.

44 Véase Andrade, *op.cit.*, p. 48.

MERCOSUR y en última instancia el Grupo Mercado Común. De acuerdo al procedimiento que se describe más abajo las decisiones del CDC siempre deben ser refrendadas por la CCM. De esta manera el rol del CDC, el organismo con mayor conocimiento técnico en la materia, será meramente consultivo. Por otra parte, la participación de tres instancias diferentes puede dificultar la consistencia en la interpretación y aplicación de las normas y formación de la jurisprudencia. Esta dificultad reviste especial gravedad en la materia que nos ocupa ya que la interpretación que hace la autoridad de aplicación de la norma de competencia es aún más crítica que la norma misma. Tampoco está previsto que el CDC tenga ningún personal que no sea de los ON. Esta falencia puede dificultar aún más la implementación del Protocolo, máxime si se considera el estado embrionario de aplicación de la defensa de la competencia en algunos de los países miembros. Por ello sería ventajoso evaluar la posibilidad de contar con un plantel técnico, independiente de los estados miembros, que emita dictámenes para el CDC⁴⁵.

Procedimiento

De acuerdo a lo previsto en el Protocolo el procedimiento puede iniciarse de oficio o por denuncia de parte legítimamente interesada ante el ON en el que tuviera domicilio el denunciante el cual tiene 60 días para realizar una evaluación técnico preliminar y elevarla al CDC. Por su parte el CDC tiene 30 días para realizar un análisis técnico preliminar luego del cual puede archivar el proceso, ad referendum de la CCM⁴⁶, o abrir la investigación, ordenando, en caso necesario, la aplicación de medidas preventivas también ad referendum de la CCM.

La investigación estará a cargo del ON en que estuviera domiciliado el denunciado, pero, a fin de evitar disparidades, debe ser hecha dentro del marco que le fijará el CDC.⁴⁷ Se debe notar, sin embargo, que si las pautas no son claras o si no son cabalmente comprendidas por el ON el resultado igualmente puede distar de ser uniforme⁴⁸. Está previsto el derecho de defensa del denunciado una vez iniciado el procedimiento⁴⁹. Finalizada la investigación el ON elevará las actuaciones y su opinión al CDC. El CDC podrá ordenar el archivo de las actuaciones ad referendum de la CCM, declarar concluida la instrucción, especificar las acusaciones finales y notificar al denunciado para que en el plazo de 15 días presente su alegato final, o declarar incompleta la instrucción y ordenar la realización de las diligen-

45 Véase Peña (2001).

46 Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR, artículo 11.

47 El CDC establecerá “en cada caso investigado, pautas que definirán, entre otros aspectos, la estructura del mercado relevante, los medios de prueba de las conductas y los criterios de análisis de los efectos económicos de la práctica investigada”, Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur, art. 14.

48 Véase Oliveira (2000, p. 39).

49 Reglamento del Protocolo de Defensa de la Competencia, artículo 18.

cias necesarias para su conclusión.⁵⁰ El ON remitirá copia del alegato final a los demás órganos y les enviará un dictamen conclusivo sobre la materia.

El CDC, ad referendum de las CCM, determinará las prácticas infractoras y establecerá las sanciones a ser impuestas o las demás medidas.⁵¹ Las sanciones serán ejecutadas por el órgano nacional de aplicación del domicilio del denunciado. Si no hubiera consenso en el CDC se elevarán las conclusiones consignando las divergencias. La CCM se pronunciará mediante la adopción de una Directiva, definiendo las sanciones a ser aplicadas. Si no se alcanzara consenso la CCM elevará al GMC las diferentes alternativas propuestas. El GMC se pronunciará mediante una Resolución.

Si el GMC no alcanzara consenso, el Estado Parte interesado podrá recurrir directamente al procedimiento de solución de controversias en el capítulo IV del Protocolo de Brasilia. No está prevista la posibilidad de apelación por parte ni del presunto responsable ni del denunciante. Se estima que en la revisión del Protocolo se incluirá dicha facultad, al menos por parte del denunciado, ya que de lo contrario se estaría violando el derecho de defensa. Por otro lado la regla del consenso crea el serio riesgo de bloqueo en las decisiones. Una manera de atemperar esta dificultad sería invertir la regla, y en los casos en que se necesite que la CCM refrende las decisiones del CDC las mismas se consideren refrendadas salvo que se rechacen en un plazo determinado por consenso. También se puede prever la intervención de un panel de expertos independientes cuyas decisiones serían vinculantes a menos que se rechacen por consenso por la CCM o el GMC.⁵²

Actos con efectos extraterritoriales

Tanto las leyes argentinas como las brasileras, así como los proyectos de ley de Venezuela, Uruguay y Paraguay, prevén la posibilidad de su aplicación extraterritorial para el caso de conductas realizadas fuera de su propio territorio en la medida que puedan producir efectos dentro de él. En la medida que los proyectos sean aprobados con este tenor se podrá dar un gran paso en la protección de la competencia, sin que sea necesario aguardar a la entrada en vigencia del Protocolo. No caben dudas que esta solución no es perfecta ya que, como lo demuestra la experiencia europea, debido a la naturaleza de las economías nacionales pueden existir conductas o concentraciones económicas con efectos diferentes en cada país miembro, pero que tomados éstos en conjunto pueden ser perjudiciales para la competencia de la región⁵³. Estas conductas y operaciones solo podrán ser evitadas con un régimen de control a nivel Mercosur y no únicamente nacional.

50 Reglamento del Protocolo de Defensa de la Competencia, artículo 22.

51 Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR, artículo 19.

52 Véase Peña (2001).

53 Véase Rowat, Lubrano y Porrata (1997, p. 12).

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 30 del Protocolo y para facilitar la protección de conductas anticompetitivas que ocurren en el territorio de un estado y afecten el funcionamiento del mercado de otro estado los estados partes firmaron un “Entendimiento sobre Cooperación entre las Autoridades de Defensa de la Competencia de los Estados Partes del Mercosur para la Aplicación de sus Leyes Nacionales de Competencia”, el cual fue aprobado el 7 de Julio de 2004 por el Consejo del Mercado Común. El Acuerdo prevé la cooperación e intercambio de información entre los estados partes. En caso que una práctica tenga efectos extraterritoriales el estado afectado puede solicitar a la parte donde se realiza la práctica que inicie los procedimientos de cooperación. Tanto la parte solicitante como la solicitada pueden decidir iniciar los procedimientos previstos en sus propias leyes nacionales.

Dificultades en la Implementación del Protocolo

La combinación de ausencia de autoridad supranacional y existencia de normas comunitarias complejiza la aplicación de estas últimas⁵⁴ La regla del consenso puede demorar o, peor aún, bloquear la toma de decisiones. El CDC, único organismo con conocimientos técnicos tiene un rol meramente consultivo ya que, como se expresara, la decisión está en manos de la CCM, quien puede considerar otros objetivos ajenos a la protección de la competencia y la eficiencia económica.

Además, y como se verá a continuación al analizarse las políticas y legislaciones nacionales de cada país miembro, algunas de las autoridades de aplicación no tienen independencia, carecen de los recursos adecuados y tienen alta rotación de su personal. Todo ello debilita la posibilidad de formación de una jurisprudencia uniforme y coherente para delimitar conceptos claves tales como “afectación del comercio” o de definición de mercado relevante.

54 Véase Oliveira (2000, p. 1).

5. ARGENTINA

La Argentina es el país de MERCOSUR con legislación antimonopólica más antigua. La primera ley sobre la materia data del año 1919⁵⁵. Tanto la Ley N° 11.210, como la Ley N° 12.906, que la derogó y reemplazó, tuvieron muy escasa aplicación, habiendo sido sancionados tan sólo dos casos durante la vigencia de cada una de ellas. La casi total ineficacia de la Ley N° 12.906 llevó a que en el año 1980 se sancionara una nueva ley, la Ley N° 22.262, que modificó sustancialmente el derecho de la defensa de la competencia argentino. En efecto, mientras que la Ley 12.906 giraba en torno a la figura del monopolio, la Ley 22.262 lo hizo en torno a los actos o conductas anticompetitivos y a los abusos de posición dominante de los cuales pudiera resultar perjuicio para el interés económico general⁵⁶.

La protección de la competencia en la Argentina alcanzó rango constitucional con la reforma de la Constitución en el año 1994 al disponer su artículo 42 que las autoridades deben proveer a la “*defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales*”. En el año 1999, y luego de casi dos décadas de vigencia de la Ley 22.262, el Congreso sancionó la Ley N° 25.156 la que introdujo trascendentes cambios en la legislación de defensa de la competencia argentina. Entre los cambios más significativos se destaca la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia y la incorporación del control de concentraciones y fusiones. En relación a las sanciones previstas la ley 25.156 eliminó las penas de prisión que si bien se encontraban previstas en la Ley 22.262 jamás fueron aplicadas. En el tratamiento de otros temas la Ley 25.156 mantuvo un enfoque similar al de su antecesora⁵⁷.

5.1 Conductas Prohibidas

La legislación argentina de defensa de la competencia tiene como finalidad la protección del interés económico general, siendo la competencia un elemento de éste⁵⁸.

55 Ley N° 11.210.

56 La Ley 22.262 establecía en su artículo 1° que “*Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.*”

57 Véase Quevedo (2000).

58 Cuevas, op.cit, p. 295.

El artículo 1° es el elemento esencial bajo el cual se deben analizar las conductas presuntamente anticompetitivas por cuanto el mismo prohíbe *los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.*”

Para que una determinada conducta infrinja la ley la misma debe ser anticompetitiva por objeto o efecto, o constituir un abuso de posición dominante y además en ambos casos debe existir un peligro potencial de afectación al interés económico general. Los actos pueden ser anticompetitivos por su objeto o por su efecto, ambos elementos son alternativos y no acumulativos. Esto significa que si una conducta tiene un objeto anticompetitivo la misma infringirá la ley aún cuando la restricción no llegue a materializarse. Sostiene el autor argentino Guillermo Cabanellas que *“la violación del modelo de conducta exigido implícitamente por los artículos 1 y 7 de la ley no puede surgir en forma no intencionada, y quienes participan de tal violación sin dolo ni culpa no pueden ser punibles sin trastocar totalmente el funcionamiento del sistema jurídico.”*⁵⁹ Las conductas pueden ser dolosas, o en el caso de conductas con efectos anticompetitivos, meramente culposas, a pesar que la restricción no haya sido el objeto de la conducta. La legislación argentina en este punto se diferencia de la legislación brasilera y de lo dispuesto en el Protocolo de Fortaleza que disponen que los actos pueden ser cometidos aún sin culpa⁶⁰.

Con relación al concepto de posición dominante, la ley no penaliza la existencia de la posición dominante sino únicamente su abuso. La posición dominante puede ser ostentada por una o más empresas, en este último caso se estará frente a la presencia de una posición dominante colectiva. La determinación de la existencia de una posición dominante está fundada principalmente en la ausencia de competencia sustancial⁶¹ pero no en función de presunciones basadas en participaciones de mercado. Los actos incluidos en el artículo 1° pueden ser tanto unilaterales como plurilaterales, por lo que, a diferencia de la legislación comunitaria europea, no es necesario que una empresa tenga posición dominante para que su conducta unilateral pueda infringir la ley aunque sí deberá tener el suficiente poder de mercado como para poder poner en peligro al interés económico general.

59 Cuevas, op. cit, p. 244.

60 Para un análisis de la culpabilidad de los actos anticompetitivos en la ley argentina véase Cuevas, op. cit, p. 237 y ss.

61 El artículo cuarto establece que se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de éstos”.

Finalmente, para que las conductas anticompetitivas o los abusos de posición dominante infrinjan la ley debe poder resultar de las mismas un perjuicio para el interés económico general. Este último elemento no tiene un contenido invariable. La autoridad de aplicación de la ley, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, en adelante la “CNDC” ha manifestado que el mismo es un *“concepto deliberadamente vago y de difícil aplicación desde el punto de vista jurídico”* pero que desde el punto de vista económico, sin embargo, *“resulta posible ayudar en su precisión a través del empleo de los conceptos de excedente del consumidor, excedente del productor, excedente total y función del bienestar social”*. Así, la CNDC entiende que *“si una ley busca penalizar los desvíos del paradigma competitivo que sean perjudiciales para el interés económico general, la identificación entre este último concepto con el de excedente total es un buen punto de partida para la interpretación de la norma.”* También aclara la CNDC que *“para corregir posibles divergencias provenientes del carácter esencialmente impersonal del concepto “excedente total” se puede usar la función del bienestar que pondera la suma de excedentes”*.⁶² En algunos dictámenes, y en los propios lineamientos para el análisis de concentraciones económicas la CNDC también incluyó al excedente del consumidor como elemento protegido por la ley. Por su parte, la afectación al interés económico general no necesariamente debe ser actual sino que alcanza con que exista un peligro potencial de afectación al mismo. En estos momentos se está debatiendo en el Congreso un Proyecto que ya cuenta con aprobación de la Cámara de Diputados que cambia el artículo 1° al agregar *“de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico de los consumidores o del interés económico general.”* Del proyecto parece inferirse que el interés de los consumidores es diferente al interés económico general.

Por otra parte, la Ley 25.156, no ha incluido en su texto ninguna figura *per se*, es decir prohibiciones en general de ciertas conductas respecto de las cuales no resulte necesario evaluar su impacto económico. En efecto, si bien existe una enumeración un tanto desordenada de conductas en el artículo 2° de la ley, las mismas únicamente constituyen prácticas restrictivas de la competencia en la medida que se configuren, además, las hipótesis del artículo 1°, por lo que siempre se deberá analizar su impacto sobre la competencia y el posible perjuicio al interés económico general.

5.2 Control de Concentraciones Económicas

La ley 25.156 introdujo el control de concentraciones y fusiones. Por un lado, el artículo 7° prohíbe genéricamente las concentraciones económicas *cuyo objeto o*

62 Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia, www.mecon.gov.ar/cndc/doculc.htm.

efecto sea o pueda ser disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. Se considera que una concentración puede perjudicar al interés económico general cuando ella genera o fortalece un poder de mercado suficiente para restringir la oferta y aumentar el precio.⁶³ Por el otro lado, se exige que ciertas operaciones de concentración económica que superen determinados umbrales sean notificadas y sometidas a la autorización previa de la autoridad de aplicación de la Ley.⁶⁴ El artículo 6° establece la obligatoriedad de notificación de las operaciones de concentración económica y define a las mismas en sentido similar a la legislación comunitaria europea, esto es en torno a la noción de toma de control⁶⁵.

Umbrales de Notificación

La ley argentina dispone que son pasibles de notificación obligatoria aquellas operaciones de concentración económica en las que *“la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma de doscientos millones de pesos (\$ 200.000.000).* El texto original de la ley 25.156 preveía además que las operaciones se debían notificar también en función del volumen de negocios de las empresas a nivel mundial, lo cual acarrearba la notificación de un sinnúmero de operaciones de concentración económica con escaso impacto en el mercado argentino. Por ello el Decreto 396/2001 derogó dicha disposición, dejando vigente como parámetro para disparar la obligación de notificar únicamente al volumen de negocios de las empresas en el país. El Decreto introdujo como novedad, y de manera semejante a la legislación de Estados Unidos, el criterio del volumen de la transacción al agregar, a las exenciones ya previstas, a las operaciones cuyos montos no superen los veinte millones.⁶⁶

Plazos de Notificación

El art. 8° de la ley 25.156 prescribe que las operaciones de concentración económica se *deben notificar para su examen previamente o en el plazo de una semana de la fecha de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control, ... Los actos sólo producirán efectos entre las partes y en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones del art. 13 y 14 según corresponda.* Este artículo guarda una evidente semejanza con el antiguo art. 4° del Reglamento 4064/89 de la Unión

63 Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas, Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, Resolución 164/2001, punto 1.

64 Ley 25.156, artículo 8.

65 Para un análisis de la noción de control en la ley argentina véase a Quevedo (2000).

66 Ley 25.156, artículo 10 inc. E (incorporado por el Decreto 396/2001).

Europea sobre concentraciones⁶⁷, por lo que éste último indudablemente constituye su fuente. Sin embargo, el legislador argentino se apartó de su antecedente al no incorporar expresamente la prohibición de concreción de la operación hasta tanto la misma no sea autorizada⁶⁸.

Quizás la ausencia de una prohibición explícita de ejecución de la operación dio pie a que la reglamentación del Poder Ejecutivo computara los plazos de modo tal que se abrió la posibilidad de que las partes puedan practicar la notificación con posterioridad al perfeccionamiento de la operación⁶⁹ con los consiguientes inconvenientes que acarrea una notificación *ex post*. De esta manera la reglamentación, al ampliar el plazo para notificar las operaciones, desvirtuó el espíritu de la Ley 25.156, ya que la Argentina pasó de un régimen de control *ex ante*, a un control *ex post*, con todas las desventajas que conllevan éstos últimos.

5.3 Autoridad de Aplicación

Uno de los cambios más significativos que pretendió introducir la ley 25.156 fue la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia que debía reemplazar a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) como autoridad de aplicación. El Tribunal debía ostentar la condición de organismo autárquico dentro del ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públi-

67 El Artículo 4 del Reglamento 4064/89 de la Unión Europea (Notificación Previa de las Operaciones de Concentración) disponía que “Las operaciones de concentración de dimensión comunitaria objeto del presente Reglamento deberán notificarse a la Comisión en el plazo de una semana a partir de la fecha de conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control. El plazo comenzará a contar a partir del momento en que se produzca el primero de los acontecimientos citados.”

68 El Artículo 7 del Reglamento 4064/89 de la Unión Europea disponía que no podía llevarse a cabo una concentración económica ni antes de ser notificada ni hasta que haya sido declarada compatible con el mercado común.

69 El Decreto establece que el plazo de una semana para la notificación comenzará a correr:

1. En las fusiones entre empresas, el día en que se suscriba el acuerdo definitivo de fusión conforme lo previsto por el apartado 4 del Artículo 83 de la Ley N° 19.550, T.O. 1984.
2. En las transferencias de fondos de comercio, el día en que se inscriba el documento de venta en el Registro Público de Comercio de acuerdo con lo previsto por el Artículo 7° de la Ley N° 11.867.
3. En las adquisiciones de la propiedad o de cualquier derecho sobre acciones o participaciones, el día en que quedare perfeccionada la adquisición de tales derechos de acuerdo con el convenio o contrato de adquisición.
4. En los demás casos, el día en que quedare perfeccionada la operación en cuestión en virtud de las leyes respectivas.

cos de la Nación. Sus miembros serían siete, en lugar de los cinco de la CNDC, de los cuales dos al menos deberán ser abogados y otros dos profesionales en ciencias económicas⁷⁰. Los miembros del Tribunal serían designados por el Poder Ejecutivo Nacional previo concurso público de antecedentes y oposición, durando en sus cargos un período de seis años durante el cual no podrían ser removidos sin causa. La ley previó que la composición del Jurado fuera heterogénea para contribuir a la independencia del Tribunal.

La más relevante modificación introducida en este aspecto consiste en la transferencia de la competencia decisoria de la administración central a la esfera del Tribunal. En efecto, mientras que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia sólo emite dictámenes no vinculantes, siendo el Secretario del área quien dicta la resolución final, la ley 25.156 dispuso que será el Tribunal quien pondrá fin a la vía administrativa, sin que sea necesaria la decisión de una autoridad política. Más allá de la independencia del Tribunal, el diseño institucional argentino no sufrirá modificaciones ya que el Tribunal tendrá facultades similares a las desempeñadas por la CNDC, tanto de instrucción como de juzgamiento. A pesar de la redacción de la ley, su reglamentación introdujo una suerte de “fiscalía” al disponer que el Secretario de área será “*parte interesada en defensa del interés público*”⁷¹ con facultades de efectuar denuncias y que se le corra vista de las actuaciones. En la práctica esta disposición no ha tenido ninguna aplicación.

Ya han pasado siete años desde la sanción de la ley 25.156 y aún no se ha constituido el Tribunal. En el año 2003 se llamó a concurso pero desde ese momento no se han dado más pasos para su constitución. Desde la sanción de la ley 25.156 la CNDC continuó emitiendo dictámenes no vinculantes es el Secretario quien dicta la resolución final que agota la vía administrativa. A la fecha incluso existe una controversia acerca de cuál es la autoridad de aplicación hasta tanto se constituya el Tribunal ya que algunas decisiones judiciales cuestionan la competencia del Secretario para dictar resoluciones al entender que la autoridad de aplicación es la propia CNDC.

70 Ley 25.156, artículo 18.

71 Decreto 89/2001, artículo 26.

6. BRASIL

La primera norma de defensa de la competencia en Brasil fue el Decreto Ley 839 del año 1938. Se trataba de una ley penal que consideraba delitos contra la economía popular a todo acto que representara un daño efectivo o potencial contra el patrimonio de un número indefinido de personas. Al igual que las primeras legislaciones argentinas se preveían penas de prisión para los infractores. También al igual que las primeras legislaciones argentinas la norma tuvo una aplicación casi nula al ser usada solo una vez.⁷²

La protección de la competencia en Brasil obtuvo rango constitucional en la Constitución de 1948, cuyo artículo 148 disponía que se reprimiría todo abuso de poder económico que tuviera por fin dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia o aumentar arbitrariamente las ganancias. La Ley 4137 de 1962 reglamentó la disposición constitucional y creó el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE). A pesar que la creación del CADE fue en 1962, su actividad fue solo marginal y recién en 1994, al sancionarse la Ley 8884 tomó real relevancia. La actual Constitución Brasileña de 1988 mantiene un criterio similar al disponer en su artículo 170 que el orden económico se basa en la valorización del trabajo humano y la libre iniciativa, observando, entre otros los principios de la propiedad privada, la libre concurrencia y la función social de la propiedad. El artículo 173, parágrafo 4° establece que la *“ley reprimirá el abuso del poder económico que tienda a la dominación de los mercados, a la eliminación de la competencia y el aumento arbitrario de las ganancias”*.

6.1 Conductas Prohibidas

El Artículo 20 de la ley 8884 prohíbe los actos que, aún sin culpa, “tengan por objeto o puedan producir” determinados efectos anticompetitivos, aunque los mismos no se lleguen a producir en los hechos. Tales efectos son los siguientes: i) limitar, restringir o lesionar la libre competencia, ii) dominar el mercado relevante de bienes o servicios iii) aumentar arbitrariamente los beneficios y iv) abusar de la posición dominante.

Al expresar que la comisión de ciertos actos violará la ley “aún sin culpa” la legislación brasileña, igual que el Protocolo de Fortaleza, acepta que la responsa-

72 Araujo Jr. (2001).

bilidad por los actos anticompetitivos pueda ser objetiva. La ley no requiere, para que una conducta sea ilegal, que la misma llegue a tener efectos anticompetitivos, siendo suficiente con que los mismos puedan llegar a producirse.

El mismo artículo considera que una empresa tiene posición dominante cuando controla una porción sustancial del mercado relevante y se presume que la tiene cuando su participación de mercado es superior al 20 % del mercado relevante⁷³, si bien el CADE puede modificar este porcentaje para sectores específicos de la economía. El CADE jamás modificó el umbral del 20 % ni lo utilizó para predicar una posición dominante. En la práctica el umbral del 20 % se utiliza para reflejar la ausencia de una posición dominante de una empresa que tiene una participación menor⁷⁴.

En el artículo 21 se incluye una enumeración no taxativa de conductas que constituyen infracciones a la ley en la medida en que además encuadren en el artículo 20. El esquema legislativo es muy similar al del artículo 1 y 2 de la Ley argentina a pesar que no se incluye una afectación a un interés diferente al de la competencia, tal como el interés económico general previsto en la ley argentina o al interés general previsto en la legislación uruguaya. El listado del artículo 21 enumera sin un orden claro diversas conductas tanto unilaterales como concertadas. Las primeras pueden ser cometidas incluso por empresas que no tienen posición dominante, al igual que las conductas unilaterales previstas en el artículo 1° de la ley argentina.

Se incluyen entre las conductas unilaterales a diversas conductas orientadas a excluir o crear dificultades a competidores existentes o nuevos entrantes, incluyendo la negativa de venta, la limitación al acceso al mercado de insumos o a los canales de distribución y otras conductas de imposición de condiciones contractuales que restrinjan el uso de los derechos de propiedad o resulten en ventas por debajo del costo sin justificación razonable. También se incluyen conductas tendientes a discontinuar determinadas actividades sin justa causa, tales como afectar precios de terceros por imposición de precios ficticios, destrucción de insumos o productos terminados, requerir u otorgar publicidad exclusiva en los medios de prensa, imponer precios abusivos o incrementos poco razonables de precios de un producto o servicio. Entre las conductas horizontales se incluyen acuerdos colusivos de fijación de precios o términos de venta, división de mercados, acuerdos en licitaciones. Entre las conductas verticales si mencionan los acuerdos de fijación de precios de reventa, imposición de volúmenes mínimos o máximos de venta, discriminación de precios y ventas atadas.

En el año 2000 la OECD elaboró un informe sobre la Política y Legislación de Defensa de la Competencia en Brasil en el cual criticó el listado de conductas del artículo 21 por carecer el mismo de una distinción clara entre conductas restrictivas

73 Ley 8884 artículo 3.

74 OCDE (2005, p. 20).

y abusos de posición dominante y, además, por incluir algunas prácticas que no son consideradas en general anticompetitivas. A pesar de la redacción de la ley, CADE estableció un enfoque más tradicional para el análisis de las conductas clasificando a las conductas como horizontales y verticales, e incluyendo dentro de cada una de ellas a las infracciones más standard de la jurisprudencia y legislación comparada.⁷⁵ Entre las prácticas horizontales se menciona a los carteles, otros acuerdos horizontales, prácticas de asociaciones profesionales, precios predatorios. Entre las verticales se mencionan seis ejemplos: Mantenimiento de precios de reventa, Restricciones territoriales y de clientes, acuerdos de exclusividad, negativa de ventas, ventas atadas y discriminación de precios. El anexo elaborado por el CADE también brinda un análisis económico tradicional para determinar si una determinada práctica puede ser anticompetitiva. Se aclara que la empresa debe tener poder de mercado para que su conducta pueda tener efectos anticompetitivos.

6.2 Control de Concentraciones Económicas

El artículo 54 de la Ley 8884 dispone que deben ser notificados al CADE los actos que puedan perjudicar la libre competencia o resultar en la dominación de los mercados relevantes. Es decir que no sólo se deben notificar las concentraciones sino también los acuerdos que puedan tener los mencionados efectos, de manera similar al anterior régimen europeo. Para que los actos sean autorizados deben cumplir con cuatro condiciones, las que en líneas generales son muy similares a las previstas en el art.81 inciso 3 de la UE:

- 1) aumentar la productividad, mejorar la calidad de bienes o servicios, propiciar la eficiencia o desarrollo tecnológico o económico;
- 2) los beneficios deben ser distribuidos equitativamente entre los participantes y los consumidores o usuarios finales;
- 3) los actos no deben implicar la eliminación de la competencia en una parte sustancial del mercado relevante de bienes o servicios;
- 4) se deben respeten los límites estrictamente necesarios para obtener los objetivos.

Una interpretación literal de la norma llevaría a pensar que los notificantes tienen la carga de demostrar que la operación es beneficiosa económicamente. En la práctica el CADE únicamente exige que se cumplan con las condiciones mencionadas en los casos en que la operación puede resultar en una disminución sustancial de la competencia, es decir que opera como una defensa de eficiencia.⁷⁶

75 Anexos Resolución 20 CADE, 1999.

76 Ver OCDE (2005, p. 28).

La legislación brasileña prevé que en casos excepcionales (en los cuales la operación no cumpla con todas las condiciones enunciadas en el artículo 54) la operación se pueda autorizar en base a motivos de “economía nacional o bien común” y siempre que no impliquen perjuicio al consumidor o usuario final. Esto implica que en algunos casos se puede analizar la operación con un criterio ajeno a los principios de defensa de la competencia. Sin embargo hasta la fecha no se ha aprobado ninguna operación haciendo uso de esta disposición.

Una peculiaridad de la legislación brasileña es que mientras que para analizar las conductas se usa tanto el índice que toma en consideración las participaciones de mercado de las cuatro empresas con mayor participación (C4) como el índice Herfindal – Hirschman (HHI)⁷⁷, el cual computa la sumatoria del cuadrado de las participaciones de mercado, para evaluar los efectos de las fusiones se utiliza únicamente el C4. Se considera que una concentración puede facilitar el ejercicio unilateral del poder de mercado cuando la empresa obtiene más de un 20 % de participación. Por su parte se considera que los efectos coordinados se facilitan cuando las cuatro primeras empresas obtienen en total más de un 75 % de participación y la participación de la nueva empresa es superior al 10 %.⁷⁸ En la práctica al analizar las fusiones las agencias también consideran el HHI en la medida de lo posible pero entienden que los mercados brasileños pueden parecer desconcentrados a niveles de HHI que en Estados Unidos podrían despertar preocupación.⁷⁹

Umbral de Notificación

Las concentraciones se deben notificar en los casos en que a raíz de la operación las empresas alcancen un 20 % de participación en el mercado relevante o cuando alguna de ellas haya tenido ventas por más de cuatrocientos millones de reales. No se exige que la transacción tenga un volumen mínimo determinado. El primer umbral es pasible de críticas ya que no es sencillo para las partes notificantes determinar a priori ni el mercado relevante ni su participación en el mismo. Cabe mencionar que la ley argentina tenía un umbral similar al momento de su sanción pero el mismo fue vetado por el Poder Ejecutivo al promulgarse. El segundo umbral también era criticable ya que se interpretaba que debía computarse dentro del volumen de negocios a la facturación mundial de las empresas y no únicamente al volumen realizado en Brasil. Esto traía aparejado la notificación de un gran número de operaciones con escaso impacto en el mercado brasileño. En enero de 2005 CADE dictó una decisión en la cual interpretó que únicamente debían computarse las ventas realizadas en Brasil. Actualmente existe un proyecto de ley que toma las críticas al establecer que deben ser notificadas aquellas operaciones

77 Resolución 20 CADE.

78 Guía para el Análisis de Concentraciones Económicas SEAE y SDE, agosto 2001 punto 36.

79 OCDE (2005, p 30).

en las cuales al menos una de las partes tenga un volumen de negocios anual en Brasil de 150 millones y otra de las partes de 30 millones. También se elimina el test de la participación de mercado y se dispone que solo se deberán notificar las operaciones de concentración económica y no los actos.

Plazos de Notificación

La Ley 8884/94 dispone que los actos de concentración económica se deben notificar para su examen previamente o dentro de los 15 días de realizados⁸⁰. A pesar de la letra de la ley, y a fin de lograr que las operaciones se notifiquen lo antes posible, el CADE ha interpretado que los 15 días se deben computar a partir de la firma del primer documento vinculante para las partes o cuando ocurre una modificación de las relaciones de competencia entre las partes o entre una de las partes y un tercero⁸¹. Cabe notar que este último elemento disparador de la obligación de notificar fue pasible de críticas ya que no es sencillo determinar cuándo se ha producido una “modificación de las relaciones de competencia”.⁸²

La legislación brasilera no contiene ninguna disposición expresa por la cual las partes deban esperar la decisión de la autoridad para consumir la operación. A pesar de ello, y a fin de evitar la situación de tener que revertir operaciones, el CADE ha comenzado a utilizar diferentes mecanismos para evitar que las partes integren sus operaciones. A través de la Resolución 28 de 2002 se prevé el dictado de medidas cautelares para evitar la consumación de la operación⁸³ y se crea además un segundo mecanismo, los APRO, “Acuerdos de Preservación de Reversibilidad de las Operaciones”⁸⁴, mediante los cuales las partes se comprometen a mantener ciertas condiciones. Algunas de las restricciones que pueden imponer a la parte compradora tanto los APRO como las medidas cautelares incluyen la prohibición de despedir personal, cerrar plantas, cambiar el marketing, vender activos, etc.

6.3 Autoridad de Aplicación

Las normas de defensa de la competencia son aplicadas por el Sistema de Política de Competencia de Brasil (SPCB), el que está conformado por tres organismos: el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), organismo inde-

80 Ley 8884/94, art. 54.

81 Resolución 15,1998, CADE.

82 OECD (2000, p. 22).

83 Resolución CADE 28/2005, artículo 1.

84 Resolución CADE 28/2005, artículo 8.

pendiente creado en 1962 por la ley 4137, la Secretaría de Dirección Económica (SDE) del Ministerio de Justicia y la Secretaría de Acompañamiento Económico (SEAE), dependiente del Ministerio de Finanzas.

El inicio de los procedimientos está a cargo de la SDE⁸⁵. La SDE está dirigida por el Secretario de Derecho Económico, designado por el Ministro de justicia, y es quien tiene la responsabilidad primaria de monitorear los mercados para identificar las posibles violaciones e iniciar las actuaciones administrativas, ya sea de oficio o por denuncia. Desde el año 2003 tiene además facultades para garantizar inmunidad a los infractores que cooperen con la investigación.

La Secretaría de Acompañamiento Económico (SEAE) realiza investigaciones y brinda asesoramiento en temas de defensa de la competencia, monitorea las condiciones de mercado y elabora análisis económicos para programas de regulación económica. Cada vez que se notifica una operación de concentración económica elabora un análisis técnico para la SDE, en los casos de conductas tiene la facultad de elaborar un informe para la SDE.

El juzgamiento de los casos iniciados por la SDE está a cargo del CADE. CADE es una agencia federal independiente y tiene facultades para dictar órdenes de cese, decidir los procesos iniciados por la Secretaría de Derecho Económico, juzgar las violaciones a la ley e imponer las sanciones correspondientes. CADE tiene un presidente y seis consejeros designados por el Presidente por un período de dos años. La duración del mandato de los consejeros es considerada demasiado breve ya que por un lado afecta la continuidad institucional y por el otro debilita su independencia de la autoridad política⁸⁶. Las decisiones del CADE agotan la vía administrativa y son revisables judicialmente. La Ley⁸⁷ prevé la actuación, junto al CADE, de un Procurador, que le brinda asesoramiento jurídico, de un Miembro del Ministerio Público Federal designado por el Procurador General de la República para que “oficie en los procesos sujetos a la apreciación del CADE”⁸⁸.

85 Ley 8884, artículo 14.

86 OCDE (2000, p. 215).

87 Ley 8884, artículo 10.

88 Ley 8884, artículo 12.

7. URUGUAY

Las normas de defensa de la competencia en Uruguay son escasas y relativamente recientes. Hasta el año 2000 Uruguay contaba únicamente con dos disposiciones de rango constitucional. El art. 36 de la Constitución⁸⁹ que garantiza la libertad de los habitantes para desarrollar la actividad económica que juzguen más conveniente y el art. 50 que sujeta al control del estado a “*toda organización comercial o industrial trustificada*” sin expresar cuáles son los alcances ni los propósitos de dicho control⁹⁰. A partir del año 2000 se sancionaron diversas normas que regulan de manera fragmentada la defensa de la competencia. Las normas de fondo se encuentran en la Ley 17.243⁹¹, la cual dedica tres artículos a las conductas anticompetitivas. La autoridad de aplicación fue designada por decreto y sus facultades así como las sanciones aplicables fueron incluidas en la Ley de Presupuesto del 2001⁹².

7.1 Conductas prohibidas

Las normas de competencia uruguayas se aplican a “*las empresas que desarrollen actividades económicas*”⁹³, a las asociaciones empresarias y a los agentes económicos⁹⁴. La ley contempla la posibilidad de excluir a ciertos sujetos por razones “de interés general” o “que resulten del carácter de servicio público de la actividad de que se trate”.⁹⁵ El artículo 14 prohíbe las conductas unilaterales, en la medida que sean cometidas por empresas con posición dominante, y bilaterales, 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*” cuando la “*distorsión en el mercado genere perjuicio relevante al interés general*”.

Es decir que para que una conducta viole la ley debe por un lado tener un efecto anticompetitivo y además debe generar un perjuicio relevante al interés general.

89 Constitución Nacional, artículo 36 “*Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establecen las leyes*”.

90 Hargain (2001, p. 107 y ss).

91 29 de Junio del 2000.

92 21 de febrero de 2001.

93 Ley 17.243, artículo 13.

94 Ley 17.243, artículo 14.

95 Ley 17.243, artículo 13.

Los dos elementos se presentan como acumulativos, de manera muy similar al artículo 1 de la Ley Argentina pero no idéntica. La legislación uruguaya exige para que se configure la infracción que la conducta llegue a producir el efecto anticompetitivo, no bastando con que su objeto lo sea. En relación al perjuicio al interés general, exigido como elemento constituyente de la infracción, la redacción de la norma dista de ser feliz ya que también se podría interpretar que se debe esperar a que se produzca efectivamente un perjuicio relevante al mismo para que se produzca la infracción, por lo que no bastaría con un peligro potencial, tal como está previsto en la ley argentina. A pesar de esta redacción algunos autores entienden que interpretando la norma armónicamente con la totalidad del ordenamiento jurídico la misma debe interpretarse que abarca conductas “con aptitud para perjudicar el sistema”⁹⁶ sin que haya que esperar a que el perjuicio se produzca efectivamente.

En relación al abuso de posición dominante, la normativa no brinda una definición de posición dominante, únicamente lista en su artículo 14, a título meramente enunciativo, una serie de conductas anticompetitivas referidas a abusos de posición dominante. El art. 15 por su parte prevé que las contiendas pueden ser sometidas a arbitraje. A pesar de no surgir del texto de la norma entendemos que las contiendas a las que se refiere el artículo son las de daños y perjuicios en el ámbito civil. La legislación uruguaya actualmente no prevé un régimen de control de concentraciones económicas.

7.2 Autoridad de Aplicación

En Uruguay no hay hasta la fecha un organismo especializado en defensa de la competencia sino que la autoridad de aplicación de la ley es la Dirección General Comercio (DGC), oficina dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas.⁹⁷ La DGC está a cargo de la instrucción del procedimiento. Entre las facultades otorgadas ⁹⁸ se cuentan las de emitir opiniones, requerir información (sin que se prevean sanciones para la falta de respuesta lo cual puede dificultar la efectividad) y aplicar las sanciones pertinentes. Al ser una normativa nueva se prevé un sistema de consulta previa por parte de las empresas a la DGC acerca de la legalidad de determinada conducta o acuerdo. La consulta no se equipara a la notificación anteriormente prevista en la legislación comunitaria europea ya que es facultativa y no obligatoria.

96 Hargain (2001).

97 Decreto 86/2001.

98 Ley de Presupuesto N° 17.296, artículo 158.

Las sanciones aplicables también son consistentes con una legislación nueva ya que se prevé que puedan ser solo “apercibimientos” o apercibimientos con publicación a costa del infractor y no únicamente multas. También se puede ordenar el cese de la conducta y la remoción de efectos y multas. No se prevén sanciones de prisión para las personas físicas. Durante el proceso se puede ordenar el cese provisorio de la conducta. Está previsto un procedimiento similar al compromiso argentino, ya que en cualquier estado del procedimiento la DGC puede convocar a audiencia y llegar a acuerdos de cese o modificación de conducta suspendiéndose los procedimientos. No está claro si las decisiones de la autoridad de aplicación son apelables ante la justicia ya que no hay disposiciones expresas, pero entendemos que al ser la autoridad de aplicación un organismo administrativo sus decisiones deben poder ser revisadas judicialmente.

Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia

El pasado 3 de Mayo la Cámara de Diputados dio media sanción al proyecto de ley de competencia. La legislación propuesta tiene algunas ventajas en relación a las normas actuales. Se prevé la aplicación extraterritorial de la ley en caso que *“quienes desarrollen actividades económicas en el extranjero...desplieguen total o parcialmente sus efectos en el territorio uruguayo.”*⁹⁹ Se amplían las conductas que pueden infringir la ley al incorporar la infracción por el mero objeto. También se suprime la necesidad de perjuicio al interés general, lo cual simplifica el análisis y evita discusiones estériles. A pesar de dicha supresión se mantiene la aplicación de la regla de la razón, la cual se enfatiza el expresarse que a efectos de valorar la legitimidad o ilegitimidad de una conducta se tendrá en cuenta si la misma genera eficiencias, si éstas podrían ser obtenidas a través de de formas alternativas, y si el beneficio se traslada a los consumidores¹⁰⁰.

El proyecto sigue la línea de su precedente en cuanto que no prevé un régimen general de control de concentraciones económicas, si bien se exige la notificación de ciertas operaciones las mismas no requieren autorización. La obligación de notificar no tiene pautas claras ya que se exige que se notifiquen aquellas operaciones a raíz de las cuales “se alcance una participación igual o superior al 60 % del mercado relevante”. No será sencillo para las empresas determinar a priori y por sí solas si alcanzan dicha participación, ya que la definición del mercado relevante es en sí misma una tarea compleja. La notificación no es previa sino que debe ser hecha hasta 30 días de efectuada la operación. Únicamente requerirán autorización aquellos actos de concentración económica que impliquen “la conformación de un monopolio de hecho”. Resta saber qué se entenderá por tal.

99 Proyecto de ley, artículo 3.

100 Proyecto de Ley, artículo 2.

Una novedad positiva es la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, que funcionará como órgano desconcentrado en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas. Los miembros serán designados por el Poder Ejecutivo, sin concurso previo, y tendrán estabilidad por seis años. La Comisión sin embargo no estará a cargo de la defensa de la competencia de todos los mercados, sino que los sectores regulados por órganos reguladores especializados tales como el Banco Central del Uruguay (BCU), la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA) y la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC) estarán a cargo de los reguladores.

8. VENEZUELA

La actual y primera ley de defensa de la competencia en Venezuela, la *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*¹⁰¹, (ley LPPLC) data del año 1992 y fue aprobada por el Congreso luego de más de diez años de debate¹⁰². La LPPLC fue sancionada al restablecerse en Venezuela el derecho a la libertad económica consagrado en la Constitución de la República de 1961. La garantía que protege el derecho a la libertad económica había sido suspendida al día siguiente de promulgada la Constitución y recién fue reestablecida en 1991.¹⁰³ Con el reestablecimiento de la libertad económica se hizo necesario desarrollar un marco legal para “*promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores*”¹⁰⁴.

8.1 Conductas Prohibidas

La LPPLC eligió un modelo similar al planteado en el esquema europeo de los artículos 81 y 82, al prohibir por un lado determinadas conductas y contemplar por el otro un régimen de excepciones. Así, el artículo 5 establece una prohibición general de las “*conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia*”, las que pueden ser realizadas por personas públicas o privadas. Esta norma tiene un carácter residual, las conductas no tipificadas en las prohibiciones particulares que se expondrán a continuación se deben analizar a su luz.¹⁰⁵

Las prohibiciones “particulares” contenidas en los artículos siguientes pueden clasificarse en cuatro categorías: prácticas colusivas¹⁰⁶, exclusionarias¹⁰⁷, para las cuales no se exige que la empresa infractora tenga posición dominante, concentraciones económicas restrictivas de la competencia o que creen una posición dominante¹⁰⁸ y abuso de posición dominante¹⁰⁹. La ley no brinda una definición de

101 Publicada en la *Gazeta Oficial* 34.880 del 13 de enero de 1992.

102 Véase Jatar (1993).

103 Véase “Informe sobre la Política de Competencia en Venezuela, Procompetencia, 1998”.

104 LPPLC, artículo 1.

105 “Informe sobre la Política de Competencia en Venezuela, Precompetencia, 1998, II.1.

106 LPPLC, artículos 9, 10 y 12.

107 LPPLC, artículos 6,7 y 8.

108 LPPLC, artículo 11.

109 LPPLC, artículo 13.

posición de dominio pero si prohíbe el abuso de la posición y lista las conductas prohibidas, las cuales pueden ser cometidas por una o varias empresas con posición dominante, en este último caso se estará frente a una posición de dominio colectiva.

Si bien la prohibición general establecida en el artículo 5 parece exigir que las conductas deben producir un efecto anticompetitivo para ser consideradas infracciones, de la redacción de las llamadas prohibiciones particulares surge que para estas conductas resultaría suficiente con que las mismas tengan por objeto o que puedan llegar a producir, un efecto anticompetitivo, sin que sea necesario que éste se produzca efectivamente.¹¹⁰ El Reglamento N° 1 incorpora una suerte de doctrina “*de minimis*” al establecer que no son anticompetitivos los actos que no afecten significativamente el comportamiento del mercado relevante al tener las empresas intervinientes una participación de mercado menor al porcentaje que determine anualmente la Superintendencia mediante Resolución.¹¹¹

Régimen de excepciones

Como ya se expresara, la legislación venezolana siguió el modelo comunitario europeo. Prohíbe ciertas prácticas y luego establece un régimen de excepciones para algunas de ellas. El régimen de excepciones fue regulado por el Poder Ejecutivo en el Reglamento 1. El Reglamento aclara expresamente que las conductas colusivas y los abusos de posición dominante no son susceptibles de autorización por la Superintendencia.¹¹²

Las prácticas y conductas únicamente pueden ser autorizadas cuando estén presentes ciertos extremos, muy similares a los previstos en el artículo 81 inciso 3 del Tratado de Roma: deben aportar ventajas a los consumidores o usuarios, contribuir a incrementar la eficiencia económica de las personas participantes en ellas¹¹³, y deben contener lo indispensable para lograr el objeto que se persigue.¹¹⁴ Para otorgar una autorización individual la Superintendencia toma en cuenta que la naturaleza y duración de la práctica no impida el ejercicio de una competencia efectiva en el mercado relevante; que la exclusión de la competencia derivada de su eventual realización no sea significativa; que no estimule las probabilidades de coordinación entre los agentes participantes y que se limite a lo imprescindible para alcanzar las eficiencias buscadas. Los beneficios deben a su vez exceder los efectos restrictivos o limitativos sobre la competencia.

110 LPPLC, artículos 7,8, 12.

111 Reglamento 1, artículo 5

112 Reglamento 1, artículo 2.

113 Reglamento 1, artículo 8.

114 LPPLC, artículo 18.

Al igual que en la Unión Europea, para alivianar la carga que le significa a la autoridad de aplicación el sistema de excepciones, algunas categorías de prácticas y conductas se exceptúan de manera general. El otorgamiento de excepciones globales está sujeto a condiciones similares a los de las excepciones individuales pero en estos casos la empresa no tiene la carga de la prueba de demostrar que la práctica en cuestión cumple con los extremos necesarios para recibir la excepción.¹¹⁵

8.2 control de Concentraciones Económicas

El régimen de defensa de la competencia venezolano incluye además del control de conductas el control de estructuras. Por un lado la ley prohíbe las concentraciones económicas anticompetitivas, *“en especial las que se produzcan en el ejercicio de una misma actividad, cuando a consecuencia de ellas se generen efectos restrictivos sobre la libre competencia o se produzca una situación de dominio en todo o parte del mercado”*¹¹⁶. Por otra parte el Reglamento 2 establece un régimen de notificación obligatoria de ciertas operaciones de concentración económica.

En función de lo dispuesto por el Reglamento deben notificarse obligatoriamente aquellas operaciones de concentración económica entre empresas cuyos volúmenes de negocios superen los umbrales que define la Superintendencia.¹¹⁷ No surge con claridad del Reglamento si los volúmenes de negocios que deben ser computarse son los realizados a nivel nacional o mundial. No se requiere que la transacción tenga un volumen mínimo, solo se utiliza la dimensión de las empresas involucradas.

La definición de concentración económica es amplia, y al igual que la legislación comunitaria europea y argentina gira en torno a la noción de control: incluye a las fusiones, constituciones de empresas comunes con carácter permanente, toma de control a través de adquisiciones accionarias o de cualquier otro acto y cualquier otro acto por medio del cual se concentre empresas, divisiones de empresas o activos productivos. Para establecer si una operación de concentración económica genera efectos restrictivos sobre la libre competencia, o produce o refuerza una posición de dominio, la Superintendencia realiza un análisis económico standard y toma en cuenta si la operación produce un aumento significativo de la concentración en el mercado, si la operación facilita sustancialmente la realización de conductas anticompetitivas o si posibilita que la empresa resultante de la operación pueda elevar precios unilateralmente¹¹⁸.

115 “Informe sobre la Política de Competencia en Venezuela, Precompetencia, 1998” II, 2.

116 LPPLC, artículo 11.

117 Reglamento N° 2 Artículo 2.

118 LPPLC, artículo 5.

La ley no obliga a las empresas e suspender la ejecución de la operación¹¹⁹ pero en el caso que la misma se ejecute si la Superintendencia considera que es anticompetitiva puede abrir un procedimiento sancionador. La Superintendencia puede resolver ordenando la desconcentración o separación de las empresas, activos o divisiones concentradas y la cesación del control y la adopción de otras medidas que permitan restablecer una competencia efectiva e imponer las sanciones previstas en dicha Ley.

8.3 Autoridad de Aplicación

La autoridad de aplicación de la ley es la Superintendencia para la Promoción y protección de la libre competencia, organismo creado al sancionarse la Ley 34.880. La Superintendencia es un organismo con autonomía funcional, adscrito administrativamente al Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio. Es un organismo unipersonal, presidido por un Superintendente designado por el Presidente de la República. A su vez el Superintendente tiene un Adjunto también designado por el Presidente de la República. Ambos duran cuatro (4) años en el ejercicio de sus cargos, período durante el cual no pueden ser destituidos sin causa. Las decisiones de Precompetencia agotan la vía administrativa y solo pueden ser revisadas judicialmente.

El procedimiento se inicia por denuncia de parte interesada o de oficio por orden del Superintendente. La investigación y sustanciación del caso la realiza la Sala de Sustanciación a cargo del Superintendente Adjunto. Las sanciones previstas son de multa, el monto de éstas se determina en función del volumen de ventas del infractor, de la modalidad y alcance de la conducta, su efecto y duración.

Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia

Actualmente se encuentra en discusión un proyecto de Ley de “Monopolio, Antioligopolio y Competencia Desleal”. Lamentablemente el enfoque de la nueva ley cambia radicalmente el de la actual. El objetivo de la proyectada ley deja de ser el de proteger la competencia y la eficiencia al incluir la protección de elementos ajenos a la competencia tales como el “*el desarrollo endógeno Económico, sostenible y sustentable de la Nación*”.¹²⁰ El ámbito de aplicación de la ley se reduce por un lado y se amplía por el otro. Se reduce al excluirse expresamente a las empresas públicas¹²¹. Esta exclusión puede generar dificultades en el caso en que las empre-

119 LPPLC, artículo 6.

120 Proyecto de Ley, artículo 1.

121 Proyecto de Ley, artículo 5.

sas públicas realicen conductas anticompetitivas con efectos regionales. Si bien se aclara que se dará aplicación preferente al ordenamiento jurídico adoptado en el marco de los acuerdos de integración en caso que una conducta anticompetitiva tenga efectos en mercados a los cuales esté integrada Venezuela a través de tratados¹²², no queda claro que pasará en el caso que la infractora sea una empresa pública.

El ámbito de aplicación se amplía al incluir a las empresas que realicen actividades dentro del país o cuya “*actividad económica o relación comercial tenga efectos dentro del territorio nacional*”¹²³. De esta manera la legislación propuesta consagra la doctrina de los efectos, de manera similar a la legislación brasileña y argentina. Por otra parte el Proyecto mantiene el esquema de prohibiciones generales de conductas acompañado de un sistema de excepciones especiales. Se incluyen consideraciones ajenas a la competencia al brindarse una protección especial a las PYMES en relación a conductas que puedan realizar grandes empresas, y al considerarse lícitos ciertos actos colusivos en la medida en que estén presentes “razones estratégicas, o cuando se trate de políticas públicas”¹²⁴. Se prevé la creación del Instituto Nacional Antimonopolio y Antioligopolio como autoridad de aplicación de la ley, el que seguirá siendo unipersonal y a cargo de un Presidente del Instituto con facultades similares a la del actual Presidente de Precompetencia.

El Proyecto mantiene el control de concentraciones. Las operaciones deben notificarse antes de su realización pero sigue sin prohibirse su ejecución mientras la autoridad de aplicación la evalúa. En relación a qué operaciones deben notificarse se incorpora un doble umbral de volúmenes de negocios, uno nacional y otro mundial.

122 Proyecto de Ley, artículo 3.

123 Proyecto de Ley, artículo 5.

124 Proyecto de Ley, artículo 39.

9. PARAGUAY

Paraguay aún no tiene legislación de competencia. En Octubre de 2004 el Poder Ejecutivo elevó un Proyecto, elaborado con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo, el cual no tuvo tratamiento en la Cámara de Senadores donde fue introducido.

9.1 Conductas Prohibidas

El Proyecto tiene una estructura similar a la legislación comunitaria europea en tanto que prohíbe ciertas conductas y establece un régimen de excepciones a dichas prohibiciones. El artículo 7 prohíbe los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional. No quedan alcanzadas en esta prohibición las conductas unilaterales, éstas únicamente infringirán la ley en la medida que sean cometidas por empresas con posición dominante y su conducta sea abusiva. En este punto el Proyecto también se acerca a las normas europeas apartándose de las argentinas, brasileras y venezolanas.

El régimen de exenciones está fuertemente inspirado en la legislación europea, en especial las condiciones cuya presencia se exige para el otorgamiento de las mismas, la cual son idénticas a las previstas en el inciso 3 del artículo 81 del Tratado de Roma. Se considera además la posibilidad de autorizar conductas justificadas en razones tales como “la situación económica general” y “el interés público” y siempre que estén destinadas a la promoción de exportaciones, y mientras que sean compatibles con los convenios internacionales o que produzcan una elevación significativa del nivel social y económico de sectores deprimidos. Está previsto también un régimen de exenciones por categoría las que serían adoptadas por el Ministro de Industria y Comercio.

El Proyecto incluye algunas figuras *per se*, que prohíbe independientemente de su impacto en el mercado. Entre ellas figuran prácticas horizontales tales como acuerdos de precios, limitación de la producción y reparto de mercados o fuentes de abastecimiento, como así también algunas prácticas verticales tales como la fijación de precios de reventa o la concesión de protección territorial absoluta.

9.2 Control de Concentraciones Económicas

El Proyecto contempla un régimen de control de concentraciones económicas. Los plazos de notificación previstos son idénticos a los previstos en el artículo 8 de la ley argentina. Está prevista la suspensión de la ejecución de la operación, con la posibilidad de que la misma sea levantada excepcionalmente, pero de la redacción de la norma parece surgir que la suspensión es solo para aquellas operaciones materializadas mediante oferta pública y no para todas las operaciones de concentración¹²⁵.

El régimen de autorizaciones es complejo. Las operaciones se deben notificar a la Secretaría Técnica. Si la Secretaría considera que la operación notificada no crea ni refuerza una posición dominante lo informará a las partes. De lo contrario deberá evaluar la operación la Comisión de Defensa de la Competencia quien deberá elaborar un dictamen, siendo el Ministro de Industria y Comercio el que dicte la Resolución final.

9.3 Autoridad de Aplicación

El Proyecto prevé la creación de la Comisión de Defensa de la Competencia, el que sería un ente autónomo e independiente integrado por un Presidente y dos Vocales, todos ellos designados por el Presidente de la República a propuesta de una Junta Calificadora por un período de cinco años.

En semejanza con la legislación brasilera el Proyecto propone desdoblarse la instrucción y el juzgamiento de las conductas. La primera estará a cargo de la Secretaría Técnica de defensa de la Competencia mientras que el juzgamiento será responsabilidad de la Comisión. Como hemos visto la Comisión únicamente resuelve en los casos de conductas, ya que en las concentraciones la resolución queda en manos de la autoridad política.

125 Proyecto de Ley, artículo 64 apartado 5.

10. CONCLUSIONES

Como vimos en las secciones anteriores, las instituciones de defensa de la competencia del MERCOSUR padecen cuatro deficiencias principales: (a) ausencia de órganos antitrust en Paraguay y Uruguay, (b) reforma incompleta de la ley argentina, que aún tiene pendiente la constitución del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (TNDC); (c) inadecuación del Protocolo de Fortaleza para lidiar con las cuestiones de competencia regionales (d) o proyecto de reforma de la ley venezolana, que implica un retroceso institucional que puede volver inviable la cooperación entre los órganos de defensa de la competencia de los estados miembros.

Las legislaciones nacionales no están armonizadas, algunas de las diferencias son más significativas que otras, tales como la ausencia de un régimen de control de concentraciones económicas (Uruguay), los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación (el proyecto de ley de Venezuela exime a las empresas públicas), la exigencia de un factor de atribución subjetiva para la comisión de infracción, la política de clemencia para conductas anticompetitivas. De nada servirá tampoco que el Protocolo entre en vigencia sino se legisla también sobre medidas antidumping y ayudas de estado ya que las distorsiones a las condiciones de competencia vendrán de la acción de los propios estados.

Existe una notoria falta de cultura de la competencia en la región. Uno de los estados miembros aún no tiene legislación, otro la tiene en estado embrionario, otro está en vías de apartarse de los objetivos de la legislación de competencia, otro parece carecer de la voluntad política de tener una autoridad de aplicación independiente y parece estar girando más hacia políticas de control de precios que de confianza en el correcto funcionamiento de los mercados.

En virtud de estas deficiencias, la agenda del MERCOSUR de los últimos diez años ha sido dominada por conflictos comerciales que frecuentemente resultan en violaciones de los principios de defensa de la competencia, que a su vez, impiden la busca de soluciones duraderas para aquellos conflictos. Los ejemplos más notables de este círculo vicioso entre presiones proteccionistas locales y medidas comerciales regionales son los diversos acuerdos sectoriales vigentes entre Argentina y Brasil, que ya se tornaron una tradición en la relación entre los dos países, como los de la industria automotriz, heladeras, máquinas de lavar, televisores, baterías, calzado, textil, etc.

Dentro de las deficiencias referidas, por lo menos una de ellas podría ser corregida en el corto plazo: la constitución del TNDC. Además de los beneficios obvios para la economía argentina, esta medida permitiría implementar un acuerdo de cooperación de defensa de la competencia firmado con Brasil en el año

2003. La implementación de este acuerdo podrá superar, al menos en el plano bilateral, las deficiencias del Protocolo de Fortaleza y podrá generar dos efectos relevantes: (a) reducir la inseguridad jurídica de las inversiones directas binacionales; (b) introducir en la agenda del Mercosur el debate sobre carteles y demás conductas anticompetitivas que distorsionen el funcionamiento de los mercados domésticos de la región.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andrade, M. C. (2001) A Defesa Da Concorrência No MERCOSUR O Protocolo de Fortaleza, **Boletín Latinoamericano de Competencia**, Boletín N° 12.
- Balzarotti, N. (2000) Política de Competencia Internacional: Cooperación, Armonización y Experiencia, **Boletín Latinoamericano** N° 10.
- Coloma, G. C. (2003) **Defensa de la Competencia**, Ciudad Argentina.
- Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (1997) **Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia**, (www.mecon.gov.ar/cndc/doculc.htm).
- Comisión Nacional de Defensa de la Competencia Argentina (1998) **Seminario de Políticas de Competencia en el MERCOSUR**. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, Enero.
- Cuevas, G. (2005) **Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia**, Heliasta.
- Faull, J. e Nikpay, A. (eds.) (1999) **The EC Law of Competition**. Oxford University Press.
- Font, A., Briones, J., Navarro, E. y Crespo, J. F. (1999) **El control de concentraciones en la Unión Europea, La Práctica de la Comisión Europea y las Novedades Introducidas en el Reglamento CEE 4064/89 por el Reglamento CE 1310/97**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Quevedo, M. V. G. (2000) Reformas a la Legislación de Defensa de la Competencia Argentina, Ley 25.156, **Boletín Latinoamericano de Competencia** N° 9, febrero.
- Quevedo, M. V. G. (2000) Apuntes sobre el Régimen de Notificación Obligatoria de Concentraciones Económicas, **Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones**, Edición De Palma, Año 33.
- Hargain, D. (2001) **Análisis de la Legislación de Defensa de la Competencia**, La Justicia Uruguaya, tomo 124, septiembre/octubre.
- Jatar, A. J. (1993) **Políticas de competencia en economías recientemente liberalizadas: el caso de Venezuela**. (<http://www.procompetencia.gov.ve/politicascompetenciavenezuela.html>).
- OCDE. (2000) **Competition Policy and Regulatory Reform in Brasil**, Progress Report.
- OCDE (2005) **Brasil Peer Review**.
- Oliveira, G. (1998) Competition Policy in Brazil and Mercosur : Aspects of the Recent Experience, **Boletín Latinoamericano de Competencia**, N° 3.
- Oliveira, G. (2000) Aspects of Competition Policy in MERCOSUR, **Boletín Latinoamericano de Competencia** N° 11.

- Peña, F. (2001) Defensa de la Competencia Económica en el MERCOSUR, **Diário de La Ley**, 14 de maio.
- Motta, M. (2004) **Competition Policy, Theory and Practice**, Cambridge, University Press.
- Araujo Jr., J. T. (1998) **Transparency and Competition: FTAA and CER**
(www.ecostrat.net)
- Araujo Jr., J. T. (2001) **Política de Concorrência no MERCOSUR: Uma Agenda Mínima**
(www.ecostrat.net)
- Araujo Jr., J. T. y Tineo, L. (1997) **The Harmonization of Competition Policies Among Mercosur Countries**. Organization of American States Trade Unit, July.
- Rowat, M., Lubrano, M, Porrata, R. (1997) **Competition Policy and Mercosur**, World Bank Technical Paper N 385, September.

ANEXO

LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA EN LOS PAÍSES MIEMBROS DEL MERCOSUR

	Argentina	Brasil	Uruguay	Venezuela
Legislación	Ley 25.156 (1999) Decreto 89/2001 Decreto 396/2001 Resolución 164/2001	Ley 8884(1994) Resolución 20 CADE, 1999 Lineamientos para Fusiones Horizontales (SDE y SEAE) 2001	Ley 17.243 (2001) Decreto 86/2001 Ley 17.296/2001	Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la libre competencia (1992)
Ambito de Aplicación	Personas físicas o jurídicas, públicas o privadas	Personas físicas o jurídicas de derecho público o privado	Se excluyen servicios públicos y ciertos sujetos por razones de “interés general”	Personas públicas o Privadas
Conductas Prohibidas	Actos o conductas con objeto o efecto anticompetitivo	Actos con objeto o posible efecto anticompetitivo, de dominación del mercado relevante o aumento arbitrario de beneficios. Régimen de notificación de actos que puedan perjudicar la libre competencia o resultar en dominación de mercados	Acuerdos y prácticas concertadas con efecto anticompetitivo efectivamente producido	Prohibición general de conductas con objeto o efecto anticompetitivo + régimen de excepciones individuales o generales
	Peligro potencial al interés económico general		Perjuicio relevante al interés general	
	Unilaterales o multilaterales	Unilaterales o multilaterales	Multilaterales (unilaterales únicamente con PD)	Unilaterales o multilaterales
	No figuras per se	No figuras per se	No figuras per se	No figuras per se

Continúa en la siguiente página

	Argentina	Brasil	Uruguay	Venezuela
Posición dominante	Empresa/s no enfrentan competencia sustancial	Existe PD cuando la empresa controla porción sustancial del mercado relevante. Se presume su existencia si su participación de mercado es superior al 20%	No hay definición de PD, solo ejemplos de prácticas abusivas	No hay definición de PD solo lista de prácticas abusivas
Control de Concentraciones Económicas (<i>Continúa en la siguiente página</i>)	Prohibición de operaciones anti-competitivas y obligación de notificar ciertas operaciones en función del volumen de la transacción y volumen de negocios a nivel local de las partes intervinientes	Obligación de notificar operaciones a raíz de las cuales las partes alcancen el 20 % del mercado relevante o en función del volumen del volumen de negocios a nivel local de las partes intervinientes	No hay régimen de control de concentraciones	Prohibición de operaciones anticompetitivas o que generen una situación de dominio. Obligación de notificar ciertas operaciones en función del tamaño de las partes intervinientes
	Operaciones deben notificarse en el plazo de una semana de la fecha de conclusión del acuerdo, publicación de oferta de compra o adquisición de participación de control.	Operaciones deben notificarse previamente o dentro de los 15 días de realizadas.		Operaciones serán evaluadas antes de su realización o ejecución.

Continúa en la siguiente página

	Argentina	Brasil	Uruguay	Venezuela
<p>Control de Concentraciones Económicas</p>	<p>Suspensión de efectos de la operación hasta la aprobación de la misma.</p>	<p>CADE puede dictar medidas cautelares para evitar consumación de operaciones. Partes pueden comprometerse mediante APRO a preservar ciertas condiciones.</p>		<p>No se debe suspender la ejecución.</p>
	<p>Evaluación bajo estandard de poder de mercado (lineamientos)</p>	<p>Operaciones deben cumplir ciertas condiciones de eficiencia y participación de los consumidores en los beneficios para su aprobación. Excepcionalmente se puede autorizar una operación por motivos de “economía nacional o bien común”</p>		
<p>Autoridad de Aplicación (Continúa en la siguiente página)</p>	<p>Instrucción y Instrucción y Juzgamiento a cargo del Tribunal de Defensa de la Competencia, organismo autárquico, formado por siete miembros designados por concurso. Aún no constituido.</p>	<p>Sistema de Política de Competencia de Brasil: CADE, SDE y SEAE</p>	<p>Dirección General de Comercio, dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas.</p>	<p>Superintendencia para la Promoción y Protección de la libre competencia. Organismo unipersonal, Presidente designado por PE.</p>

Continúa en la siguiente página

	Argentina	Brasil	Uruguay	Venezuela
Autoridad de Aplicación	Hasta la fecha la CNDC emite dictámenes no vinculantes, la autoridad política dicta Resolución apelable ante la justicia	SDE inicia procedimiento, SEAE brinda asesoramiento y elabora análisis técnicos para la SDE, CADE juzga, sus decisiones son revisables judicialmente		

