

POLÍTICAS DE COMPETENCIA PARA UNA ECONOMÍA DIGITAL EL MARCO REGULATORIO E INSTITUCIONAL Y EL CONTEXTO INTERNACIONAL

GEORGINA NÚÑEZ | JÚLIA DE FURQUIM | MARCELO PEREIRA



Políticas de competencia para una economía digital: el marco regulatorio e institucional y el contexto internacional

Georgina Núñez
Júlia De Furquim
Marcelo Pereira



Este documento fue preparado por Georgina Núñez, Oficial de Asuntos Económicos, y Júlía de Furquim, Consultora, de la Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, División de Desarrollo Productivo y Empresarial de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), y por Marcelo Pereira, Consultor de la División de Comercio Internacional e Integración de la CEPAL, en el marco de las actividades del proyecto "Apoyo a la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en América Latina y el Caribe", ejecutado por la CEPAL en conjunto con la Agencia Alemana de Cooperación Internacional (GIZ).

Se agradece la colaboración de Zara Albright y los valiosos comentarios y aportes de Mario Castillo, Jefe de la Unidad de Innovación y Nuevas Tecnologías de la División de Desarrollo Productivo y Empresarial; Claudia Schatán y Eugenio Rivera, Consultores de la CEPAL; Helvia Velloso, Oficial de Asuntos Económicos de la oficina de la CEPAL en Washington D.C., y Germano Mendes de Paula, de la Universidad Federal de Uberlândia (Brasil).

Las opiniones expresadas en este documento, que no ha sido sometido a revisión editorial, son de exclusiva responsabilidad de los autores y pueden no coincidir con las de la Organización.

Publicación de las Naciones Unidas

LC/TS.2018/43

Distribución: Limitada

Copyright © Naciones Unidas, junio de 2018. Todos los derechos reservados

Impreso en Naciones Unidas, Santiago

S.18-00549

La autorización para reproducir total o parcialmente esta obra debe solicitarse a la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), División de Publicaciones y Servicios Web, publicaciones.cepal@un.org. Los Estados Miembros de las Naciones Unidas y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Solo se les solicita que mencionen la fuente e informen a la CEPAL de tal reproducción.

Índice

Introducción	5
I. Políticas de competencia: contexto	7
A. Compliance corporativo y competencia en los mercados	8
1. Contexto normativo y política de competencia en América Latina para una economía digital	12
II. Distintas tendencias de la política de competencia en la era digital	21
A. Los cambios implementados por Estados Unidos y la Unión Europea	21
B. Prácticas anticompetitivas en la era digital	22
1. Protección del uso de datos	22
2. Protección de procesos industriales	25
III. Conclusiones	27
Bibliografía	29
Anexos	31

Cuadros

Cuadro 1	Principios de política de competencia	14
Cuadro 2	Resultados del indicador por país	18
Cuadro A.1	Principios de gobierno corporativo	32
Cuadro A.2	Índice para evaluación de las normativas de competencia	35

Introducción

La política de competencia marca límites a las acciones de las empresas y a su proceso de toma de decisiones. Las leyes de competencia o antimonopolio rigen la interacción entre corporaciones y otros actores económicos en el mercado, prohibiendo y penalizando acuerdos anticompetitivos y conductas unilaterales que dañan injustificadamente la competencia, incluyendo aquellas fusiones y adquisiciones (F&A) que pueden reducir sustancialmente la sana competencia de los mercados.

Actualmente, más de 130 jurisdicciones¹ en el mundo han promulgado leyes antimonopolio como una forma de asegurar que los mercados sean libres y abiertos, de promover el bienestar del consumidor y de prevenir conductas que impidan la libre competencia. Ha habido esfuerzos importantes por mantener lazos estrechos entre las autoridades de los distintos países, con el fuerte compromiso de incrementar el entendimiento global de las diferentes jurisdicciones respecto a las leyes de anti competencia y sus procedimientos; contribuir a la convergencia sustantiva y procesal hacia mejores prácticas; y facilitar la cooperación internacional en la aplicación de la ley, cuando las actividades de los distintos agentes de la economía traspasan las fronteras.

En Estados Unidos, las agencias de competencia históricamente han actuado fundamentalmente sobre las normas sustantivas de aplicación, el análisis económico, la equidad procesal, la transparencia y el trato no discriminatorio de las partes. Sin embargo recientemente la Federal Communication Commission (FCC), responsable de hacer cumplir las leyes de competencia del sector de telecomunicaciones ha roto dicha tradición y ha tomado decisiones con una racionalidad menos técnica en términos de competencia, proponiendo la eliminación de la llamada neutralidad de red², favoreciendo con ello a las grandes empresas propietarias de la infraestructura y dejando a las empresas propietarias de contenido a merced de las decisiones de las grandes empresas. Son acciones que, por lo demás, atentan contra la libre competencia.

Las autoridades o agencias de competencia en la mayoría de los países no cuentan con los instrumentos adecuados para regular toda la actividad de las empresas globales y por ello las modificaciones de muchos de los marcos jurídicos, entre ellos el de Estados Unidos, impactan en su

¹ Definimos jurisdicción como el poder oficial para adoptar decisiones legales. En un Sistema federal pueden existir varias “jurisdicciones” competentes, cada cual en su propio territorio. Para más detalles sobre las jurisdicciones en materia de *antitrust* ver U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, November 2016.

² La reciente decisión de eliminar la neutralidad de la red fue tomada por la FCC. La neutralidad de red se refiere a que todos los proveedores de contenido deberían pagar el mismo monto a los proveedores de infraestructura para conectar sus clientes a las plataformas.

relación con el exterior. La globalización ha contribuido, en gran medida, al crecimiento de las llamadas “superestrellas” o grandes empresas globales, a través de la ampliación de su ámbito de acción en los sectores económicos y la absorción de las empresas más pequeñas o emprendimientos (*startups*). Dicha situación complica la acción de los reguladores para monitorear el control de poder de mercado de algunas de estas “superestrellas”.

En la primera parte de este documento se analiza el contexto general de la política de competencia en la realidad económica global y de América Latina, marcada fuertemente por un intenso proceso de digitalización. Este proceso conduce a un nuevo paradigma basado en el surgimiento de la denominada “industria 4.0”, que se caracteriza por el uso de tecnologías más avanzadas, la globalización de los mercados y el estado de hiper-conectividad de la economía. El escenario actual conduce a la construcción de una nueva forma de organización de los medios de producción y de la distribución de los factores y requiere de una reflexión sobre la viabilidad de los actuales marcos de competencia en el nuevo escenario global.

En la segunda parte se analiza el contexto de las políticas de competencia a nivel global y sus marcos legales, así como la institucionalidad construida en torno a dicho cuerpo legal / regulatorio. Asimismo, se busca examinar las sinergias generadas entre la sana competencia de los mercados y el buen desempeño de los gobiernos de las empresas en un contexto de fusiones y adquisiciones (F&A). Identificar el proceso de gobernanza corporativa implica en la práctica un mayor entendimiento del modelo de negocio vigente, por parte del ente tomador de decisiones de la empresa. Ello requiere conocer cómo operan dichos modelos en contextos sociales y políticos específicos y buscar oportunidades para aprovechar las nuevas tecnologías y los procesos que pueden eliminar cuellos de botella en la implementación de los modelos de negocio. Mejorar la transparencia y flexibilizar la acción eficiente de los reguladores, requiere incrementar también la eficiencia y efectividad de las consultas.

En la tercera parte se identifican distintas tendencias de la política de competencia en la economía digital, con especial énfasis en los casos de Estados Unidos y de la Unión Europea. Se incluye un análisis de la protección de datos enfatizando los avances en la Unión Europea en cuanto a normativa en protección de datos y de procesos industriales, dos ámbitos en que la Comisión Europea ha hecho los mayores esfuerzos con el fin de garantizar la competencia. Algunas conclusiones complementan el análisis.

I. Políticas de competencia: contexto

La teoría económica sostiene que la competencia entre empresas en un mercado de productos lleva a un aumento del bienestar social. Dentro de sus beneficios estarían, entre otros: menores precios y costos de bienes y servicios, una mejor calidad de productos y servicios, más opciones y variedad de productos, y mayor eficiencia y productividad³. La política de competencia fomenta las prácticas competitivas y sanciona las prácticas anticompetitivas. De acuerdo con Waller (2010) estas leyes están enfocadas en tres objetivos principalmente: i) prohibir contratos y acuerdos que “restringan el comercio”, como por ejemplo, fijación de precios, división del mercado o restricción de producción; ii) prohibir a las empresas monopolizar o intentar monopolizar un mercado; y iii) prohibir fusiones y adquisiciones (F&A) que reduzcan de forma significativa la competencia o que tiendan a crear un monopolio. En general, los marcos legales, independientemente del régimen jurídico que se trate, están dirigidos al cumplimiento de dichos objetivos. Algunas de las políticas que los acompañan han privilegiado en ciertos momentos del tiempo unos aspectos más que otros, siguiendo la dinámica que marca los mercados locales y cada vez más los mercados globales.

Amstrong y Sappington (2006) plantean la existencia *de facto* de dos tipos de competencia en la que basan su fiscalización los reguladores: el monopolio regulado y la competencia no regulada, ambas con ventajas únicas. El monopolio regulado se centra en el control directo de los reguladores sobre los precios, incentivos directos a las empresas a través de pagos de transferencia y los ingresos fiscales de las ganancias de la empresa; e impide la duplicación de los costos de producción. En el caso de la competencia no regulada el regulador sólo se asegura de que las firmas produzcan el rango ideal de servicios al costo más bajo posible y establece precios que maximicen el bienestar de los consumidores respecto a estos servicios. En consecuencia, el desempeño de la industria no mejorará porque una firma adicional opere en este contexto⁴. La competencia no regulada aumenta la probabilidad de que al menos un competidor opere a un costo marginal bajo, reduce la ventaja de la información de la industria sobre el regulador y evita los costos operacionales asociados con la regulación del monopolio.

³ Ver Stucke (2013).

⁴ Al respecto estos autores proponen como alternativa a las dos opciones, la oferta de franquicias ya que esta maximiza de manera más efectiva el bienestar social apalancando los pagos de transferencia, la regulación de precios y los beneficios de una economía de escala con un solo proveedor mientras simultáneamente obtiene el muestreo y los beneficios de reducción de la renta de la competencia a través del proceso de licitación competitiva.

Se plantea así la interrogante acerca de cuál sería el remedio más efectivo para mejorar el desempeño de la política de competencia. Gal *et al.* (2010) sugieren que la política de competencia se ha enfocado más en áreas como los cárteles, colusiones y fusiones, dejando el tema de abuso unilateral de poder de mercado a la deriva. Ha sido poco el consenso, por ejemplo, respecto a la conducta unilateral de los monopolios y las empresas líderes en el mercado, que dañan la competencia. En otras palabras, la acción reguladora se ha dedicado solamente a defender la competencia del abuso monopólico, sin preocuparse mayormente de aspectos principales como la transparencia, en el funcionamiento de los directorios, la información, el *compliance* o la relación con los accionistas y *stakeholders*, dejando la mayor parte de esos asuntos a las buenas prácticas voluntarias o a la responsabilidad social empresarial.

La brecha entre este enfoque estrecho y una verdadera política de competencia se hace cada vez más visible a medida que este tipo de acciones se vuelve ineficaz. La experiencia ha demostrado a lo largo del tiempo que la ejecución y condena de conductas unilaterales por abuso de poder de mercado se tornan cada vez más difíciles y polémicas dentro de los marcos legales existentes, los sectores de que se trata y los contextos en que se llevan a cabo. El asunto se complica aún más con la llegada de la economía digital, cuya complejidad requiere de un tratamiento legal, político e institucional distinto a lo hasta hoy conocido. La falta de un cuerpo jurídico adecuado, capaz de enfrentar situaciones variadas caracterizadas por el uso de alta tecnología, rebasa el alcance de los marcos existentes y es, sin duda, un tema que requiere de un tratamiento especial.

El debilitamiento de las leyes anti-monopolio en las jurisdicciones que han liderado por años estos temas, como es el caso de Estados Unidos y la Comisión Europea, podría contribuir a facilitar (en lugar de inhibir), su revisión y ampliación, abriendo espacio a otras jurisdicciones para desarrollar herramientas más específicas y eficaces para hacer frente, por un lado a las dificultades de regular a empresas dominantes ya existentes en el mercado, y también a aquellas empresas tecnológicamente más avanzadas que requieren de un marco legal más sofisticado y distinto que permita abordar problemas particulares. Los avances tecnológicos plantean una nueva realidad que requiere la revisión de un número importante de marcos legales de las economías desarrolladas y en desarrollo, a lo que se ha venido dedicando la Comisión Europea en los últimos cinco años. Ello con el fin de ir incluyendo el mayor número de situaciones distintas que involucra, por ejemplo, el diseño de algoritmos difíciles de descifrar y cuya aplicación amenaza la libre competencia en los mercados.

A. Compliance corporativo y competencia en los mercados

El desempeño de las instancias tomadoras de decisiones de las empresas juega un papel importante en el control de acciones contrarias a la competencia. Es en el gobierno corporativo donde se aprueba la estrategia empresarial asociada a los modelos de negocio y donde se adoptan las decisiones de fusión o adquisición (F&A) que podrían, eventualmente, derivar en una concentración.

Una expresión del desempeño del gobierno corporativo, sin calificarlo, es el llamado *compliance* (o cumplimiento corporativo), que debe cubrir, entre otras cosas, distintos tipos de violaciones a las leyes antimonopolios⁵. Dicho estándar pasaría por la aplicación y observancia al interior de las empresas a través de las llamadas áreas de *compliance*, en coordinación con la instancia de toma de decisiones de la empresa, es decir, del gobierno corporativo.

La creación y monitoreo de programas de *compliance* al interior de la empresa, por parte de los consejos de administración permite detectar, prevenir y disuadir prácticas anticompetitivas (como, por ejemplo, actividades de cárteles) asegurando su adopción en todos los niveles de la empresa. La capacitación, las auditorías periódicas de *compliance*, las técnicas de detección y las revisiones de los programas de *compliance* dentro de la empresa ayudan a la detección temprana de prácticas que

⁵ Según Waller (2010), la aplicación de estándares es función del *compliance*. Uno más alto para violaciones como un cartel, o colusión. Estándares intermedios para las F&A; y uno más bajo para los intentos de monopolio y de abuso de poder de mercado.

amenazan la libre competencia. La acción rápida de miembros del Consejo ante acusaciones creíbles de violaciones de algún aspecto(s) de las leyes de competencia es clave.

En la economía tradicional, las áreas más importantes del *compliance* corporativo se relacionan con la disuasión, prevención, detección y respuesta a acusaciones de fijación de precios, licitaciones fraudulentas y otros comportamientos relacionados con cárteles. Al respecto, Waller, (2010) presenta como una de las herramientas más efectivas para la detección de cárteles el programa de delación compensada (*amnesty-and-leniency program*). Bajo este programa una empresa involucrada en un cartel puede recibir inmunidad o una reducción de la multa/pena si entrega antecedentes de los otros participantes y apoya a la autoridad en las investigaciones. La solicitud de participar en un programa de delación compensada es una decisión del consejo de administración de la empresa y por lo tanto es el responsable de que estas prácticas se lleven a cabo por alguna instancia de la compañía. Suele suceder que estos casos no sean del conocimiento de la instancia responsable de la toma de decisiones de la empresa. En ese caso apoyarse en el *compliance* corporativo para intentar identificarlas es clave. Tener en la compañía mecanismos que detecten una posible colusión o cartel es una práctica de control interno monitoreada por el gobierno corporativo que puede beneficiar no solo a los accionistas (menor probabilidad de extracción de beneficios privados provenientes del cartel) sino también a otros grupos interesados (*stakeholders*) como por ejemplo los consumidores de ese mercado⁶.

La solidez y eficiencia de un mecanismo de control interno, que reporte directamente y de manera permanente al consejo, o a través de los distintos comités corporativos, permitiría detectar a tiempo dichas acciones. Waller (2010) argumenta que cuando no se tienen los mecanismos de *compliance* instalados en la empresa o no se observa esas señales internas, hay factores exógenos, económicos y de mercado, que pueden propiciar la formación de un cartel o una colusión.

Por su parte los consejos que ignoran dichas situaciones no deberían ser protegidos de procesos judiciales. Factores externos que incentivan este tipo de acciones serían: un mercado con pocas empresas, un producto homogéneo, transparencia en los precios, un intercambio generalizado de información entre competidores, a través del contacto constante entre competidores, mediante una asociación comercial y/o el anuncio en medios de comunicación y mensajes públicos sobre futuros precios y producción.

La implementación de programas de ética al interior de la empresa, contribuyen a crear una cultura que reconoce comportamientos anticompetitivos en su interior, generando mecanismos que incentiven a los empleados a denunciar prácticas ilegales. Abrantes-Metz y Sokol (2013) plantean que la creación de una cultura, que enfatice los valores éticos del *compliance*, reduce los costos de detección del cartel, en la medida que más gente en la empresa esté alerta a cualquier comportamiento ilícito, también contribuye a la transparencia⁷. Otra medida importante es la de impedir que directores ejerzan el cargo en la compañía si es que han tenido comportamientos ilegales en el pasado⁸. En el Reino Unido, por ejemplo, esta posibilidad existe para directores que participaron activamente en

⁶ Algunas posibles señales de alerta citadas por Waller (2010) son: la ejecución de una orden de allanamiento o una incursión a los locales de la empresa, la recepción de una citación de una corte, la recepción de una demanda civil para investigar, informes de prensa de un gran jurado o investigaciones civiles antimonopolios, la presentación de una acción civil, daños individuales o casos civiles de gobierno, antecedentes de violaciones antimonopolio previas, la recepción de una carta de demanda por amenaza, el litigio, los resultados de una auditoría antimonopolio u otro programa interno de investigación o cumplimiento, la aparición de un denunciante interno, las quejas de los clientes por conducta anticompetitiva, etc. hasta rumores e insinuaciones sin fundamento. En la mayoría de estas situaciones, es probable que el consejo desconociera la actividad del cartel o de la participación de la corporación en el cartel hasta que se presentó el problema.

⁷ Según estos autores, cuanto mayor el número de personas dentro de la empresa que ven el comportamiento del cartel como una práctica ilegal, mayor será el sentimiento moral que otros sentirán hacia los perpetradores del delito y mayor el estigma que se le atribuirá. La mera amenaza de ser estigmatizados debería ser capaz de disuadir a algunos individuos de participar en actividades de cárteles.

⁸ La Security Exchange Commission (SEC) en Estados Unidos regula los comportamientos de los miembros de los consejos, no así la regulación antitrust. En general, en América Latina hay una situación similar a la de Estados Unidos. Los temas de los gobiernos corporativos se alojan en las normativas de los mercados de capitales, mientras que las prácticas anticompetitivas se rigen bajo otras normas e instancias burocráticas.

alguna violación de la ley de competencia, posibilidad que se extiende también a aquellos que están al margen de cualquier tipo de violaciones con alguna responsabilidad en las respectivas empresas (Waller, 2010).

Para la detección de prácticas anticompetitivas, un mecanismo cada vez más utilizado por las agencias reguladoras es el método de *screening* (Abrantes-Metz y Sokol, 2013). Un *screen* es un modelo econométrico diseñado para identificar si la manipulación, la colusión, el fraude o cualquier tipo de actividad ilegal, puede existir en un mercado particular. Los *screens* usan datos comúnmente disponibles tales como precios, ofertas, cotizaciones, spreads, cuotas de mercado, volúmenes y otros para identificar patrones que son anómalos o altamente improbables, y ayudar a descifrar algoritmos utilizados por las empresas. Abrantes-Metz y Sokol (2013) argumentan que si la empresa aplica internamente un *screen* puede ayudar a detectar y evitar que la actividad ilegal se lleve a cabo. Los *screens* atienden temas específicos como, licitaciones fraudulentas, fijación de precios, acompañamiento de la evolución de la participación de mercado y las variables utilizadas en cada *screening* no necesariamente deberían ser las mismas. Si los *screens* señalan algo anormal, los miembros del consejo buscarían evidencias respecto a posibles prácticas ilegales en curso en la empresa y detenerlas a tiempo antes de que se produzca un daño mayor al mercado y a la misma reputación de la empresa, uno de los activos más valorado por la empresa. Esto también puede reducir los costos de agencia (entre principal y agente) si dichas prácticas están beneficiando a los involucrados de manera diferenciada.

Los cambios en distintos marcos normativos e institucionales en materia de competencia responden también a cambios en las prioridades económicas. Por ejemplo, en el caso de México las prioridades estuvieron asociadas a las reformas de energía y de telecomunicaciones. A su vez, los temas tecnológicos y digitales han tenido transformaciones que invitan a la revisión de las leyes de competencia de manera de adaptarlos a las nuevas necesidades. En una nueva etapa, las normativas de competencia deberían incorporar aspectos variados asociados a la dinámica de la economía digital, la cual ha permeado toda la actividad económica desde un esquema de autorregulación. Ésta, sin embargo, no siempre es satisfactoria, particularmente cuando se generan fallas de mercado o bien asimetrías de información que pueden producir daños a los usuarios o consumidores⁹.

La relación entre las políticas de competencia y las de gobiernos corporativos es implementada a través de diferentes mecanismos que muchas veces dificultan la determinación de si se trata de políticas complementarias o substitutas. La evolución paralela de ambas políticas parece demostrar que, al menos intencionalmente, tal complementariedad no se ha buscado.

En una estructura de gobierno corporativo el principal actor es el consejo de administración (directorio), el cual genera la información sobre las actividades de los distintos ámbitos de la empresa. Su tamaño y responsabilidades son definidos a través de los estatutos internos de la empresa y en algunos temas la normativa vigente. Su estructura es funcional a las necesidades de la toma de decisiones de la empresa. Así como su composición (presidente, consejeros independientes y comités corporativos). En el anexo 1 se muestra una estructura estándar de un gobierno corporativo¹⁰.

El gobierno corporativo se centra en el comportamiento y la estructura dentro de una sola empresa, mientras que la política de competencia lo hace en el comportamiento e interacción de las empresas en el mercado. El vínculo clave entre la política de competencia y la de los gobiernos corporativos se da en gran medida a través de la estrategia del negocio, el cumplimiento corporativo y

⁹ La estrategia se ha inclinado a la obtención del máximo rendimiento de interconexión entre oferentes y demandantes. Para ello, el primer paso ha sido evaluar el impacto competitivo de la regulación, con el fin de exigir solo aquellos requisitos necesarios, y generar la mínima distorsión para ofrecer bienes o servicios. En el texto se establece que: (i) qué tipo de regulación es necesaria actualmente y (ii) qué aspectos se pueden dejar en manos de las propias plataformas (autorregulación) y qué otros deben permanecer en la esfera pública. Para más de detalles ver ACCO, 2016 pág. 15.

¹⁰ La clasificación de las principales categorías que conforman el marco de gobierno corporativo fue construida en base a la propuesta de OECD (2005, 2014, 2016).

el desarrollo de la tecnología¹¹. A partir de estos elementos básicos, los miembros del consejo deben intentar asegurar un sistema corporativo de información y reporte (control interno y de rendición de cuentas), con sanciones pecuniarias o judiciales por pérdidas provenientes de su incumplimiento. Por el lado de la política de competencia, esta debe asegurar la libre concurrencia de los agentes del mercado, sancionando las prácticas anticompetitivas, ya mencionadas.

Las leyes que regulan las prácticas de gobiernos corporativos son generalmente las leyes de compañías y las leyes de mercado de valores. Ambas están direccionadas a regular la estructura interna y no la interacción entre empresas. Para algunos autores la existencia de un vínculo estrecho entre las políticas de competencia y el gobierno corporativo se reflejan en que muchas veces este último adquiere un papel central en el control de las prácticas anticompetitivas y en otras situaciones es el mercado el que actúa como gobierno corporativo fijando lineamientos y políticas a seguir por las empresas. En este sentido, Manne (1965) argumenta que el mercado de control, que hace la función de gobierno corporativo, ayuda a minimizar los conflictos de agencia (principal-agente). Con este enfoque se presume que la simple amenaza de ser adquirido por otras empresas hace que los ejecutivos de la empresa sean incentivados a mantener un valor empresarial alto, de manera que la brecha entre el valor potencial y el valor actual no sea tan grande para motivar la adquisición por parte de otros competidores del mercado¹².

Respecto al uso de mecanismos contra la toma de control llamados *anti-takeover devices*¹³, producto de una F&A, dicho uso puede dificultar la firma de un acuerdo de fusión. Waller (2010), argumenta que los gerentes no toman decisiones óptimas debido a que las asimetrías de información y decisiones están basadas en reglas heurísticas. Sin embargo, en la práctica, la pugna de los ejecutivos por un mayor poder en las decisiones siempre está presente. Esta situación rebasa las atribuciones del sistema de gobernanza de una empresa.

El autor argumenta que se está en un período en que, aunque las políticas de competencia y de gobierno corporativo se fortalecen en algunas partes, en algunos aspectos pueden también debilitarse, debido fundamentalmente al surgimiento de negocios relacionados con los desarrollos tecnológicos que escapan del ámbito regulatorio e institucional de ambas políticas. Por ello, es preciso enfatizar que se trata de políticas complementarias que deben operar de manera coordinada y consistente para promover los intereses tanto de los consumidores como de los accionistas de la empresa. El sector económico de que se trate también determina la mayor o menor coordinación y complementariedad entre ambas políticas.

La política de competencia puede ser vista como un mecanismo para alcanzar objetivos de gobernanza empresarial. Existen iniciativas legales para trasladar la carga explicativa y la persuasión de las partes en una fusión, hacia la empresa adquiriente de otra empresa, lo cual obligaría a demostrar los aspectos pro competitivos y de mejora en la eficiencia esperada de la operación, con el fin de

¹¹ Waller (2010) describe que, para el caso de Estados Unidos, una decisión de la corte de Delaware en 1996 amplió la responsabilidad de los miembros del consejo de administración (gobierno corporativo) para que no sólo actúen cuando se exponen señales evidentes de malos manejos en la empresa, sino también para que estén siempre informados y alertas para detectar las malas prácticas.

¹² Es importante notar que esta conclusión solo es válida para empresas con concentración dispersa.

¹³ Entre estos mecanismos se encuentran los llamados *poison pills*, que son estrategias o tácticas defensivas que permiten que las compañías frustren ofertas hostiles de la toma de control de otras compañías. El efecto neto de una estrategia *poison pills* encarecer la adquisición del control de una empresa. Los directorios escalonados (*staggered boards*) por su parte se componen de distintas clases de directores. En general, hay tres clases, cada clase sirve por un término distinto al otro. Generalmente se da sobre una base anual. Estudios confirman que directorios escalonados tienden a reducir los retornos de los accionistas de manera significativa ante una toma de control hostil, ya que los obliga a esperar al menos un año después de la siguiente junta de accionistas para obtener el control de una firma. Otro mecanismo se refiere a la capacidad de los oferentes de expropiar valor desde los accionistas minoritarios y de la estructura de votación de la empresa.

obtener la aprobación del órgano regulador de la competencia. Ello contribuye a generar un ambiente más competitivo.

Un posible mecanismo para detectar potenciales problemas de competencia es a través de la identificación de las llamadas “directivas entrelazadas” (*interlocking directorates*), cuya acción podría impactar positivamente sobre el poder de mercado, pero no así sobre la transparencia en los procesos de decisiones de la empresa. En este sentido, las directivas entrelazadas pueden afectar las decisiones clave de las empresas, como una F&A, un *joint venture*, la entrada en nuevos mercados, la innovación y otras determinaciones estratégicas que puedan afectar los esfuerzos competitivos de las empresas. La figura de *interlocking directorates* está presente en algunas empresas latinoamericanas. Esto se debe en parte a la estructura de control concentrada que da el poder a los dueños para nombrar a los miembros del consejo, sin que se sigan los estándares internacionales para la selección de consejeros¹⁴.

Hart (1983) modeló el impacto de la competencia en el mercado de productos como un mecanismo para disciplinar a los ejecutivos de una empresa. Él demuestra que la competencia reduce la ineficiencia de la gerencia, si los ambientes en que las empresas operan están correlacionados, pero no si son independientes¹⁵. Otros autores sostienen que la competencia en el mercado de productos es una fuerza poderosa para asegurar un buen gobierno corporativo.

El grado de competencia en el mercado de productos afecta la oportunidad de apropiarse de los beneficios privados del control de dos maneras. En primer lugar, cuanto más competitivos sean los mercados, más verificables serán los precios. Cuando los precios son el "objetivo", es más difícil para un accionista controlador extraer los recursos a través de precios de transferencia manipulados sin incurrir en costos legales y/o reputacionales. En segundo lugar, en un mercado competitivo las distorsiones producidas por la extracción de beneficios privados del control son más propensas a poner en peligro la sobrevivencia de la empresa. Por lo tanto, la competencia representa una limitación natural a la extracción de beneficios privados. Parece no existir duda de que la competencia, particularmente la internacional, es una fuerza que disciplina a la empresa (Dyck y Zingales, 2004). Allen y Gale (1999) agregan que la competencia dinámica en los mercados incentiva la innovación tecnológica, ya que para sobrevivir en mercados competitivos se requiere más que minimizar costos, ser el más apto para no desaparecer.

Desde una perspectiva clásica, si una empresa tiene como objetivo maximizar sus ganancias y consecuentemente el valor para los accionistas, el esfuerzo debería estar puesto en alcanzar una mayor participación de mercado y acceso a otros mercados. Sin embargo, la experiencia de los últimos años ha mostrado que una posición de este tipo ha conducido a una mayor concentración de los mercados. Cuando se incluyen fricciones al interior de la empresa el impacto potencial de una estrategia empresarial no necesariamente se sustenta. Muchos factores, internos y externos a la empresa, interactúan como barreras de entrada.

1. Contexto normativo y política de competencia en América Latina para una economía digital

El escenario antes descrito sobre el vínculo entre ambas políticas se ha dado de manera simultánea en la mayoría de las regiones del mundo a medida que se aceleran los procesos de integración. América Latina no ha estado al margen del mismo proceso. Las normativas de competencia y de gobiernos corporativos han ido evolucionando a la par con los países desarrollados, particularmente en los últimos 10 años. Por el lado de los gobiernos corporativos, dichos cambios han apuntado a la transparencia de

¹⁴ En 2013 el Grupo Modelo (México) recibió una oferta para ser adquirida por la multinacional belga Anheuser-Busch Inbev (AB Inbev). El hecho de que la AB Inbev ya tenía parte del control de la empresa antes de la F&A, le daba a la empresa voz en el consejo. En la asamblea ordinaria de 2012 algunos ejecutivos de la AB Inbev ya hacían parte del consejo del Grupo Modelo, entre ellos, Carlos Brito, gerente ejecutivo (CEO), Felipe Dutra, gerente financiero (CFO), Sabine Chalmers, gerente legal y de asuntos corporativos, Robert Golden, vicepresidente de F&A, todos de AB Inbev. Ello les sirvió para constituir un consejo acorde con la estrategia general de la empresa adquirente.

¹⁵ Para más detalle ver Hart (1983) y Allen y Gale (1999).

los procesos de decisiones al interior de las empresas; y por el lado de la competencia a mejorar el desempeño de los mercados domésticos y a emparejar el terreno para el acelerado proceso de fusiones y adquisiciones en la región. Sin embargo, esta evolución no ha sido captada por la normativa de ambos temas, que ha ido a la zaga, particularmente en los temas de desarrollo tecnológico que hoy definen a la economía digital.

Varios autores plantean la dificultad de conciliar el llamado “principio de código jurídico” y el principio de un software sobre el cual se basan muchas de las operaciones que se realizan utilizando tecnologías de información, tal es el caso de las cadenas de bloques ó *blockchain*. Esto se expresa desde el punto de vista de la seguridad, el área geográfica que cubre, el costo que representa y la aplicabilidad de la tecnología. El ámbito de acción de un código jurídico se circunscribe a las transacciones que se realizan en el territorio en el que interactúan las personas sujetas a dicho código; mientras que las tecnologías de información y comunicación (TIC) dependen de conectores y la relación se realiza entre las llamadas “llaves públicas o privadas”¹⁶ que pueden ser controladas por personas, pero también por entes sin personalidad jurídica (Szabo 2015)¹⁷.

Según Bravo y Hardings (2018) no se vislumbra ninguna forma en que una cadena de bloques pueda incorporar reglas que autorice incluir una base para transacciones que estén por sobre las reglas de los participantes de la propia cadena de bloques a la que pertenece. Esto se extiende al poder judicial y a otra autoridad regulatoria de cualquier país. Es decir, las relaciones establecidas para la realización de transacciones están al margen de los marcos legales e institucionales existentes.

La relación de estas tecnologías con los actores de la economía que interactúan es establecida a través de contratos denominados “inteligentes”, en los cuales se estipula la forma de programar un dispositivo que forma parte del internet de las cosas. Sin embargo, dicho contrato no tiene como marco alguna instancia legal ni pública ni privada. Aunque existe también la alternativa de la obligación jurídica basada en un contrato entre las partes involucradas en una transacción de compra y venta de un bien o servicio.

Los mismos autores distinguen tres tipos de redes a través de las cuales los actores interactúa. Unas son las públicas, las cuales no requieren de la identificación de los participantes; las privadas bajo el control de un solo ente central; y las redes consorciadas en las que distintas instituciones comparten una cadena de bloques. Las reglas requieren de la participación de más de una institución que agregue la nueva información al sistema. Existe, según ellos, una descentralización menor en ciertos temas como, por ejemplo, en la optimización de procesos de coordinación en oligopolios, que incluye los mercados regulados como la banca o los mercados de generación y transmisión eléctrica.

Grossman (2015) plantea que el paso de la era industrial hacia la era digital requiere de un marco normativo distinto que transite de un modelo de reglas basado en permisos o autorizaciones (al cual denomina modelo uno), a un modelo dos de reglas basadas en información, garantizando así la libertad para operar a cambio del acceso a datos. Desde estos dos modelos resulta interesante mirar los cuerpos normativos de países de América Latina e identificar aquellos elementos (legales e institucionales) potenciales que facilitarían el salto de un modelo a otro.

Todo este análisis conduce a la necesidad de realizar una revisión de los marcos vigentes en materia de competencia y prácticas antimonopólicas, de manera de identificar las principales áreas de la política de competencia contenidas en los marcos existentes.

¹⁶ El principio detrás de la definición de llaves públicas y privadas es el de transparencia y privacidad. Las llaves sirven para cifrar y para descifrar textos y archivos. Son criptosistemas asimétricos. Computacionalmente se generan ambas llaves. El que posee la llave privada, es el que genera ambas llaves y por lo tanto es el propietario de lo que ambas llaves representan. (Bravo y Hardings, 2018).

¹⁷ En este caso las reglas son establecidas por las llamadas comunidad de mineros de la cadena de bloques correspondiente. Estos se encuentran fuera de cualquier marco que rijan a los Estados.

Para los fines de este documento se seleccionaron los marcos legales de seis países de América Latina, estos son: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú. El análisis de la evolución de la normativa puede contribuir a identificar aquellos elementos jurídicos que permitan el salto del modelo 1 al 2 y responder a algunos de los desafíos en materia de competencia que plantea una economía digital.

El cuadro 1 muestra las principales categorías contenidas en un marco normativo de competencia actualmente. Esta propuesta de marco ha sido diseñada por CEPAL en base a estándares internacionales de la OECD (2005 y 2014), y utilizados como referente para el presente análisis en la revisión y análisis de los marcos de los países seleccionados. Es una propuesta de clasificación de los contenidos de una política de competencia que incluye cinco grandes categorías: 1) una estructura general que sirva al cumplimiento de las metas de política y cubra el marco normativo e institucional que acompaña a la política; 2) la aplicación o *enforcement* de dicho marco legal que ayuden a minimizar las distorsiones del mercado; 3) la identificación de prácticas monopólicas (horizontales y verticales) en los distintos acuerdos de fusión; 4) el dominio de mercado o abuso de posiciones dominantes; y 5) el control efectivo de las fusiones y concentraciones de mercado. Además de las cinco categorías mencionadas, se incluyen 33 sub-estándares que resumen los ámbitos de acción de los marcos legales de competencia.

Cuadro 1
Principios de política de competencia

Categoría	Estándar	Sub-estándar
1) Estructura general marco normativo e Institucional de la política de competencia	El marco normativo debe servir a metas de políticas claramente identificadas y ser efectivo en el logro de esas metas.	1.1) La norma establece un marco con objetivos claros para el regulador, las entidades reguladas y los ciudadanos. 1.2) Los poderes reglamentarios y otras funciones están especificados en la norma. 1.3) La responsabilidad de establecer o asesorar la política de competencia en particular lo relacionado a sectores regulados compete al regulador 1.4) La responsabilidad de asesorar el desarrollo de la política está en la agencia ejecutiva y el rol consultivo en el regulador 1.5) Todos los reguladores están facultados para cooperar con otros organismos nacionales y extranjeros en el cumplimiento de objetivos comunes. 1.6) El marco normativo contempla mecanismos que garantizan la transparencia. 1.7) La responsabilidad de la revisión periódica de las normas que se implementan es de los reguladores.
2) <i>Enforcement</i> aplicación de la ley: autoridad responsable	Las autoridades responsables deben contar con una sólida base jurídica y empírica para actuar de manera eficiente para minimizar las distorsiones del mercado. Debe existir un mecanismo para garantizar la aplicación efectiva de la legislación nacional en materia de competencia.	2.1) Las agencias de competencia operan en un marco legal claro. 2.2) Los reguladores realizan análisis de horizontes de potenciales problemas. 2.3) La ley establece criterios para nombrar a los miembros del órgano regulador, así como el término de su nombramiento. 2.4) Las decisiones del regulador están justificadas empírica y públicamente a la luz de la evaluación de medidas anteriores. 2.5) Los reguladores están obligados a informar regularmente todas las medidas y decisiones importantes al ejecutivo y a comités legislativos.

Cuadro 1 (continuación)

Categoría	Estándar	Sub-estándar
<i>Enforcement</i> aplicación de la ley: autoridad responsable	Las autoridades responsables deben contar con una sólida base jurídica y empírica para actuar de manera eficiente para minimizar las distorsiones del mercado. Debe existir un mecanismo para garantizar la aplicación efectiva de la legislación nacional en materia de competencia.	<p>2.6) Existe asignación de responsabilidades clara en la toma de decisiones entre la autoridad política, el regulador y el que implementa, garantizando la independencia del regulador.</p> <p>2.7) La ley prevé que gobiernos y legisladores monitoreen el funcionamiento de la regulación.</p> <p>2.8) Financiación adecuada de actividades del regulador para el cumplimiento eficaz de los objetivos fijados por ley.</p> <p>2.9) El regulador evalúa y publica sus decisiones y actividades permanentes y las opiniones de las partes interesadas</p>
3) Prácticas monopólicas horizontales y verticales	La legislación debe monitorear acuerdos que limiten la competencia. En caso de detectar prácticas monopólicas, debe permitir la aplicación de fuertes sanciones contra las organizaciones, así como sanciones contra las personas por su participación en la conspiración.	<p>3.1) Las autoridades de competencia cuentan con atribuciones para un examen eficaz de prácticas monopólicas</p> <p>3.2) Los procesos son transparentes y están disponibles al público.</p> <p>3.3) Las autoridades de competencia cuentan con recursos suficientes para cumplir sus funciones</p> <p>3.4) La ley sanciona prácticas monopólicas</p>
4) Dominio de mercado	La ley debe prohibir que una o más empresas abusen de sus posiciones dominantes en un mercado de bienes o servicios. Para impedir la monopolización en los mercados mediante prácticas anticompetitivas, debe prohibir a una o más empresas que, dentro del mercado en el que operan, puedan determinar parámetros económicos tales como el precio, el suministro, la producción y la distribución, independientemente de sus competidores y clientes, para restringir la competencia. El concepto de abuso de posición dominante debe estar bien definido para que la legislación sea lo más clara posible.	<p>4.1) La ley sanciona el abuso de la posición de dominio.</p> <p>4.2) La Ley define los mercados directos e indirectos que pueden afectarse con un comportamiento anticompetitivo.</p> <p>4.3) Existe en la ley definición formal de dominio</p> <p>4.4) Se lleva a cabo un teste de cuotas de mercado</p>
5) Control de fusión o concentración	La revisión de los procesos de fusiones y/o adquisiciones debe ser efectiva, eficiente y oportuna. El gobierno debe asegurar que reglas, políticas, prácticas y procedimientos involucrados en el proceso sean transparentes y disponibles públicamente, publicando explicaciones razonadas para todas las decisiones.	<p>5.1) La revisión de fusiones es efectiva, eficiente y oportuna</p> <p>5.2) Cuenta con un plazo razonable para el examen y toma de decisiones sobre fusiones</p> <p>5.3) La revisión de la fusión prevé la protección de los secretos comerciales, de informaciones que las autoridades de competencia obtengan consideradas confidenciales de conformidad con la ley</p> <p>5.4) Las leyes sobre fusiones imponen costos y cargos a las partes en la fusión y a terceros</p> <p>5.5) Las partes de una fusión pueden consultar a las autoridades de competencia durante las distintas etapas del curso legal de la investigación</p> <p>5.6) La ley garantiza la equidad procesal de las partes en una fusión. Las partes pueden solicitar un examen de la decisión de ejecución a un órgano jurisdiccional independiente</p> <p>5.7) Los grupos interesados en la fusión, reconocidos por la ley del país examinador, expresan sus opiniones durante el proceso de investigación</p> <p>5.8) La ley de fusiones garantiza el trato igualitario a las empresas extranjeras y nacionales bajo situaciones similares</p> <p>5.9) Los países cooperan y coordinan sus revisiones de fusiones transnacionales en los casos que se requiera. La aplicación de la ley de fusiones da solución a posibles prácticas anticompetitivas derivadas de la fusión, de acuerdo a los recursos solicitados en otras jurisdicciones</p>

Fuente: elaboración propia en base a OECD 2005 y 2014.

De acuerdo con la categorización propuesta, a continuación, se analiza brevemente el marco general actual de las políticas de competencia en los seis países de la región seleccionados, y se hace una descripción de los elementos contenidos en el cuerpo legal de competencia en cada uno de los seis países. Posteriormente se evalúa el desempeño de la normativa a través de un índice. En el cuadro 2 se presentan los resultados por país.

En **Argentina** la ley 25.156, promulgada el 16 de septiembre de 1999, establece que la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción es la autoridad responsable de la Defensa de la Competencia junto con la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC). Todas las personas —físicas o jurídicas— están sometidas a la ley, la cual prohíbe y sanciona los actos o conductas, manifestadas en todas sus formas, 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 un abuso de su posición dominante en un mercado, resultando en un perjuicio del interés económico general. Algunos sectores ligados al área de infraestructura tienen regulaciones propias, aunque la ley establece que todos los sectores están dentro del alcance de la regulación de la CNDC. Sobre los procesos de fusiones y adquisiciones, la ley determina la notificación *ex ante* (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) obligatoria cuando la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supere la suma de \$200.000.000 (doscientos millones de pesos) en el país, ante el Tribunal de Defensa de la Competencia.

La ley de defensa de la competencia en **Brasil** es la Ley 12.529, del 30 de noviembre de 2011. El Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia (SBDC) está formado por el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) y la Secretaría de Seguimiento Económico del Ministerio de Hacienda¹⁸. El SBDC cuenta con un Tribunal y su Pleno responsable de velar por la observancia de la ley y sus reglamentos. La ley se aplica a las personas físicas o jurídicas de derecho público o privado, así como a cualquier asociación de entidades o personas, constituidas de hecho o de derecho, aunque temporal, con o sin personalidad jurídica y que ejerzan actividad bajo régimen de monopolio legal. El CADE investiga y sanciona las prácticas restrictivas, además de ser el responsable de la aprobación de los actos de concentración económica. La notificación es obligatoria cuando una de las empresas involucradas en la operación tenga registrado ingresos superiores a R\$ 750.000.000,00 (setecientos cincuenta millones de reales) en el año anterior a la fusión y la otra empresa tenga registrado R\$ 75.000.000,00 (setenta y cinco millones de reales) en el mismo período. Sin embargo, no se considerarán actos de concentración la celebración de contratos asociativos, consorcios y *joint ventures*, destinados a las licitaciones y subastas promovidas por la administración pública directa e indirecta y los contratos resultantes.

El Decreto Ley N° 211 es la normativa de libre competencia en **Chile** publicada en 1973. Es la más antigua de las seis legislaciones incluidas en el presente análisis. Le corresponde al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica aplicar la ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados del país. La ley prohíbe cualquier acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir dichos efectos. La investigación de tales prohibiciones es responsabilidad de la Fiscalía, pero las sanciones son impuestas por el Tribunal. En acuerdo con el régimen de control de operaciones de concentración, deberán notificarse a la Fiscalía Nacional Económica, en forma previa a su perfeccionamiento, los actos que produzcan efectos en Chile y que cumplan con los siguientes requisitos: a) Que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse haya alcanzado, durante el ejercicio anterior a aquel en el que se verifique la notificación, montos iguales o superiores al umbral establecido mediante resolución dictada por el Fiscal Nacional Económico. b) Que, en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en el que se verifique la notificación, por montos iguales o superiores al umbral establecido mediante resolución dictada por el Fiscal Nacional Económico.

¹⁸ La citada secretaría tiene un papel poco relevante, y el CADE sigue siendo el principal agente antimonopolio.

En **Colombia** la Constitución Política de 1991 ya garantizaba el principio de la libre competencia y definía las prácticas comerciales consideradas restrictivas. Las leyes 155 (1959) y 1340 (2009), y el Decreto 2153 (1992) establecen el régimen general de competencia. La autoridad nacional de protección de la competencia es la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual debe recibir el apoyo técnico de las entidades gubernamentales encargadas de la regulación y del control y vigilancia sobre todos los sectores y actividades económicas del país. La ley se aplica a todo aquel que desarrolle una actividad económica, que afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos totales o parciales en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico. Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas y el régimen de integración empresarial.

En relación con las prácticas restrictivas, se prohíben los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos. En el régimen de integraciones empresariales, se obliga a las empresas que se dedican a la misma actividad económica o participan en la misma cadena de valor a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control, o integrarse, cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada. La Superintendencia puede objetar tales actos, además de ser la responsable de investigar y sancionar las prácticas prohibidas por la ley. Sin embargo, las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia, y en particular, las relativas al control de operaciones de integración empresarial, no se aplican a los institutos de salvamento y protección de confianza pública ordenada por la Superintendencia Financiera de Colombia, ni a las decisiones para su ejecución y cumplimiento.

México cuenta con la regulación más reciente. La Ley Federal de Competencia Económica publicada en 2014 establece que, la Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones son las autoridades responsables de preservar la libre competencia en la economía. Todos los agentes económicos están sujetos a lo dispuesto por la ley (persona física o moral, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o cualquier otro participante de la actividad económica). No obstante, el sector de telecomunicaciones tiene un ente regulador propio y, por lo tanto, no está sujeto a los mismos parámetros normativos de los otros sectores de la economía.

La ley considera actos ilícitos sujetos a investigación y sanción por parte de la Comisión, todo monopolio, prácticas monopólicas, concentraciones ilícitas y barreras que disminuyan, dañen, impidan o condicionen de cualquier forma la libre competencia o la competencia económica en la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes y servicios. La Comisión es responsable de investigar y sancionar aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre competencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados. Necesitan de autorización *ex ante* del organismo regulador las siguientes concentraciones: 1) acto o sucesión de actos que den origen o impliquen una acumulación, independientemente del lugar de su celebración, que importen un monto superior o equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal (Ciudad de México); 2) acto o sucesión de actos que den origen, e impliquen la acumulación del treinta y cinco por ciento o más de los activos o acciones de un agente económico, cuyas ventas anuales originadas en el territorio nacional o activos en el territorio nacional importen más del equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal; 3) acto o sucesión de actos que den origen e impliquen una acumulación en el territorio nacional de activos o capital social superior al equivalente a ocho millones cuatrocientas mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal y que en la concentración participen dos o más agentes económicos cuyas ventas anuales originadas en el territorio nacional o activos en el territorio nacional conjunta o separadamente, importen más de cuarenta y ocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para la Ciudad de México.

El Decreto Legislativo número 701, publicado en 1991 en **Perú**, y cuyas modificaciones componen el marco regulatorio de competencia de la economía peruana. Así como en México, en Perú el sector de telecomunicaciones es regulado por separado en materia de competencia. El Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) es la autoridad responsable del cumplimiento de la ley para el sector de las telecomunicaciones, y el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) para los otros sectores. La Ley de Defensa de la Competencia es aplicable a todas las personas naturales y jurídicas que realicen una actividad económica, así como a todas aquellas personas que ejerzan la dirección o la representación de entidades que incurran en actividades ilegales. Los dos entes de regulación deben investigar y sancionar los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional. No existe ningún tipo de control de concentración ni por parte del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) ni por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Eso significa que no hay prohibición u obligación de notificar las fusiones o adquisiciones que sean o puedan ser contrarias a la competencia. Una ley distinta, por cuyo cumplimiento también vela la Comisión de Libre Competencia, establece un régimen de control de fusiones sólo aplicable al sector eléctrico.

La breve descripción de los marcos legales de competencia de los países analizados permite observar las similitudes existentes entre estos y las cinco áreas del modelo referente presentado en el cuadro 1. Sobre la base del diseño de un indicador binario elaborado en base a estándares internacionales en materia de competencia, y normalizado de uno a diez, fueron evaluados los marcos legales de los seis países (anexo 1). En el cuadro 2 se presentan los resultados de la evaluación por estándar de cada categoría considerada en el modelo marco.

Cuadro 2
Resultados del indicador por país

Categoría	Pregunta	Ponderación	Argentina	Brasil	Chile	Colombia	México	Perú
1	1.1	0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50
	1.2	0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50
	1.3	0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50
	1.4	3,00	0,50	sí 0,50	no 0,00	no 0,00	no 0,00	no 0,00
	1.5	0,50	no 0,00	sí 0,50	sí 0,50	no 0,00	sí 0,50	no 0,00
	1.6	0,50	no 0,00	sí 0,50	no 0,00	no 0,00	sí 0,50	no 0,00
2	2.1	0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	no 0,00	sí 0,50	sí 0,50
	2.2	2,00	0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50
	2.3	0,50	no 0,00	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50
	2.4	0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50
3	3.1	0,50	no 0,00	no 0,00	no 0,00	no 0,00	no 0,00	sí 0,50
	3.2	1,50	0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50
	3.3	0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50
4	4.1	0,50	0,50	no 0,00	sí 0,50	no 0,00	no 0,00	sí 0,50

Cuadro 2 (conclusión)

Categoría	Pregunta	Ponderación	Argentina	Brasil	Chile	Colombia	México	Perú	
5	5.1	0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	
	5.2	0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	no 0,00	
	5.3	0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	no 0,00	
	5.4	0,50	sí 0,50	no 0,00	no 0,00	no 0,00	no 0,00	no 0,00	
	5.5	0,50	no 0,00	sí 0,50	no 0,00	no 0,00	no 0,00	no 0,00	
	5.6	0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	sí 0,50	
		10,00	10,00	7,00	8,50	7,00	6,00	8,00	5,50

Fuente: elaboración propia CEPAL, 2018.

De acuerdo con los resultados de la evaluación de la calidad de los marcos legales de competencia, Brasil y México se destacan por la divulgación de metodologías de análisis para el cálculo de la concentración y el poder de mercado. Brasil es el único de los seis marcos legales que define expresamente cuál debe ser el tratamiento a las empresas extranjeras. Argentina y Chile obtuvieron el mismo valor de índice, a pesar de presentar distintos valores por categoría, indicando que la normativa argentina es más débil en aspectos relacionados con la autoridad regulatoria, mientras que Chile muestra deficiencias en el control de concentración de las operaciones de F&A.

El valor del índice peruano es bajo debido a la ausencia de un sistema general de control de fusiones y adquisiciones en el país. Las empresas no están obligadas a notificar dichas operaciones. Perú solo cuenta con un procedimiento de autorización previa de operaciones de concentración empresarial en el sector eléctrico, cuya competencia está regulada por una ley especial (Ley 26.876, Ley Antimonopolio y Anti-oligopolio en el Sector Eléctrico). La razón de esta Ley es evitar que las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, tengan el efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia¹⁹.

De manera general, los países obtuvieron resultados más robustos en la categoría dos, que trata de las características de la autoridad responsable de aplicar la normativa. De hecho, las seis normativas crean entes reguladores con objetivos bien definidos y algún mecanismo para garantizar su independencia. Por otro lado, en todas las normativas la debilidad general se encuentra en la categoría cuatro, sobre dominio de mercado: solamente Brasil y México cuentan con una metodología de definición de poder de mercado predefinida que se encuentra disponible al público.

¹⁹ <https://www.indecopi.gob.pe/web/defensa-de-la-libre-competencia/>.

II. Distintas tendencias de la política de competencia en la era digital

A. Los cambios implementados por Estados Unidos y la Unión Europea

Estados Unidos y Europa están a la vanguardia del proceso de revisión y actualización de los marcos normativos que sustentan sus respectivas políticas de competencia. Analizar los recientes cambios implementados puede, por lo tanto, ayudar en la construcción de un nuevo modelo para América Latina.

En febrero de 2017, la Comisión de la Unión Europea (UE) anunció una investigación sobre presuntas prácticas anticompetitivas en el comercio electrónico. Entre otras cosas, la Comisión evaluó si las empresas involucradas en el caso restringieron la capacidad de los minoristas en línea para establecer sus propios precios a productos electrónicos de consumo ampliamente utilizados, como electrodomésticos, computadoras portátiles y productos de alta fidelidad. Para la Comisión, el efecto de estas presuntas restricciones de precios puede verse agravado debido al uso por parte de muchos minoristas en línea de software de fijación de precios que adapta automáticamente los precios minoristas a los de los principales competidores (algoritmos de precios) Ezrachi & Stucke (2017). Como resultado, dicho comportamiento podría tener un impacto más amplio en los precios generales en línea para el conjunto de productos electrónicos de consumo.

El principio general de la legislación de la UE es que las empresas son consideradas responsables de las prácticas anticompetitivas de sus empleados, incluso aunque demuestren que han hecho todo lo posible para evitar dicho comportamiento (implementando programas de *compliance* de última generación). Este principio debería poder extenderse a los algoritmos. Cuando una empresa utiliza algoritmos para establecer precios, es responsable de cualquier riesgo resultante en materia de competencia (Freshfields Bruckhaus Deringer, 2017).

En el caso de Estados Unidos, las directrices antimonopolio de 1995 emitidas por el Departamento de Justicia y la *Federal Trade Commission* (encargadas del *enforcement*), contempla principios generales que señalan que la propiedad intelectual es comparable a cualquier otra forma de propiedad y no se presume que la propiedad intelectual pueda crear poder de mercado. Se reconoce que la licencia de propiedad intelectual permite a las firmas combinar factores complementarios de producción y, consecuentemente, pro-competitivos.

En noviembre 2016 se presentó una reforma a las “Antitrust Guidelines for International Operations” de los Estados Unidos²⁰. La normativa busca proteger a los consumidores y a los negocios de Estados Unidos de conductas anticompetitivas en el comercio exterior. Las directrices son aplicables a distintos aspectos de doce leyes relacionadas con prácticas anticompetitivas. Entre ellas están: la Sherman Antitrust Act, la Federal Trade Commission Act, y la Clayton Antitrust Act. Cabe señalar que los lineamientos Internacionales no tienen la intención, ni pueden ser utilizados para crear ningún derecho, sustantivo o procesal, exigible legalmente por ninguna de las partes en ningún asunto, civil o penal²¹.

B. Prácticas anticompetitivas en la era digital

Ante los cambios generados por la revolución tecnológica a la economía global, existe una preocupación por parte de los reguladores del mundo de actualizar los marcos legales en general, y en particular aquellos asociados a la política de competencia²². Dos temas, sin embargo, reciben especial atención particularmente por las directivas de la Unión Europea: la protección del uso de datos privados y la protección de los procesos industriales. El primero se refiere al intercambio de datos privados a los que muchas empresas tienen acceso como compensación por el servicio ofrecido. El segundo está vinculado a la regulación de la propiedad intelectual. No obstante que ambos forman parte de una agenda de políticas públicas, estos también se ven particularmente afectados por las medidas internas de cada empresa.

1. Protección del uso de datos

El levantamiento y custodia de datos ha sido un tema de manejo complicado. Entre las variables cualitativas se encuentra la privacidad de datos. Cuando se habla de datos es necesario tomar en cuenta dos factores la diversidad y alguno de los efectos de red²³. El surgimiento de problemas en la protección de datos personales ha dado origen a una mayor atención al tema. Existen ya una serie de acciones en materia legal sobre la protección del uso de datos de las personas, así como sobre la tecnología utilizada en los procesos de producción en un marco de competencia, especialmente en países desarrollados. El primer problema al que se enfrenta el diseño de normativa se refiere al hecho de que las redes sociales se han atomizado desde hace ya algún tiempo, haciendo más difícil el surgimiento de competidores. El segundo problema hace referencia a la portabilidad de datos y cómo se comportan dichos datos.

En 2014, la Unión Europea (UE) aprobó una nueva regulación de Protección General de Datos (GDPR), que entró en vigor en marzo de 2018, y cuyo objetivo es facilitar a los clientes la transferencia de su información a otros proveedores e incluso a otros competidores. Esta iniciativa busca fortalecer el mayor control de las personas sobre sus datos personales, y apunta a que las firmas obtengan el consentimiento explícito de las personas respecto a la forma como son usados dichos datos.

²⁰ Para más detalle sobre las directrices que reemplazan a la de 1995 ver: <https://www.ftc.gov/public-statements/2017/01/antitrust-guidelines-international-enforcement-cooperation-issued-us>.

²¹ Habiendo sido revisadas las directrices por un grupo de países de la región, cabe señalar que los marcos normativos de América Latina contemplan entre sus disposiciones, el trato igualitario para las empresas extranjeras y nacionales bajo condiciones similares. Por ejemplo, existe una cooperación y coordinación de las revisiones de fusiones transnacionales de los países involucrados en los casos que se requiera.

²² Eisenach y Soria (2016) señalan tres características que distinguen a los mercados de un ecosistema digital: 1) la modularidad que se traduce en una regulación eficaz la cual requiere un enfoque integral que aborde la diversidad de plataformas relevantes; 2) las economías de escala y alcance que la regulación debe incentivar para beneficio de los consumidores; y 3) el dinamismo de la competencia en los mercados de un ecosistema digital, el cual tiene repercusiones directas en la regulación. Por un lado, la creación de productos y servicios (con tecnologías nuevas incorporadas) que pueden tener impacto sobre los costos beneficiando a los consumidores y desafiando el dominio de proveedores tradicionales. En teoría, la competencia dinámica debería evitar la creación de barreras artificiales a la entrada, y elevar los costos de la innovación.

²³ El efecto de red es aquel en que un determinado usuario de un servicio obtiene una mejor experiencia en la medida que otros usuarios también lo utilizan. Los efectos de red no se circunscriben al incremento de usuarios que ocupan una misma posición en un determinado sector, sino que el incremento de utilidad puede producirse también a partir del crecimiento de otra tipología de usuarios.

La Unión Europea (UE) ha establecido multas por violaciones, que van de más de un 4% de los ingresos globales a 20 millones de euros. La aplicación de multas presenta algunos problemas especialmente en un mundo en que los flujos de datos están mezclados y armonizados. La UE ha considerado éste un punto de tensión entre la protección de datos y la competencia²⁴. Otro problema de política se refiere al manejo de datos en la economía digital y el beneficio de unos en desmedro de otros social y geográficamente.

Dos temas adicionales son: 1) el uso de algoritmos para procesar grandes datos puede jugar un papel en acuerdos o prácticas concertadas restrictivas o bien facilitar la colusión²⁵; y 2) la recopilación de grandes datos valiosos, únicos y no replicables puede crear barreras de entrada y poder de mercado²⁶. Sin embargo, según Modrall (2018) las preocupaciones antimonopolio planteadas sobre el uso de algoritmos son más relevantes para datos de terceros que no son rivales, que para grandes datos únicos y no replicables.

Lo importante es el origen de los datos, y la forma como estos son usados. La “inteligencia artificial no es producto de algoritmos, sino que de personas que lo genera a través de los datos” lo que implica una intencionalidad de las personas en el uso de los datos (The Economist, mayo 2017). Por lo tanto, el tratamiento a temas como competencia, privacidad de datos e inequidad plantean un importante desafío a las autoridades de competencia que deben considerar la posibilidad de readaptar la economía digital a las herramientas legales e institucionales con que cuentan.²⁷ En la práctica, esta directiva resulta en una complicación para su cumplimiento, ya que el forzar la actual normativa, pudiera transformarse en una sobre regulación que tampoco logre el objetivo²⁸.

Hay posiciones variadas sobre cómo debería ser el nuevo marco de competencia que opere para la economía digital. Desde los más abierto y pro auto regulación, como el propuesto por Grossman (2015) y cuyo modelo de competencia alternativo considera el libre acceso a los datos, aunque posteriormente mantiene a los usuarios responsables, a través de los mismos datos y de la reputación como factor clave de confianza. Hasta posiciones más proclives a normar la mayor parte de las actividades que garanticen la transparencia y el correcto uso de los datos, tal como se muestra en las Directivas de la Comisión Europea²⁹.

En un sistema basado en plataformas móviles, que comparten los mismos estándares y protocolos, la operación no requiere de un control central ni tampoco de permisos para operar sino solamente del apoyo de un sitio-web, con mayores dificultades para regular. Grossman (2015) sugiera

²⁴ En el tema de protección de datos, del caso de la fusión de Facebook y Whatsapp, el encendió una luz de alerta sobre la necesidad de ciertos cambios en los marcos normativos que atribuya mayores competencias a las autoridades para supervisar el funcionamiento de las plataformas.

²⁵ De acuerdo con Jay Modrall de la University of Oxford (15-enero-2018), La "colusión algorítmica" presuponen dos situaciones 1) que los competidores tengan acceso a datos sustancialmente idénticos y puedan usarlos en estrategias de colusión explícitas o tácitas; y 2) que 'Big Data' presupone que las empresas acumulan datos a los que otras compañías necesitan acceder para competir exitosamente.

²⁶ Para más detalle sobre prácticas anticompetitivas con el uso de *Big Data* ver: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/01/big-data-and-algorithms-focusing-discussion>, enero 2018.

²⁷ El caso del Parlamento Alemán es un ejemplo, éste le permitió a la Oficina Federal de Carteles intervenir en casos en los cuales los efectos de la red y los activos de datos juegan un papel. Esta agencia ha puesto especial interés en la economía de datos. Ha lanzado una investigación sobre si Facebook está abusando de posición dominante para imponer ciertas políticas de privacidad (Andreas Mundt, presidente) Cómo integrar mejor los efectos dinámicos en su análisis.

²⁸ Por ello que, los países de la región deberían pensar en marcos legales dirigidos a distintos aspectos de la economía digital vinculados al tema de competencia. La actividad de FinTech por ejemplo ha surgido como un tema de preocupación de los reguladores que requiere de una normativa propia dirigida a su rubro, aunque no cubra todos los aspectos. México es el primer país de la región en promulgar una ley que regule la actividad de tecnologías financieras o FinTech.

²⁹ En marzo 26 2018, la Comisaria europea de Justicia Vera Jourová solicitó oficialmente a Facebook una respuesta a la filtración de los datos de 50 millones de usuarios hacia la empresa Cambridge Analytica en 2014. Dicha filtración afectó a ciudadanos europeos, que se acogen a la Ley de Datos Personales de la UE. Esta Ley busca armonizar las sanciones por mal uso de datos personales de europeos con umbrales de hasta el 4% de los beneficios anuales a nivel global para aquellas compañías involucradas.

que la responsabilidad está en los mismos usuarios y en los estándares comunes³⁰, más que en un marco normativo amplio establecido. Esta situación es la que daría la garantía de un ambiente de competencia basado en auto regulación. De hecho, cuando se aprueba un marco normativo, se activa un sistema de estándares, que son el referente para las operaciones, y que buscan contribuir a la innovación, fundamentalmente porque la mayor parte de los actores (desarrolladores de aplicaciones, constructores de infraestructura, reguladores, etc.) conocen los términos del acuerdo que se establece entre los actores, que se constituyen libremente y sin necesidad de un permiso previo para operar por parte de las autoridades de competencia. Según Grossman (2015) se produce el tránsito de un modelo llamado de “punto a punto” a uno de “difusión más colaborativa”.

Lo cierto es que, la información digital está cambiando las reglas de los mercados a una velocidad sin precedente, lo que necesariamente demanda también un cambio en el enfoque del regulador tradicional. En el desarrollo de los procedimientos regulatorios se produce una cierta tensión entre, por un lado, la descentralización subyacente de los sitios-web, y por otro la centralización natural de muchas de las plataformas construidas sobre dichos sitios-web.

El desafío de los entes regulatorios es la adopción de estándares nuevos y mejorados que, además de contribuir al diseño de un marco legal que refleje la realidad, proporcione nuevos antecedentes que contribuyan a garantizar la confianza, la protección, la seguridad tanto de los propietarios de los contenidos o datos y de los beneficiarios de los mismos y su permanencia en el tiempo, independientemente de restricciones dentro de los distintos países. Es cada vez más común observar una desprotección de los pequeños proveedores de contenidos o de los usuarios. Los impenetrables términos y condiciones que deben ser aceptados si se desea tener acceso a los servicios, sin que el usuario tenga claridad sobre las responsabilidades que le competen o los derechos que está cediendo. Estos temas son difíciles de monitorear vía auto regulación. Es importante que los actores (incluidas autoridades) rindan cuenta sobre algunas de las acciones que afectan a los consumidores y a los mercados.

En Estados Unidos, el episodio reciente referente a la eliminación de las protecciones de la neutralidad de la red por parte del Federal Communication Commission (FCC), agencia responsable de la competencia del sector de telecomunicaciones, y su reemplazo por un régimen de “transparencia” ejecutado por la Federal Trade Commission (FTC), es un ejemplo que va en sentido opuesto de una política de competencia que otorgue las garantías antes mencionadas.³¹ Con esta disputa se sienta un precedente y pone en evidencia, por un lado, la necesidad de que las agencias regulatorias de competencia sean independientes de los gobiernos en turno, y por el otro la necesidad de contar con marcos regulatorios claros que eviten las asimetrías de información y den garantías a todos los actores del mercado por igual. Esto es particularmente importante en países donde un jugador concentra la propiedad de la infraestructura, y donde irremediablemente su poder de mercado y la posibilidad de prácticas anticompetitivas se incrementen. Por ello, una regulación adecuada sobre las tarifas al usuario final o a la capacidad adquirida por los operadores es crucial. En el caso de la neutralidad de red, además de ir en el mismo sentido de las medidas que promueven la competencia, sin duda contribuye a reducir posibles asimetrías.

Por otra parte, si el debate sobre cómo los datos y su análisis contribuye a los procesos de toma de decisiones y al desarrollo de las políticas públicas, ello también se ve enfrentado a la dificultad que genera la escasez del mercado de datos. Eso hace más difícil resolver problemas complejos de Perez (2002) señala que la fase final de un ciclo de vida de un “paradigma” es tratada, de manera separada, por la fase inicial del siguiente ciclo. Entre las innovaciones tecnológicas, de política como: las prácticas anticompetitivas, la privacidad y la inequidad social. (The Economist, mayo 6 2017).

³⁰ Dichos estándares (que promueve la web) van desde los protocolos de transporte y comunicación subyacentes (como TCP, HTTP y SMTP), pasando por protocolos de seguridad y cifrado (como SSL / TLS y DNS-SEC) hasta protocolos de verificación de transacciones como el protocolo bitcoin (criptomoneda).

³¹ En una entrevista Tim Wu (NYT, 22-11-2017) creador de la neutralidad de red, han planteado que la FCC excedió sus atribuciones legales, ya que “Las agencias de gobierno no son libres de revertir abruptamente reglas de larga data en las cuales muchos han confiado sin tener una buena razón...”.

2. Protección de procesos industriales

Perez (2002) señala que la fase final de un ciclo de vida de un “paradigma” es tratada, de manera separada, por la fase inicial del siguiente ciclo. Entre las innovaciones tecnológicas, de infraestructura y organizacional de cada paradigma, están aquellas que aceleran el transporte y la transmisión de bienes de información. Los modelos organizacionales prefiguran lo que gradualmente se convierte en escala y la estructura de las grandes empresas de producción y comerciales bajo cada nuevo paradigma. La difusión de un nuevo paradigma en su dimensión técnica y organizacional propaga programas que aumentan los niveles de expectativas de la productividad en una actividad y después en otra y así sucesivamente. Agrega al análisis que no solo el capital privado, sino que también el público, han impulsado el desarrollo de las revoluciones industriales. Incluso en términos de regulación que han favorecido las políticas proteccionistas que han permeado los distintos proyectos de inversión.

El avance de los sectores industriales con altos contenidos tecnológicos enfrenta importantes desafíos al diseño de marcos legales e institucionales que recoja las nuevas realidades de la economía digital que impactan la competencia económica en general. Hay distintas iniciativas que intentan responder a dichos desafíos. Por ejemplo, la Unión Europea tiene un enfoque basado en la transferencia tecnológica, regida generalmente por acuerdos, necesaria para incentivar la innovación.³² Algunas veces, la concesión de licencias se dan en el contexto de otras categorías de acuerdos, como la investigación y desarrollo (I&D), que pueden ser suscritos bilateralmente o entre varias partes, a través de las directrices sobre acuerdos multi partitas, en su forma de *pool* de patentes.³³ Este tipo de acuerdos permite a las empresas lograr una ganancia por sus bienes y servicios, como resultado de importantes inversiones en el proceso de investigación y desarrollo (I&D).

Según A.M. Baumgartner (2016), algunas disposiciones incluidas en los acuerdos de transferencia tecnológica podrían ser restrictivas y tener efectos negativos sobre la misma competencia. Desde el punto de vista de las operaciones que involucran transferencia tecnológica, estas son más propensas a plantear problemas de monopolio, involucrando a organismos antimonopolio y judiciales. No obstante, desde un enfoque más novedoso, para la autora estos acuerdos podrían contribuir a mejorar la competencia.

En el marco de la Comisión Europea, la regulación de la transferencia de tecnología distingue los acuerdos, entre competidores³⁴ y no competidores y enumera las prácticas consideradas dañinas para la competencia. La fijación de los precios de reventa, restricciones de producto, asignación de mercados o clientes y la restricción del uso de licencia de tecnología propia son solo algunos de los ejemplos³⁵. Las restricciones excluidas son muy cercanas a dichas disposiciones ya que también están prohibidas, sin embargo, no invalidan un acuerdo de transferencia tecnológica en su conjunto. Un ejemplo sería una cláusula de devolución que limita la capacidad del beneficiario de la licencia para realizar investigaciones.

En Estados Unidos se han producido algunos cambios respecto a las atribuciones de las agencias regulatorias de competencia existentes y encargadas del enforcement (Departamento de Justicia y la *Federal Trade Commission*) a raíz de ciertos casos como la eliminación de la neutralidad de redes o la fusión entre AT&T-Times Warner.

³² La Unión Europea (U.E. 3/2014) considera los acuerdos de licencia, cuando una de las partes (el licenciante) autoriza a otra parte(s) (el licenciatario) a utilizar su tecnología (patente, know-how, licencia de software).

³³ Pueden incluir acuerdos entre competidores llamados acuerdos horizontales (entre empresas que compiten unas contra otras por la venta del mismo producto o servicio); y entre no competidores, llamados acuerdos verticales (entre empresas activas en distintos niveles de la producción o cadena de proveedores, como por ejemplo una empresa minera y una manufacturera de acero). (European Commission, 21/3/2014).

³⁴ En 2014, la Unión Europea aprobó la llamada Technology Transfer Block Exemption Rule (TTBE). En ella, las empresas competidoras que forman parte de un acuerdo de transferencia tecnológica tiene una cuota de mercado combinada que no excede el 20%. La exención por categorías solo se aplica si la cuota de mercado de cada una de las partes del acuerdo asciende al 30% o menos.

³⁵ La regulación busca un equilibrio entre la competencia y el fomento del efecto benéfico que tiene la transferencia de tecnología en el desarrollo técnico, lo cual beneficia tanto al consumidor como al fortalecimiento de la competencia.

El enfoque general de las agencias que analizan las restricciones potenciales en los acuerdos de licencia (o de transferencia tecnológica) de propiedad intelectual, analiza si una restricción podría tener efectos anticompetitivos. En caso positivo, si es que la restricción es razonablemente necesaria para alcanzar beneficios pro-competitivos y si estos pesan más que los efectos anticompetitivos. Entre las principales restricciones están: las prácticas horizontales, la mantención del precio de reventa, los arreglos de vinculación, el trato exclusivo y los acuerdos de concesión de licencias cruzadas y de agrupación.³⁶ Si bien las prácticas verticales, tradicionalmente no han sido consideradas prácticas anticompetitivas, existen las prácticas verticales restrictivas que si son consideradas anticompetitivas.

Por ejemplo, el anuncio de la fusión entre dos grandes de las tecnologías de información y comunicación (TIC), AT&T y Times Warner en el 2016 correspondiente a una operación US\$ 85,5 mil millones, la cual ha sido rechazada por la autoridad de competencia de Estados Unidos, ha desatado una gran polémica sobre la viabilidad de esta operación; entre otras cosas por considerarla una operación en la que la concentración en una sola empresa de Times Warner (proveedora de contenido de video de alta calidad a través de sus tres unidades operativas - Warner Brothers, HBO y Turner) y AT&T (distribuidora de contenido de video a través de su satélite, banda ancha y redes inalámbricas) genera un daño a los consumidores, ya que está excluyendo a competidores que garantizan la competencia. Aunque algunos plantean que la decisión tiene una connotación más bien política y que AT&T insiste que se trata de una operación de integración vertical, lo cierto es que en el momento del anuncio de la fusión (2016) se conformó un comité en el Senado encargado de analizar la operación y los alcances de la misma. La evaluación del ente regulador ha entregado evidencia sobre que dicha operación puede constituirse en una práctica anticompetitiva. La fusión solo permite a AT&T hacerse del control de un generador de contenidos para vincularlo a su extensa red de telefonía y de televisión satelital. AT&T ha presentado una moción de confidencialidad a la Corte la cual ha sido rechazada³⁷.

Tanto en la Unión Europea como en los Estados Unidos, los acuerdos de transferencia tecnológica generalmente son considerados pro competitivos, ya que mejoran la eficiencia económica y pueden reducir la duplicidad en I&D, fortaleciendo el incentivo de la investigación inicial, facilitando la competencia y generándola entre los mercados de productos y servicios. Sin embargo, en ocasiones pueden constituirse en la puerta de entrada a mayores concentraciones.

Al comparar las “restricciones” europeas impuestas a sus países miembros con las estadounidenses, las agencias admiten que algunas restricciones naturales y el efecto necesario son tan claramente anticompetitivas y, por lo tanto, son ilegales per se, sin una investigación ulterior de un posible efecto sobre la competencia. Las prácticas anticompetitivas consideradas en las directrices *antitrust* de Estados Unidos tales como, la división del mercado entre competidores horizontales, restricciones de producto y la fijación de precios, no han sido suficientes para eliminar la competencia horizontal (*naked Price-fixing*) (Thomas R. Sheran, 2009) y tampoco la competencia vertical restrictiva.

³⁶ El método de análisis que se sigue en Estados Unidos incluye el examen de un caso judicial relevante, lo cual es crucial en ese país donde los juicios sirven como fuente de ley. Basado en los hallazgos, se identifican los temas anticompetitivos que pueden generarse en la conexión con acuerdos de transferencia tecnológica.

³⁷ Cabe señalar que AT&T informó de que entre enero y septiembre del año pasado del 2015 tuvo un aumento del 12,8 % en sus beneficios netos y los ingresos subieron un 16,5 %. Los datos indicaron también que sólo en el tercer trimestre la firma perdió un total de 268.000 clientes de telefonía móvil, lo que da pie a los analistas a entender las razones de AT&T de buscar nuevas fuentes para aumentar su volumen de negocio. Para más detalles sobre compliance y moción ver: <https://search.justice.gov/search?utf8=%E2%9C%93&affiliate=justice&query=17-cv-02511>.

III. Conclusiones

El nuevo escenario normativo e institucional que plantea la economía digital requiere de un marco legal de competencia acorde con los nuevos desafíos en materia de protección de los consumidores, que incentive la inversión y el crecimiento de los países de la región. El marco regulatorio e institucional que resulte debe acompañar de cerca los desarrollos tecnológicos de manera de adecuar las políticas públicas al nuevo escenario internacional y nacional, y garantizar un desarrollo económico inclusivo para el conjunto de América Latina.

El centro del análisis es la política de competencia en un nuevo escenario caracterizado por el desarrollo de tecnologías disruptivas cuyos principales impactos se han producido sobre los niveles de concentración de las economías, a través de un acelerado proceso de fusiones y adquisiciones (F&A), y de las instancias tomadoras de decisiones de las empresas, o sea, los gobiernos corporativos.

Avances en el análisis de la relación entre gobiernos corporativos y políticas de competencia podría traer beneficios a los formuladores de políticas públicas, capaces de proponer leyes que apunten en la misma dirección, esto es, reducir los conflictos de agencia, el abuso de poder de mercado y los comportamientos relacionados a prácticas anticompetitivas. Las políticas de competencia y de gobiernos corporativos pueden ser complementarias. A lo largo del análisis se identificaron algunas de las intersecciones entre ambas políticas y la consecuencia potencial que impacte en el objetivo de la otra. Se identificaron algunas categorías centrales para cada una de las dos políticas. En relación con la política de gobiernos corporativos en Águila, Núñez y Pereira (2017) se propuso una estructura, se definieron categorías y en base a dichas categorías se evaluó la calidad de las normativas de gobiernos corporativos en siete países de la región (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México y Perú). Respecto a la política de competencia se identificaron cinco categorías presentes en las normativas de competencia. A través de esta estructura se evaluaron los marcos normativos e institucionales vigentes en los seis países seleccionados para el presente análisis de la región. Los índices de Brasil y México son los más altos. Ambos se destacan por la divulgación de metodologías de análisis para el cálculo de la concentración y el poder de mercado. Perú mostró el índice más bajo de los seis países.

Dentro de las tendencias se analizan algunas de las acciones recientes particularmente en la Unión Europea y en Estados Unidos, y el contexto en que estas se producen y que impactan al menos dos ámbitos. El primero se refiere al intercambio de datos privados a los que muchas empresas tienen acceso como compensación por un servicio ofrecido; y el segundo está vinculado a la regulación de la propiedad intelectual. No obstante que ambos forman parte de una agenda de políticas públicas, ellos

también se ven particularmente afectados por las medidas internas producto de los modelos de negocio de cada empresa.

Por otra parte, se insiste en la idea de que desde el ámbito de F&A es posible reforzar la regulación, requiriendo una mayor explicación de cómo las operaciones generarían ganancias de escala reduciendo así la probabilidad de F&A que fallan algunas veces, por extracción de beneficios privados del control o por otras razones. Figuras como las directivas entrelazadas (*interlocking directorates*) también pueden ser vistas como puntos en común con ambas regulaciones, la reducción de los costos de agencia y de las prácticas anticompetitivas. Por el lado del gobierno corporativo, la competencia es considerada un mecanismo externo eficiente para la reducción de problemas de agencia, ya que reduce el riesgo de sobrevivencia de la propia empresa. El efecto de la inexistencia de costos de agencia en la concentración de mercado y en las prácticas monopólicas es positivo, aunque no es tan claro la dirección opuesta de la relación.

Finalmente, el *compliance* corporativo, considerado como una práctica de gobierno corporativo, puede impactar positivamente la disminución de la concentración de los mercados y las prácticas anticompetitivas. De acuerdo con la literatura especializada, un buen *compliance* interno puede ayudar a identificar y reducir comportamientos anticompetitivos (cárteles o colusiones) dentro de la empresa. Un sistema de *compliance* corporativo también puede ser utilizado para impedir operaciones de F&A que intenten crear valor a través de la concentración de poder mercado. Este tipo de sistemas de control interno ayuda a la identificación de abuso unilateral de poder de mercado. En la nueva economía digital, los datos y la protección de los mismos son importantes, el fomento de una cultura de buenas prácticas en materia de competencia al interior de la empresa es crítico.

Bibliografía

- Abrantes-Metz, R. M., & Sokol, D. D. (2013). Antitrust Corporate Governance and Compliance. Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-18. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2246564>.
- Acuerdo CFCE-102-2015. CT-001/2015. México, Distrito Federal, 23 de abril de 2015.
- Allen, F., & Gale, D. (1999). Corporate governance and competition. University of Pennsylvania. <https://www.cfr.org/report/new-deal-twenty-first-century>.
- Autoritat Catalana de la Competència (ACCO) 2016, Transacciones entre iguales (P2P). Un paso adelante, Ref. Núm.: ES 10/2015, mayo de 2016, viewed September 26, 2017. <http://acco.gencat.cat/web/.content/80_accu/documents/arxiu/actuacions/P2P-Un-pasendavant_DEF_esvX.pdf>.
- Baumgartner, A. M. (2010). Technology Transfer Agreements in EU and US Antitrust Law [Dissertation Exposé]. Stanford Law School, Stanford, United States.
- Dyck, A., & Zingales, L. (2004). Private benefits of control: An international comparison. *The Journal of Finance*, 59(2), 537-600.
- Eisenach, Jeffrey y Bruno Soria (2016). Un nuevo marco regulatorio para el ecosistema digital: resumen ejecutivo y descripción general. GSM Association.
- European Commission. (2014, 21 March). Antitrust: Commission adopts revised competition regime for technology transfer agreements – frequently asked questions [Memo]. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-208_en.htm.
- Ezrachi, A., & Stucke, M. (2017, 31 May). Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures. DAF/COMP/WD (2017)25. Prepared for OECD Roundtable on Algorithms and Collusion. Paris, 21-23 June, 2017.
- Freshfields Bruckhaus Deringer. (2017). Pricing algorithms: the digital collusion scenarios. <https://www.freshfields.com/globalassets/our-thinking/campaigns/digital/mediainternet/pdf/fresh-fields-digital---pricing-algorithms---the-digital-collusion-scenarios.pdf>.
- Gal, M. S., Tor, A., & Waller, S. W. (2010). Introduction: Expansion and Contraction in Monopolization Law. *Antitrust Law Journal*, 76(39), 653-661.
- Grossman, N. (2015, 8 April). White Paper: Regulation, the Internet Way. Harvard. <https://datasmart.ash.harvard.edu/news/article/white-paper-regulation-the-internet-way-660>
- Hart, O. D. (1983). The market mechanism as an incentive scheme. *The Bell Journal of Economics*, 14(2), 366-382.
- Indecopi. (n.d.). Defensa de la libre competencia: Legislación. Consultado 27 febrero 2018. <https://www.indecopi.gob.pe/web/defensa-de-la-libre-competencia/legislacion>.
- Manne, H. G. (1965, April). Mergers and the market for corporate control. *The Journal of Political Economy*, 73(2), 110-120.

- Modrall, J. (2018, 15 January). Big data and algorithms: Focusing the discussion [Blog post]. Retrieved from: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/01/big-data-and-algorithms-focusingdiscussion>.
- OCDE (2005), Recommendation of the Council on Merger Review, 23 March 2005 – C(2005)34. <<http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/40537528.pdf>>.
- OCDE (2014), OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy. The Governance of Regulators, ISSN 2311-6013, OECD Publishing, 2014.
- OCDE (2016), Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, Ed OCDE, Paris. <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>>.
- Perez, C. (2002). Technological Revolutions and Financial Capital: The Dynamics of Bubbles and Golden Ages. Massachusetts: Edgar Edward Publishing Limited.
- Sheran, T. (2009). Anticompetitive pricing practices. Moss and Barnett. Revised from Materials Presented at Antitrust Fundamentals CLE Program. Minnesota State Bar Association/Antitrust Section and Minnesota CLE. <http://www.lawmoss.com/content/uploads/2013/03/MSBAAntitrustBasics.pdf>.
- Stucke, M. E. (2013). Is competition always good? *Journal of antitrust Enforcement*, 1(1), 162-197.
- The Economist. (2017, 6 May). Fuel of the Future: Data is giving rise to a new economy. <https://www.economist.com/news/briefing/21721634-how-it-shaping-up-data-giving-rise-new-economy>.
- U.S Department of Justice and Federal Trade Commission (2017, January 13). Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation [Proposed Update]. <https://www.ftc.gov/public-statements/2017/01/antitrust-guidelines-international-enforcement-cooperation-issued-us> (April 4th, 2018)
- U.S.A. v. AT&T Inc., DirecTV Group Holdings, Time Warner Inc. (2017). U.S. District Court for the District of Columbia. Ref. No. 17-cv-02511.
- Waller, S. W. (2010). Corporate governance and competition policy. *George Mason Law Review* 18(4), 833 - 887.
- Wu, T. (2017, 22 November). Why the Courts Will Have to Save Net Neutrality. *New York Times*. <https://www.nytimes.com/2017/11/22/opinion/courts-net-neutrality-fcc.html>.

Anexos

Cuadro A.1
Principios de gobierno corporativo

Categorías	Principios	Sub-principios
1) Consolidación de la base para un marco eficaz de gobierno corporativo (GC)	El marco de GC promueve la transparencia y la equidad de los mercados, así como la asignación eficiente de los recursos. Es coherente con el Estado de Derecho y respalda una supervisión y una ejecución eficaces.	<p>1.1) El marco GC se desarrollará teniendo presente su repercusión en los resultados económicos globales, la integridad del mercado y los incentivos que genera para los agentes del mercado y para el fomento de la transparencia y el buen funcionamiento de los mercados.</p> <p>1.2) Los requisitos legales y reglamentarios que influyen en las prácticas de GC serán consistentes con el Estado de Derecho, así como transparentes y exigibles.</p> <p>1.3) El reparto de responsabilidades entre las distintas autoridades se articulará de forma clara y se diseñará para servir a los intereses generales.</p> <p>1.4) La regulación de los mercados de valores favorecerá un gobierno corporativo eficaz.</p> <p>1.5) Las autoridades competentes en materia de supervisión, regulación y garantía del cumplimiento dispondrán de las facultades, la integridad y los recursos suficientes para cumplir sus obligaciones con profesionalidad y objetividad. Asimismo, sus resoluciones serán oportunas, transparentes y fundamentadas.</p> <p>1.6) Se mejorará la cooperación transfronteriza a través de sistemas bilaterales y multilaterales de intercambio de información, entre otros medios.</p>
2) Derechos y tratamiento equitativo de los accionistas y funciones de propiedad clave	El marco del GC protege y facilita el ejercicio de los derechos de los accionistas y garantizará el trato equitativo a todos ellos, incluidos los minoritarios y los extranjeros. Todos tienen la posibilidad que se les reparen de forma eficaz las violaciones de sus derechos.	<p>2.1) Entre los derechos fundamentales de los accionistas figurará el derecho a: 1) registrar su derecho de propiedad mediante un método seguro; 2) ceder o transferir sus acciones; 3) obtener información pertinente y relevante sobre la sociedad de forma oportuna y periódica; 4) participar y votar en las Juntas Generales de Accionistas; 5) elegir y destituir a los miembros del Consejo de Administración o Directorio; y 6) participar en los beneficios de la sociedad.</p> <p>2.2) Los accionistas tendrán derecho a que se les informe debidamente y a que se requiera su aprobación y su participación con respecto a las decisiones relativas a cambios fundamentales en la sociedad, tales como: 1) modificación del reglamento interno, los estatutos o cualquier otro documento rector de la sociedad; 2) autorización de la emisión de nuevas acciones; y 3) operaciones extraordinarias, incluida la transferencia de la totalidad o de una parte sustancial de los activos que, en la práctica, supongan la venta de la sociedad.</p> <p>2.3) Los accionistas participan de forma eficaz y votan en las Juntas Generales de Accionistas, de acuerdo a las normas que las rigen, incluidos los procedimientos de votación: 1. Con antelación adecuada, se facilita a los accionistas información suficiente sobre la fecha, el lugar y el orden del día de las Juntas Generales, así como información completa y oportuna acerca de los temas que serán sometidos a decisión. 2. Los procesos y normas de funcionamiento de las Juntas permiten un trato equitativo a los accionistas. Los procedimientos de las empresas no dificultarán ni encarecerán indebidamente el voto. 3. Los accionistas pueden plantear preguntas al Directorio, incluidas las relativas a la auditoría externa anual, así como añadir asuntos al orden del día de las Juntas Generales y proponer acuerdos, dentro de límites razonables. 4. Se facilita la participación eficaz de los accionistas en las decisiones clave en materia de GC, tales como la propuesta y elección de los miembros del Directorio. Los accionistas podrán expresar sus puntos de vista sobre la retribución de los miembros de los altos directivos, según proceda, a través de la votación en las Juntas de Accionistas, entre otros medios. La remuneración con acciones en los sistemas retributivos aplicables a los miembros del Consejo y a los empleados se somete a la aprobación de los accionistas. 5. Los accionistas votan de forma presencial y no presencial con los mismos efectos. 6. Se eliminan los obstáculos al voto transfronterizo.</p> <p>2.4) Los accionistas, incluidos los institucionales, tendrán la posibilidad de consultarse mutuamente las cuestiones relativas a sus derechos básicos como accionistas tal como se definen en los Principios de GC, con determinadas excepciones para evitar abusos.</p> <p>2.5) Todos los accionistas de la misma clase gozan de un tratamiento igualitario. Se revelan las estructuras de capital y los sistemas que permite a determinados accionistas adquirir un nivel de influencia o control desproporcionado con respecto a su participación. 1. Dentro de una misma clase de acciones, todas las acciones otorgarán los mismos derechos. Todos los inversores obtendrán información sobre los derechos asociados a todas las series y clases de acciones antes de comprarlas. Cualquier cambio en los derechos económicos o de voto será sometido a la aprobación de las clases de acciones que sean perjudicadas. 2. Se comunicarán las estructuras de capital y los sistemas de control.</p>

Cuadro A.1 (continuación)

Categorías	Principios	Sub-principios
3) Derechos y tratamiento equitativo de los accionistas y funciones de propiedad clave	El marco del GC protege y facilita el ejercicio de los derechos de los accionistas y garantizará el trato equitativo a todos ellos, incluidos los minoritarios y los extranjeros. Todos tienen la posibilidad que se les reparen de forma eficaz las violaciones de sus derechos.	<p>2.6) Las operaciones con partes relacionadas se aprueban y realizan de forma que la gestión de los conflictos de intereses sea adecuada y se protejan los intereses de la empresa y sus accionistas. 1. Se resolverán los conflictos de intereses inherentes a las operaciones con partes vinculadas. 2. Se exigirá a los miembros del Consejo y a los altos directivos que pongan en conocimiento de aquél cualquier interés sustancial que tengan de forma directa, indirecta o en nombre de terceros en cualquiera de las operaciones de la sociedad o en asuntos que le afecten directamente.</p> <p>2.7) Los accionistas minoritarios gozan de protección frente a actos abusivos directos o indirectos por parte de accionistas mayoritarios o en su beneficio, contando con medios eficaces de reparación. Se prohíben las operaciones de auto-contratación abusivas.</p> <p>2.8) Se permitirá que los mercados de fusiones y adquisiciones funcionen de forma eficiente y transparente. 1. Las normas y procedimientos que rigen la toma de control en los mercados de capitales, así como las operaciones extraordinarias tales como las fusiones y la venta de partes sustanciales de activos de una sociedad, se articularán y difunden claramente para que los inversores comprendan sus derechos y recursos. Las operaciones tendrán lugar a precios transparentes y en condiciones justas que protejan los derechos de todos los accionistas conforme a su clase correspondientes. 2. No emplear medidas que eviten una toma de control con el objetivo de proteger a la dirección y al Consejo de la rendición de cuentas.</p>
3) Inversores institucionales, mercados de valores y otros intermediarios	El marco del GC proporciona incentivos sólidos a lo largo de toda la cadena de inversión y facilita el funcionamiento adecuado de los mercados de valores	<p>3.1) Los inversores institucionales que actúen en calidad de fiduciarios revelarán sus políticas en materia de GC y de votación en lo relativo a sus inversiones, incluidos los procedimientos previstos para decidir sobre el ejercicio de sus derechos de voto.</p> <p>3.2) Los custodios o representantes votarán con arreglo a las instrucciones del beneficiario efectivo de las acciones.</p> <p>3.3) Los inversores institucionales que actúen en calidad de fiduciarios comunicarán el modo en que gestionan los conflictos de intereses sustanciales que puedan influir en el ejercicio de los derechos de propiedad fundamentales relativos a sus inversiones.</p> <p>3.4) El marco del GC exigirá que los asesores de voto, analistas, agentes financieros, agencias de clasificación y otros que proporcionan análisis y asesoramiento relevantes para las decisiones de los inversores, revelen y minimicen los conflictos de intereses que puedan comprometer la integridad de sus análisis o su asesoramiento.</p> <p>3.5) Se prohibirán las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado y se velará por el cumplimiento de la normativa aplicable.</p> <p>3.6) Las empresas que coticen en un país que no sea en el que están constituidas divulgarán claramente la legislación y los reglamentos de GC que se les aplican. En el caso de empresas con cotización transfronteriza, los criterios y el procedimiento para reconocer los requisitos de la cotización principal serán transparentes y estarán documentados.</p> <p>3.7) Los mercados de valores facilitarán una determinación justa y efectiva de los precios para fomentar un GC eficaz.</p>
4) El papel de los actores interesados en el ámbito del gobierno corporativo (GC)	El marco de GC reconoce los derechos de los actores interesados que disponen de ordenamiento jurídico o por mutuo acuerdo y; fomenta la cooperación activa entre éstos y las sociedades con vistas a la creación de riqueza y empleo, y a la sostenibilidad de empresas financieramente sólidas.	<p>4.1) Se respetarán los derechos de los actores interesados que disponga el ordenamiento jurídico o se estipulen de mutuo acuerdo.</p> <p>4.2) Cuando la ley ampare los derechos de los actores interesados, éstos tendrán la oportunidad de obtener una reparación eficaz en caso de que se hayan vulnerado.</p> <p>4.3) Se permitirá el desarrollo de mecanismos de participación para los trabajadores.</p> <p>4.4) En los casos en los que los actores interesados participen en el proceso de gobierno corporativo, tendrán un acceso oportuno y periódico a información pertinente, suficiente y fiable.</p> <p>4.5) Los actores interesados, incluidos los empleados a título individual y sus órganos de representación, podrán comunicar libremente al Directorio y a las autoridades públicas competentes su inquietud en relación con prácticas ilegales o contrarias a la ética sin que ello suponga poner en peligro sus derechos.</p> <p>4.6) El marco del GC se complementará con una normativa eficaz y eficiente sobre insolvencia, así como con una ejecución efectiva de los derechos de los acreedores.</p>

Cuadro A.1 (continuación)

Categorías	Principios	Sub-principios
5) Divulgación de información y transparencia	El marco del GC garantizará la comunicación oportuna y precisa de todas las cuestiones relevantes de la empresa, incluida su situación financiera, los resultados, la propiedad y sus órganos de gobierno.	<p>5.1) Se revelará, como mínimo, la información relevante sobre: 1. Los resultados financieros y de explotación de la empresa. 2. Los objetivos de la empresa e información no financiera. 3. Los grandes accionistas, incluidos los beneficiarios efectivos, y los derechos de voto. 4. La retribución de los miembros del Directorio y de los altos directivos. 5. La información relativa a los miembros del Directorio, incluidos su cualificación, el proceso de selección, sus cargos como consejeros en otras empresas y si el Directorio los considera independientes o no. 6. Operaciones con partes vinculadas. 7. Factores de riesgo previsible. 8. Cuestiones relativas a los empleados y otros actores interesados. 9. Las estructuras y políticas de gobierno, incluido el contenido de todo código o política de GC y el procedimiento para su aplicación.</p> <p>5.2) La información se elaborará y se hará pública con arreglo a normas de alta calidad en materia de contabilidad y de presentación de informes financieros y no financieros.</p> <p>5.3) Un auditor independiente, competente y cualificado, deberá llevar a cabo una auditoría anual con arreglo a normas de alta calidad, con el fin de ofrecer a los consejeros y a los accionistas una garantía externa y objetiva de que los estados financieros reflejan adecuadamente la situación financiera y los resultados de la empresa en todos los aspectos sustanciales.</p> <p>5.4) Los auditores externos responderán ante los accionistas y se comprometerán ante la empresa a actuar con la debida diligencia profesional durante la realización de la auditoría.</p> <p>5.5) Los canales que se utilicen para difundir la información permitirán que los usuarios accedan a información pertinente de modo igualitario, oportuno y eficiente en términos de coste.</p>
6) Las responsabilidades del consejo de administración	El marco para el GC garantiza la orientación estratégica de la empresa, el control efectivo de la dirección por parte del Consejo y la rendición de cuentas ante la empresa y los accionistas	<p>6.1) Los miembros del Consejo o Directorio deben actuar con pleno conocimiento, de buena fe, con la diligencia y la atención debidas, y según los intereses de la empresa y los accionistas.</p> <p>6.2) Cuando las decisiones del Consejo afecten de manera diferente a distintos grupos de accionistas, debe dispensárseles un trato equitativo.</p> <p>6.3) El Consejo debe obrar de forma ética y tener en cuenta los intereses de los actores interesados.</p> <p>6.4) El Consejo debe desempeñar determinadas funciones clave, entre ellas: 1. Revisar y orientar la estrategia corporativa, los grandes planes de actuación, las estrategias y los procedimientos de gestión de riesgos, los presupuestos anuales y los planes de negocio; fijar objetivos en materia de resultados; realizar un seguimiento de la ejecución y del cumplimiento por parte de la empresa; y supervisar la inversión en activo fijo, las adquisiciones y las desinversiones de mayor cuantía. 2. Controlar la eficacia de las prácticas de GC e introducir los cambios necesarios. 3. Seleccionar, retribuir, controlar y, en casos particulares, sustituir a los ejecutivos clave y supervisar los planes de sucesión. 4. Adaptar la remuneración de los ejecutivos principales a los intereses a largo plazo de la empresa y sus accionistas. 5. Garantizar la existencia de un proceso formal y transparente de propuesta y elección del Consejo. 6. Controlar y gestionar los posibles conflictos de intereses entre la dirección, los miembros del Consejo y los accionistas, incluido el uso indebido de activos corporativos y los abusos en las operaciones con partes vinculadas. 7. Garantizar la integridad de los sistemas de presentación de informes contables y financieros de la empresa, incluida la auditoría independiente, y la adopción de sistemas adecuados de control, en concreto, de gestión de riesgos, de control económico y operativo, y su adecuación a la legislación y a las normas pertinentes. 8. Supervisar el proceso de información y las comunicaciones.</p> <p>6.5) El Consejo debe ser capaz de pronunciarse con objetividad sobre los asuntos de la empresa. 1. Los Consejos deben plantearse asignar un número suficiente de consejeros no ejecutivos, con capacidad para emitir juicios independientes sobre tareas cuando exista un posible conflicto de intereses. Ejemplos de dichas responsabilidades claves son garantizar la integridad de la información financiera y no financiera, revisar las operaciones con partes vinculadas, proponer a los consejeros y ejecutivos clave, y fijar la retribución del Consejo. 2. Los Consejos deben estudiar la creación de comités especializados que presten apoyo a todo el Consejo en el cumplimiento de sus funciones, en especial, respecto de la auditoría y, según el tamaño y el perfil de riesgo de la empresa, también respecto de la gestión de riesgos y las retribuciones. Una vez constituidos los comités, el Consejo debe definir con claridad y comunicar el mandato, la composición y los procedimientos de trabajo. 3. Los consejeros deben estar en disposición de comprometerse de manera efectiva a cumplir con sus responsabilidades. 4. Los Consejos deben realizar evaluaciones periódicas de sus resultados y valorar si disponen de la combinación adecuada de conocimientos y competencias.</p>

Cuadro A.1 (conclusión)

Categorías	Principios	Sub-principios
		6.6) Para poder cumplir con sus responsabilidades, los miembros del Consejo deben tener acceso a información precisa, pertinente y oportuna.
		6.7) Cuando los trabajadores estén obligatoriamente representados en el Consejo, deben diseñarse mecanismos que faciliten el acceso a la información y la formación de sus representantes, de tal manera que esta representación sea efectiva y contribuya de manera óptima a mejorar las competencias, la información y la independencia del Consejo.

Fuente: elaboración propia en base a estándares de OECD (2016).

Cuadro A.2 Índice para evaluación de las normativas de competencia

Categorías	Estándares	Preguntas	Ponderación		
1) Estructura general marco normativo e institucional de la política de competencia	<ul style="list-style-type: none"> • La norma establece un marco con objetivos claros para el regulador, las entidades reguladas y los ciudadanos. • Los poderes reglamentarios y otras funciones están especificados en la norma. • La responsabilidad de establecer o asesorar la política de competencia en particular lo relacionado a sectores regulados compete al regulador. • La responsabilidad de asesorar el desarrollo de la política está en la agencia ejecutiva y el rol consultivo en el regulador. • Todos los reguladores están facultados para cooperar con otros organismos nacionales y extranjeros en el cumplimiento de objetivos comunes. • El marco normativo contempla mecanismos que garanticen la transparencia. • La responsabilidad de la revisión periódica de las normas que se implementan es de los reguladores. 	1.1	¿Existe una normativa específica de competencia?	4,2	0,525
		1.2	¿La norma ha sido modificada en los últimos 5 años?		0,525
		1.3	¿La normativa afecta a todos los actores de mercado?		0,525
		1.4	¿Es la ley libre de excepciones??		0,525
		1.5	¿Hay sanción penal a las prácticas abusivas?		0,525
		1.6	¿Cuentan con una metodología de evaluación de las prácticas monopólicas previamente determinada?		0,525
		1.7	¿Hay prohibición expresa de prácticas monopólicas?		0,525
		1.8	¿Existen sectores con tratamiento normativo especial?		0,525
2) <i>Enforcement</i> : aplicación de la Ley: Autoridad Responsable	<ul style="list-style-type: none"> • Las agencias de competencia operan en un marco legal claro. • La ley establece criterios para nombrar a los miembros del órgano regulador, así como el término de su nombramiento. • Las decisiones del regulador están justificadas empírica y públicamente a la luz de la evaluación de medidas anteriores. • Los reguladores realizan análisis de horizontes de potenciales problemas. • Existe asignación de responsabilidades clara en la toma de decisiones entre la autoridad política, el regulador y el que implementa, garantizando la independencia del regulador. • La ley prevé que gobiernos y legisladores monitoreen el funcionamiento de la regulación. 	2.1	¿El regulador tiene acceso a la estructura organizativa de la firma (integrantes, funciones y períodos de ejercicio continuos o escalonados)?	2,4	0,48
		2.2	¿Existe un Tribunal de Competencia?		0,48
		2.3	¿La instancia cuenta con un órgano de control interno que garantice la transparencia?		0,48

Cuadro A.2 (conclusión)

Categorías	Estándares	Ponderación	Categorías	
	<ul style="list-style-type: none"> • Los reguladores están obligados a informar regularmente todas las medidas y decisiones importantes al ejecutivo y a comités legislativos. 	2.4	¿Está disponible la información en caso de apelación por parte de las entidades reguladas interesadas?	0,48
	<ul style="list-style-type: none"> • La autoridad provee información y acceso a los procesos y sistemas de apelación a las entidades reguladas. • Financiación adecuada de actividades del regulador para el cumplimiento eficaz de los objetivos fijados por ley. • El regulador evalúa y publica sus decisiones y actividades permanentes y las opiniones de las partes interesadas. 	2.5	¿Existen canales de comunicación fluidos entre el regulador, el ejecutivo y el legislativo?	0,48
3) Prácticas monopólicas horizontales y verticales	<ul style="list-style-type: none"> • Las autoridades de competencia cuentan con atribuciones para un examen eficaz de las concentraciones y para cooperar y coordinar con otras autoridades en la revisión de fusiones transnacionales. 	3.1	¿Hay tratamiento diferenciado para prácticas verticales y horizontales?	0,6
	<ul style="list-style-type: none"> • Los procesos de examen de las operaciones de concentración son transparentes y están disponibles al público. • Las autoridades de competencia cuentan con recursos suficientes para cumplir sus funciones. 	3.2	¿Estas prácticas están sujetas a sanciones pecuniarias?	0,2
	<ul style="list-style-type: none"> • El país revisa regularmente sus leyes y prácticas de fusiones de manera de converger hacia mejores prácticas. 	3.3	¿La instancia regulatoria tiene facultades para investigar casos de monopolio?	0,2
4) Dominio de mercado	<ul style="list-style-type: none"> • La ley sanciona el abuso de la posición de dominio. • La Ley define los mercados directos e indirectos que pueden afectarse con un comportamiento anticompetitivo. 	4.1	¿Hay algún estándar que determina el dominio de mercado?	0.4
5) Control de fusiones o concentraciones	<ul style="list-style-type: none"> • La revisión de fusiones es efectiva, eficiente y oportuna. • Cuenta con un plazo razonable para el examen y toma de decisiones sobre fusiones. 	5.1	¿Existe un régimen de control de fusión?	2,4
	<ul style="list-style-type: none"> • Las leyes sobre fusiones imponen costos y cargos a las partes en la fusión y a terceros. 	5.2	¿Es obligatoria la notificación de una fusión?	0,4
	<ul style="list-style-type: none"> • Las partes de una fusión pueden consultar a las autoridades de competencia durante las distintas etapas del curso legal de la investigación. 	5.3	¿Se sanciona civilmente la no notificación de una fusión al regulador?	0,4
	<ul style="list-style-type: none"> • La ley garantiza la equidad procesal de las partes en una fusión. Las partes pueden solicitar un examen de la decisión de ejecución a un órgano jurisdiccional independiente. 	5.4	¿Todas las fusiones pasan por la autoridad de competencia del país?	0,4
	<ul style="list-style-type: none"> • Los grupos interesados en la fusión, reconocidos por la ley del país examinador, expresan sus opiniones durante el proceso de investigación. 	5.5	¿La ley de competencia garantiza trato igualitario a nacionales y extranjeros ante un proceso de fusión?	0,4
	<ul style="list-style-type: none"> • La ley de fusiones garantiza el trato igualitario a las empresas extranjeras y nacionales bajo situaciones similares. 	5.6	¿La ley contempla la participación de grupos interesados en el proceso de análisis e investigación de cualquier tipo de fusión?	0,4

10

Fuente: elaboración propia en base a estándares de OECD (2005) y OECD (2014). Ver cuadro 1.

Las leyes de competencia rigen la interacción entre las empresas y otros actores económicos en el mercado, además de prohibir y penalizar los acuerdos anticompetitivos y las conductas unilaterales que dañan a los consumidores y dificultan el acceso de los agentes económicos a los mercados. El compromiso de los países para incrementar el entendimiento de las diferentes jurisdicciones respecto de las leyes antimonopolio, sus procedimientos y su institucionalidad contribuye a la convergencia sustantiva y procesal hacia mejores prácticas internacionales.

En este documento se identifican distintas tendencias de la política de competencia en la economía digital, haciendo hincapié en la protección de datos y los procesos industriales. Se analiza el contexto de la política de competencia en la realidad económica de América Latina, marcada por un intenso proceso de digitalización. Este proceso conduce a un nuevo paradigma caracterizado por el uso de tecnologías más avanzadas, la globalización de los mercados y el estado de hiperconectividad de la economía. También se examinan las sinergias entre la competencia de los mercados y el desempeño de los gobiernos empresariales en un contexto de fusiones y nuevos modelos de negocio.